

جامعة مولود معمري – تيزي وزو
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم القانون

دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي

مذكرة لنيل شهادة الماجستير

فرع قانون التنمية الوطنية

تحت إشراف الأستاذ:

فيلالي علي

من إعداد الطالب:

حدادن طاهر

أعضاء اللجنة:

د/ عيبوط محند وعلي، أستاذ محاضر – أ ، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....، رئيسا

د/ فيلالي علي، أستاذ محاضر – أ ، جامعة الجزائر، مشرفا و مقررا

د/ يسعد حورية ، أستاذة محاضرة – أ ، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....، ممتحنا

تاريخ المناقشة: 4 جويلية 2012

شكر و عرفان

- أقدم شكري و عرفاني للأستاذ المشرف فيلاي علي على توجيهاته و نصائحه القيمة ، دون أن أنسى مشرفي السابق الأستاذ بن الشيخ نور الدين.
- أشكر جزيل الشكر أعضاء لجنة المناقشة الموقرة على الجهود المبذولة و الملاحظات النيرة التي سيفيدونني بها.
- أوجه تشكراتي إلى مسؤولي جامعة مولود معمري و أخص بالذكر السيد جعفر محمد السعيد ، عميد كلية الحقوق ببوخالفة ، تيزي وزو.
- أشكر جميع أساتذتي من الطور الابتدائي إلى الطور ما بعد التدرج.

الإهداء

أهدي ثمرة جهودي إلى:

الوالدين الكريمين

زوجتي و بناتي و إبني

إخوتي و أقاربي

أصدقائي و زملائي

جميع سكان قرية أيت وانش

مقدمة :

لقد بات معروفاً أن تزايد التبادلات و المعاملات التجارية على المستوى الدولي أدى إلى تنامي التحكيم حتى أصبح الظاهرة المميزة لعصرنا Phénomène caractéristique de notre époque^{1*} ، فمن أهم الظواهر القانونية المعاصرة ظاهرة الانفتاح على التحكيم و اتساع آفاقه^{2*} ، و قيل عنه أنه " لغة العصر الحديث"^{3*} و المرجع الأساسي لحسم خلافات التجارة الدولية^{4*}، فالتحكيم إذن ظاهرة من ظواهر عصرنا الحديث في مجال الفصل في المنازعات بحيث لا تخلو معظم العقود الدولية من اتفاقية تحكيمية.

إن مرد تطور التحكيم بهذا الشكل هو رغبة الأطراف في المعاملات التجارية في التحرر من كل القيود التي تتضمنها القوانين الوطنية و تفادي البطء الذي تعرفه عادة المحاكم العادية و تعدد إجراءات التقاضي فيها بالإضافة خاصة إلى الحرية التي يتمتع بها الأطراف في مجال التحكيم في اختيار المحكمين و القانون الذي يطبق على موضوع النزاع و الإجراءات و مكان و لغة التحكيم و السرية التي يتصف بها هذا الأخير ، كل ذلك أدى إلى نمو التحكيم بطريقة سريعة إلى أن أصبح الآلية و الوسيلة الهامة في تسوية المنازعات التي تنشأ بين المتعاملين في مجال معاملاتهم التجارية الدولية، و أهمية التحكيم لن تعرف إلا ازدهارا لاسيما في ظل العولمة

I- GAILLARD (Emmanuel) et LALIVE (Pierre), « Le nouveau droit de l'arbitrage international en suisse », journal du droit international , No 4 ,1989, p 905-963

2- مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى، 1998 ، ص 4.

3- مشيمش جعفر ، التحكيم في العقود الإدارية و المدنية و التجارية ، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الأولى ، لبنان، 2009، ص 5.

4- الأحمد عبد الحميد، "موسوعة التحكيم ، الكتاب الثاني، التحكيم الدولي " ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الثالثة بيروت ، لبنان، 2008، ص 6.

التي تهدف إلى القضاء على العراقيل الإدارية و القانونية التي تفرضها الدول ، لكل ذلك أصبح التحكيم الآن و أكثر من أي وقت مضى ضرورة ملحة كطريق للفصل في نزاعات عقود التجارة الدولية.

