



جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية

أطروحة مقدمة من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية
فرع: الحقوق ، تخصص: قانون الأعمال

اشراف الأستاذ:

د. تعويلت كريم

اعداد الطالبة:

قيشو وردية

بعنوان

دور القاضي في التحكيم وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

تاريخ المناقشة: 2022/05/26

لجنة المناقشة:

- بري نور الدين، أستاذ التعليم العالي، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.....رئيسا،
- د. تعويلت كريم، أستاذ محاضر -أ-، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجايةمشرفا ومقررا،
- طيب قبائلي، أستاذ التعليم العالي، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.....ممتحنا،
- د. آيت تفتاتي حفيظة، أستاذ محاضر -أ-، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحنا،
- د. موكة عبد الكريم، أستاذ محاضر -أ-، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل.....ممتحنا.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

أهدي هذه الأظروحة الى والدي الكريمين

الى أبي المرافق الذي رافق ولم يكل فكان في ذلك حقا مقام الشمس والظل

والمناضل الذي أقبل ولم يدر بسلاح ثقيل - دعاء طويل وبحر من الأمل -

الى أمي التي ربت فأخلصت ونصحت فأوجزت بالكلم وأغدقت بالفعل والعمل

الى هدية الرب وشريك الحياة الإطار السامي زوجي عادل وهبة الرحمان ولدي أويس

الى أخي التقني السامي بلقاسم وأخي المحامي الدكتور يسوبا

وزوجته الدكتورة أسماء

وولدتهما أكسل.

الطابة الباحثة

شكر وعرافان

الشكر لله الواحد الأحد

ثم أتقدم بجزيل الشكر وخالص الامتنان:

إلى أستاذي الفاضل الدكتور تعويلت كريم

على قبوله الإشراف على هذه الأطروحة وعلى كل ما قدمه لي من توجيهات وملاحظات

قيمة أنارت لي طريق استكمال هذا العمل فجزاه الله عني كل خير وحفظه الله لنا وللجامعة

الجزائرية عامة. كما أتقدم بشكري إلى الأساتذة الأجلاء رئيس وأعضاء اللجنة على قبولهم

المشاركة في مناقشة وإثراء موضوع هذه الأطروحة، وأتوجه بشكري أيضا إلى كل من ساعدني

في إعداد هذه الأطروحة، وأخص بالذكر البروفيسور بري نور الدين، البروفيسور قبايلي

الطيب، والأستاذ لموشي عيسى والدكتور سعدون كريمة

وزوجي الكريم عادل.

الطالبة الباحثة

قائمة بأهم المختصرات

1- باللغة العربية:

- -ج.ر.ج.ج.د.ش: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
- -ق إ م ا : قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- ص ص : من صفحة إلى صفحة.

2- باللغة الأجنبية:

- **AAA** : American Arbitration Association.
- **AHJUCAF** : Association de Hautes Juridictions de Cassation des pays ayant en partage l'Usage du Français.
- **Cass. Civ.** : Cassation Civile.
- **CCI** : Chambre de Commerce Internationale.
- **CNUDCI** : Commission des Nations Unies pour le droit Commercial International
- **CGEM** : Confédération Générale des Entreprises du Maroc.
- **Gaz. Pal.** : Gazette du Palais
- **JORF** : Journal Officiel de la République Française.
- **OHADA** : Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique.
- **OPU**: Office des Publications Universitaires.
- **Op.cit**: Opere Citato. (Référence précédemment citée).
- **RASJEP** : Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques.
- **Rev. Arb** : Revue de l'Arbitrage.
- **RDUS** : Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke
- **RJOI** : Revue Juridique de l'Océan Indien.

مقدمة

يلعب التحكيم¹ دورا مهما في فض النزاعات الناشئة عن العلاقات بين الأفراد أو بين الأفراد والدول، وكذا المتصلة بالعلاقات الخاصة الدولية ولاسيما تلك المرتبطة بتنفيذ وتفسير العقود الدولية، سواء كانت هذه العقود من عقود التجارة الدولية المعتادة، أو عقود الدولة المبرمة بين الدولة والأشخاص الوطنية الخاصة أو بينها وبين الأشخاص الأجانب.

كما يلعب دورا هاما في حسم المنازعات التي يمكن أن تثيرها عقود الاستثمار، إلى درجة أن البعض يعتبره أمرا حتميا بشأن هذه الطائفة من العقود وأنه أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال. والسبيل الأكثر قبولا، فهو طريق سريع لفض المنازعات يولي اعتبارا لإرادة أطراف العقد من خلال ما يعطهم من حق في اختيار قاضيهم والقانون الواجب التطبيق على الموضوع المتنازع بشأنه لأنه ينفر من القوالب الجامدة.

ومما لا شك فيه أن ازدياد الاهتمام بالتحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات في الوقت الراهن يعود إلى توافقه مع متطلبات السرعة والسرية التي تفتضيها التجارة الدولية، والتي صاحبها ظهور قواعد عرفية وتشريعية تتناسب وطبيعتها التي تتميز بالسرعة والاطمئنان. الأمر الذي يساعد على استمرار حركة الأموال في السوق. ولا شك أن تقاطع وتضارب المصالح ضمن هذه البيئة الجديدة كان لابد أن يأخذ شكلا آخر ومضمونا يختلف عن مضمون النزاعات التي ترتبط بين طرفين في معاملات مدنية.

الأمر الذي استوجب ظهور وسيلة لحل تلك المنازعات وبما يتناسب وخصوصيتها المذكورة، وذلك لأن القضاء لا يتناسب مع ما ذكرناه من عوامل. فكان لهذه الوسيلة وتيرة متسارعة في التطور، فظهرت أنواع جديدة من التحكيم كالتحكيم الإلكتروني، الذي يتوافق مع نظم وتكنولوجيا المعلومات والتجارة الإلكترونية الحديثة التي تتم عبر الانترنت. مما يسهل بقدر كبير على الأطراف المتنازعة في هذا المجال حل المشكلات التي تعترضها والتي لا تخلو منها غالبية العلاقات التجارية الإلكترونية، فظهر هذا النوع من التحكيم كان نتيجة لكثرة النزاعات في مجال التجارة الإلكترونية، كما أن بساطة اجراءاته وسرعته في حسم النزاع، وقلة تكاليفه من بين المميزات التي يتفرد بها عن التحكيم التقليدي وعن القضاء الوطني.

¹ التحكيم لغة معناه التفويض ومصدره حكم بتشديد الكاف مع الفتح، ويقال حكمت فلانا في مالي تحكما أي فوضت إليه الحكم فيه، والمحكم هو الشخص المفوض إليه الشيء. راجع: المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1991، ص05.

ولعل ذلك هو الذي دفع مشرعي الدول المختلفة إلى السماح للأشخاص بالاتفاق على التحكيم، بل وبالاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها سواء كانت وطنية أم أجنبية، مع توفير نظام رقابي ملائم يسمح بعدم تنفيذ الحكم إذا كان قد خرق بعض الاعتبارات التي تتطلبها السياسة التشريعية للدولة، والتحكيم قد يكون ملاذ كثير من الأطراف المتنازعة لعدم وجود جهة قضائية واحدة للنظر في المنازعات الناشئة عن التعامل التجاري الدولي، وعدم وجود قواعد قانونية موحدة تخضع لها تلك المعاملات، كما أن التردد الذي تسبب فيه عدم كفاءة القاضي في حل نزاعات ذات طابع تجاري دولي و الذي يتملك المتعاملين في التجارة الدولية يحول دون لجوئهم للمحاكم الوطنية .

ويقوم نظام التحكيم، داخليا كان أم دوليا، على تبسيط إجراءات الفصل في النزاع الذي يعرض عليه، والتحرر من الشكليات، ذلك أن للأطراف في إطار التحكيم إمكانية تفادي اختلاف الإجراءات والقواعد الوطنية التي تختلف من دولة إلى أخرى، وتؤدي إلى إهدار حقوق الأطراف وتوقعاتهم. كما يتميز بالعدالة التي يقدمها هذا القضاء التي تختلف عن العدالة التي تقدمها محاكم الدولة.

كل هذه الميزات التي يتمتع بها التحكيم دون غيره من الوسائل التقليدية لفض المنازعات، والخصائص اللصيقة به، كونت قناعة لدى الأشخاص التي اختارته، أنه الوسيلة الفعالة والناجعة لفض النزاعات القائمة أو المحتملة، وذلك على نحو ينحصر معه دور الجهاز القضائي في الدولة على إتاحة الفرصة للتحكيم للتمتع بالفعالية والنفوذ وإمكانية تنفيذ أحكامه، وذلك بأن يخفف الجهاز إلى الحد الأدنى، الرقابة الضرورية التي يتعين عليه ممارستها على التحكيم.

كما أن التحكيم في العالم الثالث والبلدان النامية له وضع خاص، باعتبار أنه كان مفروضا من جانب أنظمة قانونية عدة. فمعارضة نظام التحكيم بالنظر إلى عيوبه دون مزاياه والذي باتت تفرضه المتغيرات الاقتصادية والقانونية على الساحة الدولية، وعدم وجود كوادر فنية قادرة على التعامل معه وتضمينه لتشريعاتها لا يمكنها من الحفاظ على حقوقها إذا ما فرض عليها التحكيم في إحدى منازعات عقودها الدولية.

إلا أن هذه النظرة بدأت تتغير، فقد عنيت مختلف النظم القانونية بوضع نظام للتحكيم يراعي المبادئ السائدة لفكرة العدالة مع الأخذ بعين الاعتبار المسائل اللصيقة بفكرة التحكيم. فنظمت لأجله الندوات وعقدت الملتقيات وأنشئت بصدده المراكز التحكيمية، وكثرت المؤلفات

وتواترت فيه الأحكام، ليصبح بذلك التحكيم التجاري الدولي نظاما قضائيا عالميا إلى جانب النظم القضائية الوطنية، ومنه فإن التحكيم لم يعد سلعة يجب استظهار محاسنها بل أصبح ضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية.

حيث أدت الفعالية التي يتمتع بها التحكيم إلى اعتماده من العديد من الدول في العالم. فقد حضي التحكيم في الخمسين سنة الماضية على أهمية تجسدت بالاتفاقيات أهمها اتفاقية نيويورك في سنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية² و اتفاقيات أخرى خاصة بالاستثمار³، وكذا الاتفاقية الأوروبية بخصوص التحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف 1961 والترتيبات الموقعة في 11 ديسمبر سنة 1962 والاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المضيفة للاستثمارات وبين رعايا الدول الأجنبية الموقعة في سنة 1965 وهي من عمل البنك الدولي للإنشاء و التعمير و اتفاقية الشروط العامة لسنة 1968 التي تحكم توريد البضائع، ومعاهدة موسكو في مايو 1972 بخصوص تسوية المنازعات عن طريق التحكيم بين الدول الاشتراكية و مفتوحة لجميع دول العالم وصولا إلى القانون النموذجي (الأونسترال) الذي أخذت به أغلب دول العالم ، غير أن الجزائر لم تأخذ به، بل أخذت بما جاء في القانون الفرنسي الذي يعتبر أكثر ليبرالية من القانون النموذجي.

اتخذت الجزائر موقفا رافضا للتحكيم لقراءة الثلاثين سنة، فقد كانت تنفر من التحكيم وتتخذ الحذر بتجنب أي نظام قضائي غير نظامها، بالإضافة إلى فرضها قيودا في المجالين الاقتصادي

² انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بموجب المرسوم رقم 88-233 المؤرخ 05/11/1988، المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ إلى الاتفاقية الخاصة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، الموقع عليها في نيويورك بتاريخ جوان 1958.

³ نذكر من بين الاتفاقيات:

- الاتفاق الرامي إلى تشجيع الاستثمارات الموقع في واشنطن بتاريخ 22/06/1990، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-319 المؤرخ في 17/10/1990، ج. ر عدد 45 صادر بتاريخ 24/10/1990.

- الاتفاق الموقع عليه في الجزائر بتاريخ 18/05/1991 المبرم بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية وحكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-346 المؤرخ في 05/10/1991، ج. ر عدد 46 صادر بتاريخ 06/10/1991.

- الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي للكسمبرغي، المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع عليه بتاريخ 24/04/1991، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-345 المؤرخ في 05/10/1991، ج. ر عدد 46 صادر بتاريخ 06/10/1991.

والتجاري، لكن فرنسا وبحكم علاقاتها الاقتصادية مع الجزائر الخاصة بالاستثمار في مجال المحروقات⁴، فرضت التحكيم كنظام لفض المنازعات.

تبعث هذه الشراكة الفرنسية الجزائرية إبرام اتفاقيتين أجبرت الجزائر فيها على اعتماد التحكيم التجاري بديلا عن القضاء الوطني الجزائري، حيث كانت الاتفاقية الأولى المتعلقة بالتحكيم سنة 1963⁵، أما الاتفاقية الثانية التي فرضت فيها على الجزائر نظام التحكيم هي تلك المتعلقة بمجال استغلال الثروات الهيدروكربونية⁶.

لكن سرعان ما عادت الجزائر للتضييق على اعتماد نظام التحكيم وتكريس القانون الجزائري واعتماد القضاء الوطني الجزائري، وذلك عندما أمت محروقاتها سنة 1971، بعدما كانت مرفوعة يدها على ثرواتها الطبيعية، واستعادت استقلالها السياسي وسيادتها على ممتلكاتها⁷.

وبالرغم من ذلك، لم تخضع الجزائر للتحكيم، وبرز ذلك تماما من خلال القانون 63-277⁸ المتضمن قانون الاستثمارات الأول في الجزائر المستقلة، والذي لم ينص على قضاء التحكيم، كما لم ينص المشرع الجزائري على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في الأمر رقم 66-284⁹. هذا بالإضافة إلى اخضاع نزاعات الشركات المختلطة للاقتصاد للتحكيم الإيجابي¹⁰، وفي علاقات الأعضاء المؤسسين للشركات على القضاء الوطني، ما يدل على عدم إتاحة اللجوء للتحكيم من طرف المشرع الجزائري.

⁴ حسين فريدة، التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم الدولي الصادرة في المجال الاستثماري الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 2000، ص 15.

⁵ مرسوم رقم 63-364 مؤرخ في 14/09/1963، يتعلق بالمصادقة على الاتفاق الجزائري الفرنسي الخاص بالتحكيم، ج.ر عدد 67 مكرر، صادر سنة 1963. ذكر التهمش كاملا بالاطلاع على مرجع تعويلت وقبايلي.

⁶ قبايلي طيب، تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 30.

⁷ قبايلي طيب، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 2001، ص 121.

⁸ قانون رقم 63-277 مؤرخ في 26/07/1993، متضمن قانون الاستثمارات، ج.ر عدد 53، صادر بتاريخ 02/08/1963 (ملغى).

⁹ أمر رقم 66-284 مؤرخ في 10/06/1966، يتضمن قانون الاستثمارات، ج.ر عدد 80، صادر بتاريخ 17/09/1966 (ملغى).

¹⁰ راجع: المادة 53 من القانون رقم 82-13 المؤرخ في 28/08/1982، المتعلق بتأسيس شركات مختلطة الاقتصاد وسيورها، ج.ر عدد 35، صادر بتاريخ 27/08/1986 (ملغى).

هذا التراجع في اعتماد التحكيم لم يكن بصفة كلية وفي كل المجالات، إذ وبالاطلاع على المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية لسنة 1982¹¹، نجدده سمح في بعض نصوصه باللجوء للتحكيم، وبين النصوص المتعارضة والتي تبين اضطراب موقف المشرع الجزائري حول إمكانية اللجوء إلى التحكيم التجاري، حسم المشرع أخيرا موقفه بتكريسه التحكيم مسيرا للركب الاقتصادي العالمي مثله مثل العديد من الدول.

إذ أصدر المشرع في تسعينيات القرن الماضي المرسوم التشريعي رقم 93-09 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية والذي تضمنت نصوصه أحكاما متعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، ثم بعد ذلك وكنتيجة للضرورة الاقتصادية الملحة لاعتماد التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، تم الاعتراف بالتحكيم في القانون الداخلي صراحة في المرسوم المتعلق بترقية الاستثمار رقم 93-12¹².

أما بخصوص القانون الاتفاقي، فقد صادقت الجزائر على اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى¹³. كما تم التصديق أيضا على اتفاقيات أخرى¹⁴

¹¹ راجع: المادة 55 من المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10/04/1982 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر عدد 15، صادر بتاريخ 13/04/1982 (ملغى).

¹² مرسوم تشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 05/10/1993، متعلق بترقية الاستثمار، ج.ر عدد 64، صادر بتاريخ 05/10/1993 (ملغى).

¹³ اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الموقع عليها بواشنطن بتاريخ 18/03/1965، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346، مؤرخ في 30/10/1995، ج.ر عدد 66، صادر بتاريخ 05/11/1995.

¹⁴ نذكر من بين هذه الاتفاقيات:

- الاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية المتعددة الأطراف لضمان الاستثمارات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-345، المؤرخ في 30/10/1995، ج.ر عدد 66، صادر بتاريخ 05/11/1995.

- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في البلاد العربية، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-306، مؤرخ في 07/10/1995، ج.ر عدد 59، صادر بتاريخ 11/10/1995.

- اتفاقية انشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-334، مؤرخ في 26/10/1998، ج.ر عدد 80، صادر بتاريخ 28/10/1998.

- الاتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا بشأن تشجيع والحماية المتبادلتين فيما يخص الاستثمارات، وتبادل الرسائل المتعلقة بهما، الموقعين بالجزائر في 13/12/1993، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-01، المؤرخ في 02/01/1994، ج.ر عدد 1، صادر بتاريخ 02/01/1994.

- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية العربية السورية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-430، المؤرخ في 27/12/1998، ج.ر عدد 97، صادر بتاريخ 27/12/1998.

متعددة انفتاحا على الاقتصاد العالمي، فكيفت الجزائر نصوصها القانونية بناء على هذه الاتفاقيات والعلاقات الاقتصادية التي تمثل تشجيعا للاستثمارات الخادمة للتحكيم التجاري. وتجدر الإشارة إلى أن الجزائر انضمت إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 كأول اتفاقية متعددة الأطراف وعالمية التطبيق في سنة 1988 وكذا إبرام اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة بعمان سنة 1987.

- الاتفاق المبرم بين جمهورية الحكومة الجزائرية الشعبية وحكومة رومانيا بشأن تشجيع وحماية الاستثمار، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-328، المؤرخ في 22/10/1994، ج.ر عدد 69، صادر بتاريخ 26/10/1994.
- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بعمان في 01/08/1996، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 97-103، المؤرخ في 05/04/1994، ج.ر عدد 20، صادر بتاريخ 06/04/1997.
- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الديمقراطية الشعبية ودولة قطر حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 97-229، المؤرخ في 23/06/1997، ج.ر عدد 43، صادر بتاريخ 25/06/1997.
- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 28-320 المؤرخ في 11/10/1998، ج.ر عدد 76، صادر بتاريخ 11/10/1998.
- الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية مالي حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-431، المؤرخ في 27/12/1998، ج.ر عدد 97، صادر بتاريخ 27/12/1998.
- الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة الدانمارك حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات، الموقع في الجزائر في 25/01/1999، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-525، المؤرخ في 30/12/2003، ج.ر عدد 2، صادر بتاريخ 07/01/2004.
- الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة السويد حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 15/02/2003، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-431، المؤرخ في 29/12/2004، ج.ر عدد 84، صادر بتاريخ 29/12/2004.
- الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإسلامية الإيرانية، الموقع بطهران في 19/10/2003، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-75، المؤرخ في 26/02/2005، ج.ر عدد 15، صادر بتاريخ 27/02/2005.
- الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية البرتغالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بلشبونة في 15/09/2004، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-192، المؤرخ في 28/05/2005، ج.ر عدد 37، صادر بتاريخ 29/05/2005.
- الاتفاق بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمجلس الفدرالي السويسري حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، ببيرون في 30/11/2004، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-335، المؤرخ في 23/06/2005، ج.ر عدد 45، صادر بتاريخ 29/06/2005.

ولقد كرس العديد من الدول في قوانينها الوضعية أحكاما تسير واقع العلاقات الاقتصادية¹⁵. ولعل من بين الأمثلة عن هذه الدول التي تميزت بإصلاحات اقتصادية هامة وإقرار مبادئ أكثر ليبرالية، نجد الجزائر، والتي شهدت تحولا جذريا في وظائفها الاقتصادية، مروراً بوظيفة الاستغلال التجاري المباشر إلى دور جديد ارتبط أساسا بالتحكيم بفرضه من قبل العديد من الأنظمة القانونية¹⁶ بصفة خاصة وواقع التجارة الدولية بصفة عامة¹⁷، وكذا فرض احترامه لمبادئ العدالة¹⁸، مما أدى إلى فتح المجالات المتعلقة بالمنافسة على التحكيم، ومنح الحرية لكل من الأطراف والمحكم بكل ليبرالية¹⁹، وتوفير ظروف ملائمة لممارسة الأنشطة الاقتصادية²⁰.

هذا بالإضافة إلى تبني قواعد جديدة تضمن المرور من اقتصاد مسير إلى اقتصاد السوق²¹، حتى تكون القطاعات المستهدفة متوازنة ومتناسقة عن طريق وسيلة متاحة من قبل السلطات العامة وهي قانون المنافسة²².

¹⁵ سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 10.

¹⁶ محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها – دراسة للطبيعة القانونية الجديدة والاحكام الخاصة بعقود مشروعات البنية الأساسية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة والتحكيم فيها -، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 344.

¹⁷ صادق محمد محمد الجبران، التحكيم التجاري الدولي وفقا لاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 – بحث في قانون التجارة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 9.

¹⁸ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية -اتفاق التحكيم- خصومة التحكيم -حكم المحكم - وفقا لأحدث التعديلات التشريعية والقضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 7.

¹⁹ عيلوش كمال قربوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 74.

²⁰ بوجملين وليد، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، دار بلقيس، 2011، ص 07.

²¹ ZOUAIMIA Rachid, *Les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance*, Edition Belkeis, 2013, p.09.

²² ZOUAIMIA Rachid, *Le droit de la concurrence*, Editions Belkeis, 2012, p.06.

فانسحاب الدولة²³، وخصوصة مؤسسات في قطاعات كبيرة من الاقتصاد إلى جانب عملية تحرير النشاط الاقتصادي²⁴، كل هذا جعل المشرع الجزائري يصدر العديد من النصوص القانونية الليبرالية، لكنه سرعان ما غير توجهه بعدما كانت الدولة تحظى بصفة المراقبة، أصبحت منذ صدور قانون المالية لسنة 2009، وتكريس قواعد تحد من تحرير الاقتصاد، تمثلت أهمها في التضييق على المستثمرين الأجانب من خلال قاعدة 59/41 التي أوردها المشرع في كل من الأمر المتعلق بالاستثمار²⁵ وقانون النقد والقرض²⁶. بالإضافة إلى نصوص جديدة أدخلت على قانون المتعلق بخصوصة المؤسسات العامة الاقتصادية²⁷، وكذا حرمان المستثمرين من خصوصة هذه الأخيرة إلا جزئيا²⁸.

هذا التحول وصف من طرف أستاذنا البروفسور المحترم "زوايمية رشيد" على أنه: "تحويل نوعية تدخل الدولة، وفق أنماط تدخل جديدة"، ويضيف أنه: "...وباختصار، ينظر إلى التنظيم على أنه إعادة تأسيس لشرعية الدولة المتدخلة وفق أساليب جديدة"²⁹. وحتى لما كانت الجزائر في مرحلة الانتقال من الدولة المتدخلة إلى الدولة المراقبة لم يكن هذا يعني نهاية تدخل الدولة في الحقل الاقتصادي على أساس أن: "اقتصاد السوق لم يحظى بالتلقائية التي نعيرها إياه في بعض الأحيان".

²³ ZOUAIMIA Rachid, *les autorités administratives indépendantes de la régulation économique en Algérie*, Editions Houma, 2005, p.09. « La notion de retrait de l'Etat comporte une double acceptation. Elle signifie le désengagement de l'Etat du champ de l'exercice de l'activité économique au moyen de l'ouverture de l'ensemble des secteurs d'activités à l'initiative privée, elle signifie également le reflux de l'intervention de l'Etat ».

²⁴ ZOUAIMIA Rachid, *Droit de la régulation économique*, Editions Berti, Alger, 2006, p.07.

²⁵ راجع المادة 04 مكرر من الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، المعدل والمتمم. المضافة بموجب الأمر رقم 01-09 المؤرخ في 22 جويلية، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.د.ش، العدد 44 الصادر بتاريخ 26 جويلية 2009.

²⁶ أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26/08/2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.د.ش، عدد 52، الصادر بتاريخ 27/08/2003، معدل ومتمم بالأمر رقم 01-09 المؤرخ في 22/07/2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.د.ش، عدد 44، الصادر بتاريخ 26/07/2009، وبالأمر رقم 04-10 المؤرخ في 26/08/2010، ج.ر.ج.د.ش، عدد 50، الصادر بتاريخ 01/09/2010.

²⁷ أمر رقم 04-01 المؤرخ في 20 أكتوبر 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصتها، المتمم بالقانون رقم 01/08 المؤرخ في 28 فيفري 2008، عدد 11 الصادر بتاريخ ج.ر.ج.د.ش، 02/03/2008.

²⁸ تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 297.

²⁹ ZOUAIMIA RACHID, *Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie*, Editions Belkeis, Alger, 2013, p.06.

وبدأ التحكيم التجاري الدولي يظهر اعتماده بصورة فعلية وعملية في فض منازعات التجارة الدولية من طرف الجزائر بعد خوصصة المؤسسات مباشرة ذلك أن طبيعة منازعات التجارة الدولية تقتضي اعتماد التحكيم، وقد كان أول تحكيم تم اعتماده بين الجزائر وفرنسا كان بتاريخ 27/03/1983³⁰، بعد أن اتخذت في مرحلة سابقة موقفا رافضا تماما لفكرة التحكيم التجاري الدولي كما تم التطرق إليه سابقا، سنت الجزائر المرسوم التشريعي رقم 93-09 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية، الصادر بتاريخ 25/04/1993³¹.

هذا النص التشريعي كان منتظرا بعد المصادقة على القانون رقم 88-18 المؤرخ في 12/07/1988 بخصوص انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك لعام 1958³². حيث أخذ المشرع الجزائري بآخر التطورات التي وصلت إليها التشريعات الوطنية ولاسيما الفرنسية والسويسرية، فكان للمرسوم طابع ليبرالي مؤسس على قانون سلطان الإرادة وقد منحت هذه الحرية للأطراف والمحكم في نفس الوقت.

وبعد الحديث عن المراحل التي مرت بها الجزائر في اعتمادها للتحكيم التجاري الدولي، دون تناو لها بالفحص والتحليل ذلك أنها ليست موضوع دراستنا، ما يمكننا قوله أن الجزائر قد خطت خطوات جبارة في هذا المجال بحرصها على الانضمام إلى الكثير من الاتفاقيات، كما نصت في تعديلها الجديد لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 على التحكيم التجاري الدولي وذلك في فصل كامل³³، لتكون بذلك قد سعت مسعى إيجابي في طريق هذا النوع من القضاء الخاص ومواكبة لركب الاتجاهات الدولية الحديثة بشأنه.

³⁰ يمكن الاطلاع على نصوص هذا النظام في:

TERKI Nour-Eddine, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, OPU, Alger, 1999, p.155.

³¹ مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 25/04/1993، معدل ومتمم للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08/06/1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج. ر عدد 27، صادر بتاريخ 27-04-1993. (ملغى).

³² BEKHECHI Mohammed Abdelwahab « L'arbitrage commercial international en droit algérien », *Revue algérienne des relations internationales*, Les éditions internationales, N° 25, 1994.

³³ أنظر المواد من 1039 إلى 1061 من هذا القانون.

وإذا كان هذا القضاء أو النظام الخاص في حكم القانون الجزائري وحكم القانون المصري مثلاً باعتبارهما من القوانين المقارنة³⁴، هو الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تولت إجراءات التحكيم، بمقتضى اتفاق الطرفين، منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك، وهو في حكم الفقه: "الطريقة التي تختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع، والبت فيه أمام شخص أو أكثر عن طريق "المحكم أو المحكمين" دون اللجوء إلى القضاء. كما يعرف أيضاً على أنه: "ضرب من القضاء الخاص يقوم على مبدأ سلطان الإرادة أي أن أطراف النزاع أو أطراف العلاقة تتفق فيما بينها على اللجوء إلى التحكيم في حل خلافاتها ومنازعاتها التي قد تحصل أو حصلت وهو تخل من المتعاقدين أو الخصوم عن حقهم في اللجوء إلى القضاء واعتمادهم التحكيم كسبيل لحل الخلاف بينهم. وهو النظر في النزاع بمعرفة شخص أو هيئة يلجأ إليه و إليها المتنازعون مع التزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في النزاع"³⁵.

ولا شك أن هذه الطريقة المختارة من طرف المتنازعين لها مزايا جعلتها مفضلة عن القضاء العادي، بالرغم من أن مزاياها هذه تقتصر على سدّ الفجوة بين محاكم الدول المختلفة، وأنه أداة لسد الثغرات - لا شيء آخر - تبقى قوى السوق الخاصة به قدمت وأنمت النظريات والمبررات الترويجية التي أصبحت صحيحة بسبب التكرار، ففي البداية كانت أهم تلك المبررات هو التكلفة، ولكن لا أحد يعتقد الآن أن التحكيم الدولي أقل تكلفة في عصر الاكتشاف الأوسع مما قد تتحمله القواعد الخاصة بالإجراءات المدنية في كثير من البلدان³⁶.

لم يعد من الممكن استخدام التكلفة المنخفضة للأغراض الترويجية، ففي الواقع، أصبح الانتقاد الأكثر شيوعاً للتحكيم الدولي (التجاري والاستثماري) داخل المجتمع نفسه الآن هو ارتفاع التكاليف والتأخير وخاصة مشكلة الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه، كما حدد التشخيص الذاتي

³⁴ المادة الرابعة من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، الصادر بتاريخ 18 أبريل 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، المنشور في: وزارة العدل لجمهورية مصر العربية، إدارة التشريع، قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية والمذكرات الإيضاحية وجميع الأعمال التحضيرية المتعلقة به، 1995، ص 16 وما يليها.

³⁵ خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار-دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والأجنبية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014، ص 41.

³⁶ L. Kidane Won, *The Culture of International Arbitration*, Oxford University Press, 2017, p.116.

للنظام التحكيمي ثلاثة عوامل ساهمت في زيادة هذه المشاكل، الأول هو استخدام الخلافات "كسلاح وليس وسيلة للتغلب على الخلاف"، ويقال أن هذا أدى إلى تفاقم القتال إلى "حرب شاملة"، أما العامل الثاني فهو التحذير الذي جاء به Augustus منذ ما يقارب قرن من الزمان:

"ينطوي التحكيم أحياناً على مخاطر تتجاوز حتى "مخاطر البحر"، ليس علينا أن نقول ما إذا كانت مخاطرة مرغوبة في أي حالة معينة، إنها طريقة إجرائية يعززها القانون ويتم الاحتجاج بها في هذه القضية بموجب اتفاق الطرفين. إذا وافقوا على تقديم حقوقهم إلى محكمة تحكيمية ذات صلاحيات واسعة وخاضعة للمراجعة الأكثر تقييداً، فلا يمكنهم أن يتوقعوا أن تعفيهم هذه المحاكم من تأثير اختيارهم المتعمد"³⁷

أما العامل الثالث فهو المشكلة الأكبر والأكثر أهمية، والتي تكمن في الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية، فالحقيقة المزعجة هي أن الامتياز الذي خلفته القوة العالمية والتسلسل الهرمي الاقتصادي والتركيز الناتج لمعظم قضايا التحكيم عالية القيمة في العالم من جميع الأنواع في أوروبا قد خلق الوهم بأن هناك نظام تحكيم مستقل فوق وطني موجود في أوروبا يسهل الاعتراف والتنفيذ، وهو ما جعل البعض يصف ذلك بـ "مثل الضباب على النظارات يحجب الحقيقة"³⁸، إذ لا يمكنه أن يضمن الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الصادرة عنه، مثقلاً كاهل الأطراف التي تعمدت اللجوء إليه بتكاليف باهظة، وبمدد زمنية طويلة، ما ينزع عنه قناع المزايا المزعومة التي تغني بها منذ زمن، وتجعل من المحاكم الوطنية المتمتعة بالسلطة في فرض الاعتراف والتنفيذ الملاذ الوحيد.

لقد وضحنا بأن عملية المساعدة المقدمة من طرف القضاء، قد غيرت التحكيم الدولي، ولقد اجتمعت ثلاثة عوامل للحفاظ على هذه العملية، وعلى علاقة الثنائي، القضاء والتحكيم، السالفة الذكر.

أولاً، ولدت كثافة المعاملات التجارية نزاعات شديدة الخطورة دفعت بدورها الأطراف إلى مواقف شديدة العدائية³⁹.

ثانياً، قررت اللجان الاستشارية المستقلة الرئيسية ونخبة من المحكمين الدوليين أن مستقبل النظام يتوقف على قدرته على استبدال المحاكم الوطنية، فمنذ أوائل الخمسينيات من القرن

³⁷ L. Kidane Won, op.cit., p.116

³⁸ Ibid.p.89.

³⁹ STONE SWEET Alec and GRISEL Florian, *The Evolution of International Arbitration Judicialization, Governance, Legitimacy*, Oxford University Press, 2017, p.252.

الماضي، عملوا جاهدين لبناء البنية التحتية المؤسسية التي من شأنها أن تسمح لهم بالنجاح، على الرغم من أن جميع اللجان الاستشارية الدولية الكبرى، بما في ذلك المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، تواصل إتاحة مجال للرجوع للمحاكم الوطنية، إلا أنها تتنافس الآن مع بعضها البعض لتوفير ما هو، في الواقع، الهدف من العملية التحكيمية برمتها، الاعتراف والتنفيذ⁴⁰.

اليوم، ما يجري في الإجراءات ليس "تحكيم" على الإطلاق، بالمعنى التقليدي لهذا المصطلح، لقد غيرت عملية مساعدة القضاء للتحكيم بشكل جذري البيئة السياسية التي يتم فيها تضمين التحكيم، مما أدى إلى ظهور معضلات الشرعية التي تضغط من أجل المزيد، وليس التقليل، من دور القاضي في التحكيم، فعناصر النموذج التقليدي التي لا تزال في مكانها - السرية (في التحكيم التجاري الدولي)، وإجراءات التعيين التي يهيمن عليها الأطراف، وغياب الاستئناف، وانعدام سلطة الجبر على تنفيذ الحكم التحكيمي، تتعرض لهجوم مستمر، على أساس الشرعية وليس على أساس الاختصاص والكفاءة، ذلك أن الأزمات الشرعية التي تؤثر على الحكم القضائي وأكثر المحاكم فاعلية لم تحسم أبدا بشكل نهائي⁴¹.

لذلك أصبح التحكيم الدولي إلى حد كبير شكلاً من أشكال التقاضي، بديلاً عن المحاكم، ولكن من دون الاستغناء عن دورها في إتمام العملية التحكيمية بإعمال سلطة الجبر وتنفيذ حكم التحكيم. يرجع اختيارنا لهذا الموضوع إلى أسباب متعددة، فبالرغم من تناول الكثير من الرسائل والمذكرات الجامعية والمقالات العلمية لموضوع التحكيم في الجزائر، إلا أن أغلب هذه الدراسات، لم تتناول بالتفصيل الكثير من الجزئيات، خاصة مسألة الدور الفعال والهام الذي يقوم به القاضي الوطني في سبيل تفعيل التحكيم.

ستسمح دراسة هذه الأدوار التي تقوم بها المحاكم الوطنية، بتحديد موقف المشرع الجزائري من المساعدات التي يقدمها القاضي للمحكم، وبالتالي مساعدة المهتمين بموضوع التحكيم التجاري الدولي من فهم التحديات الجديدة التي تحملها هذه التطورات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي سمح بتقديم خدمات للتحكيم تفعيلاً وتشجيعاً للجوء إليه وتسهيلاً لتنفيذ أحكامه، كما أمل أن تكون هذه الدراسة إسهاماً هاماً في إثراء المكتبة الجامعية في هذا الموضوع، ومساهمة في نشر ثقافة

⁴⁰ STONE SWEET Alec and GRISEL Florian, op.cit., p252.

⁴¹ Ibid.

التحكيم بصفة خاصة وثقافة الطرق البديلة لحل النزاعات بصفة عامة، وتبيان الدور الذي تلعبه المحاكم الوطنية في مساعدة التحكيم.

تطفو إلى السطح إذن، فكرة دور القاضي في التحكيم كلما اصطدم التحكيم بالصعوبات العملية التي تعرقل سيره وإتمام العملية التحكيمية بنجاح، إذ يفترض أن تكون الحلول المقدمة من القضاء تنسجم مع ما يقتضيه التحكيم من متطلبات السرعة والفعالية، إذ يلجأ للقاضي الوطني كلما عجز التحكيم عن إزاحة المعوقات لاعتبارات قد تكون اقتصادية أو قانونية، هذا ما يدفعنا إلى طرح الإشكالية الآتية:

إلى أي مدى يساهم القاضي الوطني في التحكيم من خلال نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري؟

للإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا اعتماد كل من المنهج التحليلي النقدي والمنهج المقارن، واعتمدنا تقسيماً ثنائياً لتكون الدراسة في باين كما يلي:

- الباب الأول: يتناول مسألة توزيع الاختصاص بين القاضي والمحكم في التحكيم، من حيث دور القاضي الوطني في بداية التحكيم، وكذا من خلال مساعدته فيما يتعلق بالإجراءات الوقتية والتحفظية، وهذا قبل صدور الحكم التحكيمي.

-الباب الثاني: يتناول مسألة الاختصاص الحصري للقاضي في التحكيم، من حيث دور القاضي الوطني في الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية، وفي إطار الطعون التي ترفع ضدها.

الباب الأول

توزيع الاختصاص بين القاضي

والمحكم في التحكيم

الاختصاص لغة معناه جدارة، كفاية، أهلية، دراية، معرفة عميقة، علم، اختصاص محكمة، صلاحيتها⁴³، كما تم تعريف الاختصاص القضائي على أنه "سلطة محكمة خاصة للنظر في قضية"، وهو تقييم ما إذا كانت المحكمة القضائية أو محكمة التحكيم لديها سلطة الفصل في القضية وإصدار حكم يكون ملزمًا للأطراف، ومبدأ "من يقرر" ما إذا كانت محكمة التحكيم لها اختصاص في قضية معينة يتم الطعن فيه بناءً على مبدأين - القابلية للفصل ومبدأ "الاختصاص بالاختصاص"-⁴⁴.

ويعرف فقه قانون المرافعات الاختصاص عموماً بأنه "توزيع للعمل بين المحاكم و الهيئات القضائية المختلفة عن طريق بيان نصيبتها من المنازعات والمسائل التي يجوز الفصل فيها ومنح الحماية القضائية بشأنها"⁴⁵.

ولما كانت المحاكم الوطنية أقدر من الناحية العملية على اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري، فإنها المختصة بالنظر في تلك المسائل وبالتالي يتعين عدم تقرير اختصاص المحكم بها. كما تساءل البعض⁴⁶، ألا تتعارض المقولة السابقة مع وجود اتفاق التحكيم والذي بمقتضاه عهد إلى المحكمين بالفصل في موضوع المنازعة؟، ألا يعني هذا الانفصال التام للتحكيم عن الجهاز القضائي للدولة؟ للإجابة على هذه الأسئلة وجب تبيان الدور الذي يقوم به القاضي لمساعدة المحكم في العملية التحكيمية منذ بدايتها إلى غاية نهايتها، بمنح الفعالية لاتفاق التحكيم وترتيب الآثار المرجوة من ورائه.

وعليه لا بد من تبيان تدخل القاضي واختصاصاته في التحكيم؛ من خلال مرحلتين هامتين؛ اختصاص القاضي الوطني في بداية التحكيم (الفصل الأول)، والاختصاصات الفرعية للقاضي الوطني أثناء الخصومة التحكيمية (الفصل الثاني).

⁴³ سهيل ادريس، المنهل - قاموس فرنسي-عربي-، دار الآداب، بيروت، 1999، ص276.

⁴⁴ HAZARIKA Angshuman, State-to-state Arbitration based on International Investment Agreements Scope, Utility and Potential, by Springer Nature Switzerland, 2021, p.36.

⁴⁵ صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام والأوامر الأجنبية في سلطنة عمان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص23.

⁴⁶ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القاضي الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص9.

الفصل الأول

اختصاص القاضي الوطني في بداية التحكيم

غالبًا ما كانت العلاقات بين محاكم الدولة والتحكيم متضاربة وقبل كل شيء متطورة جدًا، وهذا حسب البلد والوقت. فعدم ثقة الدول فيما يتعلق بالعدالة الخاصة، الموازية والتي تعتبر أحيانًا منافسة، قد تم استبدالها، كما أوضح لنا في عرضه الرائع الأستاذ Eric LOQUIN، بروح الاعتراف والتعاون، فعولمة الاقتصاد والمعرفة الأفضل بالتحكيم، والتي تطورت بحد ذاتها كثيرًا، جعلت من الممكن التغلب على عدم ثقة هذه الدول والقضاة، إذ لوحظ أن حوالي 80٪ من العقود الدولية تخضع، في حالة التقاضي، للتحكيم، وعلى وجه الخصوص، الاستثمارات الدولية⁴⁷، وهو ما يضيف على التحكيم صفة الدولية⁴⁸.

بالمقابل تطور دور القضاء في الآونة الأخيرة، بحيث لم يقتصر على مجرد مراقبة حكم التحكيم بعد صدوره، بل أصبح أكثر إيجابية، حيث يمد يد العون إلى التحكيم، ويقدم مختلف أوجه المساعدة له، من تعيين المحكمين، وغيرها من الأمور التي يساهم القضاء فيها في مساعدة التحكيم للسير في الإجراءات وتمكين محكمة التحكيم من إصدار حكم التحكيم⁴⁹.

فالقضاء والتحكيم تحكهما إذا علاقة لا بد أن تكون متصلة، ويظهر هذا الاتصال خلال كل مراحل التحكيم⁵⁰، فقد يحصل أن يقوم القاضي الوطني بالتدخل في بداية الخصومة التحكيمية، ولا تعد بذلك ولاية قضائية مستقلة بل ولاية قضائية ثانوية، لأن نتيجة اتفاق التحكيم تؤدي من حيث المبدأ إلى عدم اختصاص القضاء الوطني.

47 PLUYETTE Gérard, « Le juge d'appui- L'expérience française », in le juge et l'arbitre, sous direct. Sami-BOUSTANJI et autres, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, p131-132.

⁴⁸ يمكن لهذا المفهوم أن يتوسع بطريقة غير عقلانية مع وجود العولمة بفعل الاعتماد على المعايير كالمعيار الاقتصادي، راجع:

BEN ABDERRAHMANE Dahmane, « La réforme du droit algérien de l'arbitrage commercial international », *La gazette du palais*, n°101-103 (numéro spécial Algérie), 1999, note n°05.

⁴⁹ عامر فتحي البطانية، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي-دراسة مقارنة-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008،

ص12.

⁵⁰ المرجع نفسه، ص67.

يسهر القاضي، إعمالاً لدوره الثانوي، على مساعدة محكمة التحكيم في العملية التحكيمية إذ يقدم الدعم لإنجاح التحكيم، ونكون بذلك قد ميزنا بين الأعمال التي يمكن القيام بها من خلال الاختصاص الثانوي للقاضي وفعالية اتفاقية التحكيم (المبحث الأول) من تلك التي يمكن أن تمارس في حال وجود صعوبات تعترض تشكيل محكمة التحكيم (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الاختصاص الثانوي للقاضي وفعالية اتفاق التحكيم

تلعب الإرادة دوراً بالغ الأهمية في إنجاح العملية التحكيمية برمتها، من خلال تنظيم كل جزئياتها خاصة في التحكيم الحر⁵¹، بما في ذلك من مرحلة تعيين واختيار محكمة التحكيم، من قبل الأطراف الذين يتجلى لهم تحقيق الأمن القانوني في حرية اختيار المحكمين اللذين سيفصلون في النزاع⁵²، وهذا دون لجوئهم إلى القضاء المعتاد في حل ما ينشأ بينهم من نزاعات، وهو القضاء الوطني⁵³.

بذلك نجد المشرع الجزائري يقنن حق الأطراف في تشكيل محكمة التحكيم، وحرية اختيار محكميهم، ما يؤكد أن جوهر التحكيم هو الإرادة، والاتفاق، فلا يتصور أن يفرض على الأطراف محكمين رغماً عنهم، وإلا بماذا يفترق التحكيم عن القضاء الوطني⁵⁴. ويعد هذا تجسيدا واضحا للطابع الاتفاقي الذي يقره المشرع الجزائري لنظام التحكيم.

إذ يبقى الاختيار المباشر أو الاختيار الشخصي للمحكمين من قبل أطراف النزاع التحكيمي، التعبير الأمثل عن اطمئنانهم للمحكم أو المحكمة التحكيمية المختارة، محققين بذلك مبدأ الحرية وكذا مبدأ المساواة فيما بينهم في هذا التعيين⁵⁵. لكن لا بد من الحديث عن الصعوبات التي يصادفها تشكيل محكمة التحكيم باتفاق الأطراف، ولجوئهم للقاضي طلباً لمساعدة المحكم.

⁵¹ المصري حسن، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، د.د. ن، الكويت، 1996، ص15.

⁵² عبد الإله عديباطر، دور الإرادة في التحكيم التجاري، المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثاني/ 2016، ص11.

⁵³ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي- دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي-، كما جاء في الاتفاقيات الولية والإقليمية العربية والعربية، الطبعة الأولى، دار الثقافة والتوزيع، الأردن، 2008، ص13.

⁵⁴ بن سعيد لهر، التحكيم التجاري الدولي- وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة-، دار هومة، الجزائر، 2012، ص96.

⁵⁵ عبد الإله عديباطر، المرجع السابق، ص13.

وانطلاقاً من فلسفة التحكيم وأهدافه، فإن التشريعات الحديثة تنظم العلاقة بين القضاء و التحكيم لتوضح من جهة أوجه المساعدة بينهما، ومن جهة أخرى حدود الرقابة و الإشراف على التحكيم، وذلك بهدف إرساء الضوابط والمقومات التي تكفل حسن سير التحكيم وتحقيق أغراضه، ويعد هذا الاتجاه دليلاً على أهمية الدور الذي يمكن أن يؤديه القضاء تجاه التحكيم، فالقضاء له دور هام و فعال لصالح إنجاز التحكيم⁵⁶.

لكن هل يمكن استبعاد اختصاص القاضي الوطني بالنظر في وجود اتفاق التحكيم؟ (المطلب الأول)، أم أن وجود البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم وتنازل الأشخاص عن التحكيم يستتبع اختصاص القاضي وهو ما يعرف بالدعوى الفرعية للقاضي الوطني لمعرفة القضية المعروضة على التحكيم؟ (المطلب الثاني)

المطلب الأول

استبعاد اختصاص القاضي الوطني بالنظر في وجود اتفاق التحكيم

لا يمكن اعتبار الاتفاق على التحكيم مجرد شرط وارد في العقد الأصلي، بل هو عبارة عن عقد آخر من طبيعة مختلفة، فهو عقد ثانٍ وإن كان مندمجاً من الناحية المادية في العقد الأصلي⁵⁷. فإذا بطل هذا الأخير لا يؤثر على اتفاق التحكيم، وبالتالي فإنه آلية الحفاظ على العقد من تأثير الأوامر القانونية وسلطتها القضائية.

وبالتالي له خصوصية تجعل منه اتفاقاً غير عادي، يمنح للمحكم سلطة الفصل في اختصاصه، كما أن هذا الاتفاق هو الذي يمنح لقضاء التحكيم وجوده واختصاصه⁵⁸، لكن السؤال الذي يطرح هل أن هذا الاتفاق يمكن أن ترفع بشأنه دعوى تستهدفه مباشرة؟ (الفرع الأول)، أم أن النتيجة المباشرة لوجود هذا الاتفاق هو امتناع القاضي عن النظر في النزاع محل الاتفاق على التحكيم (الفرع الثاني).

⁵⁶ عامر فتحي البطانية، المرجع السابق، ص 67.

⁵⁷ حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 119.

⁵⁸ هدى محمد مجدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 66.

الفرع الأول

في إطار الدعوى الأصلية التي تستهدف اتفاق التحكيم

توجد بعض القوانين التي تمنع رفع دعوى مباشرة وأصلية أمام القضاء بغية الفصل في صحة اتفاق التحكيم وقابليته للتطبيق، وقبل ذلك الفصل في وجوده، منها القانون والقضاء الفرنسيين⁵⁹. غير أن هنالك من التشريعات الداخلية من سمحت للأطراف رفع دعوى قضائية أصلية مباشرة كالمشرع الألماني، على سبيل المثال، وذلك إذا لم تشكل محكمة التحكيم بعد⁶⁰، إذ نص في قانون الإجراءات المدنية الألماني على أنه قبل تشكيل محكمة التحكيم، يمكن رفع دعوى أمام المحكمة لتحقيق من قابلية تسوية النزاع أو عدمها عن طريق التحكيم⁶¹.

وهو ما لم يتناول في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، إذ لا يوجد ما يدل على سماح المشرع الجزائري برفع دعوى أصلية تتعلق مباشرة باتفاق التحكيم، بل اكتفى بالنص في المادة 1045 على استبعاد اختصاص القاضي بنظر النزاع المشمول باتفاق تحكيم أو وجود خصومة تحكيمية قائمة.

ومنه، فالمشرع الجزائري لم يفصل صراحة في مسألة الاختصاص في الدعوى المباشرة ضد اتفاق التحكيم. وفي هذا السياق، يرى "الأستاذ كريم تعويلت" أن تأثر المشرع الجزائري بالكثير من الحلول القانونية والقضائية الفرنسية أثناء إعداد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قد يدفع

⁵⁹ في قضية "zanzi"، صدر قرار بتاريخ 1999/01/05 عن محكمة النقض الفرنسية، بأن الاختصاص لا يؤول إلى المحكمة القضائية بصفة مباشرة وأصلية فيما يخص شرط التحكيم، وهو ما قضت به قبل ذلك محكمة استئناف باريس في قضية جمهورية غينيا في 1988/05/04 والتي قامت بتأييد رفض ابطال اتفاق التحكيم لوجود خطأ في تعيين مقر التحكيم. لتفصيل أكثر حول القضية، راجع:

FOUCHARD Philippe, Note sous cass. Civ., 1^{re} ch., 5 Janvier 1999, M.Zanzi c/J. de Coninck et autres, Rev. Arb. N°2/1999, p.269.

⁶⁰ تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص93.

⁶¹ حسب ترجمنا للفقرة 02 من المادة 1032 من قانون الإجراءات المدنية الألماني، حيث جاء في النص الأصلي أن:

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

المادة 1032 من قانون الإجراءات المدنية الألماني، راجع نص المادة على الموقع الإلكتروني التالي: www.bijus.eu

بالقضاء الجزائي إلى استبعاد اختصاص القاضي من النظر في الدعاوى المرفوعة أمامه، والمتعلقة باتفاق التحكيم بصفة مباشرة⁶².

وعلى غرار قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، لم يبين القانون المصري للتحكيم لسنة 1994، صراحة إمكانية رفع دعاوى تتعلق مباشرة باتفاق التحكيم. من جهته، يرى جانب من الفقه المصري، ومن أبرزهم الدكتور "فتحي والي" أنه لا يوجد ما يمنع رفع دعوى ابطال أو بطلان شرط التحكيم كدعوى تقريرية قبل نشأة النزاع، إذا توافرت المصلحة في ذلك وفقا للقواعد العامة، وأن هذه المصلحة موجودة في حالة ابطال شرط تحكيم قبل نشأة أي نزاع، لمنع عرض نزاع على محكمة تحكيم في المستقبل بموجب شرط تحكيم باطل لمنعها من اصدار حكم باطل، وأن هذه المصلحة متوفرة منذ انعقاد العقد المتضمن للشرط الباطل، إذ تتوافر للطرف في هذا العقد مصلحة حالة في عدم تحمل إجراءات تحكيم، بما تتضمنه من ضياع الوقت والنفقات تنتهي بصدور حكم باطل لبطلان شرط التحكيم، ولو كانت هذه الإجراءات لم تبدأ بعد⁶³.

تجدر الإشارة، إلى أن رفع دعوى مباشرة من طرف أحد الأطراف، تعتبر من بين الحالات التي تعرض فيها مسألة اختصاص محكمة التحكيم أمام القاضي، أي أنها رقابة قضائية على اختصاص المحكم⁶⁴ في نظر النزاع المشمول باتفاق التحكيم، ولما كان هذا الأخير ذو فعالية إجرائية في مجال التحكيم، كون التحكيم في حد ذاته اتفاق إجرائي لا يقبل التنفيذ بمقابل (أولا) فإن له خصوصيته، قد تجعل من الرقابة القضائية على هذا الاتفاق أمرا واردا (ثانيا).

أولا: خصوصية اتفاق التحكيم

انطلاقا من كون التحكيم "أسلوبا لفض المنازعات ملزما لأطرافها مرتكزا على اختيار الخصوم أفرادا عاديين للفصل فيما يثور بينهم أو يحتمل أن يثور بينهم من نزاع"⁶⁵، فإن الاتفاق عليه يشتمل على صورتين. تنص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "اتفاق

⁶² تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 94.

⁶³ والي فتحي، "الرقابة القضائية على صحة اتفاق التحكيم أثناء إجراءات التحكيم"، مجلة التحكيم، لبنان، العدد الثامن، 2010، ص 83.

⁶⁴ كريم تعويلت، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 91.

⁶⁵ علي غسان علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثار بصدها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2000، ص 21.

التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"، وهذه صورة من صور اتفاق التحكيم التي تأتي بعد نشأة النزاع وهي الصورة التي يسميها الفقه وغالب التشريعات العربية بـ "مشاركة التحكيم"⁶⁶.

أما الصورة الثانية لاتفاق التحكيم، فهي شرط التحكيم، وهو من أكثر الشروط تضمينا في العقود الدولية التي تكون الدولة طرفا فيها، الأمر الذي انعكس على القوانين الداخلية التي أصبحت تنص صراحة على هذا الشرط⁶⁷. فقد أوردها المشرع في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تنص على أن: "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".

فالمشرع الجزائري قد استعمل مصطلح اتفاق التحكيم، على خلاف جل التشريعات الوطنية الحديثة⁶⁸، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة⁶⁹ للقانون

⁶⁶ تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري والمشرع التونسي لا يستعملان مصطلح "مشاركة التحكيم"، بل يستعملان مصطلح "اتفاق التحكيم".

⁶⁷ الغزاوي زكرياء، "تعليق على القرار الصادر عن محكمة النقض، الغرفة الإدارية الأولى، بتاريخ 2013/03/07، في الملف عدد 2013/182، قضية شركة ساليبي ضد الدولة المغربية"، المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، العدد الأول/2015، ص92.

⁶⁸ أنظر على سبيل المثال: المادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

⁶⁹ الأونسترال هي اختصار للتسمية الإنجليزية United nations commission on international Trade law (باللغة العربية تسمى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وباللغة الفرنسية تسمى (commission des nations unies) pour le droit commercial international هي الهيئة القانونية التابعة لمنظمة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي، وهي هيئة ذات عضوية عالمية متخصصة في إصلاح القانون التجاري على النطاق العالمي منذ ما يزيد عن 50 سنة. وتتمثل مهمة الأونسترال في عصرنة ومواءمة القواعد المتعلقة بالأعمال التجارية الدولية. ويهدف هذا القانون كذلك إلى مساعدة الدول على إصلاح وتحديث قوانينها المتعلقة بإجراءات التحكيم التجاري الدولي إذ يتناول القانون جميع مراحل عملية التحكيم ابتداء من اتفاق التحكيم، وتكوين هيئة التحكيم واختصاصها، ونطاق تدخل المحكمة من خلال الاعتراف بقرار التحكيم وإنفاذه. ويجسد القانون توافقا عالميا في الآراء بشأن الجوانب الرئيسية لممارسة التحكيم الدولي، بعد أن قبلت به دول من جميع المناطق ومن مختلف النظم القانونية أو الاقتصادية في العالم. لتفصيل أكثر أنظر الموقع الإلكتروني: www.uncitral.org ، اطلع عليه بتاريخ 12 جويلية 2019، على الساعة: 13:42.

التجاري الدولي⁷⁰ للدلالة على الاتفاق الذي يتم بموجبه اللجوء إلى التحكيم، بعيدا عن ولاية القضاء المختص مع التزام الأطراف بعرض النزاع كله أو بعضه على محكم أو ثلاث للفصل فيه بحكم لازم لهم⁷¹. كما ينبغي التوضيح بأن المشرع استعمل مصطلح "اتفاقية التحكيم" للدلالة على الصورتين معا، إذ يشمل في نفس الوقت "شرط التحكيم" المنصوص عليه في المادة 1007 ق إم إ السالفة الذكر، و"اتفاق التحكيم" المنصوص عليه في المادة 1011 المشار إليها أعلاه.

ومنه، يكون اتفاق التحكيم⁷² هو في حد ذاته عقد، تم التوصل إليه طواعية من قبل الطرفين، يحددون فيه باختيارهم المحكم الذي يفصل في نزاعهم سواء كان هذا الاختيار مباشرة أو بطريقة غير مباشرة⁷³، وكذا القانون الواجب التطبيق من طرفه، وقد يعفى من التقيد بالقانون ما يضي عليه صفة المحكم بالصلح بعد الاتفاق الصريح على تسميته كذلك⁷⁴. ومن حين لآخر، يتم توفير التحكيم بموجب القانون وليس طوعياً، وقد يكون التحكيم متاحاً بموجب المعاهدة لصالح مستثمري الشركات من الأطراف الثالثة، ومع ذلك، يمكن الافتراض بأن التحكيم يشمل على أحد ركائزه المفهوم الأساسي لموافقة الأطراف⁷⁵.

بعبارة أخرى، هو العقد الذي يتفق فيه الطرفان المتعاقدان على التنازل عن مراجعة القضاء العادي والاحتكام إلى محكم أو أكثر للفصل في نزاع محتمل أو نزاع قائم بينهما⁷⁶.

⁷⁰ تنص المادة السابعة من قانون الأونسترال للتحكيم التجاري الدولي (بالصيغة التي اعتمدها اللجنة في دورتها التاسعة والثلاثين، في عام 2006) مثلاً: "اتفاق التحكيم" هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض ما نشأ أو ما قد ينشأ بينهما من نزاعات بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أو غير تعاقدية".

⁷¹ منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص 07.

⁷² تجدر الإشارة إلى أن اتفاقات التحكيم متعددة ومتنوعة، لأنها من جهة يجب أن تتكيف مع متطلبات وشروط الأطراف، ولأنها تحتوي أيضاً على تمييز بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم وفقاً لتمايز كلاسيكي. من ناحية أخرى هنالك "نموذج" من اتفاق التحكيم، يكون إطاراً مشتركاً يفي بالمتطلبات القانونية للتقاضي بموجب القانون الخاص. راجع:

DEPINCE Malo, « La nouvelle convention d'arbitrage », *Les cahiers de l'arbitrage-nouveaux domaines, nouvelles utilisations*, 3^{ème} Edition, 2017, p24.

⁷³ معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص 11.

⁷⁴ محمود سيد أحمد، مفهوم التحكيم وفقاً لقانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 27.

⁷⁵ ANDREWS Neil, *Arbitration and Contract Law*, Springer International Publishing Switzerland, 2016, p.07.

⁷⁶ نبيل صالح العرابوي، "اتفاق التحكيم"، دفا تر السياسة والقانون، عدد 15، جوان، 2016، ص 362.

كما أنه: "اتفاق أطراف علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهما بالفعل أو التي من المحتمل أن تثور، عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين"⁷⁷. فاتفاق التحكيم هو أيضا كما يُعرّف في قانون الأونسترال النموذجي بأنه: "اتفاق بين الأطراف على أن يقدموا إلى التحكيم جميع أو بعض الخلافات التي نشأت أو التي قد تنشأ بينهم فيما يتعلق بعلاقة قانونية محددة، سواء كانت تعاقدية أم لا"⁷⁸.

ولاتفاقات التحكيم⁷⁹ خصوصية جدّ مهمة، تتمثل في استقلاليتها عن العقد الأصلي التي ظهرت نتيجة ضرورة عملية، فمبدأ الاستقلالية يعد حاليا حجر الزاوية للتحكيم التجاري الدولي، فمنذ أن أقره القضاء الفرنسي بمناسبة الحكم في قضية قوسيه⁸⁰ Gosset بتاريخ 1963/05/07 استقر عليه ولم ينقضه بعد ذلك⁸¹.

فقد توالى الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الفرنسي مؤكدة على هذا المبدأ بعبارة مماثلة لتلك المذكورة في الحكم السالف الذكر، كما قام بحذف الحالات الاستثنائية الذي جاء بها نظرا لعدم استنتاج أي نتيجة عملية منها، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية Impex بأن: "يكون اتفاق التحكيم مستقلا قانونا في القانون الدولي الخاص الفرنسي"، كما أكد ذات المبدأ أيضا في القضيتين Droga و Hecht⁸².

⁷⁷ مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 05.

⁷⁸ ZHENG Sophia Tang, Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law, by Routledge Research in International Commercial Law, 2014, p.12.

⁷⁹ يمكن تعريف اتفاقيات التحكيم بحسب تصنيفها إلى اتفاقيات ملزمة وغير ملزمة، بحيث يكون اتفاق التحكيم غير الملزم عندما لا يجوز لحكم التحكيم أن يلزم الأطراف وأن الطرف غير الراضي بنتيجته له خيار رفع النزاع إلى القضاء العادي. وفيما بينها، توجد أيضا اتفاقيات ملزمة جزئية، بموجبها يلزم حكم التحكيم طرفاً واحداً فقط دون الآخر.

⁸⁰ هذا ما جعل البعض يتحدث عن ازدواجية استقلالية اتفاق التحكيم بالمفهوم الحديث:

« L'arrêt Gosset ne se prononce sur les règles applicables à la clause d'arbitrage, mais se contente de poser le principe d'une double autonomie de la clause compromissoire : autonomie par rapport au contrat principal, et autonomie de rattachement par rapport à un quelconque ordre juridique ».

BURGUET Donya, « Dans quelle mesure l'arbitrage international est-il autonome ? ».

منشور على الرابط الاتي: <https://www.academia.edu>، اطلع عليه بتاريخ: 05 جويلية 2019، على الساعة: 07:00.

⁸¹ بن سعيد زهر، المرجع السابق، ص 77.

⁸² تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 171.

هذا وقد تم تقنين هذا المبدأ في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بمناسبة تعديله بموجب المرسوم الصادر بتاريخ 2011/01/13، حيث جاء في المادة 1447 الفقرة الأولى ما يلي: " اتفاق التحكيم مستقل عن العقد الذي يتعلق به، فهو لا يتأثر بعدم فعالية هذا الأخير"⁸³. وتجدر الإشارة إلى أن الأنظمة القانونية الحالية تعمل على تكريس فكرة استقلالية اتفاق التحكيم، والتي هدفها بالمفهوم التقليدي حماية اتفاق التحكيم من سوء نية الأطراف وذلك بفصل مصير الاتفاق عن مصير العقد الأصلي، وتحقيق فعاليته بالرغم مما يشوبه من أسباب للبطلان وللانقضاء⁸⁴.

أما ما توصلت إليه الممارسة عن فكرة استقلالية اتفاق التحكيم بالمفهوم الحديث، هو تحقيق فعالية الاتفاق في التجارة الدولية باستبعاد منهج تنازع القوانين في تحديد القانون الواجب التطبيق وإحلال محله منهج القواعد المادية الذي يوصلنا إلى تطبيق قواعد التجارة الدولية على صحة اتفاق التحكيم⁸⁵.

فبالرغم من وجود شرط التحكيم في العقد الأصلي المبرم بين أطرافه -مصدر الرابطة القانونية- فإنه يجب القول باستقلاله عن هذا العقد، فهو تصرف قانوني مستقل، وقائم بذاته، وإن تضمنه العقد مصدر الرابطة القانونية، ومن ثمة فإنه قد يتصور صحة شرط التحكيم رغم بطلان العقد الأصلي -مصدر الرابطة القانونية- والذي تضمن هذا الشرط، إلا إذا كان سبب البطلان يشمل أيضا شرط التحكيم⁸⁶.

يمكن القول إذن، أن مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي المبرم بين أطرافه - مصدر الرابطة القانونية- يعد من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم، سواء على الصعيد الدولي أم على الصعيد الوطني⁸⁷. فقد كرس هذا المبدأ في الكثير من الأنظمة القانونية وليس كلها.

⁸³ يتعلق الأمر بترجمتنا، حيث جاءت صياغة هذه الفقرة باللغة الفرنسية على الشكل التالي:

« La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci ».

⁸⁴ تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 159.

⁸⁵ المرجع نفسه، ص 160.

⁸⁶ محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 79.

⁸⁷ تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 82.

وعلى ذكر الصعيد الوطني، نجد أن المشرع الجزائري قد أقر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي، حيث نص في الفقرة الرابعة من المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008 على ما يلي: "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي"، ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعتمد في صياغته لنص المادة مصطلح الاستقلالية، وإنما بين عدم تأثر اتفاق التحكيم بأي بطلان قد يصيب العقد الأصلي⁸⁸.

كما أن المشرع الجزائري قد نص سابقا في المرسوم التشريعي رقم 93-09 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الملغى، في الفقرة الأخيرة من المادة 458 من هذا القانون والتي نصت على أنه: "لا يمكن الاحتجاج على صحة اتفاق التحكيم، بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح"⁸⁹، فالمشرع في هذه المادة لم ينص كذلك على مصطلح الاستقلالية وإنما اكتفى بالنص على ما يدل عليه⁹⁰.

أما في مجال التحكيم الداخلي فإن المشرع الجزائري لم ينص لا صراحة و لا ضمنا على استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي⁹¹، وقد علق عن هذا المبدأ "الأستاذ تعويلت كريم" فيما يخص التحكيم الداخلي بقوله: "إذا كانت بداية هذا المبدأ قد اقتصر على التحكيم التجاري الدولي، فإن المزايا التي يحققها والفعالية التي يضمنها جعلت الأنظمة القانونية تعمله ليطبق في مجال التحكيم الداخلي، لكن تطبيقه في هذا المجال يستوجب مراعاة خصوصيات هذا النوع من التحكيم أي الاقتصار على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بمفهومه الكلاسيكي الذي يتطابق مع فكرة الفصل بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي الذي يرد فيه أو يتعلق به"⁹².

⁸⁸ لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 79.

⁸⁹ مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 1993/04/25، معدل ومتمم للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 1966/06/08، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر عدد 27، صادر بتاريخ 1993/04/27 (ملغى).

⁹⁰ تعويلت كريم، المرجع نفسه، ص 177.

⁹¹ نرى أنه لا بد على المشرع الجزائري أن يبين موقفه بخصوص استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي فيما يخص التحكيم الداخلي، وبالتالي فإن هذا المبدأ لم يلق العناية الكافية من المشرع وحتى من فقهاء القانون الداخلي الجزائري.

⁹² تعويلت كريم، "التحكيم الداخلي في القانون الجزائري: مقتضيات تشجيعة وتفعيله"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد 08، عدد 02 (عدد خاص)، 2017، ص 164 وما يليها.

ومن التشريعات العربية التي خالفت المشرع الجزائري، نذكر منها على سبيل المثال، التشريع المصري الذي نص في المادة 23 من القانون الجديد الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية بصفة صريحة وواضحة على مبدأ الاستقلالية بالنسبة للعقد الأصلي سواء بالنسبة للتحكيم الداخلي أو التحكيم التجاري الدولي⁹³.

أما في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فقد كرس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي بصفة صريحة، وذلك في نص المادة 16 منه، حيث نصت على أنه: "ولهذا الغرض، ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من عقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من محكمة التحكيم ببطان العقد لا يرتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم"⁹⁴.

أما في أهم اللوائح الخاصة بالتحكيم، على سبيل المثال، كرس اللائحة التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في صيغتها المعدلة لسنة 2010 في المادة 23 منها على أنه: "ولهذا الغرض، ينظر إلى بند التحكيم الذي يشكل جزءا من عقد كما لو كان بندا مستقلا عن بنود العقد الأخرى، ولا يترتب تلقائيا على أي قرار لهيئة التحكيم ببطان العقد بطلان بند التحكيم"⁹⁵. كما أن لاتفاق التحكيم خاصية أخرى، إذ أن التحكيم اتفاق إجرائي لا يقبل التنفيذ بمقابل فبعد الحديث عن خصوصية اتفاق التحكيم وقبل التطرق للرقابة الاستثنائية التي من الممكن ممارستها من طرف الجهاز القضائي للدولة، يتعين التذكير بأن التحكيم اتفاق إجرائي لا يقبل التنفيذ بمقابل وإنما ينفذ تنفيذا عينيا لذا وجب تقرير استقلاله عن العقد الأصلي، وذلك بغية حماية مبدأ "استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي" -مصدر الرابطة القانونية -، كمبدأ موضوعي يفصل شرط التحكيم عن التزامات عقدية أخرى.

وهو الأمر الذي أراد الأستاذ "أحمد محيو" أن يضمه في القانون الخاص للتحكيم، حيث اقترح فصلا كاملا يتعلق بقواعد المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، من بين أهمها قاعدة عدم تأثر

⁹³ تعولت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 175.

⁹⁴ نص القانون منشور على موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (CNUDCI) التالي: www.uncitral.org

⁹⁵ هذه اللائحة منشورة على موقع اللجنة: www.uncitral.org

اتفاق التحكيم بعدم صحة العقد الأصلي، وذلك قبل صدور المرسوم التشريعي 09/93 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الملغى⁹⁶.

فإذا كان شرط التحكيم باطلا في حد ذاته يفصل عن العقد الأصلي، ذلك أن الأمر هنا يتعلق بالإجراءات الموضوعية والآلية التي توصلنا إلى هذا هي إعطاء السلطة للقاضي لأن الطريق الوحيد للتنفيذ العيني هو اللجوء للجهاز القضائي للدولة خاصة في الحالات التي لا يكون التحكيم فيها مؤسسي.

ما يمكن قوله بخصوص اتفاق التحكيم، أنه أداة العقد ونقطة الانطلاق لتسوية المنازعات المتعلقة بهذا العقد بعرضه على محكم والالتزام بعدم اللجوء للقضاء الوطني إن هذا الالتزام بعدم عرض النزاع على قضاء الدولة يقابله الحق في الدفع بالتحكيم⁹⁷، هذا الدفع الذي مهما اختلفت الآراء الفقهية حول طبيعته وما إذ كان دفعا بعدم القبول⁹⁸ أم دفعا بعدم الاختصاص⁹⁹، وهنالك من يعتبرونه دفعا ببطالان المطالبة القضائية وهنالك من يعتبرونه دفعا مستقلا قائما بذاته أو كما كيفه المشرع الجزائي من الدفع الشكلية التي يجب أن تثار قبل أي دفاع في الموضوع وإلا تسقط¹⁰⁰، فإنه على المحكمة التي يعرض عليها أن ترد الدعوى¹⁰¹. فإذا لم يتمسك بوجود شرط التحكيم، فإن عليه أن يفصل في الدعوى وإلا عد منكرا للعدالة، فقد أجمع الفقه على أنه لا يجوز للقاضي أن يمتنع من تلقاء نفسه عن الفصل في الدعوى في غيبة دفع من المدعى عليه بالاتفاق على التحكيم¹⁰².

⁹⁶ MAHIOU Ahmed, « L'arbitrage en Algérie », *RASJEP*, N°4, Alger 1998, p714.

⁹⁷ علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص155.

⁹⁹ علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، المرجع السابق، ص192.

¹⁰⁰ تعوليت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص154.

¹⁰¹ عامر فتحي البطانية، المرجع السابق، ص70.

¹⁰² عامر فتحي البطانية، المرجع السابق، ص71.

وبالرغم من اختلاف التكيف المعتمد للدفع بوجود اتفاق التحكيم في القوانين الوطنية أو توافقها في بعض الاتفاقيات الدولية¹⁰³ وكذا في القانون النموذجي¹⁰⁴، إلا أن مسألة رقابة القاضي على اختصاص محكمة التحكيم إذا أثاره أحد الطرفين، تطرح لأن تحديد مدى اختصاص القاضي بنظر النزاع متوقف على وجود اتفاق التحكيم¹⁰⁵.

ثانياً: الرقابة القضائية الاستثنائية على حكم التحكيم

إن القاضي يمارس سلطة استثنائية بالتأكد من وجود اتفاق التحكيم إذا تمسك به أحد الأطراف أمامه، وإن كانت هذه الرقابة الممارسة من طرفه سطحية¹⁰⁶ إلا أنه يتأكد من وجود اتفاق التحكيم¹⁰⁷، وهو بذلك يراقب رقابة حمائية لإرادة الأطراف¹⁰⁸.

لكن ماذا لو لم يتم أحد أطراف النزاع بتنفيذ هذا الاتفاق على التحكيم، الذي يعد اختلالاً بالتزام تعاقدية، هل يتدخل القاضي؟

سمح المشرع الجزائري للطرف الذي يهيمه التعجيل، والذي منع من تنفيذ الاتفاق من الطرف الآخر المتعنت، بالتقدم أمام القاضي، اعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة في التحكيم ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليه في المادة 106 من القانون المدني. ففي حالة وقوع نزاع، بتصدي الطرف المتعنت للجوء إلى التحكيم، فإنه وبعد التأكد من اتفاق التحكيم، بإرفاق ما يثبت وجوده، ونشأته صحيحاً غير مشوب بعيوب قد تؤدي إلى إبطاله¹⁰⁹، ينظر رئيس المحكمة في طلب التدخل،

¹⁰³ تنص المادة (2/3) من اتفاقية نيويورك 1958 على أنه: "3- على المحكمة في أي دولة متعاقدة، عندما يعرض عليها نزاع في مسألة ابرم الطرفان بشأنها اتفاقاً بالمعنى المستخدم في هذه المادة، أن تحيل الطرفان إلى التحكيم بناء على طلب أيهما، ما لم يتبين أن هذا الاتفاق لاغ وباطل، أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ".

¹⁰⁴ تنص المادة (8/1) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة على أنه: "1- على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة ابرم بشأنها تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن النزاع باطل ولاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه".

¹⁰⁵ تعولت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 108.

¹⁰⁶ الرقابة السطحية هي الرقابة التي تستهدف ظاهر اتفاق التحكيم: البطلان الظاهر وعدم القابلية الظاهرة للتطبيق.

¹⁰⁷ تعولت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق ص 155.

¹⁰⁸ المرجع نفسه، ص 156.

¹⁰⁹ هذا يعني الرقابة المطلقة من طرف القاضي على حكم التحكيم.

ملزما الطرف المخل بالالتزام التعاقدى بالامتثال لما اتفق عليه ومباشرة إجراءات العملية التحكيمية¹¹⁰.

الفرع الثاني

واجب امتناع القاضي عن نظر النزاع المشمول باتفاق التحكيم

يعد تطبيق قاعدة عدم اختصاص القاضي¹¹¹ بنظر النزاع المشمول باتفاق التحكيم من التطبيقات الضرورية والجوهرية التي تركز فعالية التحكيم¹¹²، سواء اتخذ اتفاق التحكيم صورة شرط تحكيم مدرج في العقد أو صورة مشاركة تحكيم اتفق عليها بعد نشأة النزاع، وقد كرسته المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم وأيضا التشريعات الوطنية¹¹³.

¹¹⁰ ديانة مهدي، بلحيمر عمار، "تقييد إرادة الأطراف في التحكيم في التشريع الجزائري"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 17/ جوان، 2017، ص 71.

¹¹¹ على الرغم من أن القاعدة العامة التي تحكم مسلك القضاء الوطني فيما يتعلق بالمنازعات الخاصة الدولية، المتفق بشأنها على التحكيم، تتلخص في عدم اختصاص هذا القضاء في هذه المنازعات، إلا أن هذه القاعدة ترد عليها بعض القيود والاستثناءات: أبرزها انعقاد الاختصاص للمحاكم الوطنية بشأن اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية المتصلة بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، تدخل القضاء الوطني من أجل تكوين محكمة التحكيم في حالة تعذر تشكيلها، وأخيرا الرقابة التي تباشر من قبل القضاء الوطني على حكم التحكيم سواء كانت هذه الرقابة من خلال الطعن بالبطالان على حكم التحكيم، أو في إطار دعوى الأمر بالتنفيذ. إذ أنه من غير الملائم حرمان الأطراف في اتفاق التحكيم من الاستفادة من القواعد التي تحكم إجراءات الاستعجال الموجودة في الأنظمة القضائية العادية والتي تعد أكثر فعالية. لتفصيل أكثر أنظر: حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 284. وكذلك حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 29.

¹¹² حفيظ قطاف، مجال تدخل القضاء في خصومة التحكيم التجاري الدولي على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد (08-09)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص- فرع قانون الأعمال، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2014-2015، ص 15.

¹¹³ حيث نص عليه على سبيل المثال القانون الدولي الخاص السويسري في المادة السابعة منه وقانون الإجراءات الإيرلندي في المادة 1022، وكذا القانون الألماني في المادة 1027.

كما تم تأكيد مبدأ عدم اختصاص القضاء الداخلي في النزاعات المعروضة للتحكيم من قبل الاتفاقيات الدولية، لاسيما تلك التي صادقت عليها الجزائر ألا وهي اتفاقية نيويورك¹¹⁴ المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، في نص المادة الثانية في فقرتها الثانية التي ألزمت المحكمة المعروض عليها النزاع بإحالة الأطراف على التحكيم بناء على طلب أحدهم¹¹⁵.

إذ يعتبر المبدأ القانوني الذي يجرد القاضي الوطني من اختصاصه الأصلي والاستثنائي في نظر الخصومات متى وجد الاتفاق التحكيمي وتمسك به أحد الأطراف، فيحيله أو يعهد به إلى المحكمة التحكيمية¹¹⁶، وفي هذا الصدد ينص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن القاضي يكون غير مختص إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاق تحكيم، مع شرط إثارته من قبل أحد الأطراف¹¹⁷، أي أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم وتنبيهه القاضي بشأنه شرط وضعه المشرع الجزائري حتى يمتنع القاضي عن نظر النزاع.

ف نجد أن المشرع الجزائري على خلاف التشريعات العربية¹¹⁸ ما عدا التشريع المصري¹¹⁹، قد أخذ بفكرة وجود اتفاق التحكيم كمعيار لإعمال الأثر السلبي لهذا الاتفاق، وبالتالي إعمال الأثر

¹¹⁴ انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بموجب المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 05/11/1988، المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ للاتفاقية الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها الموقع عليها في نيويورك بتاريخ 10/06/1958. ج.ر.ج.د.ش، عدد 48، الصادر بتاريخ 23/11/1988.

¹¹⁵ شعران فاطمة، "اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الثاني، ديسمبر 2016، ص 21.

¹¹⁶ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 16.

¹¹⁷ المادة 1045 ق ا م ا.

¹¹⁸ فكرة الأثر السلبي لمبدأ "الاختصاص بالاختصاص" لا يؤخذ بها بشكل صريح إلا في القانون الفرنسي، لذلك لا يمكن القول بأن التشريعات العربية أخذت به، خاصة أن معظمها تأخذ بما جاء به القانون النموذجي الذي يسمح بمراقبة القاضي لصحة اتفاق التحكيم قبل الحكم بعدم اختصاصه أو الإحالة على التحكيم.

¹¹⁹ وفي ذلك نص المشرع المصري في المادة 13 من قانون التحكيم على أنه: "1- 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. 2- ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم".

السلي¹²⁰ لمبدأ الاختصاص بالاختصاص¹²¹، أي أن وجود اتفاق بالمعنى السابق يحجب قضاء الدولة عن نظر النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق التحكيم¹²².

لكن السؤال الذي يطرح، هل بين المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1045 طبيعة وجود اتفاق التحكيم؟

نصت المادة 1045 على أن: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية التحكيم على أن تثار من أحد الأطراف". من خلال نص المادة يتبين أن المشرع الجزائري لم يبين الطبيعة التي يكون عليها اتفاق التحكيم، لكنه وبالنظر إلى اشتراط الكتابة¹²³ لصحة اتفاق التحكيم في نص المادة 1040 من قانون

¹²⁰ استعمل مصطلح مبدأ الأثر السلي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص لأول مرة من طرف الأستاذ Emmanuel GAILLARD، وهو مبدأ كرسه القانون الفرنسي حتى قبل تعديلات 1980 و1981 المتعلقة بقانون الإجراءات المدنية. لتفصيل أكثر في الموضوع، راجع: تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص24 وما بعدها.
¹²¹ المرجع نفسه، ص154. راجع كذلك:

BOUCARON-NARDETTO Magali, Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage, PUMA, AIX-EN-PROVENCE, 2013, spéc.pp.23-29.

¹²² بن سعيد لزهري، المرجع السابق، ص83.
¹²³ للإشارة فإن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، بعد تعديله في سنة 2011، لا يشترط الكتابة في اتفاق التحكيم الدولي، إذ ينص صراحة على أنه لا يخضع اتفاق التحكيم لأي شرط شكلي، في نص المادة 1507، أما قانون التحكيم المصري الجديد 27 لسنة 1994 في مادته 12، فقد نص على اشتراط كتابة اتفاق التحكيم وإلا عد باطلا، ذلك أن البعض يرى أن ما يؤكد تطابق إرادة الأطراف صراحة هو الكتابة. لتفصيل أكثر حول موضوع شرط الكتابة، راجع: تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص129 وما بعدها؛ عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص225؛ مصطفى محمد جمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص378؛ أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2004، ص47، أنظر كذلك:

DELVOLVE Jean-Luis, « La convention d'arbitrage (ses conditions, son formalisme, ses effets...) », in *l'arbitrage commercial interne et international*, colloque organisé par le ministère de la justice et la CGEM en collaboration avec la cour suprême, Les 3-4 Mars 2004, Rabat, Maroc, *Cahier de la cour*, n°6/2005, p.155.

الإجراءات المدنية والإدارية، فيمكن الكشف عن طبيعة هذا الوجود¹²⁴، ومنه القول بأن المشرع اعتمد الوجود الشكلي المادي وليس الوجود القانوني¹²⁵، متأثراً في ذلك بالمشرع الفرنسي. ولعل العلة من هذه الفلسفة المادية البعيدة عن الاعتبارات القانونية التي ينتهجها المشرع الفرنسي ويتبعه في ذلك المشرع الجزائري، هو الاعتماد على "ماكيافيلية قانونية"¹²⁶ للحصول على أفضل فعالية إجرائية للتحكيم¹²⁷.

فإذا أرغمنا القاضي على القول بعدم اختصاصه وكان اتفاق التحكيم باطلاً، فقد دفعنا به إلى الحكم دون أساس، ذلك أن وجود اتفاق تحكيم صحيح هو أساس حكمه بعدم اختصاصه¹²⁸. لذا يجب أن ينحصر أثر مبدأ الاختصاص بالاختصاص¹²⁹ في جانبه الإيجابي¹³⁰، أي عندما تطرح أمام المحكم مسألة الاختصاص ويستبعد عندما تطرح مسألة الاختصاص أمام القاضي¹³¹.

¹²⁴ تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 155.

¹²⁵ نرى مع "الأستاذ تعويلت كريم" أن الوجود الموضوعي أو القانوني ليس شرطاً في اعتقادنا لإعمال القاعدة الواردة في نص المادة 1045 ق ا م ا. لتفصيل أكثر، راجع: المرجع نفسه، ص 154 وما يليها.

¹²⁶ تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 156-157.

¹²⁷ يرى البعض أن التحكيم وسيلة لضمان الفعالية وكذا الأخلاق في فض المنازعات، لتوليد التعاون، والحفاظ على الانسجام. راجع:

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

¹²⁸ تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 157.

¹²⁹ وُصف "مبدأ الاختصاص بالاختصاص" بأنه: 'سلطة محكمة التحكيم في اتخاذ قرار بشأن اختصاصها أو، كما هو الحال في كثير من الأحيان، تعمل باختصاصها لتقرير اختصاصها'. يستند مبدأ الاختصاص بالاختصاص على المبدأ الأساسي القائل بأن الأطراف في اتفاقية تحكيم صالحة ستحترم الاتفاقية باختيار التحكيم كطريقة لحل النزاع ولن تتدخل المحاكم في عملية تسوية النزاع، عندئذ يكون لمحكمة التحكيم سلطة تحديد اختصاصها للحكم في النزاع. لتفصيل أكثر، أنظر:

Hazarika Angshuman, op.cit., p.38.

¹³⁰ للإشارة فإن هذا المبدأ في جانبه الإيجابي كرسه الاتفاقيات الدولية: كاتفاقية عمان العربية لسنة 1987، وكذا اتفاقية جنيف لعام 1961 في مادتها 3-5، واتفاقية واشنطن لعام 1965 في مادتها 41. بالإضافة إلى تكريسه في جل القوانين الوطنية كالقانون التونسي للتحكيم الصادر سنة 1993 في مادته 61، وكذا قانون التحكيم المغربي لسنة 2008 في المادة 9-327، وكان قد أقره القضاء الفرنسي، حتى قبل التعديل الذي طال قانون الإجراءات المدنية سنة 1980، وذلك في نص المادة 1466 وكذا المادة 1465. لتفصيل أكثر، راجع: تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 23 وما بعدها.

¹³¹ المرجع نفسه، ص 157.

في هذا الشأن، يسمح من المفروض مبدأ الاختصاص بالاختصاص لمحكمة التحكيم بالفصل بالأولية في مسألة الاختصاص، إذا منحنا كامل الثقة للمحكم، ممارسا لمهنته القضائية الممنوحة له أصلا من أطراف النزاع¹³²، ومن أجل قفل باب المناورات التسويقية والتدخلات المفرطة للجهات القضائية.

على سبيل المقارنة، أخضع قانون التحكيم النموذجي للأونسترال، المعمول بقواعده من طرف كل الدول عالميا¹³³، الأحكام الأولية لرقابة فورية من المحاكم العادية بناء على طعن أي من طرفي التحكيم، حيث تنص المادة (16/3) من القانون النموذجي على أنه "...وإذا قررت هيئة التحكيم في قرار تمهيدي أنها مختصة، فلأي من الطرفين، في غضون ثلاثين يوما من تاريخ إعلانه بذلك القرار، أن يطلب من المحكمة المحددة في المادة (6) أن تفصل في الأمر، ولا يكون قرارها هذا قابلا للطعن، وإلى أن يثبت في هذا الطلب، و لهيئة التحكيم أن تمضي في إجراءات التحكيم و أن تصدر قرار تحكيم"¹³⁴.

وفي هذا السياق، فإن اتفاقية جنيف الموقعة في عام 1961 تعرضت لمبدأ اختصاص المحكم بشكل واضح، فنصت في المادة (5/3) على أن: "لا يلتزم المحكم الذي ينكر الأطراف عليه الاختصاص أن يتخلى عن نظر المنازعة، وله أن يفصل في مسألة اختصاصه وفي وجود وصحة اتفاق التحكيم أو في وجود وصحة العقد الذي يعد هذا الاتفاق جزء منه، وذلك دون الاخلال بالرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها في قانون القاضي"¹³⁵.

وقد تبنت اتفاقية واشنطن التي أنشأت المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار قاعدة مماثلة للقاعدة السابقة في المادة 41 منها و التي تنص على: "إن المحكمة محكومة

¹³² علاء معي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية – في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم-، دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص21.

¹³³ يوسف حسن يوسف، التحكيم الدولي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011، ص23.

¹³⁴ قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006.

¹³⁵ اتفاقية جنيف (الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي)، عقدت تحت رعاية اللجنة الاقتصادية لأوروبا التابعة للأمم المتحدة، بعد أن وقعت في 10 يونيو 1958 في مؤتمر الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي في نيويورك اتفاقية الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، ورغبة منها في تعزيز تنمية التجارة الأوروبية، قدر الإمكان، وإزالة بعض الصعوبات التي قد تعترض تنظيم وتسيير التحكيم التجاري الدولي في العلاقات بين الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين من دول أوروبية مختلفة.

باختصاصها¹³⁶، كما ذكرت ذات المادة في فقرتها الثانية أن أي اعتراض من جانب طرفي النزاع على أساس أن النزاع ليس من اختصاص المركز، أو لأسباب أخرى، يقع في اختصاص المحكمة وتقرر المحكمة إذا كانت ستعالجه كمسألة مبدئية منفصلة أو تقرر ضمه إلى موضوع النزاع.

وإذا كانت الاتفاقيات الدولية المتصلة بالتحكيم قد كرست مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه¹³⁷، فما هو موقف القوانين الوضعية المعاصرة؟

إنه وللحديث عن التشريعات المقارنة، نص قانون التحكيم الأردني الجديد في المادة (06) منه: "على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا ما دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى". هذا وقد استنتج البعض ومن صريح النص فإنه إذ ما عرض نزاع على محكمة متفق بشأنها على التحكيم فإن على المحكمة أن تحكم برد الدعوى ونقله إلى محكمة التحكيم ويحدث اتفاق التحكيم هذا الأثر سواء كان سابقاً على رفع الدعوى أم لاحقاً لها، ولا يعني احجام النزاع عن ولاية القضاء. إن المحكمة تقصر يدها كلية عن التحكيم إذ تضل تقدم له بعض الخدمات اللازمة مع قدر من الرقابة و الإشراف حددها قانون التحكيم الجديد¹³⁸.

من جهته كرس القانون الفرنسي¹³⁹ مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة الاختصاص بالنسبة للتحكيم الداخلي في المادة 1465 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لعام 2011 .

¹³⁶ يتعلق الأمر بترجمة الاتفاقية الواردة في المرسوم الرئاسي رقم 95-366 المتضمنة المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر، عدد 66، الصادرة بتاريخ 1995/11/05.

¹³⁷ يرى البعض أن للمحكم قوة في تقرير اختصاصه تحت تحفظ خضوعه للرقابة القضائية:

« Le pouvoir d'un arbitre de décider de sa propre compétence, que certains ont décrit comme « A broad, almost "boot-strap" power », signifie qu'il : « ... incombe initialement et essentiellement au tribunal arbitral lui-même de déterminer s'il est compétent, sous réserve du contrôle ultime exercé par l'instance judiciaire » ».

MARQUIS Louis, « La compétence arbitrale : une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire », R.D.U.S, 21, (1990), p.315.

¹³⁸ عامر فتحي البطانية، المرجع السابق، ص70.

¹³⁹ للإشارة تم استنتاج عدم اختصاص القاضي الوطني بالنظر بصفة أصلية في صحة اتفاق التحكيم انطلاقاً من مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وذلك في آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية الفرنسي سنة 2011 المفهوم الجديد لهذا المبدأ والذي وضعته محكمة النقض منذ 1999/01/05 بمناسبة الفصل في قضية (zanzi). لتفصيل أكثر في الموضوع، أنظر: تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، 37-38.

وبالتالي، فإن موضوع الاختصاص بالاختصاص، لا يزال في صميم العديد من الكتابات القانونية، تمامًا كما هو في صميم القوانين والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم والعديد من قرارات الاجتهادات القضائية، والتي تضاعفت على أي حال، في القانون الفرنسي، فتضافرت الجهود لتوسيع نطاق تطبيق مبدأ الاختصاص بالاختصاص ليشمل التحكيم الدولي، إذ مكن تطوير الاجتهاد القضائي مبدأ "الاختصاص بالاختصاص" من فرض نفسه وتعزيز عدالة التحكيم، التي أصبحت عدالة الشريعة العامة في قانون الأعمال الدولي¹⁴⁰.

لكن هذا لا تتشاركه كل الدول، التي مع ذلك، تهتم بالترحيب بالتحكيم بشكل ايجابي للغاية، ولقد أدت أصالة النهج الفرنسي إلى القول بأن القانون الفرنسي كان له تصور أيديولوجي لمبدأ "الاختصاص بالاختصاص"، حيث يكمن الخطر في إضعاف الحل الفرنسي وإضفاء الطابع النسبي على فعاليته، بقدر ما يكون في دولة أخرى أقل حماية من "مبدأ الاختصاص بالاختصاص"، إذ يمكن الاستعانة بقاض دولة بالتوازي مع إجراء تحكيم أمام محكمة تحكيم في فرنسا، مما يؤدي إلى انهيار وتشتت النزاع الذي أردنا تجنبه، وفي غياب تنسيق لإيجاد الحلول، يكمن الخطر في العثور على الثنائي (الزوج) "الجهنمي" والمتنازع بدلاً من الثنائي (الزوج) "الاندماجي"¹⁴¹.

في الجزائر، كان أول تكريس لهذا المبدأ في القضاء الجزائري في قضيتين متعلقتين بولاية قسنطينة وولاية وهران، حيث رفض القاضي الفصل في القضيتين بقرارين، الأول قرار الغرفة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة الصادر بتاريخ 1984/10/31، والثاني قرار أصدرته الغرفة الإدارية بمجلس قضاء ولاية وهران الصادر بتاريخ 1990/01/06¹⁴²، حيث تم الرفض نتيجة وجود اتفاق في كل من العقدين، وتقرير عدم الاختصاص في هذا الشأن يعتبر تطبيقاً للمبدأ بطريقة غير مباشرة¹⁴³.

أما عن تكريس المبدأ في القانون الجزائري فقد كان بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الملغى، وذلك في نص المادة 458 مكرر 7 منه والتي نصت

¹⁴⁰ RAVILLON Laurence, « Retour sur le principe « Compétence - compétence », in le juge et l'arbitre, sous direct. Sami -BOUSTANJI et autres, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, p. 87-88.

¹⁴¹ *Ibid.*, p.100 et 101.

¹⁴² تم الإشارة للقرارين من طرف الأستاذ: تعولت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 41.

¹⁴³ المرجع نفسه.

على أنه: " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب اثاره الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع في الموضوع، وتفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بقرار أولي، إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع".

ومما سبق، فإنه لا بد من إحداث توازن اختصاص المحكم واختصاص القاضي الوطني، لمواجهة التحديات التي تواجه الاقتصاد¹⁴⁴.

ومنه، فالمرجع الجزائري لم يأخذ بفكرة أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص ذو طبيعة عقدية يتأسس على اتفاق التحكيم، أي لم يعتمد الجمع بين "مبدأ الاختصاص بالاختصاص" ومبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وهي الطريقة المعتمدة من قبل القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي¹⁴⁵. ينطبق الوضع تماماً في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد جاء نص المادة 1044 مطابقاً لنص المادة السالفة الذكر، إذ أبقى المشرع على نفس الصياغة¹⁴⁶، على أنه: " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها. ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع في الموضوع".

اذ تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي، إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع".

تجدر الإشارة إلى أنه في التحكيم الداخلي، أثرت مسألة امتناع القاضي عن نظر الدعوى التحكيمية في عدة قضايا، ذلك أن الأساس الذي اعتمده القاضي لفصله في الدعوى بعدم الاختصاص غير ثابت. فالمرجع الجزائري لم يقيم بتبيان الأساس الذي يعطيه للقاضي ليمتنع عن نظر الدعوى التحكيمية.

¹⁴⁴ نرجس الباكوري، "مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم وفقاً للقانون 05-08"، مجلة التحكيم العربي والدولي، العدد 2017/04-03، ص 53.

¹⁴⁵ تعولت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 39-40.

¹⁴⁶ تجدر الإشارة إلى أنه تم تغيير مصطلح واحد وهو "قرار" واستبدل بمصطلح "حكم"، وذلك في صياغة النص باللغة العربية، أما صياغة النص باللغة الفرنسية فقد أبقى على المصطلح ذاته، حيث جاء فيه:

« Le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence. L'exception d'incompétence doit être soulevée préalablement à toute défense au fond.

Le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une décision préliminaire sauf si l'exception d'incompétence est liée au fond du litige ».

وسنورد فيما يأتي بعض القضايا التي عرضت على المحكمة العليا والتي قضت بعدم قبول الدعوى، على أسس تختلف من قضية لأخرى. نذكر من بينها على سبيل المثال، القضية التي أصدرت فيها المحكمة العليا القرار رقم 34776، والمتعلقة بالنزاع الناشئ بين (ش اش اع ب) ضد شركة (ك ل).

تتلخص وقائع هذه القضية في قيام شركة الشمال الافريقي للأشغال العمومية والبناء بالطعن بالنقض ضد القرار الصادر في 26 ديسمبر 1982 عن مجلس قضاء قسنطينة الفاصل استئنافا بتأييد الأمر المتخذ من قضاء الاستعجال المصرح بعدم الاختصاص في تعيين خبير.

حيث أنه من المقرر قانونا عندما يقتضي البت في أمر مؤقت أو تحفظي، فإن الطلب يرفع بعريضة إلى رئيس الجهة القضائية للدرجة الأولى المختصة بموضوع الدعوى، ومن المقرر كذلك أن الأوامر التي تصدر في الدعاوى الاستعجالية لا تمس بأصل الحق، ومن ثمة فإن القضاء برفض دعوى تعيين خبير لإجراء جرد حضوري بين الأطراف لإحصاء الخدمات المنجزة من اليد العاملة ومواد البناء المستهلكة وكذا العتاد المستعمل، يعد إساءة في تطبيق القانون.

إذ كان من الثابت - في قضية الحال - أن بند التحكيم ملزم للطرفين ويكون هذا التدبير ضمن موضوع اتفاق التحكيم ويضر بحقوق الطرفين، فإن هؤلاء القضاة بفصلهم في الدعوى بعدم الاختصاص بتعيين خبير، أساءوا تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الشركة الطاعنة تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ.

وقد صدر القرار بتاريخ 22 مارس 1985 بأن كان الوجه الوحيد المأخوذ من سوء تطبيق وخرق المادة 106 من القانون المدني وكذا المواد 182 و 186 من قانون الإجراءات المدنية لتأسيس القرار المطعون فيه على بند تحكيمي بينما هذا السند لا يمنع الأطراف من تقديم طلب إحالة القضية والأطراف أمام مجلس عنابة للفصل فيها من جديد وفق القانون، والحكم على شركة كرون بأداء المصاريف.¹⁴⁷

¹⁴⁷قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم 34776، بتاريخ 1985/03/23، المجلة القضائية، العدد 04، 1985، ص

أما القضية الثانية، فهي القضية رقم 626204 بين ديوان المركب الأولمبي محمد بوضياف ضد الشركة التجارية ذ.م.م للأشغال (ر.ك). فصدر القرار بتاريخ 2010/06/03 قضت فيه المحكمة العليا الغرفة التجارية والبحرية في منطوق حكمها، في الشكل بقبول الطعن شكلا، وفي الموضوع نقض وإبطال القرار المطعون فيه بتاريخ 2010/02/15 عن مجلس قضاء الجزائر بدون إحالة وتحميل المطعون ضدها المصاريف القضائية¹⁴⁸، مؤسسة ذلك على أنه: "لا يمكن التحجج بالحق الدستوري في التقاضي لاستبعاد أعمال بشرط اللجوء إلى التحكيم المتفق عليه".

أما القضية الثالثة، رقم 791649 فقد طرحت بين المجمع الصناعي الرياض ضد الشركة ذات المسؤولية المحدودة المسماة (م).

وقد صدر القرار بتاريخ 2012/07/04 قضت فيه المحكمة العليا الغرفة التجارية والبحرية في منطوق حكمها، في الشكل بقبول الطعن شكلا، وفي الموضوع رفض الطعن موضوعا وتحميل الطاعن بالمصاريف القضائية¹⁴⁹، على أساس أنه: "يلتزم الطرفان ببند التحكيم القانوني الوارد في العقد المبرم بينهما".

من خلال عرضنا للقضايا السالفة الذكر، نرى عدم نص أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على الأساس الذي من خلاله يمتنع القضاء عن نظر الدعوى التحكيمية فيما تعلق بالتحكيم الداخلي، وهو بذلك قد ترك فراغا تشريعا جعل من قضاة المحاكم يختلفون في الحلول المأخوذ بها¹⁵⁰، كل يأسس امتناعه بشكل مختلف عن الآخر.

ففي القضية الأولى رقم 34776، والمتعلقة بالنزاع الناشئ بين (ش اش اع ب) ضد شركة (ك ل)، امتنع القاضي عن نظر دعوى التحكيم على أساس العقد شريعة المتعاقدين الوارد في المادة 106 من القانون المدني.

وفي القضية الثانية 626204، بين ديوان المركب الأولمبي محمد بوضياف ضد الشركة التجارية ذ.م.م للأشغال (ر.ك)، قاضي بير مراد رايس استبعد وجود اتفاق تحكيم.

¹⁴⁸ قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم 626204، بتاريخ 2010/06/03، المجلة القضائية، العدد الأول، 2012، ص 247-248.

¹⁴⁹ قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم 791649، بتاريخ 2012/07/04، العدد الثاني، 2012، ص 211-212-214.

بل هنالك حتى من يتصدى للفصل في النزاع حتى بوجود اتفاق التحكيم تأسيسا على الحق الدستوري في التقاضي.¹⁵⁰

أما في القضية الثالثة رقم 791649، بين المجمع الصناعي الرياض ضد الشركة ذات المسؤولية المحدودة المسماة (م)، فقد امتنع القاضي عن نظر الدعوى التحكيمية على أساس العقد شريعة المتعاقدين وبالتالي وجوب التزام الطرفين ببند التحكيم القانوني، الوارد في العقد المبرم بينهما.

يتضح مما سبق، أنه وعلى عكس التحكيم التجاري الدولي، أين بين المشرع الجزائري بشكل واضح أساس امتناع القاضي عن نظر الدعوى التحكيمية وذلك في المادة 1045 من ق.ا.م.ا التي تنص على أنه: " 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".

يبقى الأساس الذي يعتمده القاضي في امتناعه عن نظر الدعوى التحكيمية غير ثابت وغير واضح في التحكيم الداخلي، وعليه، نرى أنه لا بد من استحداث مواد فيما يخص التحكيم الداخلي تسمح للقاضي بإصدار حكم امتناعه عن دعوى التحكيم مستندا على مادة واضحة وصريحة من خلالها يرفع كل لبس من شأنه أن يوقعه في خطأ. وبالتعبية إحداث التوازن بين اختصاص المحكم واختصاص القاضي الوطني¹⁵¹، سواء تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي أو التحكيم التجاري الدولي، وتبيان الأساس الذي على أساسه امتنع القاضي أو المحكم عن نظر الدعوى التحكيمية¹⁵².

المطلب الثاني

في إطار الدعوى الفرعية للقاضي الوطني

سبق وأن أشرنا إلى أن المشرع الجزائري لم يأخذ بمبدأ "الاختصاص بالاختصاص"¹⁵³ على إطلاقه، حيث أنه إذا لم تتصل محكمة التحكيم بالنزاع، فيمكن للقاضي النظر في البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم¹⁵⁴، ورفض الحكم بعدم الاختصاص¹⁵⁵.