إن تطور العلاقات التجارية الدولية و معها التحكيم التجاري الدولي، الذي حظي باهتمام الدول و المنظمات الدولية ، أدى إلى ظهور العديد من مراكز التحكيم على غرار الغرفة التجارية الدولية ، غرفة التحكيم بباريس الغرفة التجارية و الصناعية بجنيف ، غرفة التجارة بميلان، الغرفة التجارية الأوروبية العربية مركز التحكيم التجاري الدولي بالقاهرة، الغرفة التجارية و الصناعية بالجزائر و إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية التي تنظم مختلف إجراءات التحكيم أهمها:

-اتفاقية نيويورك الصادرة في 10 جوان سنة 1958 المتعلقة بالاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

-اتفاقية واشنطن الصادرة في 18 مارس سنة 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار.

-القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 الذي وضعته هيئة الأمم المتحدة.

هذا بالإضافة إلى الاتفاقيات الجهوية و الثنائية التي تنعقد بين الدول.

و لم تبق الدول العربية و معها الجزائر في معزل عن دول العالم في هذا المجال، بحيث سنت معظم هذه الدول قوانين تنظم التحكيم التجاري الدولي لاسيما منذ بداية التسعينات ، كما أنشئت عدة مراكز للتحكيم التجاري الدولي.

بالنسبة للجزائر، فإنها و بعد العديد من التراجعات ، أحست بمناسبة حركة عميقة في الإصلاحات الاقتصادية و السياسية ، بضرورة التزويد بتشريع وطني عصري في مجال التحكيم التجاري الدولي، و عليه سنت تشريعا يتعلق بالتحكيم الدولي و كان ذلك بمرسوم تشريعي صادر بتاريخ 1993/04/25 معدل و متمم لقانون الإجراءات المدنية المؤرخ في جوان 1966،^(4مكرر) هذا النص التشريعي كان منتظرا بعد المصادقة

4 مكرر- المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993 ، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 27-4-1993 العدد 27 قانون ملغى

على القانون 18/88 المؤرخ في 12/07/1988 بخصوص انضمام الجزائر لاتفاقية نيويورك لسنة 1958.⁽⁵⁾

و قد جاء (المرسوم التشريعي لسنة 1993) ثمة لدمج محكم بين المرسوم الفرنسي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي لسنة 1981 و النص السويسري المتضمن القانون الدولي الخاص لسنة 1987، و حتى القانون النموذجي الذي أقرته و أوصت به لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية.⁽⁶⁾

لا يسعنا في هذا المقام العودة إلى المراحل الهامة التي اتسمت بها النظرة الجزائرية تجاه التحكيم الدولي، فهذه المحطات تم تحليلها في عدة دراسات⁽⁷⁾، نؤكد فقط أنه منذ سنة 1988 توالى المساعي الإيجابية من قبل الدولة الجزائرية لصالح التحكيم الدولي، حيث انضمت إلى العديد من الاتفاقيات لاسيما :

- اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بموجب القانون 18/88 المؤرخ في 12 جويلية 1988⁽⁸⁾

5- BEKHECHI (Mohammed Abdelwahab): L'arbitrage commercial international en droit algérien , in Revue algérienne des relations internationales , Les éditions internationales , No 25, 1994 , Alger.

6- تراري الثاني مصطفى: " التحكيم التجاري الدولي إثر صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/4/25 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات المدنية. " مجلة دراسات قانونية، العدد 1، جوان 2002، ص 36.

7- MEBROUKINE (Ali) : « Quelques remarques à propos de l'institution d'une cour d'arbitrage au sein de la chambre nationale de commerce (CNC) », in Actes du séminaire sur l'arbitrage commercial, p 151.

أنظر كذلك :

ISSAD (Mohand): « Arbitrage international , le nouveau droit algérien » in Revue mutations , No 5 , octobre 1993, p7-11.

BEDJAOUI (Mohamed) « l'évolution des conceptions et de la pratique algérienne en matière d'arbitrage international » , pp 15-40 Actes du séminaire sur l'arbitrage commercial organisé par la chambre nationale du commerce Alger , 14 et 15 décembre 1992 , ed chambre nationale du commerce

8- القانون رقم 88-18 المؤرخ في 12 جويلية 1988، الجريدة الرسمية، العدد 28 الصادرة بتاريخ 13 جويلية 1988.