¹⁵¹ الباكوري نرجس، "مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم وفقا لقانون 05-08"، مجلة التحكيم العربي والدولي، العدد 2017/4-3، ص 53.

يتعلق الأمر بدعوى الموضوع أي النزاع المتفق على حله عن طريق التحكيم".¹⁵²

¹⁵³ لأكثر تفاصيل حول مبدأ "الاختصاص بالاختصاص"، راجع تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 13 وما بعدها.

¹⁵⁴ يجب التأكيد هنا إلى أن البطلان الظاهر هو البطلان الواضح الذي لا يحتاج لأي مجهود من القاضي لاستخلاصه، أي يظهر دون فحص شامل للاتفاقية بل من مجرد فحص خارجي وليس عن تحليلها، وما عدا ذلك لا يعتبر بطلانا ظاهرا ولا يسمح بالتالي

ومن الضروري أن يعترف للقضاء الوطني بالسلطة في مراقبة هذا الاختصاص (الفرع الأول)، كما أن تنازل الأطراف عن اتفاق التحكيم يخول للقاضي نظر النزاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول

البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم يستلزم اختصاص القاضي

مما لا شك فيه أن إبرام اتفاق التحكيم بطريقة صحيحة، ووفقا للقانون الواجب التطبيق، يتولد على عاتق طرفيه التزاما بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة المنعقد الاختصاص لمحاكمها، فبمجرد وجود اتفاق التحكيم يعتبر مبدئيا مانعا أو حاجبا أمام الأطراف من رفع الأمر أمام قضاء الدولة للفصل في النزاع¹⁵⁶.

لكن، ما الحل إذا ما أبرم اتفاق التحكيم بطريقة غير صحيحة؟ ماذا لو لم يستوف هذا الاتفاق على التحكيم العناصر التي يجب أن تظهر بالضرورة في اتفاق التحكيم؟ هل أن البطلان هو المصير والعقوبة التي يصدرها القاضي بإزالته بأثر رجعي فعلا قانونيا لا يستوف الشروط المطلوبة لتكوينه؟

وقد نص القانون الفرنسي على الاستثناء الذي يرد على عدم اختصاص القاضي بالنظر في اختصاص المحكمة التحكيمية، وهو البطلان الظاهر، في التعديل الخاص بقانون الإجراءات المدنية سنة 2011¹⁵⁷ وقبل ذلك في التعديلين عامي 1980-1981¹⁵⁸.

ويكون البطلان الظاهر بديهيا وغير قابل للمنازعة فيه ويمكن كشفه من ظاهر الأوراق، وهذا حسب الأستاذ "Fauchard"¹⁵⁹، فيكون البطلان واضحا غير معرض لأي اعتراض قانوني¹⁶⁰.

للقاضي النظر في موضوع النزاع، إلى جانب ذلك فإن البطلان الظاهر معيار أخذ به القانون الفرنسي، ولم يشر إليه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

¹⁵⁵ بن سعيد لزهري، المرجع السابق، ص 88.

¹⁵⁶ المرجع نفسه، ص 81.

¹⁵⁷ يتعلق الأمر بنص المادة 1448 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية.

¹⁵⁸ تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع سابق، ص 114.

¹⁵⁹ نقلا عن: تعويلت كريم، المرجع نفسه، ص 116.

¹⁶⁰ المرجع نفسه،

فعدم توافر الشروط في الاتفاق¹⁶¹ أو بطلان الاتفاق أو انعدامه أو عدم قابليته للتطبيق ليس الاستثناء أو الطريق الوحيد الذي يسترد به القاضي اختصاصه، وإنما يمكن ذلك في حالة تنازل الأطراف.

الفرع الثاني

تنازل الأطراف على اتفاق التحكيم يستتبع اختصاص القاضي

إن التحكيم طريق استثنائي بالنسبة للتحكيم الداخلي وطريق لفض المنازعات بين الخصوم بغير طريقها المعتاد في التحكيم التجاري الدولي، ولئن كان قوامه إرادة الخصوم، طبقاً لاعتبارات يقدرها الطابع التعاقدى لنظام التحكيم¹⁶²، ويبنى مباشرة على اتفاقهم في كل حالة على حدى، فإنه يرتكز أساساً على حكم القانون الذي أجاز اللجوء إلى هذا الطريق خروجاً على الأصل المقرر في ولاية المحاكم، مما يقتضي قصره على ما تنصرف إليه إرادة المحكمتين، في حدود ما يسمح به القانون، مع التزام الحذر في تفسير الاتفاق عليه أو النصوص القانونية التي تنظمه عند تحديد المنازعات التي تخضع له ولا يجوز التوسع فيه شأنه شأن كل استثناء.

والتحكيم - سواء كان في صورة شرط أو مشاركة - ليس مؤبداً، فقد ينقضى لعدد من الأسباب منها اتفاق المحكمتين على ذلك، فإذا لجأ الخصم إلى القضاء، رغم الاتفاق على التحكيم، فإن ذلك يعد تنازلاً عنه¹⁶³.

يمكن للأطراف القيام بهذا التنازل صراحة والرجوع إلى اختصاص محاكم الدولة، كما يمكنهم كذلك التنازل على اتفاق التحكيم ضمناً، كأن يقبل المدعى عليه الخصومة أمام المحكمة العادية عندما لا يتمسك بعدم الاختصاص قبل أي دفع أو دفاع في الموضوع.

¹⁶¹ وفقاً للمادة 1040 من ق.ا.م. تشمل الشروط الشكلية المطلوبة في اتفاق التحكيم، الكتابة سواء كانت رسمية أو عرفية أو واردة في أي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بها، وتقوم مقامها كالبرقيات أو الرسائل، الفاكسات والوسائل الإلكترونية، أما الشروط الموضوعية فهي كل ما يستجوبه القانون الذي اختاره الأطراف أو القانون المنظم للنزاع، أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً كالأهلية وقابلية المنازعة للتحكيم، مشروعية المحل، السبب، الرضا وخلوه من العيوب. لتفصيل أكثر انظر: قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 27.

¹⁶² بومدين بلباقي، أثر مبدأ سلطان الإرادة على المركز القانوني للمحكم البحري-دراسة مقارنة في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وفقه وقضاء التحكيم البحري-، مجلة نوميروس الأكاديمية، المجلد 01 / العدد 02، يونيو 2002، ص 258.

¹⁶³ حكم محكمة التمييز بالبحرين، الطعن رقم 2011/253 صدر الحكم بتاريخ: 28-01-2013، منشور على الموقع الإلكتروني العربي الأمريكي للتحكيم التجاري الدولي: www.aifca.com، اطلع عليه بتاريخ 16 جويلية 2019، على الساعة 13:29.

أولاً: التنازل الصريح

لا يثير هذا التنازل أية صعوبة في التطبيق متى كان يعبر بكل صراحة عن تخلي الأطراف عن اتفاق التحكيم و اختيارهم القضاء للفصل في النزاع، ففي هذه الحالة ما عليهم إلا أن يبرموا اتفاقاً جديداً ينم عن هذه الإرادة، سواء تم ذلك قبل عرض النزاع على القضاء أو أثناء سريان الدعوى، كأن يبدي المدعى عليه دفعه المتعلق بوجود الاتفاق ثم يتنازل عنه صراحة في مذكراته اللاحقة ولا يتمسك به الخصم الآخر¹⁶⁴.

ثانياً: التنازل الضمني

يكون التنازل ضمناً عند وجود اتفاق تحكيمي مع إخطار القاضي الوطني ويتعين على المدعى عليه قبل إبداء أي دفع في الموضوع، الدفع بعدم اختصاص المحكمة وإلا افتراض التنازل الضمني، أي أن سكوت المدعى عليه - عن هذا الدفع - يعتبر تنازلاً ضمناً منه عن حقه في عدم اللجوء إلى القضاء في ضل وجود الاتفاق التحكيمي أو الخصومة ومثالها أن يباشر تقديم دفعه وحججه حول موضوع النزاع دون أن يثير وجود اتفاق تحكيم أو خصومة تحكيمية قائمة¹⁶⁵.

باختصار، فإن مجرد لجوء أطراف النزاع إلى المحاكم القضائية يعتبر تنازلاً ضمناً عن اتفاق التحكيم كما هو الحال في فرنسا¹⁶⁶. وبالتالي سواء كان التنازل صريحاً أو ضمناً، فإن القضاء هو المختص بالفصل في النزاع لتنازل أطراف التحكيم عن الاتفاق، لأن القاضي لا يمكن له إثارة عدم اختصاصه تلقائياً.

وهذا هو الحل المعمول والمأخوذ به في الاتفاقيات الدولية، بحيث نصت على ذلك المادة الرابعة من بروتوكول جنيف لسنة 1923 والمادة الثانية فقرة 3 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 وكذا المادة الرابعة فقرة 6 من اتفاقية جنيف لسنة 1961، وهو ما أخذ به أيضاً القانون الفرنسي في المادة 1448 من قانون الإجراءات المدنية بصيغته السارية المفعول¹⁶⁷.

¹⁶⁴ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 30.

¹⁶⁵ المرجع نفسه.

¹⁶⁶ جهاد هواش وعبد الهادي عباس، المرجع السابق، ص 377.

¹⁶⁷ حدادن طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري،

إن تدخل القاضي عند تنازل الأطراف عن اتفاق التحكيم ليس التدخل الوحيد، بل قد يسترجع القاضي اختصاصه كمساعد للتحكيم في حالة وجود صعوبات تعترض تشكيل محكمة التحكيم.

المبحث الثاني

تدخل القاضي لتذليل صعوبات تشكيل محكمة التحكيم

كما أشار الأستاذ Philippe FOUCHARD في عام 1990، فإن "كعب أشيل" الخاص بالتحكيم هو الخلاف بين الأطراف عندما يقررون اتخاذ قرار، خاصة بعد نشوء النزاع. وبالتالي، فإن فعالية هذه العدالة الخاصة تفترض وجود عملية إنابة، وتدخل سلطة القاضي للتعين بتخفيف العوائق التي تظهر بعد ذلك في دستور محكمة التحكيم، لتعيين المحكم أو المحكمين في حالة الرفض أو الخلاف بين الأطراف (أو المحكمين المعينين بالفعل)، أو لتسوية الحوادث اللاحقة لذلك¹⁶⁸.

إذ أنه من أهم مواضع التحكيم الشروط التي يتفق عليها المحكّمون حول كيفية اختيار الأشخاص الذين سوف يتولون مهمة التحكيم، وهي من أهم الضمانات التي يتمتع بها المحكّمون والتي تدفعهم لقبول اللجوء إلى التحكيم¹⁶⁹.

فالأصل أن المحكّمين هم الذين يختارون محكمهم بعيدا عن القضاء، إلا أنه قد يتعذر عليهم ذلك وقد لا تتاح الفرصة لمراكز التحكيم في المساعدة على تخطي هذه العقبة بسبب عدم اللجوء إليهما في هذا الشأن، الأمر الذي تبدو فيه الحاجة ملحة إلى التدخل القضائي لتشكيل محكمة التحكيم¹⁷⁰.

ذلك أن اختيار الأطراف للمحكمين قد لا يتحقق في كل الفروض، فقد لا يتفق هؤلاء على تعيين المحكم، لاسيما إذا كانت محكمة التحكيم مشكلة تشكيلا فرديا، أو إذا كان محكما مرجحا في الفرض الذي يناط بهم اختياره، أو قد يتقاعس أحد الطرفين في تعيين محكمه ابتداء أو تعيين

¹⁶⁸ GERARD Pluyette, op.cit., p.131-132.

¹⁶⁹ مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص- دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات الغربية والأجنبية والاتفاقيات والمراكز الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص 77.

¹⁷⁰ المرجع نفسه، ص 90.

بدليل عنه عند تنحيته أو عزله أو رده أو وفاته، ففي هذه الحالات يلزم تخويل سلطة معينة مهمتها تعيين محكمة التحكيم أو أحد أعضائها، و التدخل وقت اللزوم لتذليل العقبات التي تقف في وجه إتمام العملية التحكيمية وتحقيق فعاليتها¹⁷¹. والقضاء هو الأكثر تأهيلا لإزالة الصعوبات فيتدخل وفقا لضوابط معينة (المطلب الأول)، وفي مجال محدد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ضوابط التدخل القضائي لتشكيل محكمة التحكيم

إن الخصائص التي يتميز بها التحكيم، جعلته الخيار الأمثل للخصوم في حل النزاعات الناشئة بينهم، ولكن ضمان فاعلية التحكيم تستوجب عدم ترك اتفاق الأطراف على اختيار هذا الطريق عرضة للانهيان عند أول فرصة تعصف به، بفعل هوى في نفس أحد المتقاضين أو حيلة بعدم تلبية التحكيم لمصالحه أو لعراض شاب تشكيل محكمة التحكيم، فالاستباق إلى التحكيم، فاعلا بقدر المستطاع، يقتضي سد كل ثغرة قد يتذرع بها أحد المحتكمين للتخلص من التزامه المسبق بالتحكيم¹⁷².

بالإضافة إلى كل هذا، فمن المؤكد أن سلطات المحكم ليست مطلقة تمتد إلى كافة المسائل التي تحيط بالعملية التحكيمية أو بموضوع الدعوى، فهناك بعض السلطات لا يمكن للمحكم ممارستها، لأن القانون يمنعه من مباشرتها لكونها تخرج عن نطاق سلطاته، كالمسائل غير القابلة للتحكيم¹⁷³، وهذا أول أمر يفكر به المحكم، أو المسائل التي تكون من اختصاص القضاء الذي يملك سلطة الإجبار الأمر الذي لا يملكه المحكم¹⁷⁴.

¹⁷¹ بن سعيد لزهري، المرجع السابق، ص 89.

¹⁷² كليبي حسان، دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة أحمد بو قره بومرداس، 2013/2012، ص 30.

¹⁷³ هذا ما جعل البعض يتحدث عن الرقابة الممارسة من طرف المحكم على قابلية النزاع المطروح عليه للتحكيم من عدمه:

« Si la matière n'est pas arbitrable, il ne servira à rien de continuer l'instance arbitrale, et de déboucher sur la sentence arbitrale, puisque celle-ci un jour ou l'autre se heurtera à la justice d'Etat et elle ne sera pas déclarée exécutoire ».

Mohammed ZERRIFI, L'arbitrabilité des litiges selon le nouveau code de procédure civil et administrative algérien, Mémoire de magister, université d'Oron, 2010, p56.

¹⁷⁴ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 93.

فالقاضي يجب أن يتدخل خاصة فيما يخص مساعدة تشكيل محكمة التحكيم وذلك على أساس قانوني (الفرع الأول) ووفقا لشروط محددة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أساس التدخل القضائي لتشكيل محكمة التحكيم

يعتبر تدخل القضاء للمساعدة في تشكيل محكمة التحكيم، من أهم معالم الدور الذي يلعبه القضاء لإعمال الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم، ولأجل ذلك، كان لابد من الإقرار بمشروعية تدخل القضاء في العملية الإجرائية لمساعدة التحكيم، وتجلت هذه المشروعية في تعزيز مختلف الاتفاقيات الدولية وكذا في القانون النموذجي للأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي¹⁷⁵، وكذا القوانين الوطنية ومنها التشريع الجزائري لتدخل القضاء في تعيين المحكم، هذا الدور الممنوح للقاضي هو ترجمة لمساعي المشرع الجزائري في تطوير نظام التحكيم وتفتنه لتقاعسات الأطراف ولإنقاذ العملية التحكيمية من مطبات عدم انعقاد الخصومة التحكيمية بالتدخل القضائي¹⁷⁶.

حيث نجد الأساس الأول لهذا التدخل في المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تنص على أنه وفي حالة ما إذا اعترضت صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف، أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم، أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه¹⁷⁷.

هذا في مجال التحكيم الداخلي أما في مجال التحكيم التجاري الدولي، فإن المشرع قد نص على تدخل القاضي في تشكيل محكمة التحكيم وذلك لمعالجة الصعوبات التي قد تعترضها، حيث نص في الفقرة الثانية من المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "في غياب التعيين، وفي حال صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهيمه التعجيل القيام بما يأتي:

¹⁷⁵ اللوح نهال، "دور القضاء في تشكيل الهيئة التحكيمية- دراسة مقارنة"، المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثاني/جانفي 2016، ص1.

¹⁷⁶ زرقون نور الدين، "الدور المساعد للقاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي - دراسة حالة المساعدة في تعيين المحكمين -، دفاتر السياسة والقانون"، العدد 12/جانفي 2015، ص80.

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."

يتضح من نص المادة أعلاه أن المشرع الجزائري قد سمح بتدخل القاضي في تشكيل محكمة التحكيم في كل من التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي في حالة ما إذا اختار أطرافه تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في القانون الجزائري وفي حالة الاتفاق على إجراء التحكيم بالجزائر.

أما الأساس الثاني للتدخل القضائي للمساعدة في تشكيل محكمة التحكيم هو مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، حيث يكون تدخله هو تنفيذ عيني لاتفاق التحكيم، فإذا اتفق الخصوم على حسم المنازعة بواسطة التحكيم فإنهم يلتزمون بكافة آثار هذا الاتفاق وأهمها العهدة إلى المحكمين بنظر النزاع، فإذا نشب بين الأطراف نزاع حول تعيين المحكمين، فإن أي من الطرفين¹⁷⁸ - وفقاً لمبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم - أن يلجأ إلى القضاء مباشرة ليقوم بتعيين المحكم في مكان الخصم الآخر المتعنت¹⁷⁹.

وعلى سبيل المقارنة، تعرض المشرع المغربي في القانون رقم 05-08 لدور القضاء المساعد بالنسبة للتحكيم الدولي، فضلاً عن إحالته على مقتضيات الإجراءات الواردة بالتحكيم الداخلي بموجب الفصل 327-43 والتي منها ما يتعلق بتعيين المحكم والإجراءات المتبعة في ذلك أمام القضاء المساند¹⁸⁰.

وفي نفس السياق، فقد تضمن قانون الإجراءات المدنية الفرنسية تكريس دور قاضي الدولة كقاضي مساند للإجراءات التحكيمية بالنسبة للتحكيم الدولي، هذا فضلاً عن إحالته بموجب

¹⁷⁸ قد يلجأ إلى القضاء من طرف أحد الأطراف الذي قد يكون سيء النية محاولاً كسب الوقت مثلاً، ومثل هذه المناورات تفقد فعالية قضاء التحكيم، مما جعل البعض يقول: "محاولات المماطلة هي آفة التحكيم". أنظر:

ANCEL Jean Pierre, « La cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », Le juge entre deux millénaires Mélanges Pierre Drat, Dalloz, Paris, 2000, p.494.

¹⁷⁹ اللوائح نهال، المرجع السابق، ص2.

¹⁸⁰ المرجع نفسه.

المادة 1506 المتعلقة بالتحكيم الدولي على بعض المقتضيات المطبقة على التحكيم الداخلي التي تبين دور القاضي المساند، والتي منها دوره في تشكيل المحكمة التحكيمية¹⁸¹.

الفرع الثاني

شروط تدخل القاضي لتشكيل محكمة التحكيم

الأصل أن يتم اختيار المحكم في وقت متزامن مع الاتفاق على التحكيم كأسلوب لحسم النزاع، فيبرم اتفاق التحكيم متضمنا اسم المحكم الذي اختاره الخصوم، وقد يمر هذا الاختيار بمرحلة مفاوضات ومناقشات عديدة من خلال اقتراح الأطراف أسماء تتوافر فيها كافة الشروط والمؤهلات يتم الاختيار من بينها، وقد يتم الاستعانة بوسيط بين الخصوم لتقريب ووجهات النظر وتحديد شخص تلتقي إرادتهم حول اختياره¹⁸²، وقد تدعو الضرورة لتدخل الجهات القضائية تقديم المساعدة سواء في حالة غياب تشكيل محكمة التحكيم بعدم اتفاق الأطراف على اختيار المحكمين (أولا) أو في حالة مخالفة إجراءات اختيار المحكمين (ثانيا)، وذلك وفق شروط تبيح هذا التدخل.

أولا: شروط تدخل القضاء لعدم اتفاق الأطراف على اختيار المحكمين

لا يمكن للقاضي أن يتدخل في تشكيل محكمة التحكيم إلا إذا لم يتفق الأطراف على اختيار محكمي النزاع وتعيينهم ووقت القيام بذلك¹⁸³. ذلك أن اختلاف المحكمين في مسألة اختيار المحكمة التحكيمية، يعد من بين الحالات العديدة التي تجعل من فعالية التحكيم على المحك، لذا كرست فكرة مساعدة القضاء للمحكم وسمحت له بالتدخل للحيلولة دون أي مشاكل من شأنها عرقلة العملية التحكيمية¹⁸⁴.

¹⁸¹ يتعلق الأمر بالمواد من 1452 الى 1458 والمادة 1460 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الساري المفعول.

¹⁸² هدى محمد مجدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 117.

¹⁸³ محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون التحكيم المصري والمقارن، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015-2016، ص 285.

¹⁸⁴ محمد أحمد البديرات، "مدى سلطة القاضي في التدخل في إجراءات التحكيم: دراسة في قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة

2001"، أعمال المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام

28-30 أبريل 2008، ص 711، منشور على الرابط الآتي: http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic_prev_conf.asp

طالما أفصح الطرفان عن عزمهما إخضاع نزاعهما للتحكيم وامتنع أحدهما عن المشاركة في تشكيل محكمة التحكيم، فإن الاتفاق على التحكيم لا يكون باطلا، كما أنه لا ينبغي له أن يكون باطلا، ذلك أن القانون قد رسم طريق تفعيل اتفاق التحكيم عند عدم الاتفاق على اختيار محكمة التحكيم بأن تمنح محاكم الدولة سلطة هذا الاختيار، وذلك حتى لا يظل اتفاق التحكيم، رغم صحته عاجزا عن ترتيب آثاره¹⁸⁵.

إلا أن المشرع المصري اعتمد نفس القواعد المطبقة بالنسبة للتحكيم الدولي والداخلي، وهذا بغض النظر عن بعض الخصائص المتعلقة بدولية التحكيم، فعلى سبيل المثال، وفي نفس السياق، أجاز المشرع المصري للقضاء تعيين المحكمين في الحالات التي لا يتفق فيها الخصوم على اختيارهم وذلك تجنباً لإهدار اتفاق التحكيم ويتضح جليا من خلال نصه على أنه:

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

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

ب- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاث محكمين اختار كل طرف محكما ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال ثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال ثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين، ويكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم وتسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر 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، تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون بناء على

¹⁸⁵ بن سعيد لزهري، المرجع السابق، ص 132.

طلب أحد الطرفين 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 الطرفان، وتصدر قرارها بختيار المحكم على وجه السرعة مع عدم الإخلال بالمادتين (18 و 19) من هذا القانون، لا يقبل هذا القرار الطعن فيه¹⁸⁶.

إن الملاحظ من نص المادة 19 في فقرتها الثانية أنها حددت الحالات التي يتصدى فيها القضاء لتعيين المحكم بصفة احتياطية، وقصرتها على الفروض التي يتفق فيها الأطراف على شخص المحكم أو على كيفية اختياره ثم يحدث ما يحول دون إتمام تعيينه إما لمخالفة أحد الطرفين للإجراءات الواجبة الإتيان عند إجراء هذا الاختيار أو على أمر مما يلزم الاتفاق عليه كان يحدث خلاف على الشخص الذي تتوافر فيه المؤهلات، أو عندما يعهد إلى الغير بمهمة اختيار المحكم ثم يمتنع الغير عن أداء المهمة أو يفشل في أداءها¹⁸⁷.

أما عن تدخل القضاء في تعيين المحكم بصفة أصلية، فقد أجاز المشرع المصري ذلك في الحالات التي لا يتفق فيها الخصوم على اختيار المحكم أو على كيفية اختياره، وذلك تجنباً لإهدار اتفاق التحكيم عندما لا يحدد الخصوم كيفية اختياره، ولا يعد هذا التدخل الوحيد للقاضي الوطني، إذ له أن يتدخل عند مخالفة إجراءات اختيار المحكمين.

ثانياً: شروط تدخل القضاء بسبب مخالفة إجراءات اختيار المحكمين

تنص المادة 17 فقرة 02 من قانون التحكيم المصري الجديد على أنه: " وإذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها، أو لم يتفق المحكمان المعنيان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه، أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد إليه به في هذا الشأن تولت المحكمة المشار إليها في المادة (09) من هذا القانون بناء على طلب أحد الطرفين القيام بالإجراء، أو بالعمل المطلوب ما لم ينص الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل"¹⁸⁸.

¹⁸⁶ المادة 17 من قانون التحكيم المصري.

¹⁸⁷ هدى محمد مجدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 129.

¹⁸⁸ أنظر المادة 17 من قانون التحكيم المصري الجديد.

نجد أن الفقرة الثانية من المادة السابقة من قانون التحكيم المصري أتت على حصر تدخل القضاء لمخالفة إجراءات اختيار، وتعيين المحكمين في ثلاث حالات:

أ- مخالفة أحد الطرفين لإجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها.

ب- اختلاف المحكمين المعينين على أمر ما يستلزم اتفاقهما عليه.

ج- تخلف الغير عن القيام بما عهد به إليه في شأن اختيار المحكمين¹⁸⁹.

يفهم من هذه الفقرة أنه يشترط لتدخل القضاء الحالات الثلاث المذكورة سالفا وطلب من أحد الأطراف. بالإضافة لإلزام المحكمة بوجوب احترام ما قد يكون الطرفان قد اتفقا عليه من كيفية أخرى لإنجاز العمل المتفق عليه بالإضافة لضرورة مراعاة المحكمة للشروط المطلوبة توافرها في المحكم والشروط التي اتفق عليها الأطراف.

المطلب الثاني

تسوية صعوبات تشكيل محكمة التحكيم

إن الملاحظ عملاً، وبصفة خاصة في الآونة الأخيرة، تخلي الأطراف عن ضمانة الاختيار، تاركين للغير مهمة اختيار المحكم أو المحكمين اللذين يتولون مهمة حسم النزاع، وبصفة خاصة في إطار أنظمة التحكيم المؤسسي، والتي تمارس دوراً بارزاً في اختيار المحكمين، أو إقرار الاختيار الذي أجراه الأطراف بمعرفتهم، فقد أجازت غالبية الأنظمة الوطنية و المؤسسية تشكيل محكمة التحكيم من محكم فرد أو من عدة محكمين يتم اختيارهم بمعرفة الأطراف بحسب الأصل أو عن طريق الغير وهو الفرض الغالب لاسيما عند اختيار المحكم الثالث، كما منحت غالبية التشريعات الحديثة لقضائها الوطني سلطة اختيار المحكم أو المحكمين في فروض عديدة¹⁹⁰.

فقد تطرأ إشكالات أو صعوبات سواء في مرحلة تشكيل محكمة التحكيم، أو أثناء التحكيم، فإذا لم يتفق الأطراف على حل هذه الإشكالات، فإنه يلجأ للقاضي ليتخذ قراراً بشأنها، ذلك أن المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تستوجب كل الحالات التي تثار فيها صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم، ومنح الاختصاص لرئيس المحكمة القضائية في إطار التحكيم التجاري الدولي.

¹⁸⁹ بن سعيد لزهري، المرجع السابق، ص 135-136.

¹⁹⁰ هدى محمد مجدى عبد الرحمن، المرجع السابق، 115.

وسواء كانت الصعوبات أولية (الفرع الأول) أو لاحقة لتشكيل محكمة التحكيم (الفرع الثاني)، فإنه لا بد من تسويتها بطريقة تسمح باستكمال الهدف من العملية التحكيمية برمتها.

الفرع الأول

تدخل القاضي لتسوية الصعوبات الأولية لتشكيل محكمة التحكيم

يعد تشكيل محكمة التحكيم باتفاق أطراف التحكيم الطريق الأكثر تماشياً مع روح التحكيم و الفلسفة التي يقوم عليها، والتي تحقق أهم الضمانات للمحتكمين في اختيار أشخاص المحكمين بمعرفتهم¹⁹¹، يسعى كل طرف لاختيار المحكم الذي تتوافر فيه المقتضيات التي تبعث في نفسه الطمأنينة والثقة في أنه سيبذل قصارى جهده مسلحاً بالنزاهة والحياد، ومن ثمة تعد حرية اختيار المحكم من أهم الضمانات التي تدفع الأطراف إلى اللجوء إلى التحكيم¹⁹². فتعيين المحكمين برجوع الأطراف المتنازعة إلى نظام تحكيم مؤسسي يعد واحداً من الطرق التي نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ذلك أن التعيين لا يتم باتفاق المحتكمين في كل الحالات، بل يتم اللجوء إلى مراكز التحكيم بالاستناد إلى نظام تحكيمي في التحكيم المؤسسي وارد¹⁹³ (أولاً)، أو بتدخل السلطة القضائية في التعيين بناء على تفسيره (ثانياً).

أولاً: التعيين بالاستناد إلى نظام تحكيمي

قد لا يتفق أطراف النزاع على تعيين المحكم أو المحكمين الذين يفصلون في النزاع، وقد لا يتم التعيين عن طريق القضاء كذلك، بل عن طريق إدارة مراكز التحكيم¹⁹⁴. إذ يتم اللجوء إلى أحد مراكز التحكيم أو مؤسسات التحكيم، أين ما وجد مقرها¹⁹⁵، إحدى الطرق التي يعبر بها الأطراف

¹⁹¹ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 78.

¹⁹² هدى محمد مجدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 115.

¹⁹³ راغب فهيم وجدي، "هل التحكيم نوع من القضاء؟ دراسة انتقادية للنظرية القضائية للتحكيم"، مجلة الحقوق الكويتية، عدد 1-2/1993، ص 132.

¹⁹⁴ عمر نوري عبد الله عباينة، شرط التحكيم من حيث صحته واستقلاليته، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2006، ص 45.

¹⁹⁵ CLAY Thomas, « A quoi sert le siège du tribunal Arbitral international ? », in le juge et l'arbitrage, sous direct. Sami -BOUSTANJI et autres, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, p.45-62.

عن حريتهم في اختيار محكمهم من القائمة الخاصة بأسماء المحكمين وإتباع القواعد المحددة سلفاً من ذلك المركز أو تلك المؤسسة.

وإذا ما تمعنا في نص الفقرة الثانية من المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها تنص على أن: "إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصاً معنوياً، تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفته محكم".

وهذا يعني أنه في حالة التجاء المحكمتين إلى إحدى المؤسسات التحكيمية لا يكون من الضروري الاتفاق على كيفية اختيار المحكمين، ذلك أن القواعد المتبعة في تلك المؤسسة التحكيمية هي التي تعالج هذا الأمر وفقاً لأهمية، وطبيعة النزاع، ففي بعض الحالات قد يلجأ المحكمتون إلى مؤسسة تحكيمية أو مركز تحكيمي لاختيار محكمهم، أو تشكيل محكمة التحكيم¹⁹⁶.

هذا وقد نصت المادة 1041 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين...". فالرجوع إلى نظام تحكيمي مفاده تدخل محكمة دائمة للتحكيم من أجل تعيين المحكمين، وبذلك تكون طرق تعيين المحكمين المحددة في النظام التحكيمي، مقبولة من الأطراف التي يمكن لها أن تختار أية محكمة تحكيمية دائمة، ما يلاحظ أن الجزائر لجأت في أغلب الأحيان إلى نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية¹⁹⁷.

وقد أقر القانون الفرنسي هذه الطريقة بموجب المادة 1455 من قانون الإجراءات المدنية¹⁹⁸ وهي تعالج الغرض الذي يلجأ إليه الطرفان إلى شخص طبيعي أو معنوي لتنظيم عملية التحكيم وإسناده إلى محكم أو أكثر يحضون بموافقة الطرفين، ووفقاً لهذه المادة إذا لم يقبل الطرفان المحكم أو المحكمين المختارين من قبل ذلك الشخص الذي غالباً 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 بالتحكيم، ويكون له دائماً سلطة استكمال العدد الذي يلزم من المحكمين لتشكيل محكمة التحكيم.

¹⁹⁶ بن سعيد لهر، المرجع السابق، ص 109.

¹⁹⁷ كليبي حسان، المرجع السابق، ص 40.

¹⁹⁸ أنظر الفقرة 01 و02 من المادة 1455 قانون مدني فرنسي.

بالتالي، فالرجوع إلى غرفة تحكيمية أو نظام تحكيمي لمركز معين، خيار ممنوح للأطراف وحق مكفول لهم من العديد من القوانين لفض نزاعاتهم، مثله مثل القضاء، وهذا ما يجسد وظيفته القضائية وأصله التعاقدية¹⁹⁹.

لكن هذا الاختيار قد لا يكون في كل الحالات فقد تعترضه صعوبات، فبالرغم من أن المشرع الجزائري قد أعطى للأطراف الحرية المطلقة في تعيين المحكمين لكن إذا قصر الأطراف في ذلك العمل يتولى القيام بهذه المهمة رئيس المحكمة بطلب من أطراف النزاع وذلك عن طريق أمر على عريضة، فرئيس المحكمة له اختصاص الفصل في الدعاوى التي ترفع بموجب عريضة. والملاحظ أن هنالك من التشريعات من يتفادى اعتماد التحكيم، وبالتالي يقلص من المؤسسات التحكيمية ومراكز التحكيم التي تنافس القاضي، وبالتالي تغيب الرقابة القضائية على عمل هذه المؤسسات والمراكز، وغايتها هذا لا يكون بصفة كلية، بل يمكن تأجيلها إلى ما بعد صدور الحكم التحكيمي²⁰⁰. وهذا بالرغم من أن تدخل القاضي في أي مرحلة كانت عليها الدعوى التحكيمية أمر محمود، نظرا لما يقدمه القضاء من دعم ومساندة في تعيين المحكمين.

ثانيا: التعيين عن طريق القضاء

يلعب القضاء دورا إجرائيا بحث بالتدخل لمساعدة الأطراف بضمان إنجاح التحكيم، ولا يعد هذا نزعا لاختصاص المحكمة التحكيمية وإنما دعما خاصا بعيدا كل البعد عن ممارسة الرقابة في هذه المرحلة، بل يعد هذا منحا لهم للحرية في اللجوء إليه بدلا من تعويلهم على حل آخر قد يضعهم في نفس المطب²⁰¹.

إن المهمة الرئيسية للقاضي الداعم هي حل حالات الجمود والتغلب على الصعوبات المتعلقة بإجراء التحكيم. في بعض الأحيان، لا ينص الطرفان على إجراءات تعيين المحكمين أو حل

¹⁹⁹ PINNA Andrea, « Réflexions sur l'arbitrage forcé », *Gaz du pal*, 17 January 2014, p1.

²⁰⁰ الغزاوي زكرياء، "علاقة القضاء بالتحكيم: بين القوضأة والاستقلالية -دراسة مقارنة بين القانونين المغربي والفرنسي مع تطبيقات قضائية-"، مجلة التحكيم العربي والدولي، العدد 3-4، 2017، ص34.

²⁰¹ اللوح نهال، المرجع السابق، ص53.

الصعوبات التي تثيرها. يمكن التعبير عن إرادتهم بطريقة غامضة أو قواعد التحكيم، التي أشاروا إليها، كونها غير فعالة في حل المشكلة. في هذه الحالات المتعددة يتدخل القاضي الداعم²⁰².

فالمحتكم حين يتفق على حل المنازعات عن طريق التحكيم لا يتنازل عن حقه في الالتجاء إلى القضاء، حيث أن المشرع لا يقر مثل هذا التصرف إطلاقاً، إذ أن الحق في الالتجاء إلى القضاء من الحقوق التي تتعلق بالنظام العام²⁰³.

من جهته، نص القانون الفرنسي في المواد 1457، 1444، 1454، 1456، 1463 كما تم تعديلها سنة 2011 في المواد المتعلقة بالتحكيم، سلطة رئيس المحكمة في التدخل كلما طلب منه ذلك، للأمر بإجراء يزيل كل العوائق التي من شأنها تعطيل عملية تشكيل محكمة التحكيم. لكن السؤال الذي يطرح نفسه، ما هي حالات تشكيل وتعيين هذه المحكمة من طرف القضاء؟

يتم اللجوء إلى القضاء بغية تعيين المحكمين في العديد من الحالات، كأن يأتي اتفاق التحكيم خالياً من تعيين للمحكم أو المحكمين اللذين سيتولون حل النزاع، فيتدخل القاضي وفق إجراءات معينة ينص عليها القانون، كما قد يتدخل في حالة بطلان اتفاق التحكيم أو إلغائه، فقد يحدث أن يتفق المحتكمون ليس على التحكيم بصفة عامة وإنما على شخص محدد أو على جهة محددة بعينها، فإذا ما لم يقم التحكيم بأحد هذين المسلكين، عد الاتفاق لاغياً، وهذا في بعض الأنظمة القانونية وليس كلها.

من جهته، نص المشرع الجزائري في المادة 1015 على أن: "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحاً، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم". بمفهوم المخالفة لهذا النص، فإن رفض أحد المحكمين المعيّنين بعينهم أو محكم بذاته القيام بالمهمة المسندة إليهم، يؤدي إلى تشكيل باطل، كما نص كذلك في الفقرة 2 من المادة 1009 على أن: "...إذا كان شرط التحكيم باطلاً أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم، يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بالأوجه للتعيين".

²⁰² LEROSIER Auntoine, : « Le rôle du juge judiciaire dans le développement de l'arbitrage: pratiques comparées russes, françaises et européennes en générale », RJOI, 2017, n 24, p 04.

²⁰³ بن سعيد لهر، المرجع السابق، ص 125.

وبالتالي، فإن عدم إشارة المشرع لأي تدخل من قبل القضاء لمساندة العملية التحكيمية بالتعيين، في كل من النصين، يؤدي إلى عدم إمكانية تدخل القاضي المساند في هذه الحالة. وهو نفس المنحى كذلك بالنسبة للمشرع الفرنسي في نصه على قيام القاضي المساعد بإعلان أن لا وجه للتعيين في حالة ما إذا كان اتفاق التحكيم باطلا بشكل واضح أو إذا كان غير قابل للتطبيق بشكل واضح، في حين أن المشرع المصري على سبيل المثال، لم يأتي على ذكر الطريقة الواجب اتباعها عند بطلان اتفاق التحكيم أو إلغائه²⁰⁴.

مما سبق، يتضح أن القاضي يتدخل لتفعيل إجراء تعيين المحكمين وفق ضوابط قانونية حفاظا على مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم²⁰⁵، ورفعا للصعوبات التي بالإمكان افتعالها من طرف أطراف النزاع عندما يرفض أحدهم التعيين ما يؤثر سلبا على سير عملية التحكيم. ولا يكون هذا التدخل إلا وفق شروط معينة، وهي كالآتي:

- لا بد من وجود اتفاق تحكيم صحيح، موجودا فعلا، غير باطل وكاف لتشكيل محكمة التحكيم، وفي هذا الشرط نصت المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنسبة للتحكيم الداخلي: "إذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كافي لتشكيل محكمة التحكيم يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بأن لا وجه للتعيين".

وتطرح هنا مسألة أساسية تتعلق بشرط صحة اتفاق التحكيم، حيث أن القاضي يتدخل في تشكيل المحكمة حسب المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبالتالي فإن الملاحظ أنه إذا عاين القاضي اتفاق التحكيم ووجده باطلا أو لاغ، عاين كما سبق الإشارة إليه بأن لا وجه للتعيين.

هذه المسألة تطرح مسألة رقابة القاضي على صحة التعيين فعند التقدم لدى القاضي من طرف أحد أطراف النزاع بالقيام بتعيين محكم، فإنه لكي يقوم القاضي بذلك، لا بد من أن ينظر في صحة اتفاق التحكيم، أي أنه يبحث في شروط الصحة، وهنا نلمس فرضين: الفرض الأول، أن القاضي يجد الاتفاق صحيح، وبالتالي يقوم بالتعيين. أما الفرض الثاني، فهو ألا يجد القاضي الاتفاق صحيحا، وبالتالي لا يقوم بالتعيين.

²⁰⁴ اللوائح نهال، المرجع السابق، ص 60.

²⁰⁵ ديانة مهدي، المرجع السابق، ص 71.

إذا فالقاضي له سلطة النظر في شروط الصحة أي يراقب شرط الصحة، ومراقبته هنا لشروط الصحة تكون مطلقة وليست سطحية.

لكن إذا ما تمعنا في نص المادة 1041 نجد أن القاضي لا يمارس سلطة النظر والرقابة على صحة اتفاق التحكيم في التحكيم الدولي، كما تجدر الإشارة إلى أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، لم ينص على الإجراءات التي يتم بها تعيين المحكمين، على خلاف ما كان منصوصا عليه في المادة 458 مكرر 4 فقرة أولى من قانون الإجراءات المدنية الملغى، و التي تنص على أنه في حال ما إذا دعي قاضي إلى تعيين محكم حسب الشروط المذكورة في المواد السابقة، فإنه يستجيب لطلب التعيين بموجب أمر يصدر بناء على مجرد عريضة، إلا إذا بينت دراسة موجزة عدم وجود أية اتفاق تحكيم بين الطرفين²⁰⁶.

يكون البت في طلب تعيين المحكم من القاضي، الذي يصدر الأمر بذلك، كما هو الشأن في الأوامر على العرائض المتعلقة بتوجيه إنذار أو إثبات حالة التي يفصل فيها وفق ما تنص عليه المادة 310 إلى 312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، باعتبار أن المشرع الجزائري لم يحدد مدة زمنية معينة للفصل في الطلب²⁰⁷، وبالتالي تطبق القواعد العامة السارية بخصوص الأوامر على عرائض. وهذا ما يعاب عليه، ذلك أن في تحديد الأجل منع للقاضي من التراخي في إصدار الأمر القاضي بالتعيين، وإن كانت هنالك رؤية أخرى تبرر عدم تحديد مدة اصدار الأمر بمنح رئيس المحكمة فرصة اختيار المحكم المناسب ذي الخبرة والكفاءة المطلوبة لحل النزاع²⁰⁸.

إذا كان لرئيس المحكمة التدخل في تعيين المحكمين عوض الأطراف المتعنتين²⁰⁹، فإنه لا بد من الأخذ بعين الاعتبار عند البت في طلب تعيين المحكم شروط، وهي الشروط المنصوص عليها في مختلف التشريعات الوطنية للتحكيم التجاري الدولي أو الداخلي، وهي كالتالي:

²⁰⁶ حدادن طاهر، المرجع السابق، ص 39-40.

²⁰⁷ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 47.

²⁰⁸ عبد الكبير الصوصي العلوي، "رقابة القضاء على تشكيل هيئة التحكيم"، المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، العدد الأول/2015، ص 50.

²⁰⁹ اللوح نهال، المرجع السابق، ص 62.

أ- الشروط العامة:

إن الخصومة التحكيمية قوامها المحكم، وبقدر كفاءة المحكم تكون سلامة التحكيم، وإلا فلا قيمة للتحكيم، فالمحكم يستمد سلطته من إرادة المحكّمين من جهة، ومن إرادة القانون الذي أجاز له ممارسة مهمة التحكيم²¹⁰، باعتبار أن المحكم شخص يتمتع بثقة الخصوم الذين خولوه عناية الفصل في الخصومة القائمة بينهم، من جهة أخرى، إذ يجب أن تتوافر فيه جملة من الشروط حتى يكون مؤهلاً لإدارة العملية التحكيمية، فهناك شروط عامة اتفق الفقه ومراكز التحكيم على توافرها في المحكم²¹¹.

- الذاتية:

تنص بعض القوانين الوطنية على شرط الذاتية²¹²، ومنها المشرع الجزائري في المادة 1014 في القسم الثالث المتعلق بالأحكام المشتركة على أن: "لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية...". بمفهوم المخالفة فإن المهمة التحكيمية تسند للشخص الطبيعي المتمتع بالحقوق المذكورة آنفاً.

لكن، ماذا لو كان الجهة التي تسند إليها المهمة التحكيمية، مؤسسة تحكيم أو مركز تحكيم، فهل يفترض تحقق شرط الذاتية فيه؟ قد يلجأ أطراف النزاع في كثير من الأحيان إلى المراكز التحكيمية والمؤسسات التحكيمية، لإدارة وتسيير والإشراف على العملية التحكيمية برمتها، عن طريق شخص طبيعي يكون تحت إشرافها، وهذا ما أكدته المشرع الجزائري، أو عن طريق تعيين اتفاق التحكيم لشخص معنوي، والمقصود هنا بالشخص المعنوي ذلك المركز أو تلك المؤسسة التحكيمية، التي تقوم بتعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم.

وحسن ما فعل المشرع الجزائري بأن فتح الباب واسعاً أمام الأشخاص الأكفاء والمؤهلين لحل النزاعات عن طريق التحكيم، وهذا يدل على نهجه الليبرالي الذي أساسه السرعة والمرونة وتسهيل الإجراءات.

²¹⁰ مهند احمد الصانوري، المرجع السابق، ص 55.

²¹¹ بن عبد الكريم مريم، "دور المحكم في العملية التحكيمية"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد الخامس/ديسمبر 2017، ص 308.

²¹² مفادها أن المهمة التحكيمية لا تسند إلا لشخص ذاتي، أي شخص طبيعي دون الشخص الاعتباري، كما هو الشأن في القانون المغربي مثلاً. راجع: اللوح نهال، المرجع السابق، ص 63.

- الأهلية المدنية الكاملة:

تجمع الأنظمة القانونية الخاصة بالتحكيم، بصفة عامة كالمشعر الجزائري والمصري²¹³ على اشتراط أن يكون المحكم كامل الأهلية المدنية²¹⁴ طبقا لقانونه الشخصي، فلا يجوز تعيين غير كامل الأهلية محكما وإلا كان حكمه باطلا²¹⁵.

وفي هذا الصدد، نص المشعر الجزائري في المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن "لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية". وهذا يعني أن أي شخص يسوغ له أن يكون محكما طالما انتفت عنه علة القصر والحجر والحرمان من الحقوق المدنية²¹⁶.

فبالنسبة للحجر يعتبر أمرا بديهيا لا يقتضي نصا يقرره، وكان من الأنسب في تصورنا، أن يضاف شرط آخر هو ألا يكون المحكم محجوزا عليه فهذا أقرب لطبيعة مهمته و أوضاعها المتميزة، إذا لا يكفي ألا يكون قد أشهر إفلاسه، فإذا لم يكن المحكم تاجرا فإن حساسية مركزه تقتضي ألا يكون محجوزا عليه بسبب إعساره أو عجزه عن دفع دين عليه قبل المتعاملين أو مؤسسات التحكيم²¹⁷.

²¹³ وهذا ما ذهب إليه المشعر المصري، حيث تشترط المادة 1/16 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 الأهلية الكاملة في المحكم، وذلك لخطورة مهمته، و الثقة المفروضة في شخصه و إلا يكون به عارض من عوارض الأهلية كالحجر عليه، أو الحرمان من الحقوق المدنية نتيجة للحكم عليه في جناية، أو جنحة مخلة بالشرف، أو نتيجة لشهر إفلاسه طالما لم يرد إليه الاعتبار²¹³. راجع: بن سعيد لزهري، المرجع السابق، ص 148.

²¹⁴ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 65.

²¹⁵ لقد انتقد بعض الشراح في فرنسا اتجاه الرأي الذي لا يجيز للقاصر أن يكون محكما، على تقدير أنه في بعض الأحيان قد يكون القاصر محاميا أو مهندسا أو محاسبا أو طبيبا وهذا في ضل القانون الفرنسي قبل 1968 أي قبل تخفيض سن الرشد الى 18 سنة، ويكون في عمله وفنه ورجاحة عقله أفضل بكثير ممن بلغ سن الرشد، و مع ذلك قيل أن القاصر الذي لا يملك أن يتعاقد بنفسه أو يتصرف في ملكه لا يمكن أن يسمح له بأن يلي القضاء في شؤون الغير وتكون لمطلق إرادته التصرف في حقوق الغير، وقيل أن القاصر الذي يجوز له القيام بأعمال الإدارة أو التجارة يجوز تعيينه محكما في حدود تلك الأعمال. أنظر: عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 86.

²¹⁶ جهاد هوش وعبد الهادي عباس، المرجع السابق، ص 150.

²¹⁷ في نفس الفكرة: هدى محمد مجدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 93.

- عدم شهر إفلاسه:

تتضح أهمية ألا يكون المحكم مفلسا بالنظر إلى تمتع جانب من المحكمين بصفة التاجر لاشتغالهم بأعمال تجارية تدفع لاختيارهم لحسم المنازعات ذات الطابع التجاري، ونرى أنه لا يجوز قبول المحكم حتى لو رد اعتباره، فهذا لا ينفي ثبوت الاتهام الموجه إليه وهو ما يشكك في الثقة في حسن قضائه²¹⁸.

وقد حظر القانون الجزائري وكذا قانون التحكيم المصري على من أشهر إفلاسه أن يكون محكما، لأنه لا يملك التصرف في حقوقه متى تم توقيع الحجز عليه، ويفهم من ذلك أنه لا يكفي التوقف عن دفع الديون رغم ما ينبئ من توافر حالة الإفلاس، بل لابد من شهر افلاسه²¹⁹.

- تمتع المحكم بحقوقه السياسية:

يقرر بعض الفقه أنه لا يشترط أن يكون المحكم متمتعا بحقوقه السياسية، فالتمتع بالحقوق السياسية مشروط بالانتماء لجنسية الدولة، ومن ثمة فلا يتمتع الأجنبي بهذا الحق، غير أن البعض الآخر يرى أنه يتعين أن يكون المحكم متمتعا بالحقوق السياسية في دولته ووفقا لقانونها وليس قانون دولة الخصوم، ومن شأن تخلف هذا الشرط التأثير على ثقة الأطراف فيه وعلى صلاحيته لحسم النزاع²²⁰.

- قبول المحكم لمهمته:

يعد قبول المحكم لمهمته²²¹ أمر لم تتطرق إليه الاتفاقيات الدولية للتحكيم، وإذا كانت القوانين غير مجمعة على شكل هذا القبول إلا أنه إذا لم يكن مكتوبا يجب أن يعبر عنه بشكل

²¹⁸ في نفس الاتجاه: هدى محمد مجدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 93.

²¹⁹ مهند احمد الصانوري، المرجع السابق، ص 67.

²²⁰ أنظر مثلا: هدى محمد مجدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 94.

²²¹ قبول معنى أن من يختار ليكون عضوا في محكمة تحكيم ليس ملزما بأن يتولى مهمة التحكيم المعهود بها، بل يكون مخييرا بين قبولها أو الامتناع عن القيام بها وقبول هذه المهمة يعد شرطا أساسيا لصحة تشكيل المحكمة التحكيمية، ويمكن لرئيس المحكمة قبل قيامه بالتعيين استدعاء المحكم المراد تعيينه لإبداء رأيه في أسرع الأجل، فإن قبل تولي المهمة وجب عليه قبل أن يباشرها أن يكشف أي ملاحظات أو ظروف تشكك في استقلاله وحياده، فإن قبل بعد علمه، له ذلك، وإلا يتنحى، قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 46.

واضح وأكد لا مجال للشك فيه، وكثيرا ما يستدل على هذا القبول بموجب تبادل رسائل خطية أو من خلال محضر يحزر بهذا الشأن²²².

فأما المشرع الجزائري فلم يبين إن كان قبوله يتم كتابة أو بطريقة أخرى، وهو ما يؤدي إلى الأخذ بالأشكال الأخرى المعبرة عن إرادة المحكم في قبول مهمته²²³.

ينبغي القول أخيرا، أنه إذا بدأ المحكم المعين بالمهمة ولم يبلغ عن قبوله لها فيعتبر ذلك قبولا لا يترتب على عدم الموافقة المسبقة البطلان بحجة خلل الإجراءات أو مخالفة القانون. ذلك أن مباشرة العملية وتبليغها للأطراف قرينة على القبول، إلا إذا أثبت المحكم أن علمه لم يكن سوى للنظر في إمكانية قبول المهمة أو اعتزالها.

- استقلال المحكم وحياده:

منذ عام 1981، كان على الاجتهاد القضائي الفرنسي تنفيذ وتقديم حلول عملية عندما تم الطعن في شخص المحكم نفسه (مسائل الحياد أو الاستقلال) أو عندما حدثت وفاة أو استقالة أحد أعضاء محكمة التحكيم، لأن النصوص القديمة في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لم تتوقع مثل هذه الحالات، وهكذا، فإن محكمة النقض، بما أنها على دراية بالتطورات في المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فرضت على المحكمين واجب الكشف عن الظروف التي من المحتمل أن تؤثر على استقلالهم أو حيادهم، والمرسوم الصادر في 13 يناير 2011²²⁴، أخذ بعين الاعتبار هذا الاجتهاد القضائي، حيث قام بتدوين التزام الكشف هذا، وهو قاعدة أساسية لتوقع المشروع الذي يمنحه الأطراف للمحكمين الذين يختارونهم²²⁵، فالمادة 1456 في الفقرة الثانية منها من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي تنص على ما يلي: "يتعين على المحكم، قبل قبول مهمته، الكشف عن أي ظرف من المحتمل أن يؤثر على استقلاليته أو حياده. كما أنه ملزم بالإفصاح دون تأخير عن أي ظرف من نفس الطبيعة قد ينشأ بعد قبول مهمته".

²²² مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 68.

²²³ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 46.

²²⁴ Décret n°2011-48 du 13 Janvier 2011, portant réforme de l'arbitrage, J.O.R.F du 14 Janvier 2011.

²²⁵ PLUYETTE Gerard, op.cit., p.144.

وبهذا احتلت مسألة استقلالية وحياد المحكم مكانة خاصة جدًا في العصر الحديث، إذ انتشرت نسبيًا في الدراسات والاجتهادات القضائية قبل بضع سنوات، فهذا الموضوع يحتل الآن مكانًا بارزًا في الاجتهادات القضائية والتحليلات الفقهية، حتى في الآونة الأخيرة في المجال السياسي²²⁶.

نحن نعلم أن فرنسا، من خلال تشريعاتها كما في الاجتهادات القضائية، قد اختارت نهجًا ليبراليًا بشكل خاص فيما يتعلق بالتحكيم، فهو يترجم، من خلال تكريس استقلالية شرط التحكيم، واعتماد قاعدة مادية لصحة هذا البند نفسه، ومراقبة مخففة لاستثناء النظام العام، ورؤية أوسع لدائرة الأطراف لشرط التحكيم، هذه الرؤية الليبرالية، التي لسنا بصدد إجراء تقييم لها، تجد نظيرًا طبيعيًا في التحكيم، على العكس من ذلك، هذا الأمر يعزز استقلالية وحياد المحكم، فالنظرة واضحة: القاضي سيسهل اللجوء إلى التحكيم في جميع المراحل؛ وفي المقابل يتوقع الحياد التام والاستقلالية من المحكم²²⁷.

وبالتالي، ستخضع عناصر الحياد والاستقلالية للمراجعة من قبل القاضي، من خلال فحص دقيق لشروط الكشف التي يقوم بها المحكم أو المحذوفة من قبله. سنرى لاحقًا النهج الذي اعتمده القاضي: حيث لن يتحكم في الاستقلال أو الحياد في حد ذاته، ولكن ما يكشف عن الطريقة التي كشف بها المحكم عن عناصر معينة من المحتمل أن تشكك في هذا الاستقلال والحياد، وكذلك محتوى ما كشفه المحكم أو فشل في الكشف عنه فما يهمله ليس ما إذا كان المحكم مستقلاً أو محايداً أم لا، ولكن من خلال موقفه أو إهماله ومحتوى ما كشفه أو حذفه، فإنه لم يغرس أي شك في أذهان الأطراف حول هذا الاستقلال أو الحياد²²⁸.

وبما أن المحكم يعتبر محور العملية التحكيمية، فهو يشترك مع القاضي في مهمة حل المنازعات التي تشكل ذات طبيعة موضوعية، وبالتالي فهما يتبعان نفس المنهج ويحاولان قدر

²²⁶ MALAN Alexandre, « L'appréciation par les tribunaux français de l'indépendance des arbitres », *in* le juge et l'arbitre, sous direct. Sami -BOUSTANJI et autres, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, p.169.

²²⁷ *Ibid.* p.171.

²²⁸ MALAN Alexandre, *op.cit.*, p.171.

الإمكان مراعاة الضمانات الأساسية للتقاضي، وكذا الالتزام بجوهر مبدأ استقلال القضاء سواء كان قضاء الدولة أو قضاء التحكيم، وهو الاستقلال والحياد²²⁹.

لكن ما هو الفرق بين الاستقلالية والحياد؟ الاستقلالية هي بشكل عام وظيفة العلاقات السابقة أو الحالية التي يمكن فهرستها والتحقق منها، في حين أن الحياد هو حالة ذهنية. لقد قيل إن الاستقلالية هي معيار "موضوعي"، لأنها تعالج العلاقة بين المحكم وأطراف النزاع، في حين أن الحياد هو مقياس "شخصي" لموقف الشخص الداخلي تجاه الأطراف أو موقف يمكن رؤيته من الخارج فقط في سلوك المحكم²³⁰.

أما حياد المحكم فيعد من مفترضات المهمة القضائية التي يعهد بها إليه، فإذا كان القاضي الوطني يلتزم بالحياد تجاه الخصوم، فإن فرض هذا الالتزام على عاتق المحكم يعد أكثر إلحاحاً²³¹ إذ يجب على المحكم أن يكون محايداً²³² عند قيامه بمهمته الموكله إليه.

كما يجب على المحكمين أن يكونوا مستقلين أي لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، و لا يجوز لأي سلطة التدخل في القضايا أو شؤون العدالة²³³. وهذا الشرط في الحقيقة يلتزم به المحكم، إلا أن رئيس المحكمة وبحكم المعطيات المتوفرة له بعد البحث و التحميص يتوخى في التعيين المحكم المعروف بحيادته و تجرده و نزاهته و استقلاله²³⁴، وعليه أن يقوم بها بكل تجرد و نزاهة فلا يميل أو يتحيز²³⁵ أو يتعاطف مع أي من الأطراف أو ضده²³⁶.

²²⁹ عبد الكبير الصوصي العلوي، المرجع السابق، ص 56.

²³⁰ KYIAKI Noussia, « Bias of arbitrators revisited », *Journal of Business Law*, 11 October 2017, p.03.

This version available at <http://hdl.handle.net/10871/29787>.

²³¹ هدى محمد مجدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 166.

²³² الحياد سلوك يتعلق بالعاطفة الشخصية للمحكم، ومرجعه نوازع داخلية، ويعني ذلك انحياز المحكم إلى جانب طرف ضد الآخر، ومثال ذلك وجود صلة مودة أو عداوة بأحد الخصوم أو مصلحة خاصة للمحكم في النزاع. لتفصيل أكثر حول هذا الموضوع أنظر: بن سعيد لزهري، المرجع السابق، ص 200.

²³³ علي سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص 125.

²³⁴ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 44.

²³⁵ ينبغي توضيح أنه يتعدى وضع تصور تفصيلي نموذجي لمسلك المحكم وعلاقته بأطراف النزاع وبزملائه المحكمين، وإنما يتعين إضفاء بعض المرونة على مسلك المحكم على نحو يبسر له أداء مهمته ويحتفظ في ذات الوقت بالطابع القضائي لمهمته، وهو مالا يتحقق إلا من خلال تقييم مسلك المحكم موضوعياً، ومما لا شك فيه أن الاهتمام بتسجيل الجلسات وتمكين الأطراف من الاطلاع

وإلا تعرض إلى الرد وهذا ما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والادارية والتي تنص على أن: " ...عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليتها، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط ...".

وقد جعل المشرع الجزائري على عاتق المحكم التزاما مهما ألا وهو إخطار الأطراف عن كل الظروف التي من شأنها أن تثير الشكوك حول حياده واستقلاله من تلقاء نفسه، بحيث لا يمكنه مباشرة مهامه إلا بعد إبلاغهم بهذه الظروف، وقبل الأطراف صراحة قيامه بالمهمة، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية والادارية بأنه: "... إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم".

لكن الالتزام بالإفصاح لا يقوم إلا إذا كانت الواقعة التي تثير شكاً في حياد واستقلال المحكم هي واقعة تدخل في العلم العام، إذا لا ضرورة للكشف عن واقعة معلومة بالضرورة للأطراف، فالأصل أن العلاقات السابقة مع المحكم لا تعد في ذاتها عيباً، ولكن العيب هو محاولة إخفاءها عن الطرف الآخر أو باقي المحكمين في حال تعددهم، فمثل هذا الإخفاء يثير الشبهات حتى حول العلاقات البريئة ويعطي فرصة للاعتراض على تعيين المحكم ويثير الشك في ذمته ومن عدالته كما يتيح إبطال الحكم التحكيمي²³⁷.

إن المسؤولية التي تقع على عاتق المحكم هي توفير الظروف الملائمة للعملية التحكيمية، والتمتع باستقلال والحياد. كما أنه يتعين رسم المعالم الفاصلة بين استقلال المحكم وحياده، فالأول شرط لتعيين المحكم ولاستمراره في نظر النزاع وحتى إصدار الحكم، أي أن الاستقلال شرط لتعيين المحكم ولصحة هذا التعيين، ويلتزم المحكم بأن يبقى على استقلاله.

عليها يكفل الحد من تحيز المحكم، ويبسر إثباته، فتحيز المحكم قد يأخذ شكلاً مستترا على نحو قد يصعب إثباته. هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، التحقيق القضائي في دوافع المحكم ليس بالأمر اليسير بل قد يتعارض مع استقلالية المحكم في أداء مهمته. راجع: هدى محمد مجدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 173.

²³⁶ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 69.

²³⁷ حدادن طاهر، المرجع السابق، ص 54-55.

لذا نرى مع الأستاذة "هدى مجدي عبد الرحمن" أن التفرقة بين الاستقلال و الحياد تبدو كما لو كان الاستقلال شرطا لاختياره والحياد التزاما على عاتقه وشرطا لصحة الحكم، فضلا عن اختلافهما من الناحية الموضوعية، إذ يتصل الاستقلال بمظاهر موضوعية ملموسة تنصب على وقائع مادية ويعد شرطا سابقا على تولي المحكم للمهمة، وأن كان الغالب أن يثير الأطراف الحياد والاستقلال معا عند الاعتراض على مسلك المحكم²³⁸.

أخيرا، لا بد من القول بأن المحكم يجب أن يكون مستقلا ومحيادا، وتقع عليه المسؤولية في حالة الغش وكتمان الحقيقة عن علاقته بأحد طرفي الخصومة مما يشكل سببا لردده، وبصورة عامة فإن مسؤولية المحكم ترد بالنسبة لكل حالة وظروفها ومدى سوء النية فيها، والخطأ ونسبة العمد فيه مما يدخل كله في السلطة التقديرية للجهة القضائية المختصة بنظر هذه المسؤولية²³⁹.

ب - الشروط الخاصة:

الشروط الخاصة أو الاتفاقية، حتى وإن نص عليها القانون إلا أنها تأتي بصيغة جوازيه وإعمالها مقيد بعدم اتفاق الأطراف على مخالفتها، كونها غير متعلقة بالنظام العام²⁴⁰، ومن هذه الشروط:

- الكفاءة والخبرة:

تعتبر كل من الخبرة القضائية مهمة يضطلع بها إما القاضي و الخبرة الفنية التي يضطلع بها المحكم ذات أهمية بالغة، وعلى الرغم من أهمية توافر خبرة المحكم، إلا أنها لا تعد شرطا لاختياره إلا في الحدود التي يقرها الخصوم، وهذا الشرط رغم طابعه الاتفاقي إلا أنه يعد شرطا جوهريا لاختيار المحكم، فالمتعاملين ينشدون التحكيم سعيا وراء قاض متخصص ذي خبرة ومران²⁴¹، ذلك أن التحكيم يتيح لهم إمكانية تسوية نزاعهم من قبل محكمين على دراية كاملة بخصائص مهنتهم²⁴²

²³⁸ هدى محمد مجدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 103.

²³⁹ جهاد هواش وعبد الهادي عباس، المرجع السابق، ص 200.

²⁴⁰ بن عبد الكريم مريم، المرجع السابق، ص 309.

²⁴¹ هدى محمد مجدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 108.

²⁴² LAFONT Pierre, « L'arbitre, juge naturel du professionnel libéral », *Les cahiers de l'arbitrage- nouveaux domaines, nouvelles utilisations*, 3ème Edition, 2017, p.34.

، إلا أنه قد يحدث أن يلجأ المحكم في حالات خاصة تقتضيها الظروف إلى متخصص²⁴³، ويبقى المحكم ذو الخبرة في النزاع المعروض عليه، ودون اعتماده على خبير آخر أمر محمود²⁴⁴.

- الجنس والجنسية:

لا يشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفقا طرفا التحكيم على ذلك²⁴⁵. إذ أن المشرع الجزائري لم يشير إلى مسألة الجنس، ومنه فلا مانع من أن يعين رئيس المحكمة امرأة كمحكم لانعدام الحظر القانوني، لكن يبقى عليه أن يراعي شخصية الأطراف المحتكمة إليه ومدى تقبلهم لهذا الأمر²⁴⁶، فليس هنالك ما يمنع كون المحكم امرأة²⁴⁷. وقد ذهب البعض الآخر إلى القول بأن: "قصر بعض الوظائف على الرجال دون النساء لا يعدو كونه وزنا لمناسبات التعيين وظروف البيئة، وأوضاع العرف والتقاليد، ولعل الأمر يتعلق بثقة الأطراف في شخص المحكم وخبرته وصلاحيته لتولي المهمة رجلا كان أو امرأة"²⁴⁸.

أما عن الجنسية فمن المتيقن أن لجنسية المحكم تأثيرا على استقلاله و على مواقفه بصفة عامة مما ينعكس على قراره بشأن النزاع، وبصفة خاصة إذا تجاوز مفهوم الجنسية بالنسبة للمحكم معناه الاصطلاحي أو القانوني ليفهم بمعناه الأيديولوجي، أي بالنظر لما تعبر عنه جنسية المحكم من الانتماء لنظام قانوني وسياسي واقتصادي قد يختلف كلية عن الخصوم، فاختلف

²⁴³ FIGUIRE Georges, DE CHASSY Christian, BRAJEUX Guillaume, « Arbitrage et expertise », *Gazette de la Chambre* n°13, Printemps 2007, p.1.

²⁴⁴ هل الخبرة المطلوبة هي الخبرة الفنية أم القانونية؟ قد يتبين لأول وهلة أن الخبرة الفنية هي الأجدر بالاختيار، حيث أن المحكم الذي يمتلك الخبرة الفنية بخصوص النزاع المعروض عليه قد يوفر على المحكمين الاستعانة بالخبراء وما يترتب ذلك من جهد ووقت وأتعاب. هذا عن الخبرة، أما الكفاءة فهي قدرته على إدارة الإجراءات بسرعة وفعالية، فسرعة الوصول إلى قرار حاسم وعادل تقتضي تمرس المحكم في مهنته وإحاطته بالأعراف والتقاليد التي تحكمها، فالمحكم المتمرس ذو المران لا يجد صعوبة في تحديد الخطة الإجرائية على نحو يحقق السير العادل للإجراءات، فالطابع الرضائي للتحكيم واتساع نطاق السلطات التي يتمتع بها المحكم يتطلب إسناد هذه المهمة لشخص تتوافر فيه الكفاءة اللازمة. راجع: مهند أحمد الصانوري، المرجع نفسه، ص76-77، هدى محمد مجدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص112.

²⁴⁵ المنشاوي عبد الحميد، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص39.

²⁴⁶ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص45.

²⁴⁷ لتفصيل أكثر حول موضوع تولي المرأة التحكيم. أنظر: هدى محمد مجدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص97.

²⁴⁸ هدى محمد مجدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص97.

جنسية المحكم يكون مؤثرا بقدر اختلاف النظام القانوني، ومع ذلك، ليست هنالك قاعدة تقرر وجوب انتماء المحكم لجنسية الطرف الذي عينه أو إلى جنسية مغايرة له، فالجنسية كقاعدة ليست حاسمة في اختيار المحكم، وإن كانت تعبر في حالات عديدة عن حياد المحكم²⁴⁹.

وبهذا الخصوص لم يشترط قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري عند تعيين المحكمين من قبل القاضي الوطني أي شرط متعلق بجنسية المحكمين، وهذا خلافا لنص المادة 458 مكرر 4 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية الملغى والتي كانت تنص على أنه: "...إذا دعي القاضي إلى تعيين محكم مرجح، وجب أن يكون هذا الأخير من جنسية مخالفة لجنسية الأطراف". وجنسية المحكم ذات أهمية كبيرة في مجال التحكيم باعتبارها ضمانا على استقلالية وحياد محكمة التحكيم²⁵⁰.

وفي اعتقادنا، فإنه قد يكون من الملائم اختيار محكم جزائري عندما يثير النزاع مسائل تتعلق بالنظام القانوني الوطني باعتباره أقدر على إعمال نصوص القانون الجزائري، والعكس صحيح أيضا. ويرى البعض²⁵¹ "أن مراجعة أحكام التحكيم الدولي تسجل حقيقة هامة هي أنه من المستحيل تقريبا أن نتجنب خطر أن يعمل المحكمون الوطنيون لمصالح دولهم، فليس أقوى تأثيرا في النفس من عقدة الولاء التي تربط الإنسان بوطنه".

- ضرورة احترام وترية عدد المحكمين:

من الشروط التي ينبغي على الخصوم والمحكمة مراعاتها عند قيامها بالتعيين أن تراعي الوترية كقاعدة مستقرة في أغلب قوانين التحكيم والتشريعات الوطنية، إذ نص المشرع الجزائري في نص المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "تشكل محكمة التحكيم من محكم واحد أو عدة محكمين بعدد فردي".

يمكن أن تكون هنالك قضايا أين تم اعتماد محكم فرد، وغالبا ما يكون ذلك بمناسبة اختيار مركز الغرفة التجارية الدولية كسلطة تعيين²⁵²، وعادة ما يختار الطرف الجزائري محكمه من اللذين لا يحملون الجنسية الجزائرية مكرسا مبدأ الاختصاص والاحترافية على مبدأ الروح الوطنية. تجدر الإشارة هنا إلى أن قاعدة الوترية في القانون الجزائري تثير ملاحظتين:

²⁴⁹ هدى محمد مجدى عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص 97.

²⁵⁰ حدادن طاهر، المرجع السابق، ص 47.

²⁵¹ هدى محمد مجدى عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص 98.

²⁵² حدادن طاهر، المرجع السابق، ص 42.

أما الملاحظة الأولى، فتعتبر قاعدة الوتيرة المنصوص عليها في المادة 1017 ق.ا.م.ا من النظام العام، وهي بالتالي لا تحتتمل الاتفاق على مخالفتها ولا تدخل بالتالي ضمن الشروط الاختيارية. وأما الملاحظة الثانية، تتعلق بكون الإشارة إلى المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يثير لا محالة إشكالية تطبيقها في مجال التحكيم الدولي، والتي جاءت الأحكام الخاصة به خالية من أي نص على هذه القاعدة.

وفي اعتقادنا، فإنه من المستحسن أن ينص المشرع الجزائري على قاعدة احترام وتيرة عدد المحكمين في مجال التحكيم الدولي كما في التحكيم الداخلي، بما أن القانون الجزائري للتحكيم يدخل ضمن القوانين التي اختارت أن تميز بين القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي والقواعد المنظمة للتحكيم الدولي (Dualiste Régime).

في نفس السياق، أجاز القانون الفرنسي من خلال نص المادة 1451 من قانون الإجراءات المدنية تدخل القضاء لتعيين المحكمين بشرط احترام قاعدة الوتيرة، إذ جاء في نص المادة أن: " للقضاء التدخل لاستكمال تشكيل محكمة التحكيم ليكون عددها وترا حماية للاتفاق من الإبطال عند مخالفة شرط وتيرة عدد المحكمين ". إلا أنها لم ترتب إبطال الاتفاق عند تعيين عدد زوجي من المحكمين، وإنما منحت المادة 1454 سلطة استكمال تشكيل محكمة التحكيم عن طريق المحكمين المعينين أو رئيس المحكمة، وحسنا فعلت تجنباً لإهدار اتفاق التحكيم.

كما تجدر الإشارة إلى أن المادة 1451 أعلاه، لا تطبق في مجال التحكيم التجاري الدولي كونها لم ترد في الإحالة الواردة في المادة 1506 من نفس القانون.

ومن جهته ألزم المشرع المغربي في القانون 08/05 أن يكون عدد المحكمين وترا وإلا عد التحكيم باطلاً، وذلك في الفصل 2-327، وإذا عين الأطراف المحكمين زوجياً، وجب عليهم إكمال تشكيل محكمة التحكيم وإلا اختير المحكم من قبل المحكمين المعينين في حالة عدم اتفاق الأطراف أو من قبل رئيس المحكمة بموجب أمر غير قابل للطعن وهذا ما نص عليه الفصل 4-327 من ذات القانون²⁵³.

مما سبق نرى أن القاضي يتدخل للمساعدة، بناء على طلب التعيين عند توافر الشروط السالفة الذكر، وبموجب الأمر بناء على مجرد عريضة كما أسلفنا شرحه، ويقوم بمراقبة

²⁵³ عبد الكبير الصوصي العلوي، المرجع السابق، ص 47.

الاتفاقية بصورة تحافظ على مبدأ سلطان الإرادة²⁵⁴ الذي كرسه المشرع الجزائري بخصوص التحكيم بصفة عامة وتعيين المحكمين بصفة خاصة.

إن اللجوء إلى القضاء ليساعد محكمة التحكيم على تجاوز مشكلة عدم اتفاق المحكمين على حل النزاع المعروض عليهم، بمنح إمكانية اللجوء إلى رئيس المحكمة يكون ذلك قصد استصدار أمر لتعيين محكم مرجح بعد ثبوت فشل المحكمين في اختياره²⁵⁵.

ففي فرنسا، اتبع رئيس محكمة باريس أسلوبا خاصا في ممارسة مهمة تعيين المحكمين، اتبعه بعد ذلك بقية رؤساء المحاكم، قوامه التوسط بين الطرفين بغية التوصل إلى تشكيل محكمة التحكيم أو استكمالها برضاها، فعندما يطلب أحد الطرفين مثلا تعيين محكم نظرا لعدم قيام الطرف الآخر بالتعيين، لا يعتمد رئيس المحكمة إلى التعيين المطلوب مباشرة، وإنما يعطي مهلة للطرف الآخر الواجب عليه التعيين للقيام به.

بعدها يقوم باستدعاء الشخص الذي يعتمزم تعيينه كمحكم لأخذ رأيه في مسألة اقتراح أو احتمال تعيينه في النزاع المعروض، لتلافي رفضه أو تخليه عن المهمة لاحقا، ثم دعوة كل واحد من الطرفين إلى إبداء رأيه فيه، حتى يقع تلافي القدر فيه لاحقا²⁵⁶.

نؤكد في الأخير، أن ما قام به رئيس محكمة باريس يعد تكريرا لاعتبار التحكيم عملا إراديا. والذي يعني ضمن ما يعني حق أطراف النزاع في اختيار المحكم، والأمر رغم ذلك قد لا يخلو من اختلاف²⁵⁷، لكن بوسعه التدخل لتذليل الصعوبات التي تعترض إتمام العمل التحكيمي.

علاوة على ذلك، في مسائل التحكيم الدولي، يكون قاضي الدعم الفرنسي مختصا إذا كان مقر التحكيم في فرنسا، إذا اختار الطرفان القانون الفرنسي كقانون إجرائي، ولكن أيضا يكون عندما يقرر "الطرفان صريحا منح الاختصاص لمحاكم الدولة الفرنسية للنظر في المنازعات المتعلقة بإجراءات التحكيم". وبالتالي، يجوز لأطراف التحكيم، في بند التحكيم أو بمجرد نشوء النزاع، في

²⁵⁴ إذ أن احترام إرادة طرفي التحكيم يكون بإفصاح الحرية لها لتنظيمه بالكيفية التي تناسبهما، هذه الحرية هي عماد نظام التحكيم كلما زادت ثقتهما فيه وزاد اطمئنانهما إلى الحكم الذي ينتهي إليه. لتفصيل أكثر أنظر: على سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص126.

²⁵⁵ عبد الكبير الصوصي العلوي، المرجع السابق، ص48.

²⁵⁶ حدادان طاهر، المرجع السابق، ص36-37.

²⁵⁷ بن سعيد لهر، المرجع السابق، ص125.

اتفاق خاص، أن ينص على اختصاص قاضي الدعم الفرنسي، في حين إذا قرر الأطراف أن التحكيم لا يحدث في فرنسا فهنا يحكم التحكيم قانون التحكيم الأجنبي²⁵⁸.

وتجدر الإشارة إلى أن هنالك حالة أخرى أضيفت بموجب تعديل 2011، ويتعلق الأمر بالحالة التي يوجد فيها خطر إنكار العدالة²⁵⁹.

باختصار، وتلخيصاً لما سبق، بدلاً من اللامبالاة أو المعارضة أو التنافس بين محكمة الدولة والتحكيم، حقق قانون التحكيم الفرنسي، من خلال اجتهاده القانوني البناء والايجابي، حالة من التوازن كرسها وزادها المرسوم الجديد الصادر في 13 يناير 2011، والذي تميز باحترام إرادة الأطراف واستقلالية التحكيم، من خلال رفض تدخل قاضي الدولة في إجراءات التحكيم مع السماح بالتدخل اللازم لهذا القاضي، إذا لزم الأمر، لتوحيد تشكيل محكمة التحكيم والسماح بتنفيذ إرادة الأطراف بمنح الحق لقاضي التحكيم²⁶⁰.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه، هل أن التدخل القضائي لتذليل الصعوبات يمكن أن يعترضه طعن في قراره القاضي بالتعيين؟

سبق القول بأن القاضي يتدخل للمساعدة على التعيين بموجب أمر على عريضة، وبالرجوع إلى القواعد العامة للأوامر على عرائض نجد أن الأمر بالرفض فقط هو القابل للاستئناف، بينما الأمر بالقبول يمكن مراجعته أمام القاضي الذي أصدره فقط²⁶¹.

من جهتنا، نرى أنه قياساً لما تضمنته أحكام المادتين 1055 و1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بطرق الطعن في أمر القاضي بالاعتراف أو برفض الاعتراف بأحكام

²⁵⁸ LEROSIER Auntoine, op.cit., p.04.

²⁵⁹ تنص المادة 1505 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أن:

"En matière d'arbitrage international, le juge d'appui de la procédure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal judiciaire de Paris lorsque

1° L'arbitrage se déroule en France ; où

2° Les parties sont convenues de soumettre l'arbitrage à la loi de procédure française ; ou

3° Les parties ont expressément donné compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale ; où

4° L'une des parties est exposée à un risque de déni de justice".

²⁶⁰ PLUYETTE Gerard, op.cit., p.145

²⁶¹ راجع المادة 312 من ق.ا.م.ا.

التحكيم الدولية، فإن الأمر الذي يصدره رئيس المحكمة المختص القاضي بتعيين محكم أو محكمين يكون نهائي غير قابل للطعن.

ذلك أن السلطة الممنوحة لرئيس المحكمة في التعيين هي مهمة موكلة له قصد تفعيل بنود التحكيم المعيبة بعدم تسمية المحكمين، وبالتالي فهي سلطة مطلقة لا تخضع لرقابة لاحقة²⁶². وانطلاقاً من أن الأصل في الأمور الإباحة والجواز، فإن الأمر القاضي برفض تعيين المحكم أو المحكمين يكون قابلاً للاستئناف أمام رئيس المجلس القضائي²⁶³، عملاً بالمادة 312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهو ما اعتمده القانون الفرنسي في المادة 1460 من قانون الإجراءات المدنية المعدل في سنة 2011.

هذا وعلى ذكر الأمر القاضي برفض تعيين المحكم، فإنه أمام الفراغ القانوني الخاص بالتحكيم التجاري الدولي يمارس رئيس المحكمة رقابة مسبقة على اختصاص محكمة التحكيم، تجنب نشوء محكمة تحكيمية لا فائدة تجنى منها.

وفي اعتقادنا، لا بد من الاعتراف بالرقابة السطحية الظاهرية فقط من باب احترام مبدأ "الاختصاص بالاختصاص" عملاً بما جاء في المادتين 1045 و1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وما هو معمول به في القانون الفرنسي بما أن نصوص قانون الإجراءات قد أخذت بتلك الحلول الواردة فيه، وبالتالي الاكتفاء بالرقابة اللاحقة لحكم التحكيم.

وما تجدر الإشارة إليه أخيراً، أنه باستقراء النظم القانونية الوضعية للتحكيم كالقانون النموذجي للتحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وكذا بعض التشريعات الحديثة، فإن التدخل بالتعيين عن طريق القضاء لا يكون في التحكيم المؤسسي حيث يتم حل إشكالات التعيين في إطار نظام المركز أو مؤسسة التحكيم، سواء تعلق الأمر بتحكيم داخلي أو دولي، أي يتوقف تدخل القضاء للتعيين على قصور أو تخلف إرادة الأطراف كما جاء في المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري²⁶⁴.

²⁶² عبد الكبير الصوصي العلوي، المرجع السابق، ص 50.

²⁶³ حدادن طاهر، المرجع السابق، ص 41.

²⁶⁴ زروق نوال، "دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12 / العدد 02-2015، ص 05.

عموما، يتم تكريس مركز القاضي الداعم سواء بالتعيين كما تم توضيحه أعلاه، أو بصلاحيات متباينة ومجالات اختصاص أخرى، في التشريع الجزائري والبعض من التشريعات الأوروبية المتعلقة بالتحكيم. ومع ذلك، من المهم التأكيد على أنه، على عكس القاضي الفرنسي، الذي اعتمد مصطلح القاضي المساند في كثير من مواد قانونه الجديد ومنها: المواد 1451، 1458، 1460، 1469، 1505، وعلى نفس المنوال في مرسوم 2011²⁶⁵، الذي عدل قانون التحكيم بفرنسا.

وبالتالي، فإن القاضي المساند يعمل على تذليل الصعوبات التي من شأنها عرقلة حسن سير العملية التحكيمية، فيتدخل ليزيل كل ما من شأنه الحيلولة دون تشكيل محكمة التحكيم، سواء كان بصدد التحكيم الداخلي أو التحكيم التجاري الدولي.

بالرغم من التمييز بينهما، طرح الإشكال المتعلق بالاختصاص النوعي لرئيس المحكمة المختصة في تشكيل محكمة التحكيم، وذلك في العديد من الأنظمة القانونية المتعلقة بالتحكيم. بالرجوع إلى كل من مقتضيات التحكيم الداخلي والدولي في القانون الجزائري، نجد أن الأمر يختلف فيما بينهما حول الاختصاص النوعي لرئيس المحكمة، حيث يقصد به في مجال التحكيم الداخلي، ذلك التحكيم الذي يجري في إطار معاملة داخلية، وبالتالي يرجع الاختصاص فيها إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم وبه يكون الاختصاص القضائي الجزائري، وهو في اعتقادنا ما لا يمكننا تخيله في المعاملات التجارية الدولية، حيث أن المشرع الجزائري لم يورد عبارة "رئيس المحكمة" صراحة.

ولتفادي الخلط بين القضاء التجاري والإداري المتميز بالحدثة في النشأة وطول الإجراءات خاصة ما تعلق منها بتنفيذ الأحكام التحكيمية²⁶⁶، وبصفة عامة كل المشاكل التي يمكن أن تنجر عن عدم معالجة القضايا التحكيمية التجارية الدولية أمام القاضي المختص في هذا الشأن، فإنه كان على المشرع الجزائري أن يتدارك هذا النقص فيعد قانون تحكيم في المادة التجارية أو أن يحدث محكمة تجارية تختص في الدعاوى الخاصة بالعقود والأوراق التجارية أو الالتزامات المتعلقة بالأصول التجارية أو تلك المتعلقة بنزاعات الشركاء في الشركات التجارية أو الدعوى التي تنشأ بين

²⁶⁶ غلاب عبد الحق، "تنفيذ أحكام التحكيم في الصفقات العمومية وإشكالاته في التشريع الجزائري"، مجلة التحكيم العربي والدولي، العدد 3-4/2017، ص 204.

التجار بمناسبة قيامهم بأعمالهم التجارية. لكن هذا يتطلب تكريس ازدواجية القضاء الخاص في النظام القضائي الجزائري والذي يأخذ بوحودية التنظيم القانوني للتحكيم (Régime moniste).

أما عن الاختصاص الإقليمي، فقد حددت المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجهة القضائية المختصة للتدخل في مجال تشكيل محكمة التحكيم التجاري الدولي، وقد ميزت بين حالتين: حالة ما إذا كان التحكيم يجري في الخارج، فإن القاضي يتدخل في مجال تعيين محكمة التحكيم فقط إذا اتفق الأطراف على تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، وفي هذه الحالة يؤول الاختصاص لرئيس محكمة الجزائر. أما الحالة الثانية فهي حالة ما إذا كان التحكيم يجري في الجزائر، فإن الاختصاص يؤول لرئيس المحكمة التي يجري التحكيم في دائرة اختصاصها.

لكن، بما أن تعيين المحكمين وتشكيل المحكمة التحكيمية مسألة سابقة على الشروع في عملية التحكيم، فإنه لا يمكن تحديد المكان الذي سيجري فيه التحكيم، لذا نص المشرع الجزائري في المادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على معيار يحدد الاختصاص وفقا له. ففي حالة التي لم "يحدد فيها مكان اجراء التحكيم في اتفاق التحكيم، بالنظر إلى مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه".

وفي اعتقادنا، كان على المشرع الجزائري أن يتفادى التعارض بين المادتين عندما حاول سد الفراغ الذي ينتج عن عدم تحديد الأطراف لمكان إجراء العملية التحكيمية، فكانت النتيجة أن صياغته لنص المادة 1042 مشوهة للحل الذي وضعته، المتمثل في قاعدة احتياطية تجسد معيارا موضوعيا يتحدد وفقه الاختصاص، إذ استعمل عبارة "إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم"، ليلترك المادة غير مفهومة²⁶⁷ على أساس أنها لم تبين كيفية الاختيار بين محكمتي ابرام وتنفيذ العقد، بدلا من أن يذكر الحالة التي لا يتفق فيها أطراف النزاع على مكان إجراء التحكيم، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، تتعارض المادة 1042 مع المادة 1041 التي تعالج نفس المسألة التي عالجتها هذه الأخيرة، ويعتبر بذلك الحلين متناقضين²⁶⁸.

²⁶⁷تعولبت كريم، "دور القاضي في تحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 01، 2010، ص142.

²⁶⁸قبايلي طيب، تعولبت كريم، التحكيم التجاري الدولي- وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية-، دار بلقيس، 2020، ص93.

وفي هذا السياق، يرى الأستاذان قبايلي وتعويلت، أن "صياغة المادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ليست سليمة"، وأضافا "أن المشرع قصد من خلال هذه المادة سد الفراغ الذي من الممكن أن يتركه عدم تحديد الأطراف لمكان إجراء التحكيم، كأن يترك تحديده لمحكمة التحكيم، وبحكم أن تشكيل محكمة التحكيم سابقة على تحديد هذه المحكمة لمقرها، فإنه من غير الممكن في هذه الحالة تحديد الاختصاص في تعيين المحكمين وتشكيل محكمة التحكيم وفقا للمادة 1041، التي تطبق فقط في حالة العلم مسبقا بمكان التحكيم، وبالتالي كان على المشرع الجزائري إيجاد ضوابط لمواجهة هذه الحالة التي لا يكون مكان التحكيم فيها معلوما قبل تشكيل محكمة التحكيم، وهو الفرض الذي تصدى له المشرع بالضابطين المذكورين في المادة 1042²⁶⁹.

الفرع الثاني

تسوية الصعوبات اللاحقة لتشكيل محكمة التحكيم

قن المشرع الجزائري تدخل القضاء في تشكيل محكمة التحكيم سواء في التحكيم الداخلي، أو في التحكيم التجاري الدولي، حيث عالج الصعوبات التي تعترض أطراف اتفاق التحكيم في تشكيل محكمة التحكيم، سواء لسبب يرجع إليهم أو لسبب خارج عن إرادتهم²⁷⁰.

في التحكيم الداخلي، أعطى المشرع الجزائري رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد، أو محل تنفيذه، سلطة تعيين المحكم، أو المحكمين إذا لم يستطع الأطراف تشكيل محكمة التحكيم²⁷¹. فالمشرع بهذا قد تصدى للصعوبات الأولية بجعل الجهة القضائية المنوطة بهذا التدخل لاستكمال إجراءات تشكيل محكمة التحكيم إذا تعذر على أطراف التحكيم تكوينها، هو رئيس المحكمة، أما في مجال التحكيم التجاري الدولي، فقد واجه المشرع الجزائري الصعوبات التي تواجه الأطراف في تشكيل محكمة التحكيم، سواء إذا تخلف أحد الأطراف عن تعيين محكمه، أو إذا صادفت الأطراف عقبات في استكمال تشكيل المحكمة في تعيين المحكم الثالث-المرجح-²⁷².

²⁶⁹ قبايلي طيب، تعويلت كريم، ص 93.

²⁷⁰ بن سعيد لهر، المرجع السابق، ص 128.

²⁷¹ المرجع نفسه، ص 128.

²⁷² المرجع نفسه، ص 129.

هذا ولم يتوقف المشرع الجزائري عند تذليل الصعوبات الأولية التي تعرقل حسن سير العملية التحكيمية، سواء في التحكيم التجاري الدولي أو في التحكيم الداخلي بالتمييز بينهما، وإنما تعدى ذلك للصعوبات اللاحقة لتشكيل محكمة التحكيم كالإجراءات المتبعة لرد المحكمين (أولاً) أو استبدالهم (ثانياً)، سواء تعلق الأمر بالتحكيم التجاري الدولي أو بالتحكيم الداخلي. وكل ذلك حتى يتماشى التحكيم والسرعة في الفصل في النزاعات المعروضة عليه كنظام متميز بالبساطة في الإجراءات وتفادي التأخير، والخروج بحلول فورية تدعم دائماً إلى اللجوء لطريق التحكيم.

أولاً: رد المحكمين:

يعكس تقرير إمكانية رد المحكم احترام مبدأ اجرائي أصيل هو حق الدفاع، فمن حق كل طرف أن يمثل أمام قاض محايد، ومن ثمة تعد إمكانية رد المحكم ضماناً هامة لا يجوز افتراض تنازل الخصوم عنها في إطار خصومة التحكيم ولا يجب أن تدفع الرغبة في تشجيع التحكيم إلى رفض رد المحكم عندما يثبت تحيزه، أو عند وجود صلة له بأحد الخصوم²⁷³، ذلك أن رد المحكم هو من الأمور التي يظهر فيها دور القضاء في التحكيم، فالمحكمة تتدخل في رد المحكم الذي يؤخذ عليه عدم الحياد أو أية أمور تثير شكوكاً حول حيده.

وفكرة الرد ترجع إلى النظرة الحديثة إلى المحكم، إذ أصبح يعتبر بمثابة القاضي، ومن ثمة وجب أن يتوافر فيه شرطي الحياد والاستقلال تماماً كالقاضي في الخصومة القضائية²⁷⁴.

هذا وقد كان المبدأ في القانون الفرنسي القديم أن المحكم لا يرد، بيد أن هذا المبدأ قد تغير لعدة أسباب منها تكيف العلاقة بين الخصم والمحكم تكييفاً صحيحاً وأنها ليست عقد وكالة، فالمحكم ليس وكيلاً ولكنه يعمل استقلالاً عن إرادة الخصوم ومنها تحول الفكر الإجرائي، وعدم التسليم بوجهة النظر التقليدية التي كانت ترى أن المحكم ليس قاضياً وتطور الفكر والقول أن المحكم قاض بالمعنى الحقيقي ومن ثم يجب ضمان حياد هذا القاضي عند تعذر رده، وهذا مجسد

²⁷³ هدى محمد مجدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 186.

²⁷⁴ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 49.

في عدة قوانين عربية²⁷⁵. كما أنه طالما سلمنا بأن المحكم قاض فلا بد من إيجاد الوسائل التي تكفل استقلاله وحياده لأن هذا الحياد واجب الاحترام ومبدأ إجرائي أصيل وهو حق الدفاع²⁷⁶.

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نظم أحكام رد المحكمين ضمن قسم الأحكام المشتركة بين التحكيم الداخلي والدولي، في حين أن هنالك من يعتبر أن هذه الأحكام تتعلق فقط بالتحكيم الداخلي، وعلى ذلك نتساءل عن تعريف رد المحكم والأسباب التي يكون فيها وما هي ضوابط تدخل القاضي فيه، والآثار المترتبة على ذلك²⁷⁷ وكذا الطعن في الأمر الصادر بالرد؟

أ) تعريف رد المحكم وأسبابه:

يقصد برد المحكم "أن يعبر أحد الأطراف في خصومة التحكيم عن إرادته في عدم المثول أمام محكم معين في قضية معينة لتوافر أحد الأسباب التي حددها القانون وطبقا للشروط التي يحددها"²⁷⁸. كما يقصد به "منعه من مواصلة الفصل في النزاع لظهور أسباب قد تثير قدرا من عدم الطمأنينة لدى الخصوم، أو أحدهم أو فيما يتعلق بحياد المحكم، وبالتالي يكون لهم الحق في طلب تنحيته ومنعه من النظر، أو إكمال النظر في النزاع"²⁷⁹.

²⁷⁵ وعلى سبيل المثال، كانت النصوص في قانون التحكيم الأردني القديم غير واضحة في هذا الشأن، حيث كانت هنالك مادة واحدة في شأن رد المحكمين، في حين جاء المشرع الأردني في قانون التحكيم الجديد بنصوص أكثر تفصيلا في هذا الشأن، حيث جاء في المادة 17 منه أن:

أ) لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا حول حيده واستقلاله.

ب) ولا يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه إلا لسبب تبين له بعد أن تم هذا التعيين "ونظيف إلى أنه، لا يعتبر القانون الأردني النظام القانوني الوحيد الذي يعترف للقضاء بسلطة الفصل في طلبات رد المحكمين، فالمادة 503 من قانون المرافعات المصري كانت تقرر اختصاص المحاكم بنظر طلب الرد ولذات الأسباب التي يرد بها القضاة، أما المادة 19 من قانون التحكيم الجديد حولت محكمة التحكيم ذاتها سلطة الفصل في طلب الرد، وهذا النص منتقد لما خوله لمحكمة التحكيم ذاتها من سلطة الفصل في طلب الرد وهي خصم في الإجراءات وبصفة خاصة إذا كان محكما وحيدا و استمرار إجراءات التحكيم أثناء نظر طلب الرد ليكون المحكم خصما وحكما في الوقت ذاته

أما المادة 1463 من القانون الفرنسي فتعطي لرئيس المحكمة الكلية سلطة الفصل في طلب رد المحكمين وذلك في ظل التحكيم الداخلي، إلا أن أغلب لوائح التحكيم المؤسسي تعطى للهيئات التنظيمية التي تتولى الاشراف والرقابة على سير التحكيم سلطة الفصل نهائيا في طلبات رد المحكمين

²⁷⁶ عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 98.

²⁷⁷ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 48.

²⁷⁸ عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 98.

²⁷⁹ بن سعيد لزهري، المرجع السابق، ص 228.

ولم يشر قانون التحكيم المصري إلى حالات الرد كما هو الحال بالنسبة للقاضي وإنما أوردها بصفة عامة، على عكس قانون المرافعات الذي حدد حالات رد القاضي في المادتين (146، 148) مرافعات، وعلى كل، فإن حياد وعدم استقلال المحكم يتسعان لجميع هذه الأسباب²⁸⁰.

وبالرغم من أن مقتضيات الأمور وطبيعة نظام التحكيم والمظهر الذي يجب أن يظهر به يوجب وجود نظام للرد²⁸¹، إلا أن قوانين التحكيم في الولايات المتحدة الأمريكية مثلا، لا تشير إلى الرد، ويميل القضاء الأمريكي إلى حظره لأنه يعتبر في نظره تدخل من المحكمة في اتفاق التحكيم، فلا سبيل أمام الخصم، والحال كذلك إذا ترك المحكم يواصل عمله حتى يصدر حكم التحكيم ثم يطعن فيه بالبطلان أو يعترض على تنفيذه استنادا إلى عدم الحياد²⁸².

أما المشرع الجزائري يعتد بهذا النظام بل يعدد أسبابه، وذلك في نص المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على ما يلي:

"يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:

- 1- عندما لا تتوافر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف،
 - 2- عندما لا يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف،
 - 3- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط²⁸³.
- ففي الواقع أن وظيفة طلب الرد تتمثل في تنقية تشكيل المحاكم التحكيمية من كل قرينة على عدم النزاهة، لذلك يجب ملاحظة أن مخالفة المحكم لواجباته لا تعتبر في حد ذاتها سببا للرد، أو دليلا على انحياز المحكم لأحد الطرفين مادام طالب الرد لم يثبت توافر ما يدل على عدم حياده أو عدم استقلاله²⁸⁴.

هذا والملاحظ في صياغة المادة السالفة الذكر، يجد أن الأسباب أو الحالات المحددة فيها واردة على سبيل المثال لا الحصر، كما ترد هذه الأسباب عامة في بعض القوانين المقارنة. فعلى

²⁸⁰ بن سعيد لزهري، المرجع السابق، ص 229.

²⁸¹ عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 99.

²⁸² المرجع نفسه، ص 98.

²⁸³ المادة 1016 ق.ا.م.ا.

²⁸⁴ بن سعيد لزهري، المرجع السابق، ص 230-231.

سبيل المثال، أوردت المادة 18 من قانون التحكيم المصري أسباب رد المحكم بشكل عام مجمل، فإذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حيده واستقلاله، فلم تورد أسبابا محددة لرد المحكم، كما أنها لم ترد ذلك للأسباب التي يرد بها القاضي، أو يعتبر بسببها غير صالح للدعوى²⁸⁵.

أما المشرع الأردني، فقد ترك الأمر للخصوم في الأسباب التي يستندون إليها وإلى مطلق الصلاحية للمحكمة التي يقدم إليها طلب الرد، فهل أحسن المشرع الأردني بالأخذ بهذه الصياغة بحيث ترك الأمر لمجرد تقدير المحكمة مقتفيا في ذلك أثر القانون النموذجي الصادر عن لجنة القانون التجاري للأمم المتحدة،

أم كان ينبغي عليه أن يأخذ بما أخذت به قوانين الدول العربية²⁸⁶؟ ، حيث أخذت بأحكام مماثلة لرد القضاة ومثال ذلك ما جاء في المادة 12 من القانون الأردني: "يطلب رد المحكم للأسباب ذاتها التي يرد بها القاضي ويرفع طلب الرد إلى الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع خلال خمسة أيام من يوم إخبار الخصم بتعيين المحكم أو من يوم ظهور أو حدوث سبب من أسباب الرد ويحكم في طلب الرد بعد دعوة الخصوم والمحكم المطلوب رده إلى جلسة تعقد لهذا الغرض"²⁸⁷.

لعل الإجابة على التساؤل السابق كان مطروحا في ظل الأحكام الواردة في قانون التحكيم المصري لسنة 1994 حيث أنه سابق في الصدور على قانون التحكيم الأردني، وقد وردت فيه مادة مطابقة فيما يتعلق ببرد المحكمين، كما جاء في قانون التحكيم الأردني الجديد، هذا وقد كانت الأحكام المتعلقة بالتحكيم الواردة في قانون المرافعات تجيز رد المحكمين للأسباب الواردة في رد القضاة²⁸⁸ وعدم صلاحيتهم، مما يعني تغير نظرة المشرع المصري في قانون التحكيم الجديد عن الأحكام الواردة في قانون المرافعات²⁸⁹.

²⁸⁵ بن سعيد زهر، المرجع السابق، ص 229-230.

²⁸⁶ قانون المرافعات العراقي لسنة 1996 في المادة 261، ومجلة الإجراءات المدنية والتجارية الليبي لسنة 1954 في المادة 268. راجع:

عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 100.

²⁸⁷ عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 100.

²⁸⁸ عددت المادة 174 من أصول المحاكمات الحقوقية أسباب رد القضاة بالأسباب التالية:

(ا) إذا كان له أو زوجته مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في الدعوى ولو بعد انحلال عقد الزواج.

(ب) إذا كان بينه وبين الخصوم قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة.

(ج) إذا كان خطيبا لأحد الخصوم.

(د) إذا سبق أن كان وكيلًا لأحد الخصوم في إعماله الخصوصية أو وصيا أو فيما عليه.

(ب) تدخل القضاء في إجراءات رد المحكم:

تعد نزاهة المحكمين وحيادهم من أهم ضمانات التقاضي، سواء كان التقاضي أمام محكمة التحكيم أو أمام القضاء الوطني، لذا فمن المنطقي بالنسبة للخصوم الذين ترتبهم الشكوك حول من يتولى البت في النزاع أن يتقدموا بطلب الرد²⁹⁰.

وقد وضعت أغلب قوانين التحكيم عدة قواعد وضوابط لرد المحكم حتى لا يتخذ ذلك مطية لإعاقة التحكيم سواء موضوعاً أو إجراءً²⁹¹.

إذ نظم المشرع المصري، على سبيل المثال، إجراءات الرد في المادة 19 من قانون التحكيم التي كانت تنص في فقرتها الأولى على أن: " طلب الرد يقدم إلى هيئة التحكيم التي تنظر النزاع سواء كان محكماً واحداً، أو تعدد المحكمون"، وهو بذلك كان يتطابق مع المادة (2/13) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي التي تقضي بأن: "تفصل هيئة التحكيم بنفسها في طلب الرد المقدم إليها، إلا أن المحكمة الدستورية العليا قد قضت بعدم دستورية هذا النص²⁹²، ليصبح نص المادة 19 المعدل بالقانون 8 لسنة 2000 ينص على ما يلي²⁹³:"

1- يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم ذاتها مبينا فيه أسباب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبررة للرد، فإذا لم يتنج المحكم المطلوب رده من تلقاء نفسه فصلت هيئة التحكيم في طلب الرد المقدم إليها.

2- حظر المشرع طلب الرد ممن سبق به تقديم طلب برد المحكم نفسه في ذات التحكيم.

(هـ) إذا سبق له أن شاهد في القضية.

(و) إذا كان أحد المتداعين قد اختار حكماً في قضية سابقة.

(ز) إذا وجد بينه وبين أحد المتداعين عداوة شديدة.

(ح) إذا كانت قد أقيمت بينه وبين أحد المتداعين أو أحد أقاربه أو مصاهره حتى الدرجة الرابعة دعوى مدنية أو جزائية خلال السنوات الخمس السابقة. راجع: جهاد هواش وعبد الهادي عباس، المرجع السابق، ص 180..

²⁸⁹ عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 101.

²⁹⁰ فليح نجلاء، "دور القضاء المساند في تشكيل هيئة التحكيم، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية"، العدد الأول/أفريل 2020، ص 217.

²⁹¹ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 52.

²⁹² بن سعيد لزهري، المرجع السابق، ص 231.

²⁹³ المنشاوي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 44.

3- أجاز المشرع لطالب الرد أن يطعن في الحكم برفض طلبه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه به أمام المحكمة المشار إليها في المادة التاسعة من هذا القانون، ويكون حكمها غير قابل للطعن بأي طريق.

4- لا يترتب على تقديم طلب الرد أو على الطعن في حكم التحكيم الصادر برفضه هذا الطلب وقف إجراءات التحكيم وإذا حكم برد المحكم سواء من هيئة التحكيم أو من المحكمة عند نظر الطعن، ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم، بما في ذلك حكم المحكمين، كأن لم يكن".

أما المشرع الأردني من جهته، فقد اشترط لتقديم طلب الرد عدة شروط²⁹⁴:

- 1- لا يجوز رد المحكم إلا إذا كانت الظروف تثير شكوكاً حول حيديته واستقلاله.
- 2- يجب أن يقدم طلب الرد كتابة إلى المحكمة المختصة.
- 3- يجب أن يقدم الطلب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل محكمة التحكيم وبالظروف المبررة للرد.
- 4- لا يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه إلا لسبب تبين له بعد أن تم هذا التعيين.
- 5- لا يقبل طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب برد المحكم نفسه في ذات التحكيم ولسبب ذاته.

وهذا ما كرسته القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي التي تنص²⁹⁵:

- 1- للطرفين حرية الاتفاق على إجراءات رد المحكم، مع مراعاة أحكام الفقرة 3 من هذه المادة.
- 2- فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق وجب على الطرف الذي يعترض رد المحكم أن يرسل خلال 15 يوماً من تاريخ علمه بتشكيل هيئة التحكيم أو من تاريخ علمه بأي ظرف من الظروف المشار إليها في المادة 12 فقرة 2 بياناً مكتوباً بالأسباب التي يستند إليها طلب رد هيئة التحكيم، فإذا لم يتنح المحكم المطلوب رده أو لم يوافق الطرف الآخر على طلب الرد، فعلى هيئة التحكيم أن تبت في طلب الرد.

²⁹⁴ عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 111.

²⁹⁵ المادة 13 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

3- وإذا لم يقبل طلب الرد المقدم وفقا للإجراءات الواردة في الفقرة 2، جاز للطرف الذي قدم طلب الرد أن يطلب من المحكمة المسماة في المادة (6) خلال 30 يوما من تسلمه إشعارا بقرار رفض طلب رده، أن تبت في طلب الرد، وقرارها في ذلك لا يكون قابل لأي طعن، وريثما يتم الفصل في هذا الطلب يجوز لهيئة التحكيم بما في ذلك المحكم الذي يجوز رده، أن تواصل إجراءات التحكيم، وأن تصدر قرار التحكيم".

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، وعلى عكس القانون المصري والأردني السالف ذكرهما، نجده لم يحدد بدقة ضوابط وإجراءات الرد أمام القضاء، وإنما جاءت على سبيل العموم²⁹⁶، ولم يحدد المدة التي يجب أن يقدم فيها الطلب ولا عدد الطلبات التي يمكن أن يقدمها طالب الرد في نفس التحكيم، ولا الجهة القضائية المختصة بالفصل في الطلب ولا الآثار المترتبة عن الطلب، وفي هذا نقص كان على المشرع تداركه سيما وأن القانون جديد، وكان عليه التماشي والتشريعات الحديثة خاصة ما جاء بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي²⁹⁷.

على العموم، فإن المبدأ المكرس في مختلف التشريعات بما فيها التشريع الجزائري هو حرية الطرفين في الاتفاق على إجراءات رد المحكم، لكن في حالة غياب أي اتفاق في هذا الشأن يتعين على الطرف الذي يعتزم رد المحكم أن يقدم طلبه كتابة إلى المحكم الذي يعتزم رده على أن يقوم بتبليغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد طبقا لنص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية²⁹⁸.

ولعل الحكمة من هذا هو توقي اللجوء إلى القضاء، فإذا تنحى المحكم المراد رده في الطلب فالأمر مفصول فيه، وإن رفض يكون لطالب الرد الحق في اللجوء إلى القضاء²⁹⁹.

بالنسبة للتحكيم الداخلي، يتم رد المحكم متى توافرت الأسباب المذكورة آنفا، بناء على طلب أحد الأطراف الذي لم يكن طرفا في تعيين المحكم المراد رده، إلا في حالة علمه بسبب الرد بعد إجراء عملية التعيين، وينتج الرد أثره بمجرد إبلاغ محكمة التحكيم وباقي الأطراف بسبب الرد لكن قد يحدث أن ينازع المحكم في سبب الرد أو ينازع الطرف الآخر أو باقي الأطراف في سبب الرد، يتم

²⁹⁶ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص52.

²⁹⁷ المرجع نفسه، ص53-54.

²⁹⁸ طاهر حدادن، المرجع السابق، ص63.غغ

²⁹⁹ المرجع نفسه، ص53.

تسوية النزاع وفقا للاتفاق المنصوص عليه سلفا في اتفاقية التحكيم، وعند إغفالها تسوية هذا النزاع، لا يقوم أحد الأطراف أو كلهم بتفعليلها، يتدخل رئيس المحكمة بناء على طلب كل طرف يهيمه التعجيل وذلك بموجب أمر على عريضة، ولكي يستجيب رئيس المحكمة بذلك³⁰⁰.

تجدر الإشارة إلى أنه لا بد من توافر الشروط الشكلية المتعلقة بتعيين المحكمين، فإما أن يتضمن الطلب رد المحكم من الطرف الذي أثار سبب الرد، أو يفصل في المسألة النزاع المرفوع إليه والمتعلقة بالرد، في القت الذي قدم فيه الطلب من الطرف الذي لم يقبل سبب الرد وقام بمعارضته، أو أنه يقدم الطلب لرئيس المحكمة متضمنا طلب الرد وطلب الفصل في النزاع المثار بشأن مسألة الرد معا. يعتبر هذا الطلب المزدوج صحيحا شكلا ومن حيث صياغته³⁰¹.

يتميز الأمر على عريضة الذي يصدر رئيس المحكمة بكونه يتم بعد القيام باستدعاء جميع الأطراف كاستثناء على "انتفاء مبدأ الوجاهية" في الأوامر على عرائض، إذ يستدعى كل الأطراف بالإضافة إلى المحكم المطالب برده من القاضي المتمثل في رئيس المحكمة ليستمع إليهم وينظر فيما إذا يوجد نزاع بينهم، بتوافر الحالات المذكورة في المادة 1016 والتي تسمح له قانونا بالفصل في طلب الرد أو رفض الفصل فيه³⁰².

كما أنه وفي ظل غياب النص على الإجراءات الخاصة بطلب الرد وكذا على المحكمة المختصة بالفصل في طلب الرد فيما يخص التحكيم التجاري الدولي، فإنه وبناء على اختصاص رئيس المحكمة بأمر التعيين فإن الرد يكون كذلك إعمالا لقاعدة توازي الأشكال. و ما على الطرف الذي يهيمه التعجيل إلا أن يقدم طلبه³⁰³:

- إذا كان التحكيم يجري في الجزائر، إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إن كان ذلك محددًا في اتفاق التحكيم، أما في حالة العكس فإن الاختصاص يؤول للمحكمة التي تقع في دائرتها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ على الوجه المفصل فيه سلفا بشأن تعيين المحكمين طبقا للمواد 1041-1042.

³⁰⁰ حمزة سلام، "دور رئيس المحكمة في مجال التحكيم التجاري الدولي"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد

11 / العدد 01، 2022، ص72.

³⁰¹ سلام حمزة، المرجع السابق، ص 73.

³⁰² المرجع نفسه.

³⁰³ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص55.

- إذا كان التحكيم يجري في الخارج، واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر فإن طلب الرد يقدم إلى رئيس محكمة الجزائر، وهذا الطلب يقدم كتابيا يوضح فيه الأسباب التي يستند عليها مع دليلها، وبعد أن يدرس ويمحص رئيس المحكمة الشروط السابقة مع الأسباب المؤسس عليها الرد يصدر أمره بقبول طلب رد المحكم أو المحكمين أو رفضه، والرفض عادة يكون- بنفس أسباب رفض التدخل للتعينين-، مع زيادة إحدى الأسباب المستوجبة للرد وهي تلك النصوص عليها في المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وينبغي أن يتم الفصل في الطلب في أسرع الأجل تفعيلًا وتسريعًا لإجراءات التحكيم.

وهذا يعد في نظرنا إعمالاً لمبدأ استمرارية الإجراءات، الذي يعد مبدأً جديداً تبلور واستقر في التحكيم التجاري الدولي. حيث نصت عليه المادة 13 من القانون النموذجي للأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي، وكذلك نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 19 في قانون التحكيم المصري، وهو نفس المبدأ الذي كرسته الفقرة (ج) من المادة (18) من قانون التحكيم الأردني الجديد³⁰⁴.

ومن استقراء التشريعات العربية للتحكيم، تجدر الإشارة إلى أنه قد أحسن المشرع اليمني صنعا في تنظيمه لإجراءات رد المحكم بطريقة مفصلة وسريعة، وكان على المشرع الجزائري الاقتداء به خاصة وأنه أورد الأحكام الخاصة بالتحكيم في قانون إجرائي وهو الإجراءات المدنية والإدارية، فكان من المنطقي إيراد إجراءات الرد³⁰⁵.

تجدر الإشارة إلى أن التشريعات العربية السالفة الذكر ليست وحدها من تحرص على تنظيم إجراءات الرد بل أن مراكز التحكيم الدائمة³⁰⁶، والاتفاقيات الدولية هي الأخرى اهتمت بذلك، ومنها اتفاقية واشنطن في مادتها (58).

³⁰⁴ عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 110.

³⁰⁵ وعلى سبيل المثال، نص القانون اليمني في المادة 24 على أنه: "يقدم طلب رد المحكم إلى المحكمة المختصة في ميعاد أسبوع واحد من يوم إخطار طالب الرد بتعيين المحكم أو من يوم علمه بالظروف المبررة للرد وتقوم المحكمة المختصة بالفصل في الطلب خلال أسبوع واحد على وجه الاستعجال فإذا رفضت المحكمة الطلب جاز لطالب الرد الطعن في قرارها أمام المحكمة الأعلى درجة خلال أسبوعين من تاريخ استلام القرار وإذا لم تفصل المحكمة المختصة في طلب الرد خلال أسبوع واحد فيعتبر بعد مرور المدة وكان المحكمة قد اقتنعت برفض الطلب. كما أنه يجوز تقديم طلب الرد إلى لجنة التحكيم ذاتها وتطبيق نفس الإجراءات المذكورة في هذه المادة".

³⁰⁶ المادة 12 من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، وكذا المادة 11 و12 من قواعد الأونسترال.

ج) الطعن في الأمر الصادر بخصوص طلب الرد:

لا تقتصر سلطة القضاء على الرقابة على مرحلة تعيين ورد المحكمين، بل تمتد إلى مرحلة الطعن على القرار الصادر في مسألة الرد إذا ما صدر من قبل المحكم ذاته أو محكمة التحكيم التي تتولى الاشراف على التحكيم³⁰⁷. إذ تنص المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "... في حالة النزاع، إذا لم يتضمن نظام التعيين كفيات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك أمر بناء على طلب من يهيمه التعجيل. هذا الأمر غير قابل لأي طعن". وهذا يعني أنه وعلى عكس أمر رفض التعيين الصادر عن رئيس المحكمة الذي يقبل الطعن، فإن أمره المتعلق بقبول أو رفض الرد لا يقبل أي طعن بخصوصه. إن القاعدة في عدم جواز الطعن في الأمر سواء صدر بقبول أو الرفض تدفعنا إلى التفكير في الطبيعة القانونية لهذا الأمر، إذ أنه ولما كان لا يجوز الطعن فيه ألا يتناقض ذلك وطبيعة الأمر على العريضة، الذي يمكن الطعن فيه بالمراجعة أو الاستئناف وفق ما تم ذكره سابقا عند الحديث عن أمر التعيين³⁰⁸؟

إن رئيس المحكمة يختص بالعديد من الأعمال الولائية التي يصدرها على شكل أوامر على عرائض ويمكن مراجعتها وفي حالة الرفض استئنافها، ولا يجوز الخروج عن ذلك إلا بنص (حكمها حكم الأصل والاستثناء في الأحكام القانونية)³⁰⁹. ولما كان الأمر الصادر بخصوص طلب الرد يتبع بشأنه تلك القاعدة المشار إليها بشأن تعيين المحكم أو المحكمين، فإن ذلك يجعله أمرا ولائيا لا قضائيا يصدر في شكل أمر على عريضة، إلا أنه لا يجوز الطعن فيه سواء صدر سلبا أو إيجابا، وفي هذا خروج عن الأصل في جواز التظلم بالمراجعة أو الاستئناف للأمر على عريضة، إلا أنه يعد خروجاً سليماً كون القانون هو الذي نص عليه في المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³¹⁰.

³⁰⁷ هدى محمد مجدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 349.

³⁰⁸ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 55.

³⁰⁹ المرجع نفسه، ص 56.

³¹⁰ المرجع نفسه.

وعلى سبيل المثال، ذهب المشرع المصري في المادة (3/19) من قانون التحكيم الجديد إلى أن لطالب الرد أن يطعن في الحكم برفض طلبه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه به من المحكمة المشار إليها في المادة (9) من نفس القانون، ويكون حكمها غير قابل للطعن بأي طريق³¹¹.

أي أن قانون التحكيم المصري قد أجاز للقضاء الفصل، على وجه الاستعجال، الطعن على قرار محكمة التحكيم برفض طلب الرد، ولم تتعرض هذه المادة لإمكانية قبول الطعن على قرار الهيئات المؤسسة، وقد رفض القضاء الفرنسي نظر الطعن على القرارات المؤسسية بشأن رد المحكمين، باعتبارها قرارات تنظيمية وليست أحكاماً قضائية، ومن ثمة لا ينطبق عليها مفهوم المادة 1484 التي تجيز الطعن³¹².

أما لائحة غرفة التجارة الدولية فتقضي في مادتها 8/2 بأن قرار الهيئة التنظيمية الصادر في طلب الرد نهائي ولا تعلن أسبابه للخصوم، وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية هذه القواعد وبررت عدم تسبب القرار الصادر بشأن رد المحكم بأنه قرار غير قضائي³¹³.

د) الأثر المترتب على طلب الرد:

لم يبين المشرع الجزائري الآثار المترتبة على تقديم طلب الرد والفصل فيه، إذ قصر المسألة في المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على بيان أن هذا الأمر غير قابل لأي طعن و فقط، لكن ورغم ذلك لا مانع من الأخذ بما توصلت إليه التشريعات الأجنبية وبما جاء في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي المنظمة إليها الجزائر³¹⁴.

وبهذا الخصوص لا يترتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم وإذا استمر حتى صدور الحكم ثم تم الرد، ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات بما ذلك الحكم باطلاً كان أم لم يكن، وهو الأمر الذي تقبله المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كسبب من أسباب البطلان للحكم التحكيمي، فتعاد إجراءات التحكيم دون أن يؤثر ذلك على الاتفاق المبرم بينهما، ويتم استبدال المحكم وفق طريقة تعيينه، أما إذا لم يقبل طلب الرد فإن الإجراءات التي تمت تعد صحيحة، على أنه وجب التنبيه بأن هذه القاعدة ليست بإطلاقاً فقد يتفق الطرفان على

³¹¹ هدى محمد مجدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 193.

³¹² المرجع نفسه، ص 193.

³¹³ المرجع نفسه.

³¹⁴ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 56.

وقف الإجراءات حتى الفصل في طلب الرد توكيا لأي نتيجة مستقبلية قد لا تخدم الخصومة التحكيمية³¹⁵.

وعلى سبيل المثال، نجد أن المشرع المصري لم يشترط وقف إجراءات التحكيم كأثر لتقديم طلب الرد، وذلك في المادة (3/19)، خشية أن يسيء استخدام هذا الحق، خاصة وأن المحكم قد اختاره الخصوم مما يجعل رغبتهم برده، وتعطيل الخصومة كأثر لذلك يجرى التحكيم من كل قيمة، إلا أن جانبا من الفقه يرى ضرورة وقف إجراءات التحكيم عند تقديم طلب الرد، ليشعر صاحب الطلب بأن طلبه يأخذ على محمل الجد، وتذهب بعض التشريعات إلى عدم إلزام محكمة التحكيم بوقف الخصومة التحكيمية بناء على حدوث الرد³¹⁶.

أخيرا، لا بد من الإشارة إلى أن الرد هو أحد أهم الضمانات التي يملكها الأطراف في مواجهة المحكمين³¹⁷، والتي لا يمكن بأي حال التنازل عنها.

وبما أن المحكم يحل محل القاضي بإرادة الأطراف وليس بقوة القانون³¹⁸، فإن التمتع بالاستقلالية والحياد هو احترام تلك الإرادة التي أعطته القدرة والصلاحية لأداء تلك المهمة، وتفاديا لتعرضه لرد أو استبدال أو عزل، في حالة عدم تأديته لواجبه بعناية ودرنا للمسؤولية التي يمكن أن تقوم، بالرغم من سكوت تشريعات التحكيم عن ترتب هذه الأخيرة، إلا أن الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية المدنية عقدية كانت أو تقصيرية أمر وارد³¹⁹.

ثانيا: استبدال وعزل المحكم

يملك القضاء عند إنهاء مهمة المحكم استبداله بذات شروط ومؤهلات المحكم الأصلي عند فشل الأطراف أو امتناع أحدهم عن تعيينه، فللقضاء اختيار محكم بديل عند انتهاء مهمة المحكم برده أو عزله أو تنحيته أو لأي سبب آخر، ومن ثمة ليس هنالك ما يحول دون الاستمرار في إجراءات التحكيم وطلب تعيين المحكم من قبل القضاء.

³¹⁵ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص

³¹⁶ بن سعيد لزهري، المرجع السابق، ص 233.

³¹⁷ أولتيت إبراهيم، "التحكيم التجاري الدولي والسيادة"، مجلة التحكيم العربي والدولي، العدد 3-4/2017، ص 71.

³¹⁸ المرجع نفسه، ص 70.

³¹⁹ البكوري نبيل، "المسؤولية المدنية للمحكم"، مجلة التحكيم العربي والدولي"، العدد 3-4/2017، ص 165.

ونرى مع الأستاذة: " هدى محمد مجدي عبد الرحمان"، أنه ليس هنالك ما يحول من الناحية القانونية دون الجمع بين طلب إنهاء مهمة المحكم وطلب تعيين محكم بديل توفيراً للوقت والإجراءات³²⁰.

إذن، في حال استعسر على المحكم الاستمرار في وظيفته أو فشل في القيام بها، يصبح استبداله ضروريا خاصة إذا تم فقدان محكم وحيد يفصل في النزاع فإنه يستبدل حيناً، فضلا عن هذين السببين، نذكر استقالة المحكم، حيث يعهد باختيار بديل عنه أمام القضاء الوطني، أو إلى الجهاز المشرف على التحكيم في مراكز التحكيم وهيئات التحكيم الدولية الدائمة³²¹.

أما عزل المحكم فلا يتصور وجوده إلا بعد قبول المحكم للمهمة صراحة، ويجري صراحة كما يجوز أن يتم بصورة ضمنية بتعيين محكم جديد، ولا يتطلب القانون شكلا معيناً لإجراء العزل وزمنه فقد يتم في أية مرحلة يكون فيها التحكيم وبأية صفة تعبر عن هذا العزل، ويكون بعد إصدار قرارات إعدادية، أو الفصل في جزء من الموضوع، وبطبيعة الحال يجوز للطرفين التنازل عن الحكم أو عدم الاعتداد به، أما إذا صدر حكم عن المحكم المعزول ولو قبل تبليغه، فإن الحكم يعتبر باطلاً. وبداية أن عزل المحكم بعد إصدار الحكم لا قيمة له في موضوع الحكم الذي يستطيع الخصوم أن يتفوقوا على عدم تنفيذه³²².

ومنه، نرى وجوب التفرقة بين أربعة فروض في مسألة عزل المحكم وهي كالتالي:

1- عزل المحكم قبل البدء في الخصومة التحكيمية:

إذا لم تكن خصومة التحكيم قد بدأت فإن نظام التحكيم يكون في المرحلة الأولى من مراحلها وهي المرحلة التي يتحدد إطارها بالإرادة الذاتية لأطراف الاتفاق (الأطراف والمحكم)، وهنالك اتجاه يرى أن عزل المحكم قد يتم قبل البدء في التحكيم أو خلاله، لكن هذا الفرض لا يسلم به الكثيرون، ذلك أن في هذه المرحلة من مراحل التحكيم كنظام قانوني -وهي المرحلة العقدية- لا يجوز الكلام فيها عن العزل، وإنما يجب النظر إلى العلاقة بين المحكم والأطراف من خلال الاتفاق

³²⁰ هدى محمد مجدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 195.

³²¹ دواس مريم، زياد محمد انيس، " دور القاضي الوطني في سير الخصومة التحكيمية الدولية - سلطة القاضي الوطني في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية -"، مجلة جيل للدراسات المقارنة، العدد 7، يونيو، 2018، ص 29.

³²² هواش جهاد، عباس عبد الهادي، المرجع السابق، ص 179.

المبرم بينهما والذي يتضمن اتفاق جميع الأطراف بما فهم المحكم على أن يتولى هذا الأخير حسم النزاع بمقابل³²³.

إذ يعتبر الاتفاق بين المحتكمين والمحكم على قيام هذا الأخير بالمهمة بمثابة عقد لا يجوز فسخه إلا إذا لم ينفذ المحكم التزامه، فإن هؤلاء يلتزمون بالتعويض قبله إذا قاموا بعزله دون سبب فقبل بدء النزاع لا يكون هنالك سوى رابطة قانونية موضوعية تتمثل في اتفاق التحكيم³²⁴. ذلك أن الخصمين هما أصحاب القضية، ولهما مصلحة تعجيلها، وعلمهما ضرر تأخيرها، فيعملان معا على ترك القضية أو تعيين محكم أو محكمة تحكيمية أخرى يرون أنها كفيلة بحل نزاعهما³²⁵. وعلى ضوء ذلك، لا يمكن النظر إلى حل العقد من جانب الأطراف على أنه عزل، وإنما التكييف القانوني الصحيح هو أن هذا الحل بمثابة فسخ للعقد بالإرادة المنفردة، دون نص في القانون أو اتفاق في العقد يخول للأطراف هذا الحق، بحيث إذا أثبت المحكم عدم توافر شروط الفسخ كان له الحق في الحصول على تعويض معادل، وقد يكون تحلل المحتكمين من التزاماتهم في مواجهة المحكم صريحا بإعلانه بفسخ الاتفاق من جانبهم، وقد يكون هذا التحلل ضمنيا بتعيين محكم بديل ثم طرح النزاع عليه³²⁶.

2- عزل المحكم بعد بدء الخصومة التحكيمية:

يقول الأستاذ "عزمي عبد الفتاح" أنه: "لا يحدث العزل بطبيعته إلا أثناء سير الخصومة، إذ مع بدء خصومة التحكيم تكون مرحلة جديدة من مراحل التحكيم قد بدأت وهي المرحلة الإجرائية وهي مرحلة تخضع في تنظيمها لقواعد القانون الإجرائي سواء في مبادئه الأساسية أم في النصوص التي وضعها المشرع لتنظيم التحكيم"³²⁷.

ففي هذه المرحلة يعتبر المحكم هو قاضي خصومة التحكيم فلا يجوز للمحتكم أن يعزل المحكم بإرادته المنفردة، لأنه لن ينظر إلى تصرفه في هذه الحالة، وسوف يستمر المحكم في نظر

³²³ علي سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص 244.

³²⁴ المرجع نفسه، ص 245.

³²⁵ زهير عبد الله علي آل جابر القرني، دور القضاء في التحكيم-دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير-، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2008، ص 77.

³²⁶ علي سالم إبراهيم، المرجع سابق، ص 245.

³²⁷ نقلا عن: علي سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص 246.

المهمة، فليس هنالك من طريق للاعتراض على شخص المحكم سوى طلب رده³²⁸. لكن يجوز للأطراف الاتفاق على إقالة وإبعاد المحكم بتوفر موجبات العزل³²⁹.

كما يمكن أن يتم العزل في حالة ما إذا انتهت الدعوى القضائية المنظور فيها بعارض موجب لانتهائها بعد البدء في النزاع على أساس أن العارض يقطع النزاع، ومثاله: الإبراء منه إذا كان ديناً³³⁰. وتجدر الإشارة، إلى أنه من الممكن عزل المحكم بعد البدء في الخصومة التحكيمية، في حالة ما إذا انتهت الدعوى القضائية المنظور فيها بعارض موجب لانتهائها بعد البدء في النزاع على أساس أن العارض يقطع النزاع، ومثاله: الإبراء منه إذا كان ديناً³³¹. فإن تلك الصفة دائمة وجب توافرها بعد البدء فيه، كما يمكن العزل إذا ما غاب المحكم أو سافر أو مرض أو حتى مات، ففي ذلك تعطيل للعملية التحكيمية ومضيعة لمصالح المحتكمين وإهدار للوقت والمال:

3- عزل المحكم بعد صدور الحكم:

ينتهي التحكيم ويعزل المحكم أو المحكمون في النزاع في حالة صدور حكم بات فيه، ذلك أن التحكيم وقع بشأن مسألة معينة، فلا يمتد اختصاصه لمسألة أخرى بعد القضاء في الأولى، فالمحكم هنا مثله مثل القاضي الوطني الذي ينعزل بمجرد الفصل في القضية المعروضة عليه أي أن المحكم يستنفد 8 ولايته في صدور حكمه، لأنه بصدور الحكم تنتهي مهمة المحكم، ويصبح عزله غير ذي موضوع³³².

4- العزل القضائي:

يكون العزل القضائي عندما يتعذر على الأطراف الإجماع على عزله، مع توافر أسباب جديدة للعزل مثل نزاهته وحياده، إذ يلجأ إلى المحكمة المختصة لإنهاء مهمة المحكم³³³.

³²⁸. علي سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص 246.

³²⁹ دواس مريم، زياد محمد انيس، المرجع السابق، ص 29.

³³⁰ زهير عبد الله علي آل جابر القرني، المرجع السابق، ص 74.

³³¹ المرجع نفسه، ص 74.

³³² علي سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص 246.

³³³ دواس مريم، زياد محمد انيس، المرجع السابق، ص 29.

إذ يعتبر العزل القضائي صورة من صور ولاية قضاء الدولة على خصومة التحكيم، وهذه الصورة تضاف إلى الصور التي سبق عرضها والتي تؤكد أن التحكيم ليس بمنأى عن سلطة قضاء الدولة³³⁴.

غير أن هنالك من لا يجيز لجوء أحد المحكّمين إلى قضاء الدولة طالبا عزل المحكم، وذلك لأن العزل يقتضي بطبيعته اتفاق جميع الخصوم، ونحن لا نسلم بهذا الرأي للأسباب الآتية³³⁵:

1- قد ينقطع المحكم عن أداء المهمة بدون عذر مقبول، ولم يستطع المحكّم صاحب المصلحة إثبات أن هنالك حالة من حالات الرد قد لحقت المحكم.

2- إذا كان للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ولاية تعيين المحكم فليس هنالك ما يمنع من أن يعطيها المشرع ولاية عزله بناء على طلب أحد الأطراف، وبالتالي قد يتم العزل دون اتفاق جميع الأطراف.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إمكانية تعيين المحكم أو المحكّمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم من قبل الأطراف وذلك مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، أي عند غياب التعيين أو صعوبة تعيينهم وعزلهم واستبدالهم³³⁶، يمكن للطرف الذي يهّمه التعجيل القيام بالآتي:

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

وننوه إلى أن تدخل القضاء في مسألة العزل قد يرجع لأسباب خارجة عن إرادة الأطراف وكذا المحكم، ذلك أن قيام دعوى لدى القاضي مرتبطة بالدعوى التحكيمية يوقف هذه الأخيرة إلى حين الفصل في الدعوى القضائية وهنا نميز بين فرضين، فإذا ما فصل القاضي في كل المسائل مشتملة على ما تعلق بالدعوى التحكيمية فإن مهمة المحكم هنا تنتهي بالعزل لفوات محل النظر، أما

³³⁴ علي سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص 247.

³³⁵ المرجع نفسه.

³³⁶ من الملاحظ أن المشرع الجزائري قد سوى الصعوبات المتعلقة بالتعيين وتلك المتعلقة بالعزل والاستبدال. راجع: تعويلت كريم، "دور القاضي في تحقيق فعالية التحكيم"، المرجع السابق، ص 142.

الفرض الثاني فهو عدم شمول الحكم القضائي على ما تعلق بالدعوى التحكيمية، فهنا وجب استكمال المهمة التحكيمية، ويتم عزله لانقضاء موجب الحكم في الدعوى³³⁷.

وبالتالي، فللقضاء حق الاشراف على عزل المحكم، وكل ما يمكن أن يترتب عنه من آثار وحقوق تخص المحكم المعزول أو طالب العزل³³⁸.

في آخر هذا الفصل وختاماً له، لا يوجد إلا شخصان لهما القدرة على فض النزاعات، بقول الحق وتطبيق القانون، وهما المحكم والقاضي³³⁹، وأنه سيكون من السهل، دون إجراء تحليل أكثر تقدماً، الاعتراف بأن المؤسسة القضائية ومؤسسة التحكيم يشكلان كيانين لا يتعارضان مع طبيعتهما وأدائهما، وأن الأول يمكن أن يتعارض فقط مع حسن سير العمل في الثاني.

³³⁷ زهير عبد الله علي آل الجابر القرني، المرجع السابق، ص 83.

³³⁸ المرجع نفسه، ص 82.

³³⁹ DEGOS Louis, « Le renouveau de l'arbitrage », *Les cahiers de l'arbitrage- nouveaux domaines, nouvelle utilisation*, 3ème Editions, 2017, p.7.

الفصل الثاني

الاختصاص الفرعي للقاضي الوطني في الإجراءات التحكيمية

التزام الدقة في إصدار القانون، والحكم الذي يمنحه المحكم يفصل بين الطرفين من خلال تطبيق القانون الموجود مسبقاً ويجب أن يقال بأن حكم التحكيم يشترك في نفس الخاصية مع حكم القاضي، وسلطة الأمر المقضي به فيما يتعلق بالنزاع الذي يقرره، لذلك فإن المحكم، مثل القاضي، يتمتع بسلطة القضاء، سلطة حكم القانون³⁴⁴.

لكن تمتع المحكم بسلطة كتلك الممنوحة للقاضي ليست على إطلاقها، إذ أنه ودعماً لمبدأ الاختصاص القضائي الفرعي للقاضي الوطني وطالما أن محكمة التحكيم قد تم تشكيلها بالفعل، يعترف قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في الشق المتعلق بالتحكيم، لمحكمة التحكيم بسلطة الأمر بأي أمر مؤقت أو وقائي تعتبره ضرورياً، وكذا القانون الفرنسي على سبيل المثال، باستثناء تدابير الحماية والأمن القضائي، ويفسر هذا الاستثناء بطبيعة وظيفة التحكيم، كون المحكم قاضياً خاصاً، لا يملك أن يمارس العدالة نيابة عن الدولة، وبالتالي، لا يمكن أن يتمتع المحكم بقوة الإكراه اللازمة لتنفيذ التدبير المؤقت أو التحفظي.

وبالتالي، قبل تشكيل محكمة التحكيم، يكون للقاضي الوطني الاختصاص الوحيد لإصدار أي تدبير مؤقت أو وقائي، فالحماية الوقائية هنا لا تتعارض مع نظام التحكيم بل تخدمه. وبعد ذلك، لا يمكن للقاضي الوطني نفسه أن يأمر إلا بضمانات قضائية.

هذا ولم تتعرض غالبية التشريعات لهذه المسألة، وكان ذلك سبباً في انقسام الرأي بين مؤيد ومعارض لفكرة منح المحكم ولاية الفصل في المسائل المستعجلة أو قصر هذه الولاية على قضاء الدولة.

ترجع فكرة إعطاء المحكمين ولاية منح الحماية الوقائية إلى أن المحكمين الذين يملكون منح الحماية الموضوعية يكون لهم من باب أولى منح الحماية الوقائية، وهي حماية وسيلية غايتها أن تحقق الدعوى الموضوعية هدفها في تأكيد الفعالية لقواعد النظام القانوني. ويمكن أن يكون للمحكمة التحكيمية أن تتخذ أي تدبير إجرائي مؤقت أو تحفظي تتطلبه طبيعة النزاع، وذلك إذا توافرت شروط معينة، ومن بين هذه الشروط أن يتفق طرفا التحكيم على أن يكون للمحكمة

³⁴⁴ MANCIAUX Sébastien, op.cit., p.35-36.

التحكيمية هذا الحق، وأن يقدم نوع الإجراء أو التدبير الوقتي أو التحفظي وأن يبين أسباب ودواعي هذا الإجراء، وأن يكون الإجراء المطلوب اتخاذه موجه إلى أي من أطراف النزاع، وأن تحدد المحكمة ضمانا عند إصدار التدبير، ويكون هذا الضمان من شأنه أن يغطي نفقاته.

وللوقوف على أوجه المساعدة هذه لابد من تبيان الصلاحيات المحدودة للقاضي لمنح التدابير الوقائية والتحفظية (المبحث الأول) وكذا الاختصاصات الأخرى لتدخل القاضي أثناء سير الخصومة التحكيمية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الصلاحيات المحدودة للقاضي لمنح التدابير الوقائية والتحفظية

لا شك أنه لا يمكن مطابقة صلاحيات وواجبات المحكم على صلاحيات وواجبات القاضي مطابقة تامة كلية، ذلك أن مطابقتها يؤدي إلى مطالبة المحكم للقاضي بالتدخل في كثير من الحالات، ولعل أهم هذه الحالات التي لابد من تدخل القاضي الوطني فيها في التحكيم هي حالات تتعلق بالإجراءات الاحتياطية والتحفظية، بالطبع هنالك بعض الهيئات التي تعطي للمحكم الحق في اللجوء إلى اتخاذ مثل هذه التدابير ولكن أكثر الهيئات الدولية وبخاصة غرفة التجارة الدولية CCI³⁴⁵ وغيرها، تحيل صراحة إلى القضاء الوطني بالنسبة لكل ما يتعلق بالإجراءات الوقائية والتحفظية. هذه الإحالة الصريحة هي تأكيد على ممارسة القضاء لدور إيجابي في مساعدة المحكم وإزالة المعوقات الوقائية والتحفظية التي قد تعترض سير الخصومة التحكيمية، ولعله الحل للمشاكل التي يعجز عن مواجهتها، لخروجها إما عن سلطة اختصاصه أو لعدم امتلاكه أي سلطة للأمر بذلك.

³⁴⁵ تنص المادة 28 في فقرتها الأولى والثانية من قواعد ها على أنه:

"1- ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر، بناء على طلب أحد الأطراف، باتخاذ أي تدبير تحفظي أو وقتي تراه مناسباً، ويجوز لها أن تشترط مثل هذا التدبير أن يقدم لها الطرف الطالب له ضمانات مناسبة. وتصدر هذه التدابير في شكل أمر معلن، أو في شكل حكم حسبما تراه هيئة التحكيم ملائماً.

2- يجوز للأطراف قبل إرسال الملف إلى هيئة التحكيم، وحتى بعد إرساله إن اقتضت الظروف ذلك، واللجوء إلى أي سلطة قضائية مختصة لاتخاذ تدابير وقائية أو تحفظية، ولا يعد اللجوء إلى أي سلطة قضائية مختصة مماثلة أمرت بها هيئة التحكيم مخالفة لاتفاق التحكيم أو تنازلاً عنه أو نفياً لصلاحيات هيئة التحكيم، يتعين إخطار الأمانة دون إبطاء بأي طلب يقدم إلى سلطة قضائية وأي إجراء بأي إبطال يقدم إلى أي سلطة قضائية وأي إجراء تتخذه، وتلتزم الأمانة العامة بإعلام هيئة التحكيم بذلك". أنظر:

إن التدابير المؤقتة والتحفظية تعد من المسائل الدقيقة والمهمة، سواء في قضاء التحكيم أو قضاء الدولة، وتظهر هذه الأهمية من خلال عدة جوانب، حيث أن طول إجراءات التقاضي يحول دون حماية الحقوق من خطر داهم، ورغم أن قضاء التحكيم يتسم بالسرعة إلا أن هنالك حالات تعجز الإجراءات العادية المتبعة أمام محكمة التحكيم للفصل فيها. وبالتالي، تعجز عن حماية الحق المعرض للخطر مما يجعل التدابير الوقائية والتحفظية هي السبيل الوحيد لحماية هذا الحق. وعلى الرغم من الإجماع على اختصاص القضاء الوطني بإصدار الإجراءات الوقائية والتحفظية، فإن هنالك نوع من الغموض بشأن تحديد ما هو المقصود بالإجراءات الوقائية والتحفظية التي تقع في اختصاص القضاء الوطني وتلك التي للمحكم السلطة في إصدارها، ولقد لاحظ جانب من الفقه، أن المصطلحات والألفاظ عموماً لا تسهل على الفهم، فكلمتي الإجراءات الوقائية أو التحفظية يستخدمان دون تمييز بينهما باعتبارهما مترادفين وذلك على الرغم من أنهما يشيران إلى أمور مختلفة³⁴⁶.

وعليه، سنتطرق لمفهوم التدابير الوقائية والتحفظية (المطلب الأول)، وكذا لشروط ونطاق تدخل القاضي لاتخاذها (الفرع الثاني).

المطلب الأول

مفهوم التدابير الوقائية والتحفظية

في ظل غياب تعريف تشريعي للإجراءات الوقائية والتحفظية، لاحظ القانونيون من حيث المبدأ عدم وضوح مفهوم الوقائية والتنوع، مما يجعل من الصعب إعطاؤها تعريفاً دقيقاً، بالإضافة إلى ذلك، لا يمكن حصر مفهوم "الإجراءات الوقائية" في قرار دقيق، وقد لاحظ مؤلفون آخرون أن المصطلحات المستخدمة بشكل عام في هذه المسألة لا تسهل الفهم، إذ غالباً ما يستخدم تعبير "اجراء وقفي واجراء تحفظي" بشكل تبادلي³⁴⁷.

فهي إذن مفاهيم لم تحدها القوانين الوطنية ولا النصوص الدولية، غالباً ما يحدث أن يتم استخدام هذه المفاهيم كما لو كانت مترادفات كما أسلفنا الذكر ومع ذلك، كل هذه التدابير لها

³⁴⁶ حفيفة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية

المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 181.

³⁴⁷ RACHDI Nabil, « Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage », in *le juge et l'arbitre, sous direct. Sami -BOUSTANJI et autres*, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, p.70-71.

فائدة خاصة بها، وبالتالي، يمكن تعريف هذه التدابير المؤقتة على أنها تلك القرارات التي يتخذها القاضي على وجه الاستعجال، وهذا لمدة الإجراء، وخصوصية التدبير المؤقت هو أنه لا يلزم قاضي المحكمة سواء أكان القاضي الوطني أو قاضي التحكيم، ويبقى إجراء مؤقت وغير نهائي. فبالنسبة للإجراءات الوقتية، فإن طبيعة القرار الصادر بشأنها قرار مؤقت أو قرار وقتي، وهو قرار ذو حجية مؤقتة لا يلزم لا القاضي ولا المحكم عند تعرضه للفصل في النزاع نفسه، بينما في الإجراءات التحفظية فإن موضوع القرار ينصب على المحافظة والتحفظ على المراكز القانونية أو الحقوق أو أدلة الإثبات³⁴⁸.

وبلا شك فإن القرارات التحفظية لها دائما طابع وقتي، ولكن ليس ذلك بالضرورة، فالإجراء التحفظي يمكنه أن يستنفذ آثاره لحظة صدوره أو يمكن الاعتداد به منذ البداية على اعتبار أنها حكم قطعي ونهائي كالقرار الصادر بوضع أحد المواقع تحت رقابة شركة حراسة³⁴⁹. وعلى العكس من ذلك، فإن القرار الوقتي أو المؤقت لا يتمتع بالضرورة بالطابع التحفظي وذلك ما يتحقق بشأن دفع النفقة المؤقتة المنصوص عليه في القانون الفرنسي والذي يهدف إلى الوفاء بشكل تام أو جزئي للدائن غير المنازع في حقوقه بشكل جدي، من خلال إصدار قرار بإتباع إجراءات الاستعجال وذلك دون المساس بالقرار الذي سوف يصدر في الموضوع³⁵⁰. وعلى العموم، فإن التدابير المؤقتة والتحفظية، هي قرارات لا تفصل في موضوع النزاع، ولكنها تحكم في واحد أو أكثر من الطلبات التي تتطلب حلا مستعجلا³⁵¹.

إذا كان تدخل القضاء في اتخاذ هذه الإجراءات الوقتية أو التحفظية قبل انعقاد المحكمة التحكيمية تبرره حالة الاستعجال وعدم مساسه بموضوع النزاع، فإن تدخله بعد تشكيل المحكمة التحكيمية وسيران إجراءات الخصومة اختلفت حوله ثلاثة آراء فقهية، وقبل بيان هذه الآراء والشروط المطلوبة لتدخل القاضي فيها ونطاق هذا التدخل، سوف نبين مفهوم التدابير التحفظية والاحترازية (الفرع الأول) ثم مفهوم التدابير الوقتية (الفرع ثاني).

³⁴⁸ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 181.

³⁴⁹ المرجع نفسه، ص 182.

³⁵⁰ المرجع نفسه.

³⁵¹ KENFACK DOUAJNI Gaston, « Les mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage OHADA », *Revue camerounaise de l'arbitrage* n° 08, janvier-février-mars, 2000, p.03.

الفرع الأول

التدابير التحفظية الاحترازية

في التحكيم، مسألة الإجراءات التحفظية الاحترازية ذات أهمية كبيرة، لأنه من الممكن أن تعترض الأطراف صعوبات للحصول على هذه التدابير بالرغم من أن محكمة التحكيم لم تشكل بعد، من أجل معالجة المشكلة، تم النص على أنه حتى في حال وجود اتفاق تحكيم بين الطرفين، قد تلجأ المحكمة التحكيمية إلى قاضي الدولة حتى يتمكن هذا الأخير أخيراً، من اتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي.

وعلى الرغم مما تتمتع به الإجراءات المتبعة أمام التحكيم من ذاتية واستقلال عن القضاء الوطني، يبدو اللجوء إليه ضرورياً في كثير من الأحيان، ليس فقط من أجل تكوين محكمة التحكيم ذاتها، ولكن أيضاً بعد أن تتكون محكمة التحكيم ذاتها وأثناء إجراءات التحكيم بغرض اتخاذ الإجراءات التحفظية³⁵².

تعد هذه الإجراءات التحفظية صورة من صور الرقابة القضائية السابقة على صدور الحكم في الحالة التي تستدعي من القاضي اتخاذ التدبير المطلوب. كما تحث المحكم على العناية بعمله، فهذه الرقابة القضائية تؤدي دوراً مزدوجاً، أحدهما وقائي ويتمثل في حرص المحكم على تحري الدقة والتطبيق السليم للقانون، فضلاً عن حرص الأطراف أنفسهم على سلامة الإجراءات تجنباً لرفض تنفيذ الحكم³⁵³.

وهذه الرقابة لا تكون موضوع الطلب القضائي ذاته، وإنما تتم أثناء سير الإجراءات بمناسبة طلب المساعدة من القاضي عند طلب اتخاذ إجراءات تحفظية، إذ يتمتع القضاء بسلطة تقديرية في إجابة هذا الطلب. ليمارس القاضي الوطني بهذا، في تقديرنا، دوراً رقابياً هاماً من خلال قبوله للطلب المقدم إليه أو القيام برفضه. وفي هذا الفرض يكون التحكيم كنظام قانوني مرهوناً بتدخل قضاء الدولة لتحقيق فعاليته³⁵⁴.

³⁵² حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية

المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 181.

³⁵³ هدى مجدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 323.

³⁵⁴ علي سالم إبراهيم، مرجع سابق، ص 259.

أولاً: تعريف الإجراءات التحفظية

الإجراء التحفظي لا يتسم بطبيعته القانونية ولا باستعجاله أو خطورته البسيطة أو طابعه المؤقت، فيقترح الإبقاء على أنه هو "الفعل الذي يهدف إلى حماية الممتلكات، ضد التهديد بالخسارة مع المحافظة على حالتها".

وتعرف أيضاً الإجراءات التحفظية على أنها "تدابير من شأنها المحافظة على الحق، كالحجز التحفظي الذي يوقع في كل حالة يخشى فيها فقد الدائن لحقه، فإذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذي أو حكم غير واجب النفاذ، أو كان دينه غير معين المقدار، فلا يوقع الحجز إلا بأمر من قاضي التنفيذ يأذن فيه بالحجز ويقدر دين الحاجز تقديراً مؤقتاً"³⁵⁵.

كما يجمع البعض الآخر على تعريفها من حيث الخصائص والشروط على أنها: "الإجراءات التي تتخذها المحكمة في حالة الاستعجال، بناء على طلب الأطراف المتنازعة، أو من تلقاء نفسها للحفاظ على الحقوق المتنازع عليها، وعدم الإضرار بالمراكز القانونية للمتنازعين إلى حين الفصل في النزاع"³⁵⁶.

أما في معاجم القانون الدولي، "فالتدابير التحفظية هي تلك المفروضة من طرف محكمة العدل الدولية وفقاً للمادة 41 من قانونها الأساسي، والتي تهدف لحماية حقوق الأطراف"³⁵⁷.
أما بالنسبة للتعريف القضائية، فتعرف في الممارسة القضائية للمحكمة الدولية لحقوق الإنسان بأنها: "القدرة على التعامل مع القضية بصفة مستعجلة، استجابة لظرف مشروع، ولضمان آلية فعالة من الحماية للأفراد".

كما تعرف التدابير التحفظية أيضاً في القانون الدولي للبحار على أنها: "مجموعة الإجراءات التي تتخذها المحكمة في حالة الاستعجال إذا رأت بأنها مختصة، والتدابير التحفظية ليس من شأنها حسم النزاع، لكن تفرض من أجل صون كل طرف من أطراف النزاع، أو لمنع إلحاق ضرر جسيم بالبيئة البحرية إلى أن يبحث النزاع بشكل موضوعي ويصدر حكماً نهائياً بشأنه"³⁵⁸.

³⁵⁵ علي سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص 185.

³⁵⁶ موسود غنية، "إجراءات طلب التدابير التحفظية في القضاء الدولي"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 02، جوان 2018، ص 840.

³⁵⁷ المرجع نفسه، ص 842.

³⁵⁸ المرجع نفسه، ص 843.

وباختصار هي تدابير تتخذ على سبيل الاستعجال ولا تمس أصل الحق ووسيلة متأكدة تتخذ لحماية حق أو شيء³⁵⁹.

ثانياً: صور الحماية التحفظية

يعتبر الحجز التحفظي صورة من صور الحماية التحفظية التي لا يختص بمنحها إلا القاضي، فإذا كان للدائن الحق في استصدار أمر بالحجز التحفظي على أموال مدينه فمن المتصور إذا أن يلجا أحد الأطراف لاتفاق التحكيم لاستصدار أمر بالحجز التحفظي على أموال الطرف الآخر³⁶⁰.

والحجز بصفة عامة هو من إجراءات التنفيذ التي ترمي إلى وضع يد القضاء عن طريق الدائن المنفذ على أموال المدين، وهو التعريف الذي جاءت به محكمة النقض الفرنسية، وبمفهومه الواسع يشمل جميع إجراءات التنفيذ منذ وضع عون التنفيذ (المحضر القضائي) يده على الممتلكات حتى تحقيقها وبيعها بالمزاد العلني وتوزيع ثمنها على الدائنين³⁶¹.

أما الحجز التحفظي أو الحجز الاحتياطي "هدف القائم به إلى منع المدين من التصرف في المال المحجوز إضرارا بحقوق الدائنين ومن ثمة يجوز إجراءه بغير سند تنفيذي وإن كان مآله أن يصبح تنفيذياً بصدور الحكم بصحته وينتهي بعد ذلك باقتضاء الحق من المدين"³⁶².

وتتجلى أهمية الحجز التحفظي في أنه يصدر في غيبة الخصم الذي صدر في مواجهته، إذ يرمي الدائن بالحصول عليه على مباغته المدين بتوقيع الحجز على أمواله قبل تهريبها، فإذا صدر أمر الحجز إلى المحجوز عليه فإن الحجز التحفظي يفقد قيمته الحقيقية³⁶³.

³⁵⁹ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 58.

³⁶⁰ علي سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص 185.

³⁶¹ حسين العيساوي، الدفع بالحصانة القضائية والحصانة التنفيذية أمام القاضي والمحكم، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة الجزائر 1، 2014/2015، ص 148.

³⁶² المرجع نفسه، ص 149.

³⁶³ علي سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص 189.

الفرع الثاني

التدابير الوقتية

إن المحكم بوصفه قاضٍ خاص لا يملك سلطة الإلزام لا في مواجهة الأطراف ولا في مواجهة الغير، وهذا من باب أولى، ومن هنا فإن الطابع الخاص للتحكيم يعد بمثابة عيب خلقي يلحق به منذ البداية، وهو يحد من السلطات التي يتمتع بها المحكم، وبالتالي يقلل من فعالية التحكيم وهو ما يؤدي بالضرورة إلى اعتماد المحكم على العدالة التي تصدر عن المحاكم التابعة للدول³⁶⁴.

فالاعتراف للقضاء الوطني باتخاذ الإجراءات المؤقتة يبدو ضرورة حتمية تقتضيها طبيعة الإجراءات المطلوب اتخاذها بما تستوجب من إجبار وإلزام، والذي تحتكره الدولة القيام به، وهو ما تقره العديد من الأنظمة القانونية الوضعية³⁶⁵. وعليه، سنعرض بعض التعريفات للإجراءات المؤقتة (أولاً) ثم نذكر صورها (ثانياً).

أولاً: تعريف التدابير المؤقتة

إن الغاية من القضاء الوقي بسط الحماية المؤقتة للحق الموضوعي إسناداً إلى الوضع الظاهر، فالحماية الوضعية أداة لضمان تحقيق الحماية الموضوعية لهدفها³⁶⁶. ومنه تعرف التدابير المؤقتة بأنها "الوسيلة المتخذة مدة الدعوى لمعالجة وضعية متأكدة مؤقتاً في انتظار القرار النهائي"³⁶⁷.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الحديث يميز فكرة القضاء الوقي استناداً إلى دعامين³⁶⁸:

أ- الدور القانوني المتميز لهذه الإجراءات.

ب- وحدة هذه الإجراءات، بحيث تتضمن مرحلة القرار والتنفيذ في آن واحد، وهو ما يفسر غلبة التعبير عن العمل النهائي لهذه الإجراءات بتعبير التدبير، فإذا كان المحكم يملك سلطة إصدار

³⁶⁴ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 19.

³⁶⁵ المرجع نفسه، ص 21.

³⁶⁶ علي سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص 179.

³⁶⁷ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 58.

³⁶⁸ علي سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص 188.

القرار من تلقاء نفسه فإنه لا يملك سلطة تنفيذه، بينما تبدو فعالية القرار الوقي-على حد تعبير الأستاذ وجدي راغب- في قوته التنفيذية الفورية التي تتيح ترجمته إلى سلوك عملي وقائي.

ثانياً: صور التدابير المؤقتة

للتدابير المؤقتة جملة من الصور التي يمكن استنتاجها من التعاريف المختلفة السابقة:

1- التدابير المؤقتة القابلة للتعديل:

نص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه يمكن أن يصدر القاضي الوطني جملة التدابير القابلة للتعديل بعد تقديم الطلب ممن يهمله الأمر، وذلك في المادة 312 والتي نصت على أنه: "في حالة الاستجابة إلى الطلب، يمكن الرجوع إلى القاضي الذي أصدر الأمر، للتراجع عنه أو تعديله".

كما يمكن للمحكمة قبل صدور الحكم النهائي أن تعدل هذه التدابير أو تلغها بناء على طلب يقدم عند تغير الظروف التي من أجلها صدرت التدابير المؤقتة، وهذا ما جاء في لائحة محكمة العدل الدولية التي نصت على أنه وفي أي وقت قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة أن تقرر إلغاء أو تعديل أي قرار خاص بالتدابير المؤقتة أو التحفظية وهذا بناء على طلب الأطراف إذا ما طرأ تغير يستلزم تعديل أو إلغاء التدبير³⁶⁹.

2- التدابير المؤقتة في صورة أوامر:

على خلاف الأحكام الصادرة من المحاكم القضائية، فإن المحكمة التحكيمية تصدر تدابير على شكل أوامر لكنها غير فاصلة في موضوع النزاع فضلاً على أنها إجرائية وليست موضوعية، لكنها تقرر من أجل السير الحسن للدعوى كتلك الأوامر المتعلقة بإجراء تحقيق أو خبرة أو حتى تلك المتعلقة بتحديد عدد وثائق المرافعة، وتقديم ترتيبها والأجال الزمنية المحددة لها³⁷⁰.

³⁶⁹ نقلاً عن: موسود غنية، المرجع السابق، ص 844.

³⁷⁰ المرجع نفسه، ص 845.

3-التدابير المؤقتة الاستعجالية:

من أهم الأسباب التي أوجدت نظام التدابير المؤقتة هي الحد من الآثار المترتبة على مرور الوقت، لتفادي وقوع ما لا يمكن إصلاحه أو تداركه أو وقوع ضرر لا يمكن جبره، ذلك أن حالة الاستعجال أحد أهم الظروف التي تبرر اتخاذ التدابير المؤقتة³⁷¹.

ما يمكن قوله بعد الحديث عن التدابير الوقائية وكذا التحفظية وعرض صورهما - وفي تقديرنا -، نرى أن التمييز أعلاه بين التدابير المؤقتة والتدابير التحفظية على أساس أن الأولى تشكل حماية بديلة تحل مؤقتا محل الحماية القضائية والتنفيذية العادية، في حين أن الثانية تهدف إلى المحافظة على الحق لزمانه في المستقبل، يبقى بدون موضوع، على اعتبار أن كلاهما له نفس الخصائص.

ومن بين جملة الخصائص هذه التي يتميزان بها، أنهما:

- لا يهدفان إلى حل النزاع مباشرة، وإنما تسهيل إصدار حكم التحكيم وضممان تنفيذه في المستقبل، كما قد يكون الهدف منهما هو توقي خطر داهم حال أو يمكن توقعه في المستقبل.
- بقاء سريان هذا التدبير مرتبط بنتيجة الدعوى الأصلية، الأمر الذي يجعلها غير حاسمة وغير فاصلة في موضوع الحق فهي لا تمس بأصله.
- تعد هذه التدابير تبعية تتخذ بصدد نزاع موجود وقائم أو محتمل الوقوع في المستقبل والذي اتفق على الفصل فيه عن طريق التحكيم.

وأخيرا يمكننا القول، بأن مصطلحات الإجراءات الوقائية والتحفظية قد تحجب وجود فرق بينهما، إذ لا تظهر بشكل كاف خصوصية وذاتية الإجراءات التي تمهد لتنفيذ الحكم التحكيمي الذي من المحتمل أن يصدر، وبغض النظر عن الحقيقة السابقة، قد يحدث طارئ حائل أثناء النظر في النزاع المعروض على محكمة التحكيم، فيكون عليها بالضرورة اتخاذ إجراء من الإجراءات المؤقتة. فتشكل بذلك حماية بديلة عن تلك المعروفة بالحماية القضائية والتنفيذية العادية، ومثالها النفقة الوقائية التي يحكم بها مؤقتا إلى أن يصدر حكم في الموضوع في النفقة، والتعويض المؤقت الذي يحكم به حتى الفصل في دعوى المسؤولية وتحديد التعويض بصفة نهائية أو صدور

³⁷¹موسود غنية، المرجع السابق، ص 846.

حكم مستعجل بوقف طرد مستأجر أو تسليم عين بصفة مؤقتة أو وقف تنفيذ حكم بصفة مؤقتة، أو صدور حكم بغرامة تهديدية وقتية³⁷².

أما التدابير التحفظية فهي تهدف إلى المحافظة على الحق لضمانه في المستقبل، فهي وسائل تكفل وجود الحق عندما يصدر حكم في الموضوع، ومثالها الحجز التحفظي الذي يهدف إلى المحافظة على أموال الدين ويتيح للدائن بعد الحصول على حكم بثبوت الحق وصحة الحجز باستيفاء حقه اختياراً أو جبراً³⁷³.

بالإضافة إلى ما سبق بخصوص كل من الإجراءات الوقائية والتحفظية، في التحكيم، يمكن أن تلعب هذه الأخيرة، والتي تتميز بالتنوع الكبير، دوراً مهماً للغاية قبل إجراءات التحكيم أو خلالها، والتي تهدف إلى الحفاظ على الوضع القانوني أو الواقعي، والحفاظ على الأدلة وضمانها أو الاستعداد لتنفيذ الحكم بشكل فعال وسريع، ومع ذلك، فإن مبدأ التجميع، في يد المحكم، والاختصاص الموضوعي والاختصاص الوقفي يمكن أن يضر بمصالح الأطراف، لذلك ومراعاة لخصوصية التحكيم وخاصة مسار عملية التحكيم، يصبح تدخل القاضي ضرورياً من جهة لتسوية مسألة عاجلة مؤقتاً على أساس ظهور حق وبدون التدخل في جوهر النزاع، ومن ناحية أخرى كلما كان ذلك ضرورياً لإعطاء قوة قابلة للتنفيذ لقرارات المحكم³⁷⁴.

المطلب الثاني

شروط ونطاق تدخل القاضي في التدابير المؤقتة والتحفظية

إنه ولتحديد مدى اختصاص القاضي الوطني أو محكمة التحكيم بخصوص التدابير المؤقتة أو التحفظية، يجب التفرقة إذا ما كانت محكمة التحكيم تشكلت أو لم تشكل بعد، فإذا كانت محكمة التحكيم مشكلة، نعتبر أن هنالك اختصاص تنافسي بين القضاة الوطنيين والمحكمين، هنا للمحكمة التحكيمية أن تأمر باتخاذ تدابير مؤقتة و/أو تحفظية وجعل الحكم جزئي أو مؤقت.

كتدبير فرعي، يجوز للأطراف، على الرغم من محكمة التحكيم التي يجري تشكيلها، اللجوء إلى القاضي الوطني، أما إذا لم تشكل محكمة التحكيم بعد، فللأطراف طلب تدابير مؤقتة

³⁷² طاهر حداد، المرجع السابق، ص 70.

³⁷³ المرجع نفسه.

³⁷⁴ RACHDI Nabil, op.cit., p.71.

وتحفظية من القاضي الوطني، مع ذلك، يجب أن يكون الطرفان قد نصا على ذلك، أو اللائحة التي تربطهما.

إذا تدخل القاضي الوطني لاتخاذ أي من التدابير المؤقتة والتحفظية، وإنما يبقى اختصاصه محدود بالتدابير المؤقتة والتحفظية.

مما سبق، يتجلى دور القضاء في مساعدة ومؤازرة التحكيم، في الرقابة والإشراف في صلاحيته بإصدار أمر تنفيذ الحكم المستعجل أو الوقي الصادر عن محكمة التحكيم، ذلك أن إصدار الأمر بالتنفيذ هو مساعدة لمحكمة التحكيم في تنفيذ حكمها جبرا على الطرف الممتنع واتجاه الغير، قد يكون الغير حارسا أو حائزا للمال المراد إيقاع الحجز عليه أو جهة حكومية، حيث لا تستجيب تلك الجهات للأحكام الصادرة عن محكمة التحكيم ما لم تكن مكتسبة الصيغة التنفيذية، المتمثلة في الأمر الصادر عن القضاء بتنفيذ هذا الحكم، كذلك يمارس القاضي 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 الدور الرقابي والإشرافي على التحكيم في إصدار الحكم المستعجل³⁷⁵.

إذا كان لقضاء الدولة هذا الدور الهام الإشرافي والمساعد في مجال المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، فهل هذا الاختصاص مرتبط بمجموعة من الشروط؟ (الفرع الأول).

وهل أن نطاق التدخل محدود لقضاء الدولة؟ بعبارة أخرى: ما هي القيود التي ترد على قضاء الدولة عند اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط تدخل القاضي لاتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية

بوجود قاعدة عدم الاختصاص القضائي، اختلف الفقه في تقديره لمسألة توزيع الاختصاص فيما يخص الإجراءات الوقتية أو التحفظية بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم، فظهرت ثلاثة³⁷⁶ اتجاهات فقهية رئيسية، سنورد ذكرها، وكذا الانتقادات الموجهة لكل منها، وهي

³⁷⁵ حسان كليبي، دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، 2013/2012، ص55.

³⁷⁶ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص59.

عبارة عن جدل قائم خاص بمدى اختصاص القاضي الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية (أولاً)، ثم الشروط التي لا بد من توافرها لانعقاد الاختصاص لقضاء الدولة فيما يتعلق باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية (ثانياً).

أولاً: الجدل الخاص بمدى اختصاص القاضي الوطني باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية

انقسم الفقه حول مسألة مدى اختصاص القاضي الوطني باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية إلى ثلاثة اتجاهات، إذ هناك من الفقه من يجعل اختصاصه اختصاصاً حصرياً، ومنهم من يرى أن اختصاصه يدخل في اختصاص محكمة التحكيم، بينما يعترف الاتجاه الثالث بالاختصاص المشترك بين القاضي والمحكم، وفيما يلي أهم الحجج التي استند إليها كل اتجاه:

1-الاتجاه الفقهي الأول:

يذهب جانب من الفقه إلى أنه وإن كان صحيحاً أن من آثار التحكيم حجب الاختصاص عن القضاء الوطني بالفصل في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم أو ما يعرف بالأثر السالب لاتفاق التحكيم، فإن نطاق هذا الأثر مرهون بالفصل في موضوع النزاع ذاته محل الاتفاق على التحكيم ولا يشمل بالتالي المسائل الأخرى التي قد تثور بشكل تبعية كالإجراءات الوقتية والتحفظية³⁷⁷. كذلك فإن الاتفاق على التحكيم شأنه في ذلك شأن أي اتفاق آخر يتمتع بما يعرف بالأثر النسبي أي بعدم قدرة هذا الاتفاق على ترتيب حقوق أو التزامات على عاتق الغير، ويؤدي هذا الأثر لاتفاق التحكيم بالإضافة إلى فقدان المحكمين لسلطة الإيجاب، إلى أن بعض الإجراءات لا يمكن اتخاذها على نحو يتسم بالفعالية إلا من قبل قضاء الدولة³⁷⁸.

تطبيقاً لهذا الاتجاه، فقد استقر القضاء الفرنسي على أن شرط التحكيم لا يحول دون بقاء الولاية منعقدة للقضاء في الأمور المستعجلة حتى لو كانت خصومة التحكيم قد افتتحت بالفعل، في نفس السياق، اعترف المشرع الأردني للقاضي، باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية على

³⁷⁷ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 18.

³⁷⁸ المرجع نفسه.

الرغم من وجود اتفاق التحكيم بين الأطراف ما يفيد أن القانون لا يرى وجود هذا الاتفاق عقبة تحول دون اختصاص المحاكم الأردنية³⁷⁹.

حسب أصحاب هذا الاتجاه، فالاتفاق على التحكيم لا ينفي اختصاص القضاء المستعجل بنظر طلب اتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية، ذلك أنه قد يحدث عملياً أن يثار النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم قبل أن يلجأ أطرافه إلى اتخاذ الإجراءات، وقد يتطلب الأمر التجاء الأطراف موضوع الاتفاق على التحكيم إلى القضاء المستعجل لإثبات حالة الشيء محل النزاع، أو فرض حراسة قضائية عليه، تفادياً لأضرار محذقة به وعندئذ يكون القضاء المستعجل مختصاً باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، والتي يلزم اتخاذها على وجه السرعة طالما أنها لا تمس أصل الحق موضوع الاتفاق على التحكيم ولا تؤثر على قضاء المحاكم فيه³⁸⁰.

ويضيف أصحاب هذا الاتجاه، أن الطلب الذي يقدمه أحد الطرفين إلى السلطة القضائية باتخاذ مثل هذه التدابير الوقتية لا يعتبر مناقضاً لاتفاق التحكيم ولا تنازلاً عنه، لأن هذا لا يمس أصل الحق ولا يبقى قائماً لمحكمة التحكيم ولأن استبعاد قضاء الدولة في النزاع لوجود اتفاق التحكيم ينصب على القضاء الموضوعي دون القضاء الوقي³⁸¹.

هذا ويرى أنصار هذا الاتجاه أن اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية من القضاء يحقق عدة مزايا أهمها³⁸²:

— تغطية افتقار محكمة التحكيم لسلطة الإيجاب³⁸³، والتي تكون لقاضي الدولة ويستطيع بمقتضاها أن يأمر بتنفيذ التدبير تنفيذاً جبرياً إذا تطلب الأمر ذلك.

³⁷⁹ عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 119.

³⁸⁰ المرجع نفسه.

³⁸¹ المرجع نفسه، ص 120.

³⁸² مريم دواس، زياد محمد انيس، المرجع السابق، ص 16.

³⁸³ إن افتقار المحكمة التحكيمية لسلطة الإيجاب مسألة يشير إليها قضاء التحكيم ذاته، ففي القضية رقم 6653 لسنة 1993 المطروحة على غرفة التجارة الدولية بباريس بين إحدى الشركات السورية وشركة ألمانية، ورد على الطلب المقدم من الشركة الطالبة (الشركة السورية) إلى محكمة التحكيم بأن تقوم هذه الأخيرة بتأكيد حجز الوقي الصادر عن القضاء السوري، بجعله حجز تنفيذي والذي رأت الشركة المدعى عليها (الشركة الألمانية) أن هذا الطلب لا يدخل في سلطة محكمة التحكيم، ذهبت محكمة التحكيم إلى أنه ليس في مقدورها سوى رفض هذا الطلب غير المألوف.

أشارت إلى القضية: الأستاذة حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 19.

– اتخاذ التدابير التحفظية في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم من قبل القضاء، يمثل جانبا من جوانب التعاون بين قضاء الدولة ومحاكم التحكيم³⁸⁴.

يؤخذ على هذا الاتجاه أن إسناد الاختصاص بالتدابير التحفظية إلى القضاء في الوقت الذي تنظر فيه محكمة التحكيم في موضوع النزاع، يؤدي إلى تجزئة موضوع النزاع وتوزيعه على أكثر من جهة، وقد يترتب على ذلك آثار سلبية على حله³⁸⁵، إذ أنه من الأفضل من أجل وحدة المنازعة وعدم تجزئتها، أن تعرض المسائل المتعلقة بالإجراءات التحفظية على محكمة التحكيم بقدر الإمكان، إذ أن مثل هذا الحل يتفق مع إرادة الأطراف التي تهدف إلى عدم خضوع المنازعة القائمة بينهما -كلما كان ذلك ممكنا- لاختصاص القضاء الوطني، فإنه من الصعوبة بما كان تفادي الاختصاص سواء ذلك المقرر لمحكمة التحكيم أو ذلك المقرر للقضاء الوطني، ويؤدي ذلك ليس فقط إلى صعوبة توزيع الاختصاص بينهما، وإنما تتعدى وتزداد الأمور تعقيدا في حال قيام كل من الجهتين بممارسة ذات الاختصاص في نفس الوقت مع ما يتضمنه ذلك من تعقيدات³⁸⁶.

إلى جانب ذلك، يرى البعض الآخر، أن منح القاضي الوطني الاختصاص في التدابير الوقائية والتحفظية، يؤدي إلى التعارض مع اتفاق الأطراف الصريح على إحالة ما ينشأ بينهما من منازعات، على التحكيم وعدم خضوع تلك النزاعات لقضاء الدولة³⁸⁷.

وإذا كانت الانتقادات المقدمة قد لفتت الانتباه إلى الصعوبات العملية المحتملة في حال قيام كل من المحكم وقضاء الدولة باتخاذ الإجراءات التحفظية أو الوقائية في ذات الوقت، فإنه أيضا شد الأنظار إلى حقيقة أخرى وهي أنه قد يكون من الأفضل من أجل وحدة المنازعة وعدم تجزئتها، عرض المسائل المتعلقة بالإجراءات التحفظية على محكمة التحكيم بقدر الإمكان على اعتبار أن هذا الحل يتماشى مع الإرادة التي تهدف إلى عدم خضوع المنازعة إلى القضاء الوطني كلما كان ذلك ممكنا³⁸⁸.

³⁸⁴ مريم دواس، زياد محمد انيس، المرجع السابق، ص 16.

³⁸⁵ المرجع نفسه.

³⁸⁶ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 22.

³⁸⁷ مريم دواس، زياد محمد انيس، المرجع نفسه، ص 16.

³⁸⁸ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 23.

وتقودنا الملحوظة الأخيرة إلى التعرض للاتجاه الآخر الذي يحيد خضوع الإجراءات الوقتية والتحفظية لاختصاص محكمة التحكيم.

2-الاتجاه الفقهي الثاني:

يذهب الاتجاه الفقهي الثاني إلى عكس ما ذهب إليه الاتجاه الأول، إذ يرى بأن الاختصاص بنظر المسائل الوقتية أو التحفظية مسألة تدخل في إطار اتفاق التحكيم ويختص المحكم دون غيره فيها، وهذا خضوعاً لإرادة الأطراف ذاتها، وإن كانت هذه الإرادة هي التي خولت للمحكم سلطة الفصل في النزاع، فإنها تخول لها أيضاً سلطة اتخاذ الإجراءات الوقتية التي لا يلزم فيها تدخل السلطة العامة، إذ يكفي خضوع الأطراف لها تلقائياً دون الحاجة إلى تدخل القاضي الاستعجالي، فمن يملك الكل يملك الجزء³⁸⁹.

وبالتالي، يكون للمحكم السلطة في اتخاذ بعض الإجراءات التحفظية أو الوقتية، التي لا يلزم لاتخاذها، تدخل السلطة العامة للدول، كالأمر بالمحافظة على البضائع وإيداعها لدى شخص من الغير مؤتمن، أو الأمر ببيعها متى كانت قابلة للتلف أو إلزام أحد الأطراف بتقديم ضمان معين³⁹⁰. لقد تساءل البعض³⁹¹ ما إذا كانت محكمة التحكيم تملك إصدار مثل هذه الأوامر فهل تملك سلطة الإيجاب كما هي في القرارات الصادرة عن السلطة القضائية؟ إذ من المتصور أن يرفض من صدر إليه القرار بأن يتخذ هذا الإجراء أو ذلك، فما هو العمل؟ لكي يتسنى لنا الإجابة على السؤال نقترح فرضين:

أما الفرض الأول، فنظراً لافتقار المحكم سلطة الإيجاب فإنه يعول على الاحترام التلقائي من قبل الأطراف لهذه الإجراءات الصادرة منه في مواجهتهم، ولكن ليس هنالك ما يحول بين المحكم وبين أن يؤخذ بعين الاعتبار مسلك الطرف سميء النية والذي امتنع عن تنفيذ هذه الإجراءات وذلك عند إصداره للحكم التحكيمي النهائي والفاصل في موضوع الدعوى³⁹².

³⁸⁹ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 60.

³⁹⁰ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 24.

³⁹¹ عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 124.

³⁹² حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 24.

وأما الفرض الثاني، فليس هنالك من حل سوى اللجوء إلى القضاء باعتباره السلطة المختصة التي تملك عنصر الإيجاب.

من خلال عرضنا للاتجاه الفقهي الثاني، وعلى الرغم من وجهة فكرته، إلا أنها محل للانتقاد وهو ما حرص الأستاذ Bernard Audit ، صاحب هذا الاتجاه، إلى الإشارة إليه، فاتفق الأطراف المتبادل على عدم الالتجاء إلى قضاء الدولة لاتخاذ الإجراءات التحفظية قد يعد اتفاقاً غير مشروع من وجهة النظر العامة في الدولة، فمن المعلوم أن فكرة الاستعجال والتي تعد عنصراً من العناصر التي يؤخذها القضاء في الحسبان لمنح الإجراءات الوقتية إن لم تكن هي العنصر الوحيد، ووجود هذا العنصر على نحو ظاهر يبرر إصدار الأمر باتخاذ هذه الإجراءات بناء على طلب أحد الأطراف، على الرغم من وجود اتفاق مخالف للأطراف ، نزولاً على اعتبارات النظام العام³⁹³. فمتى ما توافر عنصر الاستعجال ينعقد الاختصاص للقاضي الوطني وليس للمحكم.

بالإضافة إلى أن محكمة التحكيم لا تستطيع التعامل مع عنصر الاستعجال، فإنها تفتقر أيضاً لسلطة الإيجاب لتنفيذ أي أمر، لأنها سلطة مخولة للقضاء دون غيره، حيث تكون للأحكام والأوامر الصادرة عن القضاء قوة تنفيذية، فإن لم تنفذ فيسعيان بالقوة العمومية لتنفيذها جبراً، وافتقاد المحكم لسلطة الإيجاب هو نقص كبير، إذ يحد من سلطات المحكم حيث تؤثر سلباً على فعالية التحكيم والأحكام التي تصدر عن محكمة التحكيم³⁹⁴.

إن الانتقادات الموجهة لكلا الاتجاهين السالفين، تقودنا إلى عرض اتجاه آخر ثالث يوفق بينهما، من خلال الاختصاص المشترك بين القاضي الوطني والمحكم.

3-الاتجاه الفقهي الثالث:

يعتبر هذا الاتجاه وسطي بين الاتجاهين السابقين، وفيه يتم توزيع الاختصاص بين قضاء التحكيم وقضاء الدولة وفقاً لمبدأ الاختصاص المشترك بينهما الذي يتضمن ثلاثة عناصر، الأول يتعلق بالاعتراف بالاختصاص لقضاء الدولة في اتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية رغم وجود

³⁹³ نقلاً عن: حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة

الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 27.

³⁹⁴ مريم دواس، زياد محمد انيس، المرجع السابق، ص 17.

اتفاقية التحكيم، والثاني أن هذا الاعتراف لا يعني التنازل عن شرط التحكيم بخصوص أصل النزاع، والثالث الاعتراف للمحكم باتخاذ الإجراءات الوقتية³⁹⁵.

تظهر المصادر المختلفة التي يشتق منها قانون التحكيم سواء كانت هذه المصادر وطنية واتفاقيات دولية أو لوائح التحكيم وأيضا قضاء التحكيم التجاري الدولي، أن هنالك اختصاصا مشتركا - "Compétence concurrente" - بين كل من قضاء الدولة وقضاء التحكيم بشأن اتخاذ الإجراءات التحفظية³⁹⁶.

ويتبين ذلك على سبيل المثال، بالرجوع إلى نص المادة 458 مكرر 9 من قانون الإجراءات المدنية المعدل سنة 1993 بشأن التحكيم التجاري الدولي، حيث نجدها تنص على أن "لمحكمة التحكيم السلطة في أن تأمر باتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف".

إذ يرى جانب من الفقه الجزائري، أنه قبل صدور هذا القانون وفي ظل القواعد المعمول بها في إطار قانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1966، لم يكن محددًا على وجه الدقة، هل تعد مسألة اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية من المسائل التي تدخل في نطاق اختصاص القضاء الجزائري بشكل قاصر عليه، أم كان يمكن اتخاذها من قبل محكمة التحكيم بناء على إرادة الأطراف وإعمالا لمبدأ الاختصاص المشترك³⁹⁷.

يتضح رغبة المشرع الجزائري في أن يمنح أكبر قدر من الفعالية لنظام التحكيم، دفع به إلى إخضاع المسائل الوقتية والتحفظية إلى اختصاص القضاء الجزائري وحده، كما منح أيضا هذا الدور إلى المحكمين، طالما اتفقت الأطراف على منحه هذا الاختصاص، ولا يعد جلب الاختصاص للقضاء الجزائري متعارضًا مع اتفاق التحكيم.

هنالك حالة وحيدة يتعين فيها على المحكم أن يتوجه إلى القاضي الجزائري من أجل اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، وذلك إذا رفض أحد الأطراف الخضوع إلى قرار المحكم، في هذا الفرض يعتبر القاضي الجزائري وحده المختص، في إصدار هذا الأمر³⁹⁸.

³⁹⁵ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 60.

³⁹⁶ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 29.

³⁹⁷ المرجع نفسه، ص 53.

³⁹⁸ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 54.

أما بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، نصت المادة 1046 منه على أنه: " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك. إذا لم يقر الطرف المعني بتنفيذ التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.

يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع للتدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير".

مما سبق، نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بالاختصاص المشترك، أو ما يعرف بالنظام التشاركي، الذي يتمثل في الإمكانية المتاحة لأي من طرفي التحكيم بمحض إرادته من اللجوء إلى القاضي الوطني لطلب القيام بالإجراءات الوقتية و/أو التحفظية، كما يمكن أن يجبر بتنفيذ التدابير بالتدخل من طرف القضاء بطلب من محكمة التحكيم.

كما أنه ووفقاً للفقرة الأخيرة من المادة 1046 أعلاه، للقضاء الوطني عند أمره بالتدبير المؤقت أو التحفظي الأمر بتقديم ضمانات من الطرف الذي طلب التدبير، وفي هذا تطبيق للأمر الاستعجالي المنصوص في المادة 303 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³⁹⁹.

إذن للقاضي الحرية المطلقة في تقدير ما إذا كان يجب تقديم كفالة سواء شخصية أو نقدية، ففي الحالة الأولى يحدد القاضي في الأمر تاريخ تقديم الكفيل الشخصي أو إيداع المبلغ النقدي، ويجب أن تكون الكفالة ضامنة ومغطية بالقدر الممكن للضرر الذي يلحق المنفذ ضده من جراء عمليات التنفيذ، ومنه فإذا تم تقديم الكفيل فيجب أن يكون موسراً ومقتدراً، وإذا لم يحدد الحكم أو الأمر تاريخ تقديم الكفالة أو الكفيل فيجوز تقديمها في أي وقت، ولكن في هذه الحالة لا يمكن مباشرة التنفيذ قبل استيفاء هذا الإجراء⁴⁰⁰.

ومنه، فالاختصاص باتخاذ المسائل الوقتية والتحفظية ليس إقصائي، فلا يحرم الأطراف من إجراءات الاستعجال الفعالة والسريعة التي يتمتع بها القضاء الوطني دون غيره من الأنظمة الأخرى.

³⁹⁹ تنص الفقرة الأولى من المادة 303 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " لا يمس الأمر الاستعجالي بأصل الحق وهو معجل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن".

⁴⁰⁰ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 69.

على صعيد القانون الفرنسي، تضمنت قواعد التحكيم الجديدة في قانون الإجراءات المدنية، وبالتحديد المادتين 401¹⁴⁴⁹ و 402¹⁴⁶⁸ ما يبين نصه صراحة على اختصاص قضائه باتخاذ الإجراءات والتدابير الوقائية والتحفظية بخصوص المنازعات المتفق بشأنها على قضاء التحكيم فيما تعلق بالتحكيم الداخلي، كما تطبق على التحكيم الدولي، وذلك إعمالاً لنص للإحالة الواردة بنص المادة 1506 من نفس القانون.

تلخيصاً للعلاقة التي تربط بين المحكم والقاضي، أكد الاستاذ Philippe FAUCHARD، منذ 35 عامًا تقريبًا، أنه "بين القاضي والمحكم، يبدو أن انعدام الثقة قد اختفى. فبدلاً من الخصومة أو التنافس، تم التأسيس للتعایش، وهذا دون أن يكون لدى القاضي أي إرادة في "الاسترجاع" أو "الاستياء"؛ فسمح القاضي بازدهار التحكيم، لكنه احتفظ بسلطة التحكم فيه"⁴⁰³.

ثانياً- اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية:

يعتبر تدخل القاضي أثناء إجراءات التحكيم قيامه بإصدار قرارات مستعجلة لها صفة مؤقتة لحماية حق أو مال من وقوع ضرر قبل فوات الأوان وقبل البت في أصل الحق وهذه الإجراءات تنفذ فوراً⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ "L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'Etat aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire. Sous réserve des dispositions régissant les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires, la demande est portée devant le président du tribunal judiciaire ou de commerce, qui statue sur les mesures d'instruction dans les conditions prévues à l'article 145 et, en cas d'urgence, sur les mesures provisoires ou conservatoires sollicitées par les parties à la convention d'arbitrage".

⁴⁰² "Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires. Le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée.

⁴⁰³ Lotfi CHEDLY, « Incidence des questions préjudicielles sur l'instance arbitrale », *in le juge et l'arbitre, sous direct. Sami -BOUSTANJI et autres*, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, p103.

⁴⁰⁴ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 282.

هذه الحماية الوقتية لقضاء الدولة هي بمثابة الصورة الأولى للحماية تقدم من خلال خصومة لا تختلف عن الخصومة التي تقدم من خلال الحماية الموضوعية إلا في مواعيد الإجراءات وعدم تعمق القاضي في أدلة الحق⁴⁰⁵.

أما الصورة الثانية لهذه الحماية القضائية، فإنها تقدم من خلال الأوامر الوقتية والتحفظية دون الالتزام بإجراءات الخصومة ودون التقيد بمبدأ المواجهة، ومن هنا تتجلى خطورة هذه القرارات التي تتخذ في غيبة الخصم الآخر، وهذا ما دفع بالأستاذة حفيظة السيد الحداد إلى انتقاد موقف المشرع المصري في إجازته لاتفاق الخصوم على منح المحكم ولاية إصدار القرارات الوقتية والتحفظية⁴⁰⁶.

أما بالنسبة للأحكام المستعجلة، فإننا نرى، أنه ليس منطقياً أن يجرى المحكم من ولاية الفصل في المسائل المستعجلة، فإذا كان للمحكم سلطة الفصل في الدعاوى الموضوعية، وإذا كانت الدعاوى المستعجلة هي دعاوى تهدف لحماية الدعوى الموضوعية. وكنتيجة لذلك، وفي تقديرنا، أن للمحكم ولاية الفصل في المسائل المستعجلة حتى ولو لم ينص القانون على ذلك.

ليس هنالك خطورة في أن يصدر المحكم أحكاماً مستعجلة من خلال مبدأ المواجهة بين الخصوم، هذا مع الوضع في الاعتبار أن هناك ضابطاً مؤداه رقابة قضاء الدولة لهذا الحكم، ثم المساعدة التي تجعل هذا الحكم سنداً تنفيذياً، هذا الضابط هو سند التنفيذ.

ذلك أن المحكم ليس له سلطة الأمر بالتنفيذ فإن اتخذه للقرارات الخاصة بالإجراءات التحفظية لا يكون لها أثر فعال من الناحية العملية لأن سلطة التنفيذ محصورة بالسلطة العامة ويجب أن يصدر الأمر بذلك من قبل القاضي، إلا إذا كان قانون الإجراءات الواجب التطبيق يعطي للمحكم الحق في إصدار مثل تلك الأوامر، ولكن كقاعدة عامة أن القرارات الخاصة بالإجراءات التحفظية تصدر من قبل القاضي وهذا يمثل كما يقول Mondez "جانبا من جوانب التعاون بين قضاء الدولة وهيئات التحكيم"⁴⁰⁷.

ونظراً لعدم وجود نصوص موحدة في معاهدة نيويورك في هذا الشأن، فإنه يتعين على كل دولة أن تحدد ما إذا كان من الممكن اتخاذ هذه الإجراءات من قبل أجهزتها القضائية، ووفق لأية

⁴⁰⁵ علي سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص 259.

⁴⁰⁶ المرجع نفسه، ص 259.

⁴⁰⁷ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 282-283.

شروط، وإلى جانب هذه النتيجة الأولى المترتبة على مبدأ الاختصاص المشترك، والتي وفقا لها، لقضاء الدولة سلطة اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في حالة ما إذا طلب أحد الأطراف المتفقة على عرض موضوع النزاع على التحكيم، اتخاذها، فإن الفقه يرى أن لهذا المبدأ أيضا نتيجة ثانية وهي أن الالتجاء إلى قضاء الدولة لا يعني التنازل عن اتفاق التحكيم⁴⁰⁸.

أ- عدم التنازل عن اتفاق التحكيم:

إن النتيجة الثانية المترتبة على مبدأ الاختصاص المشترك بين قضاء الدولة والتحكيم باتخاذ التدابير والإجراءات الوقتية والتحفظية، هو عدم التنازل عن اتفاق التحكيم بالنسبة لموضوع المنازعة، وانعدام هذا التناقض نص عليه صراحة القانون النموذجي للتحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، حيث جاء فيه أنه: "لا يعتبر مناقضا لاتفاق التحكيم أن يطلب أحد الطرفين، قبل بدء إجراءات التحكيم أو في أثناءها، من إحدى المحاكم أن تتخذ إجراء وقائيا مؤقتا، وأن تتخذ المحكمة إجراء بناء على هذا الطلب"⁴⁰⁹.

كما نصت على ذلك لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس المادة الثامنة فقرة (05) منها⁴¹⁰.

ب- اختصاص المحكمين أنفسهم:

ماذا لو اتفق الأطراف على أن يكون لمحكمة التحكيم وحدها إصدار مثل هذه الأوامر؟ في محاولة للإجابة على هذا السؤال، حاول البعض تبرير إجازته لاتخاذ مثل هذه التدابير من طرف المحكمة التحكيمية أو عدم جواز ذلك، إذ يرى البعض أنه إذا نص الاتفاق على التحكيم صراحة على أن التحكيم يشمل المنازعات الموضوعية والمنازعات المستعجلة، فإنه يكون من الواجب احترام هذا الشرط، ولكن حتى في حالة الاتفاق الصريح على اختصاص محكمة التحكيم بنظر المسائل المستعجلة، فإن القضاء المستعجل يختص بنظر تلك المنازعات إذا كان مثلا غير ميسر لمحكمة التحكيم أن تفصل على الفور فيما لسبب يتصل بتشكيلها، أو لأي سبب جدي آخر، وحتى في حالة

⁴⁰⁸ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 32.

⁴⁰⁹ المادة 09 من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

⁴¹⁰ قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس، المطبعة ابتداء من 2017/03/01. لتفصيل أكثر اطلع على الموقع :

منع قاضي الأمور المستعجلة من إصدار القرار واقتصارها على محكمة التحكيم فإن هذا المنع لا ينفي عندئذ اختصاص القاضي باتخاذ الإجراءات والتدابير الوقائية والتحفظية، إذا كان هنالك خطر داهم لا يجدي لتفاديه الالتجاء إلى محكمة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع، أو لم يكن من الميسور الالتجاء إليها باعتبار أن نظام القضاء المستعجل هو من الضمانات الجوهرية لحماية مصالح المواطنين⁴¹¹.

في رأي آخر، يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار فكرة الفعالية، فللأطراف أن يتفقوا على الامتناع عن الالتجاء إلى محاكم الدولة لاتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية طوال فترة التحكيم، ويفترض لصحة هذا الرأي أن تكون القواعد المتعلقة بالإجراءات الوقائية والتحفظية مكتملة وغير متعلقة بالنظام العام، أما إذا ثبت العكس وكانت القواعد الخاصة بالإجراءات الوقائية والتحفظية تتصل بفكرة النظام العام، فإن الرأي السابق يتعدى أركانه.

ومن الثابت أن جميع الإجراءات الوقائية والتحفظية التي لا بد من اتخاذها في حالة الاستعجال تعد قواعد متصلة بالنظام العام وفقا للمفهوم المتعارف عليه لهذه الفكرة في إطار القانون القضائي الخاص الدولي المقارن وعلى نحو يؤدي إلى جلب الاختصاص إلى المحاكم الوطنية، وكذلك فإنه في حالة اتفاق الأطراف على أن تكون محكمة التحكيم السلطة في ذلك فإنه لا يحول دون اختصاص القضاء، وظهر من هذه الإجراءات أن محكمة التحكيم لن تكون قادرة على إجبار الطرف الذي سوف تتخذ في مواجهته على القيام بهذا الدور، وذلك حفاظا على وقت الأطراف من أن يضيع سدا ولتحقيق فعالية التحكيم واحترامه⁴¹².

لكن الأستاذ "وجدي راغب" يرى، أنه إذا كانت بعض التشريعات قد أجازت للمحكم اتخاذ إجراءات وقتية، كما هو الحال بالنسبة للقانون الأردني مثلا، الذي أعطى هذه الصلاحية لمحكمة التحكيم⁴¹³، فإن هذه الإجازة تأتي على خلاف الأصل، ولا يجوز التوسع في تفسيرها، كذلك فإنه لا يجوز الاتفاق على التحكيم بشأن مصلحة إجرائية بحثة⁴¹⁴.

⁴¹¹ عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 127.

⁴¹² المرجع نفسه، ص 127.

⁴¹³ نقلا عن: عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 115.

⁴¹⁴ علي سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص 182.

ولما كان من سمات القضاء العادي الأناة في تحقيق ادعاءات الخصوم في الدعاوى القضائية وعدم التسرع في إصدار الأحكام القضائية، ذلك أن التسرع يؤدي لا محالة إلى الظلم، لذلك رأت الأنظمة القانونية الوضعية عدم الاكتفاء بالقضاء العادي الذي تكون إجراءاته كثيرة وحركته بطيئة فأنشأ إلى جانبه القضاء المستعجل⁴¹⁵.

وفي هذا السياق، يقول الأستاذ الدكتور محمد نور شحاتة أن "الاستعجال هو المبدأ الوحيد لعدم استبعاد اختصاص قضاء الدولة عند وجود اتفاق التحكيم، ومن المهم أن يجد المتقاضين عندما تتحقق شروط الاستعجال قاضيا مستعدا دائما لاتخاذ التدابير التحفظية والوقائية"⁴¹⁶. ويمارس القضاء سلطة الرقابة القضائية من خلال تدعيم سير الإجراءات بإصدار الأوامر الوقائية والتحفظية، أو رفض إصدارها، وتعد هذه إحدى صور التعاون بين القضاء والتحكيم، والتي نصادفها في العديد من الإجراءات الوقائية والتحفظية التي لا يملك المحكم إصدارها، أو عندما يحضر الأطراف عليها اتخاذها فيفضل الاختصاص بنظر المسائل الوقائية والتحفظية للقضاء⁴¹⁷.

كقاعدة عامة، التدابير الوقائية والتحفظية، التي يطلق عليها اسم "تدابير مؤقتة"، تم تجميعها في ثلاث فئات، هي⁴¹⁸:

(أ) - التدابير المتعلقة بإدارة أو حفظ الأدلة.

(ب) - تدابير للحفاظ على علاقات الأشخاص أثناء سير الإجراءات.

(ج) - تدابير للحفاظ على وضعية معينة أو واجب معطى.

وتظهر أهمية التدابير الوقائية والتحفظية بالنسبة للمنازعات التحكيمية بشكل أكبر، حيث الحاجة إليها أشد خاصة مع وجود مبررات تتطلبها والتي يمكن بيان بعضها فيما يلي⁴¹⁹:

1- الحاجة إلى السرعة في بعض القضايا والتي تتطلب إجراء فوري وسريع، ولتفادي البطء الذي قد يلزم إجراءات التحكيم إلى أن يتم الفصل في موضوع النزاع.

⁴¹⁵ عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 115.

⁴¹⁶ نقلا عن: علي سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص 182.

⁴¹⁷ المرجع نفسه، ص 352.

⁴¹⁸ KENFACK DOUJANI Gaston, « Les mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage OHADA », *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° (8, janvier-février-Mars 2000, p.3.

⁴¹⁹ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 103.

2- إن الغاية من هذه التدابير هي غاية وقائية لحماية الطالب من ضرر محتمل، وليست غاية تهدف إلى إزالة ضرر حال.

3- يؤدي اتخاذ هذه الإجراءات بمعرفة هيئات التحكيم إلى الاقتصاد في الوقت والنفقات فضلاً عن تخفيف العبء عن القضاء.

أما الاتجاه الثالث، فيظهر من خلال رأي الأساتذة Fauchard, Gaillard, Goldman، والذي يشير إلى أن سلطة اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية متأصلة في المحكمة التحكيمية، فلديها سلطة اتخاذ تدابير مؤقتة تحمي وضعية معينة، مثلها مثل تدابير حفظ الأدلة والأمر بتدابير إدارية، لكن بدون تنفيذ جبري وبشكل عام، ستحرم محكمة التحكيم من مثل هذه السلطة، عندما تطبق تدابير قصورية⁴²⁰.

وبخلاف ذلك، فإن حرمان المحكم من أي اختصاص في هذا المجال سيفتح الطريق أمام الإجراءات القضائية الموازية التي تعتبر أكثر خطورة على كفاءة واستقلالية التحكيم من تدخل التحكيم نفسه، إضافة إلى ذلك، فإن الأطر المؤسسية للتحكيم التجاري الدولي، تتنوع في مسائل التدابير المؤقتة والحمائية، إلى جانب التشريعات التي لا تقدم شيئاً في هذا الصدد⁴²¹.

بالرغم من اختلاف الآراء الفقهية حول اتفاق الأطراف بمنح الإجراءات الوقائية والتحفظية للمحكمة التحكيمية وأهمية هذه الأخيرة على القضاء الوقي بإصدارها وبناء على المبررات السالفة الذكر، يمكننا القول أنه حتى ولو اتفق الأطراف على منح سلطة إصدار التدابير الوقائية والتحفظية للمحكمة التحكيمية، إلا أن للقضاء الوقي دور فعال في تحقيق فعالية التحكيم كنظام قانوني حتى قبل أن تبدأ خصومة التحكيم، فإذا كان هنالك خطر لا يمكن التصدي له حتى تتشكل محكمة التحكيم ويطرح النزاع عليها، فإن الاختصاص ينعقد للقضاء الوقي لإصدار أحكام مستعجلة أو أوامر وقتية.

لكن الفقه يتفاوت في تقدير هذا الاختصاص، وتختلف القوانين الوطنية المنظمة للتحكيم، واللوائح المنظمة لغرف التحكيم، والمعاهدات المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، حول كيفية توزيع

⁴²⁰ FLORES PATINO Alejandro, Compétence du tribunal arbitral dans l'arbitrage commercial, Mémoire présenté à la faculté des études supérieures en vue de l'obtention de grade de Maîtrise en droit, université de Montrial, février 2006, p36.

⁴²¹ FLORES PATINO Alejandro, op.cit, p36.

الاختصاص بنظر الإجراءات الوقتية والتحفظية بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم والمبادئ التي تحكم هذا التوزيع⁴²².

انطلاقاً من كون أن المحكم هو قاضي بموجب القانون، فإن المحكم هو الشخص الذي أوكل إليه الطرفان مهمة تسوية الخلاف الذي نشأ بينهما، من هذا التعريف المقبول بشكل عام، من السهل أن نتذكر أن المحكم مكلف بمهمته من قبل الأطراف التي نشأ بينها نزاع، لكن تحديداً، هذا التعريف غير مكتمل، لأنه يتجاهل تماماً حقيقة أن المحكم مكلف أيضاً بمثل هذه المهمة بموجب القانون، ومن ناحية أخرى، أن هذا القانون نفسه يعترف بسلطات المحكم المماثلة لتلك الممنوحة لقضاة الدولة، فمن الواضح أن هذين المفهومين يقربان مكانة المحكم إلى مكانة قاضي الدولة⁴²³، وأن كلاهما مختص بإصدار تدابير، كتلك المتعلقة بالتدابير الوقتية والتحفظية.

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، نجد أن المشرع كما في قانون الإجراءات المدنية الملغى، عدد جملة من أوجه المساعدة التي يمكن أن يقدمها القاضي في هذا المجال كرقابته على القيام بالمهمة التحكيمية في آجالها القانونية، وكذا الأمر بالتدابير المؤقتة والتحفظية والأمر بتنفيذها سواء الصادرة منه أو من المحكمة التحكيمية⁴²⁴.

إن اختصاص المحكمين أنفسهم باتخاذ الإجراءات والتدابير المؤقتة والتحفظية، هو بمثابة النتيجة الثالثة المترتبة عن مبدأ الاختصاص المشترك بين القاضي الوطني والمحكم.

تذهب بعض القوانين الوطنية إلى تقرير السلطة للمحكمين أنفسهم في مخاطبة الجهات القضائية الوطنية وذلك من أجل ضمان فعالية ما يصدر عنهم من قرارات، ولعل القانون الدولي الخاص السويسري في المادة 183 فقرة (02) يعبر عن هذا الاتجاه، وكذلك القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 بشأن المرافعات المدنية والتجارية في المادة (02/24)⁴²⁵.

يبدو أن الاتجاه الحالي في التحكيم الدولي هو تضمين القوانين الدولية لنصوص تعطي المحكم الحق في إصدار قرارات لاتخاذ الإجراءات الوقائية أو المؤقتة، ففي القانون النموذجي

⁴²² حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 17.

⁴²³ MANCIAUX Sébastien, op.cit., p.33.

⁴²⁴ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 57.

⁴²⁵ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 37.

للتحكيم نص على جواز صدور أمر من محكمة التحكيم لأي من طرفين النزاع بناء على طلب أحدهما، اتخاذ أي تدبير وقائي أو مؤقت تراه ضروريا بالنسبة لموضوع النزاع ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك⁴²⁶، وقد جاء في نص المادة أن: "يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر تدبيرا مؤقتا بناء على طلب أحد الطرفين، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"⁴²⁷. ولكن الفقه يتساءل عن مدى فاعلية قرارات المحكم في هذا المجال.⁴²⁸

أ) القرار الذي يصدره المحكم لاتخاذ إجراءات احتياطية أو تحفظية لا يتعدى أثره طرفي النزاع والمفروض أن أطراف النزاع التي قبلت اللجوء إلى التحكيم تقبل بتنفيذ الإجراءات وعند عدم الامتثال للأمر يبقى للطرف الآخر طلب التعويض إذا أصابه ضرر من جراء عدم الامتثال للأمر وتنفيذ الإجراء الواجب اتخاذه.

ب) يظهر من الواقع أن أحكام التحكيم تنفذ طوعا، لكن يمكن أن تنفذ بموجب طرق التنفيذ الجبري وهذا ينطبق أيضا في حالة اتخاذ قرار الإجراءات الاحتياطية من قبل المحكم فالمطلوب تنفيذ القرار جبرا في حالة عدم التنفيذ الطوعي.

ج) إن إعطاء المحكم الحق في اتخاذ قرارات حول إجراءات تحفظية لا يمنع الطرفين من اللجوء إلى المحاكم لاتخاذ مثل تلك القرارات وبالأخص أن تلك الأحكام لها القوة التنفيذية الجبرية.

ومع ذلك، فإن الاتجاه على الصعيد الدولي هو إعطاء المحاكم أو محكمة التحكيم الحق في اتخاذ مثل هذه الإجراءات إذا خشي من وقوع ضرر أو لمنع تصرف يقوم به أحد الأطراف ويؤثر في حماية حق الآخر هذا ما نجده في قواعد الأونسترال⁴²⁹، وتنص هذه الأخيرة على أن:

"1- لهيئة التحكيم، أن تتخذ بناء على طلب أحد الطرفين، ما تراه ضروريا من تدابير مؤقتة بشأن الموضوع محل النزاع، بما في ذلك إجراءات المحافظة على البضائع المتنازع عليها كالأمر بإيداعها لدى الغير أو بيع السلع القابلة للتلف.

2 - يجوز أن تتخذ التدابير المؤقتة في صورة قرار تحكيم مؤقت. ولهيئة التحكيم أن تشرط تقديم كفالة لتغطية نفقات التدبير المؤقت.

⁴²⁶ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 284.

⁴²⁷ المادة (17) من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

⁴²⁸ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 284.

⁴²⁹ صادق محمد محمد الجبران، التحكيم التجاري الدولي- وفقا لاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 بحث في قانون التجارة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 132.

3- الطلب الذي يقدمه أحد الطرفين إلى سلطة قضائية باتخاذ تدابير مؤقتة لا يعتبر مناقضا لاتفاق التحكيم أو نزولا عن الحق في التمسك".

ووفقا للمادة 5/8 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية، فإن الأطراف المعنية أن تطلب، قبل تسليم ملف التحكيم للمحكم، أو بعد تسليمه، ولكن بصفة استثنائية إلى أية سلطة قضائية اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية دون أن يشكل طلبها مخالفة لاتفاق التحكيم الذي يربطها، ودون المساس بالسلطة المقررة للحكم في هذا الصدد⁴³⁰.

يبدو لنا جليا، أن الاتجاه الثالث الذي يتبنى فكرة الاختصاص المشترك بين القاضي والمحكم في طائفة الإجراءات الوقتية والتحفظية حاول قدر الإمكان تفسير أن الالتجاء إلى القضاء ليس تنازلا عن اتفاق التحكيم.

وعلى الرغم من هذه المزايا المشار إليها، ومع ذلك، فإن مبدأ الاختصاص المشترك غير قادر على تفسير حجز الاختصاص ببعض الإجراءات الوقتية والتحفظية في نطاق الاختصاص القاصر للمحاكم الوطنية والاعتراف للمحكم باتخاذ بعض الإجراءات الوقتية والتحفظية الأخرى، وقصور مبدأ الاختصاص المشترك عن تفسير ذلك الأمر لا يعني أنه مرفوض، بل يكشف أن وظيفة هذا المبدأ مجرد وظيفة تقريرية تقتصر على ملاحظة ظاهرة توزيع الاختصاص دون أن يقدر على إعطاء التفسير الكامل لهذه الظاهرة⁴³¹.

أخيرا، يضل لقضاء الدولة ولاية إصدار القرارات الوقتية، التي تبرز الدور المساعد الذي يحقق به قضاء الدولة فعالية التحكيم⁴³². ذلك أن عدم خضوع الطرف الذي صدر ضده قرار اتخاذ الإجراءات المؤقتة أو الاحتياطية أن تلجا محكمة التحكيم أو المحكم إلى القاضي وتطلب معاونته في اتخاذ القرار الخاص بالتنفيذ الجبري لتلك الإجراءات وفي هذه الحالة يقوم القاضي بتطبيق قانون الإجراءات الذي يطبقه بالنظر في الدعوى⁴³³.

⁴³⁰ صادق محمد محمد الجبران ، ص 132.

⁴³¹ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 46.

⁴³² علي سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص 190.

⁴³³ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 285.

هذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "إذا لم يقف الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

وهذا ما نجده في الفقرة الثانية من المادة 183 الواردة في الفصل الثاني عشر من القانون السويسري الجديد الخاص بقواعد القانون الدولي الخاص والتي نصت على أنه إذا لم يخضع الطرف المعني لتلك الإجراءات من تلقاء نفسه يمكن لمحكمة التحكيم أن تطلب مساعدة القاضي المختص، ويقوم هذا الأخير بتطبيق قانونه⁴³⁴. وعليه، يكون قرار الحجز أو أي إجراء تحفظي يتخذه المحكم ليس له الإلزام ولا يمكن تنفيذه جبراً ولكن قد يقبل الطرفان اتخاذ مثل هذا الإجراء وبالتالي يتعاونان على تنفيذه. والقاعدة أن لأحد الطرفين إذا أراد اتخاذ مثل هذه الإجراءات إن يلجأ إلى القضاء باتباع الإجراءات الاعتيادية في مثل تلك الحالات وطبقاً للإجراءات الخاصة بإقامة الدعوى المستعجلة في هذا الشأن أمام القاضي⁴³⁵.