- اتفاقية الرياض المتعلقة بالتعاون القضائي المؤرخة في 1983/4/6 المصادق عليها من طرف الجزائر بتاريخ 2001/02/11⁽⁹⁾

- اتفاقية عمان العربية المتعلقة بالتحكيم التجاري 1987/7/14، موقعة من طرف الجزائر بنفس التاريخ
- اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في 9 و 10 مارس 1991^(9مكرر)
- اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى المعتمدة من قبل البنك الدولي لإعادة التعمير و التنمية في 1965/3/18 و التي دخلت حيز التنفيذ في 1984/10/14 المصادق عليها من قبل الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995⁽¹⁰⁾
- الاتفاقية المتضمنة إنشاء و تنظيم المركز المغربي للتحكيم الدولي الموقع في 1991/11/4 بنواكشوط.
- و بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في 25 فبراير سنة 2008 و الذي دخل حيز التنفيذ في 25 أبريل 2009 ، خصص المشرع الجزائري الفصل السادس منه للأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي و ذلك في المواد من 1039 إلى 1061.

أما بالنسبة للدول العربية، فقد حاولت في بادئ الأمر أن تتجنب في علاقاتها التجارية مع الدول الأجنبية وضع شرط التحكيم في العقود ، و لكن حرصها على تحقيق البناء الحضاري و الحصول على التكنولوجيا الحديثة جعلها في نهاية المطاف تسائر ما هو معمول به في التعامل التجاري الدولي و ذلك بقبولها شرط التحكيم في تعاملها مع الدول الصناعية⁽¹¹⁾

- 9- الجريدة الرسمية العدد 11 الصادرة بتاريخ 2001/02/12 .
- 9 مكرر- المرسوم الرئاسي 94-181 المؤرخ في 1994/6/27 ، الجريدة الرسمية العدد 43 .
- 10- الجريدة الرسمية ، العدد 66 ، الصادرة في 5 نوفمبر 1995.
- 11- سامي فوزي محمد : "التحكيم التجاري الدولي" ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى ، الإصدار الثالث 2008 ، ص7.

فقد تبنت العديد من هذه الدول منذ التسعينات قوانين حديثة تتعلق بالتحكيم الداخلي و التحكيم الدولي، كما أبرمت هذه الدول اتفاقية تنفيذ الأحكام التي أقرها مجلس جامعة الدول العربية في 14/09/1952 و اتفاقية الرياض للتعاون القضائي الموقعة في 06/04/1983، و اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي بتاريخ 14/04/1987. هذا بالإضافة إلى الاتفاقيات الثنائية التي تبرمها هذه الدول في مجال التعاون القضائي و القانوني.

فما هو التحكيم الدولي ؟

تنص المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه : " يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون ، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل." لتحديد مفهوم التحكيم الدولي ، اعتمد المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد المعيار الاقتصادي و هذا خلافا لما كان عليه الوضع في المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25-4-1993 الذي اعتمد معيارين :اقتصادي و قانوني ، حيث نصت المادة 458 مكرر منه على أنه: " يعتبر دوليا ، بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية و الذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج" (12)*

هكذا فالمشرع الجزائري ، أخذ بالتعريف الذي اعتمده المشرع الفرنسي في المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الجديد الصادر في 12 ماي 1981. (13)*

12- قانون الإجراءات المدنية ، منشورات بيرتي ، طبعة 2006-2007 .

13- Article 1492 « Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international », Nouveau code de procédure civile, 95e édition, ed 2003, Dalloz, p 669.

أما فقها، فقد عرف الأستاذ بجاوي التحكيم على أنه نظام عدالة خاصة، من خلالها ينتزع النزاع من اختصاص المحاكم العادية ليعهد لأشخاص خواص يختارون مبدئياً من قبل الأطراف أو بمساعدتهم⁽¹⁴⁾ و عرف الدكتور فوزي محمد سامي التحكيم على أنه: "الطريقة التي تختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع و البت فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليهم اسم "المحكم أو المحكمين" دون اللجوء إلى القضاء."⁽¹⁵⁾

و عرفه الدكتور أشرف عبد العليم الرفاعي على أنه "الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به ، فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم ، و قد يكون هذا الاتفاق تبعا لعقد معين يذكر في صلبه و يسمى شرط التحكيم Clause compromissoire ، و قد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم، و يسمى في هذه الحالة "مشارطة التحكيم" أو اتفاق التحكيم Compromis."⁽¹⁶⁾

14- BEDJAOUI (Mohamed) , «l'évolution des conceptions et de la pratique algérienne en matière d'arbitrage international » , in *Actes du séminaire sur l'arbitrage commercial* Alger, 14 et 15 décembre 1992 , ed chambre nationale du commerce , p 16.