وجدير بالذكر، أن قانون المرافعات الليبي على سبيل المثال، الصادر في 1953/11/28 قد نص صراحة في المادة 758 منه على أنه: "ليس للمحكّمين أن يأذنوا بالحجز ولا بأية إجراءات تحفظية، وإذا أذن قاض مختص بالحجز في قضية منظورة بطريق التحكيم فعليه أن يقرر صحة الحجز دون المساس بموضوع القضية، وعلى هذا القاضي أن يصدر قراراً بإلغاء الحجز حين يقرر المحكمون ذلك"⁴³⁶.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة (29) من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري نصت على أن للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين اتخاذ إجراء مؤقت أو تحفظي تراه ضرورياً، إلا أن القاعدة العامة تقضي بأن القرارات الخاصة بالإجراءات التحفظية تصدر من قبل القاضي، ويعتبر ذلك من بمثابة التعاون بين قضاء الدولة ومحاكم التحكيم وأن يكون طلب اتخاذ الإجراء مقدم إلى القاضي في المحكمة المختصة حسب الأحوال كمحكمة مكان التحكيم أو محكمة مكان المدعى عليه أو مكان وجود الأموال المراد اتخاذ الإجراءات التحفظية بشأنها⁴³⁷. والقرار الذي يتخذه القاضي له صفة

⁴³⁴ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 285.

⁴³⁵ المرجع نفسه، ص 286.

⁴³⁶ المادة 758 من قانون المرافعات الليبي.

⁴³⁷ صادق محمد محمد الجبران، مرجع سابق، ص 130.

الاستعجال كالحجز الاحتياطي، أو منع وقوع ضرر أو إيقاف بعض الأعمال والتصرفات، أو منع التصرف في ملك الغير بدون حق⁴³⁸.

وفي الوقت الذي اعترفت فيه القوانين السالف ذكرها، أن التحكيم مؤسسة ذات طابع قضائي، وبعد أن سمحت بتدخل القاضي في مثل هذه المسائل، تم التأكد من أن قاضي المحكمة كان دائماً في متناول اليد، بصفته «Juge de bon secours»، حسب تعبير Doyen Cornu فمن الناحية العملية، يتدخل القاضي «secourable» من بين أمور أخرى، لمنح قابلية التنفيذ لقرار التحكيم تفضيلاً على الأمر الإجرائي الذي يصدره المحكم في المسائل الوقتية، فحقيقة، يهدف تدخله إلى تعزيز سلطة محكمة التحكيم، التي لا تتمتع بسلطة التنفيذ والسماح للأطراف بإجراء إجراءات التحكيم بشكل صحيح وفعال، فالمهمة التقليدية للمحكم تكلفه بمسؤولية إصدار الحكم، أي تسوية النزاع؛ ولذلك فهو يتمتع بالسلطة القضائية ولكن ليس السلطة التنفيذية، على عكس ذلك، يتمتع القاضي بكليهما. وهكذا، على حد تعبير P. Jarroson⁴³⁹ « *La faiblesse congénitale de l'arbitrage réside dans l'absence d'imperium de l'arbitre* » .

ثالثاً: شروط التدخل القضائي

يرتبط التدخل القضائي باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية بتوافر مجموعة من الشروط الهامة والرئيسية، أولها حالة الاستعجال⁴⁴⁰، وعدم المساس بأصل الحق، ثم سنعرض الشرط الثالث والأخير والمتعلق بكون الاجراء المطلوب واجب التنفيذ في دولة القاضي المطلوب إصدار الإجراء منه.

1- توفر الاستعجال:

على الرغم من اقتضاء الأحكام القضائية واتفاق الفقه على ضرورة تحقق حالة الاستعجال⁴⁴¹، وعلى اعتبار أن الاستعجال يعد الشرط الرئيسي لانعقاد الاختصاص لقضاء

⁴³⁸ صادق محمد الجبران، مرجع سابق، ص 132.

⁴³⁹ نقلا عن: CHEDLY Lotfi, op.cit.,p.83-84.

⁴⁴⁰ ميز المشرع بين حالتين في الاستعجال، أحدهما تتضمن الاستعجال العادي وأخرى تتعلق بحالة الاستعجال القصوى. والحالتين اشبه بما هو وارد في فقرتي المادة 184 من قانون الإجراءات المدنية. أنظر: بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 09/08 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، منشورات البغدادي، 2009 الجزائر، ص 218.

⁴⁴¹ الاستعجال هو شرط أساسي لاختصاص القضاء المستعجل، وعنصر من عناصره بحيث أن الاستعجال هو العنصر الذي يعد الجهة القضائية المختصة ومدى اختصاصها وكذا الإجراءات المتبعة امامها. راجع: الغوثي بن ملح، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، 2000، ص 09.

الدولة باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، إلا أنه من الملاحظ عدم تحديد ما هو المقصود بحالة الاستعجال بصفة عامة⁴⁴².

فالمشعر الجزائري لم يتصد بالتعريف للمقصود بحالة الاستعجال، كما ليس هنالك تعريف محدد لحالات الاستعجال ولا هي واردة على سبيل الحصر، إنما يؤخذ بمعيار دفع الضرر الذي لا يمكن أو يصعب جبره لاحقاً بموجب أمر ذي طبيعة مؤقتة⁴⁴³.

حالة الاستعجال يصعب تعريفها، إذ هنالك حالات تتشابه مع الاستعجال، مثل وجه السرعة (célérité) والخطر (Péril) وأقصى الاستعجال (extrême urgence) والضرورة (nécessité) وهذه الأوصاف كلها تتضمن عنصر الاستعجال⁴⁴⁴.

وفي كل الأحوال، فإن المواد التي ينعقد فيها الاختصاص لقاضي الاستعجال للفصل فيها كثيرة، ففي بعض الحالات السبب الذي يستدعي تدخل القاضي هو خشية زوال آثار أو معالم الواقعة المطلوب إثباتها أو معاينتها أو رد خطر محقق، وفي بعض الحالات قد لا يرقى الأمر إلى خطر محقق وإنما المحافظة على حقوق ثابتة بات صيانتها بصفة مستعجلة ضرورياً⁴⁴⁵.

ويذهب جانب من الفقه –وبحق- إلى أن حالة الاستعجال التي تبرر انعقاد الاختصاص لقاضي الأمور الوقتية، هي التي يكون فيها من المستحيل، الوصول في الوقت المناسب إلى حل للمنازعة، بإتباع الإجراءات المعتادة، فيتحقق الاستعجال والذي يبرر، انعقاد الاختصاص لقاضي الأمور الوقتية، في جميع الحالات، التي يكون فيها من المستحيل الوصول في الوقت المناسب إلى حل للمنازعة، بإتباع الإجراءات المعتادة⁴⁴⁶.

وهذا التعريف يصلح سواء تعلق الأمر بانعقاد الاختصاص لمحكمة التحكيم أو تعلق الأمر بانعقاد الاختصاص للجهات القضائية الوطنية أو الأجنبية⁴⁴⁷.

⁴⁴² حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 184.

⁴⁴³ بريارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 219.

⁴⁴⁴ الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص 13.

⁴⁴⁵ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 61.

⁴⁴⁶ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 184.

⁴⁴⁷ المرجع نفسه، ص 185.

بل أن الاستعجال، يعد ضابطاً من ضوابط الاختصاص الاستثنائية في العديد من الأنظمة القانونية ومن بينها القانون الجزائري والمصري والفرنسي، والتي بناء عليه يتم جلب الاختصاص للقضاء الوطني من أجل إصدار الإجراءات الوقتية والتحفظية، في العديد من الفروض التي لا يوجد هنالك أي ضابط اختصاص قضائي، بناء على توافره، يتحقق الاختصاص للقضاء الوطني⁴⁴⁸. والقضاء المستعجل قضاء مؤقت لا يمس أصل الحق وإنما يرمي إلى تدارك خطر محقق به بأحكام عاجلة تصدرها المحكمة بعد إجراءات مختصرة وفي مواعيد قصيرة، والعلة التي تدعو إلى إيجاد القضاء المستعجل هو استغراق القضاء العادي فترة قد تطول، الأمر الذي يؤدي إلى تعرض الحق خلاله إلى ضرر لا يمكن صده، حتى لو صدر الحكم في موضوعه، وهذه الصلة قد تكون متوافرة فيما لو كان النزاع معروضاً على محكمة التحكيم أيضاً⁴⁴⁹.

ونظراً لما تتسم به الأمور المستعجلة من الارتباط بموضوع النزاع، وأنها ذات طبيعة وقتية، وتهدف إلى ضمان جدوى وفعالية الحكم الموضوعي المزمع إصداره فإن القضاء لا يجيب طالب الإجراء الوقتي إلى طلبه بالضرورة، فقد يقدر عدم وجود استعجال أو تهديد يقتضي الحماية الوقتية خاصة إذا كان الإجراء المطلوب لا يتعلق بالمال المتنازع بشأنه، كما لو طلب الحجز على حساب بأحد البنوك لا صلة له بالنزاع⁴⁵⁰.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو كيفية التحقق من وجود هذا الشرط؟

للإجابة على هذا التساؤل سنعرض لعنصرين:

أ-تحقق شرط الاستعجال:

على الرغم من أن الإجراءات التحفظية يشار إليها عادة بشكل عام إلا أن الإجراءات التحفظية، تغطي أفكاراً متنوعة، ويمكن التمييز بين الإجراءات التي تهدف إلى المحافظة على واقعة معينة من التغير، وتلك التي تهدف إلى المحافظة على أدلة الإثبات وأخيراً تلك التي تمهد لتنفيذ حكم التحكيم⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 28.

⁴⁴⁹ عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 115.

⁴⁵⁰ هدى مجدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 352.

⁴⁵¹ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 185.

هنالك التدابير التي تهدف إلى المحافظة على واقعة معينة من التغيير: قد تتطلب بعض الأوضاع اتخاذ إجراءات وتدابير وقتية وتحفظية تهدف إلى بقاء الأشياء على ما هي عليه، والتي يلزم اتخاذها على وجه السرعة.

لكن ما هو القضاء الذي يتجه إليه الطرف الذي يهيمه التعجيل باتخاذ مثل هذه الإجراءات، هل هو قضاء المحاكم الوطنية أو التحكيم؟

الواقع أنه إذا لم يتم تشكيل محكمة التحكيم، فإن الالتزام بالالتجاء إلى التحكيم يمكنه أن يؤدي، إذا أخذنا بعين الاعتبار حالة الاستعجال التي تحيط بالمسألة، إلى تحقق حالة من حالات إنكار العدالة، بل وحتى إذا تم تشكيل هذه المحكمة فإنه يبدو من الأكثر فعالية الالتجاء إلى قاضي الأمور الوقتية والذي يتمتع القرار الصادر عنه بالصيغة التنفيذية بقوة القانون بدلا من الالتجاء إلى المحكمين والتي تخضع الأحكام الصادرة عنهم لكي تتمتع بالصيغة التنفيذية لضرورة صدور الأمر بالتنفيذ أولا⁴⁵². إذن يتطلب اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية بخصوص المحافظة على شيء والإبقاء عليه، شرط الاستعجال. كما يوجد أيضا التدابير التي تهدف إلى المحافظة على دليل من أدلة الإثبات: تتدخل المحكمة عندما لا يستطيع المحكمون تنفيذ مهامهم لتفعيل مهامهم، حيث تستطيع المحكمة الاحتفاظ بالأدلة، وتعين شخص للدخول إلى أي موقع يخص المتنازعين للحصول منه على أدلة، ويعتبر جانب من الفقه أن من خصائص القانون النموذجي مساهمة المحكمة في تقديم الدليل حيث أن التوظيف الخاص والفعال للتحكيم يعتمد على مساهمة المحكمة في تدعيم القرارات الإجرائية لمحكمة التحكيم⁴⁵³.

ويتم تقدير توافر عنصر الاستعجال من عدمه بفحص مدى قدرة المحكمين أنفسهم على اتخاذ الإجراءات الملتزم اتخاذها من قضاء الدولة، على نحو محقق لمصالح الأطراف ودرئاً للخطر المستعجل⁴⁵⁴.

وهنالك أيضا التدابير الممهدة لتنفيذ حكم تحكيمي: تهدف بعض الإجراءات التحفظية إلى تنفيذ حكم التحكيم المحتمل الصدور، وذلك بما تفرضه من حظر على المدين في التصرف في

⁴⁵² حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 186.

⁴⁵³ عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 134.

⁴⁵⁴ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 190.

الأموال التي يمكن تنفيذ هذا الحكم عليها، وذلك هو الشأن فيما يخص حجز التحفظي، وهذه الإجراءات بما تضمنته من الإيجاب والالتزام تتعلق بالاختصاص القاصر على المحاكم الوطنية ووجود اتفاق تحكيم أو حتى إجراءات تحكيمية، لا تحرم المحاكم المعينة من السلطة في اتخاذ هذه الإجراءات⁴⁵⁵. وترتبا على ما تقدم، نستخلص أن وجود الخطر وتحقق شرط الاستعجال بشأن اتخاذ الإجراءات والتدابير الوقائية والتحفظية ضروريان في كل حالة من الحالات الثلاث السالفة الذكر.

ب- عدم المساس بأصل الحق:

يقصد بأصل الحق، كل ما يتعلق بجوهره⁴⁵⁶، فلو رفعت دعوى أمام المحكمة وكان موضوعها يخص وجود الحق موضوع النزاع التحكيمي أو صحته أو تغير آثاره القانونية الذاتية أو المتفق عليها، فإن القاضي يرفض الطلب كون هذه المسائل تمس أصل الحق وللمحكم وحده الفصل فيه⁴⁵⁷.

إذن، يتعين على القاضي إلا بالنظر في موضوع النزاع عند اتخاذه لتدبير، وإذا تطلب اتخاذ تدبير النظر في موضوع النزاع، فيتعين على القاضي الحكم بعدم اختصاصه، لأن المحكم فقط من يمكنه اتخاذ هذا التدبير⁴⁵⁸. وقد تصدت المحكمة العليا الجزائرية⁴⁵⁹ لمثل هذه المسألة بالقول أن

⁴⁵⁵ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 190.

⁴⁵⁶ بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 220.

⁴⁵⁷ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 63.

⁴⁵⁸ مريم دواس ومحمد أنيس زياد، المرجع السابق، ص 21.

⁴⁵⁹ قرار المحكمة العليا، ملف رقم 34776 بتاريخ 03/23/1985، بين مؤسسة كروزلوار وشركة الشمال الإفريقي للأشغال العمومية والبناء حيث جاء فيه: " متى كان من المقرر قانونا أنه عندما يقتضي البت في تدبير مؤقت أو تحفظي، فإن الطلب يرفع بعريضة إلى رئيس الجهة القضائية للدرجة الأولى المختصة بموضوع الدعوى، ومن المقرر كذلك أن الأوامر التي تصدر في المواد الاستعجالية لا تمس بأصل الحق ومن ثمة فإن القضاء يرفض دعوى تعيين خبير بإجراء جرد حضوري بين الأطراف للإحصاء الخدمات المنجزة من اليد العاملة ومواد البناء المستهلكة وكذا العتاد المستعمل، بعد إساءة في تطبيق القانون إذا كان من الثابت - في قضية الحال- أن بند التحكيم ملزم للطرفين ويكون هذا التدبير ضمن موضوع اتفاق التحكيم ويضر بحقوق الطرفين، فإن هؤلاء القضاة بفصلهم في الدعوى بعدم الاختصاص في تعيين خبير، أساؤوا تطبيق القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الشركة الطاعن تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ ". أشار إلى هذا القرار: مريم دواس ومحمد أنيس زياد، المرجع السابق، ص 21.

وجود الشرط التحكيمي لا يمنع قاضي الأمور المستعجلة من اتخاذ تدبير تحفظي أو وقتي وبالأخص تعيين خبير لإجراء جرد حضوري بين الأطراف بغرض إحصاء الخدمات المنجزة⁴⁶⁰.

ج- أن يكون الاجراء المطلوب اتخاذه واجب التنفيذ في دولة القاضي:

يتطلب تفهم هذا الشرط والسبب الداعي إلى تطلبه، في العديد من الأنظمة القانونية، التعرض بشكل عام إلى ذاتية طابع الاستعجال الذي يبرر عقد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية بنظر المنازعات المتضمنة على عنصر أجنبي، على الرغم من عدم وجود ضابط قضائي مستقل بمنحها هذا الاختصاص، فمن المعروف، أن تلك الذاتية تستمد من الحماية القضائية السريعة والوقتية التي يحققها الاجراء الملتمس اتخاذه⁴⁶¹.

وتحقيق تلك الحماية لا يتم بمجرد عقد الاختصاص القضائي لقضاء الدولة بل لابد لتحقيق هذه الحماية العاجلة أن تلحق السرعة أيضا تنفيذ الاجراء المطلوب اتخاذه، إذ أن التأخير في التنفيذ يضيع، دون أدنى شك، الهدف من اللجوء إلى القضاء المستعجل لاتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية وهو أمر مستبعد إذا كان الاجراء العاجل المطلوب اتخاذه واجب التنفيذ في إقليم الدولة، هذا من ناحية⁴⁶².

ومن ناحية أخرى، فإنه من الثابت أن الهدف من اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية هو تحقيق السلام الاجتماعي في دولة القاضي ولما كان القاضي الوطني لا يلتزم إلا بالمحافظة على الأمن والسكينة والسلام على إقليم دولته، وبالتالي فإن القاضي الوطني لا يكون مختصا إذا كان الاجراء المستعجل المطلوب اتخاذه واجب التنفيذ في الخارج⁴⁶³.

مما سبق، وبعد استعراضنا للشروط الواجب توافرها، فإن الاختصاص باتخاذ الإجراءات والتدابير الوقتية والتحفظية في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، هو اختصاص أصيل لقاضي الدولة وهذا ما أخذت به العديد من القوانين الوطنية.

⁴⁶⁰ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 63.

⁴⁶¹ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 214.

⁴⁶² المرجع نفسه.

⁴⁶³ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 214.

ولكن هل من الممكن ألا يحول دون انعقاد هذا الاختصاص أي حائل؟ بعبارة أخرى: هل من قيود تحد من التدخل القضائي؟

الفرع الثاني

حدود التدخل القضائي

تشكل كل من إرادة الأطراف وكذا بعض القيود القانونية الأخرى، حدوداً تمنع من التدخل القضائي فيما يخص إصدار الإجراءات الوقتية والتحفظية بشأن المنازعات المتفق على خضوعها للتحكيم، ذلك أنها تعتبر أسباباً سالبة للاختصاص القضائي وحدوداً تمنعه من اتخاذ هذه التدابير على الرغم من اختصاصه الأصلي بها بمنحها لقاضي التحكيم.

يبدو لنا من الضروري في هذا الصدد، وحتى يتسنى لنا فهم حدود التدخل القضائي، لا بد من توضيح تأثير إرادة الأطراف كقيد شخصي والذي يعد من القيود التي ترد على قضاء الدولة عند إصداره لتدابير وقتية و/أو تحفظية (أولاً)، ثم تبيان القيد الثاني وهو قيد قانوني يحد بدوره من تدخل القاضي (ثانياً).

أولاً: إرادة الأطراف كقيد على التدخل القضائي

تماشياً مع مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم، وتفعيلاً لهذا المبدأ تم الأخذ بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وهو المبدأ المكرس في جميع قوانين الدول بما فيها القانون الجزائري بنص المادة 106 من القانون المدني، وذلك بمجرد اتفاق الأطراف على شرط التحكيم بإدراجه كبند في العقد الأصلي، أو بإبرام اتفاق مستقل باللجوء إلى التحكيم⁴⁶⁴.

فلقد أعطى القانون لإرادة الأطراف القدرة على استبعاد هذا الاختصاص المقرر لقضاء الدولة، بشأن العديد من الإجراءات ومنها التدابير الوقتية والتحفظية ومنحه لقضاء التحكيم، وإرادة الأطراف تلعب دوراً هاماً في سلب الاختصاص من القضاء الوطني المختص أصلاً بإصدار الإجراءات الوقتية والتحفظية، ومنحه للمحكم⁴⁶⁵.

والاعتراف بهذا الدور لإرادة الأطراف في ترتيب هذا الأثر المزدوج أمر تقره الكثير من الأنظمة القانونية الوضعية ولوائح التحكيم والمعاهدات الدولية، بل أن جانباً من الأحكام القضائية يعترف

⁴⁶⁴ مهدي ديانة، بلحيمر عمار، المرجع السابق، ص 71.

⁴⁶⁵ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 218.

بهذا الدور للإرادة، فلقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 18 نوفمبر 1986 إلى تقرير أن سلطة القاضي الوطني في إصدار الأوامر التحفظية لا يمكن استبعادها إلا بناء على اتفاق صريح من قبل الأطراف أو بناء على اتفاق ضمني يستفاد من اختيار الأطراف للائحة تحكيم تتضمن مثل هذا التنازل⁴⁶⁶.

وحسب اعتقادنا، فإنه وإن كان هذا القيد الشخصي يحد من التدخل القضائي لكنه في بعض الأحيان لا يمكنه منع السلطة القضائية من اتخاذ الإجراءات والتدابير الوقائية والتحفظية خاصة تلك التي يتطلب فيها الاجبار. ولا تعد إرادة الأطراف القيد الوحيد على اختصاص القاضي الوطني باتخاذ الأوامر الوقائية والتحفظية، بل هنالك قيد ثاني يتمثل في وجود ميزة في الطرف الذي ستؤخذ في مواجهته تلك التدابير، كأن يتميز بالحصانة ضد إجراءات التنفيذ أو تمتعه بالحصانة القضائية، وهما الميزتان اللتان سنورد شرحهما الآن.

ثانياً: الحصانة القضائية والحصانة ضد إجراءات التنفيذ تحد من التدخل

القضائي

قبل التعرض لهذا الجانب، وجب التنويه بأن دول عدة كانت تتمسك بالحصانة القضائية، بمعنى أنها كانت لا تحبذ إخضاع منازعاتها لقضاء أجنبي، ما يمكنه أن يخلق صعوبات كنتيجة لاختلاف القوانين والإجراءات المفروض اتباعها للاعتراف ومن ثمة التنفيذ⁴⁶⁷.

تثير هذه الإجراءات والتي من بينها الإجراءات التحفظية مشكلة خاصة فيما يتعلق بعلاقتها بالحصانة التي تتمتع بها الدولة، وذلك في حالة ما إذا أراد أحد الأطراف اتخاذ هذه الإجراءات في مواجهة دولة أجنبية أو شخص عام أجنبي، ولكن هل يتعين بحث هذه الإجراءات التحفظية من زاوية علاقتها بالحصانة القضائية التي تتمتع بها الدولة والأجهزة العامة التابعة لها أم من زاوية اتصالها بالحصانة ضد إجراءات التنفيذ؟⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 218.

⁴⁶⁷ بودي بوبكر، "معيار التفرقة بين التحكيم التجاري الدولي والتحكيم التجاري الوطني"، ندوة مشتركة بين المجلس الأعلى ومحكمة النقض المصرية حول العمل القضائي والتحكيم التجاري، دفاتر المجلس الأعلى، العدد 07، 2005، مركز النشر والتوثيق القضائي، المملكة المغربية، ص 08.

⁴⁶⁸ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 226.

إن الواقع من الأمر، وحسب ما ذهب إليه جانب من الفقه فإنه لا يوجد أي تناقض في بحث موضوع الإجراءات التحفظية من زاوية كل من الحصانة القضائية والحصانة ضد إجراءات التنفيذ، وذلك دون أن يكون هنالك أدنى تشكيك في استقلالية كل من النوعين من الحصانات عن بعضها البعض والتي لكل منها نظامها الخاص الذاتي⁴⁶⁹.

ونظرا لأن الفقه المعاصر يفرق بين الحصانة ضد التقاضي والحصانة ضد التنفيذ على الرغم من أنهما من مصدر واحد⁴⁷⁰، فسنبحث موضوع إصدار الإجراءات والتدابير التحفظية تارة من زاوية الحصانة القضائية وتارة من زاوية الحصانة التنفيذية.

وتهدف الحصانة القضائية إلى الحيلولة دون خضوع التصرفات الصادرة عن الدول الأجنبية للقضاء الوطني لدولة أخرى، فالقضاء الوطني لا يملك لا السلطة في تقدير الأعمال الصادرة عن الدول الأجنبية ولا السلطة في تحديد الآثار القانونية الناجمة عنها⁴⁷¹.

أما حصانة التنفيذ، فتسمح للدولة الأجنبية عندما تستفيد منها، بالاعتراض أمام القاضي على جميع أنواع الحجز التي تقع على أموالها وأرصدها الموجودة على إقليم دولة أخرى، وكذلك الأمر بالنسبة للمنظمات الدولية التي تتواجد دائما على أقاليم لا تملكها بل تعود للدول الأعضاء فيها⁴⁷²، إذ لا يمكن اتخاذ أي تدابير تنفيذية بشأنها⁴⁷³.

⁴⁶⁹ حفيفة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 238.

⁴⁷⁰ العيساوي حسين، الدفع بالحصانة القضائية والحصانة التنفيذية امام القاضي والمحكم، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة الجزائر 1، 2015/2014، ص 16.

⁴⁷¹ حفيفة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 239.

⁴⁷² نقلا عن: العيساوي حسين، الدفع بالحصانة القضائية والحصانة التنفيذية امام القاضي والمحكم، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة الجزائر 1، 2015/2014، ص 150.

⁴⁷³ تفريعا على ذلك، نجد ان القضاء في فرنسا وأيضا في دول أخرى يستخلص تفسيرا موسعا لفكرة التدابير التنفيذية الجبرية مفترضا امتدادها الى تدابير التنفيذ الجبري والتدابير التحفظية البسيطة، وحول ذلك يقول الأستاذ OPPETIT Bruno: "إن المقصود بالتدابير التنفيذية هي الإجراءات الجبرية التي تلي القرار الصادر عن قضاء الدولة التي ينفذ فيها الحكم أو بعد دعوى الأمر بالتنفيذ الصادر عن هيئة قضائية أجنبية أو محكمة تحكيمية". للتفصيل أكثر في الموضوع، أنظر: العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 150-151.

والحصانة التنفيذية بعبارة أخرى، وكما يدل عليها اسمها تهدف إلى منع القيام بأي إجراء تنفيذي جبري على أموال الدولة الأجنبية أو أحد الهيئات المعترف لها قانوناً بهذا الامتياز، كما عرفها الأستاذان بيار بوريل وايفون لوسوارن في مؤلفهما المشترك من خلال الغاية من أعمال كليهما على صعيد الاختصاص القضائي الدولي بقولهما: "إن حصانة التقاضي تهدف إلى استبعاد المنتفعين بها من اختصاص المحاكم القضائية، بينما تهدف الثانية إلى منع إيصال الحق المحكوم به إلى صاحبه"⁴⁷⁴. ويتحدد نطاق الحصانة القضائية بجميع المسائل والإجراءات حتى صدور الحكم، أما الحصانة ضد إجراءات التنفيذ فإنها تتعلق بطرق التنفيذ ووسائله، والتي بطبيعتها لا مجال لها إلا بعد صدور الحكم⁴⁷⁵.

من التعريفين السالفي الذكر، تعتبر كل من الحصانة القضائية والحصانة التنفيذية قيوداً على الاختصاص القضائي للدولة، أمر أقره القانون الدولي وفرضه على الدول كافة، وهو أمر يوجب على سلطات الدولة الإدارية والقضائية اليقظة والحذر عند تطبيق هذه القواعد، وأن تكون على إلمام دقيق بها عند التطبيق العملي⁴⁷⁶.

إن تفحص التدابير التحفظية في ضوء ما تقدم يظهر أن هذه التدابير تعد بمثابة تعجيل لمرحلي الإجراءات، فالإجراء التحفظي الذي يسبق الحكم، يتعين على القاضي الذي يسمح به التأكد من أن الحق الذي يستند إليه هذا الإجراء قائم على أساس من حيث موضوعه، كذلك فإن الإجراء التحفظي يسبق التنفيذ، لأنه إذا افترضنا أن المرحلة الأولى قد تم تجاوزها لصالح الدائن المطالب باتخاذ الإجراء التحفظي، فإن ذلك يدمغ الأموال المتحفظ عليها، بعدم القابلية للتصرف بغرض تسهيل تنفيذ الحكم الذي سيصدر مستقبلاً⁴⁷⁷. لذلك إذا كان المدعى عليه يتمتع بأحد الحصانتين القضائية أو التنفيذية لا يمكن تقرير التدبير التحفظي بشأنه، فالقاضي هنا لا يستطيع التدخل لتحقيق شروط الحصانة القضائية والحصانة ضد إجراءات التنفيذ.

⁴⁷⁴ نقلاً عن: العيساوي حسين، المرجع نفسه، ص 16.

⁴⁷⁵ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 239.

⁴⁷⁶ العيساوي حسين، المرجع السابق، ص 17.

⁴⁷⁷ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 239.

وينتهي الأستاذ Vincent Delaporte إلى القول بإمكانية اتصال الإجراءات التحفظية بكل من الحصانة القضائية والحصانة ضد إجراءات التنفيذ تبعاً للظروف والمعطيات الخاصة بكل حالة على حدٍ 478، يفسر قضاء محكمة النقض الفرنسية والتي استندت في بعض الأحيان على فكرة الحصانة القضائية بينما أعملت في حالات أخرى فكرة الحصانة ضد إجراءات التنفيذ⁴⁷⁹.

نخلص أخيراً، بعد عرضنا لشروط ونطاق تدخل القاضي في التدابير المؤقتة والتحفظية على أساس الاختصاصات الفرعية الممنوحة له بخصوص الإجراءات التحكيمية، إلى أنه وبإستثناء بعض القوانين الداخلية، على غرار قانون التحكيم الإيطالي الذي يحظر على محكمة التحكيم إصدار أوامر وقتية أو تحفظية، تسمح القوانين الأوروبية لمحكمة التحكيم وللقاضي الوطني بذلك، ومن الواضح أن القاضي الوطني، بإصداره لمثل هذه التدابير يتبين مدى اختصاص القاضي الوطني ومحكمة التحكيم باعتماد تدابير وقتية أو وقائية.

وعلى وجه التحديد، يتم التمييز بين الاختصاص القضائي المتزامن للمحكمة والمحكم، أي لسلطة المحكمة أن تأمر بأي تدبير مؤقت أو وقائي حتى عند بدء إجراءات التحكيم، والاختصاص القضائي الفرعي للمحكمة من خلال رفع تقرير إلى المحكم، بما يتوافق مع السلطة المحدودة للقاضي الوطني في الأمر باتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية بمجرد تشكيل محكمة التحكيم.

وبالتالي، فإنه بعد اعتماد مبدأ الاختصاص القضائي المتزامن بين القاضي الوطني ومحكمة التحكيم، تسمح بعض القوانين⁴⁸⁰، للأطراف في إجراءات التحكيم بطلب إما إلى محكمة التحكيم أو القاضي الوطني أن يأمر بأي تدبير مؤقت أو وقائي .

⁴⁷⁸ « C'est pourquoi une saisie conservatoire ne peut être que si le défendeur ne bénéficie d'aucune des deux immunités. Elle doit être refusée chaque fois que la créance invoquée échappe au juge du for en raison d'une immunité d'exécution. Ceci explique que la cour de cassation se place suivant les données propres à chaque, espèce, soit sur le terrain de l'immunité d'exécution soit sur celui de l'humanité de juridiction ».

أشارت إليه: حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 240.

⁴⁷⁹ المرجع نفسه.

⁴⁸⁰ كالقانون الروسي مثلاً، وتجدر الإشارة هنا إلى أنه، ومع ذلك، فإن إحدى السمات المؤسفة التي لم يتم إصلاحها بموجب القانون الاتحادي الصادر في 29 ديسمبر 2015 بشأن التحكيم، يجب على محكمة التحكيم أن تتوخى اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية في شكل قرار جزئي، أمر بسيط في هذه المسألة لا تخضع للتنفيذ أمام المحاكم الروسية، إن وجدت.

مع التعقيدات الإجرائية لكل دولة بخصوص الاختصاصات الفرعية للقاضي الوطني في التحكيم في كثير من القوانين خاصة ما تعلق باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية، نرى أنه لا بد من الأخذ بالولاية القضائية المتزامنة بين القاضي ومحكمة التحكيم تحقيقاً لفعالية وفاعلية النظام التحكيمي.

بناء على ما سبق، من ناحية تشكل الإجراءات الوقتية والتحفظية في التحكيم استثناءً لمبدأ عدم اختصاص قاضي الدولة، حيث يمكن للمحكم أن يصدر حكماً بها، على الرغم من تنافسه مع قاضي الدولة المختص أيضاً، ومن ناحية أخرى، تبقى الحقيقة أن هذا التعايش ليس له طبيعة تضاربية، ولكنه على عكس ذلك، إذ يسمح بالتعاون الحقيقي والتكامل بين المحكم وقاضي الدولة الذي يعمل لدعم التحكيم، فهذان الزوجان (الثنائي) "المفردان"، حسب تعبير الأستاذ البروفيسور Pr. Loquin، يمكن أن يعمل بشكل جيد!⁴⁸¹

المبحث الثاني

الاختصاصات الأخرى للقاضي أثناء سير الخصومة التحكيمية

من أجل المساهمة في تخفيف العبء الملقى على كاهل القضاء والسعي الحثيث نحو عدم إرهاق المتقاضين وضمان تحقيق مصالحهم على نحو آمن وسريع في آن واحد، كان لا بد من اللجوء إلى محكمة التحكيم⁴⁸²، التي وعلى الرغم مما لها من صلاحيات في إصدار ما تراه مناسباً من قرارات لتحقيق ذلك، إلا أنها تبقى حبرا على ورق في غياب سلطة الجبر على التنفيذ⁴⁸³. حيث أن المحكمين لا يملكون السلطة التي يملكها القاضي على أي شخص غير مرتبط بالعقد التحكيمي، فقد يحدث أحيانا أن يحتاج المحكمون إلى سماع شاهد، أو خبير يعتبرون شهادته هامة جدا في تكوين قناعتهم أو يحصل أن يجد المحكمون أن بعض المستندات التي هي في حوزة غير أطراف النزاع التحكيمي العالق أمامهم لها أهمية بالغة على النزاع، فماذا يفعل المحكمون؟⁴⁸⁴ في هذه الحالة يتدخل القاضي للمساعدة، ذلك أن المحكمين لا يستطيعون إصدار أي أمر لانعدام سلطة الاجبار.

⁴⁸¹ نقلا عن: CHEDLY Lotfi ,op.cit.,p.86

⁴⁸² مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 7.

⁴⁸³ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 70.

⁴⁸⁴ حدادن طاهر، المرجع السابق، ص 79.

والمعروف في قضاء التحكيم أن الإثبات يتم بالوسائل التي يقدمها المحكّمون للمحكمة أو يطلبون منها مباشرة، وأن للقاضي حرية تقدير كل دليل أو مستند يقدم إليه، لأنه يبني حكمه على ما اقتنع به من وقائع الدعوى، ولما كانت سلطات محكمة التحكيم تستمد من اتفاق التحكيم، فإن المحكّمين لهم حرية الاتفاق على طرق الإثبات وأدلتها والقانون الذي يحكم الإثبات⁴⁸⁵، فتتولى باتفاقهم محكمة التحكيم جمع الأدلة وتحقيقها، لكن القضاء العادي قد يتدخل في هذا الشأن ليزيح بعض العراقيل والصعوبات التي تعترض الإثبات (المطلب الأول)، بالإضافة إلى هذا فللقضاء أيضا أن يقدم المساعدة بخصوص المسائل العارضة والأولية (المطلب الثاني) وكذا التدخل في مسائل أخرى (المطلب الثالث).

المطلب الأول

التدخل القضائي في مجال الإثبات

في موضوع إجراءات الإثبات، فإن المحكم يملك ما تملكه المحكمة من حيث اتخاذ ما يراه من إجراءات الإثبات بشرط أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بدعوى منتجة فيها جائز قبوله، والمحكم يملك استخلاص قضائه من جميع طرق الإثبات وما يحتويه ملف القضية من مستندات وقرائن بغض النظر عن الطرف الذي قدمها⁴⁸⁶.

هذا وتدير محكمة التحكيم النزاع وفقا لما تحدده إرادة الأطراف، فإذا تم الاتفاق على إخضاع التحكيم لقانون معين فيما يتعلق بقواعد الإثبات، تعين مراعاة أحكام هذا القانون، وإذا ترك الاختيار للمحكمة التحكيمية فلها أن تختار قانونا معين، أو تضع قواعد يتم الاتفاق عليها من الأطراف لتنظيم كيفية الإثبات وما يقبل وما لا يقبل من أدلة، فالأصل أن يتم الإثبات أمام محكمة التحكيم كما هو في القضاء⁴⁸⁷.

وقد أرسى مختلف أنظمة وقواعد التحكيم الدولية الحرية للمحكّمين في تحديد شروط الإثبات في سير المحاكمة التحكيمية، ولمحكمة التحكيم في حال تخلف هذا الاتفاق أن تقرر قبول

⁴⁸⁵ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 107.

⁴⁸⁶ جهاد هوش وعبد الهادي عباس، المرجع السابق، ص 221.

⁴⁸⁷ بن سعيد لزهري، المرجع السابق، ص 286.

أو عدم قبول الأدلة المقدمة إليها ومدى صلتها بموضوع النزاع وجدواها وأهميتها⁴⁸⁸، شريطة معاملة الطرفين على قدم المساواة⁴⁸⁹.

على سبيل المثال، نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أن⁴⁹⁰:

1- "مع مراعاة أحكام هذا القانون، يكون للطرفين الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم تباعها لدى السير في التحكيم.

2- فإذا لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق، كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تسيّر في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة. وتشمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم سلطة تقرير جواز قبول الأدلة المقدمة وصلتها بالموضوع وجدواها وأهميتها.

كذلك راع نظام الهيئة الأمريكية للتحكيم (AAA) حرية محكمة التحكيم في مجال تقديم الأدلة ووسائل الإثبات⁴⁹¹، حيث نص على أنه: "1- مع مراعاة أحكام هذا النظام، تقوم المحكمة التحكيمية بالتحقيق بكافة الوسائل التي تراها مناسبة بشرط أن تعامل الطرفين على قدم المساواة وأن تمهيا لكل منهما الفرصة لإبداء رأيه وعرض قضيته"⁴⁹².

الفرع الأول

سلطة محكمة التحكيم في مجال الإثبات

لما كانت سلطات محكمة التحكيم تستمد من اتفاق التحكيم، فإن المحتكمين لهم حرية الاتفاق على طرق الإثبات، وأدلتهم، والقانون الذي يحكم الإثبات، وإن لم يتفقوا على ذلك اختارت محكمة التحكيم القانون الذي تراها مناسباً، أو يتفق مع المحتكمين على طرق الإثبات وما يصلح من أدلة⁴⁹³.

إذ أن سلطة محكمة التحكيم في مجال الإثبات واسعة، وهذا ما لاحظناه في المادة 1047 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكذا ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية الجزائري الملغى

⁴⁸⁸ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص108.

⁴⁸⁹ المرجع نفسه، ص109.

⁴⁹⁰ المادة (19) من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

⁴⁹¹ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص108.

⁴⁹² المادة (1-16) من نظام تحكيم الهيئة الأمريكية للتحكيم، متاح على موقع: www.mohamed.net

⁴⁹³ بن سعيد لزهري، المرجع السابق، ص286-287.

"تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة"⁴⁹⁴ ، هذا النص الذي منح للمحكم الاختصاص الأصيل ببحث أدلة الإثبات دون تفصيل في طبيعة الأدلة وجملة الإجراءات الواجب اتخاذها بهذا الشأن⁴⁹⁵ . كما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يقرر أي حد لسلطة المحكمين في هذا المجال وهم يتمتعون بحرية كاملة. وبالرجوع للقانون الفرنسي، نجد تأكيداً على أن محكمة التحكيم تتولى بنفسها البحث عن الأدلة وعبارة - (Le tribunal arbitral procède Lui-même à l'administration de la preuve) ، تفيد أنه لا يمكن تكليف الغير بهذه المهمة (إلا باتفاق الأطراف) ولا تعهد لعضو واحد من محكمة التحكيم⁴⁹⁶ ، إلا إذا خول لها ذلك القانون الواجب التطبيق على الإجراءات⁴⁹⁷ .

وتقوم محكمة التحكيم بفحص طلب التحكيم الذي يجب أن يكون مستوفياً لكافة البيانات المطلوبة قانوناً أو اتفاقاً. وبعد أن يتم إعلان الطرف الآخر إعلاناً صحيحاً قانوناً منتجاً لأثاره، يقوم المحكم في هذه المرحلة بإلزام الأطراف بتقديم أصول المستندات الهامة، أو أعمال إجراءات الإثبات اللازمة.

خلاصة القول، أن للمحكم سلطة واسعة في مجال البحث عن الأدلة المناسبة لفض الخصومة التحكيمية، لكن هذا لا يمنع من طلب المساعدة من القاضي حتى يحقق التحكيم فعاليته، وهذا ما سنتعرض له بالتفصيل في الفرع التالي.

الفرع الثاني

مساعدة القاضي للمحكم في مجال الأدلة

من أوجه التعاون بين القضاء والتحكيم الحصول على أدلة، حيث تتدخل المحكمة عندما لا يستطيع المحكمون تنفيذ مهامهم لتفعيلها، إذ تستطيع المحكمة الحصول على إفادات الشهود والاحتفاظ بالأدلة، وتعيين شخص للدخول إلى أي موقع يخص المتنازعين للحصول منه على أدلة⁴⁹⁸ .

⁴⁹⁴ انظر المادة 458 مكرر 10 من ق ا م الجزائري (ملغى).

⁴⁹⁵ زروق نوال، المرجع السابق، ص 07.

⁴⁹⁶ حدادن طاهر، المرجع السابق، ص 80.

⁴⁹⁷ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 7.

⁴⁹⁸ عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 134.

ويعتبر جانب من الفقه، أن من خصائص القانون النموذجي، مساهمة المحكمة في تقديم الدليل حيث أن التوظيف الخاص والفعال للتحكيم يعتمد على مساهمة المحكمة في تدعيم القرارات الإجرائية لمحكمة التحكيم.

هذا وتنص قوانين المرافعات على أن المحكم يستطيع الطلب من القاضي المختص أن يصدر مذكرات بإحضار الشهود أو أن يوقع العقوبة على الشهود الذين تم إبلاغهم بالحضور بشكل أصولي وتخلفوا عن الحضور وامتنعوا عن الإجابة، وكذلك يستطيع المحكم أن يطلب من المحكمة تكليف الغير بإبراز مستند أو وثيقة في حوزته لها أهميتها وضرورية في إصدار حكم التحكيم ويجوز للمحكم أيضا اللجوء إلى المحكمة وأن يطلب منها الإنايات القضائية⁴⁹⁹.

تبرز المساعدة المقدمة من طرف المحكمة القضائية للتحكيم بغرض انجازه من خلال مجموعة من أدلة الاثبات، والتي نوردتها كما يلي:

1-الدليل الكتابي:

قد يأخذ شكل المحرر الرسمي وشكل المحرر الإلكتروني، ويمكن الرجوع بشأن القواعد التي تحكمه إلى القانون الواجب التطبيق بشأن النزاع، وعلى ذلك، فإنه يبقى خاضعا لسلطة محكمة التحكيم من حيث تقديره، فلها اتخاذ الإجراءات اللازمة للتحقق من صحة المحرر العرفي في حالة إنكاره سواء بسماع الشهود أو الإحالة إلى خبير إما ما تعلق بالمحرر الرسمي فإن التحقق من صحته في حالة الطعن فيه يخرج من اختصاصها، أما ما تعلق بالمحرر الإلكتروني، فإنه يعد كالمحرر الكتابي ضمن شروط معينة⁵⁰⁰.

وقد يمتنع الخصم أو الغير عن تقديم المحرر أو المستند على الرغم من ضروريته للفصل في النزاع، فهنا وبالنظر إلى قصور سلطة محكمة التحكيم في أمر أحد الأطراف أو الغير بتقديم محرر تحت يده لافتقارها سلطة الجبر والالزام ومنه الجزاء، فإنه لا سبيل لها لتفعيل الإجراء المطلوب إلا اللجوء إلى القضاء للأمر بذلك⁵⁰¹.

لقد أعطت مختلف القوانين الوطنية كقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وكذا القوانين المقارنة كالقانون المصري والأنظمة الخاصة بالتحكيم، السلطة لمحكمة التحكيم في الاطلاع

⁴⁹⁹ عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 134.

⁵⁰⁰ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 72.

⁵⁰¹ المرجع نفسه، ص 72.

على المستندات اللازمة للفصل في الدعوى وذلك من تلقاء نفسها دون أن يطلب المحكم الآخر ذلك⁵⁰².

إذ يتعين على المحكمة التحكيمية معاينة وقائع الدعوى من خلال أدلة الإثبات، بوزن وتقدير الأدلة والقيام باستخلاص الصحيح منها، فعدم قيامها بذلك يجعل من الأسباب التي تقدمها استنادا لهذه الأدلة قاصرة في تبرير الأحكام التحكيمية الصادرة عنها⁵⁰³، إذ يبقى التسبب من الأسباب التي تسهل الرقابة على الأحكام التحكيمية من حيث مدى احترامها للمبادئ العامة والأساسية، إلا أن هذه الرقابة الممارسة من طرف القضاء لا بد أن تكون معقولة حتى لا يفقد التحكيم مزاياه⁵⁰⁴.

فعلى سبيل المثال، خولت المادة (3/30) من قانون التحكيم المصري محكمة التحكيم في مجال الإثبات، سلطة في إلزام المحكمين بتقديم المستندات والاطلاع عليها، وليس هنالك ما يمنع من أن يطلب الخصم من محكمة التحكيم أن تأمر خصمه بتقديم مستند تحت يده، إذا ما توافرت الدلائل على وجوده تحت يده، وعلى أهميته في إثبات ما يدعيه من حق⁵⁰⁵.

أما أنظمة التحكيم التي نصت على تولي المحكمة التحكيمية مهمة الإثبات، نجد نظام الهيئة الأمريكية للتحكيم إذ نصت على أنه: "2- للمحكمة التحكيمية أن تأمر أحد الأطراف أن يقدم إليها وإلى الأطراف الأخرى ملخصا للمستندات وأدلة الإثبات الأخرى التي يزعم تقديمها لتأييد الوقائع المتنازع عليها والمبينة في بيان دعواه أو بيان دفاعه. 3- للمحكمة التحكيمية أن تأمر أي من الأطراف في أي وقت أن يقدم أي مستند آخر أي وثيقة أو أية أدلة أخرى تراها ضرورية أو مناسبة"⁵⁰⁶.

وفي نفس السياق، وحفاظا على حسن سير إجراءات المحكمة التحكيمية في البحث عن أدلة الإثبات، نجد أن قانون الأونسترال يقضي باستمرار المحكم في مواصلة إجراءات التحكيم عند تخلف الطرف عن تقديم بعض المستندات، مكتفيا بما توفر لديه من أدلة إثبات، ويصدر حكمه

⁵⁰² مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص109.

⁵⁰³ زبلان سمير، تسبب أحكام التحكيم التجاري الدولي، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير، جامعة الجزائر 1- يوسف بن خدة -، كلية الحقوق-سعيد حمدين-، 2014/2015، ص87.

⁵⁰⁴ محمد الطاهر بلقاضي، "تسبب حكم التحكيم في التشريع الجزائري والمقارن"، مجلة التواصل في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 28، جوان 2020، ص10.

⁵⁰⁵ بن سعيد زهر، المرجع السابق، ص289.

⁵⁰⁶ الفقرة الثانية والثالثة من المادة (20) من نظام الهيئة الأمريكية للتحكيم.

بناء على ذلك⁵⁰⁷، إذ ينص على أن: " تخلف أحد الطرفين عن حضور جلسة أو عن تقديم أدلة مستندة، يجوز لمحكمة التحكيم مواصلة الإجراءات وإصدار قرار تحكيم بناء على الأدلة المتوافرة لديها"⁵⁰⁸.

وقد خولت المادة 28 من قانون التحكيم المصري، السلطة لمحكمة التحكيم في الاطلاع على المستندات، كما أن المادة 3/30 من ذات القانون نصت على حق محكمة التحكيم في أي مرحلة من مراحل الدعوى طلب أي من المحتكمين لتقديم أصول المستندات أو الوثائق⁵⁰⁹.
لكن إذا كان المحكم يستطيع أن يأمر أحد المحتكمين بتقديم مستند تحت يده، فهل يستطيع أن يلزم الغير بتقديم مستند في حوزته؟ وهل يملك الحكم عليه بالغرامة التهديدية؟⁵¹⁰
بالرجوع إلى نصوص قانون التحكيم المصري على سبيل المثال، نجد أنها لم تتطرق إلى هذه المسألة، الأمر الذي يستشف منه أنه لا يجوز اختصاص الغير في التحكيم لإلزامه بتقديم محرر تحت يده، وبالتالي يحظر عليه الحكم بأية غرامة أو عقوبة، بينما نجد أن قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 11 لسنة 1992 قد أعطى المحكم سلطة الحكم بتكليف الغير إبراز مستندا في حوزته ضروري للحكم في التحكيم. (المادة 2/209)⁵¹¹.

2-تحقيق الخطوط والتزوير:

تعرض قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لمسألة تحقيق الخطوط والتزوير، وذلك في نص المادة 1021 والتي نصت على أنه: "في حالة الطعن بالتزوير مدنيا في ورقة، أو إذا حصل عارض جنائي، يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة".

وما يمكن ملاحظته بهذا الصدد، أنه لا يتعدى اختصاص المحكم إلى الفصل في الطعن بالتزوير، بل يقتصر على الاطلاع والمعينة، فتقوم هنا المحكمة التحكيمية الخارج عن ولايتها هذه

⁵⁰⁷ بن سعيد زهر، المرجع السابق، ص 289.

⁵⁰⁸ المادة (25فقرة ج) من نظام الهيئة الأمريكية للتحكيم.

⁵⁰⁹ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 109.

⁵¹⁰ المرجع نفسه، ص 111.

⁵¹¹ المرجع نفسه.

المسألة على أساس أن المشرع الجزائري لم يعطيها هذا الاختصاص، بإحالة الأطراف للقضاء المختص.

3- سماع الشهود:

الشهادة هي "قيام شخص من غير أطراف الخصومة -بعد حلف اليمين- بالإخبار في مجلس القضاء بما يعرفه شخصيا حول حقيقة وقائع تصلح محلا للإثبات"⁵¹². ويتم الاستعانة بالشهود بإصدار حكم بإجراء التحقيق يحدد فيه موضوع الشهادة وأسماء الشهود، وقابلية الوقائع المطلوب إثباتها للإثبات بهذا الطريق، مع مراعاة أنه ليس إثبات كل إجراءات التحكيم في حاجة لأن يصدر بها حكم إجرائي كما هو الوضع عند سماع الشهود⁵¹³.

ويعد أداء الشهادة واجبا يتطلب ممن يقع عليه الحضور أمام القضاء في الوقت والمكان المحددان له، وأداء اليمين، ثم الرد على الأسئلة التي توجه إليه، وطلب الشاهد لأداء الشهادة لا يكون إلا بحكم من المحكمة بناء على طلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفسها، وإذا كانت هذه السلطة تمنح للقاضي، فهل تنسحب كذلك على الشهادة أمام محكمة التحكيم؟⁵¹⁴

للمحكم سلطة استجواب الشهود، وله سلطة تقديرية في الأخذ بالشهادة كلها أو بعضها في حالة عدم اتفاق المحكّمين أو في حالة طلب أحدهم، إذا رأى أن ما توفر لديه من أدلة الإثبات كافية لإصدار الحكم، على أن يبدي مبررات مقبولة لهذا الرفض⁵¹⁵، لكن ليس له سلطة الإجبار التي لقاضي الدولة، وممالا شك فيه أن هذا قصور في سلطة المحكمة على خصومة التحكيم، ويتجلى هذا القصور في عجز المحكم عن إجبار شاهد على الحضور أو إجباره على أداء اليمين أو الإجابة، وهنا يبرز الدور المساعد لقضاء الدولة في تكملة قصور سلطة المحكم فبدون هذا الدور المساعد قد يصبح التحكيم نظاما قانونيا بدون فعالية⁵¹⁶.

وهذا ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في المادة 1048. وبهذا الشأن، وعلى سبيل المثال، أجاز قانون التحكيم المصري لمحكمة التحكيم أن تأمر بسماع شهادة الشهود في

⁵¹² بن سعيد لزهري، المرجع السابق، 232.

⁵¹³ هدى محمد مجدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 229.

⁵¹⁴ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 112.

⁵¹⁵ بن سعيد لزهري، المرجع السابق، ص 292.

⁵¹⁶ علي سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص 269.

المادة (33/4) وبدون يمين، فإذا لم يمثل الشهود ويحضروا للإدلاء بشهاداتهم جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب من المحكمة القضائية إلزام الشهود بالمثل أمام محكمة التحكيم والإدلاء بشهادتهم حول موضوع النزاع.

نص قانون المرافعات الفرنسي صراحة في نص المادة 1467 على أن للمحكم اللجوء لقضاء الدولة لإجبار الشهود على الحضور، ذلك بأن هذه الرخصة تبقى متاحة في كل الحالات التي يكون تدخل القاضي ضروريا فيها لتحقيق فعالية القرارات الصادرة من المحكمين⁵¹⁷.

لكن المحكم وعلى الرغم من عدم توافر سلطة الاجبار لديه وإمكانية الحصول على المساعدة من القاضي الوطني، إلا أنه يقوم بإجراء استجواب للشهود يحدد فيه موضوع الشهادة وأسماء الشهود وموعد الاستماع إليهم، ويبلغ المحكمين بذلك الموعد بناء على الطلب الذي يقدمه المحكمون قبل انعقاد الجلسة والمتضمن أسماء الشهود وعناوينهم والمسائل التي سيدلون بشهادتهم فيها واللغة أو اللغات التي سيستخدمونها⁵¹⁸.

ولا يملك المحكم الامتناع عن سماع الشهود اللذين يتفق الأطراف على الاستعانة بهم، إلا أن له السلطة التقديرية في عدم الأخذ بشهاداتهم كلها أو بعضها، وفي حال رفض محكمة التحكيم طلب سماع شاهد معين مقدم من أحد الأطراف، فليس لمقدم الطلب في هذه الحالة أن يلجأ إلى رئيس المحكمة المختصة، وليس من سبيل أمامه سوى اللجوء إلى دعوى البطلان بحكم التحكيم بصفة لاحقة⁵¹⁹.

قد يتم الاتفاق على انتقال المحكم بنفسه لسماع الشهود في محال إقامتهم تيسيرا لهذا الإجراء، فيتم عقد الجلسات حيث يقيم الشهود عند تعذر حضورهم، أو للتكلفة العالية لانتقال الشهود عند تعددهم. وقد أجاز قانون التحكيم المصري الجديد⁵²⁰، ذلك عندما نص على أن: "ولا

⁵¹⁷ " Le tribunal arbitral procède aux actes d'instruction nécessaires à moins que les parties ne l'autorisent à commettre l'un de ses membres. Le tribunal arbitral peut entendre toute personne. Cette audition a lieu sans prestation de serment. Si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte."

⁵¹⁸ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص112.

⁵¹⁹ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص73.

⁵²⁰ هدى محمد مجدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص231.

يخل ذلك بسلطة هيئة التحكيم في أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود...⁵²¹.

وعلى سبيل المثال، لم يتطلب القانون المصري أداء اليمين للشاهد، هذا بخلاف قانون التحكيم الأردني الذي أوجب على الشاهد حلف اليمين⁵²²، والذي يقضي بأن " يكون سماع الشهود والخبراء بعد أداء اليمين بشهادة خطية مشفوعة بالقسم أمام أي جهة معتمدة في البلد الذي تم فيه تأدية تلك الشهادة حسب قانون ذلك البلد"⁵²³.

ومن المعلوم، أن التحكيم قد يتم عبر الدول، الأمر الذي قد تكون فيه مشقة على الشهود بالحضور إلى مكان التحكيم بسبب التكاليف الباهظة، ولما يستغرقه ذلك من وقت طويل، لذا فقد حرصت غالبية أنظمة التحكيم على الأخذ بالشهادة الكتابية، وأجازت كذلك للمحكم الانتقال بنفسه إلى مقار إقامة الشهود لأخذ شهادتهم تيسيراً للإجراءات وذلك عند تعذر حضورهم، ما لم يعترض أحد المحكّمين على الشهادة المكتوبة⁵²⁴. حيث نص نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم بأن: " يجوز تقديم الشهادة من قبل طرف في صورة بيانات مكتوبة سواء كان ذلك في شكل تصريح موقع من الشاهد، أو في شكل كتابي خاضع لإجراءات حلف اليمين وذلك ما لم تأمر المحكمة التحكيمية خلاف ذلك"⁵²⁵.

4- المعاينة:

القاعدة أن للأطراف سلطة الأمر باتخاذ إجراءات الإثبات المختلفة فيمكنهم سماع الشهود أو المعاينة، أو الاستعانة بالخبراء، وقد أجازت غالبية قواعد التحكيم المؤسسية للأطراف الأمر باتخاذ إجراءات الإثبات المختلفة، وتتطلب بعض المنازعات إجراء معاينة لإثبات حقيقة الأوضاع، وقد يكتفي الأطراف بالمعاينة كإجراء إثبات وبصفة خاصة في المسائل ذات الطبيعة التجارية أو في التحكيمات السلعية⁵²⁶. ويقصد بالمعاينة "انتقال المحكمة لمشاهدة العين المتنازع عليها، بدون

⁵²¹ المادة (28) من قانون التحكيم المصري الجديد.

⁵²² هدى محمد مجدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 113.

⁵²³ المادة (33/د) من قانون التحكيم الأردني.

⁵²⁴ مهند أحمد الصانوري، مرجع سابق، ص 112.

⁵²⁵ المادة (3/20) من نظام تحكيم محكمة لندن، متاح على الموقع الإلكتروني: www.mohamah.net

⁵²⁶ هدى محمد مجدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 228.

محاولة للعثور على الأدلة عن طريق التفتيش ونحوه وأما تعتمد على المشاهدة بالعين المجردة لمال أو عقار ونحوهما"⁵²⁷.

وتمنح بعض القوانين سلطة تقدير إجراء المعاينة، فعلى سبيل المثال، أجاز قانون التحكيم المصري الجديد⁵²⁸ للمحكم إجراء المعاينة للبضائع والأموال محل النزاع، كما لو تعلق الأمر بمستندات ترى الاطلاع عليها في مكان وجودها، ولم تتضمن نصوص القانون الفرنسي الجديد سوى الأمر بتقديم المستندات، ومن ثمة فلا يمكن للمحكم إجبار الخصم على إجراء المعاينة إذا امتنع، ولا يملك القضاء الأمر بإجرائها احتراماً لصراحة النص الذي قصر إمكانية تدخل القضاء على إجبار الخصم بتقديم المستندات⁵²⁹.

ولمحكمة التحكيم أن تستعين بأحد التقنيين أو الخبراء إذا ما رأت موجبا لذلك، ويجوز لها ندب أحد أعضائها للقيام بذلك سواء بطلب من أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها، متى خولها القانون الواجب التطبيق ذلك أو خولها الأطراف مثل هذا، لأن الأصل أن تنتقل المحكمة بهيئتها⁵³⁰. ويتعين على المحكم تنبيه الأطراف إلى موعد إجراء المعاينة احتراماً لحق الدفاع و مبدأ مواجهة، إذ يترتب على إجراء المعاينة في غيبة أحد الخصوم بطلان الإجراء، إلا أن هذا لا يعني وجوب التقيد بشكليات معينة، فقد يتفق الأطراف على تولي محكم بمفرده إجراء المعاينة دون حضور الأطراف وفي غير مواعيد العمل الرسمية، ويلتزم المحكم بتحرير محضر يثبت فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة، كما يلتزم بمناقشة نتيجة المعاينة مع الخصوم وسماع دفاعهم قبل الاستناد إليها في حكمه⁵³¹، ومع ذلك تبقى للمحكمة التحكيمية السلطة التقديرية في تقدير القوة الثبوتية للدليل المستنتج من إجراء المعاينة⁵³².

إذا حصل أن قام أحد أطراف النزاع أو عماله أو ممن هم تحت سلطته بالاعتراض عليها عند قيامها بالمعاينة (كأن يقوم بغلق المخزن الموجود به البضاعة المعاينة)، فهنا ليس لمحكمة التحكيم سلطة تنفيذ أمرها جبراً بالمعاينة المادية للبضاعة، إلا باللجوء إلى القاضي سواء بنفسها أو من

⁵²⁷ زهير عبد الله ال جابر القرني، المرجع السابق، ص 108.

⁵²⁸ المادة 28 من قانون التحكيم المصري الجديد

⁵²⁹ بن سعيد زهر، المرجع السابق، ص 291.

⁵³⁰ قطاف حفيظ، مرجع سابق، ص 73.

⁵³¹ هدى محمد مجدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 229.

⁵³² زهير عبد الله علي ال جابر القرني، المرجع السابق، ص 108.

الطرف الذي له مصلحة بعد الترخيص له منها طبقاً للمادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁵³³، لأجل استصدار أمر على عريضة بدخول الأمكنة تحت طائلة تنفيذه عن طريق القوة العمومية، كما يمكن فضلاً عن ذلك للطرف المستعجل رفع دعوى استعجالية بغرض اتخاذ تدبير تحفظي أو مؤقت على البضاعة مثلاً محل النزاع⁵³⁴.

5- الإستعانة بالخبراء:

تعتبر الخبرة نوعاً من أنواع المعاينة، لكن وعلى عكس هذه الأخيرة لا يقوم بها المحكم وإنما يقوم بها خبير متخصص في المسألة محل الخبرة، وتتميز بأنها من أهم طرق الإثبات لتوقف الفصل في النزاع على نتيجة الخبرة⁵³⁵.

يتم الاستعانة بالخبراء لاستجلاء العناصر الفنية في النزاع التي تجاوز خبرة المحكم ولا يملك الوصول إليها بمفرده، فيصدر حكماً بتعيين الخبير يحدد فيه المدة والمهمة المعهود بها إليه، يلتزم المحكم بإطلاع الأطراف على من اختارهم لتولي هذه المهمة وذلك تمكيناً لهم من ممارسة حقهم في طلب رده إن كان له مقتضى، وإن كانت الاعتبارات العملية تقتضي الاكتفاء بإبداء الاعتراضات أمام المحكم وطلب استبداله دون اتخاذ إجراءات الرد حرصاً على عدم تعطيل الفصل في النزاع⁵³⁶. ويمكن أن يعهد للخبير بأية مهمة فنية، أو حسابية، أو هندسية، وللمحكمة التحكيمية أن تستعين بخبير قانوني، ويباشر الخبير مهمته بحضور الأطراف، وعليه أن يحترم مبدأ المساواة وحقوق الدفاع⁵³⁷.

ولمهمة الخبير هذه حدود⁵³⁸، فقد نص قانون التحكيم المصري على أن⁵³⁹:

⁵³³ تنص المادة على أنه: " 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 يهيمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

⁵³⁴ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 74.

⁵³⁵ زهير عبد الله علي ال جابر القرني، المرجع السابق، ص 109.

⁵³⁶ هدى محمد مجدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 233.

⁵³⁷ بن سعيد لزهري، المرجع السابق، ص 293.

⁵³⁸ هدى محمد مجدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 233.

⁵³⁹ المادة (36) من قانون التحكيم المصري الجديد.

"1- لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفوي يثبت في محضر الجلسة بشأن مسائل معينة تحددها، وترسل إلى كل من الطرفين صورة من قرارها بتحديد المهمة المسندة إلى الخبير.

2- وعلى كل من الطرفين أن يقدم للخبير المعلومات المتعلقة بالنزاع، وأن يمكنه من معاينة وفحص ما يطلبه من وثائق أو بضائع أو أموال أخرى متعلقة بالنزاع، وتفصل هيئة التحكيم في كل نزاع يقوم بين الخبير وأحد الطرفين في هذا النزاع.

3- ترسل هيئة التحكيم صورة من تقرير الخبير من مجرد ايداعه الى كل من الطرفين مع إتاحة الفرصة له لإبداء رايه فيه، ولكل من الطرفين الحق في الاطلاع على المستندات التي استند إليها الخبير في تقريرها وفحصها

4- ولهيئة التحكيم بعد تقرير الخبير أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد طرفي التحكيم عقد جلسة لسماع أقوال الخبير مع إتاحة الفرصة للطرفين لسماعه ومناقشته بشأن ما ورد في تقريره. ولكل من الطرفين أن يقدم في هذه الجلسة خبيراً أو أكثر من طرفه لأبداء الرأي في المسائل التي تناولها الخبير الذي عينته هيئة التحكيم ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك".

هذا ويتعين التفرقة بين الخبرة الرسمية كإجراء إثبات، وبين الخبرة الاستشارية، فقد يستعين الأطراف بخبراء كمستشارين لهم يتولون الدفاع عن وجهة نظر الأطراف وإثباتها، ومن المتعارف عليه عملاً تقديم الأطراف لشهادة خبير مكتوبة تدعيماً لوجهات نظرهم خاصة في المسائل القانونية، والأصل أن تتم الاستعانة برأي الخبير في الحالات التي تقتضي ذلك ولا يحق للمحكم الالتفات عنه إلا لأسباب قانونية⁵⁴⁰.

هذا عن دور المحكم في خصومة التحكيم فيما يتعلق بالاستعانة بالخبراء وحدود مهمة الخبير⁵⁴¹. لكن السؤال الذي يطرح نفسه، ما الدور الذي يمكن للقاضي القيام به فيما يخص الخبرة؟

⁵⁴⁰ هدى محمد مجدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 235.

⁵⁴¹ يرى بعض فقهاء القانون المصري ومن بينهم الأستاذة حفيظة السيد الحداد أن مهمة المحكم لا تختلف في واقع الأمر عن مهمة الخبير، في حين نرى أن هذا الكلام مبالغ فيه، فالخبير ينظر في المسائل الفنية والتقنية فقط (في الواقع) بينما يتولى المحكم النظر في النزاع من حيث الواقع والقانون. لتفصيل أكثر حول رأي الأستاذة حفيظة السيد الحداد في هذه المسألة، أنظر: حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 64.

إن تنفيذ حكم الأمر بالخبرة منوط بأطراف النزاع، فكل ما كان هنالك تعنت من أي طرف في تمكين الخبير من القيام بمهمته بأي سلوك من شأنه إعاقة في انجاز المهمة المنوطة به يمكن لمن له المصلحة أو للخبير إخطار محكمة التحكيم، وهذه الأخيرة لها أن تطلب تدخل القاضي بغرض الإلزام وأخذ الأمر الصادر منها⁵⁴².

6-اليمين:

تعد اليمين الحاسمة من الطرق المعفية من الإثبات بشأن أية واقعة مادية أو أي تصرف قانوني مهما بلغت قيمته، فهي من ناحية، كالكتابة قوتها مطلقة على أن حجيتها تقتصر على الخصمين دون أن تتعداهما إلى الغير، وقد نظمها القانون المدني الجزائري في المواد من 189-193. ومتى كان القانون الجزائري هو الواجب التطبيق، فإن الأحكام المتعلقة باليمين الحاسمة المنصوص عليها هي التي تطبق إلا إن كان هنالك اتفاق بين الأطراف على عدم قبولها كدليل في الإثبات، ولو في الحالات التي يجوز فيها أصلا توجيهها، ويمكن للمحكم أن يوجهها بعد طلب الخصم ذلك -دون الحاجة إلى القول أن المحكم لا يمكن أن يوجهها لافتقاده سلطة الجبر عليها كالقاضي، وذلك لاعتبار أن الممتنع عن أدائها يعد ناكلا ويخسر دعواه⁵⁴³.

أما ما تعلق باليمين المتممة، وهي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أحد الخصوم لتكملة دليل موجود في الدعوى، فإنه ولما كانت هذه اليمين لا توجه من الخصم فلا يجوز للمحكم أن يوجهها إلى خصوم الدعوى التحكيمية، على اعتبار أنه قد يمتنع من وجهت إليه عن أدائها دون أن يكون لذلك أي أثر على الدعوى.

7- الإنابة القضائية:

الإنابة القضائية عمل بمقتضاه تفوض محكمة أخرى للقيام مكانها، وفي دائرة اختصاصها بأحد أو بعض إجراءات التحقيق أو الإجراءات القضائية الأخرى التي يقضيها الفصل في الدعوى المرفوعة أمامها والتي تعذر عليها مباشرتها بنفسها بسبب بعد المسافة أو أي سبب آخر⁵⁴⁴. والإنابة هي طلب من السلطة القضائية المنيبة إلى السلطة القضائية المنابة، وتنحصر سلطة المحكم في طلب الإنابة في الإجراءات التي يملك اتخاذها فقط، أما الإجراءات التي لا يملك

⁵⁴² قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص74.

⁵⁴³ المرجع نفسه، ص75.

⁵⁴⁴ علي سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص271.

اتخاذها كالحكم على الخصوم بأية غرامات لصالح الخزينة العمومية، فإنه لا يملك أن يطلب من المحكمة المختصة أن تنوب عنه في طلب توقيعهما من محكمة أخرى⁵⁴⁵.

ومتى كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري، يجوز أن تستفيد محكمة التحكيم من الإنابة القضائية الدولية للحصول على أدلة الإثبات الموجودة خارج الدولة التي يجري فيها التحكيم، متى كانت هذه الدولة مرتبطة مع الدولة التي يطلب منها تنفيذ الإنابة القضائية باتفاقية دولية في هذا الشأن، وبالنظر إلى كون قرار التحكيم لا يملك سلطة الجبر، فإنه لا حرج من رفع الأمر إلى القضاء للتأشير على ذلك⁵⁴⁶.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن تقديم طلب التدخل من القضاء يكون سواء من المحكمة التحكيمية بأعضائها أو من طرف الأطراف معا بعد الاتفاق مع المحكمة التحكيمية أو من الطرف المستعجل بعد ترخيص هذه الأخيرة⁵⁴⁷.

ما يمكن قوله أخيرا، أن طلب المحكم الإنابة القضائية يمثل صورة من صور المساعدة التي يقدمها قضاء الدولة لنظام التحكيم من أجل تحقيق فعاليته في حسم المنازعات، والإجراءات المذكورة - في نظرنا - تحدد نطاق سلطة المحكمة في مساعدة المحكم أثناء خصومة التحكيم، ولكن السلطة القضائية في الدولة لها سلطة عامة في تكملة القصور في سلطة المحكمين على خصومة التحكيم في كل الحالات التي يكون فيها تدخل القاضي ضروريا ولازما لتحقيق فاعلية نظام التحكيم.

الفرع الثالث

إجراءات طلب مساعدة القاضي في تحصيل الأدلة

اكتفت المادتان 1047 و1048 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بمجرد النص على أن كيفية طلب المساعدة من القاضي الوطني بشأن تحصيل الأدلة يكون بعريضة تقدم إلى القاضي المختص، وهو ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية الملغى⁵⁴⁸. والقاضي عند فصله في الطلب المرفوع إليه لا يبحث صحة أو سلامة الطلب الذي من المفروض أن محكمة التحكيم قد ناقشت حيثياته مع الخصوم، وإنما يصدر أمره للتنفيذ دون مناقشة ولا مواجهة من الخصم، وهذا

⁵⁴⁵ علي سالم إبراهيم، المرجع السابق، 271.

⁵⁴⁶ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 75.

⁵⁴⁷ المرجع نفسه.

⁵⁴⁸ أنظر المادة 458 مكرر 11.

ما يحققه الأمر على عريضة باعتباره الأكثر تسريعا للإجراءات، فضلا على أن الأوامر على العرائض تعد سندات تنفيذية طبقا للمادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁵⁴⁹.

كما جاء في ذات النص أنه يطبق قانون بلد القاضي، فشكل الإجراء المراد تنفيذه بمقتضى المساعدة الصادرة عن الجهة القضائية يخضع لقانون بلد القاضي المطلوب منه تنفيذها، وذلك تطبيقا لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي، فإذا ما كانت المساعدة المقدمة من قبل القاضي الوطني، يتم تنفيذها في الجزائر فإن القانون الجزائري هو الذي يحكمها.

ويمكن القول، أنه من واجب القضاء الرد على محكمة التحكيم عند طلبها مساعدة القاضي بخصوص الطلب المرفوع إليه وفي الحالة العكسية يعتبر القضاء منكرا للعدالة.

ولكن بطبيعة الحال، يتعين على القاضي رفض طلب التدخل متى كان موضوعه سماع شهادة أشخاص يتمتع عليهم الشهادة في أمور تمس صميم أعمالهم، إذ يقتضي الأمر منهم الالتزام بالحفاظ على أسرار المهنة أو كان موضوع المساعدة يمس اعتبارات النظام العام في البلد المطلوب منه تنفيذ مساعدة القاضي الوطني، وتكون هذه الأخيرة مخالفة للنظام العام إذا أخل القاضي المطلوب منه تنفيذها بحق الدفاع مثلا⁵⁵⁰.

المطلب الثاني

مساعدة القاضي للمحكم في المسائل الأولية

تعتبر المساعدة القائمة بين القاضي والمحكم فيما يخص المسائل الأولية ضرورة حتمية، فالتعاون بينهما لا يقتصر دوره على ما ذكرناه آنفا، وإنما أصبح أكثر إيجابية ليقدم كل أوجه المساعدة، إذ أن القاضي هو الملاذ الوحيد بالنسبة للمحكم.

لذلك يجوز للمحكم أن يحكم بوقف الخصومة -وهو عدم سريانها لسبب أجنبي عن المركز القانوني لأطرافها، وذلك حتى يزول هذا السبب-⁵⁵¹ إذا عرضت خلال التحكيم مسألة أولية تخرج عن ولاية المحكمين ولو كانت من نفس الخصوم مادام لم يحصل اتفاق بصدها على التحكيم، أو عرض طعن بتزوير في ورقة قدمت إلى محكم أو اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن حادث

⁵⁴⁹ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 76.

⁵⁵⁰ عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 137.

⁵⁵¹ بن سعيد لزهري، المرجع السابق، ص 302.

جنائي آخر تطبيقا لقاعدة الدعوى الجنائية توقف سير الدعوى المدنية، كل هذا بشرط أن يكون الحكم في الموضوع متوقفا على الفصل في تلك المسألة الأولية⁵⁵².

وقد نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على المسائل العارضة، بالإشارة إلى نوع من أنواع أحكام التحكيم في المادة 1044 في فقرتها الأخيرة، وهي أحكام التحكيم الأولية⁵⁵³، وتسمى كذلك لصدورها قبل الحكم في الموضوع، من بينها "تلك الأحكام التي تفصل بموجبها محكمة التحكيم في الدفع بعدم اختصاصها الذي يتمسك به أحد الأطراف قبل أي نقاش في الموضوع"⁵⁵⁴.

وفيما يلي سنبين تعريف المسائل العارضة (الفرع الأول)، ثم دعوى المسائل العارضة (ثانيا).

الفرع الأول

تعريف المسائل الأولية

تعرف المسائل العارضة أو الأولية في الاصطلاح القانوني بأنها "تلك المسائل التي تؤدي إلى تعطيل الخصومة القضائية بعدم الفصل فيها من طرف الجهة القضائية ناظرة الدعوى، بحيث تمتنع عن البت فيها وتتوجه فقط صوب طلب الإرجاء، فإذا اقتنعت به بالاستناد إلى نص القانون وبما يقدمه الخصوم من أدلة، حكمت بذلك"⁵⁵⁵. وهي جزء من النزاع وتعتبر عنصرا من عناصره⁵⁵⁶، يطلق عليها الفقه عدة اصطلاحات، منهم من يسميها ب"المسائل العارضة"، ومنهم من يسميها ب"المسائل الأولية أو المسائل المستأخرة"، والبعض الآخر يسميها ب"المسائل المسبقة"⁵⁵⁷، كما يمكن أن تكون مسألة سابقة تقييد الحكم، وهنا على القاضي المطروحة أمامه الدعوى الأصلية الفصل فيها قبل إصدار حكم شامل للدعوى كلها، لا تعطل هذه المسألة الدعوى وإنما الحكم⁵⁵⁸.

⁵⁵² عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 137.

⁵⁵³ تجدر الإشارة إلى أن حكم التحكيم الأولي لا يقتصر فقط على الأحكام الفاصلة في مسائل الاختصاص.

⁵⁵⁴ قبايلي طيب، تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 106.

⁵⁵⁵ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 77.

⁵⁵⁶ موقاي أحمد بناني، "تأثير المسائل العارضة على انضباط الاختصاص القضائي"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد السادس/مارس 2015، ص 42.

⁵⁵⁷ بن حبيبة إيمان، "طبيعة الدفع بالمسائل الأولية في القانون الجزائري الجزائري"، مجلة نظرة على القانون الاجتماعي، العدد

01، ص 01.

⁵⁵⁸ موقاي أحمد بناني، المرجع السابق، ص 45.

قد يحدث أثناء نظر الدعوى أن يبدي أحد الخصوم دفعا يثير من خلاله مسألة لا تختص بها المحكمة المعروض عليها النزاع اختصاصا نوعيا، ويكون الفصل في ذلك الدفع أمرا لازما حتى تتمكن المحكمة من النظر في الدعوى فتتوقف الخصومة⁵⁵⁹.

فالمسألة العارضة يكون الفصل فيها أوليا وسابقا على الفصل في الطلب الأصلي بالنظر إلى كون الحكم فيها له الأثر في الدعوى سلبا أو إيجابا⁵⁶⁰.

والملاحظ من استقراءنا لنص المادة 1021 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن المشرع نص على استئناف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة، وفي هذا إشارة ضمنية إلى وجوب إرجاء أو وقف الخصومة في حالة وجود مسائل عارضة.

تجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من وقف الخصومة، إلا أن طلب التحكيم يضل مرتبا لآثاره ويحتفظ كل طرف بمركزه القانوني، ولكن هذه الخصومة القائمة يصيها الركود، فلا يجوز لأي من أطرافها أو للمحكمة، القيام بأي نشاط فيها، ويترتب على وقف الخصومة وقف ميعاد التحكيم، ولو كان ميعادا اتفائيا أو ميعادا قانونيا، قررته محكمة التحكيم أو المحكمة المختصة⁵⁶¹.

نصت قوانين المرافعات على الحالات التي تتوقف فيها الخصومة، وبالتالي، يتوقف السير في الدعوى بناء على اتفاق الخصوم، والوقف بالاتفاق من حق الخصوم في أي حالة كانت عليها القضية⁵⁶²، وهذا ما جاء في نص قانون أصول المحاكمات السوري، على سبيل المثال، الذي تضمن الإجراءات المتبعة في هذا الشأن أمام القضاء في المادة 163 حيث تتوقف الدعوى باتفاق أطرافها لمدة لا تزيد عن ستة أشهر⁵⁶³ أو بحكم القانون وهذا الأمر ينطبق أيضا على حالة التحكيم ويسير عندئذ إلى وقف الخصومة طبقا لقانون الإجراءات الواجب التطبيق⁵⁶⁴. ويكون إيقاف الخصومة بشكل عام في حالة اتفاق الأطراف جميعا على وقف السير في الخصومة أمام المحكم. فليس

⁵⁵⁹ بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 166.

⁵⁶⁰ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 77.

⁵⁶¹ بن سعيد زهر، المرجع السابق، ص 303.

⁵⁶² جهاد هواش وعبد الهادي عباس، المرجع السابق، ص 219.

⁵⁶³ المرجع نفسه، ص 219.

⁵⁶⁴ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 292.

للمحكم إلا الاستجابة إلى طلبهم، فعلى سبيل المثال، جاء في المادة (82) من قانون المرافعات العراقي أن إيقاف السير في التحكيم بناء على اتفاق الأطراف يجب أن لا يتجاوز مدة ثلاثة أشهر⁵⁶⁵.

كما قد توقف الخصومة بناء على قرار من المحكم⁵⁶⁶، فعلى سبيل المثال، نص قانون أصول المرافعات السوري⁵⁶⁷ على أنه وفي غير الأحوال التي نص فيها القانون على وقف الدعوى وجوباً أو جوازاً يكون للمحكمة أن تقرر وقفها كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم.

أي أنه إذا عرضت خلال التحكيم مسألة أولية يتوقف الفصل في التحكيم على نتائجها وكان الفصل فيها يخرج عن ولاية المحكم طالما أنه لم يحصل الاتفاق بصدها على التحكيم، وهذا ما يعبر عنه بالمسألة المستأخرة التي يقدر المحكم أثرها على الفصل في النزاع المعروض أمامه، هذا وأن القرار بوقف الفصل في التحكيم إلى حين البت في المسألة الأولية هو قرار قطعي⁵⁶⁸.

وفي نفس السياق، نصت المادة 268 من قانون المرافعات العراقي على أن: "إذا عرضت خلال التحكيم مسألة أولية تخرج عن ولاية المحكمين أو طعن بالتزوير في ورقة أو اتخذت إجراءات جزائية في تزويرها أو حادث جزائي آخر يوقف المحكمون عملهم ويصدرون قرارات للخصوم بتقديم طلباتهم إلى المحكمة المختصة وفي هذه الحالة يقف سريان المدة المحددة إلى أن يصدر حكم بات في هذه المسألة". ونجد نصاً مماثلاً في قوانين المرافعات في بعض البلدان العربية، منها القانون الليبي⁵⁶⁹ وكذا القانون التونسي⁵⁷⁰.

وقد أحال المشرع المصري مسألة تنظيم انقطاع خصومة التحكيم إلى نصوص قانون المرافعات⁵⁷¹، حيث نص على أن: "ينقطع سير الخصومة أمام هيئة التحكيم في الأحوال ووفقاً

⁵⁶⁵ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 292.

⁵⁶⁶ جهاد هواش وعبد الهادي عباس، المرجع السابق، ص 219.

⁵⁶⁷ المادة 164 من قانون أصول المرافعات السوري.

⁵⁶⁸ جهاد هواش وعبد الهادي عباس، المرجع السابق، ص 220.

⁵⁶⁹ المادة 757 قانون المرافعات الليبي.

⁵⁷⁰ المادة 274 من قانون المرافعات التونسي.

⁵⁷¹ بن سعيد لزهري، المرجع السابق، ص 306-307.

للشروط المقررة لذلك في قانون المرافعات المدنية والتجارية ويترتب على انقطاع سير الخصومة الآثار المقررة في القانون المذكور⁵⁷².

أما المشرع الجزائري، فلم يقن ذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإنما أشار إليها ضمناً فيما تعلق بالتحكيم الدولي وهو ما تم استقراؤه من عبارة " تثبتت الإجراءات أو حالات أخرى" والتي تم ذكرها في نص المادة 1047 منه.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن هنالك حالات تنقطع فيها الخصومة أمام المحكم وهي نفس الحالات التي تنقطع فيها الخصومة أمام القاضي، وهذا ما نجده في التشريع الفرنسي⁵⁷³.
أما في التشريع المصري، فقد وردت حالات الانقطاع وذلك في قانون المرافعات، وهي كالآتي⁵⁷⁴:

1- وفاة الخصم إذا كان شخصا طبيعياً، فعندئذ يصبح ورثة المتوفي أطرافاً في الخصومة كخلفاء له في مركزه كخصم، وتنقطع الخصومة حتى يعلموا بوجودها ويتمكنوا من الدفاع عن مصالحهم فيها، ويأخذ حكم الوفاة زوال الشخص الاعتباري وحلول غيره محله، أو خلافته.

2- فقد الخصم الأهلية التقاضي، فإذا تم الحجز على الخصم لجنون أو سفه، فإن الخصومة تنقطع حتى يعلم القيم عليه بوجود الخصومة لكي يتمكن من الدفاع عن مصالحته.

3- إذا بلغ الخصم القاصر سن الرشد أو توفي الولي أو الوصي عليه أو عزله أو فقد أهليته، أو عزل القيم على المحجور عليه، فإن الخصومة تنقطع حتى يعلم الخصم بالخصومة ليتولى هو مباشرتها بنفسه أو بواسطة وكيل عنه، أو يتم تعيين ولي أو وصي أو قيم جديد غير الولي أو الوصي أو القيم الذي زالت صفته ليتولى الدفاع عن الخصم".

للإشارة، هنالك من القوانين العربية التي لم تنص على انقطاع الخصومة أمام المحكم، كالقانون العراقي مثلاً، ومع ذلك نرى تطبيق الموقف الفرنسي والمصري وتطبيق حالات انقطاع الخصومة في الدعوى أمام المحكمة لأن حالات الانقطاع تمس الجانب العملي من مهمة القاضي الوطني وعليه تسري على المحكم.

⁵⁷² المادة (38) من قانون المرافعات المصري.

⁵⁷³ علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري- دراسة قانونية مقارنة-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص160.

⁵⁷⁴ المادة 30 من قانون المرافعات المصري.

وهذه الحالات تنص عليها قوانين المرافعات، فعلى سبيل المثال، ينص القانون العراقي⁵⁷⁵ على ثلاث حالات، نذكرها كما يلي⁵⁷⁶:

"أ) ينقطع السير في الدعوى بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو بفقده أهلية الخصومة أو زوال صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عنه إلا إذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها. فإذا توفي الخصم فإن المرافعة تنقطع حتى إصدار قسيمة شرعية فإذا حضر من يمثل الورثة تستأنف المرافعة من النقطة التي توقفت عندها".

وهو تقريبا ما جاءت به المادة 165 من قانون أصول المحاكمات السوري وما بعدها، فقد نص على انقطاع الخصومة والتي تحصر بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم، أو بفقد أهلية الخصومة أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائبين إلا إذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها⁵⁷⁷.

ولا تنقطع الخصومة بسبب وفاة وكيل أحد أطراف النزاع أو انقضاء وكالته وعلى المحكم في هذه الحالة أن يمنح الطرف الذي انقطعت وكالته مهلة لكي يسمي عنه وكيلاً آخر أو يباشر بنفسه الخصومة والمرافعة دون أن يوكل أحداً⁵⁷⁸.

أما موت المحكم وفقدان أهليته وعزله أو اعتزاله فلا يقطع ذلك الخصومة وإنما يجب تعيين محكم بديل عنه وتعيين البديل يكون بنفس الطريقة التي تم فيها تعيين المحكم السابق، أو أن يكون التعيين من قبل المحكمة أو سلطة التعيين وبموجب ما سبق ذكره في تعيين المحكم⁵⁷⁹. وما ينبغي الإشارة إليه بهذا الخصوص، هو أن المشرع الجزائري اعتبر موت المحكم سبب من أسباب انقضاء التحكيم.

تلك هي العوارض التي قد تعترى إجراءات التحكيم فتجعلها تتوقف أو تنقطع لفترة ما وبعد انتهاء السبب الذي أدى إلى حصول الحالة المذكورة تستأنف إجراءات التحكيم لحين إصدار

⁵⁷⁵ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 294.

⁵⁷⁶ المادة 84 من قانون المرافعات العراقي.

⁵⁷⁷ جهاد هواش وعبد الهادي عباس، المرجع السابق، ص 219.

⁵⁷⁸ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 294.

⁵⁷⁹ المرجع نفسه، ص 295.

الحكم⁵⁸⁰، ولا يمكن أن يكون ذلك الاستئناف إلا بعد أن يتدخل القاضي ليكمل كل نقص أو يسد أي ثغرة تتعلق بإحدى المسائل الأولية.

الفرع الثاني

دعوى المسائل العارضة

يتم الفصل في دعوى مسألة عارضة أمام قضاء الدولة إما لدى قاضي مدني أو قاضي جزائي، فلصاحب الصفة والمصلحة أن يتقدم بالدعوى المراد رفعها أمام قاضي المحكمة في القسم المدني سواء كانت قضية عقارية أو تجارية أو غيرها. وقد يتم رفعها أمام القسم الجزائي باعتبار القاضي الجزائي هو وحده صاحب الاختصاص في الحكم في فعل جنائي، وعليه ليس لمحكمة التحكيم أن تفصل فيه لاعتباره من المسائل الخارجة عن اختصاصها وولايتها.

أولاً: دعوى المسائل العارضة أمام القضاء المدني

إنه ولتفادي وقوع حالة عدم الاختصاص السلبي للقضاء وكذا للتحكيم، الذي يعطل إجراءات هذا الأخير ويفقد فعاليته⁵⁸¹، فإنه على القاضي الحكم باختصاصه إذا ما رأت محكمة التحكيم عدم اختصاصها وامتنعت عن نظر المسألة.

بالنسبة للتحكيم الدولي، فيثور التساؤل حول ما إذا كان لمحكمة التحكيم أن تفصل في المسائل الأولية إذا لم يكن الفصل فيها من اختصاص قضاء الدولة وإنما من اختصاص قضاء دولة أخرى؟ وقد أجاب على ذلك الفقه، والأمر يختلف بالنسبة لمحكمة التحكيم عنه بالنسبة للمحكمة تمام الاختلاف بالنظر إلى أن ولاية محكمة التحكيم ولاية خاصة محدودة بالنزاع ذاته الذي اتفق على التحكيم فيه، خلافاً للقضاء، ولذلك لا يجوز لمحكمة التحكيم إصدار حكم⁵⁸² في المسائل الأولية الخارجة عن حدود صلاحيتها حتى لو كان القضاء المختص بالفصل فيها هو قضاء دولة أجنبية⁵⁸³.

⁵⁸⁰ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 295.

⁵⁸¹ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 80.

⁵⁸² لأكثر تفصيل حول الجدل المثار بخصوص طبيعة الأحكام الصادرة عن المحكمة التحكيمية في مسألة اختصاصها: تعولبت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 74.

⁵⁸³ عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 133.

أما بخصوص التحكيم الداخلي، فإنه إذا ما تمعنا في نص المادة 1021 من ذات القانون نجدها تنص على أنه إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة، أو إذا حصل عارض جنائي، يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، ويستأنف أجل سريان التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة".

بداية أن تطبيق هذا النص يفترض أن تكون المسألة الجنائية غير معلومة أو ملحوظة أثناء التحكيم، ومن شأنها أن يتوقف عن الفصل فيها، الحكم في النزاع المطروح على المحكم، أما إذا كانت الحقوق الشخصية الممكن تولدها عن القضية الجنائية هي موضوع التحكيم، فإن ذلك غير ممنوع على المحكم البت فيه قضاء أو صلحا ويصدر الجرم الجنائي من المحكمة الجزائية تقرر فيه ما تريد على ضوء النصوص المعمول بها لديها⁵⁸⁴.

ذلك أن المحكمة الجنائية هي من تختص بإصدار عقوبات جزائية، وليس لمحكمة التحكيم لا سلطة إصدار مثل هكذا عقوبات ولا تنفيذها⁵⁸⁵. لكن يمكن للأطراف -المتسبب في الجريمة والضحية- رغم حضرهم من التوجه إلى قضاء التحكيم، إلا أن لهما التوجه لذات الجهة بالمطالبة المدنية⁵⁸⁶.

وهذا ما جاء في القرار الصادر بتاريخ 29 يونيو 2006 عن محكمة استئناف باريس والتي طبقت هذه القاعدة، في حالة التأسيس كطرف مدني في الدعوى العمومية واشترط قبول المطالبة المدنية لاعتبار ذلك تنازلا عن اللجوء إلى قضاء التحكيم⁵⁸⁷.

وبخصوص قاعدة "الجنائي يوقف المدني"، فإنها لا تسمح بالاستمرار في قضاء التحكيم، لكن لا تطبق إذا كان الأمر يتعلق بالتحكيم الدولي، وهو المعمول به في كل من محكمة النقض الفرنسية وكذا محكمة استئناف باريس⁵⁸⁸.

أما في التحكيم الداخلي في القانون الجزائري، فاللجوء يكون إلى القضاء العادي بشأن المسائل الأولية والتي خرجت عن حدود ولاية المحكمين، وبهذا الصدد يمكن تقديم ملاحظتين:

⁵⁸⁴ جهاد هواش وعبد الهادي عباس، المرجع السابق، ص 205..

⁵⁸⁵ أبو العلف عبد اللطيف، الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي-دراسة في القانون المغربي المقارن-، دار الأفاق المغربية، 2011، الدار البيضاء، ص 62.

⁵⁸⁶ المرجع نفسه، ص 63.

⁵⁸⁷ هذا القرار أشار إليه: أبو العلف عبد اللطيف، المرجع نفسه، ص 63.

⁵⁸⁸ أبو العلف عبد اللطيف، المرجع نفسه، ص 64.

الملاحظة الأولى تتعلق بذكر المسائل الأولية على سبيل الحصر لا المثال بالرغم من تنوعها، ذلك أن المشرع الجزائري تحدث على الطعن بالتزوير مدنيا في ورقة وحصول عارض جنائي فقط.

أما الملاحظة الثانية فتتعلق بذكر عبارة "استئناف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة"، وفي هذا إشارة إلى أن المشرع الجزائري يطبق أحكام المادة 213 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تتعلق بوقف الخصومة⁵⁸⁹ الذي يحدث في حالة ما إذا أبدى أحد الخصوم دفعا يثير من خلاله مسألة لا تختص بها المحكمة المعروض عليها النزاع اختصاصا نوعيا، ويكون الفصل في ذلك الدفع أمرا لازما حتى تتمكن المحكمة من النظر في الدعوى فتتوقف الخصومة، كما قد يأمر بوقف الخصومة لأسباب قانونية أخرى⁵⁹⁰. وبمجرد زوال السبب تستأنف الدعوى بقوة القانون سيرها من النقطة التي وقفت عندها⁵⁹¹.

كما تتحدث أيضا عن إرجاء الفصل في الخصومة، والذي يوقف سريانها إلى غاية حلول التاريخ المحدد أو وقوع الحدث الذي أخذه القاضي بعين الاعتبار كحالة انتظار صدور حكم جزائي⁵⁹². وهي أحكام المسائل العارضة.

ثانيا: دعوى المسائل العارضة أمام القضاء الجزائي

يعد طرح المسألة العارضة أمام القاضي الجزائي، طلب للفصل في مدى حق الدولة في توقيع الجزاء على مخالفة أحكام قانون العقوبات والقوانين المكملة له⁵⁹³. ويعتبر القضاء الجزائي القضاء الوحيد صاحب الاختصاص الأصيل بنظر المسائل المتعلقة بالجرائم والفصل فيها، ويعد أمرا لازما لأنه أمر يخرج عن ولاية محكمة التحكيم ويختص به رجال القضاء الذين أنيطت بهم مثل هذه

⁵⁸⁹ تجدر الإشارة إلى أن وقف الخصومة لأسباب قد يقدرها الخصوم أنفسهم، وهذا ما يسمى بالوقف الاتفاقي، فمن الجائز أن يتفق جميع الخصوم في أي حالة تكون عليها الإجراءات على وقف السير في الخصومة امام المحكم، هذا ما تقرره، على سبيل المثال، المادة 128 من قانون المرافعات المصري. كما يمكن ان يكون الوقف بقرار من محكمة التحكيم، ويخضع هذا النوع من الوقف إلى السلطة التقديرية لمحكمة التحكيم التي تقرره إذا كانت هنالك ضرورة، وغالبا ما تلجأ محكمة التحكيم إلى وقف الإجراءات لوجود مسألة تخرج عن ولايتها وتدخل في اختصاص جهة قضائية. أخيرا يمكن أن يكون الوقف بقوة القانون. لتفصيل أكثر انظر: بن سعيد لزهري، المرجع السابق، ص 303 وما بعدها.

⁵⁹⁰ بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 166.

⁵⁹¹ جهاد هواش وعبد الهادي عباس، المرجع السابق، ص 219.

⁵⁹² بربارة عبد الرحمان، المرجع سابق، ص 167.

⁵⁹³ اوهابيه عبد الله، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري- التحري والعقاب،- دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2008،

المهام وهم من يملكون حصرا تحقيقا وحكما لواقعة متعلقة بجريمة. ومن المؤكد أنه لا يمكن تصور وقوع تنازع اختصاص أمام القضاء الوطني والتحكيم بنظر المسائل ذات الطابع الجزائي. وبعد استعراض دور القاضي في مساعدة محكمة التحكيم في تحصيل الأدلة وتحقيقها أو الفصل في المسائل الأولية والعارضة والتي يشكل الفصل فيها أمرا ضروريا لحل النزاع المطروح أمامها، لابد لنا من أن نوضح أكثر دور القضاء في التعاون مع محكمة التحكيم في أمور أخرى تتعدى ما أسلفنا ذكره.

المطلب الثالث

الحالات الأخرى لتدخل القاضي أثناء سير الخصومة التحكيمية

لا يقتصر دور المحكمة عند أوجه التدخل السابقة ولكنها تتعداها إلى صور أخرى، فقد خول المشرع الجزائري للقاضي سلطة التدخل في مساعدة محكمة التحكيم حيث نص في المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عندما ذكر كلمة "حالات أخرى" معبرا عن الاختصاصات الأخرى الممنوحة للقاضي في إطار التعاون بين هذا الأخير والمحكم في مد ميعاد التحكيم (الفرع الأول) أو تحديد أتعاب المحكمين (الفرع الثاني) أو تفسير حكم التحكيم وتصحيحه (الفرع الثالث).

الفرع الأول

سلطة القاضي في تمديد مدة التحكيم

إذا كان لمحكمة التحكيم سلطة الفصل في النزاع محل التحكيم، فإن هذه السلطة يجب أن تمارس خلال الميعاد المحدد⁵⁹⁴. وفي هذا السياق، نص المشرع الجزائري على ميعاد إصدار الحكم، حيث نصت المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف (4) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم. غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك، يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة".

⁵⁹⁴ بن سعيد لزهري، المرجع السابق، ص 334.

والأصل أن يتحدد ميعاد الحكم وفق اتفاق الخصوم وإرادتهم المتقابلة، ولهم تحديد الميعاد في الشرط أو المشاركة، ولهم بعد تحديده باتفاق متبادل تعديل الميعاد أو تبديله، ويلتزم المحكمون بالمدد المحددة أو الممددة كالتزامهم بكل ما أوجبه الاتفاق على التحكيم، والاتفاق على التمديد يتم مباشرة من قبل الخصوم أو بواسطة وكلائهم المفوضين بذلك تفويضا خاصا⁵⁹⁵.

على سبيل المقارنة، نصت المادة (37) من قانون التحكيم الأردني الجديد، على سبيل المثال، على أنه في حالة عدم صدور القرار في الميعاد، فإن لأي طرف أن يتقدم إلى المحكمة المختصة ويطلب منها اصدار أمر بتمديد موعد إضافي، ولم يلزم المشرع القاضي بتمديد مدة معينة، بل هي سلطة تقديرية له، وهذا هو الاحتمال الأول، أما الاحتمال الثاني فإنه يكون صدور قرار من القاضي بالأمر بإنهاء إجراءات التحكيم ومن ثمة يكون لأي من الطرفين رفع دعواه إلى المحكمة المختصة⁵⁹⁶.

هذا وقد ثار نقاش في الفقه حول هذا النص الذي جاء في القانون الأردني، فقال البعض أن حق أي من الطرفين في الالتجاء إلى القضاء مقصور على حالة صدور الأمر بإنهاء الإجراءات، إلا أن اتجاهها آخر في الفقه يرى أنه يكون لأي من الطرفين عند تمديد موعد إضافي أو إنهاء الإجراءات أن يرفع دعواه أمام المحكمة المختصة أصلا، فلا يقتصر اللجوء إلى القضاء في حالة إنهاء الإجراءات فقط⁵⁹⁷.

أما المشرعين الجزائري والمصري، فقد أعطى كل منهما للقضاء سلطة مد ميعاد التحكيم بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على فترة ميعاد التحكيم، فإن ميعاد التحكيم يكون وفقا للقانون الذي يحكم إجراءات التحكيم⁵⁹⁸، حيث نصت المادة 2/1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حال عدم الموافقة عليه، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم".

في هذا الصدد، يرى البعض أن المشرع الجزائري لم يحترم مبدأ سلطان الإرادة الذي يعد عماد نظام التحكيم، حيث أنه أعطى لمحكمة التحكيم سلطة مد ميعاد التحكيم وفقا للقانون الذي يحكم إجراءات المد رغم وجود إمكانية رفض الأطراف لهذا المد، كما أنه لم يحدد المدة

⁵⁹⁵ جهاد هواش وعبد الهادي عباس، المرجع السابق، ص 201.

⁵⁹⁶ عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 139.

⁵⁹⁷ حول هذا النقاش: عامر فتحي البطاينة، المرجع نفسه، ص 139.

⁵⁹⁸ بن سعيد لزهري، المرجع السابق، ص 338.

الإضافية ما يفتح المجال أمام المحكمين في تحديد فترة المد، رغم اشتراطه موافقة الأطراف على هذا المد⁵⁹⁹.

كما يرون أيضا، أنه حبذا لو تفادى المشرع الجزائي ما قام به، فعند رفض الأطراف مد ميعاد التحكيم بعد انتهاء الميعاد المحدد اتفاقا أو بنص القانون تنتهي الإجراءات، ويصبح لكل طرف الحق في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وهو حق أصيل كرسته جل الدساتير⁶⁰⁰.

في حين نرى، أن هذه المسألة لا تطرح -حسب رأينا-، لأن اتفاق الأطراف على تطبيق قانون إجرائي معين أو نظام تحكيمي محدد يستفاد منه موافقتهم على تطبيق قواعد تمديد مهلة التحكيم المنصوص عليها فيه.

إن عدم إصدار المحكم لحكمه في المواعيد المحددة بعد مراعاة العوارض يجعل التحكيم منقضيا، ويكون للخصوم طرح النزاع أمام المحكمة المختصة، أو الاتفاق على تحكيم جديد واختيار المحكمين أنفسهم أو غيرهم⁶⁰¹.

هذا وبالحديث عن السلطات الممنوحة للقاضي في منح التمديد لمهلة التحكيم، نرى أن له السلطة التقديرية في منح وعدم منح الترخيص بالتمديد وفق ما يتبين له من الظروف التي أدت في التأخير في إصدار الحكم التحكيمي. إن هذا يعد منعا لأي تعسف من المحكمة التحكيمية أو من أحد الأطراف، ولم يقيدده المشرع بمدة معينة وجب عليه احترامها عند الأمر بالتمديد، بل ترك له السلطة التقديرية في تحديد هذا الأجل⁶⁰².

وفي عدم التمديد لأقصى الأجل الذي لا يجب على رئيس المحكمة تجاوزه، يرى البعض أن هذا فيه عيب من حيث أنه يشكل تدخل سافر من القضاء في خصومة التحكيم إذ يمكنه أن يمدد هذا التحكيم لأجل طويل دون أن يكون أمره هذا قابلا لأي طعن⁶⁰³، فماذا لو قرر القاضي مد فترة التحكيم لعشر سنوات أيضا؟⁶⁰⁴

⁵⁹⁹ بن سعيد لزهري، المرجع السابق، ص 338-339.

⁶⁰⁰ المرجع نفسه.

⁶⁰¹ جهاد هواش وعبد الهادي عباس، المرجع السابق 206.

⁶⁰² قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 84.

⁶⁰³ المرجع نفسه.

⁶⁰⁴ عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 140.

من جانب آخر، وبانعدام الحضر على التمديد الإضافي في حالة ما إذا انتهت مدة التحكيم المحددة من الرئيس دون توصل المحكمة التحكيمية إلى الفصل في النزاع، فإنه لا ضير أن يطلب الأطراف من القاضي إنهاء الإجراءات متى تبين له عدم جدوى ذلك، كان تظهر له ملاسبات وظروف تجعل من الفصل في النزاع عن طريق التحكيم أمراً مستحيلاً أو صعباً، وإما طلب أجل إضافي إذا تبين له ضرورة ذلك⁶⁰⁵.

الفرع الثاني

دور القضاء في المسائل المتعلقة بالأتعاب

لا شك أن التحكيم يولد تكاليف، والتي تعتبر بالنسبة للبعض غير قابلة للتغيير، كأتعاب المحكمين مثلاً، سواء كان التحكيم حر أو مؤسسي، وتحدد الأتعاب بحسب عدد المحكمين في النزاع، أو مدى تعقيد النزاع، أو حتى بالنظر إلى المبلغ المتنازع بشأنه⁶⁰⁶.

وإذا كان الأصل أن محكمة التحكيم هي التي تقوم بتحديد مصاريف التحكيم وكيف تدفع وعلى ماذا تدفع، على أن تأخذ بعين الاعتبار جميع ظروف القضية، إلا أن ذلك لا يعني إبعاد أي دور للقاضي الوطني في التدخل في مصاريف التحكيم⁶⁰⁷.

إذ أن للمحكمة في هذا الشأن دور إيجابي وفعال، فإذا لم يتم الاتفاق بين الأطراف على أتعاب المحكمين، وقامت محكمة التحكيم بتقديرها، فإن قرارها يكون قابلاً للطعن به أمام المحكمة المختصة، ولهذه الأخيرة سلطة تقديرية بهذا الخصوص، غير أن عليها مراعاة طبيعة التحكيم التجاري الدولي، والأخذ بعين الاعتبار النفقات التي يتكبدها المحكمون في السفر، كل ذلك ما لم يتفق الأطراف على اخضاع الإجراءات لنظام معين كنظام غرفة التجارة الدولية⁶⁰⁸، فإن المحكمين لا داعي لهم لإصدار قرار بالأتعاب وهذه الأجور، لأن هنالك اتفاقاً، أما إذا لم يكن هنالك اتفاق فلا مانع من إصدار قرار بهذا الشأن⁶⁰⁹.

⁶⁰⁵ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 85.

⁶⁰⁶ GOSTARGENT Jean-Robin, SPINELLI Julie, « L'arbitrage, une alternative pour les litiges à petits enjeux », *Les cahiers de l'arbitrage - nouveaux domaines, nouvelles utilisations*, 3^{ème} Edition 2017, p58.

⁶⁰⁷ عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 141.

⁶⁰⁸ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 90.

⁶⁰⁹ عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق، ص 141.

وفي هذا السياق، وعلى سبيل المثال، نص المشرع الأردني على أنه: " إذا لم يتم الاتفاق بين الأطراف والمحكمين على تحديد أتعاب المحكمين فيتم تحديدها بقرار من هيئة التحكيم ويكون قرارها هذا قابلاً للطعن فيه أمام المحكمة المختصة ويكون قرار المحكمة في هذه الحالة نهائياً"⁶¹⁰.

الفرع الثالث

دور القضاء في تفسير وتصحيح الحكم أو الإضافة له وتكميله

بعد الإعداد والتحضير للحكم التحكيمي تنتهي ولاية محكمة التحكيم على النزاع ولا يكون لها الولاية من جديد، إلا في حالات استثنائية وهي حالة التفسير، وحالة التصحيح⁶¹¹، كما يمكن للقاضي أيضاً أن يتدخل في هذا الشأن، إلا إذا كان هنالك اتفاق جديد بين الأطراف مفاده دعوى التفسير، فإن واجب القاضي أن يبحث هو ويفسر الحكم⁶¹².

حيث أنه قد يعتري الحكم التحكيمي شيئاً من الغموض يتعذر معه فهم حقيقة ومضمون ما قضت به المحكمة التحكيمية كأن يأتي بعبارات صحيحة لغوياً لكن لا تعبر على القضاء اصطلاحاً، ما يجعل منطوق الحكم معيباً من الناحية الفنية⁶¹³.

وقد تمتد المهمة التحكيمية إلى التصحيح في حالة ورود أخطاء مادية، كتابية أو حسابية في الحكم التحكيمي ذاته وفي الميعاد القانوني. كما أن المحكم لا يتوقف عند هذه المهام بل يتعداها إلى الفصل في طلبات المحتكمين المتعلقة بإغفال بعض النقاط التي كانت مطروحة على المحكم.

أولاً: مدى اختصاص محكمة التحكيم في عملية التفسير والتصحيح

تنص قوانين وقواعد التحكيم بشكل عام على أنه يجوز لأي من طرفي النزاع التقدم بطلب إلى محكمة التحكيم لتصحيح أي خطأ كتابي أو حسابي أو مطبعي في غضون فترة زمنية محددة، عادة ما تكون 30 يوماً من تاريخ صدور الحكم. من الممكن بشكل عام أيضاً أن يطلب أحد الأطراف تفسيراً لجزء محدد من الحكم في نفس المهلة الزمنية. علاوة على ذلك، إذا فشلت محكمة التحكيم في الفصل في أي مطالبة مقدمة إليها، يجوز للطرف أن يطلب قراراً إضافياً فيما يتعلق بتلك

⁶¹⁰ الفقرة د من المادة 41 من قانون التحكيم الأردني.

⁶¹¹ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 90.

⁶¹² علي سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص 172.

⁶¹³ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 182.

المطالبة⁶¹⁴. كما يمكن أن تمارس محكمة التحكيم هذه السلطات بشكل عام بمبادرة منها وتجدر الإشارة، مع ذلك، إلى أن سلطات محكمة التحكيم لتصحيح أو تكميل قرار التحكيم لا يمكن استخدامه لتغيير جوهر قرار التحكيم إلى أي حد.

ونظرا لأن منطوق الحكم قد تخلله أخطاء مادية، فإن لمحكمة التحكيم أن تفصل فيما أغفلته كلية. سواء تعلق الأمر بالتفسير أو التصحيح.

1- الاختصاص التحكيمي بالتفسير:

نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 1030 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه على المحكم التخلي عن النزاع بمجرد الفصل فيه، غير أنه يمكن لهذا المحكم تفسيره أو تصحيح الأخطاء الواردة فيه، تنص المادة على أنه: " يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه.

غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم، أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه، طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون".

إن القاعدة أنه في حال غياب اتفاق الأطراف على طريقة التفسير فإن القاضي هو الذي يفسر الحكم، فإذا كان حل النزاع عن طريق المحكمين يمثل استثناء على القاعدة العامة التي توجب اللجوء إلى قضاء الدولة، فإنه يجب تفسير الحكم تفسيراً ضيقاً، باعتبار المحكم صاحب الولاية الاستثنائية⁶¹⁵، أو الولاية التكميلية لتفسير أحكام المحكم المقيدة بقيود زمنية تركز قيمة الوقت في خصومة التحكيم⁶¹⁶. إنما تظل تلك السلطة- طالما لم يتم الاتفاق على تخويلها صراحة للمحكم- لقضاء الدولة.

وفي نفس السياق، نص المشرع المصري في قانون التحكيم على أنه:

1- يجوز لكل من طرفي التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم خلال ثلاثين يوماً تفسير ما وقع في

منطوقه من غموض، ويجب على طالب التفسير إعلان الطرف الآخر بهذا الطلب قبل

تقديمه لهيئة التحكيم.

⁶¹⁴ ROWLEY QC J William, The Guide to challenging and enforcing arbitration awards, Global review, published in United Kingdom by law business Research, Ltd,2019, p.20

⁶¹⁵ علي سالم إبراهيم، مرجع سابق، ص173.

⁶¹⁶ قطاف حفيظ، مرجع سابق، ص91.

2- يصدر التفسير كتابة خلال ثلاثين يوما التالية لتاريخ تقديم طلب التفسير لهيئة التحكيم، ويجوز لهذه الهيئة مد هذا الميعاد ثلاثين يوما أخرى إذا رأت الضرورة ذلك.

3- ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمما لحكم التحكيم الذي يفسره وتسري عليه أحكامه".⁶¹⁷

فوفقا لنص هذه المادة، يكون للأطراف طلب التفسير من المحكم، خاصة عندما لا تدل ألفاظ الحكم على مضمون القضاء الصادر بدقة من الناحية الاصطلاحية بالرغم من سلامتها من الناحية اللغوية⁶¹⁸، وتعتبر هذه التفسيرات بمثابة أحكام التفسير⁶¹⁹.

هذا وقد أوجب على طالب التفسير تقديم الطلب خلال مدة أقصاها ثلاثون يوما من تاريخ تسليم طلب التفسير، وليس من صدور الحكم، وتكون مدة الثلاثين يوما قابلة للتمديد مرة أخرى إذا استدعت الضرورة ذلك، وهو ميعاد تنظيمي لا يترتب على مخالفته البطلان أو سقوط الحكم، والغرض منه حث المحكم على سرعة إصدار الحكم⁶²⁰.

تجدر الإشارة إلى أن حكم التفسير يعد متمما لحكم التحكيم وتسري عليه أحكامه⁶²¹، فهو يندمج في الحكم الأصلي، فإذا ألغى الحكم المفسر فإنه يلغى الحكم التفسيري إذ أنه يدور وجودا وعندما معه، ذلك للارتباط الوثيق بينهما⁶²².

إن تفسير الحكم يعني توضيح ما قد يشوبه من لبس وغموض أي تبيان حقيقة المقصود منه⁶²³، وعلى عكس سلطة القاضي في تفسير أو تصحيح الحكم التي لا تثير أي خلاف، فإن سلطة المحكم على تفسير الأحكام التحكيمية قد انقسم بخصوصها الفقه إلى ثلاثة اتجاهات فقهية، حيث أنكر الاتجاه الأول على المحكمين ولايتهم في تفسير أحكامهم، بينما يرى الاتجاه الثاني وجوب

⁶¹⁷ المدة 49 من قانون التحكيم المصري.

⁶¹⁸ بن سعيد زهر، المرجع السابق، ص 355.

⁶¹⁹ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 318.

⁶²⁰ بن سعيد زهر، المرجع السابق، ص 356.

⁶²¹ حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 40.

⁶²² بن سعيد زهر، المرجع السابق، ص 356-357.

⁶²³ المرجع نفسه، ص 354.

الاعتراف بالولاية التحكيمية للمحكم لتفسير أحكامه، أما الاتجاه الثالث والأخير فقد اعترف للمحكمن بالولاية التكميلية لتفسير أحكامهم⁶²⁴.

2- الاختصاص التحكيمي بالتصحيح:

تملك المحكمة تصحيح الحكم التحكيمي، إذا شابه من الأخطاء المادية أو الأخطاء الحسابية وهذا ما نصت عليه المادة 1030 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري⁶²⁵، وهي أخطاء يرجع بخصوص تصحيحها إلى الجهة المصدرة لها ولا تطبق بخصوصها أي من طرق الطعن الكثيرة مصارفها والمشتبكة إجراءاتها المعهودة في القانون.

أما القانون المصري للتحكيم فقد نص على ما يلي:⁶²⁶

"1- تتولى هيئة الحكيم تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة، كتابية أو حسابية، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم. وتجري هيئة التحكيم التصحيح من غير مرافعة خلال ثلاثين يوما التالية لتاريخ صدور الحكم أو إيداع طلب التصحيح بحسب الأحوال ولها مد هذا الميعاد ثلاثين يوما أخرى إذا رأت ضرورة ذلك.

2- ويصدر قرار التصحيح كتابة من هيئة التحكيم ويعلن إلى الطرفين خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره وإذا تجاوزت هيئة التحكيم سلطتها في التصحيح جاز التمسك ببطلان هذا القرار بدعوى بطلان تسري عليها أحكام المادتين 53-54 من هذا القانون".

ومن النص يتضح أنه لا بد من أن تكون هنالك أخطاء مادية كتلك في التعبير عن فكر وتقدير محكمة التحكيم ومرادها ولا تأثير لها على الحكم، وقد تكون أخطاء من نوع آخر كالأخطاء الحسابية عند حساب المبالغ، أو الخاصة بالفوائد أو حتى التي يمكن أن تقع عند القيام بعمليات تحويل العملة.

هذا كما أنه لا بد من ورود الأخطاء المراد تصحيحها في الحكم نفسه، وأن لا يتعدى التصحيح ثلاثين يوما التالية لإيداع الطلب قابلة للتمديد لمدة مماثلة في حالة قيام المحكمن بالتصحيح بناء على طلب من المحكمة التحكيمية، أما في حالة تصحيح الحكم التحكيمي من قبل

⁶²⁴ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 91.

⁶²⁵ المرجع نفسه، ص 93.

⁶²⁶ المادة (50) من قانون التحكيم المصري.

المحكّمين من تلقاء أنفسهم ودون أي طلب من المحكّمين فإنه المدة تبقى ثلاثون يوماً قابلة للتمديد لكن من تاريخ صدور الحكم أو إيداع طلب التصحيح⁶²⁷.

أما قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي في مادته (764) على أن المحكمة التي أودع الحكم قلم كتابها بتصحيح الأخطاء المادية في هذا الحكم بناء على طلب أحد ذوي الشأن بالطرق المقررة لتصحيح الأحكام⁶²⁸.

وفي نفس السياق فلقد أجاز قانون التحكيم التجاري الدولي في مادته (33) أنه في حالة طلب أحد أطراف النزاع التحكيمي تصحيح أخطاء سواء مادية أو حسابية وردت في الحكم التحكيمي خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم قرار التحكيم، فإنه لمحكمة التحكيم أن تصححها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم الطلب.

كذلك تقضي قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في فصلها الرابع من المادة (36) باختصاص المحكمة التحكيمية بتصحيح أية أخطاء حسابية أو كتابية أو مطبعية أو أية أخطاء أخرى مماثلة، على أن يخطر المحكّم الآخر، وهذا في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم الطلب، كما للمحكّمين من تلقاء أنفسهم أن يقوموا بتصحيح خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ إرسال قرار التحكيم إلى أطراف الخصومة⁶²⁹.

ثانياً: مدى اختصاص القاضي في التفسير والتصحيح

بعرض هذه الاتجاهات الفقهية والنصوص التشريعية السابقة يمكننا أن نطمئن إلى القول بوجود ولاية لقضاء الدولة على التحكيم في المرحلة اللاحقة لصدور الحكم التحكيمي، وهذا يؤكد أن التحكيم في هذه المرحلة ليس بمنأى عن قضاء الدولة وإنما يضل تحت رقابته.

1- الاختصاص القضائي بالتفسير:

بالرجوع إلى نص المادة 1030 نجدها تحيلنا إلى المواد 285-287 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بتفسير وتصحيح الأحكام، حيث نصت المادة 285 على: "إن تفسير الحكم بغرض توضيح مدلوله أو تحديد مضمونه من اختصاص الجهة القضائية بعد سماع الخصوم أو بعد صحة تكاليفهم بالحضور."

⁶²⁷ مهند احمد الصانوري، المرجع السابق، ص 186-187.

⁶²⁸ المرجع نفسه.

⁶²⁹ المرجع نفسه.

أما المادة 287 فتنص على أنه: " يقصد بالخطأ المادي عرض غير صحيح لواقعة مادية أو تجاهل وجودها، غير أن تصحيح الخطأ المادي أو الإغفال لا يؤدي إلى تعديل ما قضى به الحكم من حقوق والتزامات للأطراف".

فهذه المادة عرفت الخطأ المادي أو تجاهل وجودها كأن يصدر الحكم غيايبا في حق طرف حضر كافة مراحل الخصومة، شريطة ألا يؤدي تصحيح الخطأ المادي أو الإغفال إلى تعديل ما قضى به الحكم من حقوق والتزامات للأطراف.

وتتم إجراءات تصحيح الخطأ المادي أو الإغفال الذي يشوب الحكم إما إلى الجهة القضائية التي يطعن في الحكم على مستواها ولو بعد حيازته قوة الشيء المقضي به أو إلى الجهة القضائية التي يطعن في الحكم أمامها. هذا ويقدم طلب التصحيح الخطأ المادي أو الإغفال من طرف أحد الأطراف بعريضة مشتركة منهم طبقا لما تقتضيه أشكال رفع الدعاوى. ويفصل في طلب التصحيح بعد سماع الخصوم أو بعد صحة تكليفهم بالحضور.

يؤشر على أصل الحكم المصحح بحكم التصحيح وكذا على النسخ المستخرجة منه، ويبلغ الأطراف المعنيون بحكم تصحيح الخطأ المادي أو الإغفال ويحوز قوة الشيء المقضي به. وبالتالي قد يصحح الحكم مما يشوبه وقد يفسر عند احتوائه على عبارة غامضة، تحول دون سهولة تنفيذه، وعندئذ لا بد من تدخل القاضي الوطني للمساعدة بالتفسير. تكون هنا دعوى التفسير كالدعوى العادية أمام القضاء، ويعد الحكم الصادر بالتفسير متمما لحكم التحكيم الذي يفسره وتسري عليه أحكامه⁶³⁰.

إن تدخل القاضي الجزائي في مسألة تفسير حكم التحكيم لا يكون إلا ضمن الشروط، إذ لا بد من إخطاره من أحد طرفي التحكيم بموجب دعوى عادية ترفع بهذا الصدد. وهذا على أن يثبت هذا الطرف تعذر اجتماع المحكمة من جديد أو أن الطرف الآخر لم يتفق معه على اجتماع المحكمة من جديد أو أن الطرف الآخر لم يتفق معه على إعادة تشكيلها، لأنه متى تم الاجتماع من المحكمة التحكيمية فلا نحتاج إلى طلب مساعدة القاضي⁶³¹.

⁶³⁰ قطاف حفيظ، مرجع سابق، ص 92.

⁶³¹ المرجع نفسه.

2- الاختصاص القضائي بالتصحيح:

تنص المادة 287 من نفس القانون السالف الذكر-قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري- على أن: "يجوز للجهة القضائية التي أصدرت الحكم ولو بحيازة ذلك الحكم قوة الشيء المقضي به أن تصحح الخطأ المادي أو الاغفال الذي يشوبه كما يجوز للجهة القضائية التي يطعن في الحكم أمامها بتصحيحه، ويقدم طلب التصحيح إلى الجهة القضائية بعريضة من أحد الخصوم أو بعريضة مشتركة منهم، وفقا للأشكال المقررة في رفع الدعوى، ويمكن للنيابة العامة تقديم هذا الطلب لاسيما إذا تبين لها أن الخطأ المادي يعود إلى مرفق العدالة، وتفصل الجهة القضائية بعد سماع الخصوم و بعد صحة تكليفهم بالحضور، ويؤشر بحكم التصحيح على أصل الحكم المصحح وعلى النسخ المستخرجة منه ويبلغ الخصوم المعينون بحكم التصحيح، عندما يصبح الحكم المصحح حائزا لقوة الشيء المقضي به فلا يمكن الطعن في الحكم القاضي بالتصحيح إلا عن طريق الطعن بالنقض."

ويتضح من هذا النص أن التشريع الجزائري قد جعل من الإجراءات المتخذة بشأن التفسير هي نفسها المتخذة بشأن التصحيح، وقد كان على المشرع بهذا الخصوص الاكتفاء بنظر الطلب دون تبيغه إلى الخصم الآخر وانتظار الرد بما يتماشى وأهداف التحكيم⁶³².

ثالثا: مدى اختصاص القاضي بالإضافة للحكم أو تكميله أو إعادة النظر فيه

علاوة على ما تقوم به المحكمة التحكيمية من تفسير للحكم التحكيمي وتصحيح له فإن له مهام أخرى تتعلق بإضافات للحكم التحكيمي الذي يصدر مغفلا لبعض النقاط والأمر التي من المفروض تداركها بإصدار ما يعرف بالحكم التحكيمي الإضافي. يمتد أيضا الاختصاص التحكيمي إلى تكملة بعض النقص الذي يمكن أن يعتري الحكم، ويسمى الحكم في هذا الصدد بالحكم التحكيمي التكميلي. كما يمكن أن يعاد النظر كلية في الحكم التحكيمي الصادر من محكمة التحكيم.

واستكمالا لتوضيح هذه الاختصاصات، يتبين أن التشريع المصري قد أورد هذا الاستثناء في قانون التحكيم المصري المادة (2/48) والتي أكد فيها المشرع على أن مهمة المحكم تنتهي بانتهاء الإجراءات التحكيمية، وهذا يعني أن هنالك امتداد لعمل المحكم في الحالات الثلاث السالف ذكرها

⁶³² قطاف حفيظ، مرجع سابق، ص 93.

أي لا يجوز العودة في مباشرة سلطة استنفاذها للعدول عما قضي به، ولو تبين عدم عدالة أو عدم صحة ما قضي به⁶³³.

1- اختصاص المحكم بالفصل فيما أغفله:

على الرغم من عدم افصاح المشرع الجزائي على النظام القانوني لمثل هذه الأحكام الإضافية أو التكميلية وهو في هذا كالمشرع المصري، إلا أن هذه النوعية من الأحكام المتممة تخضع لذات النظام القانوني الذي تخضع له الأحكام الأخرى التحكيمية.

وبخصوص الأحكام الإضافية⁶³⁴، فإن قانون التحكيم المصري قد نصت عليها كالتالي⁶³⁵:

1- يجوز لكل من طرفي التحكيم ولو بعد انتهاء ميعاد التحكيم، أن يطلب من هيئة التحكيم خلال ثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم إصدار حكم تحكيم إضافي في طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم، ويجب إعلان هذا الطلب إلى الطرف الآخر قبل تقديمه.

2- وتصدر هيئة التحكيم حكمها خلال ستين يوماً من تاريخ تسلمه الطلب ويجوز لها مد الميعاد ثلاثين يوماً إذا رأت ضرورة لذلك".

ويتضح من المادة أعلاه أنه لا بد من أن يغفل المحكم الفصل في بعض الطلبات بعد إصدارها للحكم التحكيمي الأصلي، على أن تكون الطلبات ضمن تلك التي تختص بها المحكمة التحكيمية ووفقاً لاتفاق أطراف النزاع التحكيمي، وأن يصدر الحكم دون أن يفصل في ذلك الطلب المقدم من أحد المحكمتين بغية استصدار حكم تحكيم إضافي⁶³⁶.

وما تجدر الإشارة إليه بخصوص الحكم التحكيمي الإضافي أو التكميلي أنه لا يجوز أن يكون الطلب هادفاً إلى العودة في طرح النزاع بأي شكل من الأشكال ولا بمناقشته ولا بتعديله حتى لا يحدث الإخلال بحجتيه وبقوة الأمر المقضي به⁶³⁷.

⁶³³ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، 181.

⁶³⁴ حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 317.

⁶³⁵ المادة (51) من قانون التحكيم المصري.

⁶³⁶ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، 190.

⁶³⁷ المرجع نفسه، ص 119.

2- اختصاص القاضي بالفصل فيما أغفله المحكم:

إذا سلمنا بفكرة أن التحكيم قضاء مستقل بذاته، له صلاحية إصدار الأحكام التحكيمية، فله بالتبعية الاختصاص في الفصل فيما أغفله، لكن ومع صحة هذا القول إلا أن الضرورة قد تكون ملحة في كثير من الأحيان إلى التنسيق والتعاون مع القضاء الوطني⁶³⁸. إذ قد يحدث ألا يفصل المحكم في الطلبات الموجهة إليه جميعها، مما يؤدي إلى شل عملية التحكيم، ولمواجهة هذه الحالة لابد من التدخل لتدارك النقاط المغفلة من قبل المحكمة التحكيمية

ولما كانت محكمة التحكيم هي مصدرة الحكم الأصلي فإنها قادرة على الاجتماع مرة أخرى بنفس التشكيلة، ويعتبر هذا حلاً منطقياً لتدارك الإغفال الذي تسبب فيه المحكمون⁶³⁹. لكن إذا ما افترضنا حالة عدم إمكانية اجتماع المحكمين، فهل يمكن اللجوء للقضاء مباشرة؟ أم أن عدم الفصل في كل الطلبات، يتيح الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المغفلة فيه بعض طلبات صاحب المصلحة⁶⁴⁰.

إن إغفال الفصل في بعض طلبات الخصوم يشكل إهداراً للجهد والمال والأهم من كل هذا مضيعة للوقت⁶⁴¹، ذلك أن السرعة تعد من أهم الأسباب التي تؤدي بالأطراف إلى اللجوء إلى التحكيم ومن بين أفضل الميزات التي تميزه عن غيره من الوسائل البديلة لفض النزاعات.

في مثل هكذا حالات، تقضي فعالية التحكيم تدخل القاضي لرفع تلك العقبات والفصل فيما أغفله المحكم، كما يكون تدخله بناء على تصرف تسويفي يرمي إلى تعطيل العملية التحكيمية أو عرقلة سيرها، أو كنتيجة لوجود نقائص في التحكيم⁶⁴².

في نهاية عرضنا لدراسة الفصل الثاني من هذا البحث، نستنتج اختفاء انعدام الثقة بين القاضي والمحكم بل أنه في مكان التنافس أقيم التعايش، ليقوم القاضي بدور الداعم للتحكيم ليزدهر لكنه احتفظ برقابته.

⁶³⁸ جهاد هواش، عبد الهادي عباس، المرجع السابق، ص 385.

⁶³⁹ بركات علي، الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 77.

⁶⁴⁰ المرجع نفسه، ص 77.

⁶⁴¹ إذ يرى الأستاذ عيلوش قربوع كمال أن السرعة والسرية التي يتمتع بهما التحكيم تفقدان كل معنى بتدخل القاضي الوطني.

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

⁶⁴² الغزاوي زكرياء، المرجع السابق، ص 11.

بعد عرضنا لأوجه المساعدة القضائية لمحكمة التحكيم فيما يخص المسائل الأولية والعقبات الأولى التي تعترض الخصومة التحكيمية في الباب الأول بفصليه، يمكن لنا أن نخلص إلى أن التحكيم كقضاء خاص له الدور الكبير في فض المنازعات، خاصة وأن المشرع الجزائري أحاطه بتنظيم منذ الاتفاق عليه إلى غاية صدور الحكم التحكيمي وما يتبعه من اعتراف وتنفيذ وطعن ببطلان الحكم التحكيمي لكن هذا لا يتأتى إلا بتدخل من القاضي الذي يشارك في عملية التحكيم برمتها من خلال المساعدة أولاً، وهذه الأخيرة تقدم إما بناء على طلب أحد أطراف العملية التحكيمية، وقد تكون بناء على طلب من المحكمة التحكيمية، مما دفع بغالبية التشريعات الوطنية المنظمة للتحكيم إلى وضع النظام القضائي ممثلاً في القاضي في خدمة المحكم، وكذا الرقابة ثانياً وأخيراً.

لقد خالصنا إلى نتيجة مؤداها أنه وفي خضم بعض الانقسامات الفقهية التي تعتبر أن التحكيم ينسلخ عن النظام القضائي، وبين الآراء الأخرى التي تعتبر التحكيم نظاماً لا ينفك يدوب في قضاء الدولة، نرى بأن التحكيم يعتبر قضاءً إلى جانب قضاء الدولة لأنه يشارك في إصدار الحكم، وأن القضاء لا بد له أن يساند نظام التحكيم في كل مراحل العملية التحكيمية من أجل تحقيق فعالية القاعدة القانونية، وكل من القضائيين لا يسلب اختصاص الآخر وإنما كلاهما نظام عدالة تتأتى بإفراز لتعاون جهد القاضي والمحكم.

إن تدخل القاضي أمر حتمي ضروري متى ما احتاج التحكيم لعدالة الدولة، ولا تمس استقلاليتها عند اللجوء للقاضي بالرغم من أن هذا قد يؤدي إلى "قوضاة" التحكيم كما عبر عنه الأستاذ "زكرياء الغزاوي"، بالدخول في مناقشات بعيدة عن الهدف الرئيسي للعملية التحكيمية برمتها وهو إنهاء النزاع التحكيمي، فيتحول التحكيم من وسيلة لتحقيق العدالة إلى عدالة مختلطة، ولتفادي هذا لا بد من تقوية الدور المساعد للقاضي وتقليص الدور الرقابي بالمقابل. وذلك بالتقليص من طرق الطعن في الحكم التحكيمي واعتماد طرق تتميز بالمحدودية تتضمن حصانة الرأي الاجتهادي للمحكم.

كما يمكن تقليص هذا الدور أيضاً من خلال حلول مراكز التحكيم محل القاضي المساعد، ويعد هذا التدخل أمر محمود ومرغوب فيه⁶⁴³. غير أن الأعمال التي تقوم بها المراكز التحكيمية هي الأخرى لا تبقى في منأى عن رقابة قاضي الدولة، ونجد ذلك عند لجوء أطراف المنازعة التحكيمية

⁶⁴³ الغزاوي زكرياء، المرجع السابق، ص 34.

الذين اتخذوا بادئ الأمر المركز التحكيمي عدالة لهم، الطعن ضد قرارات هذا الأخير أمام القاضي، وذلك بمناسبة الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي أو بمناسبة استئناف الأمر القاضي بتنفيذ الحكم التحكيمي⁶⁴⁴، وفيها يتجلى الاختصاص الحصري للقاضي في مجال التحكيم.

فإذا كان مجال التدخل القضائي عارض غير مباشر في المرحلة السابقة على صدور الحكم التحكيمي، فإنه بعد صدور الحكم التحكيمي أي المرحلة اللاحقة لصدوره غير قاصر على مد يد المساعدة، بل يتدخل لتحصيل المحكوم له على ما أقره الحكم التحكيمي الدولي عن طريق التنفيذ الجبري، والذي لا يصدر إلا من القاضي المختص من المحكمة التي تم بها إيداع أصل الحكم التحكيمي.

يمكن القول أخيراً، أننا درسنا في الباب الأول مساعدة القاضي للمحكمة التحكيمية ورأينا دوره في إجراءات التحكيم في المرحلة السابقة لصدور الحكم التحكيمي، وأن القاضي لا يكتفي بالمساعدة في هذه المرحلة ولا يقتصر عليها بل يتعداها، وتظهر أهمية دوره بعد صدور الحكم التحكيمي، إذ يتنوع دوره وينقسم إلى مرحلتين: مرحلة الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي والطعن فيه.

⁶⁴⁴ الغزاوي زكرياء، المرجع السابق، ص 35.

الباب الثاني

الاختصاص الحصري للقاضي

الوطني في التحكيم

قد يبدو الحديث عن رقابة القاضي لأعمال المحكمة التحكيمية غريبا نوعا ما، خاصة وأن التحكيم بعيد من الناحيتين النظرية والعملية عن القضاء، لكننا سننتهي من هذا الباب وكلنا يقين أن رقابة القاضي للمحكم ليست فقط أمرا منطقيًا بل هاما وضروريا أيضا، ذلك أن خصومة التحكيم لا تنتهي بصدور الحكم التحكيمي فقط، بل تتعدى إلى مرحلة الاعتراف بذات الحكم وكذا تنفيذه والطعن فيه، وأن هذه المراحل كلها تتدخل فيها السلطة القضائية وتمارس عليها الدور الفعال في الإشراف والرقابة.

تحدث إجراءات التنفيذ الجبري عندما لا يمثل الطرف الخاسر طوعًا لحكم التحكيم، فيبدأ الطرف الذي صدر الحكم لمصلحته عادةً إجراءات الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه، والتي سيتم خلالها مراجعة الحكم⁶⁴⁵ ورقابته من قبل المحاكم القضائية التي رفعت الدعوى فيها⁶⁴⁶. ولا يعد هذا انتهاكا لواجب السرية من الطرف الراجح سواء تمت إجراءات التنفيذ في محكمة التحكيم أو في إطار دعوى قضائية يمكن أن يرفعها أحد الأطراف بغرض الاعتراف بالحكم التحكيمي أو بمناسبة الطعن فيه⁶⁴⁷.

يقتضي التعرض لموضوع الرقابة القضائية على أعمال المحكمة التحكيمية بعد صدور الحكم التحكيمي، توضيح أن القاضي يمارس دورا جد مميز وفعال في معاونة ومساعدة المحكمين، كما يعمل على إزاحة كل ما من شأنه عرقلة السير الحسن للعملية التحكيمية، سواء للأسباب المتعلقة بافتقاد سلطة الجبر فيما يخص تنفيذ الأحكام التحكيمية أو ما تعلق بالنصوص القانونية التي لا يمكن الخروج عنها.

استكمالا لما سبق، فإن الدور الإيجابي الفعال الذي يقوم به القاضي لا يستهان به، نظرا إلى أن المساعدة والإشراف والحرص على التطبيق السليم للقانون وعدم اهدار الحقوق في المرحلة اللاحقة على صدور الحكم، والتي تهدف إلى ضمان السير الصحيح واتباع إجراءات سليمة وتقديم

⁶⁴⁵ هذا في إطار التحكيم الداخلي فقط.

⁶⁴⁶ ENGELMANN Jan, International Commercial Arbitration and the Commercial Agency Directive, Springer International Publishing, 2017, p.41.

⁶⁴⁷ REYMOND-ENIAEVA Elsa, op.cit., p.161.

يد العون للمحكمة التحكيمية، وليس السمو على المحكمين أو التشكيك في عملهم، وإنما التمييز بدورين وقائي علاجي، حفاظا على الجوهر السليم لنظام التحكيم.

فإذا كان مجال التدخل القضائي عارض غير مباشر في المرحلة السابقة على صدور الحكم التحكيمي، فإنه بعد صدور الحكم التحكيمي أي في المرحلة اللاحقة لصدوره غير قاصر على مد يد المساعدة، بل يتدخل لتحصيل المحكوم له على ما أقره الحكم التحكيمي الدولي عن طريق التنفيذ الجبري، والذي لا يصدر إلا من القاضي المختص بالمحكمة التي تم بها إيداع أصل الحكم التحكيمي.

يمكن القول أخيرا، أننا درسنا في الباب الأول مساعدة القاضي للمحكمة التحكيمية ورأينا دوره في إجراءات التحكيم في المرحلة السابقة لصدور الحكم التحكيمي، وأن القاضي لا يكتفي بمد يد العون في هذه المرحلة ولا يقتصر عليها بل يتعداها، وتظهر أهمية دوره بعد صدور الحكم التحكيمي.

إذ يتنوع دوره وينقسم إلى مرحلتين مرحلة الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي، لذلك سوف نقوم بتقسيم هذا الباب إلى فصلين كالتالي:

يتناول الفصل الأول منه مسألة الاختصاص الحصري للقاضي في التحكيم، من حيث دور القاضي الوطني في الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية، وفي الفصل الثاني الطعون التي ترفع ضدها.

الفصل الأول

الاختصاص الحصري للقاضي المرتبط بالاعتراف والتنفيذ

تعرضنا في دراستنا للباب الأول إلى مواضيع عديدة يبرز فيها الدور الجلي الواضح الذي تقوم به السلطة القضائية للدولة فيما يتعلق بمرحلة ما قبل صدور الحكم التحكيمي، حتى تساهم في تكملة سلطة المحكمة التحكيمية في قصورها على العملية التحكيمية، خاصة ما تفتقده من سلطة الإجبار، وهذا حتى تتمكن المحكمة التحكيمية من الفصل في النزاع الموكل إليها وإصدار حكم بشأنه.

ومما لا شك فيه، أن هناك ولاية للقاضي يتمتع بها بموجب سلطته الولائية بمناسبة قيامه بعمله الذي يندرج ضمن الأعمال التي تهدف إلى إزالة عوارض النظام القانوني الناتجة عن القصور

القانوني، هذا العمل يتمثل في قرار يعطى للشخص العادي الذي لا يتمتع بنفوذ العدالة وهو المحكم، الذي ليست لديه مكنة إصدار عمل قضائي كامل، يحتاج لقوة التنفيذ التي لا يصدرها إلا قاضي الدولة⁶⁴⁸.

ولكن، ألا يعني هذا أن القاضي أصبح يتمتع بحق تقدير واسع يشكل بالحقيقة رقابة فعلية على سير العملية التحكيمية وأخطر ما في هذه الرقابة أنها لا تركز على قواعد ثابتة ودقيقة⁶⁴⁹؟

نعم أصبح القاضي يتمتع بحق واسع في أعمال دوره الرقابي على الحكم التحكيمي خاصة ما تعلق بسلطته في منح الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية، هذا الحق الذي منح إياه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. فإذا ما نفذ طواعية من صدر ضده الحكم التحكيمي كله لا يثار أي اشكال، ولكن إذا ما نفذ جزء منه لا يعتبر قبولا للحكم كلية، وهنا لا بد من سند تنفيذي حتى يجرى التنفيذ الجبري⁶⁵⁰، ذلك أن الحكم التحكيمي لا يصلح للتنفيذ لافتقاره للقوة التنفيذية التي تمكن المحكوم له من التنفيذ جبرا⁶⁵¹ وهو ما يسمى بأمر التنفيذ⁶⁵²، الذي يسبغ الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية من طرف القضاء وذلك بعد الاعتراف به.

ويقتضي الحديث عن الاختصاص الحصري للقاضي في مجال التحكيم التعرض أولا لمفاهيم الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية (المبحث الأول)، ثم الأمر بتنفيذ أو رفض تنفيذ الحكم التحكيمي (المبحث الثاني).

⁶⁴⁸ علي سالم إبراهيم، المرجع سابق، ص 301.

⁶⁴⁹ عبد الهادي عباس وجهاد هواش، المرجع سابق، ص 443.

⁶⁵⁰ -التنفيذ الجبري: يسمى كذلك " التنفيذ الإجرائي نظرا لكونه يتضمن إجراءات خاصة تشترط للقيام به ولا يستقيم العمل إلا بها وهذا على عكس التنفيذ الاختياري الذي ليست له آليات ولا قواعد خاصة". راجع: نسيم يخلف، الوافي في طرق التنفيذ، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 18. كما يعرف كذلك بأنه: " عمل من أعمال السلطة القضائية وليس من أعمال السلطة التنفيذية (الإدارية) كما يوحي بذلك اسمه، يل يسميه البعض بالتنفيذ القضائي". لتفصيل أكثر في الموضوع، راجع: أحمد خليل، قانون التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997، ص 9.

⁶⁵¹ تجدر الإشارة إلى أن الأحكام التحكيمية التي تكون قابلة للتنفيذ الجبري هي الأحكام التي يكون موضوعها إلزاما بتنفيذ حق، ذلك أن الوجود سواء الفعلي أو الحقيقي ليس عنصرا في موضوع حكم التحكيم القابل للتنفيذ الجبري. لتفصيل أكثر في الموضوع، راجع: أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية للحكم التحكيمي-تميزها، مفترضها، عناصرها، وقفها، انقضائها-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 73.

⁶⁵² بن سعيد زهر المرجع سابق، ص 360.

المبحث الأول

مفاهيم حول الاعتراف والتنفيذ

تتغير المعادلات في مرحلة تنفيذ الأحكام التحكيمية باعتبارها مرحلة جديدة ترفع فيها يد المحكمة التحكيمية عن الدعوى التحكيمية، ذلك أن قانون إرادة الطرفين يتراجع لصالح قانون مكان التنفيذ أي قانون المحكمة الذي يتمثل في أحكام القانون الداخلي الذي يطبق على الدعوى التحكيمية⁶⁵³.

لذلك يلعب القضاء الوطني دورا فعالا في الرقابة اللاحقة للحكم التحكيمي من خلال الاعتراف به قبل الأمر بتنفيذه، بل ويتعاضم هذا الدور عندما يخشى على التحكيم من فقد مزاياه من جراء المدة الطويلة التي يمكن أن تأخذها الإجراءات المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية، خاصة مع كثرتها وتواترها⁶⁵⁴، وتأثر العلاقات الخاصة الدولية المتعلقة بتنفيذ العقود الدولية⁶⁵⁵، التي تبرمها الدولة⁶⁵⁶ مع وطنين أو أجنبي، أو تلك المرتبطة بالتجارة الدولية⁶⁵⁷، أو تلك المبرمة في إطار الاستثمار⁶⁵⁸، الذي لا يمكن أن تفض نزاعاته بعيدا عن قضاء التحكيم⁶⁵⁹، لما يتيح من احترام لاختيار القاضي والقانون المطبق⁶⁶⁰.

⁶⁵³ عامر فتحي البطاينة، المرجع سابق، ص 215.

⁶⁵⁴ أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية-دراسة فقهية قضائية مقارنة-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 1.

⁶⁵⁵ DAVID René, *L'arbitrage dans le commerce International*, Economica, Paris, 1982, p.15.

⁶⁵⁶ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القاضي الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، المرجع السابق، ص 07.

⁶⁵⁷ يرى كثيرون أن التحكيم التجاري الدولي طريق لا بد من سلوكه إذا كان الأطراف بصدد عقد تجاري دولي، ذلك لأنهم يعتبرونه الطريق الوحيد لفض منازعات التجارة الدولية، راجع:

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

⁶⁵⁸ لتفصيل أكثر حول التحكيم في عقود الاستثمار، راجع: قبالي الطيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، جامعة مولود معمري- تيزي وزو-، 2012/06/21.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري مثله مثل العديد من التشريعات العربية⁶⁶¹، قد حصنوا الأحكام التحكيمية كتحصينهم للأحكام القضائية بالحجية والتي تعني اكتساب حكم المحكمة التحكيمية قوة قانونية تسري على وقائع النزاع وأطراف التحكيم والمحكمين وكذا على المحاكم القضائية من تاريخ الصدور⁶⁶².

وتجدر الإشارة هنا، إلى أنه ووفقا لنص المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي بدورها أحالت إلى المواد من 1035 إلى 1038 من ذات القانون، فإن الأمر القاضي بالتنفيذ لا يكون على الأحكام النهائية القطعية فقط بل يتعداها إلى الأحكام الجزئية⁶⁶³ أو التحضيرية⁶⁶⁴، حيث جاء في نص هذه المادة ما يلي: "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها".

وحتى تتضح لنا إجراءات تنفيذ الأحكام التحكيمية، فإنه لا بد من تبيان المفاهيم الخاصة بالاعتراف (المطلب الأول)، ثم تلك المتعلقة بالتنفيذ (المطلب الثاني).

⁶⁵⁹ بشار محمد الأسد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية - دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية وللتشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 1

⁶⁶⁰ مراد محمود المواجهة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي - دراسة مقارنة -، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 11.

⁶⁶¹ كالتشريع الأردني على سبيل المثال.

⁶⁶² عامر فتحي البطاينة، المرجع السابق ص 217.

⁶⁶³ "يكون الحكم جزئيا، إذا فصل في جزء من النزاع المطروح أمام محكمة التحكيم، أي في جزء من الطلبات وبقية طلبات أخرى تحتفظ محكمة التحكيم بولايتها في الفصل فيها، وهذا النوع من الأحكام يحسم جزءا من النزاع فقط وليس النزاع كله". راجع: قبايلي طيب، تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 106.

⁶⁶⁴ قطاف حفيظ، المرجع السابق، ص 99.

المطلب الأول

مفهوم الاعتراف

يحتل الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه، على الرغم من أنه يشكل المرحلة الأخيرة من العملية التحكيمية، مكانة خاصة، على النحو الذي أكدته العديد من التشريعات، ومنها التشريع الجزائري، وكذا الاتفاقيات الدولية.

وبالتالي، فإن القواعد المعمول بها في الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه، وكذلك مراجعته القضائية تعتبر من أهم المسائل وأكثرها إثارة للجدل حول قانون التحكيم في جميع الأنظمة القانونية، بما في ذلك الجزائر وفرنسا.

الفرع الأول

تعريف الاعتراف

أعطى المجتمع الدولي الأولوية للاعتراف بأحكام "التحكيم الأجنبية" وتنفيذها على "أحكام المحاكم الأجنبية" وقام ببناء بنية تحتية قانونية متفوقة حولها، وهذا خدم جزء من أسباب النفور والاعتراض عن الاعتراف بأحكام المحاكم الأجنبية وتنفيذها كمبرر لتعزيز الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، إذ ساعدت المستويات غير المتكافئة في تطوير الهيئات القضائية في جميع أنحاء العالم إلى جانب النظرة المبالغ فيها لأوجه القصور فيها وكذلك التعقيدات الإجرائية التي لا مفر منها للتقاضي عبر الوطني على تطوير التحكيم الدولي باعتباره الوسيلة المفضلة لتسوية المنازعات عبر الوطنية في التجارة والاستثمار⁶⁶⁵ وكذا في التجارة الالكترونية⁶⁶⁶.

بالإضافة إلى عدم وجود قواعد موحدة⁶⁶⁷، ما يجعل الحقوق الخاصة بالأطراف والتي من المفروض أن يحفظها كل نظام قانوني خاص بالتحكيم، موضع خطر يخشى عليها من أن تهدر⁶⁶⁸.

⁶⁶⁵ L. Kidan Won, *The Culture of International Arbitration*, by Oxford University Press, 2017, p.131.

⁶⁶⁶ لتفصيل أكثر حول موضوع التحكيم في التجارة الالكترونية، راجع: إيهاب السنباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

⁶⁶⁷ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 17.

إن معظم الأحكام التحكيمية الدولية يكون فيها الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية متلازمين، بحيث أن هذه الأحكام تمر بالاعتراف أولاً للوصول لتنفيذها، لكن قد يحدث أن يحتاج طالب التنفيذ للاعتراف فقط، وهذا بغية اكتساب حجية الشيء المقضي به⁶⁶⁹.

لما كانت التشريعات العربية والمقارنة لم تتطرق للتعريف بمصطلح الاعتراف بالأحكام التحكيمية، كان لزاماً علينا عرض بعض التعريفات لهذا المصطلح كما يلي:

يعرفه الدكتور "عبد الحميد الأحمد" على أنه: "طلب الاعتراف بالحكم التحكيمي إجراء دفاعي يلجأ إليه حين تتم مراجعة المحكمة في نزاع سبق عرضه على التحكيم، فيثير الطرف الذي صدر الحكم التحكيمي لصالحه قوة القضية المقضية، ولإثبات ذلك فإنه يبلغ الحكم إلى المحكمة التي يطرح النزاع أمامها من جديد، ويطلب منها الاعتراف من جديد، ويطلب منها الاعتراف بصحته وبطابعه الإلزامي في النقاط التي حسمها ويهدف الاعتراف إلى الحيلولة دون تقديم دعوى جديدة في الموضوع الذي سبق حسمه في التحكيم بموجب حكم تحكيمي"⁶⁷⁰.

من جهتهما يرى الاستاذان A.RED-FERM و M.HUNTER بأن الاعتراف بحكم التحكيم الدولي هو: "إجراء دفاعي يستغل عند طرح النزاع من جديد على القضاء بعد الحكم فيه من قبل محكمة التحكيم، وعلى هذا الأساس يمكن للطرف صاحب حكم التحكيم المعترف به تقديمه كحقه على الطرف الآخر، وإن الاعتراف هو إعطاء للحكم التحكيمي حجية الشيء المقضي فيه"⁶⁷¹.

⁶⁶⁸ لتفصيل أكثر حول موضوع التنظيم القانوني للتحكيم، راجع: منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.

⁶⁶⁹ فتحي كمال ادريس، "الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي في الجزائر تطبيقاً لقواعد اتفاقية نيويورك وقانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08"، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 17، العدد 02، 2020، ص 128.

⁶⁷⁰ قطاف حفيظ، مرجع سابق، ص 101.

⁶⁷¹ نقلاً عن: سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012، ص 276.

وعليه، فإن الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي هو إجراء دفاعي ينشأ عادة عندما يطلب الطرف الصادر لصالحه حكم التحكيم الأجنبي، من القضاء الوطني في الدولة التي يراد تنفيذ الحكم التحكيمي فيها، منح الحماية لحق قرره هذا الحكم.

وعلى هذا الأساس، تتخذ هذه العملية الدفاعية للاعتراف بالحكم التحكيمي بمنحه حجية الشيء المقضي فيه، وهو صورة الاعتراف بالحكم التحكيمي، باعتبار ما قضى به قد صدر صحيحا وملزما لأطرافه.

والاعتراف حسب رأينا، إجراء عادة ما يكون مصاحبا للتنفيذ أو جزء منه بالمعنى المطلق، ذلك أن منح أمر التنفيذ من طرف القاضي يعتبر اعترافا بالحكم التحكيمي الذي يعتبره صحيحا وملزما لأطرافه.

الفرع الثاني

تعريف التنفيذ

لطالما تم التعامل مع حكم التحكيم بنوع من الشك وعدم الثقة، إذ يعتبر حسب بعض فقهاء القانون كجسم غريب يجب فحصه جيدا وفقا لإجراءات معينة قبل الاستفادة من "تأشيرة المرور" إلى القضاء القانوني حيث يُرغب تنفيذه فيه⁶⁷².

إن الأحكام التحكيمية وطنية كانت أو أجنبية لا قيمة لها إذا لم تنفذ، وفي هذا الشأن أوصى الخليفة عمر بن الخطاب-رضي الله عنه- أحد ولاته وهو أبو موسى الأشعري رحمه الله في رسالته المشهورة عن القضاء بقوله: "إذا تبين لك الحق، فانفذ، فإنه لا يحق التكلم بحق لا نفاذ له"⁶⁷³.

ذلك أن التنفيذ خاتمة المطاف بالنسبة للمسائل محل النزاع، والتي لا يمكن للمحكم باعتباره شخصا عاديا لا يتمتع بالنفوذ الذي تتمتع به العدالة القضائية أن يقوم بعملية التنفيذ، وذلك لانعدام سلطة إصدار عمل قضائي كامل كما سبقت الإشارة إليه، بل لابد للحكم الذي

⁶⁷² YAHIAOUI Issam, op.cit., p.249.

⁶⁷³ نقلا عن: ملحم علي، "تنفيذ الحكم التحكيمي"، مجلة جامعة البعث، المجلد 37، العدد 06، 2015، ص209.

يصدره من قوة تنفيذية وإلا كان ناقصا وقاصرا يحتاج إلى التدخل من طرف القضاء الوطني لإسباغه بالصيغة التنفيذية⁶⁷⁴، الأمر الذي يؤدي به إلى الارتفاع إلى مصاف السندات التنفيذية⁶⁷⁵.

تجدر الإشارة إلى أن وضع الصيغة التنفيذية هو جمع بين أسلوبي المراجعة والمراقبة التي يقوم بها القاضي تفعيلا لنظام التحكيم.

ولا يمكن اعتبار الأحكام التحكيمية المنفذة من قبل القضاء الوطني تعدي على مزايا نظام التحكيم للصيقة به⁶⁷⁶ التي أبرزها السرية⁶⁷⁷ والتي لا يتناسب معها كنظام يتسم بالعلنية⁶⁷⁸، بل أن منحها صفة السند التنفيذي لا يزيدها إلا قوة.

إذ يعتبر تنفيذ الأحكام التحكيمية بالسندات التنفيذية، عمل سيادي، فكل دولة لها نظامها القانوني الخاص بالأحكام التحكيمية، إذ هنالك من تعتمد نظام إعادة التقاضي، في حين تتبنى دول أخرى نظام الأمر بالتنفيذ⁶⁷⁹.

حيث يتمثل نظام إعادة التقاضي في رفع دعوى جديدة، وتسمى في هذه الحالة دعوى التنفيذ، تأخذ بها العديد من الدول الأنجلوسكسونية، ويقوم هذا النظام على رفع دعوى ممن صدر الحكم التحكيمي لصالحه، أمام القاضي الوطني لدولة التنفيذ والذي يقوم بإعادة النظر في

⁶⁷⁴ حسنين محمد، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 173.

⁶⁷⁵ علي سالم إبراهيم، المرجع سابق، ص 301.

⁶⁷⁶ محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية "دراسة لأثر الطبيعة القانونية الجديدة لهذه العقود على الأحكام الخاصة بها"، القاهرة، 2000، ص 288.

⁶⁷⁷ السرية هي عكس الدعاية، يمكن تعريفها على أنها "التزام بحماية المعلومات غير المعروفة بشكل عام واستخدامها أو الكشف عنها فقط للأشخاص المعتمدين، للأغراض المتفق عليها، وبالتالي، فإن الغرض من السرية هو منع الكشف عنها لأطراف ثالثة، ولكن ليس استخدام المعلومات بين نفس الأطراف. يشير هذا التعريف أيضاً إلى أنه لا يمكن تحقيق السرية الكاملة لأنه، في بعض الحالات، يجب الكشف عن المعلومات السرية، لتفصيل أكثر حول موضوع السرية في التحكيم، راجع:

REYMOND-ENIAEVA Elsa, *Towards a Uniform Approach to Confidentiality of International Commercial Arbitration*, Springer Nature, 2019; Mariam M. El-Awa, *Confidentiality in Arbitration*, Springer International Publishing, 2016

⁶⁷⁸ علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري -دراسة قانونية مقارنة -، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 6.

⁶⁷⁹ العربي شحط عبد القادر، طرق التنفيذ في المواد المدنية والإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2015، ص 100.

موضوع الدعوى التحكيمية بجميع جوانبها وبحضور الأطراف، ذلك أن نظام الدعوى الجديدة يعتبر الحكم التحكيمي دليلاً غير قاطع يقبل إثبات العكس⁶⁸⁰.

أما نظام الأمر بالتنفيذ، فهو المعمول به في القانون الجزائري وكذا في بعض القوانين المقارنة، كالقانونين الفرنسي والمصري على سبيل المثال، ويقوم هذا النظام على كون القاضي المرفوع إليه طلب إصدار أمر بتنفيذ الحكم التحكيمي، يراقب فقط الشروط الشكلية، والتأكد من عدم مخالفة النظام العام في دولة التنفيذ⁶⁸¹. ويتضمن هذا النظام أسلوبين لتنفيذ الحكم التحكيمي وهما:

أولاً: أسلوب المراجعة

تراجعت الأنظمة القانونية التي تأخذ بأسلوب مراجعة الأحكام التحكيمية من حيث الموضوع، فلا تكتفي بمجرد التطرق للشروط الشكلية الواجب توافرها، وإنما تراقب الحكم من حيث الواقع والقانون وتفسره وفقاً لمنهجها في تفسير الأحكام التحكيمية. وبالرغم من عدم اختصاصها ابتداءً، تقوم هذه الأنظمة بقبول الطلبات كطلب إدخال الغير على سبيل المثال⁶⁸².

للإشارة، فإن هذا الأسلوب قد تم هجره من طرف العديد من الأنظمة القانونية، ويرجع ذلك إلى عدم تسهيله لتنفيذ الأحكام التحكيمية، وهذا لا يتماشى مع التعاون الدولي وكذا حاجة المعاملات الدولية، لأنه أسلوب يتعرض لموضوع النزاع، فمن جهة، يعرض القاضي لصعوبات عند تصديده لطلب الأمر بالتنفيذ، ومن جهة أخرى يؤدي إلى إهدار الوقت والمال⁶⁸³.

⁶⁸⁰ جارد محمد، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة-دراسة مقارنة-، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018/2017، ص 621.

⁶⁸¹ المرجع نفسه.

⁶⁸² عمار غالب مصطفى تركمان، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في ضوء التشريع الفلسطيني واتفاقيتي الرياض ونيويورك-دراسة مقارنة-، جامعة بيرزيت، 2013، ص 56.

⁶⁸³ المرجع نفسه، ص 57.

ثانياً: أسلوب المراقبة

تراقب الأنظمة القانونية التي تأخذ بأسلوب مراقبة الحكم التحكيمي من جانب مدى توافر الشروط الشكلية، فإما أن يأمر بتنفيذ الحكم أو يرفض ذلك، لكن مدى توافر هذه الشروط الخارجية تتنوع من دولة إلى أخرى، فمنها ما تتقاطع ومنها ما تختلف⁶⁸⁴.

يتضح من خلال عرضنا لكلا النظامين وأساليب التنفيذ فيها، أنهما يختلفان عن بعضهما البعض، حيث أن نظام الدعوى الجديدة يتطلب رفع دعوى أمام القاضي الوطني للحصول على أمر بالتنفيذ، بينما لا يشترط على طالب التنفيذ في نظام الأمر بالتنفيذ أن يرفع دعوى، وإنما يحتاج الحكم التحكيمي فقط لإمهاره بالصيغة التنفيذية⁶⁸⁵، ولا يعد مرحلة من مراحل الدعوى، إذ لا يتعرض القاضي لموضوعها، بل يكفي القضاء الوطني بالتحقق من الشروط الواجب توافرها⁶⁸⁶.

فالسطة العامة الممثلة في الدولة هي من تباشر إجراء التنفيذ، فلا الدائن ولا مدين لهما القيام بذلك لأنفسهم، ذلك أن الأول لا يمكن له اقتضاء حقه بنفسه طبقاً لقاعدة "لا يجوز للمرء أن يقتضي حقه بنفسه" *"Nul ne peut faire justice à soi même"*، فيتجه للقضاء بغية مباشرة التنفيذ، أما الثاني فلا يمكن له بأي حال من الأحوال القيام بالتنفيذ لأنه هو من يخضع له⁶⁸⁷. وبالتالي، فإن قاضي الدولة هو قاضي التنفيذ⁶⁸⁸.

⁶⁸⁴ عمار غالب مصطفى تركمان، المرجع السابق، ص 58.

⁶⁸⁵ جارد محمد، المرجع السابق، ص 621.

⁶⁸⁶ المرجع نفسه، ص 622.

⁶⁸⁷ عمر حمدي باشا، طرق التنفيذ - وفقاً للقانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية -، دار هومة، 2015-2016، ص 79.

⁶⁸⁸ تجدر الإشارة إلى أنه: "يمتاز نظام قاضي التنفيذ بما يلي:

1- تدعيم رقابة القضاء على كافة إجراءات التنفيذ.

2- توحيد جهة التنفيذ في يد قاضي واحد.

3- إمكان الرجوع إلى القاضي لتذليل عقبات التنفيذ". راجع: حمدي باشا عمر، المرجع نفسه، ص 81.

وفي هذا السياق، تلزم اتفاقية نيويورك الدول المتعاقدة بالاعتراف بحجية الأحكام التحكيمية وأن تأمر بتنفيذها طبقاً لقواعد الاجراءات وطبقاً للإقليم المطلوب إليه التنفيذ وطبقاً للشروط المنصوص عليها في مواد محددة⁶⁸⁹.

ولا تفرض للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين التي تطبق عليها الاتفاقية شروط أكثر شدة ولا رسوم قضائية أكثر ارتفاعاً بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرض للاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية⁶⁹⁰.

إن الاعتراف بحجية أحكام المحكمين والإلزام بتنفيذها لهو بمثابة الرقابة التي تؤكد الدور المساعد للقضاء الوطني بإصدار الأمر بالتنفيذ استكمالاً للعملية التحكيمية وللأثار الإجرائية المترتبة على الحكم التحكيمي، وتحقيقاً للهدف من وراء اتباع طريق التحكيم.

وقبل أن نخوض في الشروط التي لا بد منها حتى ينفذ الحكم التحكيمي بالقوة القانونية لعدم تنفيذه طوعاً، نعرج بتعريف مصطلح التنفيذ الذي لا نجد تحديداً لمفهومه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا في غيره من القوانين الأخرى.

يعرّف الأستاذ Fauchard التنفيذ بأنه الإجراء "الذي يضع قرار المحكم في النظام القانوني مهما كانت الآثار التي تترتب عنه"، وكتب مؤلفون آخرون أن أمر *L'exequatur* هو الإجراء الذي يهدف إلى إعطاء إمكانية التنفيذ في دولة ما لحكم صادر في دولة أخرى. وبالتالي، فإن أمر التنفيذ *L'exequatur* لا يميل إلى تنفيذ الحكم بل إلى إضفاء طابع وجوب التنفيذ، ومن ثم اختلافه مع فكرة التنفيذ التي هي مرحلة من مراحل المتابعة التي تتمثل في تجسيد قرار التنفيذ⁶⁹¹.

وعلى العموم يمكننا عرض بعض التعريفات الأخرى التي أوردها الفقهاء والشراح كالتالي:

التنفيذ لغة، "هو ذلك المفاد الذي تقتضيه كلمة تنفيذ الأحكام في اللغة، فأمر يكون به تمام عملية التحكيم بإخراج حكم التحكيم من الواقع النظري إلى الواقع العملي يعتبر تنفيذاً له، وهذا المفهوم وإن دل على معنى هذا المصطلح، إلا أنه يدخل فيه ما ليس منه، لهذا فقيام المحكوم

⁶⁸⁹ حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع سابق، ص 507.

⁶⁹⁰ وهو ما نصت عليه صراحة المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك لعام 1958.

⁶⁹¹ YAHIAOUI Issam, op.cit., p249.

ضده بالوفاء بما حكم به عليه يجعله وفقاً لهذا المفهوم في موقع المنفذ للحكم، بينما هو في الحقيقة في موقع من قام بالوفاء بالتزام شغلت به ذمته بنص الشرع أو العقد أو القانون، ذلك أن الوفاء وهو مصطلح قانوني ما تقل عن تنفيذ أحكام المحكمين، حيث يعتبر عند شرح النظم أنه أثر من آثار الالتزام⁶⁹².

أما تنفيذ أحكام المحكمين، "فلا يكون إلا إذا بلغ حكم التحكيم درجة معينة من القوة، بحيث ألا يكون للاعتراض عليه أثر على قوته التنفيذية أو انفاذه، ويكون ذلك بموافقة القضاء عليه ويؤكد ذلك أن الوفاء بما تضمنه حكم المحكمين قبل بلوغ تلك الدرجة قد لا يعني تنفيذه، ذلك أن المحكوم ضده قد يقوم بالوفاء ويعترض على مضمونه، وليس هناك ما يمنع من ذلك، بل يعتبر هذا الفعل في أعلى درجات حسن النية في تنفيذ العقود"⁶⁹³.

إن مسألة تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة عن المحاكم التحكيمية أبعاد عظيمة الشأن، وبالغة الدقة، إذ تعتبر أحد مظاهر الوصل بين القضاء والتحكيم. وهذا بالرغم من أنه قد يرفض الطرف المحكوم عليه تنفيذ حكم التحكيم اختياراً، وهنا تظهر أهمية تنفيذ هذا الحكم وذلك بالحصول على أمر بتنفيذه. ولا يكون حكم التحكيم – كقاعدة عامة – قابلاً للتنفيذ الجبري إلا بعد صدور أمر بتنفيذه من القضاء العام في الدولة المراد تنفيذه فيه.

أمكننا الآن تحديد تعريف للتنفيذ، ونقصد به أنه إجراء يقوم به القاضي قصد إصباغ الحكم التحكيمي قوة تنفيذية بحيث لا يمكن أن تتأثر بأي شكل من الأشكال.

ومما سبق، يظهر على وجه الخصوص، جودة العلاقة المنطقية بين الحكم التحكيمي وتنفيذه، فعندما لا ينفذ الطرف المدان من قبل المحكمة التحكيمية الحكم التحكيمي ولا ينص على تنفيذه القصري في النظام القانوني المعمول به، فإن ذلك يؤدي إلى إهدار كل فائدة العملية التحكيمية.

⁶⁹² بن قويدر الطاهر، "تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في الجزائر كضمانة لتسوية منازعات استثماراتها"، مجلة الاجتهادات للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 08، العدد 2019/04، ص 193.

⁶⁹³ المرجع نفسه.

إن الغرض المهم من حكم التحكيم هو إصدار حكم المحكم النهائي والملزم بشأن المسائل محل الخلاف بين الأطراف ومن خلال نشر ذات الحكم للأطراف، لإبلاغهم به، ويجب أن يقدم كل حكم أسباباً لحكم المحكم ما لم يتفق الطرفان على أنه لن يفعل ذلك (أو أنه حكم متفق عليه يؤكد التسوية بين الطرفين)، ومن الوظائف الأخرى الأكثر أهمية والرئيسية للحكم التحكيمي، تسهيل تقديم طلب من قبل طرف رابح إلى المحكمة لتنفيذ حكم التحكيم في حالة عدم امتثال الطرف الخاسر لأحكامه⁶⁹⁴.

والواقع أن تنفيذ حكم التحكيم يشكل الهدف النهائي للتحكيم، إلى حدّ اعتباره الشرط الضمني للاتفاق التحكيمي، وهو ما يبرر وجوده، للرد على هذه المسألة بالتحديد.

وقد أخذ المشرع الجزائري فكرة الاعتراف بالأحكام التحكيمية واستقائها من اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية السالفة الذكر، وأخضعها إلى مدى توافر مجموعة من الشروط المذكورة في نص المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دون أن يتطرق لتعريف مصطلح الاعتراف، وهو ما ينبغي توضيحه من خلال التطرق إليه في الفرع الأول من هذا المطلب.

وكما تم الإشارة إليه أعلاه، فإنه يتم بيان الاهتمام بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية من خلال الاتفاقيات الدولية (الثنائية- الإقليمية-العالمية).

وفي نظرنا، تعتبر اتفاقية نيويورك الأكثر أهمية، وهي الاتفاقية الأكثر انتشاراً عالمياً، ونقلها للتحكيم من الوطني إلى العالمي كما اعتبره البعض⁶⁹⁵، وكذا باعتمادها آليات لتطبيق الأحكام المتعلقة بالاعتراف والتنفيذ، هذا إلى جانب اتساع المجال الذي تطبق فيه هذه الأحكام سواء من حيث الموضوع أو من حيث الدول التي تعتمد أحكامها.

⁶⁹⁴ TURNER Ray, *Arbitration Awards A practical approach*, by Blackwell Publishing, Oxford, 2005, p.04.

⁶⁹⁵ يطلق الدكتور الحسن السالمي على مرحلة اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بـ «التصور التحرري من التحكيم الوطني إلى الأجنبي»، أشار إلى ذلك: ساسي محمد فيصل، " ضوابط تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي وفق الاتفاقيات الدولية"، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 05 / العدد 02، 2019، ص 187.

قامت اتفاقية نيويورك على أساس مبدأ الاعتراف والتنفيذ لقرارات التحكيم الصادرة عن محكمة التحكيم الموجودة في بلد أجنبي. وعملاً بالمادة الثالثة منها فإنه "يتعين" على كل دولة متعاقدة الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية الممنوحة في بلد متعاقد آخر وتنفيذها، ويجب أن تتبع إجراءات الاعتراف والتنفيذ في القانون المحلي للبلد المطلوب منه، ولا يمكن للدولة أن تفرض رسوماً أعلى أو شروطاً أكثر صعوبة لإنفاذ قرارات التحكيم الأجنبية أكثر من القرارات المحلية.

تحظى هذه السياسة بقبول جيد في العديد من الدول المتعاقدة. على سبيل المثال، تعتبرها محاكم الولايات المتحدة سياسة فيدرالية يتم الإعلان عنها غالباً لصالح إنفاذ قرارات التحكيم. ومن أجل تحسين التنفيذ الفعال لقرارات الاتفاقية، أصدرت الصين لائحة الرسوم، التي تتطلب اتخاذ قرارات بشأن الاعتراف والتنفيذ في غضون شهرين وينتهي التنفيذ في غضون ستة أشهر بعد القرار⁶⁹⁶.

ليس هناك شك في أن هذه الاتفاقية هي اليوم الأداة الرئيسية لتعزيز الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها في جميع أنحاء العالم، حيث تم التصديق عليها من قبل الكثير من الدول⁶⁹⁷، وفي هذا الصدد، ينبغي تحديد أن حكم التحكيم الأجنبي "هو من حيث المبدأ قرار تحكيم صادر في دولة غير الدولة التي يُطلب منها الاعتراف به وتنفيذه فيها"، بغض النظر عما إذا كان التحكيم يقدم عنصراً أجنبياً واحداً أو أكثر⁶⁹⁸.

بعد عدة عقود من التطبيق، كان من الضروري فحص مساهمة اتفاقية نيويورك في تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي، ولابد من الاعتراف أن هذه الاتفاقية جعلت من الممكن تسهيل شروط الحصول على أمر بتنفيذ هذه القرارات التحكيمية، ومع ذلك، من الضروري أن تدرس عن كثب الصعوبات التي خلقتها هذه الاتفاقية والتي تحول دون تداول أفضل لقرارات التحكيم الأجنبية⁶⁹⁹.

⁶⁹⁶ ZHENG Sophia Tang, op.cit., P.224-225.

⁶⁹⁷ أصبح عدد الدول التي صادقت على هذه الاتفاقية إلى غاية 2021/11/15، 168 دولة. راجع: موقع لجنة القانون التجاري الدولي. www.uncitral.un.org.

⁶⁹⁸ YAHIAOUI Issam, « L'exequatur des sentences arbitrales au regard de la convention de New York du 10 juin 1958 », in le juge et l'arbitre, sous direct. Sami -BOUSTANJI et autres, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, p.250.

⁶⁹⁹ YAHIAOUI Issam, op.cit., p.250.

كما تنص اتفاقية نيويورك على استثناءات يمكن بموجبها رفض الاعتراف والتنفيذ. إجمالاً ، تم تقديم سبعة أسباب للرفض ، خمسة منها يجب أن يدافع عنها الطرف الخصم ، بينما يمكن أن تعتمد المحكمة على اثنتين منها تثيرها تلقائياً باستخدام اقتراحها الخاص، وسيتم رفض تنفيذ قرارات التحكيم إذا كان الطرف الخصم يمكن أن يثبت أن طرفاً غير قادر أو أن اتفاق التحكيم غير صالح ، أو لم يتم إبلاغ المدعى عليه بشكل صحيح أو لم يتم إجراء من إجراءات التحكيم بشكل عادل ، أو تجاوز المحكمون السلطة ، أو لم يتم تشكيل محكمة التحكيم أو الإجراء وفقاً لاتفاق الأطراف، والقرارات ليست ملزمة بعد، كما يجوز رفض التنفيذ إذا وجدت المحكمة أن أحكام التحكيم تتعارض مع السياسة العامة أو أن الموضوع غير قابل للتحكيم⁷⁰⁰.

يتم تنفيذ اتفاقية نيويورك في معظم البلدان في العالم وكذا القواعد بشأن الاعتراف والتنفيذ في جميع الدول التي صادقت على الاتفاقية، وقد كان القصد من اتفاقية نيويورك تسهيل تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في بلد ما عن طريق محاكم البلدان الأخرى، وهذا هو السبب في أنها أعدت قائمة شاملة بأسباب رفض الأمر بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية. بالإضافة إلى ذلك، نصت على رقابة رسمية بشكل أساسي من قبل قاضي الاستقبال⁷⁰¹.

ومع ذلك، تختلف الممارسة الوطنية في تفسير أسباب الرفض هذه، لا سيما الممارسة الوطنية الأكثر إثارة للجدل هي السياسة العامة، إن مفهوم السياسة العامة غامض ويختلف بشكل كبير بين الدول المختلفة، إذ تميل بعض البلدان إلى استخدام السياسة العامة في كثير من الأحيان أكثر من غيرها لرفض الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، مما يجعل تنفيذ أحكام التحكيم أكثر صعوبة في بعض البلدان عن غيرها⁷⁰².

في هذا السياق، ومن تحليلنا لهذه النقطة، نرى وجوب توحيد السياسة العامة للدول من أجل تجنب رفض تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة من أي محاكم تحكيمية بحجة التعارض مع السياسة العامة للدولة⁷⁰³.

⁷⁰⁰ ZHENG Sophia Tang, op.cit., P224-225.

⁷⁰¹ YAHIAOUI Issam, op.cit., p.250.

⁷⁰² ZHENG Sophia Tang, op.cit., P224-225.

⁷⁰³ السياسة العامة هنا تؤخذ بمفهوم النظام العام، لا يمكن تصور توحيد فكرة النظام العام في كل دول العالم. أنظر نص المادة 05 من الاتفاقية باللغة الفرنسية.

كما يرى⁷⁰⁴ البعض أنه حان الوقت لتزويد اتفاقية نيويورك بحلول لحل العيوب في النظام الذي أنشأته هذه الاتفاقية، والتي من شأنها تعزيز تداول أحكام التحكيم الأجنبية بشكل أفضل، دون اغفال تنسيق نظام التنفيذ لهذه الأحكام، في غضون ذلك، يتعين على القاضي المستقبل اظهار المزيد من الليبرالية في تفسير وتطبيق أحكام الاتفاقية

أما الاتفاقيات الأخرى السالف ذكرها، فتتعلق بالبحث في قواعد دولية جديدة خاصة بالاعتراف بالأحكام التحكيمية، لكنها قد لا تأتي بجديد سوى أنها قد تعيد ذكر بعض أسباب الاعتراف أو التنفيذ الخاص بالأحكام التحكيمية أو عدم تنفيذها والاعتراف بها، وقد تقتبس جل أحكام اتفاقية نيويورك والتي بنظرها تبقى الاتفاقية النموذج بالرغم من النقائص الموجودة فيها وأهمية تحديث موادها، تصل الاتفاقيات الأخرى إلى حد إعادة ادراج وتضمين مواد كاملة منها في أحكامها.

كان من المقرر أن تثبت اتفاقية نيويورك، وهي واحدة من أكثر الاتفاقيات السارية التي تم التصديق عليها على نطاق واسع كما أسلفنا ذكره، أنها أساسية لعمل نظام التحكيم الدولي، وستقوم بذلك في المقام الأول مستقبلا من خلال ضمان سهولة الاعتراف بأحكام التحكيم وإنفاذها في دول أخرى غير الدولة التي تصدر فيها. ليس من المستغرب أن تحتل اتفاقية نيويورك مكانة بارزة في كل قضايا التحكيم الدولي - سواء أكان أكاديميًا أم مهنيًا - وتبقى في قلب جميع المناقشات المعاصرة حول هذا الموضوع⁷⁰⁵.

إن إثبات ذلك، يوجد في أسئلة وجهت إلى المراسلين الوطنيين عما إذا كان بإمكان الأطراف الحصول على الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية أو إنفاذها في المحاكم الوطنية بوسائل أخرى غير اتفاقية نيويورك. أو بمعنى أكثر وضوح، توافر أو توفير البدائل يعزز الاعتراف والتنفيذ من خلال منح الدائنين بمقتضى حكم التحكيم أكثر من وسيلة لتحقيق تلك النتائج. من ناحية أخرى، قد يؤدي توفرها إلى حدوث ارتباك، على وجه التحديد لأن الاعتراف والتنفيذ "القواعد الأساسية" -

⁷⁰⁴ YAHIAOUI Issam, op.cit., p.259.

⁷⁰⁵ A. BERMANN George, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards the Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts*, Springer International Publishing AG, 2017, p.02

الموضوعية والإجرائية على حدٍ سواء - قد تختلف وفقاً للخيار الذي يختاره الدائن بمقتضى حكم التحكيم للاحتجاج به⁷⁰⁶.

وتبقى الحقيقة أن اتفاقية نيويورك بشروطها (لا سيما المادة السابعة) تستخدم بشكل مباشر بدائل القانون المحلي للاتفاقية وتضمن بالفعل توافرها واتباعها إلى المدى الذي توجد فيه. يصبح السؤال بعد ذلك هو تحديد البدائل الموجودة والأدوات اللازمة، وبالتالي فهي متاحة من حيث المبدأ⁷⁰⁷، ذلك أن إجراءات التنفيذ فيما يتعلق بأحكام التحكيم الأجنبية هي الموضوع الأساسي لاتفاقية نيويورك وكذا الاتفاقية الأوروبية، وقد أوجدت الاتفاقيتان درجة عالية من التنسيق فيما يتعلق بتدابير المراجعة، إذ تشمل تدابير المراجعة المنسقة على نطاق واسع في إجراءات التنفيذ مبادئ العدالة الإجرائية واحترام استقلالية الأطراف والقابلية للتحكيم والسياسة العامة. ومع ذلك، تتضمن اتفاقية نيويورك في المادة السابعة المذكورة أنفاً في فقرتها الأولى بنداً "أكثر ملاءمة"، والذي يسمح للاتفاقيات الأخرى، وخاصة القوانين الوطنية، بتقليل متطلبات تنفيذ أحكام التحكيم إلى ما دون الحد المنصوص عليه في الاتفاقيات، ولا تتضمن الاتفاقية الأوروبية نفسها أي أدوات محددة لتنفيذ أحكام التحكيم، ولكن لها فقط وظيفة ثانوية للأسئلة الفردية التي تنشأ في مراجعة ما بعد حكم التحكيم⁷⁰⁸.

الفرع الثالث

نطاق التفريق بين الاعتراف والتنفيذ

يصدر الحكم التحكيمي مكسواً بالحجية كما تم ذكره آنفاً، ففي القانون الجزائري نصت المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن الأحكام التحكيمية تحوز حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه.

لكن الحجية أو قوة الإثبات هي غير القوة التنفيذية، والتي لا تثبت للحكم التحكيمي إلا بعد إضفاء الصيغة التنفيذية عليه، وهو ما نصت عليه المادة 1035 في الفصل الخامس، وكذا المادة 1036 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمعنون بتنفيذ أحكام التحكيم، وهي ذات المواد التي

⁷⁰⁶George A. BERMANN, op.cit., p.18-17.

⁷⁰⁷ Ibid.

⁷⁰⁸ Jan Engelmann, op.cit., p.41.

تطبق فيما يتعلق بأحكام التحكيم الدولي، وذلك طبقاً لنص المادة 1054 من ذات القانون المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي.

وبالتالي، يتعين على من صدر حكم التحكيم لصالحه، البدء في إجراءات تنفيذه⁷⁰⁹، وأول إجراء هو الاعتراف به حتى يدمج في النظام القانوني الجزائري وثانياً إضفاء الصيغة التنفيذية عليه حتى يكون قابلاً للتنفيذ على أرضها⁷¹⁰، ذلك أن الصيغة التنفيذية تمثل في ذاتها اعترافاً من القاضي بإمكانية تنفيذ الحكم التحكيمي وصلاحيته لذلك⁷¹¹، وهذا باللجوء للقضاء واستصدار أمر التنفيذ.

وفي هذا السياق، ينص قانون التحكيم المصري، على سبيل المثال، على أن أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون تحوز حجية الأمر المقضي به وتكون واجبة النفاذ⁷¹².

وبناء على ما سبق، فإنه ومتى ما امتنع الطرف المحكوم عليه عن التنفيذ اختيارياً ورضائياً فهنا يباشر عمل من أعمال التنفيذ، أما الاعتراف بالأحكام التحكيمية فهو إجراء دفاعي يمنع من إعادة طرح ذات النزاع التحكيمي على القضاء والذي سبق القضاء التحكيمي الفصل فيه أولاً⁷¹³.

والملاحظ، أن هناك من لا يفرق بين الاعتراف بالأحكام التحكيمية وتنفيذها، ذلك أن الصلة بين الاعتراف والصيغة التنفيذية وثيقة جداً، وبالتالي فلا جدوى-حسبهم- من التمييز بينهما⁷¹⁴.

⁷⁰⁹ بن سعيد لزهر المرجع السابق، ص 365.

⁷¹⁰ ميمون منى، "التحكيم التجاري الدولي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09"، مجلة المنتدى القانوني، العدد السابع، ص 166.

⁷¹¹ عجابي الياس، "النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، مجلة المنتدى القانوني، العدد السابع، ص 197.

⁷¹² المادة (55) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

⁷¹³ بموجب المرسوم التشريعي رقم 09-93، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الملغى بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول، استعمل مصطلح الاعتراف في القانون الإجراءي الجزائري، ويعود أصل إدماجه إلى اتفاقية نيويورك المنظمة إليها الجزائر والمتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية لسنة 1958. ويرى في هذا الشأن الأستاذ كمال عيلوش قربوع أن المصطلح منقول من قانون الإجراءات الفرنسي. راجع: كمال عيلوش قربوع، مرجع سابق، ص 62.

⁷¹⁴ أحال إلى رأي الأستاذ العلامة ROBEST Jean، الأستاذان: قبايلي طيب، تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 109.

وباختصار، فإن عملية الاعتراف بحكم التحكيم الدولي تتمثل في: "إدماجه في النظام القانوني الجزائري، بما يسمح له بترتيب آثاره في الإقليم الجزائري، كاستعماله مثلا للدفع بسبق الفصل في النزاع المعروض أمام القاضي الجزائري، وهو لا يهدف بالضرورة لتنفيذ حكم التحكيم المعني في الجزائر، لأن التنفيذ يهدف إلى استصدار الصيغة التنفيذية وتجسيد الحل الذي يتضمنه الحكم على أرض الواقع"⁷¹⁵.

وبعبارة أوضح فإن الاعتراف هو أن يصدر حكم التحكيم بشكل صحيح وملزم لكلا الطرفين، أما التنفيذ هو طلب الطرف المحكوم له قضائيا إلزام الطرف المحكوم عليه بما جاء بالحكم التحكيمي جبراً عنه⁷¹⁶.

وطلب الاعتراف بالحكم التحكيمي إجراء يقوم به من له مصلحة قبل تنفيذ الحكم التحكيمي، لتفادي التعرض لنفس النزاع أمام القضاء من خلال دفعه بحجبة الشيء المقضي فيه، والتي لا يكتسبها الحكم التحكيمي إلا بعد الاعتراف به⁷¹⁷.

وعليه، نرى أن التنفيذ أشمل من الاعتراف، ذلك أنه وقبل منح الحكم التحكيمي القوة التي تجعله قابلاً للتنفيذ وعنواناً للحقيقة في مواجهة أطرافه، فإنه لا بد أن يمر بمرحلة الاعتراف.

المطلب الثاني

أشكال الاعتراف والتنفيذ

يعد الاعتراف بالأحكام التحكيمية وكذا تنفيذها بأساليب غير تلك المعهودة في الأحكام القضائية والمذكورة في المواد من 609 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وبشروط غير تلك المتخذة في القضاء الوطني.

وباستقراء نص المادة 1051 من القانون أعلاه يتضح لنا أن الشروط الواجب توافرها فيما يخص الاعتراف بالأحكام التحكيمية وكذا تنفيذها هي نفسها، ولكن يجب الفصل في طلب الاعتراف بأحكام التحكيم وبين تنفيذ هذه الأحكام.

⁷¹⁵ قبايلي طيب، تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 108.

⁷¹⁶ فتحي كمال ادريس، المرجع السابق، ص 128.

⁷¹⁷ المرجع نفسه.

الفرع الأول

شروط الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم

نود في البداية أن نشير إلى أن المشرع الجزائري قد ميز بين شروط وإجراءات تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية عن إجراءات وشروط تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي، وبالتالي فإن دراستنا تتعلق بالشروط اللازمة للاعتراف بالأحكام التحكيم التجاري الدولي وتنفيذها.

وعلى هذا الأساس يخرج من نطاق هذا البحث الاعتراف بالأحكام والأوامر القضائية الجزائرية وتنفيذها بالخارج، ذلك أنها مسألة ترجع إلى اختصاص قانون الدولة الأجنبية التي يراد تنفيذ الحكم الجزائري على أراضيها.

ونوه إلى أن المبالغة في الشروط المطلوبة للاعتراف بهذه الأحكام وتنفيذها سيجعل من اللجوء إلى نظام التحكيم أمرا لا جدوى منه، ذلك أن الهدف من ولوج طريق التحكيم هو الوصول إلى الحل بالسرعة المرجوة والفعالية المنشودة وتنفيذ ذلك الحل دون تعقيدات، باعتبار أن النصوص المنظمة لشروط وإجراءات التنفيذ في قانون معين مسألة محورية بالغة الأهمية لمعرفة مدى فعالية نظام التحكيم في الدولة المعنية⁷¹⁸.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 1051 فقرتها الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه للاعتراف بالحكم التحكيمي وجب إثبات وجودها من الطرف المتمسك بها، وعدم مخالفة هذا الاعتراف للنظام العام الدولي، ويهدين الشرطين يمكن القول أن المشرع قد اعتبر شروط الاعتراف والتنفيذ هي نفسها.

أولا: الشروط التي يخضع لها الاعتراف والتنفيذ

كما أسلفنا الذكر، فإن الشروط التي أوجبها المشرع الجزائري حتى يتم الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية هي شرطان، الأول شكلي والثاني موضوعي.

⁷¹⁸ قبايلي طيب، تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 107.

1-الشرط الشكلي: إثبات وجود الأحكام التحكيمية

من غير المتصور القيام بالاعتراف بالأحكام التحكيمية وتنفيذها وهي منعدمة الوجود، إذ يعتبر شرط إثبات أحكام التحكيم الدولي شرطا منطقيًا. حيث أن التمسك بأحكام التحكيم الدولية، هو إثبات بأن هذه الأحكام موجودة، كأن يقدم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنها تستوفي شروط صحتها، ويتم ايداعها بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل، في هذه الحالة يقع على الخصم إثبات العكس⁷¹⁹.

ومنه، يتضح أنه من غير المنطقي الاعتراف بالحكم التحكيمي أو القيام بتنفيذه في حالة عدم وجوده، لذا وجب أولاً إثبات وجوده، ويعد هذا الأخير شرطا لا بد من توافره، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 1051 على أنه: " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي، وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر من رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها، أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني".

وتبين المادة أن المشرع الجزائري قد أخضع الاعتراف والتنفيذ لنفس الشروط، بالرغم من أنه ميز بينهما، وأول شرط هو إثبات وجود حكم التحكيم، ويتم هذا الأخير كالتالي: " يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها"⁷²⁰.

هذا في حالة تقديمها باللغة العربية، أما إذا قدمت بلغة أخرى غير اللغة العربية وجب عندئذ القيام بترجمتها ترجمة رسمية وتقديمها مع الأصل⁷²¹.

والملاحظ، أن المشرع الجزائري قد أغفل في نص المادة المذكورة أعلاه ترجمة تلك الوثائق، وحسب رأي الشخصي، يطبق القاضي القاعدة العامة التي توجب الترجمة للوثائق التي تكون بلغة غير اللغة العربية، حيث ينص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " يجب

⁷¹⁹ بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص558.

⁷²⁰ المادة 1052 من ق.ا.م.ا.

⁷²¹ قبايلي طيب، تعويلت كريم، المرجع السابق، ص109.

أن تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة، تحت طائلة عدم القبول"⁷²².

في حين يرى آخرون⁷²³، أن يطبق القاضي المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الاحكام التحكيمية لسنة 1958، الموجبة لترجمة حكم التحكيم الأجنبي وكذا اتفاقية التحكيم إلى لغة البلد الرسمية المطلوب إليه التنفيذ.

إن شرط إثبات وجود الحكم التحكيمي لم تشترطه القوانين الوطنية فحسب -كما رأينا سابقا اشتراطه في القانون الجزائري وكذا في القوانين المقارنة-، بل أن الاتفاقيات الدولية هي الأخرى قامت بتقريره، والتي من بين أهمها اتفاقية نيويورك لسنة 1958⁷²⁴. وقد نصت على أن⁷²⁵:

" 1- للحصول على الاعتراف والتنفيذ المذكورين في المادة السابقة، يقوم الطرف الذي يطلب الاعتراف والتنفيذ وقت تقديم الطلب، بتقديم ما يلي:

أ- القرار الأصلي مصدقا عليه حسب الأصول المتبعة أو نسخة منه معتمدة حسب الأصول؛

ب- الاتفاق الأصلي المشار إليه في المادة الثانية أو صورة منه معتمدة حسب الأصول.

2- متى كان القرار الحكم المذكور أو الاتفاق المذكور بلغة خلاف اللغة الرسمية للبلد الذي يحتج فيه بالقرار، وجب على الطرف الذي يطلب الاعتراف وتنفيذه أن يقدم ترجمة لهتين الوثيقتين بهذه اللغة. ويجب أن تكون الترجمة معتمدة من موظف رسمي أو مترجم محلف أو ممثل دبلوماسي أو قنصلي".

2- الشرط الموضوعي: عدم مخالفة الاعتراف أو التنفيذ للنظام العام الدولي

نصت القوانين الوطنية والتشريعات الداخلية للدول وكذا الاتفاقيات بأنواعها على احترام النظام العام، فالتشريع الجزائري نص هو الآخر على ذلك، وبالتحديد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 605 في فقرتها الأخيرة، حيث جاء فيها أنه: " لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام

⁷²² المادة (2/8) من ق.ا.م.ا.

⁷²³ فتحي كمال ادريس، المرجع السابق، ص130.

⁷²⁴ قبايلي طيب، تعويلت كريم، مرجع سابق، ص109.

⁷²⁵ المادة 04 من اتفاقية نيويورك لعام 1958.

والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية، في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية: "...

4- ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر".

وبالتالي، لا يمكن بأي حال ألا يكون هناك الحد الأدنى من القواعد التي تحمي كيان المجتمع في أي نظام قانوني كان، والمتمثلة في قواعد النظام العام⁷²⁶.

إذا كان نص المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر يتعلق بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية بوجه عام، فإن المشرع الجزائري خص أحكام التحكيم التجاري الدولي بأحكام خاصة واشترط الاعتراف بهذه الأحكام وتنفيذها، عدم مخالفة هذا الاعتراف أو التنفيذ للنظام العام الدولي، وذلك في نص المادة 1051 من نفس القانون.

ونشير إلى أن وضع تعريف جامع مانع للنظام العام، هو أمر مستعصي، ذلك أن فكرة النظام العام مرنة، لا يمكن أن توضع في إطار محدد.

إن مبدأ النظام العام مبدأ نسبي ومطاطي، من الصعب تحديد المجال والنطاق الخاص به، ويشمل جملة المسائل التي ترتبط بالإجراءات المتبعة أثناء النزاع من طرف المحكمة التحكيمية، بالإضافة إلى المسائل التي تتعلق بموضوع النزاع، تسمى الأولى "النظام العام الإجرائي" بينما الثانية "النظام العام الموضوعي"⁷²⁷.

بصفة عامة عرف النظام العام من طرف الدكتور السنهوري عبد الرزاق بقوله أن "القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على جميع

⁷²⁶ فتحي كمال ادريس، المرجع السابق، ص130.

⁷²⁷ كسال سامية، "إعمال النظام العام في الرقابة القضائية على أحكام التحكيم التجاري الدولي"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 02، سبتمبر 2019، ص1131.

الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم، حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، فإن المصلحة الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة⁷²⁸.

لابد من التفرقة هنا بين النظام العام على المستوى الدولي والنظام العام على المستوى الداخلي، فليس كل ما يخالف النظام العام الداخلي يمكن أن يخالف النظام العام الدولي، فمخالفة قاعدة من القواعد الآمرة هو مخالفة للنظام العام الداخلي وليس للنظام العام الدولي⁷²⁹، كما أن العقد الداخلي يخضع للنظام العام الوارد فيه، بينما يخضع العقد الدولي لأكثر من نظامين قانونيين⁷³⁰.

إن الهدف من التفرقة المذكورة أعلاه، تبيان أهمية خضوع الفعالية القانونية لحكم التحكيم لمدى توافقها مع القيم الأساسية للنظام القانوني المختص، هذا بالطبع في النظام العام الوطني، لأن قاضي المراقبة معني فقط بنظامه القانوني، ومع ذلك، فإنه لا يتفاعل بنفس الطريقة اعتمادًا على ما إذا كان يتحكم في حكم تحكيم داخلي أو دولي⁷³¹. هذه بلا شك واحدة من أكثر النقاط التي نوقشت من قبل القانونيين لعدة سنوات، حيث أنه في الممارسة الفرنسية تقتصر مراجعة تطابق وتوافق حكم التحكيم مع النظام العام الدولي (المادة 1520-5 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي) على "الانتهاك الصارخ والفعال والملموس للنظام العام"، باسم مبدأ عدم المراجعة، حيث يحظر على قاضي المراجعة، حتى فيما يتعلق بمراقبة احترام النظام العام، أي تقييم في الواقع والقانون بمجرد أن يمس هذا التقييم مزايا النزاع⁷³².

⁷²⁸ السهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، 1981، ص326.

⁷²⁹ ماهر مصطفى محمود، "الرقابة القضائية على حكم التحكيم"، مجلة كلية الدراسات العربية والإسلامية بنات-دمهور، العدد الثاني، المجلد التاسع، 2017، ص201.

⁷³⁰ نزمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2003، ص155.

⁷³¹ BABAY YOUSSEF Souad, « Le contrôle post- arbitral de la Sentence internationale à l'épreuve de l'ordre public substantiel », *in* le juge et l'arbitre, sous direct. Sami - BOUSTANJI et autres, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, p.212.

⁷³² TRAIN François-Xavier, « Brefs rappels de droit français », *in* le juge et l'arbitre, sous direct. Sami -BOUSTANJI et autres, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, p.267-268.

بشكل عام، يستبعد قانون التحكيم الدولي الفرنسي أي تدخل من قبل محكمة الدولة في موضوع النزاع، يتجلى مثل هذا الاستبعاد على وجه الخصوص من حيث مراقبة مدى توافق حكم التحكيم مع النظام العام الدولي ولكنه يشكل، على نطاق أوسع، قاعدة أساسية للقانون الفرنسي بشأن التحكيم الدولي ومشارك كذلك على نطاق واسع في القانون المقارن⁷³³.

وباعتبار أن "التحكيم الدولي هو التحكيم الذي ينطوي على مصالح التجارة الدولية"، أي ما يتعلق بنزاع لم يتم حله اقتصاديًا في بلد واحد، وبالتالي، يمكن لمحكمة الاستئناف المسؤولة عن مراجعة الحكم أن تثير تلقائيًا مسألة الطابع الدولي وتدعو الأطراف إلى مناقشة الطبيعة الدولية أو الداخلية لعلاقتهم، من أجل استخلاص النتائج المترتبة على النظام المطبق في مراجعة حكم التحكيم⁷³⁴.

يبدأ القاضي بالتحقق مما إذا كانت القاعدة التي يستشهد بها المستأنف هي حقيقة نظام عام، (إذا كان من الممكن رفعها تلقائيًا أو الاحتجاج بها)، في هذه الحالة، سيكون لديه تفويض استثنائي بمقارنة النتيجة المنصوص عليها في الحكم مع النتيجة التي ستصل إليها من خلال تطبيق هذه القاعدة بشكل صحيح، فمن الواضح أن هذا التحقيق يتطلب معرفة محتوى حكم التحكيم، وإذا لزم الأمر، مراجعة الحكم الذي اتخذته المحكمة في انتهاك صارخ لقاعدة من قواعد النظام العام⁷³⁵.

هذا الذي يعكس تصورًا إيجابيًا لعلاقة ثنائي المحكم والقاضي، ويشهد على مناخ الثقة الذي نشأ بينهما، مما يسمح لهما بإحباط مناورات التأخير، ومع ذلك، لا ينبغي أن نقع في الإفراط في ذلك، لأن الحد الأدنى من السيطرة مطلوب لضمان فعالية التحكيم الدولي، ولتحقيق هذه الفعالية يمكن اتباع التوجيهات العشر التي عددها البروفسور Ch. Jarrosson، الموجهة للأطراف، للقاضي والمشرع، والتي سنذكر منها الموجهة للقاضي فقط، إذ يقول البروفسور:

« *Dans la procédure arbitrale, au minimum tu interféreras. Avec mesure le contrôle de la sentence tu opéreras* ».⁷³⁶

⁷³³ TRAIN François-Xavier, op.cit., p.264.

⁷³⁴ Ibid., p.263.

⁷³⁵ BABAY YOUSSEF Souad, op.cit., p.247-248.

⁷³⁶ Ibid.

فالقاضي هو الضامن لاحترام نظامه العام: النظام العام الوطني، فمن حيث المبدأ لا يتعلق الأمر بالنظام العام الأجنبي أو النظام العام الدولي، على العكس من ذلك، يمكن للمحكم، الذي ليس لديه اختصاص، أن يضمن احترام النظام العام الأجنبي من أجل ضمان أقصى كفاءة لحكم التحكيم، يمكنه، في الواقع، إلغاء القانون الذي اختاره الطرفان بشكل وقائي، إذا رأى أنه يتعارض مع النظام العام الأجنبي للدولة المحتمل تنفيذ حكم التحكيم على إقليمها، كما يمكنه أيضا أن يثير بحكم منصبه مسألة عدم الامتثال للأحكام المحالة إليه مع النظام العام الأجنبي أو الدولي⁷³⁷.

وتجدر الإشارة إلى أن "عبارة النظام العام الدولي بالمفهوم الفرنسي، لا تعني لا النظام العام الدولي الحقيقي ولا أنواع النظام العام الداخلي، بل يتعلق الأمر بشكل جد مخفف من هذا النظام الأخير بدرجة يوجد معها نظام عام دولي خاص بكل نظام قانوني، ويبقى تحديد مضمونه على عاتق القاضي الذي يأخذ طبعا بعين الاعتبار ما تطرحه العلاقات التجارية الدولية من تقييد لهذا النظام العام سواء على مستوى النظام العام الإجرائي أو على مستوى النظام العام الموضوعي"⁷³⁸.

وبالرغم من تبيان التفرقة بين النظام العام على المستوى الدولي والنظام العام على المستوى الداخلي فيما سبق، إلا أن النظام العام العالمي يتقاطع مع الكثير من القواعد الداخلية للدولة حول فكرة النظام العام، ولعل هذا يرجع إلى أن كل دولة تتميز بسياسة اقتصادية وتجارية تختلف عن الدول الأخرى، وكذا تميزها أيضا بسياسة تشريعية⁷³⁹ تجعل من نظام التحكيم خاضعا لمسائل تتعلق بالنظام الاقتصادي لتلك الدولة وليس النظام العام الدولي⁷⁴⁰.

ذلك أن المتغيرات الاقتصادية والقانونية في العالم والعلاقات الدولية نشأت عنها نزاعات كثيرة تعلقت أساسا بالتجارة الدولية وكذا الاستثمار الدولي، وبالتالي كان ولا بد من الابتعاد عن المحاكم الوطنية في فض مثل هذه المنازعات ذات الطابع الدولي، والتوجه نحو قضاء من نوع آخر

⁷³⁷ BABAY YOUSSEF Souad, op.cit., p.212.

⁷³⁸ قبايلي طيب، تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 110.

⁷³⁹ وائل أنور بندق، موسوعة التحكيم – الاتفاقات الدولية وقوانين الدول العربية -، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004،

ص 7.

⁷⁴⁰ تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 297.

اكتسب الثقة من خلال مزاياه التي تتماشى ومتطلبات التجارة الدولية والتي أهمها السرعة والثقة⁷⁴¹، لكن مع إبقاء رقابة القضاء الوطني.

فالتحكيم يلجأ إليه باعتباره الأنسب لحل منازعات الاقتصاد والتجارة وللثقة في أحكامه، التي من الممكن أن تفقد كنتيجة للإفراط في الرقابة القضائية في مرحلة التنفيذ بصفة خاصة والمتميزة بكثرة التدخلات من طرف المتنازعين ذات الطبيعة المختلفة، والتي من شأنها أن تكثف تدخل القضاء الوطني ما يفقد الثقة في أحكام المحكمة التحكيمية⁷⁴².

إنه وإن كان للرقابة القضائية أهمية بالغة في مراقبة الأحكام التحكيمية إلا أن تدخل القضاء بشكل مبالغ فيه له أثر سلبي على أحكام التحكيم، فيجب أن يكون القاضي الوطني داعما في رقابته لأحكام التحكيم بمنحها ثقة أكبر.

ذلك أن نظرة التشريعات بهذا الخصوص تختلف وكذلك الثقة به كقضاء خاص إلى جانب قضاء الدولة، وعليه يترتب أضرار، فإما أن تقلص الدولة من قيود الرقابة عليه بالحد من القيود التي يمكن أن يواجهها الحكم التحكيم أو أن تتجنبه وتحتاطه.

كل هذا التراجع وهذه القيود وكذلك الحيطة والحذر، كان تأثيرها بالغا على التحكيم التجاري الدولي، ذلك أن الممارسة العملية في المجال الاقتصادي بينت خضوع فكرة النظام العام لتحولات عميقة لولادة فكرة جديدة، هذا هو النظام العام الذي يهدف إلى ضمان المصلحة الاقتصادية العامة⁷⁴³، والذي غرضه استبعاد القيود التي وضعت من طرف القوانين الداخلية بنصوص أمرة، وتحرير التحكيم منها ودعم استقلاليتها⁷⁴⁴.

⁷⁴¹ ماهر مصطفى محمود، المرجع السابق، ص 260.

⁷⁴² المرجع نفسه، ص 266.

⁷⁴³ ZOUAIMIA Rachid, *Droit de responsabilités disciplinaires des agents économique - l'exemple du secteur financier*-, office des publications universitaires, Alger, 2010, p.08.

⁷⁴⁴ تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 290.

للإشارة، فقد أخذ المشرع الجزائري بفكرة النظام العام الدولي منذ حوالي 28 سنة، وذلك عندما أوردها في المرسوم التشريعي 09-93، المعدل والمتمم للأمر 154-66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، في الفصل المتعلق بتنظيم التحكيم التجاري الدولي⁷⁴⁵.

لكن الملاحظ من طرف الأستاذ تعويلت كريم، أن المشرع الجزائري وبالرغم من حذوه حذو المشرع الفرنسي في أخذه بفكرة النظام العام الدولي، ودخولها إلى القانون الجزائري، لا نطاقها ولا مضمونها حدد سواء بالنسبة للتشريع أو بالنسبة للاجتهاد القضائي، الذي لم تتح له الفرصة لتحديد مقصودها⁷⁴⁶.

نرى أمام هذه الحالة، أن للقاضي الوطني وحده السلطة التقديرية في وضع تحديد لمفهوم النظام العام الدولي.

غير أن الفقه الجزائري تعرض لمفهوم النظام العام الدولي، بمفهوم التحكيم التجاري الدولي من خلال دراسة الأحكام المتعلقة بالاعتراف والتنفيذ، إذ أورد الفقهاء الجزائريون بعض التعريفات، والتي نذكر منها:

يعرفه الأستاذ "تركي نور الدين" على أنه: "النظام العام الدولي الحقيقي" هو مجموعة المبادئ الأساسية الضرورية واللازمة لتنظيم المجتمع الدولي، وتتعلق هذه المبادئ بالقواعد المشتركة التي يتعين على المحكم الدولي معاقبة المخل بها، وذلك بصفة مستقلة عن التشريع الوطني الذي يحكم موضوع النزاع"⁷⁴⁷.

⁷⁴⁵ أمر 154-66 مؤرخ في 1966/06/08، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، معدل ومتمم، ج ر عدد 47، صادر بتاريخ 1966/06/09 (ملغى).

⁷⁴⁶ تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 290.

⁷⁴⁷ « D'une façon schématique, l'ordre public « réellement » international peut être défini comme "l'ensemble des principes fondamentaux indispensables à l'organisation de la société internationale. Il s'agit en quelque sorte des règles communes dont la transgression doit être sanctionnée par l'arbitre international indépendamment de la législation nationale régissant le fond du litige »

TERKI Nour Eddine, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, O.P.U., Alger, 1999. p.46

أما التعريف الثاني، فقد جاء به الأستاذ "بكهاشي محمد عبد الوهاب" يقصد بالنظام العام الدولي الحقيقي مجموعة القواعد الأساسية العامة المستنبطة من المعاهدات الدولية ومجموع المبادئ الدولية المتفق عليها⁷⁴⁸.

كما يعرفه أيضا الأستاذ "مصطفى تراري الثاني" بمفهوم القانون الدولي العام على أنه: " يقصد بالنظام العام الدولي تلك الصورة المخففة للنظام العام الجزائري التي تتماشى مع مقتضيات المرونة التي تتسم بها التجارة الدولية، سواء تعلق الأمر بالقواعد الوطنية الموضوعية أو القواعد الإجرائية"⁷⁴⁹.