« L'arbitrage est après tout ce système peu banal de justice **privée** dans lequel un litige est **soustrait** ou ravi à la compétence des tribunaux ordinaires de l'Etat pour être confié à des personnes **privées** , de surcroit choisies en principe par les parties ou avec leur concours »

15- فوزي محمد سامي : "التحكيم التجاري الدولي" ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى ، الإصدار الثالث 2008 ، ص13

16- الرفاعي اشرف عبد العليم: "التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية" ، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص199

و بنوع من الدقة ، وصف الدكتور الأحذب التحكيم بقوله "في التحكيم الدولي كما في التحكيم الداخلي يجلس المحكمون و أطراف النزاع و محاموهم حول طاولات في قاعة اجتماعات ، لا يرتدي فيها المحكمون و لا المحامون"روبا"تم" و لا يقف المحضر على باب القاعة ينادي و لا يسجل محضر الجلسة مساعد قضائي يلبس روبا . و مع ذلك هي محكمة، ليس فيها شكليات المحاكم القضائية".⁽¹⁷⁾

من جهته عرف الأستاذ RENE David التحكيم على أنه تقنية ترمي إلى منح حل لمسألة تتعلق بالعلاقات بين شخصين أو أكثر من طرف شخص أو أكثر - حكم أو محكمين - الذين يستمدون سلطتهم من اتفاقية خاصة و يفصلون على أساس هذه الاتفاقية دون أن يكون مكلفا بهذه المهمة من طرف الدولة⁽¹⁸⁾. و قد عرفت اتفاقية التحكيم على أنها العقد الذي بمقتضاه التزم الأطراف على حل نزاعاتهم ، الناشئة أو التي ستنشأ، بواسطة محكمين و ليس من قبل الجهات القضائية.⁽¹⁹⁾

17- الأحذب عبد الحميد: "موسوعة التحكيم"، الكتاب الثاني "التحكيم الدولي"، المرجع السابق، ص7

18- RENE (David), « l'arbitrage dans le commerce international », édition Economica Paris, 1982, p9

« L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes -l'arbitre ou les arbitres- lesquels tiennent leurs pouvoirs d'une convention, sans être investis de cette mission par l'Etat »

19- FOUCHARD (Philippe) , GAILLARD (Emmanuel) et GOLDMAN (Berthold), « Traité de l'arbitrage commercial international », édition Litec , Paris , et Delta, Liban 1996, p395.

« La convention d'arbitrage international se définit comme le contrat par lequel les parties se sont engagés à faire trancher leurs litiges , nés ou a naitre , par des arbitres et non par des juridictions étatiques »

لكن إذا كان التحكيم، على ضوء التعريفات السابقة، طريق من طرق تسوية المنازعات يركز على اتفاقية تحكيم يلتزم الأطراف بمقتضاها بحل نزاعاتهم من طرف محكم أو محكمين دون اللجوء إلى المحاكم العادية أي انتزاع النزاع من اختصاص هذه الأخيرة ليعهد لأشخاص خواص، فهل يفهم من هذا أن لا دور للقاضي الوطني في إجراءات التحكيم التجاري الدولي؟

خلافًا لهذا الطرح، فإن موضوع هذه الدراسة يهدف إلى تحديد دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي خلال جميع مراحل الخصومة التحكيمية و أوجه المساعدة التي يمكن أن يقدمها لإنجاح التحكيم. و الوقوف على حقيقة دور هذا القاضي، و تبيان ميادين تدخله و طبيعة هذا التدخل قد ينير الجهات القضائية، لاسيما مع حداثة أحكام التحكيم الدولي في الجزائر.

سعيًا منها إلى استقطاب الاستثمار الدولي، تبنت مختلف دول العالم تشريعات تحكيمية ليبرالية ترمي إلى تكريس أكبر قدر ممكن من الحرية للأطراف و المحكم، غير أن هذه الليبرالية لا يمكن أن تكون مطلقة و دون رقابة، فالدول تسعى إلى الحفاظ على مصالحها و ذلك من خلال المحافظة على النظام العام للدولة من جهة. و من جهة أخرى، فإذا كان التحكيم يسعى إلى الاستقلالية تجاه المحاكم العادية ليكون أكثر فاعلية، فإن المؤكد أيضا في مقابل ذلك أنه في حاجة ماسة إلى المحاكم الوطنية لتحقيق هذه الفاعلية، فإنه "لا يستطيع أن يستغني بذاته عن قضاء الدولة، بحيث يحتاج دائما إلى تدخل القضاء للفصل في كل ما يلزم لتحقيق المحكم لمهمته مما يخرج عن حدود ولايته، و لضمان التزامه بحدود الولاية المحددة له."⁽²⁰⁾