وبالإضافة إلى ما سبق ذكره مما أغفله المشرع الجزائري فيما تعلق بفكرة النظام العام، أحدث المشرع لبسا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 في المواد 1051-1056 وهذا لم يكن موجودا في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى المذكور أعلاه في المواد 458 مكرر 17، أين جعل من النظام العام قيذا على الاعتراف بحكم التحكيم التجاري الدولي وتنفيذه في الجزائر، كما اعتبره سببا من أسباب بطلان الحكم ووجه من أوجه استئناف الأمر القاضي بالاعتراف به أو تنفيذه في المادة 458 مكرر 23⁷⁵⁰.

أمام حالة اللبس هذه، يرى الأستاذ علي "مبروكين" أنه من الممكن لفكرة النظام العام الدولي أن تختلط بفكرة النظام العام بالمفهوم التقليدي في القواعد العامة في القانون المدني، ما دام أن المحكمة العليا لم تتح لها الفرصة بعد لتعريفها وتحديد مضمونها، رغم مرور أكثر من عقدين على أول تكريس لها في المنظومة القانونية الجزائرية⁷⁵¹.

لم يبين المشرع الجزائري عند استعماله لمصطلح النظام العام، الفرق بين حالة النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي ولم يميز بينهما، عندما جعل من المسائل المقرونة به لا تحل

⁷⁴⁸ BEKHECHI Mohammed Abdelwahab, « L'arbitrage commercial international en droit algérien », Revue algérienne des relations internationales, les éditions internationales, n° 2, Alger, 1994, p.89.

⁷⁴⁹ تراري مصطفى، "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر إثر صدور المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25/04/1993 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية"، مجلة دراسات قانونية، الجزائر، عدد 01، جوان 2002، ص. 53.

⁷⁵⁰ تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص. 111.

⁷⁵¹ أشار إلى هذا الرأي: الأستاذ تعويلت كريم، المرجع السابق، ص. 291.

بمثل هذه الطريقة لفض المنازعات، وذلك في نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁷⁵².

إذ تنص على أنه: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

نرى مع الأستاذ تعويلت كريم، أن النظام العام الذي يقصده المشرع في المادة أعلاه، هو النظام العام الداخلي الذي يصطدم تطبيقه في العقود الاقتصادية الدولية بالمادتين 1051 و1056 أين استعمل مصطلح النظام العام الدولي، حيث تنص الأولى على شروط الاعتراف بحكم التحكيم التجاري الدولي وتنفيذه بالجزائر، وكذا المادة 1056 التي تنص على أسباب بطلان الحكم وأوجه الطعن بالاستئناف في الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ⁷⁵³.

وبالعودة إلى نص المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدتها تنص على أنه: "...وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي". في حين أن المادة 1056 نصت على أنه: "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية: 6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي".

أي أن الحالات السالف ذكرها أعلاه هي نفسها حالات بطلان حكم التحكيم الصادر في الجزائر إعمالا للمادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تنص على مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الدولي فقط بغض النظر عن تنفيذه أو الاعتراف به⁷⁵⁴.

وهذا إن دل على شيء إنما يدل على عدم الانسجام بين النصين 1051 و1056 ويؤدي بالضرورة إلى عدة تفسيرات وتأويلات كان بالإمكان تفاديها من قبل المشرع الجزائري، والذي لا بد له من التدخل لإزالة هذا اللبس، وإلى غاية إعادة الانسجام بين المادتين من طرف المشرع الجزائري،

⁷⁵² تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 292.

⁷⁵³ المرجع نفسه.

⁷⁵⁴ قبايلي طيب، تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 111.

لابد من اعتماد مضمون قيد النظام العام الدولي المنصوص عليه في المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك للتمييز بين الحالات التي سيطلب فيها الاعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي في الجزائر، والحالات التي لا يطلب فيها ذلك، ذلك أنه لا توجد فائدة من وراء إبطال الحكم التحكيمي في الجزائر لا يخالف النظام العام في قانون الدولة التي سيطلب على إقليمها الاعتراف أو التنفيذ، لأن ذلك يؤدي إلى التوفيق بين ضرورتين، الأولى تتمثل في ضرورة مراقبة الحكم التحكيمي من زاوية النظام العام الدولي، والثانية تتمثل في ضرورة تحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي⁷⁵⁵.

في حين نصت المادة 458 مكرر 17 على أنه: "يتم الاعتراف في الجزائر بالقرارات التحكيمية الدولية إذا أثبت المتمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي. وبنفس الشروط تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر، من لدن رئيس المحكمة التي صدرت هذه القرارات في دائرة اختصاصها أو من رئيس محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج تراب الجمهورية".

وكذا نصت المادة 458 مكرر 23 الفقرة (ح) على أن: "لا يجوز استئناف القرار الذي يسمح بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:
ح- إذا كان الاعتراف أو التنفيذ مخالفا للنظام العام الدولي".

يتضح جليا من المادتين الانسجام التام بينهما، عند نصهما على حالة مخالفة الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم للنظام العام الدولي⁷⁵⁶.

وفي هذا السياق، يرى الأستاذان طيب قبائلي وتعويلت كريم "أن القاضي يمكن له أن يحكم بإبطال حكم التحكيم الصادر في الجزائر بمجرد مخالفته للنظام العام الدولي بالمفهوم الجزائري، وبغض النظر عن طلب الاعتراف بهذا الحكم أو تنفيذه في الجزائر، وبغض النظر كذلك عن زوال أو بقاء قاعدة النظام العام أثناء طلب الاعتراف أو التنفيذ، وهذا لا نجده في القانون الفرنسي".

⁷⁵⁵ تعويلت كريم، "الرقابة القضائية على حكم التحكيم الدولي من زاوية النظام العام- دراسة مقارنة -"، فعلية القاعدة القانونية-

دراسات متنوعة- على شرف الأستاذ رشيد زوايمية، دار بري للنشر، 2019، ص 81.0

⁷⁵⁶ المرجع نفسه، ص 111.

كما يرى الأستاذان أيضا: " ضرورة الاعتماد على مضمون قيد النظام العام الدولي الوارد في المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بين الحالات التي سيطلب فيها الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم في الجزائر والحالات التي لا يطلب فيها، ذلك أنه لا جدوى من ابطال حكم تحكيم في الجزائر لا يتعارض مع النظام العام في قانون الدولة التي سيطلب الاعتراف أو التنفيذ على اقليمها، لأن هذا الحل من شأنه أن يوفق بين ضرورة مراقبة حكم التحكيم من زاوية النظام العام الدولي وضرورة السهر على تحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي"⁷⁵⁷ .

ويضيفان أنه: "إذا كانت فكرة النظام العام في ميدان التحكيم التجاري الدولي يتعين تفسيرها تفسيراً ضيقاً حتى لا تصبح عرقلة لتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية، فإنه في المقابل، لا يجب أن يكون تقييد النظام العام وسيلة لانتهك المبادئ الأساسية التي تحكم دولة معينة تشجيعاً للجوء إلى التحكيم بغرض إخفاء المعاملات المشبوهة"⁷⁵⁸ .

غير أن الفقه والقضاء في القوانين المقارنة، وعلى سبيل المثال في الفقه والقضاء المصري، قاما بتميز مفهوم النظام العام في القانون الداخلي عنه في القانون الدولي الخاص، فنطاق النظام العام بالمفهوم الأول أوسع من نطاق الثاني⁷⁵⁹ .

هذا إلى جانب كون النظام العام الدولي بالمفهوم القانون الدولي الخاص يتطلب لإعماله المرور على منهج تنازع القوانين لتحديد القانون الذي يجب أن يطبق على صحة وفعالية الحكم التحكيمي، الأمر الذي يتعارض مع ما جاءت به فكرة النظام العام الدولي، من استبعاد لمنهج تنازع القوانين لفائدة منهج القواعد المادية⁷⁶⁰ .

وهو ما لا تراه الأستاذة "حفيظة السيد الحداد"، إذ لها رأي مخالف حول المسألة، فتشير إلى أن: "فكرة النظام العام الدولي المشار إليها في قضاء Dalico من أجل تعيين القواعد المادية

⁷⁵⁷ قبايلي طيب، تعويلت كريم، المرجع سابق، ص112.

⁷⁵⁸ المرجع نفسه.

⁷⁵⁹ محمود وليد هاشم المصري، "محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق الكويتية، العدد 04، السنة 27، ديسمبر 2003، ص155.

⁷⁶⁰ في نفس المعنى: فايز الحاج شاهين، "القانون الواجب التطبيق على أساس النزاع"، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، لبنان، العدد 14-15، ص34.

الواجبة التطبيق في القانون الفرنسي، من أجل تقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم، تتطابق بشكل كامل مع فكرة النظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص، وهي الوظيفة التقليدية المقررة لهذه الفكرة في إطار النظرية العامة لتنازع القوانين⁷⁶¹.

أما الاتفاقيات الدولية، فمنها تلك التي لم تميز بين فكرة النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي في مجال التحكيم التجاري الدولي، ومنها اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد قرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، حيث نصت في المادة 02 فقرة 05 على أنه⁷⁶²:

2- يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب فيها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين:

(أ) أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية عن طريق التحكيم أو،

(ب) أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد".

ما يفهم من نص الفقرة الأخيرة (ب)، أن النظام العام يجب أن يحترم ومخالفته قد تؤدي برفض الدولة الاعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي في حالة ما إذا كانت الإجراءات التي أدت إلى مثل هذا الحكم تناقض مفاهيم الدولة المعنية بالاعتراف أو بالتنفيذ، وقد أخذت بهذا اتفاقية جنيف إلى جانب اتفاقية نيويورك لعام 1958 السالف ذكرها.

لكن عدم تحديد الحالات التي يكون فيها الاعتراف والتنفيذ مخالفين للنظام العام في الدولة المعنية بهما، يؤدي إلى مخاطر، وذلك عند أخذه المسألة بغير ما هي عليه واعتبار أن الحكم جاء مخالفا للنظام العام⁷⁶³ في بلاده.

⁷⁶¹ حفيفة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 105.

⁷⁶² المادة 05 من اتفاقية نيويورك.

⁷⁶³ - يمكن أن يتوسع حقل مفهوم النظام العام فيشمل كافة مراحل التحكيم، فيعرض لصك التحكيم (صحته أو بطلانه حسب الأهلية - قابلية النزاع للتحكيم) أو لإجراءات التحكيم (احترام حق الدفاع- تعليل الحكم) أو حتى لمضمون الحكم نفسه، وفي كل هذه الحالات يستطيع قاضي الدولة أن يجد ما يتعارض أو يخالف المفاهيم الحقوقية الأساسية في بلاده وما يخالف نظامها العام أنظر: عبد الهادي عباس وجهاد هواش، المرجع السابق، ص 514.

فالتعيب هنا لا يتعلق باتفاق التحكيم ولا يتعلق بالإجراءات أو حتى بالحكم التحكيمي، بل يتعلق الأمر بالأثار التي خلفها هذا الحكم التحكيمي، وبالنظر للأثار التي تعارض مفاهيم قانونية في تلك الدولة يرفض التنفيذ لمخالفة الحكم التحكيمي النظام العام⁷⁶⁴.

هذا وقد نصت الاتفاقيات العربية، ومنها اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي على سبيل المثال أنه:

"تختص المحكمة العليا لدى كل دولة متعاقدة بإضفاء الصيغة التنفيذية على قرارات هيئة التحكيم ولا يجوز رفض الأمر بالتنفيذ إلا إذا كان القرار مخالفا للنظام العام"⁷⁶⁵.

ثانيا: صلاحية الحكم التحكيمي للتنفيذ ونطاق حجته

قبل التعرض لمسائل الكفاءة الإجرائية والقضائية فيما يلي، نحدد في البداية متى يكون هذا الحكم التحكيمي سندا قابلا وصالحا للتنفيذ وحجته.

1- صلاحية الحكم للتنفيذ:

الحكم الملزم هو وحده الحكم الذي يمثل السند الصالح للتنفيذ في الجزائر، فعند صدور الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم بالجزائر، يسلم للمستفيد منه الحكم التحكيمي مهورا بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 601، بذلك يصبح الحكم التحكيمي سندا تنفيذيا له نفس القوة التنفيذية للسندات المذكورة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 600.

وفي هذا الشأن ترى الأستاذة "بن حليمة ليلي" أن القانون الجزائري قد أورد نصا مبتورا تضمنته المادة 1037 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تقضي بتطبيق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل للأحكام على أحكام التحكيم المشمولة بالنفاذ المعجل. وهو بصيغته الحالية يتعارض مع نص المادة 1/1056 من نفس القانون، والتي تجعل الأوامر التي تقضي بالاعتراف بحكم التحكيم التجاري الأجنبي أو الأمر بتنفيذه غير قابلة للاستئناف، فالأمر القاضي بذلك وبناء على هذا النص

⁷⁶⁴ عبد الهادي عباس وجهاد هواش، المرجع السابق، ص 512.

⁷⁶⁵ المادة 35 من الاتفاقية المتاحة على الموقع الإلكتروني للجامعة العربية الآتي: www.lasportal.org

هو نهائي، وهو بذلك واجب التنفيذ بمجرد صدوره، لذلك كان على المشرع الجزائري النص على قواعد التنفيذ المعجل إذا وقع الاستئناف في أمر الاعتراف المنصوص عليه في المادة 1056 السالفة الذكر بسبب من الأسباب الواردة على سبيل الحصر في هذا النص⁷⁶⁶.

2- حجية حكم التحكيم القابل للتنفيذ:

لمعرفة نطاق حجية الحكم التحكيمي لأبد من تحديدها من حيث الموضوع والأشخاص.

فمن حيث الموضوع، يرتبط نطاق حجية الحكم التحكيمي من ناحية الموضوع بتحديد نطاق الاتفاق على التحكيم، ذلك أن حكم التحكيم لا يتمتع بالحجية إلا في حدود ما فصل فيه، وما فصل خارجه يجعل منه باطلا ولا يكتسب حجية ما أغفله⁷⁶⁷.

هذا وتطبق المادة 338 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: "الأحكام التي حازت حجية الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب..." على نطاق حجية الحكم التحكيمي، على أساس أن حكم التحكيم التجاري الدولي بعد الاعتراف به يعتبر مثل باقي الأحكام الأخرى التي يصدرها القاضي الوطني.

وباعتبار الحكم التحكيمي كالحكم القضائي فيما سبق ذكره، فإنه كذلك فيما يتعلق بحجيته من حيث الأشخاص، فهو لا يكون حجة إلا على أطرافه، وهذا استنادا لأمرين: يتعلق الأمر الأول بما أورده المادة 1038 والتي نصت على أنه: "لا يحتج بأحكام التحكيم تجاه الغير". أما الأمر الثاني فهو نص المادة 338 المذكور أعلاه، والذي أكد مبدأ نسبية الأحكام، فهو حجة على أطرافه فقط.

⁷⁶⁶ بن حليمة ليلي، "تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي في الجزائر"، مجلة آفاق للعلوم، جوان 2018، ص 229.

⁷⁶⁷ المرجع نفسه، ص 230.

الفرع الثاني

مسائل الرقابة الإجرائية والقضائية

بمجرد صدور حكم التحكيم، يُعفى القاضي من النزاع، المبدأ هو أن حكم التحكيم يهدف إلى التطبيق تلقائياً، ومع ذلك، قد يرفض الطرف الخاسر الامتثال لأسباب مختلفة، إذ يجوز للطرف الخاسر التقدم بطلب إلى قاضي الدولة لطلب إلغاء حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر، كما يمكنه أيضاً رفض تنفيذ حكم تحكيم أجنبي، ويجوز لأي طرف، دون أي نزاع، أن يطلب الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي⁷⁶⁸. في جميع الحالات، يمارس قاضي الدولة الرقابة، في وقت الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه، فيكون له بموجب هذه الرقابة الإجرائية والقضائية برفض طلب الاعتراف أو التنفيذ، أو إصدار أمر بذلك.

يعرف أمر التنفيذ على أنه: "الإجراء الذي يصدر من القاضي المختص قانوناً ويأمر بمقتضاه تمتع حكم المحكمين بالقوة التنفيذية، فهو يمثل نقطة الالتقاء بين القضاء الخاص والقضاء العام"⁷⁶⁹. ويؤكد أن هذين القضاءين تقع عليهما حتمية الالتزام بالتعاون، والعمل يدا بيد وتوحيد جهودهم لهدف واحد وهو خدمة العدالة والمتقاضيين⁷⁷⁰.

وجدير بالذكر أن القاضي الوطني المصدر للأمر القاضي بالتنفيذ ليس بحاجة لذكر أن الأمر يتمتع بالقوة التنفيذية، إنما يكفي بالأمر بالتنفيذ جبراً بناء على هذا الأخير، بينما يجوز التنفيذ الاختياري دون طلب الأمر بتنفيذه من المحكمة المختصة⁷⁷¹.

⁷⁶⁸ ALLIOUCH-KERBOUA Kamel, « Le contrôle post- arbitral de la sentence internationale en droit algérien », in le juge et l'arbitre, sous direct. Sami -BOUSTANJI et autres, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, p.269.

⁷⁶⁹ بونجة مصطفى، "تنفيذ الأحكام التحكيمية وفقاً للتشريع المغربي"، المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثاني، 2016، ص 82.

⁷⁷⁰ EL MALHOUF Jaouad, « Le juge et l'arbitre : Quelle relation ? », la revue marocaine de l'arbitrage arabe et international, N° 3-4 / 2017, p.340.

⁷⁷¹ أشجان شكري فيصل داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به-دراسة مقارنة-، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية لنابلس، فلسطين، 2008، ص90.

ذلك أن الحكم التحكيمي القابل للتنفيذ الجبري يتضمن التزاما بتنفيذ حق، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن القيام بعمل، وهذه الأحكام لا تتحقق إلا بالتنفيذ الجبري إذا لم تنفذ اختياريًا وطواعية، على عكس الأحكام المنشئة للمراكز القانونية، وكذا تلك الخاصة بإنشاء الحقوق، لا تتضمن إلزامًا وبالتالي لا يلزم المحكوم عليه فيها بالتنفيذ الجبري⁷⁷².

إن تنفيذ الحكم التحكيمي لا يكون إلا بناء على طلب الأمر بتنفيذه، وهذا الأخير يقدم إلى القاضي، ذلك أن طلب الأمر بالتنفيذ طبيعته طلب قضائي، وليس طلب تحكيمي يقدم إلى المحكم، بل لا يجوز ذلك⁷⁷³.

وسنرى فيما يأتي أن هذا الطلب يقدم بإجراءات استصدار الأمر على عريضة، وإلا قوبل بالرفض، ذلك أن رفعه بغير الطريقة التي بينها القانون، كالإجراءات العادية لرفع الدعاوى القضائية يجعل منه غير مقبول.

وعليه، يكون هذا الطلب القضائي مقدما أمام قاضي التنفيذ لا غير، فالسلطة القضائية هي الجهة المختصة إجرائيا، وهي كذلك المعنية بمثل هذه المسائل.

لذا سنوضح فيما يأتي السلطة التي يتمتع بها قاضي الأمر بالتنفيذ (أولا)، ثم الموانع التي من شأنها أن تحول دون إصدار أمره بالتنفيذ (ثانيا).

أولا: السلطة التي يتمتع بها قاضي الأمر بالتنفيذ

انطلاقا من فكرة أن المحكم ليس قاضي النظام القانوني للدولة، وهو وإن كان قاضياً، فهذا لا يعني أنه معترف به كجزء من النظام القضائي للدولة التي أصدر حكمه على أراضيها، هذه الملاحظة قادرة على التوفيق بين المواقف المتعارضة التي سبق الإشارة إليها، علاوة على ذلك وكما سبق ذكره، فإن الحكم الصادر من القاضي له بالتأكيد سلطة الأمر المقضي به، ولكن ليس قابلية التنفيذ، فلكي يخضع الحكم للتنفيذ الجبري، يجب على الطرف الراغب في الاحتجاج به أن يطلب التنفيذ من قاضي الدولة المختص⁷⁷⁴، ذلك أنه وحده المتمتع بسلطة الأمر بالتنفيذ.

⁷⁷² أشجان شكري فيصل داود، ص 91.

⁷⁷³ محمد أحمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم-تميزها، مفترضها، عناصرها، وقفها، انقضائها-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 79.

⁷⁷⁴ MANCIAUX Sébastien, op.cit. p.38.

إن السلطة التي يتمتع بها قاضي الأمر بالتنفيذ هي سلطة قضائية بغير المعنى التقليدي لها⁷⁷⁵، ومنه فسلطة قاضي الأمر بالتنفيذ هي سلطة ولائية لا يتمتع بها المحكم. ولا يعني هذا أن المحكم لا يوثق في كفاءته، وأنه أقل حسن تقدير وكفاءة من القاضي، وإنما القضاء غير التحكيم، والقاضي غير المحكم، والحكم القضائي غير الحكم التحكيمي⁷⁷⁶، سواء أكان ذلك من حيث طبيعة كل منهما أو من حيث نظامهما القانوني⁷⁷⁷.

أما في القضاء المصري، على سبيل المثال، فسلطة القاضي في إصدار قرار الأمر بالتنفيذ، أشارت إليه محكمة النقض المصرية كما يلي: "أن الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الذي يصدره القاضي المختص وفقا لأحكام قانون التحكيم لا يعد مجرد إجراء مادي بحت يتمثل في وضع الصيغة التنفيذية على حكم المحكمين، وإنما يتم بعد بحث الاختصاص ثم التأكد من عدم تعارض هذا الحكم مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع، وأنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية، وأته تم إعلانه إلى المحكوم عليه إعلانا قانونيا، وهذا البحث من القاضي الأمر يجعل له معلومات ورأي يتعارض مع خلو الذهن بخصوص توافر شروط الأمر بتنفيذ حكم التحكيم"⁷⁷⁸.

إنه وبالرغم من الحجية التي يتمتع بها الحكم التحكيمي، إلا أنه لا بد من أن يصدر القاضي أمرا بالتنفيذ، بعد البحث طبعا في انتفاء موانع يمكن أن تعترض إصدار أمره بالتنفيذ.

ثانيا: موانع تعترض قاضي الأمر بالتنفيذ

لكي يكون حكم التحكيم قابلا للتنفيذ، يجب أن يكون ساري المفعول وذو طبيعة قادرة على التنفيذ حيث تنبع متطلبات الحكم القابل للتنفيذ من مزيج من النظام الأساسي والقانون العام واستقلالية الطرفين (أي أحكام اتفاقية التحكيم أو اتفاقية لاحقة) وأي قواعد معمول بها، ويحدد العديد من المعلقين مجموعة من مجموعات المتطلبات المختلفة ظاهرياً، ولكن بشكل رئيسي هذه هي ببساطة طرق مختلفة للتعبير عن نفس الأساسيات. غالباً ما يتم تصنيفها على أنها متطلبات

⁷⁷⁵ محمد أحمد حشيش، المرجع السابق، ص 91.

⁷⁷⁶ في هذا الاختلاف: أنظر: أحمد محمد حشيش، المرجع نفسه، ص 42 وما بعدها.

⁷⁷⁷ المرجع نفسه، ص 93.

⁷⁷⁸ أشار إلى هذا القرار: بونجة مصطفى، المرجع السابق، ص 83.

"رسمية" و "موضوعية"، على الرغم من أن المعلقين المختلفين يسردونها بطرق مختلفة - ولأغراض صياغة حكم التحكيم، هناك القليل من الحاجة للتمييز بين الاثنين⁷⁷⁹.

إن انعدام متطلبات تنفيذ الحكم التحكيمي، تدفع قاضي الأمر بالتنفيذ إلى رفض التنفيذ، بل أن هذا يعتبر مانعا يعترض أمر التنفيذ.

إن السلطة التي يتمتع بها قاضي الأمر بالتنفيذ، تجعل من عمله رقابي، وهو في عمله الرقابي هذا، يتحقق من وجود أي مانع يحول دون أمره القاضي بتنفيذ الحكم التحكيمي. فعلى سبيل المثال، يعد كل من عدم قابلية حكم التحكيم للتنفيذ الجبري⁷⁸⁰ مانعا من بين الموانع التي لا يمكن بوجودها أن يأمر القاضي بتلبية طلب التنفيذ، كما يعد كذلك عدم إيداع الوثائق، من طرف طالب الأمر بالتنفيذ، والتي سنأتي على شرحها لاحقا، مانعا أيضا⁷⁸¹. هذا إلى جانب مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام⁷⁸²، وذلك في الدولة التي صدر فيها الحكم (عندما يتعلق الأمر بالتنفيذ مسألة النظام العام تتعلق بالدولة التي يطلب التنفيذ على إقليمها وليس الدولة التي صدر الحكم على إقليمها).

وبالتالي، تعد مسألة السلطة الإجرائية والقضائية، حكر لقاضي الأمر بالتنفيذ وليس للمحكم أن يصدر هذا الأمر، إذ تبقى سلطة يتمتع بها القاضي دون غيره.

فبالنسبة للحكم التحكيمي المخالف للنظام العام في دولة صدور الحكم، فإنه غالبا ما يصدر في غير دولة التنفيذ، ومنه نتساءل: ما هي سلطة القاضي الوطني في مكان صدور الحكم التحكيمي؟ وهل أن قاعدة النظام العام تعتبر من الموانع التي تحد من هذه السلطة؟

⁷⁷⁹ TURNER Ray, op.cit., p.08.

⁷⁸⁰ - لتفصيل أكثر حول موضوع حكم التحكيم القابل للتنفيذ الجبري، أنظر: أحمد محمد حشيش، المرجع السابق، ص 22-78.

⁷⁸¹ المرجع نفسه، ص 97.

⁷⁸² - لتفصيل أكثر حول موضوع مخالفة حكم التحكيم للنظام العام، أنظر: بركات علي، الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 92.

للإجابة على هذه الأسئلة، لا بد من التطرق لاتفاقية نيويورك، والتي تنص في حالة ابطال الحكم التحكيمي الأجنبي من طرف محكمة القضاء الوطني التي صدر فيها الحكم التحكيمي، على امكانية رفض التنفيذ⁷⁸³.

ولتوضيح الأثر الذي من الممكن أن يترتب عليه إبطال القرار التحكيمي بعد أن يتم الطعن فيه أمام القاضي الوطني الذي صدر الحكم التحكيمي في محاكم دولته، يقول في هذا الشأن الأستاذ "سمير التلهوني" على أنه من الضروري تحديد مدى ارتباط تلك الدولة بحكم التحكيم، فبسبب طبيعة التحكيم التجاري الدولي الذي من الممكن أن تجرى إجراءاته في دولة ما من غير أن ترتبط بموضوع النزاع بشكل مباشر، كأن تكون على سبيل المثال دولة محايدة، ومنه لا بد من التمييز بين قواعد النظام العام الداخلية الواجبة التطبيق على المنازعات المحلية وبين قواعد النظام العام الدولية، وهذا عند الفصل بالطعن ضد حكم التحكيم عند مخالفته النظام العام، ذلك أن قواعد النظام العام الدولية تتطلب أمرين: أن تطبق الأسس الدولية وكذا القواعد المتعارف عليها في قانون التجارة الدولية، وأن يتم التضييق على نطاق تطبيق قواعد النظام العام الداخلي، بشكل يقتصر فقط على ما يمس كيان الدولة من حيث أربعة معايير الأخلاقية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية، للوصول إلى زيادة فرص تنفيذ الحكم التحكيمي في الدول الأخرى التي ستتعامل مع الحكم على أنه أجنبي⁷⁸⁴.

وبالتالي، فإن القاضي الوطني يأخذ بعين الاعتبار قواعد الأعراف التجارية الدولية لتحديد مخالفة النظام العام الدولي من طرف الحكم التحكيمي، وتعتبر هذه الرقابة الكاشفة الممارسة من القاضي على مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي مانعاً له من التنفيذ.

غير أنه هنالك حالة استثنائية يمكن معها للقاضي الوطني أن يأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي رغم بطلانه، يقول بهذا الشأن الأستاذ "حسام التلهوني" أنه:

"يمكن تنفيذ الحكم بالرغم من بطلانه في الدولة "مصدر الحكم"، وذلك في ظروف استثنائية خاصة، إذا ما كان البطلان يستند إلى سبب من النظام العام المرتبط بالقواعد الوطنية الآمرة في

⁷⁸³ المادة 1/5/هـ من اتفاقية نيويورك.

⁷⁸⁴ نقلا عن: كسال سامية، المرجع السابق، ص 1140.

الدولة مكان صدور الحكم، وكانت نفس المسألة مشروعة في دولة التنفيذ وفقا للقانون الذي يحكم النزاع.

ومثال ذلك، حالة الحكم ببطلان حكم التحكيم بسبب مخالفة الحكم للإجراءات الواجب اتباعها لتعيين المحكم بالاستناد إلى قانون دولة مكان التنفيذ والقانون أو القواعد التي تم اختيارها لحكم إجراءات التحكيم⁷⁸⁵.

أما ما تعلق بالحكم التحكيمي المخالف للنظام العام للدولة التي تتم فيها عملية التنفيذ، فإن قاضي دولة التنفيذ هو الذي يتدخل لإصدار الأمر بالتنفيذ، نظرا للسلطة الحصرية التي يتمتع بها، والتي لا يمكن للمحكم أن ينازعه فيها، وبالرغم من المساعدة التي يقوم بها القاضي لإنجاح التحكيم، لا بد له من مراعاة حدود هذه السلطة التي من خلاله يراقب بها الحكم التحكيمي من زاوية النظام العام.

فرقابة القاضي الوطني لحكم التحكيم المراد تنفيذه، هو بمثابة الضمانة التي تؤكد نظامية الأحكام سواء من حيث الشق الاجرائي أو الموضوعي.

إن القاضي الذي يأخذ بعين الاعتبار القواعد الآمرة الوطنية وكذا تمييزه للقواعد بين قواعد النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي وتفسير هذه الأخيرة تفسيراً ضيقاً غير موسع، يجعل منه حافظاً لحدود سلطته الرقابية، غير متدخل في عمل المحكم. فإذا ما رأى القاضي أن الحكم التحكيمي مخالف للنظام العام الدولي للدولة التي ينفذ فيها، يمتنع عن القيام بالعملية التنفيذية للأحكام التحكيمية.

من الناحية الواقعية، نرى مع الأستاذة سامية كسال، أن تنفيذ الأحكام والقرارات التحكيمية أمر بالغ الصعوبة، وذلك بالنظر إلى الضغوط الكبيرة والكثيرة على الطرف الذي صدر منه رفض تنفيذ الأحكام والقرارات التحكيمية، والتي من الممكن أن تمارس من طرف الأطراف القوية المعروفة على المستوى الدولي، كالشركات المتعددة الجنسيات مثلاً، أو أية أطراف أخرى مهيمنة على التجارة الدولية⁷⁸⁶.

⁷⁸⁵ نقلا عن: كسال سامية، المرجع نفسه، ص 1141.

⁷⁸⁶ كسال سامية، المرجع نفسه، ص 1143.

أما ما خص الحكم التحكيمي المخالف للنظام العام في قواعده الموضوعية، فإنه يطرح إشكالية النزاعات الغير قابلة للنظر فيها خاصة من الناحية الموضوعية، فإذا ما وجد القاضي أن حكم التحكيم مخالف للمبادئ المستقرة في الدولة المراد التنفيذ على أراضيها، يمتنع عن التنفيذ مباشرة، إذ ليس لأي قاضي وطني على المستوى العالمي أن يحدد بالنيابة عن دولة معينة ما هي الأخلاق والمبادئ المستقرة فيها.

كما يعد مخالفة النهج الاقتصادي لدولة التنفيذ، مانع من موانع تنفيذ الاحكام والقرارات التحكيمية من قبل القاضي، وفي هذا الشأن تقول الأستاذة "سامية كسال" أنه:

"إن التقسيم الدارج للسياسات الاقتصادية يميز بشكل عام بين سياسة السوق المفتوحة وبين سياسة الباب المغلق، حيث يؤدي اختلاف السياسات الاقتصادية بين الدول إلى عدم استقرار عمليات التجارة الدولية، فالدول التي تنتهج سياسة الباب المغلق، قد تفرض على إرادة أطراف عقود التجارة الدولية بحجة وجود العديد من النشاطات الاقتصادية التي يمكن أن تأثر سلبا على النهج الاقتصادي المتبع في تلك الدولة، وبالتالي رفض تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية التي تخالف ذلك النهج الاقتصادي.

ونذكر بعض الأمثلة: المسائل المتعلقة بمنازعات الملكية الفكرية، شرط الوفاء بالذهب، أو شرط الوفاء بعملة أجنبية، وأخيرا المنازعات المتعلقة بمنع المنافسة"⁷⁸⁷.

وفي القانون الجزائري، لنا من خلال عرضنا للموانع التي تعترض أمر القاضي بالتنفيذ ملاحظتين، الأولى أن المشرع الجزائري قد قام بتكرار بعض الشروط الموضوعية على أساس أنها الموانع تعترض أمر القاضي بالتنفيذ، المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الشق المتعلق بالتحكيم.

والملاحظة الثانية، أن هذه الموانع سواء وردت في التشريع الجزائري أو في الاتفاقيات الدولية، مذكورة على سبيل الحصر، لأن الأصل الالتزام بالتنفيذ متى توفرت الشروط المطلوبة لتنفيذ الحكم التحكيمي.

⁷⁸⁷ كسال سامية، المرجع السابق، ص 1144.

ولما كانت المسألة المطروحة في موضوع موانع تنفيذ حكم التحكيم هي مسألة إثارته أمام القاضي، أي هل للقاضي أن يثير تلقائياً هذه الموانع أم لا؟ علماً أن الأمر بالتنفيذ يصدر دون وجاهية. لذلك نرى أنه لا بد أن نميز بين شرط الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي والاعتراف به والتي حددها المشرع الجزائري في المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وحالات الطعن بالاستئناف ضد هذا الأمر المنصوص عليها في المادة 1056.

أما موقف الفقه والقضاء في الأنظمة المقارنة، كالقضاء المصري مثلاً، جاء في أحد قرارات محكمة النقض المصرية بهذا الخصوص أن: "تنص المادتين الأولى والثانية من اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ قرارات المحكمين الأجنبية مفاده اعتراف كل دولة منظمة بحجية أحكام (قرارات) التحكيم الأجنبية والتزامها بتنفيذها طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة فيها، ما لم يثبت المحكوم ضده توافر إحدى الحالات الخمس الواردة على سبيل الحصر في المادة (1/5)، أو تبين لقاضي التنفيذ أنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم، أو أن تنفيذ الحكم (القرار) يخالف النظام العام"⁷⁸⁸.

وفي نفس السياق، وعلى سبيل المثال، أكدت محكمة التمييز الأردنية على هذا الأمر في أحد الأحكام الصادرة عنها أن: "...المادة السابعة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية قد عدت على سبيل الحصر الأسباب التي يجوز معها للمحكمة رفض طلب تنفيذ حكم أجنبي، وليس من بينها مراقبة تطبيق مشاركة التحكيم"⁷⁸⁹.

الفرع الثالث

المحكمة المختصة

رغم أن حكم التحكيم يحوز حجية الشيء المقضى فيه بمجرد صدوره فيما يخص النزاع المفصول فيه وتكون له القوة الثبوتية، فإن حكم التحكيم يفتقد إلى قوة تنفيذية، التي لا يمنحها له إلا القاضي الوطني، ذلك أن القاضي الخاص أي المحكم مفترض فيه أنه يقول القانون (La juridiction) غير أنه لا يتمتع بالسلطة التي تمكنه من إخضاع الأطراف للامتثال للحكم

⁷⁸⁸ هذا القرار تم الإشارة إليه من طرف عمار غالب مصطفى تركمان، المرجع السابق، ص 163.

⁷⁸⁹ عمار غالب مصطفى تركمان، المرجع السابق، ص 164.

الذي أصدره، إنه يفقد (l'imperium) الذي لا يمكن أن "يمنحه له الأطراف المتخاصمة، الذين منحوا له الاختصاص للفصل في النزاع، وعليه ففي غياب التنفيذ الطوعي لحكم التحكيم يكون اللجوء إلى القضاء التابع للدولة حيث نكون هنا أمام التنفيذ الجبري أي استعمال القوة العمومية، بمقتضى إضفاء الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم الدولي"⁷⁹⁰. فما هي المحكمة المختصة بذلك؟

بين المشرع الجزائري من خلال المادة 1051 المحكمة المختصة بالاعتراف بأحكام التحكيم، سواء أكانت هذه الأحكام التحكيمية صادرة في الجزائر أو خارج الجزائر. وبهذا التمييز يؤول الاختصاص لمحكمتين مختلفتين، إذ تختص المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم الدولي إذا كان حكم التحكيم صادر في التراب الوطني، وتختص محكمة محل التنفيذ إذا كان الحكم التحكيمي صادر خارج التراب الوطني.

أما بخصوص الاتفاقيات الدولية، فاتفاقية نيويورك على سبيل المثال، لم تقم بتحديد الإجراءات الواجبة الاتباع للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، تاركة الأمر للدولة التي سيكون التنفيذ على إقليمها، إعمالاً لمبدأ خضوع الإجراءات لقانون القاضي⁷⁹¹.

وتطبيقاً لهذا المبدأ، يكون للطرف الذي يصدر الحكم التحكيمي لصالحه أن يقوم بتنفيذه بالجزائر، وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي أورد في نصوصه إجراءات التنفيذ.

وتتم إجراءات إصدار الأمر بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية بعملية الإيداع (أولاً) ثم استصدار الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ (ثانياً).

أولاً: عملية إيداع الوثائق

يتوجب الإيداع لأي حكم صادر من المحكمة التحكيمية، وهذا حتى يتفادى الاختلاف حول نوع الأحكام التي يجب ايداعها إذا لم تذكرها النصوص القانونية لبعض البلدان، ذلك أن كل حكم

⁷⁹⁰ ALLIOUCH-KERBOUA Kamel, op.cit., p.275.

⁷⁹¹ مالكية نبيل، "إجراءات تنفيذ قرارات التحكيم التجارية الدولية الأجنبية بالجزائر"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 07، جانفي 2017، ص 129.

لابد أن يقدم ولو صدر بخصوص إجراء فقط، أو حتى إذا لم يتضمن منفعة لأحد الأطراف على غيره نتيجة استعمال القوة الجبرية للتنفيذ⁷⁹².

هذا وأن عملية إيداع الوثائق بصفة عامة هي حفظ وضمان حقوق الأطراف، ولما يستشف عنها من دلالة على استنفاد ولاية المحكم وكذا سلطاته المتعلقة بالنزاع⁷⁹³.

وتتمثل الوثائق الواجب ايداعها، في تلك التي تثبت وجود حكم التحكيم الدولي، والمذكورة في نص المادة 1052 فيما يلي: "يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها".

الاتفاق على التحكيم منصوص عليه بموجب أحكام المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي جاء فيها أن: "اتفاق التحكيم يحكم النزاعات الحالية والمستقبلية"، وهذا يعني أن كل من يطلب الاعتراف أو التنفيذ الجبري لحكم التحكيم يجب أن يقدم دليلاً على وجود اتفاق التحكيم، كونه مشاركة تحكيم حر، أو شرط التحكيم المدرج في العقد للنزاعات المستقبلية⁷⁹⁴.

وبهذا يطرح تساءل: ما الغرض من وراء اشتراط المشرع الجزائري تقديم حكم التحكيم مصحوباً باتفاق التحكيم؟ إن الإجابة عن هذا السؤال نجدها في نص المادة 1056 من ذات القانون، والتي نصت على أنه:

"لا يجوز الاستئناف في الأمر الذي يمنح الاعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات التالية:

1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية،".

وعلى هذا الأساس يجب على القاضي التأكد من أن قرار التحكيم صدر على أساس اتفاقية تحكيم مكتوبة، ذلك أن المادة 1040 تفرض في الفقرة 2، الالتزام بأن يكون اتفاق التحكيم كتابة،

⁷⁹² عبد الهادي عباس، جهاد هواش، المرجع السابق، ص 244.

⁷⁹³ المرجع السابق، ص 245.

⁷⁹⁴ ALLIOUCH-KERBOUA Kamel, op.cit., p271.

من خلال وجوب ابرام، من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الاثبات بالكتابة⁷⁹⁵.

هذا النهج يتوافق مع القانون الجزائري الذي يتطلب شكلاً مكتوباً كوسيلة للإثبات، في حالة استحالة تقديم المستندات الأصلية، يتم إثبات وجودها من خلال تقديم النسخ، وقرار التحكيم واتفاقية التحكيم، واستيفاء الشروط المطلوبة لأصليتها⁷⁹⁶.

تقدم الوثائق من الطرف الذي يهيمه التعجيل، والمتعلقة بأصل حكم التحكيم وكذا اتفاق التحكيم كما أسلفنا الذكر، أو نسخ عن هتين الوثيقتين، وذلك لدى أمانة ضبط الجهة القضائية المختصة حيث نصت المادة 1053 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل".

يسمح إيداع الوثائق السالف ذكرها للقاضي بممارسة رقابته على وجود حكم التحكيم وكذا عدم مخالفته للنظام العام الدولي، وهي الشروط المذكورة في المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتوافرها يؤدي به إلى إصدار الأمر بالاعتراف أو تنفيذ بالحكم التحكيمي⁷⁹⁷.

وبعد أن تتم عملية إيداع الوثائق، وتحمل الأطراف نفقاتها، يحرر محضر من قبل أمانة ضبط الجهة القضائية المختصة⁷⁹⁸.

وقبل الحديث عما أوردته القوانين المقارنة في هذا الشأن، نقدم ثلاث ملاحظات كالتالي:

تتمثل الملاحظة الأولى في كون الاجتهاد القضائي قد نص على إلزام من يطلب التنفيذ بتسليم الوثائق، وفي هذا تم صدور قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 2007/004/18 رقم 461776 في نزاع بين

⁷⁹⁵ ALLIOUCH-KERBOUA Kamel, op.cit., p271.

⁷⁹⁶ Ibid.

⁷⁹⁷ قبائلي طيب، تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 113.

⁷⁹⁸ زودة عمر، "إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية"، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات: الوساطة والصلح والتحكيم، الجزء الأول، 2008، ص 221.

الشركة الجزائرية للصناعات الغذائية "ساليينا" ضد شركة "Tranding et servis"، جاء في منطوق الحكم ما يلي:

"يجب على القاضي، قبل مهر القرار التحكيمي الأجنبي بالصيغة التنفيذية، إلزام طالب التنفيذ بتقديم الوثائق المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 18 من قانون الإجراءات المدنية والمادة 04 فقرة 02 من اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات الخاصة الأجنبية وتنفيذها"⁷⁹⁹.

أما الملاحظة الثانية، أن المشرع ذكر فقط أن المكلف بالإيداع هو الشخص الذي يهيمه التعجيل، ولم يحدده صراحة، وهو من له مصلحة في ذلك.

أما الملاحظة الثالثة، لم يحدد المشرع الجزائري كذلك المدة التي تتم خلالها عملية الإيداع، ولم يحدد كذلك المدة الزمنية التي لا يقبل بعد مرورها الطلب الذي يقدمه الطرف الذي يهيمه التعجيل.

وفي اعتقادنا، لم ينص المشرع الجزائري على هذه المدد الزمنية، هو تركها لحرية الأطراف، على اعتبار أن تنفيذ الأحكام التحكيمية يكون اختياريًا في الأصل.

وبالاستناد إلى الأسلوب المتبنى من طرف المشرع الجزائري والمتمثل في أسلوب الرقابة، وعدم أخذه بأسلوب الدعوى الجديدة والمراجعة، فإن على القاضي عدم المساس بالحكم التحكيمي بالتعديل ونحوه، بل يتقيد بدوره المقتصر على الرقابة.

أما في القانون المقارن، وعلى سبيل المثال، نص القانون المصري أن الإيداع يتوجب لأي حكم يصدر من المحكمة التحكيمية، وبذلك لا يفتح المجال للاختلاف حول أنواع الأحكام التي يجب إيداعها في حالة سكوت النص كما هو في بعض الدول التي لا تنص قوانينها على أنواع الأحكام الواجب إيداعها⁸⁰⁰.

⁷⁹⁹ أشارت إلى هذا القرار: الأستاذة تخنوني أسماء، "دور القاضي الجزائري في مجال التحكيم الدولي-بين الإشكالات الموروثة عن

أصل نظام التحكيم (قانون التحكيم الفرنسي) والاشكالات التي يطرحها قانون التحكيم الجزائري"، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 15/ العدد 01، 2018، ص 224.

¹⁸⁹ عبد الهادي عباس، جهاد هواش، المرجع السابق، ص 244.

ويبدو لنا، أن الغاية من عملية الإيداع في التشريعين هي حفظ وضمان الحقوق للأطراف، ولما يستشف من الإيداع من دلالة استنفاد سلطة المحكمين وانقضائها فيما يتعلق بالنزاع.

أما الاتفاقيات الدولية، ومنها اتفاقية نيويورك فقد نصت على أن عملية إيداع الوثائق، وبينت الوثائق التي يجب التقدم بها أمام الدولة المراد الاعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي بها، وهذه الوثائق هي⁸⁰¹:

- أصل حكم التحكيم الرسمي أو نسخة من الأصل مستوفية لشروط المطلوبة لرسمية السند (التصديق).

- أصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية أو صورة مستوفية لشروط المطلوبة لرسمية السند (التصديق).

وقد أشارت ذات الاتفاقية إلى أن الحكم أو الاتفاق المشار إليهما أعلاه، محررين بغير اللغة الرسمية للبلد المطلوب الاعتراف والتنفيذ فيه، يقوم الطالب بتقديم ترجمة رسمية للحكم التحكيمي أو الاتفاق من طرف مترجم رسمي أو محلف أو رجل من السلك القنصلي أو الدبلوماسي.

أما بالنسبة لاتفاقية واشنطن، فقد نصت هي الأخرى على وجوب الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية، وذلك بعد ايداع الوثائق اللازمة بالشروط الواجب توافرها، حيث جاء في القسم السادس الباب الرابع منها، ما يلي⁸⁰²:

- يتعين على كل دولة متعاقدة أن تعترف بأي حكم يصدر في نطاق هذه الاتفاقية باعتباره حكماً ملزماً وتضمن داخل أراضيها تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم على نحو ما يتبع بالنسبة للأحكام الصادرة في محاكم هذه الدولة. وإذا كانت الدولة ذات نظام فدرالي فإنها تضمن تنفيذ الحكم عن طريق محاكمها الفدرالية.

- من أجل الحصول على الاعتراف بالحكم وتنفيذه على أراضي دولة متعاقدة يتعين على الخصم صاحب الشأن أن يقدم صورة من الحكم المعتمدة من السكرتير العام إلى المحكمة الوطنية

⁸⁰¹ المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك.

⁸⁰² المادة 54 من اتفاقية واشنطن.

المختصة أو إلى أي سلطة أخرى تعينها الدولة المتعاقدة لهذا الغرض ويجب على كل دولة متعاقدة أن تخطر السكرتير العام بالمحكمة المختصة أو أي سلطة تعينها ولهذا الغرض وبأية تغييرات لاحقة في هذا الأمر.

- يحكم تنفيذ هذا الحكم التشريع الوطني المتعلق بتنفيذ الأحكام المعمول به في الدولة التي يسعى المحكوم له تنفيذ الحكم على أراضيها"

ثانيا: استصدار الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ

بعد تقديم طلب من الطرف الذي صدر الحكم لصالحه، في شكل عريضة تستوفي الشروط القانونية لقبولها، مع ارفاقها بمرفقات أصل الحكم واتفاق التحكيم والترجمة الرسمية في الحالة التي تكون فيها الوثائق باللغة غير اللغة العربية، يقوم القاضي عند ذلك بأحد الأمرين:

1- إصدار الأمر بالاعتراف أو بتنفيذ الحكم التحكيم:

بعد الانتهاء من إيداع الوثائق المرفقة بأصل الحكم التحكيمي مع إثبات صحة الشروط الواردة فيه، يكون عندئذ قابلا للتنفيذ حسب نص المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي نصت على أنه: "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها..."

لكن الملاحظ، أنه لم ينص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية عند إصدار القاضي للحكم، على الشكل الذي يأخذه الأمر، بينما الملاحظ من قانون الإجراءات المدنية الملغى أنه نص على أن الأمر يوضع على أصل الحكم أو على هامشه⁸⁰³، وهو نفس الشكل الذي نص عليه التشريع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي⁸⁰⁴. هذا بالإضافة إلى أن إصدار الأمر بالتنفيذ لا يتطلب تكليف الأطراف بالحضور، ومنه فإن هذا الأمر لا يتطلب الوجاهية⁸⁰⁵.

⁸⁰³-راجع المادة 458 مكرر 18 من ق.ا.م الملغى.

⁸⁰⁴ راجع نص المادة 1517 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

⁸⁰⁵ قبائلي طيب، تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 114.

تجدر الإشارة إلى أنه وفي غياب النص القانوني، اختلفت الآراء حول الشكل الذي يصدر عليه الأمر، حيث يرى البعض⁸⁰⁶ أنه وإعمالاً لقواعد الأوامر على عرائض، فإن الشكل المناسب هو صدوره في شكل عريضة، تستوفي شروط قبولها وفقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث أن إيداع الوثائق لا يكفي لأن تصبغ الأحكام التحكيمية بالصيغة التنفيذية، بل لابد من اصدار أمر من القاضي، وحتى يتم تحريك نشاط القاضي وقيامه بعمل قانوني، لابد من تقديم طلب، ذلك أن عملية الإيداع لا تعدو سوى أنها عمل مادي.

في حين يرى آخرون⁸⁰⁷، أنه في حالة قبول الطلب على القاضي أن يقوم بالتأشير على الحكم، وفي حالة الرفض وجب عليه أن يقوم بتسبيب الأمر الرفض للاعتراف أو التنفيذ.

وفي هذه النقطة يمكننا القول: بأن سلطة القضاء بصدد اصدار الأمر بالتنفيذ تتحدد بالبحث في الشروط الواجب توافرها في الحكم التحكيمي، والتحقق من توافر الشكليات التي يتطلبها المشرع حتى يصدر الأمر بالتنفيذ، وعند قيامه بهذه الرقابة الشكلية، يصدر القاضي أمره بالتنفيذ.

أما فيما يخص تسليم الصيغة التنفيذية، فبعد التأشير على أصل الحكم أو هامشه على الأمر بتنفيذه، كما سبق الإشارة إليه أعلاه، يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي للطرف الذي يطلبها.

وبعد الحصول على الصيغة التنفيذية وبالاعتماد على القواعد الإجرائية المحلية، والتي تتبع في تنفيذ الأحكام والقرارات الوطنية، المنصوص عليها في المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي نصت على أنه: "لا يجوز التنفيذ في غير الأعمال المستثناة بنص في القانون إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي، ممهورة بالصيغة التنفيذية...".

نرى، أنه لابد من الرجوع إلى القانون 03-06 المنظم لمهنة المحضر القضائي⁸⁰⁸، فبالرغم من أن هذا لا يدخل في الاختصاص القضائي الخاص بالمحكمة، لأن صلته تبقى وثيقة من حيث

⁸⁰⁶ زودة عمر، المرجع السابق، ص 227.

⁸⁰⁷ ALLIOUCHE-KARBOUA-MEZIANI Naima, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, O.P.U, Alger, 2010, p.73.

الإشكالات المتعلقة بالتنفيذ، ففي بعض الحالات لابد من تسخير القوة العمومية، وفي حالات أخرى لا بد من الامتثال جبراً للأمر القاضي بالتنفيذ.

2- إصدار أمر برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ:

يصدر القاضي أمره برفض الاعتراف أو التنفيذ في الحالة التي تكون فيها الوثائق المطلوبة والمودعة لا تتوافر فيها شروط المادة 1051 السالف ذكرها. ويقوم القاضي بتسبيب أمره الرفض للاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي.

تجدر الإشارة، إلى أن هنالك من القضايا التحكيمية التي تعلق موضوعها بوجود التقيد بالشروط القانونية لكي يصدر القاضي الوطني الأمر بالتنفيذ وإلا تعرض الطلب إلى الرفض، ومن بين هذه القضايا، قضية شركة الدهن للغرب ضد شركة رازنو أنبورة، وقد كان المبدأ أنه لا يجوز للجهة القضائية المختصة، أن تأمر بتنفيذ القرارات التحكيمية الدولية، إلا إذا توفرت فيها الشروط المنصوص عليها بالمادة 458 مكرر 18 من قانون الإجراءات المدنية، والمادة 4/2 من اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها.

حيث صدر قرار رقم 326706 بتاريخ 29 ديسمبر 2004 عن المحكمة العليا، غرفتها المدنية، جاء في منطوقه قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع نقض وإبطال القرار الصادر بتاريخ 2002/07/14 من مجلس قضاء وهران وإحالة القضية والأطراف أمام نفس المجلس مشكلاً من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد، طبقاً للقانون مع جعل المصاريف القضائية على عاتق المطعون عليه.

يتضح من المثال السابق، أن غياب بعض أو كل الشروط السالفة الذكر من شأنها أن تجعل القاضي يرفض الأمر بالتنفيذ، ذلك أن موضوع الأمر بالتنفيذ هو الحكم المودع، وأن اللغة العربية هي لغة المحاكم، ووجود اتفاق التحكيم ضروري بالنسبة للأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي المودع⁸⁰⁹.

⁸⁰⁸ قانون 03-06 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق لـ 20 فيفري 2006، يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج ر عدد 14،

صادر بتاريخ 08 مارس 2006.

⁸⁰⁹ أحمد محمد حشيش، المرجع السابق، ص 81.

إن السلطة القضائية لا تملك في ظل نظام الأمر بالتنفيذ في صورته الحديثة، أن تقوم بمراجعة الحكم، وهذا من حيث الموضوع⁸¹⁰.

تجدر الإشارة، إلى أن الاتفاقيات الدولية هي الأخرى ذكرت هذه الحالات، ومنها اتفاقية نيويورك لعام 1958، والتي تعرضت لحالات الرفض هذه، ذكرت أسبابا تحمل القاضي على رفض إصدار الأمر بالاعتراف والتنفيذ⁸¹¹.

المطلب الثالث

الآثار الناتجة عن إصدار الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ

رأينا فيما سبق، أن القاضي الوطني سيفصل بإحدى الطريقتين عند نظره في طلب تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي، فإما أن يصدر قبوله وموافقته بإصدار أمر التنفيذ أو يأمر برفض التنفيذ.

أمام هتين الحالتين، يمكن للطرف المتضرر من موافقة أو عدم موافقة إصدار الأمر بالتنفيذ أن يطلب من القضاء مراقبة حكم التحكيم ويؤدي القاضي هنا دور المراقب في التنفيذ (الفرع الثاني)، لكن أمره هذا قابل للاستئناف من ممن يهيمه التعجيل (الفرع الأول).

الفرع الأول

استئناف أمر القاضي المتعلق بالاعتراف والتنفيذ

يجب التوضيح أولاً، أن المشرع الجزائري قد ميز بين استئناف الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ وكذا استئناف الأمر برفض الاعتراف والتنفيذ، حيث أورد كل استئناف في مادة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هذا ولم تميز كلا المادتين بين الحالة التي يكون فيها الحكم التحكيمي صادراً في الجزائر والحالة التي يكون فيها الحكم التحكيمي صادراً في الخارج.

⁸¹⁰ حفيفة السيد الحداد، الطعن بالبطان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 237.

⁸¹¹ المادة 01/05 من اتفاقية نيويورك.

أولاً: استئناف الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ

يعد استئناف الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ استئناف من نوع خاص، فهو يختلف عن الاستئناف القاضي برفض الاعتراف ورفض التنفيذ⁸¹²، حيث نصت المادة 1056 على أنه: "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية: (...)", وقد جاءت هذه المادة في باب تنفيذ أحكام التحكيم الدولي.

إن الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر بالجزائر لا يمكن بأي حال أن يطعن فيه، ذلك أنه لا يقبل أي طريق من طرق الطعن عملاً بالمادة 1058 في فقرتها الثانية، والتي تنص على أنه: "لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه".

وبالرغم من أن حكم التحكيم الدولي الصادر بالجزائر يمكن أن يكون موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056، كما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 1058، لأن الغرض هنا واضح وهو منع استعمال طرق الطعن كوسيلة للمماطلة وتضييع الوقت من الطرف سبب النية، لذا أبقى المشرع الجزائري على طريق طعن واحد فقط وهو طريق الطعن ببطلان حكم التحكيم الصادر في الجزائر. إلا أن هذا الطعن يرتب بقوة القانون الطعن في الأمر القاضي بالتنفيذ، أو حتى تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه.

على سبيل المقارنة، فقد تناول القانون الفرنسي، مسألة استئناف الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر بفرنسا، وذلك في قانون الإجراءات المدنية في صيغته المعدلة سنة 2011، حيث نص في المادة 1522 على أنه: "بموجب اتفاق خاص، يجوز للأطراف في أي وقت التنازل صراحة عن الطعن بالبطلان".

في هذه الحالة، يمكنهم دائماً استئناف أمر التنفيذ لأحد الأسباب المنصوص عليها في المادة

1520...»⁸¹³

⁸¹² قبائلي طيب، تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 117.

⁸¹³ هذا حسب ترجمتي، إذ جاء النص باللغة الفرنسية كما يلي:

ما يلاحظ من نص المادة أنها منحت للأطراف مكنة استئناف أمر التنفيذ في حالة التنازل عن الطعن بالبطلان، أو مكنة الطعن بالبطلان، فللأطراف هنا اختيار ما يناسبهم من الطريقتين.

ثانيا: الطعن في الأمر برفض الاعتراف والتنفيذ.

" يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف"، هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بخصوص إمكانية استئناف الأمر القاضي برفض الاعتراف أو رفض التنفيذ.

ولم يرد في ذات النص التمييز بين الحالة التي يكون فيها حكم التحكيم صادرا خارج الجزائر أو صادرا فيها، إذ يكون الأمر بالرفض قابلا للاستئناف.

وهذا ما دفع الأستاذين طيب قبايلي وتعويلت كريم القول بأن: " فتح طريق الاستئناف ضد هذا الأمر يذهب في اتجاه استغلال كل الفرص من أجل الوصول إلى تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي وتحقيق فعاليته، لأن رفض الاعتراف به وتنفيذه لا يكون إلا في حالات محددة على سبيل الحصر المذكورة في المادة 1056 من نفس القانون. ويمكن تأسيس الاستئناف في هذه الحالة على أي وجه من الأوجه، لأنه استئناف عام مثله مثل الاستئناف في القواعد العامة"⁸¹⁴.

الفرع الثاني

دور القاضي الوطني في التنفيذ

بالرغم من أن الاختصاص يكون حصريا للقاضي في التنفيذ، إلا أنه يمكن أن يكون للمحكم دور هام في العملية التنفيذية، فبالنسبة للقضاة فإنهم يمارسون في كل الأنظمة القانونية الرقابة

« Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation.

Dans ce cas, elles peuvent toujours faire appel de l'ordonnance d'exéquatur pour l'un des motifs prévus à l'article 1520.

L'appel est formé dans le délai d'un moins à compter de la notification de la sentence revêtue de l'exéquatur. La notification est faite par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement ».

⁸¹⁴ قبايلي طيب، تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 117.

على الأحكام التحكيمية بمناسبة إصدار الأمر بتنفيذها، ولا يعد ذلك تشكيكا في نظام التحكيم أو قلة الثقة التي يعنى بها في ذلك البلد.

بل لكون المحكمين بالرغم من أهمية دورهم في التنفيذ، قضاة بضوابط محدودة وصلاحيات إجرائية غير محدودة تقريبا، فكثيرا ما يُطلب منهم تحديد الحقائق الناشئة عن التفاعلات الثقافية التي لم يتعرضوا لها مطلقا، ويطلب منهم تطبيق قانون لم يروه من قبل، ويجلسون جنبًا إلى جنب مع زملائهم الذين غالبًا ما يسيئون فهمهم، ويتم تضليلهم بلا هوادة من قبل المحامين والشهود الخبراء من كلا الجانبين، وهم لا يشاركون نفس الخلفية الثقافية للشهود⁸¹⁵.

لذا كان لابد من رقابة يمارسها القاضي، وتتنوع صور رقابة القضاء الوطني على الحكم التحكيمي على حسب الهدف من وراء أعمال هذه الرقابة، فقد يراقب التنفيذ الأحكام التحكيمية قاضي بهدف التحقق من الشروط الواجب توافرها ومدى احترامها للقانون الوطني من أجل الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية⁸¹⁶، وقد تكون رقابته التأكد من حسن أداء المحكمين لوظيفتهم والمتعلقة بالإجراءات أو حتى باتفاق التحكيم⁸¹⁷.

كما يمكن أن تكون رقابة الأحكام التحكيمية من زوايا أخرى، فقد يراقب القاضي حكم التحكيم من زاوية النظام العام أو بمناسبة الطعن بالبطلان.

أما ما تعلق بالدور الذي يلعبه المحكم في العملية التنفيذية، فهو يتعلق بمدى احترامه لقواعد النظام العام للدولة التي سيتم على أراضيها تنفيذ الجزء الأهم والرئيسي من العقد، وكذا احترام قواعد النظام العام للقانون الذي يحكم النزاع من حيث الموضوع أو من حيث الإجراءات، بالإضافة إلى احترامه لقواعد النظام العام للدولة التي صدر فيها الحكم أو احترامه لقواعد النظام العام للدولة التي سينفذ فيها الحكم.

⁸¹⁵ L. Kidane Won, op.cit., p.236-237.

⁸¹⁶ حفيظة السيد الحداد، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص06.

⁸¹⁷ المرجع نفسه، ص07.

وفيما يأتي سنبين دور كل من القاضي الوطني في عملية تنفيذ الحكم التحكيمي من حيث رقابة التنفيذ من زاوية النظام العام (أولا) ثم الرقابة الممارسة من طرف القاضي من زاوية (ثانيا).

أولا: رقابة التنفيذ الممارسة من طرف القاضي من زاوية النظام العام

بالنظر إلى المشكلة الواسعة المتمثلة في عدم وجود تدابير فعالة لتنفيذ الأحكام، فمن المدهش أنه ربما يتم تجاهل الطريقة الأكثر شيوعاً لتنفيذ أحكام التحكيم، أي من خلال التنفيذ على أصول الطرف المتخلف عن طريق المحاكم الوطنية⁸¹⁸.

ومهما كانت الطريقة التي تعتمد عليها المحكمة القضائية في قيامها بالعملية التنفيذية، يبقى دورها رقابيا بالدرجة الأولى، سواء كان ذلك من خلال رقابة التنفيذ الممارسة من طرف القاضي من زاوية النظام العام أو رقابة البطلان من زاوية النظام العام أيضا.

لما كان النظام العام يعبر عن الأسس الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يركز عليها كيان الدولة⁸¹⁹، فإن له جملة من القواعد التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة داخل مجتمع معين⁸²⁰، وذلك من خلال حماية النظام الداخلي من أي تهديدات أو تعارض مع مصالح الدولة⁸²¹.

الأمر الذي جعل المشرع الجزائري، مثله مثل بعض القوانين العربية التي أخذت بفكرة النظام العام الدولي⁸²²، يعتبر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية النظام العام الدولي قيادا على الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية ومن بين الأسباب التي تؤدي إلى بطلانها⁸²³. وقبل ذلك

⁸¹⁸ HAZARIKA Angshuman, op.cit., p.132-133.

⁸¹⁹ ماهر مصطفى محمود، المرجع السابق، ص 290.

⁸²⁰ محمود مصطفى يونس، "النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تميز دبي ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة"، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، العدد 02، السنة الثالثة عشر، 2005، ص 138-139.

⁸²¹ تعويلت كريم، "الرقابة القضائية على حكم التحكيم الدولي من زاوية النظام العام-دراسة مقارنة-"، المرجع السابق، ص 72.

⁸²² -من بين هذه القوانين نذكر على سبيل المثال القانون اللبناني، في مادته 1/814، التي تنص على أنه: "يعترف بالقرارات التحكيمية وتعطى الصيغة التنفيذية إذا أثبت الشخص الذي يتدرج بها وجودها ولم تكن مخالفة بصورة واضحة للنظام العام الدولي". قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد، المرسوم الاشتراعي رقم 90 بتاريخ 16/09/1983، الجريدة الرسمية عدد 40، الصادرة بتاريخ 1983/10/06.

⁸²³ أنظر المادتين: 1051 و1056.

بموجب المرسوم التشريعي 09-93، المعدل والمتمم للأمر 154-66، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الذي تضمن تنظيم التحكيم التجاري الدولي.

إذ نصت المادة 458 مكرر 17 من هذا الأمر على أنه: "يتم الاعتراف في الجزائر بالقرارات التحكيمية الدولية إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر، من لدن رئيس المحكمة التي صدرت هذه القرارات في دائرة اختصاصها أو من رئيس محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج تراب الجمهورية".

وملاحظ، أن مخالفة الأحكام التحكيمية لقواعد النظام العام الدولي تعتبر من بين حالات الطعن بالبطلان ضد الأحكام التحكيمية، وهذا طبقا للمادة 458 مكرر 25، التي أحالت على تطبيق المادة 458 مكرر 23. بالإضافة إلى ما نصت عليه المادة 458 مكرر 23 على أن عدم احترام النظام العام يعتبر سببا من أسباب استئناف الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ.

وفي غياب موقف القضاء من هذه المسألة، يرى الأستاذ "تعويلت كريم" أن المفهوم الذي يجب أن يتبناه القاضي للنظام العام الدولي يجب أن يتماشى مع التحكيم التجاري الدولي، دون أن يصل إلى حد الاعتماد الكلي على النظام العام عبر الدولي، بل يجب أن يأخذ بعين الاعتبار النظام العام الداخلي للدول وأن يأخذ هذا النظام العام قيد فعلي وحقيقي على حكم التحكيم وليس -كما وصفه البعض- "مجرد تحفظ خال من أي مضمون ومعنى"⁸²⁴.

يمكننا القول إذن، أن قاضي الدولة، جالب السلطة إلى العدالة الخاصة. فقاضي الدولة قد منح سلطته ووضعها في خدمة التحكيم، وهذا عندما منح للحكم التحكيمي سلطة التنفيذ، فغالبًا ما نميل إلى تقديم إجراء التنفيذ كإجراء للتحكم في الحكم التحكيمي، وفي الواقع، تتم ممارسة هذه السلطة بشكل نادر إذا ما تم الاعتراف والتنفيذ بدون أية مشاكل، من ناحية أخرى، يتم تنفيذ العديد من الأحكام في أوامر قانونية رسمية من قبل الأطراف المتنازعة بشكل عفوي، دون

⁸²⁴تعويلت كريم، الرقابة القضائية على حكم التحكيم الدولي من زاوية النظام العام-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 75-76.

ممارسة أي سلطة عليها من قبل قضاة هذه الدول، من ناحية أخرى، فإن معظم الأحكام، التي يُمنح لها سلطة التنفيذ، لم تتم مراقبتها أيضاً⁸²⁵.

نؤكد حديثنا بما كتبه البروفيسور J.-B. Racine، وبكل انصاف على أنه: لم يكن هناك أي احتكار من طرف الدولة للعدالة وأن الدولة لم تمارس سوى احتكار استخدام السلطة المخولة لها قانوناً، أي التنفيذ.

« *Aucun monopole de l'état sur la Justice et que l'état exerçait seulement un monopole sur l'usage de la force, C'est-à-dire de la contrainte* ».

إذ يرتبط كل من الثنائي القاضي/المحكم، بالرابط الوحيد Arbitrandum، أي المهمة التي يمنحها القانون لقاضي الدولة لحماية القاضي الخاص وتفضيله وترقيته، باختصار من أجل حب التحكيم⁸²⁶.

ثانياً: رقابة التنفيذ الممارسة من طرف القاضي من زاوية مقر التحكيم

إن من بين الأسباب التي أدت إلى ضعف أهمية مقر التحكيم في مجال تنفيذ حكم التحكيم يرجع إلى سببين: الأول يتمثل في الاختصاص الحصري لدولة التنفيذ بإجراءات تنفيذ الحكم التحكيمي، أما السبب الثاني فيتمثل في إنتفاء التدخل الضروري لدولة المقر في هذا الخصوص.

1-الاختصاص الحصري لقاضي دولة التنفيذ:

من المعلوم أن تنفيذ الحكم التحكيمي أمر يستأثر به القاضي المطلوب إليه التنفيذ، وعليه يمكن أن يحتفظ مقر التحكيم بأهميته فحسب إذا كان هذا المقر هو كذلك المقر الذي ينفذ فيه الحكم وإن كانت تلك الأهمية يكتسبها باعتباره مقر التنفيذ وليس مقر التحكيم.

⁸²⁵ LOQUIN Eric, op.cit., p.30.

⁸²⁶ Ibid.

إن الأصل في مجال تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية ليس اتفاق مقر صدور الحكم ومقر التنفيذ، بل الأصل اختلافهما عن بعض أو اختلاف القضاء الذي قام بإصدار الحكم التحكيمي عن القضاء الذي يتولى تنفيذه⁸²⁷.

تتعقد المقارنة بين مقر التحكيم ومقر التنفيذ، مما يجعلنا نقول بأن: التسليم بالاختصاص الحصري قاصر لدولة المقر بالفصل في دعاوى البطلان الموجهة ضد الحكم التحكيمي يوجب التسليم بذات الاختصاص لقضاء دولة التنفيذ.

إن خضوع مسائل الإجراءات لقانون دولة القاضي، هي قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص والمؤكد عليها في مختلف الاتفاقيات الدولية كاتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية، اتفاقية واشنطن بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، وكذا اتفاقية جنيف (الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي).

2-انتفاء التدخل الضروري لقضاء المقر:

إن قانون مقر التحكيم ليس له على الأكثر سوى دور احتياطي، وذلك عند انتفاء القاعدة المستقلة من اتفاق الأطراف، كما يشترط ألا يكون أطراف النزاع قد سبق لهم اختيار قانون المقر ليقدم القواعد الفنية التي تنطبق على التحكيم.

كما يمكن أن يفيد قاضي مقر التحكيم في مهمة المساعدة في التحكيم الذي يجري في اقليمه فقط، وهذا إذا لم يختار الأطراف سلطة أخرى، يكون القاضي المحلي الأفضل وضعا للقيام بذلك. فالقاضي المحلي أنسب للقيام بالإجراءات الوقتية والتحفظية، كما أنه القاضي الذي يمكن الاعتماد عليه فيما يخص مسألة تنازع الاختصاص القضائي، إذ يكون القاضي المختص بالفصل مباشرة.

تجدر الإشارة، إلى أن الانتفاء الضروري لقضاء دولة المقر يمكن أن يعود لعدة أسباب، نذكر على سبيل المثال: إنتفاء إقامة أي من طرفي التحكيم فيها، أو انعدام وجود الأموال أو الحقوق

⁸²⁷ حسام الدين فتحي ناصف، تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة في الخارج، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص26.

محل التنفيذ فيها. وهذا قد يحمل إلى التساؤل في مجال الرقابة عن منح القاضي سلطة الفصل في النزاع⁸²⁸؟

إن انعدام الرابطة بين المقر والنزاع، لا يحول دون نظر القاضي المحلي الذي توجد بدولته الأموال، أو أن يستجيب لطلب رفض تنفيذ الحكم على اقليمه الخاص، ببساطة لأنه في أفضل وضع لتقدير شرعية التحكيم⁸²⁹.

حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 37. ⁸²⁸

المرجع نفسه. ⁸²⁹

الفصل الثاني

اختصاص القاضي بالرقابة عن طريق الطعن في أحكام التحكيم

تتجلى أهمية قضاء التحكيم في صدور الحكم التحكيمي، حيث يصل الأطراف إلى آخر مرحلة من مراحل العملية التحكيمية برمتها بحياسة الحكم التحكيمي الأمر المقضي فيه، إلا أنه يمكن أن يعتره ما يوجب الطعن فيه، لذا لا بد من أعمال الرقابة من طرف القاضي الوطني، الذي يعترف ويصنع الحكم التحكيمي بصيغة التنفيذ.

إن عدم الاعتراف بحكم التحكيم وعدم تنفيذه سواء في القانون الجزائري أو في القانون المقارن، كالتشريع المصري مثلا، يثير مسألة وسائل المراجعة أي إجراءات الطعن والاستئناف، وتتيح هذه الوسائل للطرف المحكوم عليه اللجوء إلى القاضي الوطني، لأن المحكم مثل القاضي ليس محصنا من الخطأ على الرغم من أن القوانين الوطنية يجب أن تنص على الأحكام اللازمة لردع مراوغات وأساليب التأخير من جانب الطرف الخاسر، فإن سبل الطعن تضمن للطرف غير الراضي بالحكم التحكيمي حلا، بالاحتجاج بوجود هذه السبل، ما يولد تأثيرا رادعا على المحكمين الذين يشعرون بأنهم تحت "تهديد" مراجعة ما بعد الحكم النهائي.

من وجهة النظر هذه، عنيت بعض التشريعات والقوانين بإتاحة هذه الوسائل وأخضعها لأنواع مختلفة من الرقابة، وهذا بغية التثبيت من وضعية المحكمين، إذ يباشر القاضي الوطني هذه الرقابة مستندا إلى وسائل إبطال الحكم التحكيمي والحلول دون تنفيذه لاحتوائه على ما يمنع ذلك.

وعلى هذا الأساس، كان اعتماد المشرع الجزائري على طريقتين للطعن، الطعن بالبطلان باعتباره طريقا مباشرا، من خلال اللجوء إلى القاضي الوطني باعتباره يمارس وظيفة إصلاحية⁸³⁰. مستعبدا طرقا أخرى اعتمدها قوانين مقارنة، إذ هنالك من التشريعات من اتفقت على استبعاد

⁸³⁰ في رأي مخالف: ترى الأستاذة حفيظة السيد الحداد أن طرق الطعن التي يخضع لها الحكم التحكيمي تتراجع فيها الوظيفة الإصلاحية أو التعديلية تاركة المجال للإفصاح عن وظائف وأهداف أخرى لهذه الطرق. حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 09. إن الإصلاح يتم بالمراجعة، وبما أنه لا يمكن مراجعة حكم التحكيم، فإن الوظيفة الإصلاحية غائبة كما ذهب إليه الأستاذة حفيظة السيد الحداد.

المعارضة، في حين اختلفت فيما يخص طرق الطعن الأخرى في التحكيم الداخلي بإتاحة طريق الطعن بالاستئناف كقاعدة في بعض القوانين أو كاستثناء في قوانين أخرى، كما توجد قوانين أخرى لم تتح مثل هذا الطريق اطلاقاً⁸³¹، كما توجد قوانين تجيز الطعن بالنقض.

بالنسبة للمشرع الجزائري، وفيما تعلق بالتحكيم الداخلي، هنالك طريقين للطعن: استئناف حكم التحكيم الداخلي بحيث أن القانون الجزائري أجاز الطعن بالاستئناف كقاعدة، كما أجاز أيضاً استئناف أمر رفض التنفيذ.

أما ما تعلق بالتحكيم الدولي، فإن المشرع الجزائري ميز بين طعنين: الطعن في أحكام التحكيم الدولية الصادرة خارج الجزائر، وذلك باستئناف الأمر القاضي برفض تنفيذ الحكم الصادر خارج الجزائر واستئناف الأمر القاضي بتنفيذ الحكم الصادر خارج الجزائر، وكذا الطعن في أحكام التحكيم الدولية الصادرة في الجزائر عن طريق دعوى البطلان.

مجمل القول، أن الوسائل المتاحة للطعن المتمثلة في الطرق السالف ذكرها، هي في حقيقة الأمر تنازع في بطلان الحكم التحكيمي، على الرغم من أن هذه الطرق هي محل اختلاف في الكثير من القوانين والتشريعات والأنظمة كما سبق الحديث عنه.

المبحث الأول

وسائل الطعن المعتمدة في أحكام التحكيم

يراقب القاضي الوطني الحكم التحكيمي من حيث مدى احترام أطراف الخصومة التحكيمية ما وضعه قانون الإجراءات المدنية والإدارية من شروط حتى ينفذ، كما يمارس رقابة أخرى عند رفع استئناف أوامر التنفيذ خاصة والطعون بصفة عامة⁸³².

⁸³¹ أجاز المشرع المصري طعنا واحدا وهو الطعن بالبطلان وذلك في نص المادة 52 من قانون التحكيم المصري.

⁸³² طيطوس فتحي، " دور القاضي في مراقبة القرار التحكيمي على ضوء قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 2014/02، ص 143.

إنه لمن الضروري بما كان، أن يلجأ لطرق ووسائل قانونية كالطعن في أحكام المحكمين لدى القضاء الوطني، ضمانا لحقوق اللاجئين إليه وحماية لهم من سهو المحكمين، بالإضافة إلى اعتبارها كاشفة للأحكام التحكيمية من حيث كونها ملزمة.

وبالرغم من أهمية إتاحة طرق للطعن، إلا أنه لا بد من حصرها مراعاة لطبيعة التحكيم أولا، التي تميزه عن القضاء الوطني بمالها من سرية في الإجراءات توصل إلى أسرع الحلول، ومراعاة لكون العمل الذي يقوم به المحكم معرض للأخطاء ثانيا⁸³³.

ويبدو من خلال نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، أن المشرع قد اعتمد طرق مختلفة بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي والتحكيم الداخلي⁸³⁴.

في نص يتعلق بالتحكيم الدولي، من الواضح أن المشرع لا يمكنه الإبقاء في النظام الخاص بالقرارات الداخلية، وحتى أقل من ذلك النظام الساري في قرارات المحاكم، بحيث يقدم النظام طرق الطعن بشكل خاص.

هذا النظام، في نفس الوقت الذي يحافظ فيه على الطعن بالنقض ضد "أحكام الهيئات القضائية الصادرة بناء على طلب إلغاء قرار تحكيم أو عند الاستئناف" ضد أوامر منح أو رفض الاعتراف أو التنفيذ، باستثناء بعض ما يسمى بطرق الطعن الكلاسيكية الأخرى، ومن ناحية أخرى، يحتفظ بطرق الطعن المحددة لقرارات التحكيم الدولية⁸³⁵.

بالنسبة للتحكيم الدولي، الذي لم يعتمد فيه على طرق الطعن التقليدية التي اعتمدها فيما يخص الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي، واعتمد طريقا واحدا للطعن إذا كان الحكم صادرا في الجزائر، ذلك أن الحكم الصادر خارج الجزائر لا يقبل أي طعن في الإقليم الجزائري، بينما

⁸³³ في نفس المعنى: قبائلي طيب، تعولت كريم، المرجع السابق، ص115. على بركات، المرجع السابق، ص7.

⁸³⁴ لتفصيل أكثر حول معايير التفرقة بين التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الداخلي، راجع: بودي بوبكر، "معايير التفرقة بين التحكيم التجاري الدولي والتحكيم التجاري الوطني"، دفا تر المجلس الأعلى، العمل القضائي والتحكيم التجاري، الإصدار الرقعي، العدد 07 / 2005، ص10-04.

⁸³⁵ TRARI-TANI Mostefa, Droit Algérien de l'Arbitrage Commercial International, BERTI Editions – Alger, 2007, p.165.

يمكن رفض الاعتراف به أو رفض تنفيذه (المطلب الأول)، هذا كما أنه يمكن الاستئناف أمام المجلس القضائي في الأمر الصادر عن رئيس المحكمة في مسألة الاعتراف بحكم التحكيم التجاري الدولي وتنفيذه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الاستئناف في أوامر تنفيذ أو رفض تنفيذ الحكم التحكيمي

تتفق الكثير من القوانين والتشريعات على عدم إجازة الطعن في الأمر القاضي بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية حتى لا تبقى هذه الأخيرة دون تنفيذ وإجازة الطعن في الأمر القاضي برفض الاعتراف والتنفيذ.

أما من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فيتضح أن المشرع الجزائري قد ميز بين الاستئناف في الأمر القاضي بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية والاستئناف القاضي برفض الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية، ويكون بذلك قد سمح بنص المادة 1057 باستئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ على مستوى المجلس القضائي في أجل شهر.

في الواقع، نادرا ما توجد استئنافات بخصوص أوامر رافضة للاعتراف وتنفيذ الأحكام الداخلية، وذلك بصفة خاصة في القوانين التي تعتمد في رقابة الأحكام الداخلية طريق الطعن بالبطلان⁸³⁶.

الفرع الأول

أسباب الطعن بالاستئناف في مسألة الاعتراف بالتنفيذ

خول المشرع الجزائري طريقا هاما للطعن في الأمر الصادر في مسألة الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي، وهو عبارة عن حق ثابت للأطراف، وهو وسيلة لإعادة النظر في حكم التحكيم الداخلي بالإلغاء أو التعديل أو التصحيح عن استئناف خاص، على عكس الاستئناف الموجه ضد الأمر القاضي برفض الاعتراف أو رفض التنفيذ، فلقد نصت المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري على أنه: " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في

⁸³⁶ قبائلي محمد، "طرق الطعن في الحكم التحكيمي التجاري"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 03، ص 181.

الحالات التالية: فرفض حكم التحكيم بناء على طلب المنفذ ضده، يجيز له أن يقوم بالدفع بطلب الأمر بالتنفيذ وهذا في حالة توافر خمسة أسباب:

1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية،

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

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

4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية،

5- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي".

أ- عدم صحة اتفاق التحكيم:

للمنفذ ضده أن يدفع بعدم صحة اتفاق التحكيم إما لنقص في الأهلية أو بطلان اتفاق التحكيم لانعدام الرضا أو عيب من عيوبه، أو إذا كان اتفاق التحكيم غير مكتوب أو غير موقع عليه من قبل الأطراف، أو في حالة سقوط اتفاق التحكيم بسبب مدته المنتهية⁸³⁷.

ب- تجاوز نطاق سلطة المحكمة التحكيمية:

قد تتجاوز محكمة التحكيم نطاق السلطة المخولة لها، وذلك عند نظر النزاع المتفق بشأن تسويته عن طريق التحكيم، وهذا يؤدي لا محالة إلى تعريض الحكم التحكيمي للبطلان، إذ يمكن للمطلوب ضده تنفيذ الحكم التحكيمي أن يطلب رفض التنفيذ، بشرط أن يكون خروج المحكمة التحكيمية عن حدود سلطتها بشكل صريح وواضح، ليعتد به كمبرر لرفض التنفيذ⁸³⁸.

لكن مسألة تقدير تجاوز محكمة التحكيم لنطاق السلطة المخولة لها يبقى للقاضي، إذ يراقب الحكم التحكيمي من حيث صدوره في نطاق وإطار اتفاق التحكيم، فإذا قامت المحكمة التحكيمية بإغفال مسألة، ورفع طلب رفض التنفيذ، لا تقوم المحكمة بالأخذ به كسبب لرفض تنفيذ الحكم، بل لها الفصل فيما أغفلته.

⁸³⁷ جارد محمد، المرجع السابق، ص 699.

⁸³⁸ المرجع نفسه، ص 701.

ج-التشكيل الخاطئ للمحكمة التحكيمية أو إجراءاتها:

إذا ثبت للمحكمة أن تشكيل المحكمة التحكيمية غير صحيح، فإن للمحكمة التأكد من ذلك بالرجوع إلى اتفاق الأطراف، في حالة اتفاق الأطراف على القواعد المطبقة.

أما في الحالة العكسية، أين لا يوجد اتفاق الأطراف على هذه القواعد أو في حالة سكوتهم عليها، فقانون الدولة التي جرى فيها العملية التحكيمية هي المرجع⁸³⁹.

د-إذا كان الحكم غير ملزم، باطلاً أو حكم عليه بوقف تنفيذه:

يجوز رفض طلب تنفيذ الحكم التحكيمي إذا أقام المحكوم ضده الدليل على أن الحكم صار غير ملزم، أو أوقفت تنفيذه السلطة المختصة في بلد صدور الحكم، ذلك أن إيقاف تنفيذه يفقده صفة الإلزام بالنسبة للأطراف، ذلك أن بطلان الحكم التحكيمي يفقده الحجية.

ويقوم القاضي هنا بإعمال رقابته على الحكم التحكيمي بالتيقن من مراعاة هذا الأخير للشروط الواجب توافرها حتى يصدر الأمر بتنفيذه لصالح طالب التنفيذ⁸⁴⁰. ولعل الهدف من هذه الرقابة المباشرة من طرف القضاء الوطني هو التأكد من احترام المحكم للمهمة الموكلة إليه وتطبيقه للقواعد القانونية المتعلقة باتفاق التحكيم وكذا بالإجراءات⁸⁴¹.

هـ-رفض تنفيذ حكم التحكيم بناء على قضاء المحكمة من تلقاء نفسها:

قد تكون عدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم أو تعارض تنفيذ حكم التحكيم مع النظام العام، من الأسباب التي تؤدي بالمحكمة أن تقضي برفض تنفيذ الحكم التحكيمي من تلقاء نفسها.

⁸³⁹ جارد محمد، المرجع السابق، 703.

⁸⁴⁰ حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ص 523

⁸⁴¹ المرجع نفسه.

ي-عدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم:

من غير المنطقي طلب تنفيذ حكم تحكيمي في بلد لا يقبل التحكيم في موضوع ذلك النزاع، والمعيار في تحديد ذلك هو قانون دولة التنفيذ⁸⁴².

أما مخالفة النظام العام، والتي تؤدي إلى رفض إصداره الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ، ذلك أن فكرة النظام العام تعتبر سببا قويا يجعل من قاضي التنفيذ يمتنع ويتصدى لها من تلقاء نفسه.

ففكرة النظام العام تحتل مكانا هاما في نظام التحكيم، ولا يمكن أن يكون تحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، كما على المحكم أن يحترم كل المبادئ ذات الصلة بالنظام العام أثناء سريان الدعوى التحكيمية، كمبدأ الوجاهية ومبدأ المساواة بين الخصوم، وعليه أيضا احترام النظام العام في المرحلة اللاحقة لصدور الحكم التحكيمي، وذلك عند الاعتراف به وتنفيذه، فمخالفة فكرة النظام العام في بلد التنفيذ يدفع بالقاضي من تلقاء نفسه برفض الاعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي⁸⁴³ أو قد يدفع بذلك من قبل أحد الأطراف.

تجدر الإشارة، إلى أن تقييد الدفع بفكرة النظام العام، بالانتهاك الصارخ لها في دولة التنفيذ وكذا الاستفادة من قانونها الداخلي إذا كان أقل شدة من أحكام اتفاقية نيويورك، هو حق سمحت به المادة السابعة، إذ للقاضي إذا أجاز قانون دولة التنفيذ الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي أو معاهدة أبرمتها هذه الدولة، أن يصدر أمر التنفيذ، ذلك أن الغاية من اتفاقية نيويورك هو تسهيل إجراءات التنفيذ وليس التعقيد فيها، فبمجرد توافر نصوص قانونية لبلد التنفيذ أو أحكام معاهدة أكثر تيسيرا من اتفاقية نيويورك طبقت أحكام تلك النصوص أو المعاهدة⁸⁴⁴.

ومن تطبيقات هذا التسهيل اعتماد المشرع الجزائري على فكرة النظام العام الدولي وليس على فكرة النظام العام الداخلي بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي.

⁸⁴² جارد محمد، المرجع السابق، ص 706.

⁸⁴³ المرجع نفسه، ص 707.

⁸⁴⁴ المرجع نفسه، ص 709.

يمكن تقديم ملاحظة بخصوص الحالات الستة السالف ذكرها، قد جاءت على سبيل الحصر، كما جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن أمر حكم التحكيم الدولي لا يقبل أي طعن، غير أن الطعن ببطلان التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه⁸⁴⁵.

ونستنتج من استقراء المادة 1056 وكذا المادة 1058 في فقرتها الثانية، أنه لا يمكن الطعن إلا بالبطلان في أمر تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر بالجزائر⁸⁴⁶، ذلك أن المشرع لم يذكر مصطلح الاعتراف في المادة 1058، ومنه فأمر التنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي لا يقبل الطعن بالاستئناف، ولكنه يقبل الطعن بالبطلان، غير أنه يمكن أن يطعن بالاستئناف في أمر الاعتراف بحكم التحكيم سواء صدر بالجزائر أو خارج الجزائر.

أولاً: الطعن في القرار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر في الخارج

لم يسمح قانون الإجراءات المدنية والإدارية بإقامة دعوى البطلان في حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر خارج الجزائر، إذ لا يمكن الطعن فيه بأية طريقة، وسمح بالطعن فيه عن طريق الاستئناف في أمر الاعتراف أو التنفيذ⁸⁴⁷.

وقد أورد المشرع الجزائري أسباب استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ المذكورة على سبيل الحصر، ويرجع السبب في ذلك إلى الحلول دون استعمال أحد الأطراف لأساليب التأخير ومراوغات المماطلة، بينما لا يقبل الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم الصادر في الجزائر أي وجه من أوجه الطعن، والملاحظ في هذه الحالة، أن الطعن بالبطلان يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه، والهدف من ذلك هو تفادي ازدواجية الطعن.

⁸⁴⁵ المادة 1058 ق ا م ا.

⁸⁴⁶ هذا الطعن بالبطلان في هذا الأمر لا يكون إلا بالتبعية للطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم ولا يمكن الطعن في هذا الحكم في ⁸⁴⁶ حد ذاته استقلالا عن الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي.

⁸⁴⁷ حيثالة معمر، سي فضيل الحاج، "طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 15، 2015، ص 94.

وعلى عكس المشرع الجزائري، لم يكتف القانون الفرنسي بطريق واحد للطعن بل ترك باب الاختيار مفتوحاً للأطراف، إما استئناف أمر تنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في الإقليم الفرنسي أو الطعن بالبطلان⁸⁴⁸، وهو ما تضمنته المادة 1522 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

وعلى سبيل المقارنة أيضاً، ميز المشرع المغربي هو الآخر بين الأمر القاضي بالاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر خارج المملكة المغربية من ذلك الذي يصدر داخلها، بحيث أنه في الحالة الأولى يكون الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ لا يخضع إلا للطعن بالاستئناف، وفي حالات محددة كانت المحكمة التحكيمية دون اتفاق تحكيم أو استناد إلى اتفاق باطل أو بعد انتهاء أجل التحكيم أو تم تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم المنفرد بصفة غير قانونية أو بتت المحكمة التحكيمية دون التقيد بالمهمة المسندة إليها ولم تحترم حقوق الدفاع، وأخيراً إذا كان الاعتراف أو التنفيذ مخالفاً للنظام العام الوطني أو الدولي⁸⁴⁹.

أما بخصوص الحالة الثانية، فإن الأمر الصادر بالاعتراف والتنفيذ غير قابل لأي طعن، لكن الطعن بالبطلان يتضمن بقوة القانون طعناً في الأمر الذي يقوم بإصداره رئيس المحكمة بناء على عيوب يمكن أن تعترى قرار القاضي الوطني⁸⁵⁰.

1- خصوصية الطعن بالاستئناف في قرار القاضي الأمر بالتنفيذ

قد يكون الخطأ الذي يمكن للقاضي الوطني ارتكابه، سواء بالنسبة للإجراءات أو الحكم الصادر عنه، سبباً من بين الأسباب التي تدفع للمحكوم ضده سلوك طريق الطعن بالاستئناف.

إن خصوصية الطعن بالاستئناف باعتباره طريقاً من الطرق العادية وأهم طريقة حولها المشرع للأطراف، سواء الطعن في القرار الأمر بتنفيذ الأحكام التحكيمية أو الطعن في القرار الرفض بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية، تتضح من خلال حالات محددة من طرف المشرع الجزائري المذكورة في نص المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁸⁴⁸ قبائلي طيب، تعولت كريم، المرجع السابق، ص 117.

⁸⁴⁹ زضاي عبد الرحيم، التحكيم الدولي على ضوء القانون المغربي الجديد والمقارن، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع،

الرباط، 2010، ص 122.

⁸⁵⁰ المرجع نفسه، ص 123.

جاءت هذه المادة بخمس حالات وهي:

- حالة فصل محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

- حالة تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد بالمخالفة للقانون.

- كذلك إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المستندة إليها.

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

- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

من خلال عرضنا للحالات السابقة يمكن تقديم ملاحظتين بهذا الصدد:

أما الملاحظة الأولى، فهي حصر الحالات وعدم التوسع فيها وقصور الاعتماد عليها دون غيرها. ولعل العلة من هذا التقليل في العدد هو كما يرى البعض⁸⁵¹ السماح للقانون التحكيمي الداخلي والدولي بالتطور.

وأما الملاحظة الثانية، بالنسبة للحالة الخامسة المذكورة أعلاه، أن المشرع الجزائري أورد عبارة "إذا لم يوجد تناقض في الأسباب"، واستبعد العبارة التي أوردها سابقا "عدم كفاية الأسباب"، ويعود ذلك في نظرنا إلى تفادي تدخل القاضي الوطني بالنظر في موضوع النزاع التحكيمي من جديد، وحسن ما فعل المشرع، إذ أن النظر في الموضوع يفقد نظام التحكيم فعاليته ويجعل من القاضي متطفلا على العملية التحكيمية بدل من إعمال دوره المساعد والرقابي.

2-الجهة المختصة بالنظر في الطعن بالاستئناف

بالاطلاع على قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، يتضح أن الجهة المختصة للنظر في الطعن بالاستئناف هي المجلس القضائي، حيث يرفع الطعن أمامه خلال أجل شهر واحد، ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة الأمر بالتنفيذ.

وفقا لما تقتضيه المادة 1047 من القانون السالف الذكر، تقدم أمام كتابة المجلس القضائي عريضة من المستأنف أو محاميه الذي يتبعه القاضي الذي أصدر الأمر محل الاستئناف.

⁸⁵¹ رضاكي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص150.

3- حالات الطعن بالاستئناف:

إن وصف هذه المبادئ على أنها أساسية يرجع إلى حقيقة أنه يجب على كل حكم أن يتجنب، قدر الإمكان، إلغاء الأحكام التي يصدرها، الإلغاء الذي قد ينتج بشكل خاص عن انتهاك مبدأ الوجاهية، والذي يعتبر من بين أهم حالات الطعن بالاستئناف.

يضاف إلى ذلك حقيقة أن مبدأ المساواة بين الأطراف أمام المحكم يرتبط ارتباطاً جوهرياً بمبدأ الوجاهية، هذه المبادئ التي بالطبع ليست خاصة بالقانون الجزائري، يجب مراجعتها أولاً لأنها بطبيعتها تقيد الحرية التي تترك للأطراف والمحكمين عند اختيارهم النظام الداخلي⁸⁵².

هذا المبدأ ضروري لأن المحكم يمارس مهمة قضائية وقبل كل شيء لأنها تضمن محاكمة عادلة ومتساوية، فاحترام المبدأ يعطي في نهاية المطاف شرعية معينة لحكم التحكيم، على الرغم من أنه على الأقل بالنسبة للطرف الذي يخسر القضية عندما لا يكون كلاهما قد يتضمن حكم التحكيم عناصر من حل النزاع الذي يخيب آمال المتقاضين⁸⁵³.

حيث تكمن قوة هذا المبدأ في أنه من الضروري تحديد جوهره، والذي يرقى إلى الاهتمام بعنصرين:

من جهة، ينطوي نقاش الخصومة على حق جميع المتقاضين في الاستدعاء والاستماع لتأكيد وجهة نظرهم فيما يتعلق بحقوقهم بعد دعوى قدمها الطرف الخصم أمام المحكم، إذ أنه حق أساسي، وهو حق احترام حقوق الدفاع الذي يتعلق بالوقائع والأدلة والحجج⁸⁵⁴.

ومن جهة أخرى، فإن احترام الوجاهية يعني ضمناً الالتزام بإبلاغ جميع المطالبات، الحجج والوثائق المقدمة لدعمهم، للطرف الخصم حتى يتمكن من الرد من خلال اتخاذ موقف وربما

⁸⁵² BENCHENEB Ali, Règlement des litiges et arbitrage commercial international, éditions GAYA, Alger, 2018 ,p.181-182.

⁸⁵³ BENCHENEB Ali, op. cit., p.182.

⁸⁵⁴ *Ibid.*, p.183.

يتعارض معهم. وهذا يعني أن مبدأ الوجاهية تبرره المساواة الضرورية بين الطرفين أمام المحكم بقدر الولاء الذي يجب أن يتسم به سلوكهم أثناء المحاكمة⁸⁵⁵.

وبشكل أعم، تخضع مرحلة التحقيق بأكملها لمبدأ الوجاهية، سواء كانت جلسة استماع أو تقرير خبير أو نقل إلى مكان الحادث. باختصار، فإن احترام المبدأ يجعل من الممكن عدم مفاجأة الطرف، وبالتالي منحه الثقة، من ناحية أخرى، أهلية أو إعادة تأهيل لفعل أو عمل من قبل المحكم ليس مسألة تناقض وإنما سلطة سيادية للمحكم لإعطاء الأفعال وصفها الدقيق، حيث أن القاعدة القانونية التي سيتم تطبيقها تعتمد عليها⁸⁵⁶.

من الواضح أن هذا المبدأ لا يقتصر على التحكيم فهو كذلك يظهر بشكل بارز في الأحكام الأولية من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، حيث تنص المادة 3 الفقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن هذا المبدأ ملزم للقاضي والأطراف، هذا يعني أنه لا توجد محاكمة يمكن تصورها دون احترام هذا المبدأ الذي يقدم طابع أساسي⁸⁵⁷.

يسمح مبدأ الوجاهية للأطراف بالتوصل إلى كل معلومة تتعلق بالوثائق المقدمة بالتساوي، وهذا ما يضمن سلامة عملية التقاضي، وفي حالة عدم احترامه تصدر الأحكام التحكيمية معيبة⁸⁵⁸.

إن المعاقبة على انتهاك مبدأ الوجاهية كجزء من إجراءات مراجعة حكم التحكيم، من المخاطر الرئيسية لإضعاف أحكام التحكيم بسبب سوء نية المتقاضين.

كما أن القيام بمواجهة بين الأطراف بخصوص الطعن بالاستئناف في القرار الصادر برفض الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية من عدمها، يمكن تقديم فرض وهو أن القاضي الوطني الذي ينظر في الطعون، لا تقتصر رقابته فقط على التأكد من وجود ومدى صحة الحكم التحكيمي وكذا اتفاقية التحكيم وإنما تتعداها إلى كل الأوجه التي من شأنها أن تسمح بتنفيذ حكم التحكيم، لارتباط هذا الأخير باستئناف الأمر الراض للاعتراف والتنفيذ والذي يعد استئنافا عاما يمكن ان

⁸⁵⁵BENCHENEB Ali, op. cit., p.-183-184.

⁸⁵⁶ *Ibid.*, p.-183-184.

⁸⁵⁷ *Ibid.*

⁸⁵⁸ يسعد حورية، "أوجه الطعن في أحكام التحكيم طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم

القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 01، 2017، ص 309.

يؤسس على أي وجه من أوجه الاستئناف، ليصدر حكمه القضائي، دون مواجهة، إما بأن يلغي القرار المطعون فيه أو يقوم بتأييده.

كما يمكننا تقديم فرض ثاني يتمثل في أن الطعن بالاستئناف في قرار رفض الاعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي يكون عن طريق القاضي الوطني ولكن مع تطبيق مبدأ الوجاهية.

في نظرنا، لا يمكن العمل بالفرض الأول، ذلك أنه من حق الطرف الثاني أن يطعن في القرار الجديد الصادر عن القاضي الوطني، وهذا حتى لا يحرم من الحق في الطعن في القرار الذي صدر في غير صالحه.

ثانياً: استئناف الأمر القضائي الرفض منح الصيغة التنفيذية

يتم التأكد من وجود الأحكام التحكيمية وعدم مخالفتها للنظام العام⁸⁵⁹، وهذا قبل إصدار ما يعرف بالأمر بالاعتراف أو التنفيذ من طرف القاضي الوطني، الذي يسهر على مراقبة توافر الشروط القانونية لرفض أو منح الصيغة التنفيذية.

بهذا الخصوص يرى الأستاذ تركي نور الدين أن: "هذا النوع من الاستئناف ليس له حظوظ كثيرة لاستعماله، بالإضافة إلى السلطة الممنوحة لرئيس المحكمة الذي لا يمكنه إلا مراقبة شكلية الحكم التحكيمي من حيث وجوده وعدم مخالفته للنظام العام الدولي، كما أن التوسع المبالغ لهذه الفكرة من طرف محاكمنا غير متوقعة بالنظر إلى الظرف الجديد لاقتصاد السوق"⁸⁶⁰، مع ذلك لا بد من تبيان الإجراءات التي من المفروض اتباعها في حالة الطعن بالاستئناف مع تحديد الجهة المختصة بذلك وميعاده وكذا وجوب احترام مبدأ الوجاهية والآثار المترتبة على الطعن بالاستئناف.

⁸⁵⁹ لتفصيل أكثر حول أثر النظام العام في التنفيذ، راجع: رفعت محمد عبد المجيد، "مفهوم النظام العام وأثره في تنفيذ أحكام

التحكيم الأجنبية"، دفاتر المجلس الأعلى، المرجع السابق، ص 11-18.

⁸⁶⁰ نقلاً عن: مرزوق فاطمة، المرجع السابق، ص 157.

1- إجراءات الطعن بالاستئناف

لم يحتوي قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على إجراءات خاصة بالطعن بالاستئناف في الأمر القاضي برفض أمر الاعتراف أو التنفيذ، ما يدفعنا للجوء إلى قواعد العامة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

أ-الجهة المختصة

تنص المادة 1057 " يرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد (1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة". الملاحظ من نص المادة أن استئناف الأوامر الصادرة عن القضاء المختص برفض الاعتراف أو التنفيذ يكون أمام جهة أعلى درجة من الجهة التي أصدرت الأمر.

كما يلاحظ أيضا أن الاختصاص بالطعن بالاستئناف يؤول للمجلس القضائي الذي يتبعه القاضي الذي أصدر قرار الرفض بالنظر في الطعن بالاستئناف، كما أن المجلس ينظر كذلك في الأوامر الآمرة بالتنفيذ.

للإشارة، فإن القواعد العامة المنظمة للطعن بالاستئناف تتكلم كلها على الاستئناف أمام المجلس القضائي ولا تبين بالتفصيل الغرفة المختصة، بينما إذا أراد المشرع أن يحدد رئاسة المجلس، فهو يحددها صراحة.

وقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها رقم: 1037542 والصادر بتاريخ 2015/10/14⁸⁶¹، حين أوردت أن الجهة القضائية المختصة بالفصل في الاستئناف المرفوع ضد الأمر القاضي بتنفيذ الحكم التحكيمي هي الغرفة التجارية والبحرية بتشكيلتها كاملة لدى المجلس القضائي.