و لتحقيق الغاية المنشودة، الرامية إلى ضمان تكامل الدعوى التحكيمية و حماية الصالح العام، فقد نظمت التشريعات الحديثة العلاقة بين القضاء و التحكيم لتوضح من جهة أوجه المساعدة و الموازنة بينهما و من جهة

أخرى حدود الرقابة و الإشراف على التحكيم بهدف إرساء الضوابط و المقومات التي تكفل حسن سير التحكيم و تحقيق أغراضه.

هذا يؤدي بنا إلى التساؤل عن الدور الذي يمكن أن يؤديه القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي ؟

من خلال دراسة الموضوع، تبين لنا أن دور القاضي ،خلال جميع مراحل الخصومة التحكيمية الدولية يتميز بطبيعة مزدوجة باعتباره أولاً مساعدا للمحكم و ثانيا كمرقب لعمل المحكم، و على هذا الأساس يمكن طرح الفرضيات التالية:

* من جهة يقوم القاضي الوطني بدور المساعد: و هنا التساؤل

- ما دوره في تشكيل المحكمة التحكيمية ؟ و

- ما دوره خلال إجراءات الخصومة التحكيمية ؟

* من جهة أخرى يقوم القاضي الوطني بدوره الرقابي : و هنا التساؤل

- ما دوره في الاعتراف بالحكم التحكيمي و مهرة بالصيغة التنفيذية ؟ و

- ما دوره في إجراءات الطعن ضد الحكم التحكيمي؟

على ضوء ما سبق، تم تقسيم البحث إلى فصلين ، نستعرض:

- دور القاضي كمساعد للمحكم في مجال التحكيم التجاري الدولي ، في فصل أول و

- دور القاضي كمرقب للحكم التحكيمي، في فصل ثان

و ذلك على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري مع بعض المقارنة ، عند الضرورة ، مع بعض التشريعات العربية و الاتفاقيات الدولية و نظم مراكز التحكيم.

الفصل الأول :

دور القاضي الوطني كمساعد للمحكم في مجال التحكيم التجاري الدولي

كثيرا ما تحتاج هيئة التحكيم مساعدة القضاة لحسن سير إجراءات التحكيم ، فقد يتدخل القاضي الوطني بجميع مراحل الدعوى التحكيمية ، من بدايتها إلى نهايتها . و يمكن تقسيم مراحل تدخله هذا إلى مرحلتين أساسيتين و هما مرحلة انعقاد الخصومة التحكيمية و التي تكون موضوع المبحث الأول و مرحلة سير الخصومة التحكيمية و تكون موضوع المبحث الثاني.

المبحث الأول : دور القاضي الوطني في انعقاد الخصومة التحكيمية الدولية

يسهر القاضي الوطني خلال هذه المرحلة على إعطاء الاتفاقية التحكيمية فاعليتها من خلال سد النقائص التي قد تحول دون تحقيقها كامل آثارها .

إن أول دور يمكن أن يقوم به القاضي بصفته مساعدا لهيئة التحكيم هو رده للدعوى في حال قيام الخصومة التحكيمية، ثم تقديم يد العون في تعيين المحكمين في حالة الصعوبة في تعيينهم ، و له دور في رد المحكمين عند طلب ذلك من أحد الأطراف.

نبين ذلك من خلال التطرق إلى ثلاث مسائل:

- رد الدعوى لعدم الاختصاص (في مطلب أول) ،

- تعيين المحكمين (في مطلب ثان)،

- رد المحكمين (في مطلب ثالث).

المطلب الأول : رد الدعوى لعدم الاختصاص

يقصد برد الدعوى لعدم الاختصاص، امتناع القاضي من التدخل في شؤون التحكيم ، و يعتبر هذا الالتزام السلبي بحد ذاته مساعدة يقدمها القاضي الوطني للتحكيم لتفادي عرقلة إجراءاته التي كثيرا ما يسعى إليها أحد أطراف الاتفاقية التحكيمية و عادة عن سوء نية للتنصل من التزاماته الناشئة عنها.