تتلخص الوقائع في إبرام عقد بين شركتين، الأولى هي شركة ذات المسؤولية الوحيدة "بزينة للخدمات البحرية" وشركة ذات المسؤولية المحدودة والشخص الوحيد المسماة "مجمع الغرب

⁸⁶¹ ملف رقم 1037542، مجلة المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، قرار بتاريخ 2015/10/14، العدد الثاني/ 2015،

للصيانة الصناعية قومي"، حيث تعهدت الشركة الأولى بنقل العتاد المؤجر لفائدة الشركة الثانية من ميناء مالطة إلى ميناء الجزائر، لكن وقع تأخير في التسليم مما أدى إلى وقوع خسائر.

حيث أنه قامت الشركة المتضررة من التأخير بتقديم انذار للشركة المتعاقدة معها على تسليم العتاد بضرورة الالتزام بالتزامها التعاقدية، لكنها قوبلت بالرفض، فما كان عليها سوى اللجوء إلى الغرفة التجارية والبحرية بباريس لدى المحكمة الدولية للتحكيم، والتي قامت بإصدار حكم تحكيمي يفصل في النزاع القائم بين الشركتين بتاريخ 2013/12/27.

حيث قامت الشركة المسماة "بزينة" بالتقدم أمام رئيس محكمة السانية بطلب تمثيل في حصولها على الصيغة التنفيذية، ذلك أن محكمة السانية بوهران يقع في دائرة اختصاصها محل التنفيذ، وبذلك منحت الصيغة المطلوبة في 2014/04/15، لتحوز هذه الطالبة أمر تنفيذ الحكم الذي أصدرته الغرفة التجارية والبحرية بالمحكمة الدولية للتحكيم، لكن سرعان ما تم استئناف الأمر الخاص بالتنفيذ من طرف الشركة "قومي".

حيث أن رئيس الغرفة التجارية بمجلس قضاء وهران وبمناسبة فصله في الاستئناف الذي رفعت الشركة "قومي"، والذي قوبل بالقبول شكلا وبتأييد الأمر المستأنف في الموضوع، لتطعن بعد ذلك أمام المحكمة العليا ضد الأمر الذي صدر عن رئيس الغرفة التجارية لمجلس قضاء وهران.

أما عن منطوق القرار الذي فصل في النزاع بين الشركتين، فقد صدر عن المحكمة العليا، والذي يحمل الرقم: 1037542، قبلت فيه الطعن شكلا وفي الموضوع نقضت وأبطلت القرار المطعون فيه، وذلك بتاريخ: 2015/10/14.

ومن تحليلنا للقرار الصادر عن المحكمة العليا نرى، أن الأمر الذي أصدره رئيس محكمة السانية بوهران بمنح الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي الصادر عن المحكمة الدولية للتحكيم، الغرفة التجارية والبحرية، ليس ذو طبيعة قضائية، لأنه مجرد طلب لاستصدار أمر وليس دعوى أمام القضاء لاستيفاء حق، كما أن امثال الشركتين لا يمكن أن يكون، ولا يتم الفصل في النزاع القائم بينهما، بل لا ينظر حتى في الموضوع، إلا ما تعلق بشروط إعطاء هذا الأمر.

إن مجرد رفع طلب لدى رئيس المحكمة يجعل من أمر التنفيذ ذو طبيعة ولائية، إذ يمارس القاضي رقابته بالتحقق من وجود بعض الشروط الشكلية دون الخوض في الموضوع، وهذا ما يسمى بأسلوب الأمر بالتنفيذ.

إن القاضي لا يمارس أية رقابة على موضوع الطلب، إذ لا تعتبر دعوى جديدة أمام القضاء الوطني لاستصدار أمر بالتنفيذ، أو ما يطلق عليه بأسلوب رفع دعوى جديدة، يكون الحكم الصادر بصدها هو الذي ينفذ، كما نص المحكمة العليا على ولائية أمر التنفيذ بتاريخ: 2006/12/29، يثبت له هذه الصفة، فقد أصدرت القرار رقم: 326706⁸⁶²، يقضي بأن أمر التنفيذ ولائي.

هذا عن طبيعة الأمر، أما عن الجهة مصدرته، فحسب نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، يختص المجلس القضائي بذلك، دون أن تبين لنا المادة 1057 من ذات القانون الجهة المختصة في المجلس؟

قياسا على ما جاء في القواعد العامة، وبالضبط في المادة 312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن رئيس المجلس القضائي هو من يصدر الأوامر بالتنفيذ على شاكلة الأوامر على عرائض، إذ نصت على أنه: "في حالة الاستجابة للطلب، يمكن الرجوع إلى القاضي الذي أصدر الأمر، للتراجع عنه أو تعديله.

وفي حالة عدم الاستجابة إلى الطلب، يكون الأمر بالرفض قابلا للاستئناف أمام رئيس المجلس القضائي..."

مما سبق من عرض لوقائع النزاع والإجراءات التي اتخذها الأطراف، يتضح عدم اختصاص رئيس الغرفة التجارية والبحرية لمجلس قضاء وهران في الاستئناف المرفوع ضد الأمر القاضي بالتنفيذ، ولا الغرفة بكامل تشكيلتها. فكما سبق لنا شرحه باعتبار الأمر بالتنفيذ أمرا ولائيا يصدر في الشكل الذي تصدر فيه الأوامر على عرائض، فإنه يؤول الاختصاص بالفصل فيه لرئيس المجلس القضائي.

⁸⁶² أشار إلى هذا القرار: رشيد دحماني، "التعليق على القرار القضائي الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية لدى المحكمة العليا رقم: 1037542 والصادر بتاريخ: 2015/10/14"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 01 (عدد خاص)، 2021، ص583.

لكن، لم يكن هذا الرأي الوحيد بخصوص عدم اختصاص رئيس الغرفة التجارية والبحرية لمجلس قضاء بإصدار الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ، بل هنالك رأي آخر، حيث صدر قرار عن المحكمة العليا رقم: 1392935 بتاريخ: 14/11/2019⁸⁶³، بين الطاعنة شركة "التضامن بوخدير" والمطعون ضدها شركة ذ. م. م "سامسونغ انجينيرينغ"، حيث أن المبدأ يقضي بأنه: يجوز لرئيس المجلس النظر في استئناف الأمر الصادر عن رئيس المحكمة القاضي بإمهار حكم تحكيمي دولي بالصيغة التنفيذية.

إذ أنه: عن الوجه التلقائي المثار من قبل المحكمة العليا والمأخوذ من تجاوز السلطة، حيث لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ لحكم تحكيمي دولي إلا في الحالات الستة الواردة على سبيل الحصر بالمادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. إذ تفيد القراءة المتأنية والجيدة للمادة 1057 من نفس القانون، على أن يرفع الاستئناف المذكور أمام المجلس القضائي وليس أمام رئيسه. حيث يقصد بعبارة (المجلس القضائي) الغرفة التجارية والبحرية بالمجلس، وعليه، وبقبول الاستئناف وبقبوله الاستئناف أمر صادر عن رئيس المحكمة يقضي بإمهار حكم تحكيمي دولي بالصيغة التنفيذية، يكون السيد رئيس مجلس قضاء سكيكدة قد تجاوز سلطته بفعله ما كان عليه تركه وخالف أحكام المادة 1057 أعلاه على الخصوص معرضاً أمره المطعون فيه ودون حاجة للتطرق للوجه المثار.

حيث صادق الأمر المطعون فيه على الأمر المستأنف على أساس أنه جاء مطابقاً للنظام العام ويكون بذلك قد خالف المادة 1056 من القانون المذكور التي لا تسمح باستئناف الأمر القاضي بإمهار الحكم التحكيمي الدولي بالصيغة التنفيذية، إلا في الحالات الستة الواردة بها على سبيل الحصر وعلى الخصوص متى كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام، وعليه، ومتى كان مطابقاً له لا يقبل استئناف الأمر المذكور فكان عليه أن يقضي بعدم قبول الاستئناف ومنه تجاوز سلطته ثانية، وعرض أمره للنقض والإبطال.

حيث لم يبق من النزاع الإجرائي الحالي ما يتطلب الفصل فيه وعملاً بمقتضيات المادة 365 في فقرتها الأولى من نفس القانون، يتعين القول بأن يكون النقض دون إحالة. مع الملاحظة أن الفقرة

⁸⁶³ ملف رقم 1392935، المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ: 14/11/2019، متاح على الموقع الإلكتروني الآتي:

الثالثة من المادة 365 أعلاه تجيز للمحكمة العليا تمديد النقض دون إحالة للحكم السابق للقرار المنقوض في حالة ما إذا كان هذا الأخير قد ألغاه ولم تتطرق هذه المادة لحالة ما إذا صادق عليه كدعوى الحال.

وعليه يمكن القول: إن الأمر المستأنف يبقى قائما إلى حيث الطعن فيه بالاستئناف أمام الغرفة المختصة.

ب- ميعاد الاستئناف

بالرغم من أن المشرع الجزائري لم يحدد الحالات التي يمكن فيها رفع الاستئناف ضد الأمر القاضي برفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، إلا أنه حدد الميعاد الذي يرفع فيه الاستئناف الأمر أو الرفض للاعتراف والتنفيذ.

تنص المادة 1057 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "يرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد (1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة".

الفرع الثاني

الطعن بالنقض في الأحكام الفاصلة في الاستئناف

إن من بين سمات التحكيم أن أطراف العملية التحكيمية لا تريد أن تخضع منازعاتها للقاضي الوطني، ولا تحبذ طرق الطعن الخاصة بالأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الوطني، لكن المشرع الجزائري أجاز الطعن بالنقض في الأحكام الفاصلة في الاستئناف، فإذا ما صدر قرار عن المجلس القضائي يتعلق باستئناف الحكم التحكيمي، فإن القرار يكون قابلا للطعن بالنقض وليس الحكم التحكيمي من يكون كذلك.

وعلى عكس ذلك، وعلى سبيل المقارنة، نص المشرع المصري صراحة على أن أحكام التحكيم لا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليه في قانون المرافعات المدنية والتجارية. هذا فضلا على أن الطعن بالنقض يتعارض مع طبيعة التحكيم ويفرغه من كل قيمة له، وأهمها السرعة ويجعل التحكيم يؤول في النهاية إلى ذات مسار التقاضي أمام المحاكم بما يحمله هذا

الطريق من مساوئ، إذ يكون تحكيما ثم استئنافا ثم نقضا. ومنه، فأى جدوى من اللجوء للتحكيم؟ يتساءل بعض الفقه المصري⁸⁶⁴.

لكننا نرى، أن هذه المبررات لا أساس لها من الصحة، ذلك أن الطعن بالنقض الذي وجه إلى حكم الاستئناف محوره الحكم التحكيبي لا غير، أما عن توحيد أحكام القضاء بشأن التحكيم، فهو أمر لا يمكن تقديمه كمبرر، ذلك أن للقضاء قانون واحد تلتزم بتطبيقه حرفيا، بينما ما يصدر عن محاكم التحكيم هو نتيجة عن تطبيق القانون الذي وضعه أطراف النزاع التحكيبي ووفقا للإجراءات التي يحددها سلفا ويختارونها بكل حرية.

أولا: الجهة القضائية المختصة:

نصت المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و1056 و1058 أعلاه قابلة للطعن بالنقض".

يفهم من نص المادة أن الطعن بالنقض لا يكون على الأحكام التحكيمية وإنما على القرارات الصادرة من الجهة القضائية الناظرة في دعوى البطلان.

وتكون المحكمة العليا هي صاحبة الاختصاص وفقا لما ذكره قانون الإجراءات المدنية والإدارية من أحكام تنظم الطعن بالنقض، مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يأتي على ذكر الأوجه التي على أساسها يطعن بالنقض. وبالرجوع إلى النصوص العامة نجد المادة 358 من القانون السالف الذكر، تنص على هذه الأوجه.

ثانيا: ميعاد الطعن بالنقض

تنص المادة 354 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين (2) يبدأ من تاريخ التبليغ للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا.

ويمدد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة (3) أشهر، إذا تم التبليغ في موطنه الحقيقي أو المختار".

أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص227. 864

ويكون بذلك ميعاد الطعن بالنقض واضح بنص المادة السالفة الذكر وفي الحالات المذكورة في نص

المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تنص على أنه:

"لا ينبني الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية:

1- مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات.

2- اغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات.

3- عدم الاختصاص.

4- تجاوز السلطة.

5- مخالفة القانون الداخلي.

6- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الاسرة.

7- مخالفة الاتفاقيات الدولية.

8- انعدام الأساس القانوني.

9- انعدام التسبيب.

10- قصور التسبيب.

11- تناقض التسبيب مع المنطوق.

12- تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار.

13- تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثرت

بدون جدوى، وفي هذه الحالة يوجد الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ، وإذا

تأكد هذا التناقض يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول.

14- تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولاً، ولو كان

أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق انتهى بالرفض. وفي هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى

بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه، ويجب توجيهه ضد الحكمين، وإذا تأكد

التناقض، تقضي المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معاً.

15- وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار.

16- الحكم بما لا يطلب أو بأكثر مما يطلب.

17- السهو عن الفصل في أحد الطلبات الاصلية.

18- إذا لم يدافع عن ناقص الاهلية".

ثالثا: آثار الطعن بالنقض

خالف المشرع الجزائري غيره من التشريعات المقارنة كالقانون الفرنسي وكذا القانون المصري، مشيرا إلى الطعن بالنقض باعتباره طريقا غير عادي⁸⁶⁵ من طرق الطعن، والتي ليس لها أثر موقف، وبالتالي ليس لطرق الطعن الغير عادية توقيف تنفيذ الأحكام.

الفرع الثالث

الطعن في أحكام التحكيم في القانون المقارن والاتفاقيات

إن التوجه الجديد للعديد من القوانين المقارنة والاتفاقيات الدولية، نحو إصلاح الأحكام التحكيمية، جعلها تستغني عن تلك الطرق المقررة للطعن المتاحة في الأحكام القضائية. ولا شك أن هنالك من بين هذه التشريعات والقوانين من اعتمدت على طرق للطعن مماثلة لتلك التي اعتمدها المشرع الجزائري، وإن كانت غير متطابقة، ولكنها على العموم تعالج طرق الطعن في الأحكام التحكيمية، والتي منها ما تأثر به المشرع الجزائري، هذا بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية.

وعلى الرغم من هذا التباين في الأنظمة بشأن أساليب الطعن في أحكام التحكيم، إلا أنه هدفها كلها واحد، وهو التوفيق بين طبيعة التحكيم الخاصة وما يتطلبه النزاع من سرعة وفعالية واستقرار لحقوق الأطراف التي لجأت إليه، وبين ضرورة إصلاح الأحكام التحكيمية. إن الوصول إلى تحقيق هذا التوازن لا يتأتى إلا بتنظيم مثل هذه الطرق.

ولم يغب عن المشرع الفرنسي ولا المشرع المصري، ضرورة معالجة ما يقع في أحكام التحكيم من أخطاء على ضوء اختلاف التشريعات وأنظمة التحكيم المختلفة، نظرا لطبيعة نظام التحكيم، من حيث أنه يقوم على إرادة الأطراف في اختيار كل مراحل العملية التحكيمية وصولا إلى قابلية الحكم للطعن من عدمها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أننا لسنا بصدد مخاطبة محكمة من محاكم الدولة.

⁸⁶⁵ تجدر الإشارة إلى أن طرق الطعن غير عادية منصوص عليها في المادة 313 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهي اعتراض الغير الخارج عن الخصومة والتماس إعادة النظر والطعن بالنقض. أما طرق الطعن العادية فهي الاستئناف والمعارضة.

أولاً: طرق الطعن في القانون الفرنسي

أما ما تعلق بقانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم، فقد كان لا يشجع على التحكيم بل ويخاف من حلوله محل الدولة، وأبقى قدر المستطاع على سلطة القضاء وهيمنته على هذه الوظيفة الحساسة التي تمس بالسيادة الوطنية⁸⁶⁶. حيث كانت الطرق المعتمدة في القضاء هي التي اعتمدت في التحكيم من طريق للطعن بالاستئناف وكذا التظلم من أمر التنفيذ، بالإضافة إلى طريق التماس إعادة النظر.

أما ما تعلق بقانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، فيمكن القول بأن تطويراً شاملاً كاملاً في القواعد المنظمة للتحكيم، وخاصة المتعلقة بطرق الطعن في الأحكام التحكيمية، مميزاً بين الطعن في حكم التحكيم الداخلي وحكم التحكيم الدولي.

حذى المشرع الجزائري حذوه في تنظيمه للتحكيم التجاري الدولي، بتضمينه لأحكام خاصة وأخرى عامة يرجع فيها للقواعد العامة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما فرق بين أحكام التحكيم الصادرة داخل الجزائر وخارجها، وهو ما اعتمده المشرع الفرنسي كما أسلفنا ذكره، إذ اعتمد طرقاً للطعن ضد الحكم التحكيمي الداخلي والدولي كل على حدي، فبالنسبة للطعن في الحكم الداخلي، سمح المشرع الفرنسي بسلوك طريق واحد ولكن مع إجازة الطعن بالاختيار بين الطعن بالاستئناف أو الطعن بالبطلان في الأحكام التحكيمية.

بالنسبة للاستئناف ضد حكم التحكيم، فيكون أمام محكمة وطنية لمراجعة الحكم بشأن الأسس الموضوعية، ففي معظم الحالات، لا يكون مفتوحاً، إما لأن القانون لا يسمح بذلك، أو لأن الأطراف قد تنازلوا عنه بموجب اتفاقية التحكيم أو قواعد التحكيم، حيث يخضع استئناف أحكام التحكيم للتشريع الوطني وكذلك لاتفاقيات التحكيم⁸⁶⁷.

⁸⁶⁶ بركات علي، الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، 2003، ص 18.

⁸⁶⁷ WEHBE Fatima Sara, « Composantes multidimensionnelles de l'arbitrage : de la considération locale à l'interculturalité internationale », Thèse pour obtenir le diplôme de doctorat en Droit public, Préparée au sein de l'Université du Havre, 9 décembre 2016, p.226-227.

ولقد لاحظنا، أنه في التحكيم الداخلي نص قانون الإجراءات الفرنسي في مادته 1489 على أن "القرار غير قابل للاستئناف ما لم يرغب الأطراف في عكس ذلك". بينما ينص القانون الجزائري في مادته 1033 على أن: "...، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في الاتفاقية". وبالتالي، نستنتج أن صمت الأطراف في اتفاقية التحكيم يفسر بشكل مختلف في القانون الفرنسي عنه في القانون الجزائري، ففي الأول يعني بأن الأطراف تخلو عن الاستئناف بشكل غير مباشر، بينما يعني الثاني أن الطرفين يقبلان تقديم حكم التحكيم للاستئناف.

وفي نفس السياق، يرى البعض⁸⁶⁸ أن الاستئناف في القانون الفرنسي الجديد قد وضع حالاً لازدواجية النظام التي تتطلب أنه عندما يحكم القاضي ودياً، يُستبعد الاستئناف، ما لم يرغب الطرفان في عكس ذلك، في حين أن الاستئناف كان مفتوحاً عند حكمه بموجب القانون ما لم يقرر الطرفان خلاف ذلك. فتوضح المادة 1489 وتوحد أنظمة الاستئناف ضد حكم التحكيم سواء كان المحكمون قد حكموا في القانون أو كمفوضين بالصلح، بحيث أنه في كلتا الحالتين، لا يمكن الاستئناف إلا بشرط أن تكون الأطراف قد نصت عليه صراحة. وهو ما يسمى بالاستئناف المشروط.

ولتفصيل أكثر حول هذه النقطة، فإن استئناف الأحكام الصادرة من المحكم المقيّد بالقانون، تكون في حالة ما إذا كان المحكم ملزماً بالفصل في النزاع طبقاً لقواعد القانون، فإن حكمه يصدر قابلاً للطعن فيه بالاستئناف ما لم يتنازل الأطراف عن هذا الحق، ذلك أن المفروض في الخصوم عدم الاقدام على ذلك. يكون تنازل الأطراف عن الحق في الاستئناف صريحاً في الاتفاق على التحكيم سواء أكان هذا الاتفاق شرطاً أو مشاركة⁸⁶⁹.

بهذا الصدد، وفي ظل القانون الفرنسي القديم، أثارت المسألة السالفة الذكر صعوبات إذا ما كان التحكيم منعقداً بناءً على شرط التحكيم، حيث كان يجيز التنازل عن الاستئناف، وجعلت من التنازل قبل مشاركة التحكيم محرماً، ولكن سرعان ما تدخل القضاء الفرنسي بالتسوية بين الشرط والمشاركة⁸⁷⁰.

⁸⁶⁸ MOHAMED EL MEHDI Najib, « L'intervention du juge dans la procédure arbitrale », Thèse pour obtenir le diplôme de doctorat en Droit privé, Préparée au sein de l'Université de Bordeaux, 9 juin 2016, p.176.

بركات على، المرجع السابق، ص24. ⁸⁶⁹
المرجع نفسه. ⁸⁷⁰

وبصدور قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، عادت المشكلة إلى الظهور من جديد، بعدم إجازة التنازل عن الاستئناف قبل حدوث النزاع، ما جعل العديد من المحاكم تطبق القاعدة، ولكن سرعان ما تدخلت محكمة النقض بعدم انطباق هذه القاعدة، وأجازت التنازل عن الحق في الاستئناف ولو تم كبنء في شرط التحكيم، ومن ثمة، تبعها في ذلك قضاء مستقر لمحكمة استئناف باريس. مع ذلك عادت إحدى المحاكم الفرنسية إلى القضاء مرة أخرى بعدم انطباق هذا التنازل على من يتدخل انضمامياً لمصلحة أحد الأطراف، غير أن هذا تعرض للنقد، ذلك أن من يتدخل انضمامياً في الخصومة التحكيمية يعد بمثابة أحد أطراف النزاع، ومنه ليس له الحق في القول بعدم انطباق أحد شروط هذا الاتفاق على نفسه⁸⁷¹.

أما عن استئناف الأحكام الصادرة من المحكم المفوض بالصلح، فإن تفويضه هذا عكس تفويضه المقيد بالقانون، إذ يجعل من الأحكام الصادرة عنه غير قابلة للطعن فيها بالاستئناف، إلا أن يحتفظ الأطراف بحقهم في طلب الاستئناف.

وقد اعتبر المشرع الفرنسي أن مجرد تفويض المحكمين بالصلح يعتبر تنازلاً عن الحق في الاستئناف، نتساءل: لماذا؟

إن أول ما يتبادر إلى الذهن هو أن المحكم المفوض بالصلح يفصل طبقاً لقواعد العدالة، فما السبيل لمراقبة هذا الحكم من طرف القاضي الوطني وهو ملزم بتطبيق قواعد القانون، وهذا يظهر عدم التوافق بين التفويض بالصلح كفكرة والاستئناف كطريق للطعن. ثم أنه لو احتفظ الأطراف بالحق في سلوك طريق الاستئناف بالرغم من تفويضهم المحكمين بالصلح، فالمادة 1483 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي نصت على أنه على القاضي الوطني أن يفصل في الطعن كمفوض بالصلح عندما يكون المحكمون مفوضون بهذه الصفة.

وبعبارة أخرى، يعكس القانون الجديد المبدأ السابق الذي بموجبه، في حالة عدم وجود نص مخالف من قبل الأطراف، كان استئناف الحكم مفتوحاً ضد حكم التحكيم (المادة السابقة 1482). من الآن فصاعداً، يجب على الأطراف النص صراحةً على ذلك إذا كانوا يعتمرون الاحتفاظ بالحق في

على بركات، المرجع السابق، ص 24⁸⁷¹

الاستئناف ضد حكم التحكيم⁸⁷². وبخلاف ذلك، فإن المبدأ هو أنه يُفترض أنهم قد تنازلوا عن طريقة الطعن هذه (المادة 1489).

ويعد هذا تغييرًا مهمًا ومرحبًا به نتج عن الإصلاح. وبالتالي فهو مشابه للاستئناف أمام محاكم الدولة. وتمنح محاكم الدولة المتقاضين حق الطعن بالاستئناف، إذا لم يكتف أحدهم بالحكم الابتدائي، وتوفرت الشروط القانونية للاستئناف. وبالتالي، فإن المتقاضين في نزاع أمام المحاكم الوطنية لا يتمتعون بحرية الاختيار كما هو الحال في التحكيم. وبالتالي، فإن محاكم الدولة أقل شهرة، لأن هذه الأخيرة لا يمكنها التنازل عن حقها في الاستئناف، وهو ما قد يكون غير موات، في بعض الحالات، للطرف الآخر، لا سيما في المنازعات التي يلعب فيها الوقت دورًا مهمًا⁸⁷³.

كما وأنه إضافة إلى هذين الطريقتين، أقر المشرع الفرنسي طرقًا غير عادية فيما يتعلق بالطعن في حكم التحكيم الداخلي، فالطعن بالاستئناف جائز في الحكم الذي يصدر من المحكم المقيد بقواعد القانون، أما الحكم الذي يصدر من المحكم المفوض بالصلح فلا يقبل الطعن فيه بطريق الاستئناف⁸⁷⁴. كما أن المشرع الفرنسي أقر اختيار طريق ثاني بالنسبة للذين لم يلجؤوا للطريق السالف الذكر، بأن يطعنوا بالبطلان في الحكم التحكيمي قصد ابطاله، ودعوى البطلان هنا هي دعوى أصلية، ذكرت الحالات التي على أساسها يطعن بالبطلان⁸⁷⁵، وهي نفسها حالات الطعن بالاستئناف، غير أن المشرع الجزائري أضاف حالة على الحالات المذكورة في التشريع الفرنسي وهي حالة عدم تسبب الحكم أو تناقض الأسباب.

أما الطرق الخاصة بالطعن في أحكام التحكيم غير عادية والتي أقرها قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، فهي اعتراض الخارج عن الخصومة⁸⁷⁶ والتماس إعادة النظر⁸⁷⁷.

⁸⁷² MOHAMED EL MEHDI Najib, op. cit., p.176-177.

⁸⁷³ WEHBE Fatima Sara, op. cit., p.228.

⁸⁷⁴ بركات علي، المرجع السابق، ص 23.

⁸⁷⁵ المادة 1520 من ق ا م الفرنسي.

⁸⁷⁶ من المعروف طبقا - لمبدأ نسبية أثر إجراءات المرافعات - أن حكم التحكيم لا يعتبر حجة على الغير، ولكن لما كان من الجائز أيضا أن يضار الغير من مثل هذا الحكم فقد أجاز له المشرع تقديم اعتراض الخارج عن الخصومة. نقلا عن: بركات علي، المرجع السابق، ص 29.

وعلى العموم، تؤدي طرق الطعن العادية إلى تعليق تنفيذ الحكم في حين أن طرق الطعن غير العادية لا تؤثر على تنفيذ حكم التحكيم ولا تؤدي إلى تعليقه⁸⁷⁸.

كما أن المشرع الفرنسي قد أدرج أحكاما خاصة بالطعن في حكم التحكيم الدولي، طريقا واحدا يتعلق بدعوى البطلان، مستبعدا الطعن بالاستئناف والطعن بالتماس إعادة النظر والطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة. ومنه، كل من التشريعين الجزائري والفرنسي قد أدرجا أحكاما تتعلق بالتحكيم الداخلي وأخرى تتعلق بالتحكيم الدولي.

أما ما تعلق بالجهة المختصة بالنظر في الأمر الذي يسمح بالاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي في القانون الفرنسي، فإن النظر بهذا الخصوص يؤول حسب نص المادة 1525 لنفس محكمة الاستئناف، وأما ميعاد الاستئناف، فقد حددته المادة 1525 والمادة 1523 بشهر من تاريخ التبليغ بأمر رفض الاعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي.

ثانيا: طرق الطعن في القانون المصري

قبل صدور قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 كان طريق الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم والتماس إعادة النظر جائز، غير أنه وبعد صدور قانون التحكيم لم يتح المشرع المصري إلا طريق الطعن بالبطلان.

إذ جاء في المادة 1/52 من قانون التحكيم المصري أن أحكام التحكيم التي تصدر طبقا لأحكام هذا القانون لا تقبل الطعن فيها بأية طريقة من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، فحكم التحكيم وفقا لقانون التحكيم الحالي لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف ولا بالتماس إعادة النظر ولا الطعن بالنقض.

وقد يفهم من سلوك المشرع المصري هذا الطريق فيما يخص طرق الطعن في أحكام التحكيم هو حرصه على تحقيق نظام التحكيم للحماية القضائية بالسرعة⁸⁷⁹ التي يتطلبها ومن

⁸⁷⁷ التماس إعادة النظر هو طريق طعن غير عادي يرفع ضد الأحكام إذا كانت هذه الأحكام قد صدرت بناء على افتراضات واقعية غير صحيحة. نقلا عن: بركات علي، المرجع السابق، ص31.

⁸⁷⁸ WEHBE Fatima Sara, op. cit., p.239

دون فرض أية رقابة على أحكام التحكيم، وهذا بخلاف الأحكام القضائية التي يمكن مراجعتها والظعن فيها⁸⁸⁰.

وبالرغم من أن باب الظعن في حكم التحكيم في القانون المصري ضيق، سواء بطريق عادي أو غير عادي، إلا أنه سمح بفتح باب الظعن بالبطلان في الحكم التحكيمي⁸⁸¹، برفع دعوى بطلان حكم التحكيم عند توافر الحالات المذكورة في المادة 53 وكذا أن ترفع الدعوى وفقا لما هو مبين في نص المادة 54.

وحالات الظعن بالبطلان وفقا لهذا القانون هي⁸⁸²:

1- لا تقبل دعوى البطلان إلا في الأحوال الآتية:

- (أ) إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلا أو قابلا للإبطال أو سقط بانتهاء مدته.
- (ب) إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقا للقانون الذي يحكم أهليته.
- (ج) إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلانا صحيحا 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 المحكمين 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 بطلانا أثر في الحكم.

⁸⁷⁹ للاطلاع أكثر حول موضوع السرعة في التحكيم، راجع: مومي سعد، "البت في النزاع بسرعتين في مجال التحكيم الدولي والداخلي"، دفاتر المجلس الأعلى، المرجع السابق، ص 19-27.

⁸⁸⁰ بن سعيد لزهري، المرجع السابق، ص 380.

⁸⁸¹ المرجع نفسه، ص 381.

⁸⁸² المادة 53 من قانون التحكيم المصري. متاح على الموقع الإلكتروني التالي:

2- وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية".

أما الشروط المتعلقة برفع الدعوى فهي كالتالي⁸⁸³:

"1- ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوما التالية لتاريخ اعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعي البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم.

2- 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 أصلا بنظر النزاع".

إن دعوى البطلان في التشريع المصري ليست طريقا للطعن في حكم التحكيم ولا درجة ثانية من درجات التقاضي، وإنما طريقا خاصا من طرق الطعن في الأحكام التحكيمية، تهدف إلى إزالة الشوائب التي يمكن أن تكسو الحكم التحكيمي، وكذا العيوب التي من شأنها التأثير على صحة هذا الأخير ومن دون الأخذ بعين الاعتبار موضوع النزاع⁸⁸⁴.

خالف المشرع المصري بهذا المشرع الجزائري والفرنسي، وجعل نطاق الطعن بالبطلان أوسع من التشريعين السالفي الذكر بالسماح للقاضي بالنظر في دعوى بطلان حكم التحكيم إذا كان التحكيم داخل الأراضي المصرية إذا كانت المنازعة التحكيمية ذات طابع دولي أو حتى إذا جرى التحكيم خارج مصر وكان القانون المصري هو المطبق على الإجراءات التحكيمية بناء على ما اتفق عليه أطراف المنازعة التحكيمية سلفا⁸⁸⁵.

⁸⁸³ المادة 54 من قانون التحكيم المصري. متاح على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.e-lawyerassistance.com>

⁸⁸⁴ على بركات، المرجع السابق، ص39.

⁸⁸⁵ معمر حيتالة، سي فضيل الحاج، المرجع السابق، ص98.

ثالثاً: طرق الطعن في الاتفاقيات الدولية

إن الهدف من الاتفاقيات الدولية والمعاهدات الخاصة بالتحكيم الثنائية والعامّة المتعددة الأطراف، والتي من بينها ما يعتبر بمثابة الميثاق العالمي للتحكيم التجاري الدولي، هو تعزيز التحكيم التجاري الدولي والمساعدة في إنفاذ الأحكام التحكيمية وتقديم السند المتمثل في قواعد التحكيم المختلفة والتي من بينها القواعد المتعلقة بالطعون في الأحكام التحكيمية.

هذا بالإضافة إلى قواعد اللجان الدولية كالقواعد الموضوعية من طرف لجنة قانون التجارة الدولية الأونسترال، وكذا قواعد المراكز والهيئات التحكيمية والغرف التحكيمية الدولية، والتي تنظم طرق طعن في الأحكام التحكيمية لتقتدي بها التشريعات الداخلية الوطنية كنموذج.

1- اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية:

بالرجوع إلى اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية نجدها تنص على أنه⁸⁸⁶:

1- لا يجوز رفض الاعتراف بالقرار وتنفيذه، بناء على طلب الطرف المحتج ضده بهذا القرار، إلا إذا قدم ذلك الطرف إلى السلطة المختصة يطلب إليها الاعتراف والتنفيذ ما يثبت:

(أ) أن طرفي الاتفاق المشار إليه في المادة الثانية كانا، بمقتضى القانون المطبق عليهما، في حالة من حالات انعدام الأهلية أو كان الاتفاق المذكور غير صحيح بمقتضى القانون الذي أخضع له الطرفان الاتفاق أو إذا لم يكن هنالك ما يشير إلى ذلك، بمقتضى قانون البلد الذي صدر فيه القرار، أو

(ب) أن الطرف الذي يحتج ضده بالقرار لم يخطر على الوجه الصحيح بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان لأي سبب آخر غير قادر على عرض قضيته، أو

⁸⁸⁶ المادة 5 من الاتفاقية، متاحة على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://uncitral.un.org>

(ج) أن القرار يتناول خلافا لم تتوقعه أو لم تتضمنه شروط الإحالة إلى التحكيم، أو أنه يتضمن قرارات بشأن مسائل تتجاوز نطاق الإحالة إلى التحكيم، على أن يراعى في الحالات التي يمكن فصل القرارات المتعلقة بالمسائل التي تخضع للتحكيم وتنفيذ هذا الجزء، أو

(د) أن تشكيل هيئة التحكيم أو أن إجراءات التحكيم لم تكن وفقا لاتفاق الطرفين أو لم تكن في حالة عدم وجود

مثل هذا الاتفاق، وفقا لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم، أو

(هـ) أن القرار لم يصبح بعد ملزما للطرفين أو أنه نقض أو أوقف تنفيذه من قبل سلطة مختصة في البلد الذي صدر فيه أو بموجب قانون هذا البلد.

2- يجوز كذلك رفض الاعتراف بقرار التحكيم ورفض تنفيذه إذا تبين للسلطة المختصة في البلد الذي يطلب فيه الاعتراف بالقرار وتنفيذه:

(أ) أنه لا يمكن تسوية موضوع النزاع بالتحكيم طبقا لقانون ذلك البلد، أو

(ب) أن الاعتراف بالقرار أو تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة لذلك البلد.

ومن استقراءنا لنص المادة، يتضح أنه لم تذكر طرق الطعن في أحكام التحكيم في اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية سوى بطريقة غير مباشرة، إذ يمكن أن يبطل الحكم التحكيمي من طرف السلطة المختصة في الدولة التي صدر فيها الحكم التحكيمي أو البلد الذي صدر فيه.

2-الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي:

تم النص على طرق الطعن في الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي في المادة التاسعة منها، بحيث عدت أسباب ابطال الحكم التحكيمي مع اشتراط أن يكون الابطال المتعلق بالحكم قد صدر في دولة متعاقدة ومنظمة إلى الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، والغاية من ذكر

هذا الشرط يتمثل في أن يكون هنالك أثر بالنسبة لحكم الابطال لدى الدول المتعاقدة الأخرى في الاتفاقية، حتى يسهل التنفيذ على أراضيها⁸⁸⁷.

وقد جاء في نص المادة ما يلي:⁸⁸⁸

1- أن إلغاء حكم تحكيمي خاضع لهذه الاتفاقية في بلد ما متعاقد لا يشكل سببا لرفض الاعتراف أو لرفض التنفيذ في بلد آخر متعاقد إذا كان هذا الإلغاء قد تم، في البلد الذي صدر فيه الحكم التحكيمي أو وفقا للقانون الذي صدر فيه الحكم التحكيمي في نطاقه لأحد الأسباب التالية:

(أ) إذا كان فرقاء الاتفاقية غير صحيحة بموجب القانون الذي أخضعها الفرقاء إليه، أو في حال إغفال الإشارة إلى ذلك بموجب قانون البلد الذي صدر فيه الحكم، أو،

(ب) إذا كان الفريق الذي طلب الابطال لم يجر تبليغه أصولا بتعيين المحكم أو بالأصول الإجرائية أو إذا كان قد تعذر عليه لأي سبب آخر أن يبدي أدلته. أو،

(ج) إذا كان الحكم التحكيمي متعلقا بنزاع لم يشر إليه في الاتفاق التحكيمي أو لم يجر إدخاله في أحكام الشرط التحكيمي أو أنه يشتمل على قرارات تتجاوز أحكام الاتفاق التحكيمي أو الشرط التحكيمي.

وعلى كل إذا كانت أحكام الحكم التحكيمي المتعلقة بالقضايا الخاضعة للتحكيم يمكن فصلها عن القضايا غير خاضعة له فإن بالإمكان الإحجام عن إلغاء الأحكام الأول، أو،

(د) إذا كان تشكيل المحكمة التحكيمية أو الأصول الإجرائية للتحكيم لم تكن متطابقة مع اتفاق الفرقاء أو في حال عدم حصول اتفاق على أحكام المادة 4 من هذه الاتفاقية.

⁸⁸⁷ حيثالة معمر، سي فضيل الحاج، المرجع السابق، ص 99-100.

⁸⁸⁸ المادة التاسعة من الاتفاقية. متاحة على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.aifca.com>

2- في العلاقات القائمة ما بين الدول المتعاقدة والمشاركة كذلك في اتفاقية نيويورك 10 حزيران 1958 حول الإقرار بالأحكام التحكيمية الأجنبية وتنفيذها فإن الفقرة 1 من هذه المادة تؤدي إلى أن يحصر بأسباب الإبطال التي تحددها تطبيق المادة 5 فقرة (1) (هـ) من اتفاقية نيويورك.

3- معاهدة واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار:

عاجت كل من المادتين 51 و52 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشئة للمركز طرق الطعن في أحكام التحكيم وهي الطعن بطلب إعادة النظر، إذ تجيز اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار هذا الطريق كمسلك أول إذا ما ظهرت وقائع من شأنها إضافة أو توضيح معلومات لم يتم الاستناد إليها من طرف طالب إعادة النظر عند صدور الحكم التحكيمي.

وهذا وفقا لما نصت عليه المادتين السالف ذكرهما، إذ ذكرت المادة 51 من اتفاقية واشنطن أن هنالك طريقتين للطعن، إما أن يتخذ الأطراف طريق الطعن بطلب إعادة النظر أو طريق الطعن بالبطلان، أما طريق الطعن بطلب إعادة النظر فيشترط أن تظهر وقائع جديدة في النزاع لم تكن معلومة وقت صدور الحكم التحكيمي، ويشترط في الوقائع أن تكون ماثرة في الحكم التحكيمي بطريقة واضحة وبشكل جوهري، ومجهولة لدى الطرف أو الأطراف التي تقدمت للمحكمة بغية الطعن بإعادة النظر في الحكم التحكيمي ولدى المحكمة أثناء سير الإجراءات التحكيمية وقبل اصدار الحكم التحكيمي، وأن يكون الجهل بهذه الوقائع من طرف الطرف أو الأطراف طالبة إعادة النظر لا يرجع إلى خطأ أو إهمال صدر منها.

هذا ويتقدم الطرف أو الأطراف طالبة الطعن بإعادة النظر في أجل 90 يوما من يوم اكتشافهم للواقعة، وكحد أقصى في أجل ثلاث سنوات من التاريخ الذي صدر فيه الحكم التحكيمي.

وتجدر الإشارة، إلى أنه يمكن تقديم الطلب إما أمام المحكمة التي أصدرت الحكم التحكيمي أو أمام محكمة جديدة تشكل وفقا للقواعد المعمول بها في حالة عدم إمكانية تقديم الطلب أمام المحكمة التي قامت بإصدار الحكم التحكيمي، ويترتب على تقديم هذا الطلب وقف تنفيذ الحكم التحكيمي إذا تم تقديمه خلال تقديم طلب إعادة النظر.

وبالنسبة للأثار التي يرتها الطعن بإعادة النظر، هي وقف تنفيذ الحكم التحكيمي، ويكون ذلك إما بطلب أحد الأطراف أو بقرار من المحكمة إذا رأت ذلك، على أن يتم تقديم طلب وقف التنفيذ خلال طلب إعادة النظر.

وقد جاء في نص المادة ما يلي:⁸⁸⁹

1- يجوز لكل الأطراف أن تطلب كتابة إلى السكرتير العام إعادة النظر في الحكم بسبب اكتشاف واقعة من شأنها أن تؤثر بشكل قاطع في الحكم، بشرط أن تكون هذه الواقعة مجهولة قبل النطق بالحكم من قبل كل من المحكمة والطرف الطالب إعادة النظر في الحكم بسبب اكتشاف واقعة من شأنها أن تؤثر بشكل قاطع في الحكم، بحيث أن تجاهلها لم يكن راجعا إلى خطأ الطالب.

2- يجب أن يقدم طلب إعادة النظر خلال التسعين يوما التالية لاكتشاف الواقعة الجديدة، وفي جميع الأحوال خلال السنوات الثلاث التالية لصدور الحكم.

3- ويجب أن يعرض الطلب بقدر الإمكان على ذات المحكمة التي أصدرت الحكم المطلوب إعادة النظر فيه. وإذا تعذر ذلك تشكل محكمة جديدة للنظر فيه طبقا للقسم الثاني من هذا الفصل.

4- ويجوز للمحكمة متى قدرت أن الظروف تتطلب ذلك، أن تقرر وقف تنفيذ الحكم إلى أن تفصل في طلب إعادة النظر، وإذا طلب الخصم- في صدد إعادة النظر- وقف تنفيذ الحكم فإن التنفيذ يوقف مؤقتا حتى تفصل المحكمة في هذا الطلب."

بالإضافة إلى طريق الطعن بطلب إعادة النظر يسمح بالطعن بالبطان، الذي هو الطريق الثاني للطعن في الأحكام التحكيمية الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والذي أنشأته هذه الاتفاقية، ويتم هذا الطعن أمام لجنة تتشكل من رئيس المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يضم ثلاثة محكمين يحملون جنسيات مختلفة عن تلك التي يحملها الأطراف وفقا لنظام المركز.

⁸⁸⁹ المادة 51 من الاتفاقية. متاحة على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.aifca.com>

وتتمثل حالات البطلان حسب معاهدة واشنطن والمنصوص عليها في المادة 52 في:

- حالة وقوع خطأ في تشكيل المحكمة التحكيمية كان يكون أحد المحكمين حاملاً لجنسية أحد الأطراف مثلاً.
- حالة تعدي المحكمة إلى سلطة غير تلك المعهودة إليها.
- حالة عدم صلاحية أحد أعضاء المحكمة.
- إهمال اجراء أو إجراءات أساسية وجوهريّة، كعدم احترام مبدأ الوجاهية أو حقوق الدفاع، إذ أن هذا الانتهاك يعد من بين الأسباب التي تؤدي إلى بطلان الحكم التحكيمي.
- عدم قيام المحكمة بتسبيب الأحكام التي تصدرها، وقد يعود هذا لفشلها في القيام بذلك أو اغفال الحكم التحكيمي لبيان الأسباب التي بني عليها هذا الحكم.

4-القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي:

ذكر القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على طريق الإلغاء كوسيلة واحدة ووحيدة للطعن، وذلك في مادته الرابعة والثلاثين 34 حيث جاء في نصها أنه⁸⁹⁰:

"1- لا يجوز الطعن في قرار التحكيم أمام احدى المحاكم إلا بطلب يقدم وفق الفقرتين (2) و (3) من هذه المادة،

2- لا يجوز للمحكمة المسماة في المادة 6 أن تلغي قرار التحكيم إلا إذا:

(أ) قدم طالب الإلغاء دليلاً يثبت:

"1" أن أحد طرفي التحكيم المشار إليه في المادة (7) مصاب بأحد عوارض الأهلية، أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح بموجب القانون الذي أخضع الطرفان الاتفاق له، أو بموجب قانون هذه الدولة في حالة وجود ما يدل على أنهما فعلاً ذلك أو

"2" أن الطرف طالب الإلغاء لم يبلغ على وجه صحيح بتعيين أحد المحكمين أو بإجراءات التحكيم أو أنه لم يستطع لسبب آخر أن يعرض قضية، أو

⁸⁹⁰ المادة 34 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي. متاح على الموقع الإلكتروني:

<https://uncitral.un.org>

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

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

"5" أن قرار التحكيم لم يصبح بعد ملزماً للطرفين، أو أنه قد ألغته أو أوقفت تنفيذه إحدى محاكم البلد الذي صدر فيه ذلك القرار أو بموجب قانونه، أو

(ب) قررت المحكمة:

"1" أن موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقاً لقانون هذه الدولة، أو

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

"3" لا يجوز تقديم طلب الإلغاء بعد انقضاء ثلاثة أشهر من يوم تسلم الطرف صاحب الطلب قرار التحكيم أو من اليوم الذي حسمت فيه هيئة التحكيم في الطلب الذي كان قد قدم بموجب المادة 33، إذا كان قدم مثل هذا الطلب.

"4" يجوز للمحكمة، عندما يطلب منها إلغاء قرار التحكيم، أن توقف إجراءات الإلغاء، إن رأت أن الأمر يقتضي ذلك وطلبه أحد 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."

المبحث الثاني

الاختصاصات الحصرية للقاضي الوطني لإبطال حكم التحكيم

إن كلا من صفات المحكم، الضمانات التي يوفرها إجراء التحكيم، الشروط التي تسود لإصدار الأحكام، كل هذا لا يوفر اليقين المطلق فيما يتعلق بجودة الأحكام التحكيمية استناداً إلى قول الأستاذ علي بن شهاب⁸⁹¹.

إذ أن من بين أهم المسائل التي تنتظر بعد إصدار الحكم التحكيمي من الأطراف المعنية بمراجعة الحكم التحكيمي هي إخضاعه للطعن، سواء أكان هذا التحكيم داخلياً أو دولياً أو مقيداً بقوانين أو مفوضاً بالصلح أو كان خاصاً أو مؤسسياً تابعاً لمركز معين مثلاً⁸⁹²، وهذا حفاظاً على حقوق الأطراف التي تتضرر من الأخطاء المرتكبة من طرف المحكمة التحكيمية واغفالها للعديد من المسائل في النزاع⁸⁹³.

يتم اللجوء إلى الطعن بإبطال الحكم التحكيمي، جزئياً أو نهائياً، غير أن المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، لا تميز بين ذلك، فالإبطال له معنى محدد، إنه ليس طعناً بالنقض ولا استئنافاً تم تشكيكه بغرض الإبطال، إذا لزم الأمر، حكم التحكيم الذي صدر حتى، في حالة عدم وجود أحكام محددة، يبدو أن الإجراء المعمول به أمام المحاكم يجب أن يتم تطبيقه، ليس المقصود من الطعن بالبطلان، في الواقع، أن يؤدي إلى جديد الحكم في النزاع الذي كان على المحكم معرفته بالفعل⁸⁹⁴.

إن الهدف من هذا الطعن المحدد هو فقط التحقق من انتظام حكم التحكيم الصادر وليس التحقق من صحة الحلول المقدمة من المحكم. عندما يتعلق الأمر بالطعن بالبطلان، يقتصر

⁸⁹¹ BENCHENEB Ali., op. cit., p.292

⁸⁹² بركات علي، المرجع السابق، ص 06.

⁸⁹³ المرجع نفسه، ص 07.

⁸⁹⁴ BENCHENEB Ali., op. cit., p293-294.

الفحص من قبل القاضي على فحص وحيد لحكم التحكيم من أجل تحديد ما إذا كان ينبغي رفض الطعن أو قبول الطعن في حكم التحكيم⁸⁹⁵.

وبالرغم من أهمية فتح باب الطعن والمراجعة ضد الأحكام التحكيمية، إلا أن حصرها أهم، وهذا حفاظا على طبيعة نظام التحكيم من جهة، ومن جهة أخرى، تجنب إخضاع الأحكام التحكيمية لنفس طرق الطعن المعتمدة في القضاء الوطني⁸⁹⁶.

هذا وتتباين التشريعات الحديثة كثيرا في تنظيمها لطرق الطعن للأحكام التحكيمية، منها التي تقر طرقا معينة غير تلك التي تعتمدها في الأحكام القضائية كالقانون المصري الذي يجيز رفع دعوى وحيدة وهي دعوى البطلان على سبيل المثال، ومنها التي تخضع للطرق الطعن القضائية الأحكام التحكيمية بالاستئناف وبالتماس إعادة النظر وبدعوى البطلان⁸⁹⁷.

أما في القانون المصري، فقد أقر اللجوء إلى الطعن في كل قوانين المرافعات التي أقرها منذ 1875، ولكنه عالجهما بطرق مختلفة، سواء في قانون المرافعات المختلط الصادر سنة 1875، أو في قانون المرافعات الأهلي الصادر سنة 1883، أو قانون المرافعات الصادر سنة 1949، أو قانون المرافعات الصادر سنة 1968، إذ أجاز قانون المرافعات المختلط ومن بعده قانون المرافعات الأهلي، الطعن في أحكام التحكيم بطريق الاستئناف ما لم يتفق الخصوم على استبعاده، سواء بالنص الصريح على هذا الاستبعاد أو بتفويض المحكمين بالصلاح، فلم تكن أحكام المحكمين المصالحين تقبل الاستئناف على الإطلاق، كما أجاز نفس القانون الاعتراض على أمر التنفيذ ولكن هذه المعارضة لم تكن جائزة إلا في الأحوال التي لا يجوز فيها الاستئناف، فإذا كان هذا الأخير جائزا فلا تقبل المعارضة ويجب رفع الاستئناف.

أما قانون المرافعات لسنة 1949 فقد أجاز الطعن في حكم التحكيم بالاستئناف وبالتماس إعادة النظر، بالإضافة إلى إجازته رفع دعوى أصلية ببطلان الحكم التي حلت مكان الاعتراض على

⁸⁹⁵ BENCHENEB Ali, p.293-294.

⁸⁹⁶ بركات علي، المرجع السابق، ص 07.

⁸⁹⁷ المرجع نفسه، ص 11.

أمر التنفيذ، وكان الاستئناف جائزا ضد أحكام المحكمين مثله مثل الأحكام القضائية، ولكنه كان ممنوعا في حالة ما إذا كان المحكم مفوضا بالصلح⁸⁹⁸.

أما دعوى البطلان فقد حلت محل الأمر بالتنفيذ وكانت لا تقبل إلا في حالة عدم جواز الاستئناف، أي أنه في حالة كان الاستئناف جائزا يرفع إلزاما لإبداء كل الاعتراضات على الحكم التحكيمي، فإذا ما رفع استئناف ورفض أو فات ميعاده بالنسبة للخصوم، فلا طريقة لرفع دعوى البطلان⁸⁹⁹.

أما عن قانون التحكيم المصري لسنة 1994، فقد أحدث ثورة حقيقية في مجال التحكيم عامة وفي مجال طرق الطعن في الأحكام التحكيمية بصفة خاصة، فقام باستبعاد أسبل المراجعة الخاصة بالأحكام التحكيمية وأجاز فقط دعوى البطلان.

قصد المشرع المصري بإجازة هذه الدعوى حصرا بمواجهة ما يعترى الأحكام التحكيمية من عيوب دون كل الطرق العادية وغير العادية التي يطعن من خلالها ذوو المصلحة ضد هذه الأحكام، ودون أن يتبنى نظام التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، على عكس ما فعل المشرع الفرنسي، والذي قام بالتفرقة بين هذين النوعين من التحكيم، حيث أبقى على الاستئناف كأصل ودعوى البطلان كطريقتين للطعن في أحكام التحكيم الداخلي، أما في مجال التحكيم الدولي فقد جعل من دعوى البطلان الطريق الوحيد مستبعدا الطرق الأخرى.

وحتى يتسنى لنا فهم النصوص الخاصة بالطعن في الأحكام التحكيمية في القانون الجزائري، لابد من التطرق لحالات الطعن طبقا لطرق وإجراءات رفعها وكذا الفصل فيها بالتبعية، وبهذا سنتطرق إلى البحث في إجراءات دعوى البطلان وقواعد الفصل فيها (المطلب الأول)، ثم سنتطرق إلى حالات الطعن بالبطلان، باعتباره الطريق الوحيد للطعن المعتمد من طرف المشرع الجزائري (المطلب الثاني).

بركات علي، المرجع السابق، ص 38. ⁸⁹⁸

⁸⁹⁹ المرجع نفسه.

المطلب الأول

المحكمة المختصة بدعوى الطعن بالبطلان وقواعد الفصل فيها

إنه ومن بين الأمور المثيرة للدهشة-على حد قول الأستاذة حفيظة السيد الحداد-، أنه يوجد اتفاق واضح بين القوانين بخصوص فكرة مراجعة الأحكام التحكيمية⁹⁰⁰، وبالتحديد طريق الطعن بالبطلان المقرر من طرفها، إلى جانب طرق أخرى لمراجعة للأحكام التحكيمية، إلا أن هذه الأخيرة محل خلاف بين الأنظمة القانونية⁹⁰¹.

ولما كان طريق الطعن بالبطلان محل دراستنا لابد من تبيان المقصود بدعوى البطلان والمحكمة المختصة بها (الفرع الأول)، ثم التطرق بعد ذلك لقواعد الفصل فيها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المقصود بدعوى البطلان والمحكمة المختصة بها

نصت المادة 1059 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري على وجوب رفع دعوى البطلان وممارسة هذا الطعن أمام المحكمة التي صدر الحكم في نطاق اختصاصها.

من الواضح أن هذا هو الحكم الصادر في الجزائر، بحيث لا يمكن إعلان عدم قبول الطعن المقدم أمام القاضي الجزائري بشأن حكم صدر في الخارج، بما في ذلك عندما يطبق القانون الموضوعي أو حتى الإجرائي الجزائري. ومع ذلك، فإن هذا الحكم يترك مجالاً، على الأقل من الناحية النظرية، لإمكانية تجزئة هذا النوع من التقاضي المختص أمام جميع المحاكم الجزائرية كما في القانون الفرنسي الذي من الواضح أنه ألهم الحل الجزائري⁹⁰².

أولاً: المقصود بدعوى البطلان

دعوى البطلان هي تلك الدعوى التي ترفع بالطرق العادية لرفع الدعاوى، كما أنها دعوى تخرج عن سلطة المحكمة التحكيمية وتدخل في سلطة القضاء الذي يتولى الفصل فيها، والهدف

⁹⁰⁰ حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 11.

⁹⁰¹ المرجع نفسه، ص 11.

⁹⁰² BENCHENEB Ali., op. cit., p310.

المرجو من وراء رفعها هو توقيع الجزاء المقرر قانوناً نتيجة التعدي على المبادئ الأساسية للتحكيم فوقع الضرر دون أن يكون للمحكمة ناظرة الدعوى تعديل أو تكملة الحكم التحكيمي⁹⁰³.

وتعرف دعوى البطلان على أنها " وسيلة الرقابة والسبيل المشترك بين النظم القانونية لمراقبة حكم التحكيم للاستيثاق من صحته، أو على العكس هدمه، وتعد جزءاً لا يتجزأ من النظام القانوني للتحكيم الدولي بما فيه حكم التحكيم"⁹⁰⁴.

كما تعرف دعوى البطلان أيضاً بأنها: " ليست طريقاً من طرق الطعن في الأحكام وإنما هي دعوى خاصة بالتحكيم، هدفها محاكمة الحكم دون أن تمتد إلى أبعد من ذلك. بمعنى آخر، أن القضاء المختص بنظرها لا يملك سوى أن يقرر صحة الحكم، أو يقضي ببطلانه دون أن يتجاوز ذلك"⁹⁰⁵.

ثانياً: المحكمة المختصة بها

من خلال التوطئة السابقة لموضوع دعوى الطعن بالبطلان وتبيان المقصود منها، سنحاول توجيه نظر المشرع لأوجه القصور التي تعترى النصوص القانونية المتعلقة بدعوى البطلان، ولعل أهم وجه من بين هذه الأوجه هو المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان، وبالتبعية الأسباب التي تقف حاجزاً أمام تفعيل الرقابة على الأحكام التحكيمية.

وفي هذا الشأن حددت المادة 1059 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان، حيث نصت على أنه: "يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، ويقبل الطعن ابتداءً من تاريخ النطق بحكم التحكيم.

لا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر (1) من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ".

⁹⁰³ علي ناصر محمد الأحبابي، بطلان أحكام التحكيم الأجنبية، دائرة القضاء، أبو ظبي، 2012، ص 141.

⁹⁰⁴ بليغ حمدي محمود، المرجع السابق، ص 12.

⁹⁰⁵ المرجع نفسه، ص 13.

يتضح من النص أعلاه، أن حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر يطعن فيه أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، كما يتضح كذلك أن قبول الطعن يكون ابتداء من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية شهر من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ، وبالتالي يبقى باب أجال الطعن مفتوح خلال المدة التي تسبق التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ، وتمتد هذه الفترة إلى شهر مضاف من تاريخ التبليغ.

أما المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان في القانون المصري على سبيل المثال، فقد فرقت بين التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الداخلي⁹⁰⁶، ففي النوع الأول من التحكيم، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على محكمة معينة، ينعقد الاختصاص بنظر دعوى البطلان لمحكمة استئناف القاهرة سواء صدر حكم التحكيم الدولي في مصر أو في خارجها⁹⁰⁷.

أما في النوع الثاني من التحكيم، فينعقد فيه الاختصاص للمحكمة أعلى درجة من المحكمة المختصة بنظر النزاع التحكيمي، أما إذا كانت المحكمة جزئية أو ابتدائية فإن الاختصاص ينعقد لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها هذه المحكمة وهذا في حالة عدم اتفاق الأطراف على خلاف ذلك⁹⁰⁸.

الفرع الثاني

قواعد النظر والفصل في دعوى البطلان

انطلاقاً من أن قرار التحكيم في الكثير من التشريعات العربية كالتشريع الجزائري، يعتبر حكماً، فإنه معرض للطعن بالبطلان، وبالتالي فإن إمكانية رفع دعوى البطلان ضده أمر وارد. ولعل العلة من إتاحة الطعن بالبطلان هو أن الأسباب التي أوردتها القوانين الوطنية المقررة لدعوى البطلان، ينعقد بوجودها جوهر ومضمون الحكم التحكيمي، ما يجعل إبطال هذا الأخير مبرراً.

⁹⁰⁶ المادة 02/04 من قانون التحكيم المصري.

⁹⁰⁷ علي بركات، المرجع السابق، ص 99.

⁹⁰⁸ المرجع نفسه.

تحكم دعوى البطلان هذه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري مجموعة من القواعد والإجراءات، تسمى بقواعد النظر في دعوى البطلان (أولاً)، كما أن لها كيفية معينة في الفصل فيها (ثانياً)، وطرق لتفاديها ابتداءً تفعيلاً لتنفيذ اتفاق التحكيم قبل عرضه على قاضي التنفيذ (ثالثاً).

أولاً: قواعد النظر في دعوى البطلان

تنظر دعوى البطلان كأى دعوى أخرى عادية أمام المحكمة المختصة بها، كما أسلفنا الذكر، لذا لا بد من توافر الصفة في الشخص رافعها، مادام كان طرفاً في الخصومة التحكيمية، وفي هذا الشأن، وعلى سبيل المثال، قضت محكمة استئناف القاهرة بأن طلب بطلان حكم التحكيم لا يرفع إلا ممن كان طرفاً في التحكيم، وبالتالي قضت بعدم قبول الطلب وبعدم الاعتداد بحكم التحكيم في مواجهة من لم يكونوا أطرافاً⁹⁰⁹.

كما أنه لا بد من توافر المصلحة، حتى تقبل دعوى البطلان، وهو شرط متعلق تعلقاً وثيقاً بالنظام العام، لا يكون متوافراً إلا فيمن كان طرفاً في التحكيم وكان الحكم التحكيمي صادراً ضده، فإذا قبل هذا الأخير بالحكم التحكيمي سواء بصفة صريحة أو ضمنية اعتبر متنازلاً عن حقه في رفع دعوى البطلان، لسقوط حقه فيها⁹¹⁰.

وبالرغم من أن ظاهر نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في شقه المتعلق بالتحكيم توجي بأن رفع دعوى البطلان يكون لمن صدر ضده الحكم التحكيمي، إلا أننا نرى أنه لا يمنع من أن يرفع أي من الأطراف دعوى البطلان، متى تحققت شروط القانونية لذلك، حتى وإن كان رافع الدعوى هو المحكوم له في الحكم التحكيمي.

وعلى سبيل المثال، نص المشرع المصري في نص المادة 1/54 على أن دعوى البطلان خلال مدة التسعين يوماً التالية لتاريخ اعلان الحكم التحكيمي للمحكوم عليه، ولا يحول نزول معي البطلان في رفعها قبل صدور الحكم التحكيمي، وبالتالي لم يحدد المشرع من هو رافع دعوى

⁹⁰⁹ علي ناصر محمد الأحبابي، المرجع السابق، ص 142.

⁹¹⁰ المرجع نفسه، ص 152.

البطلان، فقد ترفع من أي أحد من الأطراف، حتى ولو كان الحكم لصالح رافع الدعوى، والذي يبتغي من وراء الدعوى الجديدة الحصول على حكم أفضل⁹¹¹.

ولكن هل يرفع النزاع للمحكمة للنظر فيه من جديد من حيث الواقع والقانون أم تعيد النظر في السبب الذي رفع بشأنه الطعن؟

لعل اجابتنا على هذا السؤال ترتبط بتحديدنا لدعوى البطلان من حيث تكييفها، فهي بنظرنا ليست طريقا من طرق الطعن العادية وليست في نفس الوقت طريقا من طرق الطعن غير عادية، وحسبنا أنها طريق خاص بالأحكام التحكيمية، ذلك أن المشرع الجزائري أقرها لإعادة النظر في الأحكام التحكيمية قبل مرورها للاعتراف والتنفيذ.

ومن بين أهم القواعد في دعوى البطلان أن تنقيد المحكمة المختصة بنظرها في الدعوى دون الخوض في الموضوع، بمعنى أنها لا تتعرض لموضوع الحكم التحكيمي، ولو وجد خطأ في تفسير أو تطبيق القانون أو عرض الوقائع أو ما يخص الأخذ بالأدلة والمستندات أو عدم الأخذ بها والمقدمة سلفا من الأطراف⁹¹².

وفي هذا السياق، استقر القضاء الفرنسي على أن الأخطاء الصادرة عن المحكمين سواء تلك المتعلقة بالتفسير أو عرض وقائع النزاع أو الادعاء بتحريف المستندات، لا تعد سببا للبطلان، ولا تتعرض لها المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان⁹¹³.

لكننا نقول، أنه يستحيل أن تفصل المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان دون أن تتأكد من وجود أسباب لبطلان الحكم التحكيمي، كتلك التي سبق الإشارة إليها أعلاه، لتقضي أخيرا بعد التمعن من حيث الواقع والقانون في مدى صحة الأسباب وليس التمعن في صحة الحكم التحكيمي.

⁹¹¹ علي ناصر محمد الأحبابي، المرجع السابق، ص 142.

⁹¹² بركات علي، المرجع السابق، ص 101.

⁹¹³ المرجع نفسه.

إذ أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا فقضت بأنه وبصدد فحص أسباب الطعن بالبطان في الحكم التحكيمي، يمكن لمحكمة الاستئناف أن تفصل في جميع مسائل المتعلقة بالواقع والقانون بالنسبة للسبب الذي تمسك به المدعي كأساس لدعوى البطان⁹¹⁴.

إن احترام القواعد التي نص عليها المشرع الجزائري بخصوص القضاء ببطان الأحكام التحكيمية أمر لا بد منه، حتى تتحقق الغاية من وراء إتاحة طريق الطعن بالبطان كسبيل لمراجعة الأحكام التحكيمية وبلوغ قدر أكبر من الفعالية في نظام التحكيم.

ثانيا: الفصل في دعوى البطان

نصت العديد من التشريعات عموما والتي نظمت نظام التحكيم بشكل مستقل خاصة، على المحكمة المختصة بالفصل في دعوى البطان، وفي حالة رفع هذه الأخيرة أمام غير الجهة المنصوص عليها، تقضي بعدم ولايتها بالفصل فيها⁹¹⁵.

أما إذا رأت المحكمة أن لها النظر في دعوى البطان من فحصها باعتبارها صاحبة الاختصاص الولائي، تنتقل إلى مرحلة الفصل فيها، ولا يمكن لها أن تفصل دون الأخذ بعين الاعتبار القواعد المذكورة آنفا. ويمكن للمحكمة المختصة أن تفصل إما بقبول دعوى البطان، إذ عند القبول يبطل الحكم التحكيمي، ولا يكون الرفض إلا بعد التأكد من صحة الحكم التحكيمي بالنظر إلى عدم صحة السبب المرفوع بشأنه الطعن من طرف الطاعن صاحب المصلحة.

لكن السؤال الذي يطرح بهذا الصدد والمثار في القانون الجزائري، هل يتحلل الأطراف من اتفاق التحكيم بعد الفصل من طرف المحكمة المختصة ببطان الحكم التحكيمي، أم باستطاعتهم البقاء متمسكين به؟ وهل يحق لهم اللجوء إلى القضاء الوطني؟

للإجابة على هذا السؤال وجب النظر إلى ما إذا كان يمس اتفاق التحكيم بما يؤدي إلى بطلانه، فإذا كان لا يمسه فإنه وجب التمسك به ما لم يتفق الأطراف على التحلل منه صراحة أو

⁹¹⁴ أشار إلى هذا الأستاذ بركات علي، المرجع السابق، ص 103.

⁹¹⁵ علي ناصر محمد الأحيائي، المرجع السابق، ص 151.

ضمنا، أما إذا كان السبب يمس اتفاق التحكيم فيما يبطله فلهم اللجوء إلى القضاء الوطني بغية التوصل إلى حل لنزاعهم⁹¹⁶.

إن السلطة العامة التي يمتلكها القاضي الوطني، والمخولة له من طرف القانون، تمكنه من التدخل بالأمر بالتنفيذ أحكام التحكيم⁹¹⁷، كما له إمكانية المراقبة من خلال الطعن فيها بكل الوسائل والطرق المتاحة قانونا.

ثالثا: كيفية تفعيل تنفيذ اتفاق التحكيم قبل عرضه على قاضي التنفيذ لتفادي الطعن بالبطلان

حتى نقلل من حالات الطعن عموما وحالات الطعن بإبطال الحكم خاصة، وكذا حالات عدم تنفيذ الحكم، نقول بأن المحكم يجب أن يصيغ الحكم التحكيمي بالشكل الذي سيسمح بتنفيذه، والتقليل من حالات الطعن ضده. في نظرنا، يتوقف هذا على جودة الأحكام التي تصدر عن محكمة التحكيم.

إن الدور الذي يلعبه المحكمون في العملية التنفيذية للأحكام التحكيمية بالغ الأهمية، إذ أنه لا يعول إلا على المحكم في تنفيذ الحكم بما اننا أوكلنا له مهمة تسيير العملية التحكيمية وأودعنا فيه الثقة وفي القضاء الذي ينتهي إليه، لزيادة فعالية احكام التحكيم كطريق متميز لفض

⁹¹⁶ بركات علي، المرجع السابق، ص106.

⁹¹⁷ للاطلاع على الدور الذي يقوم به القاضي الوطني في الأمر بالتنفيذ، راجع: خالد أحمد عبد الحميد، "دور القضاء في الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم"، دفاتر المجلس، المرجع السابق، ص28-59. أنظر كذلك: إبراهيم بحماني، "تنفيذ القرارات التحكيمية الوطنية والدولية"، دفاتر المجلس الأعلى، المرجع السابق، ص81-84.

النزاعات، وإذا كنا من قبل قد سلمنا بأن على المحكم التحلي بصفات معينة والتقيد بقواعد التحكيم مهما كان نوعه، فإن عليه واجب اصدار أحكام تحكيمية وتيسير تنفيذها وعدم تعطيله.

وعلى أي حال، لا نرى في هذا الصدد مانعا في اقتراح أن يكون للمحكمين محكمة دولية لتنفيذ الأحكام التحكيمية، فالواقع يزخر بنماذج منها، لها أن تسهل مهمة المحكم في اصدار أحكام تحكيمية تنفذ بطريقة ميسرة يبرز فيها الدور الفعال للمحكم، الذي هو الأساس في حسم مشكلات التحكيم.

1-مدى احترام المحكم للنظام العام في الدولة المراد تنفيذ جزء هام فيها من العقد

للمحكم دور وجب القيام به، وهو الالتزام بعدم مخالفة النظام العام للدولة التي سيتم فيها تنفيذ العقد محل النزاع، وهو في قيامه بهذا لا بد ألا يخالف النظام العام الدولي، وفي هذا السياق، يقول الأستاذ "أشرف عبد العليم الرفاعي" أن: "المحكم الدولي يلجأ إلى النظام العام لقانون العقد، مما يجعلنا نستبعد الفكرة القائلة بتفضيل النظام العام لقانون مكان تنفيذ الحكم، فلجوء المحكم للنظام العام لدولة العقد يفسر بكون المحكم لا يرى ضرورة اللجوء إلى نظام عام لقانون وطني ما غير قانون العقد، ومن ناحية أخرى يميل المحكم إلى تدعيم قراره عن طريق فحص النظام العام للدول التي لها صلة أو ارتباط وثيق بالعقد"⁹¹⁸.

في حين يرى الأستاذ "سمير التلهوني" أنه: "في الأصل، يجب الأخذ بعين الاعتبار الالتزامات التي تفرضها قواعد غرفة التجارة الدولية ونصوص اتفاق التحكيم على المحكم، من حيث التزام المحكم باحترام إرادة الأطراف وما اختارتها الأطراف لحكم النزاع، من قواعد قانونية لحكم نزاعها.

لكن إذا كان هو الأصل، إلا أنه للمحكم سلطة يستطيع أن يمارسها في أحوال خاصة، وذلك لاستبعاد القانون الذي اختارته الأطراف لحكم نزاعها، إذا ما ظهر للمحكم مخالفة الاتفاق لقواعد النظام العام، بأنه يمس بالأسس الجوهرية الأساسية لدولة ذات صلة وثيقة بموضوع النزاع، وهذه المشكلة قد تثار عمليا، وذلك في الأحوال التي يرغب بها الأطراف استبعاد قانون دولة ما

⁹¹⁸ نقلا عن: كسال سامية، المرجع السابق، ص1136.

ذي صلة بموضوع النزاع واستبداله باختيار قانون آخر يحقق مصالحهم، بالرغم من التزام المحكم باحترام إرادة الأطراف، إلا أن ذلك يجب أن يكون مقيدا بشرط عدم مخالفة إرادة الأطراف للنظام العام للدول التي يكون قانونها ذا صلة وثيقة بموضوع النزاع"⁹¹⁹.

وعلى الرغم من توافق الآراء حول هذا الموضوع أو اختلافها، وجب القول بأن اختيار أطراف النزاع لقانون يمكن أن يؤدي لعدم تنفيذ الحكم التحكيمي، يلزم المحكم باستبعاد ذلك القانون والتأكد من إمكانية تنفيذ الحكم التحكيمي.

لكن السؤال الذي يطرح بهذا الشأن، هل المطلوب من المحكم أن يلتزم بالامتثال بكل قواعد النظام العام الداخلي لكل الدول التي لها علاقة بموضوع النزاع، أو حتى قوانينها وتحديد منها تلك المرتبطة بالنزاع؟

الإجابة على هذا السؤال باختصار شديد، هو أن يلتزم المحكم بأن يبحث في قواعد من شأنها ملائمة موضوع النزاع، ذلك أنه لا يمكن له بأي حال من الأحوال الامتناع بجميع قوانين الدول وبأنظمتها العامة الداخلية، ذلك أن طبيعة العلاقات التجارية الدولية معقدة ومركبة، يمكن أن تضم الكثير من القوانين وأن ترتبط بالكثير من الدول.

2- مدى احترام المحكم لقواعد النظام العام للقانون الذي يحكم النزاع من حيث الموضوع أو من حيث الإجراءات

إنه من الصعب بما كان أن يعمل المحكم الدولي بقواعد النظام العام الدولي الحقيقي في مواجهة النظام العام الدولي المرتبط بدولة معينة، وإن كان النظام العام الدولي الحقيقي يسمو على النظام العام لدولة معينة، وعلى هذا الأساس، لا يكون المحكم ملزما باحترام القواعد المتعلقة بقوانين الدولة الواجب التطبيق على النزاع، أي عدم احترام النظام العام الوطني لدولة ما، بل يلتزم باحترام قواعد التجارة الدولية"⁹²⁰.

⁹¹⁹ نقلا عن: كسال سامية، المرجع السابق، ص 1136.

⁹²⁰ المرجع نفسه، ص 1136.

3- مدى احترام المحكم لقواعد النظام العام لقانون دولة التنفيذ :

إذا كانت القوانين الوطنية للدول تفرض على القاضي الوطني أن يحترم النظام العام الداخلي عند إصداره للأمر القاضي بالتنفيذ، فإنه ليس هنالك سلطة عليا تفرض على المحكم أن يحترم قواعد النظام العام لقانون دولة تنفيذ الحكم التحكيمي، وبالرغم من ذلك على المحكم أن يجتهد عند إصداره لحكمه على قابليته للتنفيذ في القانون الوطني.

4- مدى تقدير المحكم لقابلية النزاع للخضوع إلى التحكيم:

يستخدم مصطلح "القابلية للتحكيم" بشكل عام لوصف الشروط أو المتطلبات التي يجب الوفاء بها لضمان المضي قدمًا في التحكيم. ويغطي المصطلح العديد من القضايا التي تشمل أسئلة حول وجود اتفاق تحكيم، وصلاحيات اتفاق التحكيم وتغطية النزاع بموجب الاتفاقية. غالبًا ما تُستخدم معايير تحديد قابلية التحكيم لتسليط الضوء على الاعتراضات على اختصاص التحكيم والتي يمكن أن تنظر فيها المحاكم. في حالة التحكيم الدولي، تقع على عاتق محكمة التحكيم مسؤولية تحديد قابلية التحكيم في نزاع معين بناءً على القانون الذي يحكم الاتفاقية وعلى الحجج التي أثارها الطرفان.

والاستثناء لهذه الحالة هو التحكيم بموجب القواعد النموذجية، التي تطلب من محكمة العدل الدولية اتخاذ قرار بشأن قابلية التحكيم في النزاع إذا كانت المحكمة لم تتشكل بعد. اعتبارًا من الآن، ليس من المتوقع أن يدخل هذا الحكم حيز الاستخدام نظرًا لوجود اعتراف أكبر باستقلالية الأطراف وسلطة محكمة التحكيم لتحديد اختصاصها للبت في النزاع⁹²¹.

جاء في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أنه: "يمكن لأي شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

- لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.
- ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

⁹²¹ HAZARIKA Angshuman, op. cit., p.35-36.

يفهم من المادة أن اللجوء إلى التحكيم من طرف المؤسسات العمومية فيما بينها إجباري⁹²²، كما أن النص صريح بعدم اختصاص المحكم عندما يكون النزاع غير قابل للتحكيم، وهي كل النزاعات المتعلقة بالنظام العام الداخلي.

ولكن يكون للمحكم اختصاص في المقابل، يتمثل في إمكانية تطبيق قواعد النظام العام الدولي، وله كذلك السلطة في قمع كل ما من شأنه أن يمس بهذه القواعد، حيث جاء في قرار محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ: 1993/05/19، وكذا في قرار ثاني صدر بتاريخ 1991/03/29 عن محكمة باريس، أن للمحكم أن ينظر في مدى تطبيق قواعد النظام العام الدولي، حيث جاء في القرار الأول ما يلي: 923:

"لا يمكن استبعاد تحكيمية النزاع بمجرد تطبيق تنظيم متعلق بالنظام العام مرتبط بالحقوق المتنازع فيه".

أما القرار الثاني فقد جاء فيه أنه: "في المسائل الدولية، يملك المحكم الاختصاص في تقدير اختصاصه في مدى تحكيمية النزاع من منظور النظام العام الدولي، وله سلطة تطبيق المبادئ والقواعد المتعلقة بهذا النظام العام، وكذا معاقبة كل مساس به، تحت رقابة قاضي الإبطال".

تلقي قانون التحكيم الفرنسي إصلاحًا جذريًا بعد ذلك بهذا الخصوص في عام 2011، تاريخياً، كان التشريع الفرنسي من أوائل التشريعات التي أكدت على استقلالية التحكيم الدولي، وقد أدى الإصلاح الأخير إلى زيادة تعزيز هذا المفهوم، إذ يحدد قانون التحكيم الفرنسي بعض أحكامه على أنها قابلة للتطبيق حصريًا في التحكيم الدولي، بينما ينطبق البعض الآخر على كل من التحكيم الدولي والداخلي، طبقاً للمادة 1504 من قانون الإجراءات المدنية الجديد، ذلك أن التحكيم يعد دولياً إذا كانت المصالح التجارية الدولية على المحك، بقدر ما يتداخل نطاق الأحكام الفرنسية الموجهة إلى التحكيم الدولي مع الأحكام ذات الصلة في اتفاقية نيويورك أو الاتفاقية الأوروبية.

⁹²² نص المشرع الجزائري سابقاً على التحكيم الاجباري لبعض الهيئات، راجع: أمر رقم 75-44 مؤرخ في 17/06/1975، يتعلق بالتحكيم الاجباري لبعض الهيئات، ج ر عدد 53، صادر بتاريخ 04/07/1975 (ملغى).

⁹²³ أشار إلى هذا القرار: كسال سامية، المرجع السابق، ص 1139.

يقال إن الأحكام الفرنسية أكثر ملاءمة لاستقلالية التحكيم، لذلك، تطبق المحاكم الفرنسية الأحكام ذات الصلة في قانون الإجراءات المدنية بدلاً من الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقيات، فالمادة 1448 الفقرة الأولى تنظم المراجعة المسبقة لاتفاقيات التحكيم الدولية، وتشير إلى بطلان اتفاقية التحكيم وعدم قابليتها للتطبيق وتتضمن صراحة عبارة "لاغ وباطل" لمراجعة ما قبل التحكيم⁹²⁴.

لا يتضمن القانون الفرنسي آلية مراجعة قائمة بذاتها لنقص قابلية التحكيم في المراجعة ما قبل حكم التحكيم. ومع ذلك، المادة 1448 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية الجديد تسمح أيضاً برفض إحالة الأطراف إلى التحكيم حيث يكون من الواضح أن اتفاق التحكيم غير قابل للتحكيم⁹²⁵.

نختم هذا الفصل بقولنا، إن الطبيعة الاستثنائية لطرق الطعن تتطلب استبعاد جميع تلك الطرق التي لم يتم الاعتراف بها صراحة، وأن الطرق التي لم يتم الاعتراف بها، ستقود القاضي الوطني للاستماع إلى جوهر النزاع، وهو ما يتعارض مع إرادة الأطراف ويتعارض مع روح التحكيم ذاتها.

في الواقع، وبالنسبة للطرق المستبعدة أو المقصية، تم استبعاد الاستئناف الكلاسيكي، كوسيلة لإصلاح الحكم من قبل المحاكم الوطنية بشكل ملحوظ في الشؤون الدولية، حتى في حالة عدم حرص الأطراف على تنحية هذا الطريق أو اشتراطهم ذلك بشكل واضح وصریح في اتفاقهم.

كما أن استبعاد استئناف المراجعة والذي الغرض منه كطريقة للطعن هو تطبيقها في فرضية اكتشاف وجود احتيال بعد النطق بالحكم على تزوير أو إخفاء وثيقة حاسمة، للأحكام الصادرة في الشؤون الوطنية، والتي قد توافق على استبعاد تام لهذه الطريقة في التحكيم الدولي.

ربما يرجع هذا الاستبعاد إلى أحد الفرضين: إما لأن أطراف الخصومة التحكيمية لم تكن في وضع يسمح لها بسلوك هذا الطريق أو لاعتبار أنه كان لديهم وسائل وسبل أخرى لمثل هكذا مخالفات. وفي نظرنا، وعند انقضاء مواعيد الاستئناف وطريق الطعن بالبطلان، وخاصة في الحالات

⁹²⁴ ENGELMANN Jan, op. cit., p33.

⁹²⁵ *Ibid*, p34.

التي تكتشف فيها مخالفات كتلك المتعلقة بالتزوير أو إخفاء محررات رسمية، كان من الأفضل أن يسمح بهذا الطريق.

بالنسبة لطرق الطعن التي اعتمدت والمعمول بها، الطعن بالبطلان والاستئناف، بالرغم من أنه يتم رفض هذا الأخير في كثير من الأحيان لأسباب مختلفة، قد تعود إلى سلوك طريق آخر غير الاستئناف من طرف أطراف خصومة التحكيم وتنازلهم عنه، فالمتوقع منهم سلوك طريق الطعن بالبطلان، دون منح امكانية التنازل عنه كما هو معمول به في الاستئناف.

تم تحديد مجال تطبيق هذا الطعن والمتمثل في الطعن بالبطلان بشكل واضح للغاية من خلال المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تنص على أن حكم التحكيم الصادر في الجزائر في مسألة التحكيم الدولي قد يكون موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056، حيث يشير هذا النص إلى ملاحظة:

أن القول بصدور الحكم التحكيمي في الجزائر، يكون بذلك القاضي الوطني الجزائري مختصا بالنظر في الطعن بالبطلان ضدها، ما يستنتج إذن أمران: الأول هو أن المشرع الجزائري قد اعتمد المعيار الجغرافي والثاني هو أن القانون الجزائري يضع ثقته في مكان إجراء العملية التحكيمية.

أما بالنسبة للاستئناف، فيختلف نظام الاستئناف المحتمل توجيهه ضد حكم التحكيم المرتبط بطلب الاعتراف أو التنفيذ، اعتماداً على ما إذا كان الحكم يتم قبوله أو رفضه، وعلى كل، يكتفي القاضي الوطني بمراقبة ضيقة لا تتعدى ما أثير من قبل أطراف الخصومة التحكيمية، لتجنب أي تدخل غير مرغوب فيه، والأكثر من ذلك المحافظة على فعالية نظام التحكيم وروحه.

بدلاً من اللامبالاة أو المعارضة أو التنافس بين محكمة الدولة والتحكيم، أي بين القاضي والمحكم، حقق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في شقه المتعلق بالتحكيم، من خلال اجتهاده القانوني البناء والايجابي، حالة من التوازن كرسها وزادها في الجزء الخاص بطرق الطعن في الاحكام التحكيمية من خلال تميزه بنظام مزدوج في تنظيمه لطرق الطعن بين التحكيم الوطني والدولي، يكرس هذه الازدواجية، حتى لو كان هنالك الآن قواعد مشتركة في التحكيم الداخلي

والدولي، إذ أن نقاط التمييز هنا مهمة بشكل خاص من حيث الرقابة على الأحكام التحكيمية من حيث الطعن فيها، إذ يختلف نظام هذه الرقابة بشكل واضح على حسب ما إذا كان الأمر يتعلق بالشؤون الداخلية أو الدولية.

إذ أن رقابة القاضي هذه لا يجوز فهمها على أنها منافسة للتحكيم، بل فرصة جديدة تتاح للطرف الخاسر في النزاع حتى يتقدم برفع طعنه بكل حرية، فأصبح يقينا أن التحكيم متوقف نجاحه على مساعدة القاضي الوطني، فتطور نظام التحكيم مرتبط بتطور الاجتهاد القضائي، الذي يحقق رقابة متزنة وحكيمة⁹²⁶.

إن كل ما سبق لنا ذكره، حول الرقابة على طرق الطعن في القانون الجزائري، يصب في تكريس احترام إرادة الأطراف واستقلالية التحكيم. النظرة واضحة الآن من خلال رفض تدخل قاضي الدولة في موضوع النزاع التحكيمي مع السماح بالتدخل اللازم لهذا القاضي بالرقابة على طرق الطعن في الأحكام التحكيمية، دون أن يغرس أي شك في أذهان الأطراف حول أحقية القضاء على التحكيم، أو العكس، في هذا الشأن.

إنه وانطلاقاً من القول بأن الرقابة التي يمارسها القاضي مماثلة لتلك التي تمارس على قرارات المحكمة، لا بد من أن تعرف ذات الرقابة حدودها، إذ لا بد للتدخل القضائي أن يخرم ميزات التحكيم، وألا يفحص الأسس الموضوعية بشكل يجعل من فلسفة التحكيم مفرغة من محتواها، بحجة أن المراقبة عن طريق وسائل الطعن تسمح للقاضي بذلك.

وعلى كل، وفي حال لم تتوقف الأطراف الخاسرة في الخصومة التحكيمية على سلوك طرق الطعن مرارا، فهل يعني هذا العودة إلى ما تتخذه المحاكم الوطنية من إجراءات؟ الإجابة على هذا التساؤل هي: نعم، قد تكون هنالك عودة، بحيث يكون تدخل القاضي متكرر ومؤثر إلى درجة يمكن معها المساس بالجوهر الوظيفي لكلا وسيلتي فض النزاعات.

⁹²⁶ تخونوني أسماء، دور القاضي الجزائري في مجال التحكيم الدولي، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 15، العدد 01/2018،

المطلب الثاني

حالات الطعن بالبطلان

تعتبر دعوى البطلان بمثابة الأسلوب الجامع لما يمكن أن ينطوي عليه أسباب الطعن على حكم التحكيم باعتبارها الأسلوب الأنسب لطبيعة نظام التحكيم.

إنه وحتى بالنسبة للبلدان التي تأخذ بطريق الاستئناف مع اتاحة طريق الطعن بالبطلان في نفس الوقت، تحدد الأسباب التي على أساسها ترفع دعوى البطلان ومنها القانون الجزائري.

إذ في الشق المتعلق بالتحكيم من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، تشير المادة 1058 والتي تحيل إلى المادة 1056 لأسباب قد تؤدي إلى اعتبار أن دعوى البطلان (الطعن بالبطلان) المرفوعة ضد حكم تحكيمي صادر في الجزائر قد تأسست (أو أنه يجوز رفض تنفيذ حكم)، لا يزال يتعين الاستنتاج من هذا الحكم الأخير أن هذه هي الأسباب الوحيدة المقبولة⁹²⁷.

يجب على القاضي الذي تم رفع الدعوى أمامه أن يضمن في الواقع أن الطعن لا يكون بمثابة ذريعة للتجاوز أو التحايل على الإرادة التشريعية، وبعبارة أخرى، عدم كونها ذريعة لمراجعة حكم التحكيم على أساس الموضوع⁹²⁸.

قد يحدث أن توجد مخالفات أثناء سير إجراءات التحكيم، قد يتعلق بعضها باتفاق التحكيم كحالة بطلانه أو انعدام وجوده أصلاً أو انقضاء مدة التحكيم، وقد يتعلق البعض الآخر بالمحكمة التحكيمية، تشكيلها بطريقة خاطئة مخالفة للقانون وبغير قواعد إصدار الحكم، أو بما يخالف المهمة المسندة إليها. كما يمكن أن توجد مخالفات تتعلق بالحكم التحكيمي بصفة مباشرة وخاصة، كعدم تسبيب الحكم أو تناقض الأسباب فيه، أو مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الدولي.

كل هذه المخالفات ورد النص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الشق المتعلق بالتحكيم، وهي ستة (06) حالات ذكرت على سبيل الحصر⁹²⁹.

⁹²⁷ BENCHENEB Ali., op. cit., p295.

⁹²⁸ *Ibid.*

وهذا عكس قانون الإجراءات المدنية الملغى الذي نص على ثمانية (08) حالات، واتفاقية نيويورك التي ذكرت سبع (07) حالات⁹³⁰، والتي من شأنها السماح برفع دعوى البطلان من طرف صاحب المصلحة وتجسيد الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية، بالتأكد من احترام مبادئ الخصومة التحكيمية من بدايتها إلى نهايتها بصدور الحكم التحكيمي، وكذا احترام النظام العام الدولي.

والملاحظ، أن المشرع الجزائري قد وحد بين الحالات التي يمكن رفض الاعتراف والتنفيذ بالنسبة للحكم التحكيمي وتلك المتعلقة ببطلانه، والتي سنقسمها إلى ثلاث أنواع من الحالات: الحالات المتعلقة باتفاق التحكيم؛ الحالات المتعلقة بالمحكمن؛ الحالات المتعلقة بالحكم التحكيمي.

الفرع الأول

الحالات المتعلقة باتفاق التحكيم

التحكيم كما قدمنا، قوامه إرادة الطرفين التي انصرفت إليه دون غيره من وسائل فض النزاعات، ومنها القضاء الوطني، ومقتضى ذلك، أن تلتزم المحكمة التحكيمية باتفاق التحكيم المتفق عليه سلفا، مع مراعاة، ما جاء به قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في هذا الصدد. فلا يجوز للمحكمة التحكيمية أن تفصل في حالات معينة، فقد لا يكون اتفاق التحكيم صحيحا بل باطلا، وقد يحدث أن يكون غير موجود، أو موجود ولكن مدة التحكيم قد انقضت، وبهذه الحالات يبطل حكم التحكيم، فهل من الممكن لصاحب المصلحة رفع دعوى البطلان؟

1- عدم وجود اتفاق تحكيمي

إن هذا الفرض لا يثار كثيرا في الواقع العملي بعدما أجازت التشريعات الحديثة كافة صور الاتفاق على التحكيم، شرطا كان أو مشارطة، وبعد أن أقرت صراحة أن كل إحالة ترد في العقد

⁹²⁹ المادة 1056 ق.ا.م.ا.

⁹³⁰ المادة 05 من اتفاقية نيويورك لعام 1958.

الأصلي إلى وثيقة ملحقة تتضمن شرط تحكيم تعتبر اتفاقاً على التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد⁹³¹.

وبعد أن نصت ذات التشريعات أيضاً على أن يكون هذا الاتفاق مكتوباً، حتى يتم حسم كل المنازعات التي من شأنها أن تثار حول وجود اتفاق التحكيم، سواء في محرر موقع سلفاً من الأطراف أو وجوده فيما تضمنه الطرفين من برقيات ورسائل وغيرها من وسائل الاتصال المكتوبة والتي تثبت اتفاق التحكيم⁹³².

واتفاق التحكيم هو عقد يمنح الاختصاص القضائي لمحكمة التحكيم لحل النزاع، ومن ثم فإنه يعطي الأطراف التي وافقت عليها الحق في التصرف أمام محكم بافترض أنه ليس قاضي وطني (دولة).

في هذا الصدد، فإنه ينظم الطرائق، على الأقل المتعلقة بحل النزاعات، ولذلك فإن اتفاق التحكيم لديه موضوع إجرائي لأنه يتعلق بمنح اختصاص واحد أو للأفراد - المحكمين - لتسوية نزاع محتمل بإصدار أحكام تحكيمية⁹³³، شأنها شأن الأحكام الصادرة عن المحاكم العادية تخضع لطريق الطعن، غير أن الأحكام التحكيمية تستمد قوتها من اتفاق الأطراف على اللجوء إلى نظام التحكيم⁹³⁴، فكيف الحل إذا كان هذا الاتفاق غير موجود أصلاً؟ وهل أن المبدأ المشهور "مبدأ الاختصاص" يسمح للمحكمين بالفصل في اتفاق منعدم؟

نصت المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على الحالة المتعلقة بفصل محكمة التحكيم بدون وجود اتفاق التحكيم، وتتحقق بأحد الأمرين: إما غياب أحد أركان الاتفاق كالتراضي والمحل أو غياب شرط الكتابة، وبالتالي، لا يمكن أن يكون لاتفاق التحكيم وجود وبالتبعية لا صدور لحكم التحكيم⁹³⁵.

⁹³¹ بركات علي، المرجع السابق، ص 48.

⁹³² المرجع نفسه.

⁹³³ BENCHENEB Ali., op. cit., p80

⁹³⁴ عبد الهادي عباس، جهاد هواش، المرجع السابق، ص 272.

⁹³⁵ قبايلي طيب، تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 121.

ونرى مع الأستاذ عبد الرحيم زضاكي، أنه لا يسمح مبدأ الاختصاص بالفصل في اتفاق غير موجود أصلاً، وإلا كان ذلك عبارة عن تجاوز لحدود مبدأ الاختصاص المحدد لصحة اتفاق التحكيم من جهة، وتجاوز لحدود وصحة اختصاصها⁹³⁶.

وفي شأن عدم وجود شرط التحكيم، أصدر المجلس الأعلى (محكمة النقض) المغربي أنه لا يمكن اللجوء إلى التحكيم إلا إذا كان هنالك شرط تحكيم محرر بشكل معبر عن إرادة الطرفين، من خلال عقد مكتوب أو خطابات متبادلة كما يقضي بذلك الفصلان 307 و 309 من قانون المسطرة المدنية والمادة الثانية من اتفاقية نيويورك شأن الاعترافات المتعلقة بالقرارات التحكيمية وتنفيذها.

حيث تتلخص وقائع القضية في إبرام اتفاق بين الطالبة ش والمطلوبة ش على أن تباع الثانية الأولى كمية من القمح الكندي خالص التكلفة والشحن خارج الدار البيضاء قدرها 30.000 طن مع زيادة أو نقصان 5 بالمئة بثمان 260 دولار أمريكي للطن، وأنه بتاريخ 98/01/09 أرسلت البائعة للمشتري فاكس تصادق بموجبه على العقد من أجل شحن حوالي 25.000 و 30.000 طن مع زيادة أو نقصان 5 بالمئة من القمح الكندي الصلب أو نوع آخر أفضل منه بثمان يصل إلى 252.26 دولار أمريكي للطن الواحد، وذلك على أساس أحكام نموذجي "كافتا" رقم 36 و 37 بما في ذلك أحكام تحكيم "كافتا" رقم 125.

وبعد عدة مراسلات التجأت البائعة للتحكيم لدى جمعية تجارة الحبوب والمواد الغذائية "كافتا" التي أصدرت بتاريخ 99/06/03 قرارها عدد 12386 القاضي بأن يؤدي الطرف المشتري للطرف البائع مبلغ 736000 دولار أمريكي مع الفوائد بنسبة 7 بالمئة، أيد من طرف الهيئة الاستئنافية وبتقدم البائعة لتجارية البيضاء التمسست تذييل المقرر التحكيمي بالصيغة التنفيذية، فصدر الأمر وفق الطلب بأنه وجيه ومعلل، أيد بمقتضى القرار المعون فيه.

لكن الطاعنة نعت على القرار وذلك أن المحكمة اعتمدت في تعليقه على الفاكس، إلا أنه وبغض النظر على أن الطالبة لم تصدر هذه الوثيقة، فإنها لا تشكل قبولاً للصيغة ولا للشرط التحكيمي بالمعنى الدقيق للكلمة، إذ أن عبارة "عدم الاستعداد لتسليم الحمولة" تدل على رفض أي شرط تحكيمي، غير أن المحكمة أتت بتأويل غير ملائم أثر في القرار المطعون فيه وطلبت إلغاء

⁹³⁶ زضاكي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 124.

الصيغة التنفيذية، وأنه لم يصدر عنها أي جواب يرقى لمستوى التعاقد وأن "كافتا" لا تملك الصلاحية لحل نزاع تحكيمي لم يتم الموافقة عليه كتابة والتي تشكل شرط أساسي لانعقاد العقد والتعبير صراحة عن إرادة الطرفين. وبالرجوع للمراسلات بينهما لا يوجد ما يوحي بالاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، مما يؤدي إلى تعريض قرار المحكمة للنقض.

وقد جاء في المنطوق أن المجلس الأعلى قضى بنقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على نفس المحكمة للبت فيه وإحالة القضية على نفس المحكمة للبت فيه من جديد طبقاً للقانون، وهي متركة من هيئة أخرى وتحميل المطلوب في النقض الصائر⁹³⁷.

وبالرغم من التطور الكبير في إثبات وجود اتفاق التحكيم، إلا أنه لا يمنع أحياناً من أن يأتي خصم ويشكك من إبرام هذا الاتفاق أو في تجديده أو في تحديده قيمته، ومثاله: قطع المفاوضات التعاقدية بين الخصوم، بعدما يكونوا قد تبادلوا عدة مشروعات تحوي شرط التحكيم. ومن الأمثلة كذلك: أن يدعي أحد الخصوم أن الاتفاق المبرم بينه وبين خصمه لا يعتبر اتفاقاً على اللجوء إلى التحكيم وإنما تم الاتفاق على تدخل شخص بوصفه الوسيط أو الخبير وليس المحكم⁹³⁸.

كحل للوضعيات السالفة الذكر، ينبغي النظر إلى مسلك الخصوم أثناء سير إجراءات التحكيم، فقد يكشف مسلك الخصم عن قبوله التحكيم ثم يأتي بعد صدور الحكم ويدعي انعدام هذا الاتفاق بالنسبة له، لذا لا ينبغي الحكم بالبطلان لهذا السبب إلا إذا كان الخصم قد نازع منذ البداية في اختصاص المحكمين أو رفض المشاركة أصلاً في إجراءات التحكيم⁹³⁹.

2- بطلان اتفاق التحكيم:

يفرض القاضي جزاء بطلان الحكم التحكيمي أحد السببين:

⁹³⁷ قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض)، عدد 291، الصادر بغرفتين بتاريخ 2007/03/07، الملف التجاري عدد 2004/1/3/19،

المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، العدد الأول/2015، ص 213 إلى 116.

بركات علي، المرجع السابق، ص 48. 938

المرجع نفسه، ص 49. 939

الأول: إذا كان اتفاق التحكيم غير صحيح⁹⁴⁰، أي لا ينطوي على الشروط اللازمة لصحته والتي فرضها القانون، أو انعدام الأهلية لدى أطراف النزاع التحكيمي⁹⁴¹، أو توافر عيوب الرضا كلها أو البعض منها لصحة اتفاق التحكيم.

الثاني: إذا تم الاتفاق على التحكيم في موضوع لا يجوز التحكيم فيه، وهي تلك الموضوعات التي لا يجوز فيها الصلح، كالمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والمسائل المتعلقة بالنظام العام، مع ملاحظة أنه يجوز الصلح وبالتالي التحكيم-في المسائل المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب جريمة من الجرائم.

وعندما ينعقد التحكيم بناء على شرط تحكيم فإن النزاع قد ينعقد على صحة الاتفاق الأصلي الذي أدرج في هذا الشرط، ويدخل في سلطات المحكمين أن يفصلوا في صحة هذا الاتفاق ولكن تحت الرقابة التي يقوم بها القاضي الوطني والذي ينظر دعوى البطلان فيما بعد.

مع ملاحظة أن، طلب بطلان الحكم تبعا لبطلان اتفاق التحكيم يفترض أن بطلان هذا الاتفاق لم يتم تصحيحه أثناء سير إجراءات التحكيم، كالحضور أمام المحكم، كما أن البطلان الناشئ على هذه الحالة لا يملك التمسك به إلا من طرف الخصم صاحب المصلحة، وهذا طبقا للقواعد العامة.

وقد يحدث أن لا يتوفر شرط الكتابة المشار إليه سلفا كسبب من أسباب بطلان اتفاق التحكيم في القانون الجزائري⁹⁴²، وهذا على خلاف القانون المغربي، على سبيل المثال، الذي لم يشترط صراحة ورود شرط التحكيم كتابة، بل وأجاز انصراف شرط التحكيم إلى أشخاص لم توقع أصلا على اتفاق التحكيم ولا يؤدي ذلك إلى بطلانه، فقد صدر في هذا الشأن قرار عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، بشأن نزاع حول أشخاص لم توقع شرط التحكيم، ولكنها لعبت دورا في إبرام أو تنفيذ أو فسخ العقد المتضمن لذلك الشرط، فإنها تصبح بذلك أطرافا

⁹⁴⁰ كون العقد الأصلي باطلا لا يجعل من اتفاق التحكيم غير صحيح، وهذا تطبيقا لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 1040 والتي تنص على أنه: "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

⁹⁴¹ قبايلي طيب، تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 121.

⁹⁴² سبق الإشارة إليه من طرفنا، راجع: ص 15.

حقيقية في العقد أو معنية به والمنازعات التي يمكن أن تنشأ عنه، وتنصرف إليها إذن شرط التحكيم دون أن يكون في ذلك خرق للقواعد أو المبادئ الأساسية المشكلة للنظام العام الدولي أو الوطني ولا أن يكون في ذلك مساس بنسبية العقود أو بشرط كتابة-اتفاق التحكيم-.

ويعتبر سند انسحاب اتفاق التحكيم إلى الشركاء (سواء الأم أو التابعة غير الموقعة على العقد يقتضي عدم التوقف عند المعيار المادي المتمثل في مجرد التوقيع على العقد اعتبارا كون الطرف الفعلي في العقد ليس بالضرورة من قام بوضع توقيعه عليه، وإنما هو الطرف القائم في الظل ومصدر التعليمات. ذلك أن قانون المسطرة المدنية في الشق المتعلق بالتحكيم لم يشترط صراحة ورود شرط التحكيم كتابة، غير أن اتفاقية نيويورك نصت في مادتها الثانية على ضرورة وجود شرط التحكيم مكتوب، بغض النظر عن الشكل الذي يتخذه هذا الشرط والمحزر الذي يرد فيه.

وقد جاء في منطوق القرار أن صرحت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء باعتبار استئناف شركتي فايف ف سي وسي بس سي وإلغاء الأمر المستأنف فيما قضى به من رفض الطلب في مواجهة شركة أينا هولدينغ⁹⁴³

ويعد تدخل القاضي هذا إسعافا للعملية التحكيمية من خلال الرقابة الممارسة عليها⁹⁴⁴، رقابة مرنة يراعى فيها الطابع الخاص والاتفاقي للنظام التحكيم.

وفي هذا السياق، يقول الأستاذ عبد اللطيف بو العلف: "...والقاضي عند نظر الطعن بالبطلان، فإنه لا يراقب حكما قضائيا، بل حكما تحكيميا له طبيعته الخاصة وصادر من شخص قد لا تتوافر فيه المؤهلات القانونية، وأنه يتدخل بنوع من المرونة ويراعي خصوصية التحكيم

⁹⁴³ القرار رقم 220، الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، بتاريخ 2015/01/15، ملف رقم 2669/8224/2013، المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، العدد الأول/2015، ص 119 إلى 154.

⁹⁴⁴ أبو العلف عبد اللطيف، الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي - دراسة في القانون المغربي والمقارن -، دار الآفاق المغربية، 2011، ص 105.

وطابعه الاتفاقي، وهو بذلك يختلف عن التدخل الذي يقوم به عند النظر في الطعن في الحكم القضائي حيث يكون التشدد والصرامة أكبر⁹⁴⁵.

هذا كما يمكن أن يوجد بالفعل اتفاق تحكيم ولكن أبرم قبل دخول القانون الجديد حيز التطبيق، فهل أن اتفاق التحكيم معرض في هذه الحالة للبطلان؟

الإجابة على هذا التساؤل ستكون بعرض قرار لمحكمة النقض المغربية في قضية تتلخص وقائعها في إبرام اتفاق تحكيم بين طالبة و المطلوبة ضمنته في عقد صفقة من أجل إنجاز الأشغال الكبرى و أشغال التزفيت، وحددت مدة الإنجاز بثلاثة عشر شهرا، كما اتفقا على أن التسليم بالنسبة للورشين انصرم منذ شهر أبريل 2008 دون أن تنفذ المطلوبة التزامها بإتمام أشغالها حسب الاتفاق، وبالرغم من هجر الورشين وخرق الفصل 48 من عقد الصفقة، أصدرت الهيئة التحكيمية التي لجأ إليها الأطراف حكما قضى باستحقاق مقابلة الطالبة للتعويض، مع تذييل الحكم بالصيغة التنفيذية ملتزمة الحكم ببطلانه لخرقه مقتضيات الفصل 327-37 من قانون 08-05 والحكم لها بتعويض مسبق.

وبعد جواب المطلوبة وتبادل المذكرات وردود الاستئناف، أصدرت المحكمة التجارية قرارها القاضي بإبطال المقرر التحكيمي والأمر تمهيدا بإجراء خبرة لبيان تواريخ الشروع في الأشغال المنجزة والاضافية والتوقف عنها، واجراء محاسبة بين الطرفين وهو المطعون فيه.

بينما نعت الطاعنة على القرار المطعون فساد التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أنها تقدمت أمام المحكمة المصدرة له بدفع شكلي يتعلق بنظامية الطعن بالبطلان مادام أن الاتفاق على التحكيم كان في شهر يوليو 2004، بينما القانون 08/05 الذي تضمن مسطرة البطلان لم يصدر إلا بتاريخ 2007/12/06، وهو الذي نص على أن مقتضيات السابقة في المسطرة المدنية لسنة 1974 تبقى سارية التطبيق على اتفاقيات التحكيم المبرمة قبل تاريخ دخول القانون 08-05 لكن المحكمة ردت بأن الحكم صدر في ظل قانون 08-05 وبالتالي يبقى خاضعا للطعن بالبطلان.

⁹⁴⁵ أبو العلف عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 105.

في حين دفع الطرف الآخر بأن العبرة بالحكم التحكيمي صدر في ظل القانون الجديد، وبالتالي لا محل للطعن بالبطلان في اتفاق التحكيم. وبهذا صدر القرار والذي جاء في منطوقه بقضاء محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه واحالة الملف على نفس المحكمة المصدرة له، للبت فيه من جديد وفقا للقانون وهي متركة من هيئة أخرى وتحميل الطلبيين الصائر⁹⁴⁶.

3-إنقضاء أجل التحكيم:

يعتبر اتفاق التحكيم منقضيا، إذا أصدر المحكمون الحكم التحكيمي بعد المهلة المحددة من طرف الأطراف أو بانقضاء المهلة المحددة من المشرع في قانون التحكيم، وبالتالي يتحقق البطلان.

ولعل هذا البطلان يستمد مبرراته من طبيعة التحكيم، كقضاء خاص يحدد أطرافه بكل حرية المدة الزمنية التي سيستغرقها⁹⁴⁷.

في القانون الجزائري، نصت المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على حالة انقضاء أجل أو مدة العملية التحكيمية كما يلي: "يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجل لإتهائه، وفي هذه الحالة يلتزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (4) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم.

غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة عليه، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك، يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة.

لا يجوز عزل المحكم خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف".

اذ يفهم من نص المادة أن الحكم التحكيمي يصدر في الأجل المحدد في اتفاق التحكيم أو في اتفاق آخر لاحق بين أطراف النزاع، والمدة المحددة في القانون الجزائري هي أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيين محكمة التحكيم أو من تاريخ إخطارها. هذا ويمكن أن تمدد مدة العملية التحكيمية بطلب من رئيس المحكمة المختصة، والذي يمارس هنا دورا مساعدا لنظام التحكيم.

⁹⁴⁶ قرار محكمة النقض 1467، الصادر بتاريخ 2011/12/22، في الملف عدد 2011/01/03/208، المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، العدد الأول/20015، ص 109 إلى 112.

بركات علي، المرجع السابق، ص 51. ⁹⁴⁷

أما في القانون المصري المقارن، وعلى سبيل المثال، لا يحكم بالبطلان إذا تم مد ميعاد التحكيم بواسطة الخصوم مدا صريحا أو ضمنيا، أو بواسطة المحكمة التحكيمية ذاتها، أو بواسطة المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع⁹⁴⁸.

تجدر الملاحظة إلى أنه، يشترط في هذا القانون لمد الميعاد من طرف المحكمة التحكيمية أن يتم هذا المد قبل انقضاء الميعاد المحدد أصلا، لأنه بانقضاء المهلة المحددة أصلا تسقط سلطة المحكمين، ولا يحق لهم إصدار قرار بالمد، أما مد المهلة من طرف رئيس المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، فلا يشترط هذا الشرط.

الفرع الثاني

الحالات المتعلقة بالمحكمة التحكيمية

يوجد هنالك ثلاث حالات تتعلق بمحكمة التحكيم، والتي نصت عليها المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهي: حالة تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد بطريقة مخالفة للقانون؛ حالة فصل محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها؛ وأخيرا حالة عدم احترام محكمة التحكيم لمبدأ الوجاهية.

1- حالة تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد بطريقة مخالفة للقانون

من المعروف أنه في القوانين الحديثة، أعطي للأطراف حرية كبيرة في اختيار من سيتولون العملية التحكيمية، طبقا للمسائل التي يثيرها والظروف التي يكون عليها النزاع، وبالرغم من هذه الحرية الممنوحة لكنها أوجبت بعض القيود والشروط في المحكمة التحكيمية.

يمكن أن يتم اتفاق الأطراف على اختيار مجموعة من الأشخاص اللذين يتولون حل النزاع، مستبعدين فئات أخرى وأشخاص آخرين ما ينتج عنه تشكيل للمحكمة التحكيمية بطريقة مخالفة

⁹⁴⁸ بركات علي، المرجع السابق، ص 52.

للقانون، أو مخالفة لاتفاق التحكيم، أو مخالفة للمبادئ الأساسية في التقاضي كمبدأ المساواة أو مبدأ حياد المحكم⁹⁴⁹.

إذن: رفع دعوى البطلان أمر متوقع، فالمتصور أن يكون المحكم غير كامل الأهلية أو محكمة تحكيمية مكونة بعدد زوجي، أو التعيين بطريقة مخالفة لما اشترطه الأطراف، أو لانفراد أحد الأطراف بالتعيين، أو تم تعيين المحكم الرئيس من قبل أحد المحكمين من جانب أحد الأطراف⁹⁵⁰.

إن تشكيل المحكمة التحكيمية بطريقة غير قانونية يؤدي إلى بطلان الحكم التحكيمي، لذلك يكون الإصرار على حقيقة هذا السبب (تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد بطريقة غير قانونية)، وعلى الرغم مما يظهر، لا تستهدف إلا وضعية واحدة، وهي أنه يؤدي التكوين غير منتظم للمحكم إلى تكوين غير منتظم لمحكمة التحكيم⁹⁵¹.

ويتعين أن تثار مسألة تشكيل محكمة التحكيم بداية أمام المحكمة التحكيمية وإلا اعتبر ذلك تنازلاً ممن يطعنون من أطراف النزاع في مشروعية التحكيم⁹⁵².

نصت المادة 1041 على أنه: " يمكن للأطراف وبالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم.

وفي غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يلي:

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".

بركات علي، المرجع السابق، ص 55. ⁹⁴⁹

المرجع نفسه، ص 56. ⁹⁵⁰

⁹⁵¹ BENCHENEB Ali., op. cit., p298.

⁹⁵² رضاكي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 125.

ومن نص المادة يفهم بأن القاضي هو الذي يتكفل بالتعيين، وفي حالة التعيين بغير هذه الطريقة، يكون التعيين وتشكيل المحكمة التحكيمية باطلاً وغير صحيح قانوناً، أو تشكيل بصفة غير نظامية كما جاء في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الساري المفعول⁹⁵³، وهذا ما يؤدي بالتبعية إلى بطلان الحكم التحكيمي.

2- حالة فصل محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها

يتعرض الحكم التحكيمي للبطلان إذا لم تحترم المحكمة التحكيمية المهمة المسندة إليها والمتفق عليها مسبقاً مع الأطراف، بمعنى آخر النتيجة التي تفيد بأنها تجاوزت السلطة القضائية التي عهد بها إليها الطرفان. حقيقة أن المحكم يمثل للمهمة المسندة إليه من قبل الطرفين، ولكنه ملزم باحترام جميع القواعد التي تسود التحكيم، سواء أكانت قواعد تحكيم أو قواعد إجراءات أو قواعد موضوعية⁹⁵⁴.

وحسب الفقه، فإن هذا يعرض الحكم التحكيمي لإعادة النظر فيه من طرف السلطة القضائية، ولتجنب فتح الباب واسعاً أمام النظر في مضمون الحكم فإن الاجتهاد الفرنسي قلص من هذه الرقابة باشتراط وجود خرق واضح وصريح للمهمة الموكلة للمحكمة التحكيمية⁹⁵⁵.

3- حالة عدم احترام محكمة التحكيم لمبدأ الوجاهية

مما لا خلاف عليه، أنه لا بد من احترام المبادئ الأساسية في التقاضي وأهمها حقوق الدفاع، والتي من تطبيقاته مبدأ الوجاهية، وينطبق هذا المبدأ سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي، كما ينطبق على المحكمين وعلى أطراف النزاع على حد السواء، وسواء كان المحكمون في النزاع مقيدون بقواعد القانون أو مفوضون بالصلح⁹⁵⁶.

ينطبق هذا المبدأ على كافة مراحل العملية التحكيمية، بما فيها مرحلة تشكيل المحكمة التحكيمية. وقد يحدث أن يتم مخالفة مبدأ الوجاهية عند استناد المحكم أثناء فصله في النزاع إلى

⁹⁵³ راجع المادة 1520 من ذات القانون.

⁹⁵⁴ BENCHENEB Ali., op. cit., p.300

⁹⁵⁵ أشار إلى ذلك: قبايلي طيب، تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 123.

⁹⁵⁶ بركات علي، المرجع السابق، ص 57.

ما وصل إلى علمه في النزاع الأول في حالة ما إذا أن بصدد نزاعين مرتبطين، دون إتاحة الفرصة للأطراف أن يناقشوه، وحكم بأن مجرد رئاسة المحكم لمحكتي تحكيم لا يخالف في ذاته مبدأ الوجاهية، ما لم يثبت ميل المحكم في النزاع الثاني نحو وجهة نظر أثرت عليه لما قضى به في العملية التحكيمية الأولى⁹⁵⁷.

من جهة أخرى، فإنه وإن كانت محكمة التحكيم تستمد سلطتها من إرادة أطراف النزاع للقيام بالعملية التحكيمية، هذا معروف، ولكن هذه المهمة مقيدة باحترام مبادئ أساسية تضمن المحاكمة العادلة، وأهمها مبدأ الوجاهية، والذي عامله المشرع الجزائري معاملة خاصة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بجعلها سببا مستقلا بذاته للطعن بالبطلان.

إذ تتمسك المادة 1056 بالحالة التي يكشف فيها حكم التحكيم بأن مبدأ الوجاهية لم يحترم، هذا المبدأ الأساسي للمحاكمة كما تشهد عليه المادة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، لأنه يضمن إجراء المحاكمة بطريقة عادلة، ويضمن المساواة بين الأطراف طوال مدة الإجراءات⁹⁵⁸.

ذلك أن مبدأ المساواة مستخلص من مبدأ الوجاهية عندما لا ينص عليه القانون الوطني على هذا النحو كما هو الحال مع قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، هذا المبدأ مع ذلك تم طرحه بشكل جيد للمتقاضين الذين يخاطبون قاضي الدولة، والمادة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري تشير بطريقة ما أنه لا يمكن أن يكون أوضح في فقرته الثانية من "قيد التقدم في الإجراءات يجب أن يستفيد الأطراف من تكافؤ الفرص فيها بعرض مطالباتهم ووسائل دفاعهم". لذلك، لن يكون مفهوما أن هذا المبدأ لا يمكن أن يكون له مكان في قانون التحكيم الجزائري، باستثناء خلق تمييز بين المتقاضين اعتمادًا على ما إذا كانوا يخاطبون قاضي الدولة أو محكمًا يطبق قانون الإجراءات الجزائري⁹⁵⁹.

بركات علي، المرجع السابق، ص 58. ⁹⁵⁷

⁹⁵⁸ BENCHENEB Ali., op. cit., p.303-304

⁹⁵⁹ *Ibid*, p.185-186

يتم تكريس مبدأ المساواة بين الطرفين أمام المحكم أثناء المحاكمة، إذ يجب أن نطلب معاملتهم على هذا النحو بالتساوي. وإلزام الطرفين بعدم التمتع بخدمة أو ميزة على حساب الطرف الآخر. والعمل على أن تمضي المحاكمة بشكل عادل في عرض وتقديم الادعاءات، ومناقشتها، كما رأينا، تخضع لمبدأ الوجاهية. لذلك، لا يمكن أن يكون هناك خرق للمساواة في منح المواعيد النهائية لتقديم المذكرات / المذكرات المكتوبة، إلا بموافقة الطرف الخصم طلب تمديد الوقت مع تقديم المبرر لذلك⁹⁶⁰.

إن مبدأ المساواة ومبدأ الوجاهية يجب أن يسودا أثناء إجراء التحكيم بين الطرفين، والملاحظ أن مبدأ الوجاهية في بعض القوانين الوطنية كالقانون الفرنسي، على سبيل المثال، قد جعل منه ضروري بل أساسي "principe supérieure"، لا يمكن بأي حال الاستغناء عنه لمساهمته الفعالة في سير الدعوى على نحو عادل⁹⁶¹.

ويقصد بمبدأ الوجاهية "أن تمنح لكل طرف من أطراف الخصومة فرصا متكافئة لإبداء دفوعه وطلباته ومناقشة دفوع وطلبات خصمه"⁹⁶².

ومن التعريف تتضح أهمية احترام مبدأ الوجاهية أو كما تسميه التشريعات المقارنة المنظمة للتحكيم كالتشريع المغربي بحق الدفاع⁹⁶³، ويعتبر ضمانات الرقابة الأساسية لكل عدالة ولو كانت عدالة خاصة⁹⁶⁴.

لذا وجب احترامه، لأن هذا الاحترام هو مناط ممارسة الرقابة القضائية، وتجدر الإشارة، إلى أن القضاء لا يقبل الطعن بالبطلان إذا لم يحترم مبدأ الوجاهية إذا لم يبادر الطرف المعني بذلك إلى إثارته أمام المحكمة التحكيمية،

⁹⁶⁰ BENCHENEB Ali., op.cit., p.186

⁹⁶¹ حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 195.

⁹⁶² المرجع نفسه، ص 124.

⁹⁶³ أبو العلف عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 86.

⁹⁶⁴ قبائلي طيب، تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 124؛ وفي نفس المعنى: حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 192.

إذ تنص محكمة استئناف باريس إلى النص على أنه⁹⁶⁵:

"«A eu connaissance des documents incriminés et avait la possibilité, qu'elle a délibérément refusée en estimant que l'audience était terminée, d'y répondre ou de solliciter du tribunal arbitral qui n'a rendu sa décision qu'un an plus tard, un délai pour le faire»."

الفرع الثالث

الحالات المتعلقة بحكم التحكيم بحد ذاته

يتسع هذا السبب من أسباب بطلان الحكم التحكيمي لكل ما يشوب حكم التحكيم نفسه أو الإجراءات التي بني عليها من أوجه البطلان.

فحكم التحكيم يقع باطلا في بعض القوانين العربية المقارنة، إذا صدر بغير مداولة لم يشترك فيها جميع المحكمين المعنيين بها، كما أنه يبطل الحكم التحكيمي إذا لم يصدر بالأغلبية أو أثناء رد أو عزل أو موت المحكمين أو حتى صدر بغير توقيع المحكمين و لم يثبت به أسباب عدم توقيع الأقلية أو لم يتضمن البيانات المنصوص عليها في القانون، إلى غير ذلك من أسباب تعيب الحكم التحكيمي وتؤدي إلى بطلانه⁹⁶⁶.

تنص المادة 1056 على حالتين متعلقتين بالطعن ببطلان الحكم التحكيمي وهما: حالة عدم تسبب محكمة التحكيم لحكمها ووجود تناقض في الأسباب وكذا حالة عدم احترام الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي.

أولاً: حالة تسبب محكمة التحكيم لحكمها وتناقض الأسباب

إذا خلا حكم التحكيم من التسبب أو وجد تناقض في الأسباب فإنه يمكن استئناف الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ بحكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج أو يمكن الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي الصادر في الجزائر. إذن الحالة الأولى التي قد تؤدي إلى إبطال حكم التحكيم هي أنه يقوم على عدم وجود أسباب أو تناقض الأسباب، على أن يكون مفهوماً أن تناقض الأسباب

⁹⁶⁵ أشار إليه: زصاكي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص126.

⁹⁶⁶ أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص243.

يعادل عدم وجود أسباب بعد تحييدها، بقدر ما التناقض يترك الانطباع بأن الاستدلال الذي يتبعه المحكم غير متسق⁹⁶⁷.

ثانيا: حالة مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي:

مضت الإشارة إلى أن النظام العام تقره مختلف الأنظمة القانونية المنظمة للتحكيم الدولي، فإرضاء احترامه، وفي حالة مخالفته للأحكام التحكيمية وتعارضه معها، تجيز إبطالها⁹⁶⁸، فإذا كانت هذه الأنظمة تجيز الطعن بالبطلان في الحكم التحكيم إذا خالفت المحكمة التحكيمية القواعد المقررة لسير العملية التحكيمية، فإنها من باب أولى أن تجيز الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي الذي خالف النظام العام⁹⁶⁹.

إن الفرضية السادسة والأخيرة لإمكانية إبطال حكم التحكيم الصادر في الجزائر، هي تلك التي تنتج عن ملاحظة تناقض حكم التحكيم "مع النظام العام الدولي". إذ أنه موجود في جميع التشريعات، حتى أن بعض القوانين الوطنية الليبرالية للغاية تجرأت على اشتراط أن يكون الاعتراض "صارخاً وفعالاً وملموساً" من أجل تقليل شدة الرقابة أو المراجعة إلى الحد الأدنى. إنها الوسيلة الموضوعية الوحيدة التي يمكن أن تؤدي إلى التشكيك في حكم التحكيم⁹⁷⁰.

لذا كان المشرع الجزائري منطقياً عندما أفرد لهذه الحالة فقرة خاصة وهي الفقرة السادسة من المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على إمكانية طلب بطلان الحكم التحكيمي في حالة مخالفته للنظام العام الدولي.

ولا يعد النص على هذه الحالة كإحدى حالات الطعن بالبطلان فقط بل تلحقها القاعدة الملزمة لها وهي حق القاضي الذي ينظر في دعوى البطلان من تقرير بطلان الحكم التحكيمي من تلقاء نفسه⁹⁷¹.

⁹⁶⁷ BENCHENEB Ali., op. cit., p.305.

⁹⁶⁸ بليغ حمدي محمود، المرجع السابق، ص474.

بركات علي، المرجع السابق، ص92. ⁹⁶⁹

⁹⁷⁰ BENCHENEB Ali., op. cit., p307.

⁹⁷¹ بركات علي، المرجع السابق، ص92.

ويعد هذا من قبيل الرقابة القضائية الممارسة على الحكم التحكيمي، فالقاضي الوطني الذي يعرض عليه إبطال الحكم التحكيمي أو رفض طلب الأمر بالتنفيذ، يتأكد من مخالفته للنظام العام الدولي، ويساعده في ذلك مرونة هذا الأخير واتساع نطاق أعماله، وبنوه إلى أنه وبالرغم مما يلعبه القضاء الوطني من دور في دعوى البطلان بهدف تحقيق قدر من الفعالية للتحكيم، إلا أنه ينبغي التضييق في هذا التدخل في بعض الحالات التي تكون باسم النظام العام في فكرته ونطاق أعماله، لإبطال الأحكام التحكيمية.

حيث تتميز دعوى البطلان بتماشيتها مع خصوصية نظام التحكيم واقترابها من الطعن بالنقض واحتوائها على خصائص الطعن بالاستئناف⁹⁷².

هذه الطبيعة المختلطة تظهر من خلال كون حالات دعوى البطلان محددة على سبيل الحصر في القانون الجزائري التي تقترب من الطعن بالنقض الذي تعتبر فيه الحالات المسموح برفعه فيها هذا من جهة، ومن جهة أخرى يقوم القاضي المرفوع أمامه الطعن بالبطلان التأكيد من بطلان الحكم دون أن يتطرق لموضوع النزاع. أما عن احتوائها خصائص الطعن بالاستئناف، أنها ليست دعوى مبتدئة لنظر نزاع معين لأول مرة أمام محكمة ابتدائية، ذلك أنها طريق خاص لمراجعة الأحكام التحكيمية تعرض على محكمة أعلى درجة⁹⁷³، كما تسمح بالتحقق من الحالات المؤسس عليها سواء من حيث الواقع أو القانون⁹⁷⁴.

وفيما يخص الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في الجزائر، تنص المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه".

أما ما تعلق بالأحكام التحكيمية الداخلية، فتنبص المادة 1032 على أنه: "أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة، يجوز الطعن فيها عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم".

⁹⁷² طيب قبايلي، كريم تعويلت، المرجع السابق، ص 118.

⁹⁷³ علي بركات، مرجع سابق، ص 99.

⁹⁷⁴ طيب قبايلي، كريم تعويلت، المرجع السابق، ص 118.

يتضح من النصين أعلاه أن المشرع الجزائري مثله مثل جل التشريعات الحديثة اعتمد فيما يخص الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في الجزائر طريق طعن واحد ووحيد ألا وهو طريق الطعن بالبطلان، على خلاف الأحكام التحكيمية الداخلية التي استبعد فيها المعارضة مخضعا إياها إلى طريقتين اثنتين وهما الطعن بالاستئناف واعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

وعلى سبيل المقارنة، فإن القانون المصري، قد نص هو الآخر على أن احترام حكم التحكيم للنظام العام هو الإطار الذي يحمي الصالح العام الاقتصادي والاجتماعي والديني للمجتمع من أخطاء اتفاق التحكيم أو التجاوزات التي يمكن للمحكمة التحكيمية أن تقوم بها، بمخالفتها قواعد إجرائية أو موضوعية، عندما يكون من حقها اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليها⁹⁷⁵.

وتجدر ملاحظة أن مخالفة النظام العام في مصر، هي التي تكون سببا في دعوى البطلان، فلا أهمية لتحديد المقصود من النظام العام بالنسبة للقانون الواجب التطبيق أو مكان التحكيم في الخارج، أو جنسية الطرفين أو جنسية المحكمين أو ما يسمى بالنظام العام الدولي، إلى غيرها من المعايير التي يراد بها طمس الهوية القومية للدول المراد التنفيذ فيها، ومنها الدول النامية⁹⁷⁶.

مع مراعاة، أن القضاء المصري لا يعتبر النصوص الأمرة مرادفة للنظام العام، بل اعتبر النصوص المخالفة للنظام العام تلك النصوص المتعلقة بالمصلحة العليا الاقتصادية والاجتماعية والدينية وكذا القانونية للمجتمع المصري.

لكن ما يعيننا في هذا الصدد من خلال ذكر القانون المقارن، إذا صدر حكم التحكيم ذاته مخالفا للنظام العام في مصر، أي فصل المحكمة التحكيمية في النزاع بالمخالفة لإحدى القواعد الموضوعية المتعلقة بالنظام العام.

لا شك في صعوبة إيجاد حل لهذه المشكلة، ذلك أنه ليس سهلا أبدا تحديد القواعد الموضوعية، لغموض فكرة النظام العام، ثم اختلافها من دولة إلى أخرى مفهوما وتطبيقا هذا من

أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 243. ⁹⁷⁵

المرجع نفسه، ص 246. ⁹⁷⁶

جهة، ومن جهة أخرى لعدم تطابقها مع النصوص الأمرة في القانون، ما يثقل كاهل القاضي الوطني الناظر لدعوى البطلان⁹⁷⁷.

تثور هذه الفكرة أيضا، عندما لا يملك المحكم المفوض بالصلح أن يقوم باستبعاد تلك القواعد المتعلقة بالنظام العام، ومنها: القوانين التي تمس الاقتصاد القومي، كالمعلقة بتنظيم الأسواق المالية، أعمال البنوك والبورصة، وغيرها من القواعد التي ترتبط بفكرة النظام العام وتمسها.

يمكن القول إذن، أن رقابة البطلان الممارسة من طرف القاضي من زاوية النظام العام لا بد منها، فبالرغم من أن المشرع الجزائري منح للمحكم سلطة إصدار الأحكام التحكيمية، لكنه لم يسلب القاضي سلطته في الرقابة عليها منذ بداية العملية التحكيمية إلى غاية صدور الحكم التحكيمي المنهي للنزاع، من خلال رقابة البطلان من زاوية النظام العام. ونشير إلى أن رفع دعوى البطلان أمام القاضي الوطني هي أبلغ صورة من صور الرقابة القضائية الممارسة على الأحكام التحكيمية.

إن القضاء الوطني هو الطريق الوحيد لمهاجمة الاحكام التحكيمية الدولية بعد صدورها عن المحكمة التحكيمية، وإن كان ممنوعا منعاً باتا التطرق للموضوع والفصل فيه⁹⁷⁸، إذ ينحصر دور القاضي عند فحصه للطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي، إما في أن يقضي ببطلانه إذا تحققت في هذا الحكم أحد الأسباب المذكورة في القانون على سبيل الحصر، كمخالفة النظام العام الدولي كما أسلفنا، أو يقضي برفض دعوى البطلان، ولكن لا يمكنه أن يراقب الحكم التحكيمي من حيث القانون⁹⁷⁹ ولا من حيث الموضوع، ذلك أن اطلاق سلطة القاضي الذي ينظر للبطلان للتصدي للموضوع، يعد مصادرة لحرية الأطراف، إذ أن هذا يمنعهم من العودة إلى

علي بركات، المرجع السابق، ص 93. ⁹⁷⁷

⁹⁷⁸ ماهر مصطفى محمود، المرجع السابق، ص 280.

⁹⁷⁹ حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص 237.

التحكيم مرة أخرى، ومنه حرمانهم من تعدد درجتي التقاضي، ولن يتمكن الأطراف من استئناف الحكم الصادر في الموضوع من طرف المحكمة التي تصدت له بحكمها بالبطلان⁹⁸⁰.

ويرى البعض⁹⁸¹ أنه لا يمكن أن يقرر القاضي ببطلان الحكم التحكيمي بسبب مخالفة النظام العام، إلا في الحالات التي ينتهك فيها النظام العام الدولي انتهاكا صارخا، وأن على القاضي أن لا يقوم بإبطال الحكم التحكيمي إلا إذا وجد ما يبرر فعلا ذلك، حتى لا يوسع في هذا القيد.

إن تقييد هذه الرقابة بالمفهوم الفرنسي الوارد في المادتين 1514 و1520 من قانون الإجراءات المدنية الساري المفعول يعني أن مخالفة الاعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي وقت التنفيذ هو ما يأخذ بعين الاعتبار وليست مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الدولي هي التي تجعل من الاعتراف أو التنفيذ مرفوضين من قبل القاضي أو حتى حكمه بإبطال الحكم التحكيمي⁹⁸².

يبرر أصحاب هذا الرأي موقفهم حول الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي من زاوية النظام العام الدولي، أن التضييق من سلطة القاضي، تفرضه كل من القوانين التحكيم الحديثة التي تنص على تطبيق النظام العام وكذا سلطات التي يتمتع بها المحكمون، هذا بالإضافة إلى أن التوسع في القابلية للتحكيم يلزم القاضي أن يفصل النزاع الذي أمامه بصفة نهائية، وأنه لا يمكن ممارسة طعن في الموضوع لدى القضاء⁹⁸³.

من جانبها، وفي توجه مماثل، نصت قوانين بعض الدول العربية المتأثرة بالموقف الفرنسي في تكريس قيد النظام العام الدولي على غرار القانون اللبناني، الذي نص على أنه: " يعترف بالقرارات التحكيمية وتعطى الصيغة التنفيذية إذا أثبت الشخص الذي يتدرع بها وجودها ولم تكن مخالفة

⁹⁸⁰ ماهر مصطفى محمود، المرجع السابق، ص 283.

⁹⁸¹ بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية- دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الأزراطية، 2007، 511-512.

⁹⁸² كريم تعوليت، الرقابة القضائية على حكم التحكيم الدولي من زاوية النظام العام-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 77.

⁹⁸³ المرجع نفسه، ص 78.

بصورة واضحة للنظام العام الدولي"984. واعتبر مخالفة النظام العام الدولي أحد أسباب إبطال الحكم التحكيمي985.

وقد أقر القضاء اللبناني مراجعة إبطال قرار تحكيم دولي، حيث أقرت محكمة استئناف بيروت، في قرارها الصادر بتاريخ 2008/02/21 ما يلي: "وحيث في مجال الطعن بقرار تحكيم دولي عن طريق مراجعة الإبطال، فإنه يقتضي التحقق سندا للمادة 819 معطوفة على المادة 817 أ.م.م من مدى مخالفة القرار المذكور لقاعدة تتعلق بالنظام العام الدولي أضيق من نطاق النظام العام الداخلي، فمخالفة قاعدة معينة يمكن أن تشكل مخالفة للنظام العام اللبناني، ولكنها تبقى في كثير من الحالات، غير مخالفة لقاعدة تتعلق بالنظام العام الدولي.

وحيث أن الحل الذي اعتمده القرار التحكيمي لجهة استحالة تسجيل الاسم التجاري ولجهة مخالفة أحكام المادة 233 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، وبغض النظر عن صحة أو عدم صحة الحل الذي اعتمده المحكم لحل هذه المسألة، لا يشكل في الحقيقة مخالفة للنظام العام الدولي، ولا حتى للنظام العام الداخلي الأوسع نطاقاً، فيقتضي رد ما ورد تحت هذا السبب"986.

يرى البروفسور "ميشال سمراني" أن المحكمة تعرضت إلى موضوع معرفة مضمون النظام العام الدولي الذي تؤدي مخالفته من قبل القرار التحكيمي إلى رفض إعطاء الصيغة التنفيذية، وبما أن نطاق النظام العام الدولي أضيق من نطاق النظام العام الداخلي كما ورد بحيثية القرار المذكور أعلاه، فتكون المسألة المطروحة على القاضي، تكمن في معرفة ما إذا كان سيتمنح الصيغة التنفيذية لقرار تحكيمي لا يخالف النظام العام الدولي بل يخالف النظام العام الداخلي"987.

ويضيف البروفسور في تعليقه على القرار، أنه وبالرغم من عدم تعرض هذا الموقف إلى طبيعة النظام العام الداخلي بالقضية المعروضة أمام المحكمة، يحرص القضاء اللبناني على التأكد من احترام النظام العام الداخلي عندما يقضي باحترام الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي، وهذا

⁹⁸⁴ المادة 814 فقرة 1 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية الجديد.

⁹⁸⁵ راجع المادة 5/817 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية الجديد.

⁹⁸⁶ أشار إلى هذا القرار، الأستاذ كريم تعويلت، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 282.

⁹⁸⁷ نقلاً عن: كريم تعويلت، المرجع نفسه، ص 283.

بغية ضمان تطبيق النظام العام الدولي، في حالة مخالفة حكم التحكيم للمبادئ الأساسية للمجتمع اللبناني⁹⁸⁸.

في حين يرى المعارضون للرقابة القضائية الضيقة على الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي، أن للقضاء ممارسة رقابة معمقة، بحيث أن القاضي لا يكتفي بمراقبته للحكم التحكيمي بصفة ضيقة للتأكد من احترامه أو عدم احترامه للنظام العام، فللقاضي أن يقوم بالبحث في هذا الحكم للتأكد من مخالفة النظام العام الدولي⁹⁸⁹.

يبرر أصحاب هذا الرأي موقفهم حول الرقابة الكاملة والمطلقة للقاضي من زاوية النظام العام الدولي، أن القاضي بمراقبته للحكم التحكيمي رقابة غير ضيقة وغير سطحية يقوم فقط بالنظر في احترام الحكم للنظام العام الدولي في قانونه، وأن القاضي عند قيامه بهذه الرقابة المعمقة يتأكد كذلك من عدم تعارض إرادة أطراف الحكم التحكيمي مع المصالح العليا للدولة، وهو بهذا يقوم بحماية النظام العام للدولة⁹⁹⁰، والذي يعتبر بهذا نظاماً وطنياً بحتاً⁹⁹¹.

وقد كان للقضاء الفرنسي سوابق قرر فيها الرقابة الكاملة المطلقة المعمقة، وذلك في قضية هضبة الأهرام، أين جعل البحث مطلق في توافر أسباب البطلان، وذلك من حيث الواقع والقانون. إذ جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية أنه "إذا كانت مهمة محكمة الاستئناف المنصوص عليها بموجب المادتين 1502 و 1504 من قانون الإجراءات المدنية الجديد، مقصورة على فحص العيوب المذكورة من خلال هذه النصوص، فلا يتم فرض أي قيود على سلطة هذه المحكمة في البحث من حيث القانون والواقع في جميع العناصر المتعلقة بالعيوب المعنية"⁹⁹².

⁹⁸⁸ كريم تعولت، المرجع السابق، ص 283.

⁹⁸⁹ المرجع نفسه، 78-79.

⁹⁹⁰ SERAGLINI Christophe, « Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : Mythes et réalités », Cahiers de l'arbitrage, Vol. V, 2010, p.204.

⁹⁹¹ جورج حزيون حزيون، "النظام القانوني لدعوى البطلان لحكم التحكيم وفق أحكام القانون الأردني والمقارن"، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 33، العدد 02، 2006، ص 513.

⁹⁹² يتعلق الأمر بترجمتي حيث جاء النص الأصلي كما يلي:

« Si la mission de la cour d'appel, saisie en vertu des articles 1502 et 1504 du nouveau code de procédure civile, est limitée à l'examen vices énumérés par ces textes, aucune limitation

إن التقييد من سلطة القاضي في رقابته على الحكم التحكيمي من زاوية النظام العام أمر لا مبرر له، ذلك أن منعه من البحث على رقابة حكم التحكيم من حيث الواقع والقانون لا بد منه، ليتوصل لدى نظره في مخالفة الاعتراف والتنفيذ للحكم التحكيمي للنظام العام الدولي في قانونه، والقول بتقييد سلطات القاضي في السهر على رقابة الحكم التحكيمي من زاوية النظام العام، هو ا فراغ لمحتواه 993.

وهكذا تتحدد حالات الطعن بالبطلان في القانون الجزائري والقانون المقارن، فإذا توافرت إحداها حق للطرف صاحب المصلحة أن يقوم برفع الدعوى أما القاضي الوطني طالبا بطلان الحكم التحكيمي. وحق لنا أن نتساءل: ما دعوى الطعن بالبطلان وكذا المحكمة المختصة؟ ثم ما هي قواعد النظر والفصل في دعوى الطعن بالبطلان؟ ما هو السبيل الذي يسمح بتفادي اللجوء لمثل هذا الطعن؟ هذا هو موضوع المطلب الثاني.

N'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question ».

- هذا الحكم مشار إليه من طرف الأستاذ تعولت كريم، الرقابة القضائية على حكم التحكيم الدولي من زاوية النظام العام-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 79.

⁹⁹³ المرجع نفسه، ص 82.

خاتمة

رغم أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08-09 لم يجف حبره بعد، فإن على المشرع الجزائري أن يحضر نفسه لحبر جديد، ذلك أن هذا القانون مع حادثته يشتمل على الكثير من أوجه النقص والخلط، لكن هذه النتيجة السلبية الرئيسية في دراستنا لا تنفي عنه ما اشتمل من إيجابيات وميزات حسنة.

ورغم أن نظام التحكيم في الجزائر قد استقى المواد المتعلقة بالتحكيم من مجموعة من التشريعات كالتشريع الفرنسي والسويسري، وكذا من اتفاقية نيويورك، إلا أن تركيزنا انصب على قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بوصفه من المفروض فيه أن يكون هو المرجع في كل ما يتعلق بالأدوار التي يلعبها القاضي الوطني في مساعدة المحكم.

ومع ذلك، تبين الممارسة، أن حقيقة الرغبة في إلغاء تدخل القاضي في إجراءات التحكيم لا تسهم في تطوير هذا الأخير، فالتحكيم ليس نظامًا مكتفياً ذاتياً بالكامل، إذ بمجرد أن يقرر أحد أطراف النزاع عدم احترام شرط التحكيم، تنهار إجراءات التحكيم. في هذه الحالة، يعد اللجوء إلى القاضي ضرورياً لضمان فعالية التحكيم، كما يجوز للقاضي التدخل في مراحل مختلفة من إجراءات التحكيم كداعم أو منظم، وبالتالي، يمكن أن يعمل الأخير كقاضي دعم لحل الصعوبات التي تحول دون إجراء التحكيم، أو يمكنه أيضاً النطق بالتدابير المؤقتة أو التحفظية كما عرضنا له سابقاً، أو حتى ممارسة مهامه وفقاً للمراحل الإجرائية المختلفة المذكورة أعلاه⁹⁹⁴.

ومنه، فإن نهجنا المقارن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والفرنسي وبعض الخصائص المحددة من مختلف النظم القانونية والتشريعات العربية، سيمكن من تسليط الضوء على العلاقة الضرورية بين القاضي ومحكمة التحكيم، لنبين عدم التسليم ببعض المواقف الفقهية التي تقول بعلاقة الاستقلال المزدوجة بينهما⁹⁹⁵، من خلال إبراز الاختصاصات الفرعية للقاضي الوطني في الإجراءات التحكيمية والتي عرضنا لها في الفصل الثاني من الباب الأول.

⁹⁹⁴ LEROSIER Auntoine, op.cit., p.03.

⁹⁹⁵ يذهب جانب من الفقه إلى تفنيد مساعدة القضاء للتحكيم، لأن القضاء بحسب اعتقادهم أصل والتحكيم استثناء، والصحيح أن التحكيم عون للقضاء، ومنه فالمحكم يعتبر عوناً من أوانا من أعوان القضاء، حيث أن الطبيعة الاستقلالية للتحكيم والقضاء تلزمنا بالتخلي عن منهج تفسير ظاهرة ونظام التحكيم بفكرة القضاء. لتفصيل أكثر في الموضوع، راجع: أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص 223 وما يليها.

باختصار، إن هذه العلاقة التي تربط المحكم بقاضي الدولة تعتبر علاقة تنافسية أي علاقة مبنية على التداخل من حيث المهام وليس الخصومة، لأن التحكيم هو العدالة والمحكم هو قاض، لذلك تكون هناك حالة من المنافسة بين القاضي العام والقاضي الخاص، عندئذ يعود الأمر لقانون التحكيم لتحديد ما يخص القاضي وما يخص المحكم، حيث تكون بعض الموضوعات خاضعة للتحكيم، والبعض الآخر ليس كذلك⁹⁹⁶.

من حيث المكانة، يكون القاضي الخاص في موقع أدنى من القاضي العام، فالتحكيم يحتاج إلى القاضي العام ليقوم بدوره وبوظائفه بشكل تام، ففي بعض الحالات، كان قاضي الدولة مساعداً للعدالة التحكيمية، من الناحية الفلسفية، ولا سيما في الجزائر التي اتبعت نفس نهج الفلسفة الفرنسية، كان قاضي الدولة شريكاً للمحكم، بالمعنى الأفضل للكلمة، الصديق المخلص والوحيد، حيث أن هذا ما كان عليه الاجتهاد القضائي لمحكمة الاستئناف بباريس ومحكمة النقض، والتي أولاً، قبل تدخل المشرع بوقت طويل، صاغت قانون التحكيم الحديث، وسمحت بترقية المحكم⁹⁹⁷.

إن قاضي الدولة يعتبر بمثابة خادم الأطراف المتنازعة وخادم التحكيم، فهو أولاً وقبل كل شيء خادم الأطراف المتنازعة فيما بينها، حيث يكمن دور قاضي الدولة في ضمان تطور إرادة الأطراف لحل نزاعهم عن طريق التحكيم، إذ يجعل إرادتهم المشتركة فعالة، وكذلك يعتبر خادماً للتحكيم من خلال دوره في ضمان فاعلية اتفاق التحكيم وتنفيذه، فيتدخل لتشكيل محكمة التحكيم ويمكنها من أداء مهمتها القضائية، ومن مهامه أيضاً التعيين، وتغيير المحكمين، وتمديد المهلة الزمنية للتحكيم، فهذه الأدوار تختلف عن مهمته تلك الناتجة عن وظيفته القانونية كقاضي دولة، فأساساً، القاضي لا يحكم، لكنه ينظم ويدير التحكيم، "يظهر إجراءات التحكيم من العيوب التي قد تؤثر على إنشاء محكمة التحكيم، وتتيح قراراته انتزاع الشبهات من العملية التي تحول دون تكوين محكمة التحكيم⁹⁹⁸.

⁹⁹⁶ LOQUIN Eric, « Le juge et l'arbitre », in le juge et l'arbitre, sous direct. Sami -BOUSTANJI et autres, Edition A. PEDONE, Paris, 2014, p.19.

⁹⁹⁷ LOQUIN Eric, op.cit., p.20.

⁹⁹⁸ LOQUIN Eric, op.cit., p.28.

كما أنها شراكة حقيقية بين العدالة العامة والخاصة نشهدها منذ عقود، ونصر بشكل خاص على الإشراف على تدخل محاكم الدولة أثناء إجراءات التحكيم، ولا سيما الدولية منها، وهو في الأساس لمساعدة ودعم التحكيم الذي ينشره القاضي، فالمراقبة تنتظر، والأولية للمحكم، والآلية القانونية التي تجعل من الممكن تحقيق هذه الأولوية ليس سوى مبدأ الاختصاص بالاختصاص، الذي يسمح للمحكم أن يحكم أولاً في اختصاصه ومن حيث المبدأ يمنع القاضي العام من التعدي عليها، ولكن، بغض النظر عن مدى الاختصاص القضائي، والأولية الممنوحة للمحكم، داخلياً أو دولياً، لا يمكن أن يكون هذا مطلقاً، فلا تعني أولوية الاختصاص القضائي الحصرية أو الاستيفاء لهذا المحكم الداخلي أو الدولي، القاضي الخاص، القاضي المعين من قبل الأطراف، الذي يستثمره في مهمته، إذ لا يمكن أن يكون لديه كامل الاختصاص القضائي⁹⁹⁹.

مما سبق، تتمثل معضلة أي مشروع وكذلك أي قاضي يتدخل في مسائل التحكيم، في حقيقة أنه غالباً ما يكون على حبل مشدود، مما يلزمه ما يسمى "بالمشي على الحبل المشدود" والبحث عن نقطة توازن، فهذه العملية هي عبارة عن بحث دقيق جداً، ذلك أنه يهدف إلى ضمان مسار هادئ لإجراءات التحكيم: إذ يبحث عن نقطة توازن، من جهة، بين الحاجة إلى تقديم ضمانات للمتقاضين في التحكيم، بحيث تكون عملية التحكيم عادلة ولا تتعدى على الصلاحيات الحتمية الأخرى، ومن جهة أخرى، عدم تزويد بعض المتقاضين عن سوء النية، الذين يزداد عددهم في الوقت الحاضر، بفرصة تأخير الإجراءات بلا داع من خلال ترسانة من أساليب المماطلة، ولا يكون ذلك إلا باختصاص القضاء الوطني باتخاذ جملة من الإجراءات¹⁰⁰⁰.

بالرجوع لقانون التحكيم الجزائري وبفحص دقيق لأحكامه، يدرك المرء أن المشرع أراد بأي ثمن تنسيق علاقة التعايش بين المحكم وقاضي الدولة، وللقيام بذلك، اختار أولاً توزيع الاختصاص بين القاضي المؤقت والمحكم، وهو نوع من التوزيع يعكس تراجع الاختصاص الحصري للمحكم في مسائل الاجراءات الوقتية والتحفظية، من ناحية أخرى، لأنه يتم اختياره من قبل الأطراف، يكون المحكم مسؤولاً عن اصدار أو تقرير حكم القانون، لكن قراره يخلو من سلطة التنفيذ؛ هذا هو السبب في ضرورة اللجوء إلى قاضي الدولة لمساعدته في قراره. وبالتالي، فإن اختصاص القاضي

⁹⁹⁹ CHEDLY Lotfi, op. cit., p.103.

¹⁰⁰⁰ CHEDLY Lotfi, op. Cit., p.105.

القضائي في مسائل الاجراءات الوقتية والتحفظية يتم مشاركته أحياناً مع المحكم، وأحياناً يكون حصري¹⁰⁰¹.

توصلنا في الأخير لمجموعة من النتائج، وهي كالتالي:

1- اتسم قانون الإجراءات المدنية بالتفرقة بين التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الداخلي، إذ جاءت نصوصه لتسري أحكامها على كل تحكيم داخلي ودولي، على عكس ما فعلت قوانين بعض الدول العربية كالقانون المصري والأردني مثلاً، وبما يترتب على ذلك من نتائج إيجابية، وما يمكن أن يؤدي هذا الوضع إلى تفعيل أكثر للتحكيم.

2- وضع المشرع الجزائري معياراً للتفرقة بين التحكيم الدولي والداخلي، -كما فعل المشرع المصري وكذا المشرع الفرنسي-، وقد استعرض المعيار الخاص بالتمييز بينهما، وهو المعيار الاقتصادي الموضح في نفس المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3- توفيق المشرع الجزائري بنصه على إحالة النزاع إلى التحكيم إذا رفع أحد الأطراف دعواه أمام القضاء بوجود اتفاق التحكيم، ودور القاضي الجزائري في هذا الصدد وواجبه إحالة النزاع إلى التحكيم.

4- يملك القاضي الجزائري دوراً بارزاً في تعيين المحكمين، خشية أية مماطلة، فقد أناط المشرع الجزائري سلطة تعيين المحكمين للمحكمة من قبل القاضي الوطني غير قابل للطعن به، وهو ما يبين بوضوح دور القاضي الوطني غير قابل للطعن به، وهو ما يبين بوضوح دور القاضي المساعد للتحكيم.

5- توصلت إلى أن المشرع الجزائري قد أحسن صنعا بنصه على قاعدة التورية، ذلك أنها في نظرنا ليست قاعدة داخلية فقط تتعلق بالنظام العام الداخلي الجزائري، وإنما هي قاعدة عالمية تتعلق بالنظام العام النظام الدولي أيضاً.

6- يلعب القاضي الجزائري دوراً إيجابياً في مساعدة المحكم، وذلك عند منحه مساعدة بخصوص الإجراءات الوقتية والتحفظية، بالرغم من أن الأصل أنه تنتهي إمكانية تدخل القاضي الجزائري بمجرد بدء التحكيم، وفقاً للطابع الليبرالي للنصوص التشريعية الجزائرية، غير أن المادة 1046 منحت للقضاء إمكانية التدخل متى استلزم الأمر ذلك، فقد رأيت أن منح المشرع الجزائري حق اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية لمحكمة التحكيم، يكون بصفة جوازيه، مستندة إلى نص المادة 1046

¹⁰⁰¹ CHEDLY Lotfi, op. cit., p.71.

والتي تضمنت عبارة: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر..."، وكذا نصها على عبارة: "ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك..."، وهتين الصيغتين تفيدان أن هذا أمر استثنائي، أي أنه لا يمكن أن يتفق أطراف النزاع على أن يكون لمحكمة التحكيم الاستثناء بمنح الإجراءات الوقتية والتحفظية دون القاضي الجزائري.

7- الأصل أن تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة، لكن قد تقتضي الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديمها أو تمديد المهلة للمحكّمين أو تثبت الإجراءات أو في مجالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف الاتفاق مع هذه الأخيرة أو الطرف الذي يهّمه التعجيل أن يطلب بموجب عريضة تدخل القضاء الوطني، وهذا بعد الترخيص له بهذا الاجراء من طرف المحكمة التحكيمية. فعلى القاضي أن يستجيب لنداء المساعدة والإعد منكرة للعدالة.

8- أخضع المشرع الجزائري مسألة الاعتراف وتنفيذ الاحكام التحكيمية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لنفس الشروط، كما نص على إمكانية الاستناد إلى نفس الأسباب بالنسبة لبطلان الحكم التحكيمي ورفض تنفيذه، ذلك أنه وبالرغم من اعتقاد بعض الفقه على أنه تكرار لا فائدة منه، إلا أننا نرى أن المشرع الجزائري قد أقدم على أمر محمود مشجع للتحكيم بتوجيهه للرقابة القضائية سواء بمناسبة طلب الطعن بالبطلان أو بمناسبة طلب التنفيذ، وتحقق القاضي الوطني ليس فقط من احترام المحكم للمبادئ الأساسية للمحاكمة العادلة أثناء الإجراءات الخاصة بالعملية التحكيمية وأثناء الحكم التحكيمي، وإنما تحققه أيضا من تطابق إرادة الأطراف في سلوك طريق التحكيم ومدى احترام المحكم لهذه الإرادة.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية:

أولاً: الكتب:

- 1- السنباطي إيهاب، الموسوعة القانونية للتجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008.
- 2- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، 1981.
- 3- العربي شحط عبد القادر، طرق التنفيذ في المواد المدنية والإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2015.
- 4- المصري حسن، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، د.د. ن، الكويت، 1996.
- 5- المنشاوي عبد الحميد، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
- 6- اوهابيه عبد الله، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري- التحري والعقاب-، دار الهومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2008.
- 7- أبو العلف عبد اللطيف، الطعن بالبطالان في الحكم التحكيمي- دراسة في القانون المغربي والمقارن-، دار الآفاق المغربية، 2011.
- 8- أحمد خليل، قانون التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، 1997.
- 9- أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق الحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية-دراسة فقهية قضائية مقارنة-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- 10- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.
- 11- بركات علي، الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

- 12-بشار محمد الأسد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية – دراسة في ضوء احكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- 13-بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية- دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2007.
- 14-بن سعيد لزهر، التحكيم التجاري الدولي- وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة-، دار هومة، الجزائر، 2012.
- 15-بوجملين وليد، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، دار بلقيس، 2011.
- 16-حسام الدين فتحي ناصف، تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة في الخارج، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 17-حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القاضي الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية مصر، 1996.
- 18-حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997.
- 19-حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- 20-حفيظة السيد الحداد، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- 21-حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

- 22-خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار-دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والأجنبية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014.
- 23-زضياكي عبد الرحيم، التحكيم الدولي على ضوء القانون المغربي الجديد والمقارن، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2010.
- 24-سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 25-سهيل ادريس، المنهل -قاموس فرنسي-عربي-، دار الآداب، بيروت، 1999.
- 26-صادق محمد محمد الجبران، التحكيم التجاري الدولي وفقا للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 -بحث في قانون التجارة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- 27-صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام والأوامر الأجنبية في سلطنة عمان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- 28-عامر فتحي البطانية، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي-دراسة مقارنة-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- 29-علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية - في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية واحكام محاكم التحكيم-، دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- 30-علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- 31-علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري-دراسة قانونية مقارنة-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.

32-علي ناصر محمد الأحبابي، بطلان أحكام التحكيم الأجنبية، دائرة القضاء، أبو ظبي، 2012.

33-عمار غالب مصطفى تركمان، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في ضوء التشريع الفلسطيني واتفاقيتي الرياض ونيويورك- دراسة مقارنة-، جامعة بيرزيت، 2013.

34-عمر حمدي باشا، طرق التنفيذ- وفقا للقانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية-، دار هومة، الجزائر، 2015-2016.

35-عيلوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

36-فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي-دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في الاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية مع إشارة الى احكام التحكيم في التشريعات العربية-، الطبعة الأولى/الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

37-قبايلي طيب، تعويلت كريم، التحكيم التجاري الدولي-وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية-، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2020.

38-محمد أحمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم-تميزها، مفترضها، عناصرها، وقفها، انقضائها-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

39-محمد عبد المجيد إسماعيل، "عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها – دراسة للطبيعة القانونية الجديدة والاحكام الخاصة بعقود مشروعات البنية الأساسية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة والتحكيم فيها"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

40-محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.

41-محمود سيد أحمد، مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

- 42-محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون التحكيم المصري والمقارن، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015-2016.
- 43-محمد حسنين، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2006.
- 44-مختار أحمد بري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- 45-مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي – دراسة مقارنة -، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- 46-معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997.
- 47-منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.
- 48-منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- 49-مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص- دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات الغربية والأجنبية والاتفاقيات والمراكز الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003.
- 50-نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية -اتفاق التحكيم- خصومة التحكيم- حكم المحكم -وفقا لأحدث التعديلات التشريعية والقضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- 51-هدى محمد مجرى عبد الرحمان، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- 52-وائل أنور بندق، موسوعة التحكيم –الاتفاقات الدولية وقوانين الدول العربية -، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

53-يخلف نسيم، الوافي في طرق التنفيذ، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.

54-يوسف حسن يوسف، التحكيم الدولي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011.

ثانياً: الأطروحات والمذكرات الجامعية :

أ- أطروحات الدكتوراه:

1- العيساوي حسين، الدفع بالحصانة القضائية والحصانة التنفيذية أمام القاضي والمحكم، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة الجزائر1، 2015/2014.

2- تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2017.

3- جارد محمد، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة-دراسة مقارنة-، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018/2017.

4- سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012.

5- علي غسان علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصدها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2000.

6- عمر نوري عبد الله عبابنه، شرط التحكيم من حيث صحته واستقلاليته، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2006.

7- قبايلي الطيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2012.

8- نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2003.

ب- مذكرات الماجستير:

1- أشجان شكري فيصل داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وأثاره وطرق الطعن به- دراسة مقارنة-، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية لنابلس، فلسطين، 2008.

2- حدادن طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

3- زبلان سمير، تسبيب أحكام التحكيم التجاري الدولي، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير، جامعة الجزائر1-يوسف بن خدة-، كلية الحقوق-سعيد حمدين-، 2015/2014.

4- فريدة حسين، التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم الدولي الصادرة في المجال الاستثماري الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2000.

5- قبايلي طيب، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2001.

6- قطاف حفيظ، مجال تدخل القضاء في خصومة التحكيم التجاري الدولي على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد (08-09)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص-فرع قانون الأعمال-، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2015-2014.

7- كليبي حسان، دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة احمد بوقرة بومرداس، 2013/2012.

ثالثا: المقالات والمدخلات:

- 1- البكوري نبيل، "المسؤولية المدنية للمحكم، مجلة التحكيم العربي والدولي"، العدد 3-2017/4، ص ص 157-178.
- 2- البكوري نرجس، "مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم وفقا لقانون 05-08"، مجلة التحكيم العربي والدولي، العدد 03-04-2017، ص ص 37-53.
- 3- الغزاوي زكرياء، "تعليق على القرار الصادر عن محكمة النقض الغرفة الإدارية الأولى، بتاريخ 2013/03/07، في الملف عدد 2013/182، قضية شركة ساليبي ضد الدولة المغربية"، المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، العدد الأول/2015، ص ص 91-98.
- 4- الغزاوي زكرياء، "علاقة القضاء بالتحكيم: بين القوضاء والاستقلالية-دراسة مقارنة بين القانونين المغربي والفرنسي مع تطبيقات قضائية"، مجلة التحكيم العربي والدولي، العدد 4-3، ص ص 10-36.
- 5- اللوح نهال، دور القضاء في تشكيل الهيئة التحكيمية-دراسة مقارنة-، مقال منشور بالمجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثاني/جانفي 2016، ص ص 43-80.
- 6- أولتيت إبراهيم، "التحكيم التجاري الدولي والسيادة"، مجلة التحكيم العربي والدولي، العدد 3-4-2017، ص ص 53-82.
- 7- بلباقي بومدين، "أثر مبدأ سلطان الإرادة على المركز القانوني للمحكم البحري-دراسة مقارنة في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وفقه وقضاء التحكيم البحري"، مجلة نوميروس الاكاديمية، المجلد 01 / العدد 02، يونيو 2020، ص ص 265-280.
- 8- بن حبيبة إيمان، "طبيعة الدفع بالمسائل الأولية في القانون الجزائري الجزائري"، مجلة نظرة على القانون الاجتماعي، العدد 01، ص ص 01-08.

- 9- بن حليلة ليلي، " تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي في الجزائر"، مجلة آفاق للعلوم، 2018، ص ص 227-244 .
- 10- بن عبد الكريم مريم، " دور المحكم في العملية التحكيمية"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد الخامس/ديسمبر 2017، ص ص 304-319.
- 11- بن قويدر الطاهر، " تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في الجزائر كضمانة لتسوية منازعات استثماراتها"، مجلة الاجتهادات للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 08، العدد 2019/04، ص ص 186-208.
- 12- بودي بوبكر، " معيار التفرقة بين التحكيم التجاري الدولي والتحكيم التجاري الوطني، ندوة مشتركة بين المجلس الأعلى ومحكمة النقض المصرية حول العمل القضائي والتحكيم التجاري"، دفاتر المجلس الأعلى، العدد 07، 2005، ص ص 05-10.
- 13- بونجة مصطفى، "تنفيذ الأحكام التحكيمية وفقا للتشريع المغربي"، المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثاني، 2016، ص ص 81-94.
- 14- تخونوني أسماء، " دور القاضي الجزائري في مجال التحكيم الدولي- بين الإشكالات الموروثة عن أصل نظام التحكيم (قانون التحكيم الفرنسي) والاشكالات التي يطرحها قانون التحكيم الجزائري-"، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 15/ العدد 01، 2018، ص ص 207-232.
- 15- تعويلت كريم، " دور القاضي في تحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 01، 2010، ص ص 135-148.
- 16- تعويلت كريم، "التحكيم الداخلي في القانون الجزائري: مقتضيات تشجيعه وتفعيله"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد 08، عدد 02 (عدد خاص)، 2017، ص ص 164-178.

17-تعويلت كريم، "الرقابة القضائية على حكم التحكيم الدولي من زاوية النظام العام-دراسة مقارنة-"، فعلية القاعدة القانونية، دراسات متنوعة على شرف الأستاذ رشيد زوايمة، دار بري للنشر، 2019، ص ص 69-82.

18-جورج حزيون حزيون، "النظام القانوني لدعوى البطلان لحكم التحكيم وفق أحكام القانون الأردني والمقارن"، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 33، العدد 02، 2006، ص ص 496-521.

19-حيتالة معمر، سي فضيل الحاج، "طرق الطعن في احكام التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد15، جانفي، 2015، ص ص 91-108.

20-دحماني رشيد، "التعليق على القرار القضائي الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية لدى المحكمة العليا رقم: 1037542 والصادر بتاريخ: 10/14/2015"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 01 (عدد خاص)، 2021، ص ص 575-587.

21-دواس مريم ومحمد انيس زياد، "دور القاضي الوطني في سير الخصومة التحكيمية الدولية سلطة القاضي الوطني في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية"، مجلة جيل للدراسات المقارنة، العدد 7، يونيو، 2018، ص ص 11-29.

22-زرعون نور الدين، "الدور المساعد للقاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي"، دراسة حالة المساعدة في تعيين المحكمين، دفاتر السياسة والقانون، العدد12/ جانفي 2015، ص ص 65-82.

23-زرروق نوال، "دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي"، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 02/2015، ص ص 313-334.

24-زودة عمر، "إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية"، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات: الوساطة والصلح والتحكيم، الجزء الأول، 2008، ص ص 217-237.

- 25-سلام حمزة، "دور رئيس المحكمة في مجال التحكيم التجاري الدولي"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 01، جانفي 2022، ص ص 67-88.
- 26-شعران فاطمة، "اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الثاني، 2016، ص ص 10-23.
- 27-عبد الكبير الصوصي العلوي، "رقابة القضاء على تشكيل هيئة التحكيم"، المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، العدد الأول/2015، ص ص 33-73.
- 28-عجابي الياس، "النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، مجلة المنتدى القانوني، العدد السابع، 2010، ص ص 190-200.
- 29-عديباطر عبد الإله، "دور الإرادة في التحكيم التجاري"، المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثاني/2016، ص ص 11-42.
- 30-غلاب عبد الحق، "تنفيذ أحكام التحكيم في الصفقات العمومية وإشكالاته في التشريع الجزائري"، مجلة التحكيم العربي والدولي، العدد 3-4/2017، ص ص 203-238.
- 31-فايز الحاج شاهين، "القانون الواجب التطبيق على أساس النزاع"، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، لبنان، العدد 14-15، ص ص 32-37.
- 32-فتحي كمال ادريس، "الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي في الجزائر تطبيقا لقواعد اتفاقية نيويورك وقانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08"، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 17، العدد 02، 2020، ص ص 123-140.
- 33-فليح نجلاء، "دور القضاء المساند في تشكيل هيئة التحكيم"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد الأول/أفريل 2020، ص ص 204-231.
- 34-قبايلي محمد، "طرق الطعن في الحكم التحكيمي التجاري"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 03، 2017، ص ص 178-201.

35-كسال سامية، "إعمال النظام العام في الرقابة القضائية على أحكام التحكيم التجاري الدولي"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 02، سبتمبر 2019، ص ص 1128-1149.

36-مالكية نبيل، "إجراءات تنفيذ قرارات التحكيم التجارية الدولية الأجنبية بالجزائر"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 07، جانفي 2017، ص ص 124-139.

37-ماهر مصطفى محمود، "الرقابة القضائية على حكم التحكيم"، مجلة كلية الدراسات العربية والإسلامية بنات-دمهور، العدد الثاني، المجلد التاسع، 2017، ص ص 251-312.

38-محمد الطاهر بلقاضي، "تسبيب حكم التحكيم في التشريع الجزائري والمقارن"، مجلة التواصل في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 28، جوان 2011، ص ص 82-94.

39-محمد أحمد البديرات، "مدى سلطة القاضي في التدخل في إجراءات التحكيم: دراسة في قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001، أعمال المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 28-30 أفريل 2008، ص ص 711-737، منشور على الرابط الآتي:

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

40-محمود مصطفى يونس، "النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تميز دبي ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة"، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، العدد 02، السنة الثالثة عشر، 2005، ص ص 138-139.

41-محمود وليد هاشم المصري، "محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد 04، السنة 27، ديسمبر 2003، ص ص 155-165.

42-ملحم علي، "تنفيذ الحكم التحكيمي"، مجلة جامعة البعث، المجلد 37، العدد 06، 2015، ص ص 199-217.

- 43-مهدي ديانة، بلحيمر عمار، "تقييد إرادة الأطراف في التحكيم في التشريع الجزائري"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 17/ جوان 2017، ص ص 65-76.
- 44-مواقي أحمد بناني، "تأثير المسائل العارضة على انضباط الاختصاص القضائي"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد السادس/مارس 2015، ص ص 40-63.
- 45-موسود غنية، "إجراءات طلب التدابير التحفظية في القضاء الدولي"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 02، جوان 2018، ص ص 838-859.
- 46-ميمون منى، "التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09"، مجلة المنتدى القانوني، العدد السابع، 2010، ص ص 163-169.
- 47-نبيل صالح العرياوي، "اتفاق التحكيم"، دفاتر السياسة و القانون عدد 15، 2016، ص ص 361-371.
- 48-والي فتحي، "الرقابة القضائية على صحة اتفاق التحكيم أثناء إجراءات التحكيم"، مجلة التحكيم، لبنان، العدد الثامن، 2010، ص ص 75-83.
- 49-وجدي راغب فهمي، "هل التحكيم نوع من القضاء؟ دراسة انتقادية للنظرية القضائية للتحكيم"، مجلة الحقوق الكويتية، الكويت، عدد 1-4/ 1993، ص ص 131-172.
- 50-يسعد حورية، أوجه الطعن في أحكام التحكيم طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 01، 2017، ص ص 305-317.

رابعاً: النصوص القانونية:

أ- الاتفاقيات الدولية السارية المفعول في الجزائر:

1- اتفاقية نيويورك، المصادق عليها بتاريخ 10 جوان 1958، انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بموجب المرسوم رقم 88-233 المؤرخ 05/11/1988، المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ، ج.ر عدد 48، صادر بتاريخ 23/11/1988.

2- الاتفاق الرامي إلى تشجيع الاستثمارات الموقع في واشنطن بتاريخ 22/06/1990، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-319 المؤرخ في 17/10/1990، ج.ر عدد 45 صادر بتاريخ 24/10/1990.

3- الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبرغي، المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع عليه بتاريخ 24/04/1991، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-345 المؤرخ في 05/10/1991، ج.ر عدد 46 صادر بتاريخ 06/10/1991.

4- الاتفاق الموقع عليه في الجزائر بتاريخ 18/05/1991 المبرم بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية وحكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-346 المؤرخ في 05/10/1991، ج.ر عدد 46 صادر بتاريخ 06/10/1991.

5- الاتفاق المبرم بين جمهورية الحكومة الجزائرية الشعبية وحكومة رومانيا بشأن تشجيع وحماية الاستثمار، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-328، المؤرخ في 22/10/1994، ج.ر عدد 69، صادر بتاريخ 26/10/1994.

6- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في البلاد العربية، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 95-306، مؤرخ في 07/10/1995، ج.ر عدد 59، صادر بتاريخ 11/10/1995.

- 7- اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الموقع عليها بواشنطن بتاريخ 18/03/1965، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346، مؤرخ في 30/10/1995، ج.ر عدد 66، صادر بتاريخ 05/11/1995.
- 8- الاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية المتعددة الأطراف لضمان الاستثمارات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-345، المؤرخ في 30/10/1995، ج.ر عدد 66، صادر بتاريخ 05/11/1995.
- 9- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بعمان في 01/08/1996، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 97-103، المؤرخ في 05/04/1994، ج.ر عدد 20، صادر بتاريخ 06/04/1997.
- 10- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الديمقراطية الشعبية ودولة قطر حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 97-229، المؤرخ في 23/06/1997، ج.ر عدد 43، صادر بتاريخ 25/06/1997.
- 11- اتفاقية انشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-334، مؤرخ في 26/10/1998، ج.ر عدد 80، صادر بتاريخ 28/10/1998.
- 12- الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية مالي حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-431، المؤرخ في 27/12/1998، ج.ر عدد 97، صادر بتاريخ 27/12/1998.
- 13- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية العربية السورية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98430، المؤرخ في 27/12/1998، ج.ر عدد 97، صادر بتاريخ 27/12/1998.

14-الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 28-320 المؤرخ في 1998/10/11، ج.ر عدد 76، صادر بتاريخ 1998/10/11.

15-اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقع عليها بالرياض بتاريخ 06 أفريل 1983، المصدق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 01-47 المؤرخ في 11 فبراير 2001 (ج.ر عدد 11، الصادر سنة 2001).

16-الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة الدانمارك حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات، الموقع في الجزائر في 1999/01/25، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-525، المؤرخ في 2003/12/30، ج.ر عدد 2، صادر بتاريخ 2004/01/07.

17-الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة السويد حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 2003/02/15، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-431، المؤرخ في 2004/12/29، ج.ر عدد 84، صادر بتاريخ 2004/12/29.

18-الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإسلامية الإيرانية، الموقع بطهران في 2003/10/19، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-75، المؤرخ في 2005/02/26، ج.ر عدد 15، صادر بتاريخ 2005/02/27.

19-الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية البرتغالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بلشبونة في 2004/09/15، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-192، المؤرخ في 2005/05/28، ج.ر عدد 37، صادر بتاريخ 2005/05/29.

20-الاتفاق بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمجلس الفدرالي السويسري حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، ببيرن في 30/11/2004، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-335، المؤرخ في 23/06/2005، ج.ر عدد 45، صادر بتاريخ 29/06/2005.

ب- النصوص التشريعية:

- 1- مرسوم رقم 63-364 مؤرخ في 14/09/1963، يتعلق بالمصادقة على الاتفاق الجزائري الفرنسي الخاص بالتحكيم، ج.ر عدد 67 مكرر، صادر سنة 1963.
- 2- أمر 66-154 مؤرخ في 08/06/1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، معدل ومتمم، ج ر عدد 47، صادر بتاريخ 09/06/1966 (ملغى).
- 3- أمر رقم 66-284 مؤرخ في 10/06/1966، يتضمن قانون الاستثمارات، ج.ر عدد 80، صادر بتاريخ 17/09/1966.
- 4- أمر رقم 75-44 مؤرخ في 17/06/1975، يتعلق بالتحكيم الاجباري لبعض الهيئات، ج ر عدد 53، صادر بتاريخ 04/07/1975 (ملغى).
- 5- مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 25/04/1993، معدل ومتمم للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08/06/1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ج.د.ش عدد 27، صادر بتاريخ 27/04/1993 (ملغى).
- 6- قانون رقم 63-277 مؤرخ في 26/07/1993، متضمن قانون الاستثمارات، ج.ر عدد 53، صادر بتاريخ 02/08/1963 (ملغى).
- 7- مرسوم تشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 05/10/1993، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر عدد 64، صادر بتاريخ 05/10/1993 (ملغى).

8- أمر رقم 04-01 المؤرخ في 20 أكتوبر 2001، متعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، المتمم بالقانون رقم 01-08 المؤرخ في 28 فيفري 2008، ج.ر.ج.د.ش، عدد 11 الصادر بتاريخ 2008/03/02.

9- أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26/08/2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.د.ش، عدد 52، الصادر بتاريخ 27/08/2003، معدل ومتمم بالأمر رقم 01-09 المؤرخ في 22/07/2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.د.ش، عدد 44، الصادر بتاريخ 26/07/2009، وبالأمر رقم 04-10 المؤرخ في 26/08/2010، ج.ر.ج.د.ش، عدد 50، الصادر بتاريخ 2010/09/01.

10- قانون رقم 03-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.

11- قانون رقم 09-08 مؤرخ في 25/02/2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.د.ش، عدد 21، الصادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

ج- النصوص القانونية الأجنبية:

- 1- قانون المرافعات الليبي لسنة 1954، منشور على الموقع: <https://ssf.gov.ly>
- 2- قانون المرافعات المدنية والتجارية للجمهورية التونسية، الصادر بالقانون رقم 130 تاريخ 5 أكتوبر 1959، منشور على الموقع: <https://wipolex.wipo.int>
- 3- قانون التحكيم اللبناني، لسنة 1983، ج.ر. عدد 40، الصادرة بتاريخ 06/10/1983، منشور على الموقع: <http://www.lcica.org>
- 4- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، الصادر بتاريخ 18 أبريل 1994 في شان التحكيم في المواد المدنية والتجارية، المنشور في وزارة العدل لجمهورية مصر العربية، إدارة التشريع، قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية والمذكرات الايضاحية وجميع الاعمال التحضيرية المتعلقة به، منشور على الموقع: <https://groups.google.com>

5- قانون المرافعات العراقي لسنة 1996، منشور على الموقع: <http://wiki.dorar-aliraq.net>

6- قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، منشور على الموقع: www.moj.gov.org

7- قانون التحكيم السوري رقم 4 لسنة 2008، منشور على الموقع: www.damascusbar.org

خامسا: الاجتهاد القضائي

أ- الاجتهاد القضائي الجزائي:

1- قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية رقم 34776، بتاريخ 1985/03/23

المجلة القضائية، العدد 04/1985، ص ص 129-131.

2- قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية رقم 626204، بتاريخ 2010/06/03،

المجلة القضائية، العدد الأول/2012، ص ص 247-248.

3- قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية رقم 791649، بتاريخ 2012/07/04،

المجلة القضائية، العدد الثاني/2012، ص ص 211-214.

4- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 1392935، بتاريخ 2019/11/14، متاح على

الموقع الإلكتروني الآتي: www.coursupreme.dz

ب- الاجتهاد القضائي في بعض الدول العربية:

1- قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض)، عدد 291، الصادر بغرفتين بتاريخ 2007/03/07،

الملف التجاري عدد 2004/1/3/19، المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، العدد

الأول/2015، ص ص 213-216.

2- قرار محكمة النقض 1467، الصادر بتاريخ 2011/12/22، في الملف عدد

208/01/03/2011، المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، العدد الأول/2015، ص

ص 109-112.

3- قرار رقم 220، الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، بتاريخ 2015/01/15، ملف رقم 2669/8224/2013، المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، العدد الأول/2015، ص ص 119-154.

سادسا الوثائق:

1- القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، منشور على موقع اللجنة: www.uncitral.org

المراجع باللغة الفرنسية:

I- Ouvrages:

- 1- ALLIOUCHE-KARBOUA-MEZIANI Naima, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, O.P.U., Alger, 2010.
- 2- BENCHENEB Ali, *Règlement des litiges et arbitrage commercial international*, éditions GAYA, Alger, 2018.
- 3- BOUCARON-NARDETTO Magali, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, PUMA, AIX-EN-PROVENCE, 2013.
- 4- RENE David, *L'arbitrage dans le commerce International*, Economica, Paris, 1982.
- 5- TRARI-TANI Mostefa, *Droit algérien de l'arbitrage commercial international*, BERTI éditions, Alger, 2007.
- 6- TERKI Nour Eddine, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, O.P.U, Alger, 1999.
- 7- ZOUAIMIA Rachid, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie*, Editions Houma, Alger, 2005.
- 8- ZOUAIMIA Rachid, *Droit de la régulation économique*, Berti Editions, Alger, 2006.

- 9- ZOUAIMIA Rachid, *Droit de responsabilités disciplinaires des agents économique -l'exemple du secteur financier-*, office des publication universitaires, Alger, 2010.
- 10- ZOUAIMIA Rachid, *Le droit de la concurrence*, Editions Belkeise, Alger, 2012.
- 11- ZOUAIMIA Rachid, *Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie*, Editions Belkeise, Alger, 2012.
- 12- ZOUAIMIA Rachid, *Les autorités de régulation financière en Algérie*, Editions Belkeise, Alger, 2013.
- 13- ZOUAIMIA Rachid, *Les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance*, Editions Belkeise, Alger, 2013.

II- Thèses et mémoires

A-Thèses :

- 1- WEHBE Fatima Sara, *Composantes multidimensionnelles de l'arbitrage: de la considération locale à l'interculturalité international*, Thèse pour obtenir le diplôme de doctorat en Droit public, Université du Havre, 2016.
- 2- NAJIB Mohamed El Mehdi, *L'intervention du juge dans la procédure arbitrale*, Thèse pour obtenir le diplôme de doctorat en Droit privé, Université de Bordeaux, 2016.

B-Mémoires:

- 1-FLORES PATINO Alejandro, *Compétence du tribunal arbitral dans l'arbitrage commercial*, Mémoire présenté à la faculté des études supérieures en vue de l'obtention de grade de Maitrise en droit, Université de Moréal, 2006.
- 2- ZERRIFI Mohammed, *L'arbitrabilité des litiges selon le nouveau code de procédure civil et administrative algérien*, Mémoire de magister, Université d'Oran, 2010.

III- Articles et communications:

- 1- ALLIOUCH-KERBOUA Kamel, « Le contrôle post-arbitral de la sentence internationale en droit algérien », in le juge et l'arbitre, sous direct. Sami -BOUSTANJI et autres, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, pp.269-285.
- 2- ANCEL Jean Pierre, « La cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », Le juge entre deux millénaires Mélanges Pierre Drai, Dalloz, Paris, 2000, pp.161-170.
- 3- ANCEL Jean Pierre, « La lecture de la jurisprudence française en matière d'arbitrage international », in l'arbitrage commercial interne et international, colloque organisé par le ministre de la justice et de la CGEM, en collaboration avec la cour suprême du Maroc les 3 et 4 Mars 2004, Cahier de la cour, n°6, 2005, pp.179-191.
- 4- BABAY YOUSSEF Souad, « Le contrôle poste arbitral de la Sentence internationale », in le juge et l'arbitre, sous direct. Sami -BOUSTANJI et autres, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, pp.207-248.
- 5- BEKHECHI Mohammed Abdelwahab, « L'arbitrage commercial international en droit algérien », Revue algérienne des relations internationales, Les éditions internationales, N° 25, 1994, Alger, pp.87-108.
- 6- BEN ABDERRAHMANE Dahmane, « La réforme du droit Algérien de l'arbitrage commercial international », La gazette du palais, n°101-103 (numéro spécial Algérie), 1999, n° 05, pp.27-34.
- 7- CHEDLY Lotfi, « Incidence des questions préjudicielles sur l'instance arbitrale », in le juge et l'arbitre, sous direct. Sami -BOUSTANJI et autres, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, pp.103-129.
- 8- CLAY Thomas, « A quoi sert le siège du tribunal international ? », in le juge et le sujet du siège arbitral, Voir : l'arbitre, sous direct. Sami -BOUSTANJI et autres, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, pp.45-62.
- 9- COSTARGENT Jean-Robin, SPINELLI Julie, « L'arbitrage, une alternative pour les litiges à petits enjeux », Les cahiers de l'arbitrage - nouveaux domaines, nouvelles utilisations, 3ème Edition 2017, pp.58-66.

- 10- DEGOS Louis, « Le renouveau de l'arbitrage », Les cahiers de l'arbitrage - nouveaux domaines, nouvelle utilisation, 3^{ème} Edition, 2017, pp.06-10.
- 11- DELVOLVE Jean-Luis, « La convention d'arbitrage (ses conditions, son formalisme, ses effets...) », in l'arbitrage commercial interne et international, colloque organisé par le ministère de la justice et la CGEM en collaboration avec la cour suprême, Les 3-4 Mars 2004, Rabat, Maroc, Cahier de la cour, n°6, 2005, pp.149-162.
- 12- DEPINCE Malo, « La nouvelle convention d'arbitrage », Les cahiers de l'arbitrage - nouveaux domaines, nouvelles utilisations, 3^{ème} Edition, 2017, pp.23-26.
- 13- FIGUIERE Georges, DE CHASSY Christian, BRAJEUX Guillaume, « Arbitrage et expertise », Gazette de la Chambre n° 13 - Printemps 2007, pp.01-03.
- 14- FOUCHARD Philipe, « Note sous cass ». Civ., 1^{re} ch., 5 Janvier 1999, M.Zanzi c/J. de Coninck et autres, pp.260-271.
- 15- KENFACK DOUAJNI Gaston, « Les mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage OHADA », Revue camerounaise de l'arbitrage n 08, janvier-février-mars, 2000, pp.137-146.
- 16- LAFONT Pierre, « L'arbitre, juge naturel du professionnel libéral », Les cahiers de l'arbitrage- nouveaux domaines, nouvelles utilisations, 3^{ème} Edition, 2017, pp.33-36.
- 17- LEROSIER Auntoine, « Le rôle du juge judiciaire dans le développement de l'arbitrage : pratiques comparées russes, françaises et européennes en générale », RJOI, 2017, n° 24, pp.03-08.
- 18- LOQUIN Eric, « Le juge et l'arbitre », in le juge et l'arbitre, sous direct. Sami -BOUSTANJI et autres, Edition A. PEDONE, Paris, 2014, pp.19-30.
- 19- MAHIOU Ahmed, « L'arbitrage en Algérie », RASJEP, Alger 1989, pp.701-734.
- 20- MALAN Alexandre, « L'appréciation par les tribunaux français de l'indépendance des arbitres », in le juge et l'arbitre, sous direct. Sami -BOUSTANJI et autres, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, pp.169-183.

- 21- MARQUIS Louis, « La compétence arbitrale : une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire », R.D.U.S, 21, (1990), pp.303-324.
- 22- PINNA Andrea, « Réflexions sur l'arbitrage forcé », Gazette du palais, 2014, pp.06-12.
- 23- PLUYETTE Gerard, « Le juge d'appui- L'expérience française », in le juge et l'arbitre, sous direct. Sami -BOUSTANJI et autres, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, pp.131-145.
- 24- RACHDI Nabil, « Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage », in le juge et l'arbitre, sous direct. Sami -BOUSTANJI et autres, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, pp.70-86.
- 25- RAVILLON Laurence, « Retour sur le principe « compétence-compétence », in le juge et l'arbitre, sous direct. Sami -BOUSTANJI et autres, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, pp. 87-101.
- 26- SERAGLINI Christophe, « Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : Mythes et réalités », Cahiers de l'arbitrage, Vol. V, 2010, pp.198-220.
- 27- TRAIN Francois-Xavier, « Brefs rappels de droit français », in le juge et l'arbitre, sous direct. Sami -BOUSTANJI et autres, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, pp.260-268.
- 28- WALD Arnold, « l'arbitrage : entre efficacité et éthique », in Etudes offertes au professeur Philippe MALNIVAUD, LITEC, Paris, 2007, pp.715-728.
- 29- YAHIAOUI Issam, « L'exequatur des sentences arbitrales au regard de la convention de New York du 10 juin 1958 », in le juge et l'arbitre, sous direct. Sami -BOUSTANJI et autres, Editions A. PEDONE, Paris, 2014, pp.249-259.

IV- Texte étranger:

- 1- Décret n°2011-48 du 13 Janvier 2011, portant réforme de l'arbitrage, J.O.R.F du 14 Janvier 2011

I- Books :

- 1- ANDREWS Neil, Arbitration and contract law, Springer International Publishing Switzerland, 2016.
- 2- BERMANN George, Recognition and enforcement of foreign arbitral awards the interpretation and application of the New York convention by national courts, Springer International Publishing AG, 2017.
- 3- ENGELMANN Jan, International commercial arbitration and the commercial agency directive, Springer International Publishing, 2017.
- 4- M. EL-AWA Mariam, Confidentiality in arbitration, Springer International Publishing, 2016.
- 5- REYMOND-ENIAEVA Elsa, Towards a uniform approach to confidentiality of international commercial arbitration, Springer Nature, 2019.
- 6- ROWLEY QC J William, The guide to challenging and enforcing arbitration awards, global review, published in United Kingdom by law business research, Ltd,2019.
- 7- STONE SWEET Alec and GRISEL Florian, The evolution of international arbitration judicialization, governance, Legitimacy, Oxford University Press, 2017. This version available at <http://hdl.handle.net/10871/29787>.
- 8- TURNER Ray, Arbitration awards a practical approach, by Blackwell Publishing, Oxford, 2005.
- 9- ZHENG Sophia Tang, Jurisdiction and arbitration agreements in international commercial law, by Routledge Research in International Commercial Law, 2014.

II- Articles:

- 1- KYRIAKI Noussia, Bias of arbitrators revisited, Journal of Business Law, 11 October 2017.

- 2- L. KIDAN Won, *The culture of international arbitration*, by Oxford University Press, 2017.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

1	مقدمة
16	الباب الأول: توزيع الاختصاص بين القاضي والمحكم في التحكيم
17	الفصل الأول: اختصاص القاضي الوطني في بداية التحكيم
18	المبحث الأول: الاختصاص الثانوي للقاضي وفعالية اتفاق التحكيم
19	المطلب الأول: استبعاد اختصاص القاضي الوطني بالنظر في وجود اتفاق التحكيم
20	الفرع الأول: في إطار الدعوى الأصلية التي تستهدف اتفاق التحكيم
22	أولاً: خصوصية اتفاق التحكيم
30	ثانياً: الرقابة القضائية الاستثنائية على حكم التحكيم
30	الفرع الثاني: واجب امتناع القاضي عن نظر النزاع المشمول باتفاق التحكيم
41	المطلب الثاني: في إطار الدعوى الفرعية للقاضي الوطني
41	الفرع الأول: البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم يستلزم اختصاص القاضي
42	الفرع الثاني: تنازل الأطراف على اتفاق التحكيم يستتبع اختصاص القاضي
43	أولاً: التنازل الصريح
43	ثانياً: التنازل الضمني
44	المبحث الثاني: تدخل القاضي لتذليل صعوبات تشكيل محكمة التحكيم
45	المطلب الأول: ضوابط التدخل القضائي لتشكيل محكمة التحكيم
46	الفرع الأول: أساس التدخل القضائي لتشكيل محكمة التحكيم
48	الفرع الثاني: شروط تدخل القاضي لتشكيل محكمة التحكيم
49	أولاً: شروط تدخل القضاء لعدم اتفاق الأطراف على اختيار المحكمين
51	ثانياً: شروط تدخل القضاء بسبب مخالفة إجراءات اختيار المحكمين
51	المطلب الثاني: تسوية صعوبات تشكيل محكمة التحكيم
52	الفرع الأول: تدخل القاضي لتسوية الصعوبات الأولية لتشكيل محكمة التحكيم
53	أولاً: التعيين بالاستناد إلى نظام تحكيمي
55	ثانياً: التعيين عن طريق القضاء
58	أ-الشروط العامة
58	- الذاتية
59	- الأهلية المدنية الكاملة

60	- عدم شهر إفلاسه
60	- تمتع المحكم بحقوقه السياسية
61	- قبول المحكم لمهمته
61	- استقلال المحكم وحياده
65	ب - الشروط الخاصة
65	- الكفاءة والخبرة
66	- الجنس والجنسية
67	- ضرورة احترام وتريه عدد المحكمين
74	الفرع الثاني: تسوية الصعوبات اللاحقة لتشكيل محكمة التحكيم
74	أولاً: رد المحكمين
77	أ) تعريف رد المحكم وأسبابه
79	ب) تدخل القضاء في إجراءات رد المحكم:
84	ج) الطعن في الأمر الصادر بخصوص طلب الرد:
86	د) الأثر المترتب على طلب الرد
87	ثانياً: استبدال وعزل المحكم
88	1- عزل المحكم قبل البدء في الخصومة التحكيمية
89	2- عزل المحكم بعد بدء الخصومة التحكيمية
90	3- عزل المحكم بعد صدور الحكم
90	4- العزل القضائي
93	الفصل الثاني: الاختصاص الفرعي للقاضي الوطني في الإجراءات التحكيمية
94	المبحث الأول: الصلاحيات المحدودة للقاضي لمنح التدابير الوقائية والتحفظية
95	المطلب الأول: مفهوم التدابير الوقائية والتحفظية
97	الفرع الأول: التدابير التحفظية الاحترازية
98	أولاً: تعريف الإجراءات التحفظية
99	ثانياً: صور الحماية التحفظية
100	الفرع الثاني: التدابير الوقائية
100	أولاً: تعريف التدابير المؤقتة
101	ثانياً: صور التدابير المؤقتة
101	1- التدابير المؤقتة القابلة للتعديل:

101	2- التدابير المؤقتة في صورة أوامر:
102	3- التدابير المؤقتة الاستعجالية:
103	المطلب الثاني: شروط ونطاق تدخل القاضي في التدابير المؤقتة والتحفظية
104	الفرع الأول: شروط تدخل القاضي لاتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية
105	أولاً: الجدل الخاص بمدى اختصاص القاضي الوطني باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية
105	1- الاتجاه الفقهي الأول
108	2- الاتجاه الفقهي الثاني
109	3- الاتجاه الفقهي الثالث
112	ثانياً: اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية
114	أ- عدم التنازل عن اتفاق التحكيم
114	ب- اختصاص المحكمين أنفسهم
123	ثالثاً: شروط التدخل القضائي
123	1- توفر الاستعجال
125	أ- تحقق شرط الاستعجال
126	ب- عدم المساس بأصل الحق
127	ج- أن يكون الاجراء المطلوب اتخاذه واجب التنفيذ في دولة القاضي
128	الفرع الثاني: حدود التدخل القضائي
128	أولاً: إرادة الأطراف كقيد على التدخل القضائي
130	ثانياً: الحصانة القضائية والحصانة ضد إجراءات التنفيذ تحد من التدخل القضائي
134	المبحث الثاني: الاختصاصات الأخرى للقاضي أثناء سير الخصومة التحكيمية
135	المطلب الأول: التدخل القضائي في مجال الإثبات
136	الفرع الأول: سلطة محكمة التحكيم في مجال الإثبات
137	الفرع الثاني: مساعدة القاضي للمحكم في مجال الأدلة
138	1- الدليل الكتابي:
140	2- تحقيق الخطوط والتزوير:
140	3- سماع الشهود:
143	4- المعاينة
145	5- الاستعانة بالخبراء:
147	6- اليمين:

147	7- الإنابة القضائية:
148	الفرع الثالث: إجراءات طلب مساعدة القاضي في تحصيل الأدلة
149	المطلب الثاني: مساعدة القاضي للمحکم في المسائل الأولية
150	الفرع الأول: تعريف المسائل الأولية
155	الفرع الثاني: دعوى المسائل العارضة
155	أولاً: دعوى المسائل العارضة أمام القضاء المدني
157	ثانياً: دعوى المسائل العارضة أمام القضاء الجزائي
158	المطلب الثالث: الحالات الأخرى لتدخل القاضي أثناء سير الخصومة التحكيمية
158	الفرع الأول: سلطة القاضي في تمديد مدة التحكيم
161	الفرع الثاني: دور القضاء في المسائل المتعلقة بالأتعاب
162	الفرع الثالث: دور القضاء في تفسير وتصحيح الحكم أو الإضافة له وتكميله
162	أولاً: مدى اختصاص محكمة التحكيم في عملية التفسير والتصحيح
163	1- الاختصاص التحكيمي بالتفسير
165	2- الاختصاص التحكيمي بالتصحيح
166	ثانياً: مدى اختصاص القاضي في التفسير والتصحيح
166	1- الاختصاص القضائي بالتفسير
168	2- الاختصاص القضائي بالتصحيح
168	ثالثاً: مدى اختصاص القاضي بالإضافة للحكم أو تكميله أو إعادة النظر فيه
169	1- اختصاص المحكم بالفصل فيما أغفله:
170	2- اختصاص القاضي بالفصل فيما أغفله المحكم:
174	الباب الثاني: الاختصاص الحصري للقاضي الوطني في التحكيم
175	الفصل الأول: الاختصاص الحصري للقاضي المرتبط بالاعتراف والتنفيذ
177	المبحث الأول: مفاهيم حول الاعتراف والتنفيذ
179	المطلب الأول: مفهوم الاعتراف
179	الفرع الأول: تعريف الاعتراف
181	الفرع الثاني: تعريف التنفيذ
183	أولاً: أسلوب المراجعة
184	ثانياً: أسلوب المراقبة
192	الفرع الثالث: نطاق التفريق بين الاعتراف والتنفيذ

194	المطلب الثاني: أشكال الاعتراف والتنفيذ
194	الفرع الأول: شروط الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم
195	أولاً: الشروط التي يخضع لها الاعتراف والتنفيذ
195	1- الشرط الشكلي: إثبات وجود الأحكام التحكيمية
197	2- الشرط الموضوعي: عدم مخالفة الاعتراف أو التنفيذ للنظام العام الدولي
209	ثانياً: صلاحية الحكم التحكيمي للتنفيذ ونطاق حجته
209	1- صلاحية الحكم للتنفيذ:
209	2- حجية حكم التحكيم القابل للتنفيذ:
210	الفرع الثاني: مسائل الرقابة الإجرائية والقضائية
212	أولاً: السلطة التي يتمتع بها قاضي الأمر بالتنفيذ
213	ثانياً: موانع تعترض قاضي الأمر بالتنفيذ
218	الفرع الثالث: المحكمة المختصة
219	أولاً: عملية إيداع الوثائق
223	ثانياً: استصدار الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ
223	1- إصدار الأمر بالاعتراف أو بتنفيذ الحكم التحكيم
225	2- إصدار أمر برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ
226	المطلب الثالث: الآثار الناتجة عن إصدار الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ
227	الفرع الأول: استئناف أمر القاضي المتعلق بالاعتراف والتنفيذ
227	أولاً: استئناف الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ
228	ثانياً: الطعن في الأمر برفض الاعتراف والتنفيذ.
229	الفرع الثاني: دور القاضي الوطني في التنفيذ
230	أولاً: رقابة التنفيذ الممارسة من طرف القاضي من زاوية النظام العام
233	ثانياً: رقابة التنفيذ الممارسة من طرف القاضي من زاوية مقر التحكيم
233	1- الاختصاص الحصري لقاضي دولة التنفيذ:
234	2- انتفاء التدخل الضروري لقضاء المقر:
235	الفصل الثاني: اختصاص القاضي بالرقابة عن طريق الطعن في أحكام التحكيم
236	المبحث الأول: وسائل الطعن المعتمدة في أحكام التحكيم
238	المطلب الأول: الاستئناف في أوامر تنفيذ أو رفض تنفيذ الحكم التحكيمي
238	الفرع الأول: أسباب الطعن بالاستئناف في مسألة الاعتراف والتنفيذ

239	أ- عدم صحة اتفاق التحكيم
239	ب- عدم احترام حقوق الدفاع
240	ج- تجاوز نطاق سلطة المحكمة التحكيمية
240	د- التشكيل الخاطى للمحكمة التحكيمية أو إجراءاتها
240	هـ- إذا كان الحكم غير ملزم، باطلا أو حكم عليه بوقف تنفيذه
241	و- رفض تنفيذ حكم التحكيم بناء على قضاء المحكمة من تلقاء نفسها
241	ي- عدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم:
243	أولاً: الطعن في القرار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر في الخارج
244	1- خصوصية الطعن بالاستئناف في قرار القاضي الأمر بالتنفيذ
245	2- الجهة المختصة بالنظر في الطعن بالاستئناف
248	3- حالات الطعن بالاستئناف:
248	ثانياً: استئناف الأمر القضائي الراض منح الصيغة التنفيذية
248	1- إجراءات الطعن بالاستئناف
248	أ- الجهة المختصة
252	ب- ميعاد الاستئناف
253	الفرع الثاني: الطعن بالنقض في الأحكام الفاصلة في الاستئناف
254	أولاً: الجهة القضائية المختصة:
254	ثانياً: ميعاد الطعن بالنقض
255	ثالثاً: آثار الطعن بالنقض
256	الفرع الثالث: الطعن في أحكام التحكيم في القانون المقارن والاتفاقيات
256	أولاً: طرق الطعن في القانون الفرنسي
261	ثانياً: طرق الطعن في القانون المصري
264	ثالثاً: طرق الطعن في الاتفاقيات الدولية
264	1- اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية:
265	2- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي:
267	3- معاهدة واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار:
268	4- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي:
270	المبحث الثاني: الاختصاصات الحصرية للقاضي الوطني لإبطال حكم التحكيم
273	المطلب الأول: المحكمة المختصة بدعوى الطعن بالبطلان وقواعد الفصل فيها

273	الفرع الأول: المقصود بدعوى البطلان والمحكمة المختصة بها
274	أولاً: المقصود بدعوى البطلان
274	ثانياً: المحكمة المختصة بها
276	الفرع الثاني: قواعد النظر والفصل في دعوى البطلان
276	أولاً: قواعد النظر في دعوى البطلان
278	ثانياً: الفصل في دعوى البطلان
279	ثالثاً: كيفية تفعيل تنفيذ اتفاق التحكيم قبل عرضه على قاضي التنفيذ لتفادي الطعن بالبطلان
280	1- مدى احترام المحكم للنظام العام في الدولة المراد تنفيذ جزء هام فيها من العقد
282	2- مدى احترام المحكم لقواعد النظام العام للقانون الذي يحكم النزاع من حيث الموضوع أو من حيث الإجراءات
282	3- مدى احترام المحكم لقواعد النظام العام لقانون دولة التنفيذ:
282	4- مدى تقدير المحكم لقبالية النزاع للخضوع إلى التحكيم:
287	المطلب الثاني: حالات الطعن بالبطلان
289	الفرع الأول: الحالات المتعلقة باتفاق التحكيم
289	1- عدم وجود اتفاق تحكيمي
292	2- بطلان اتفاق التحكيم
295	3- انقضاء أجل التحكيم
297	الفرع الثاني: الحالات المتعلقة بالمحكمة التحكيمية
297	1- حالة تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد بطريقة مخالفة للقانون
298	2- حالة فصل محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها
299	3- حالة عدم احترام محكمة التحكيم لمبدأ الوجاهية
302	الفرع الثالث: الحالات المتعلقة بحكم التحكيم بحد ذاته
302	أولاً: حالة تسبب محكمة التحكيم لحكمها وتناقض الأسباب
303	ثانياً: حالة مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي

ملخص الرسالة باللغة العربية:

على الرغم من المزايا العديدة التي يتمتع بها التحكيم، فضلاً عن الحلول السريعة والفعالة التي يقدمها للمتعاملين الاقتصاديين في إطار التجارة الدولية، ولا سيما مساهمته في استقرار الاقتصاد العالمي من خلال تسوية المنازعات التجارية بين أطراف النزاع، فإنه لا يظل في منأى عن خدمات القضاء الوطني في جميع مراحل إجراءات التحكيم، كتكوين محكمة التحكيم أو تعيين أو حتى استبدال المحكمين وعزلهم إذا لزم الأمر.

بالإضافة إلى أن للقاضي يمكن أن يتدخل من خلال ممارسة صلاحياته بغرض استكمال النقص الذي يظهر أثناء عملية التحكيم، وذلك عن طريق اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفيزية، حيث يمكنه أيضاً تقديم المساعدة للمحكم بعد صدور حكم التحكيم من خلال الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه بالدرجة الأولى، وكذلك الطعن ضد حكم المحكمين في حالة عدم رضا أحد طرفي النزاع.

هذا الدور المستمد من الاختصاص الحصري للقاضي الوطني والذي لا يمكن الاستغناء عنه يضمن بقوة حسن سير إجراءات التحكيم ويبين حقيقة التكامل الوظيفي بين القضاء الوطني والتحكيم.

Résumé de la thèse en langue française

Malgré les avantages si multiples dont bénéficie l'arbitrage, ainsi que les solutions rapides et efficaces qu'il apporte aux opérateurs économiques dans le cadre du commerce international, notamment sa contribution à la stabilité de l'économie mondiale à travers le règlement des différends commerciaux entre les parties en conflit, il ne reste pas à l'abri des services de la justice nationale dans toutes les phases de la procédure arbitrale, telles que la composition du tribunal arbitral ou la nomination voire le remplacement et la révocation des arbitres si nécessaire.

En outre, le juge peut intervenir en exerçant ses prérogatives en vue de compléter le manque et la carence qui apparaissent lors du processus arbitral, et ce, par la prise des mesures provisoires et conservatoires, comme, il peut autant fournir de l'aide à l'arbitre après le prononcé de la sentence arbitrale par le biais, en premier lieu, de la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale, aussi le recours contre la décision des arbitres dans le cas où l'un des deux parties se manifeste insatisfait.

Ce rôle indispensable du juge national découlant de sa compétence exclusive, garantit fortement le bon déroulement des procédures d'arbitrage et montre clairement la complémentarité entre la justice nationale et l'arbitrage.

Abstract in English language

In spite of the many advantages enjoyed by arbitration, as well as the quick and effective solutions it provides to economic operators in the context of international trade, in particular its contribution to the stability of the world economy through the settlement of commercial disputes between the disagreeing parties, it does not remain isolated from the national justice services at all stages of the arbitration proceedings, such as the composition of the arbitral tribunal or the appointment or even the replacement and the removal of the arbitrators if necessary.

In addition, the judge can intervene by exercising his powers for the purpose of completing the lack and deficiency that appears during the arbitral process, by taking Interim and provisional measures, as, he can also provide assistance to the arbitrator after the sentencing through, first of all, the recognition and enforcement of the arbitral award, also the recourse (appeal) against the decision of the arbitrators in the event of dissatisfaction of one of the parties.

This essential role of the national judge, deriving from his exclusive competence, powerfully guarantees the smooth conduct of arbitration procedures and clearly shows the complementarity between national judiciary and arbitration.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ملخص الرسالة باللغة العربية:

على الرغم من المزايا العديدة التي يتمتع بها التحكيم، فضلاً عن الحلول السريعة والفعالة التي يقدمها للمتعاملين الاقتصاديين في إطار التجارة الدولية، ولا سيما مساهمته في استقرار الاقتصاد العالمي من خلال تسوية المنازعات التجارية بين أطراف النزاع، فإنه لا يظل في منأى عن خدمات القضاء الوطني في جميع مراحل إجراءات التحكيم، كتكوين محكمة التحكيم أو تعيين أو حتى استبدال المحكمين وعزلهم إذا لزم الأمر.

بالإضافة إلى أن للقاضي يمكن أن يتدخل من خلال ممارسة صلاحياته بفرض استكمال النقص الذي يظهر أثناء عملية التحكيم، وذلك عن طريق اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية، حيث يمكنه أيضاً تقديم المساعدة للمحكم بعد صدور حكم التحكيم من خلال الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه بالدرجة الأولى، وكذلك الطعن ضد حكم المحكمين في حالة عدم رضا أحد طرفي النزاع. هذا الدور المستمد من الاختصاص الحصري للقاضي الوطني والذي لا يمكن الاستغناء عنه يضمن بقوة حسن سير إجراءات التحكيم ويبين حقيقة التكامل الوظيفي بين القضاء الوطني والتحكيم.

Résumé de la thèse en langue française

Malgré les avantages si multiples dont bénéficie l'arbitrage, ainsi que les solutions rapides et efficaces qu'il apporte aux opérateurs économiques dans le cadre du commerce international, notamment sa contribution à la stabilité de l'économie mondiale à travers le règlement des différends commerciaux entre les parties en conflit, il ne reste pas à l'abri des services de la justice nationale dans toutes les phases de la procédure arbitrale, telles que la composition du tribunal arbitral ou la nomination voire le remplacement et la révocation des arbitres si nécessaire.

En outre, le juge peut intervenir en exerçant ses prérogatives en vue de compléter le manque et la carence qui apparaissent lors du processus arbitral, et ce, par la prise des mesures provisoires et conservatoires, comme, il peut autant fournir de l'aide à l'arbitre après le prononcé de la sentence arbitrale par le biais, en premier lieu, de la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitral, aussi le recours contre la décision des arbitres dans le cas où l'un des deux parties se manifeste insatisfait.

Ce rôle indispensable du juge national découlant de sa compétence exclusive, garantit fortement le bon déroulement des procédures d'arbitrage et montre clairement la complémentarité entre la justice nationale et l'arbitrage.

Abstract in English language

In spite of the many advantages enjoyed by arbitration, as well as the quick and effective solutions it provides to economic operators in the context of international trade, in particular its contribution to the stability of the world economy through the settlement of commercial disputes between the disagreeing parties, it does not remain isolated from the national justice services at all stages of the arbitration proceedings, such as the composition of the arbitral tribunal or the appointment or even the replacement and the removal of the arbitrators if necessary.

In addition, the judge can intervene by exercising his powers for the purpose of completing the lack and deficiency that appears during the arbitral process, by taking Interim and provisional measures, as, he can also provide assistance to the arbitrator after the sentencing through, first of all, the recognition and enforcement of the arbitral award, also the recourse (appeal) against the decision of the arbitrators in the event of dissatisfaction of one of the parties.

This essential role of the national judge, deriving from his exclusive competence, powerfully guarantees the smooth conduct of arbitration procedures and clearly shows the complementarity between national judiciary and arbitration.