و من المتفق عليه في معظم قوانين التحكيم و الاتفاقيات التحكيمية، أنه إذا كان هناك اتفاق تحكيم بشأن نزاع معين ، فيجب على المحكمة رد الدعوى لأن وجود اتفاق تحكيم يفيد ، من حيث المبدأ ، نزع الاختصاص بشأن النزاع موضوع الاتفاق من القضاء العادي و هو موضوع **الفرع الأول** و إحالته إلى الجهة المختصة بذلك أي جهة التحكيم الذي يكون موضوع **الفرع الثاني**.

الفرع الأول : عدم اختصاص محاكم الدولة

إن وجود اتفاق تحكيم بشأن نزاع معين ، يولد على عاتق طرفيه التزاما بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة أية دولة يتصور انعقاد الاختصاص لمحاكمها ، و على تلك الأخيرة الامتناع عن نظر ذلك النزاع ، و تخليها عنه إذا كان قد طرح بالفعل عليها،⁽²¹⁾ و عليه يتعين توضيح مبدأ عدم اختصاص محاكم الدولة عن نظر النزاع (**أولا**) ثم تحديد نظام عدم الاختصاص (**ثانيا**) و بعدها حدود هذا المبدأ (**ثالثا**)

21- سلامة احمد عبد الكريم: " التحكيم في المعاملات المالية الداخلية و الدولية " ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، القاهرة 2006 ، ص280.

أولاً : قاعدة عدم اختصاص المحاكم القضائية

إن مبدأ عدم تدخل قضاء الدولة في النزاع المشمول باتفاقية تحكيم يمثل ضماناً جوهرياً لنجاعة و فاعلية التحكيم ، لذلك أكدته الاتفاقيات الدولية (1) و التشريعات الوطنية (2)

1- الاتفاقيات الدولية:

تنص الفقرة الثالثة من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية على أنه " تقوم أية دولة متعاقدة، يرفع إليها نزاع بشأن قضية أبرم الأطراف بخصوصها اتفاقية حسب مفهوم هذه المادة بإحالة الأطراف على التحكيم، بناء على طلب أحد الأطراف ، إلا إذا لاحظ أن الاتفاقية المذكورة باطلة ، أو عديمة التأثير، أو لا يمكن تطبيقها " (22)*

و أكدت اتفاقية جنيف لسنة 1961 من جهتها بصفة غير مباشرة مبدأ عدم تدخل قضاء الدولة في صورة وجود اتفاقية تحكيم و ذلك في الفقرة الأولى من المادة السادسة بنصها على "إن الدفع بوجود اتفاقية تحكيمية و المقدم لدى محكمة قضائية رفعت قضية تلك الاتفاقية إليها من قبل أحد الفرقاء ، يقتضي أن يثار من قبل المدعى عليه تحت طائلة سقوط حقه قبل أو عند تقديم دفاعه في الأساس، وفقاً لما كان قانون المحكمة التي رفع إليها يعتبر الدفع بالصلاحيّة قضية أصول إجرائية أو قضية أساس " (23)*

22- المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988 يتضمن الانضمام، بتحفظ، إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها. الجريدة الرسمية العدد 48 الصادرة بتاريخ 23 نوفمبر 1988.

23- الأحمد عبد الحميد : " موسوعة التحكيم "، الكتاب الثالث " وثائق تحكيمية "، ص 572

و تنص المادة الثامنة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي لسنة 1985: "على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم ، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع ، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل و لاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه." * (24)

2- التشريعات الوطنية:

تنص المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 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".

فالمبدأ إذا هو عدم اختصاص القاضي الجزائري في أي نزاع يلاحظ بشأنه وجود اتفاقية تحكيم. كذلك الشأن بالنسبة لمعظم القوانين العصرية للتحكيم حيث تؤكد مبدأ عدم صلاحية المحاكم القضائية للنظر بالنزاعات الملحوظة في العقد التحكيمي منها المادة السابعة من القانون السويسري ، المادة 11 من القانون الاسباني، الفقرة الأولى من المادة 1679 من القانون البلجيكي ، المادة 1458 من قانون الإجراءات المدنية الجديد الفرنسي ، الفصل 52 من القانون التونسي ، الفقرة 1 من المادة 13 من القانون المصري ، أما القانون الانجليزي على العكس يعتبر أن اتفاقا ينزع اختصاص المحاكم القضائية يعتبر باطلا، و أن الاتفاق التحكيمي لا أثر له سوى استئثار اختصاص المحاكم القضائية لحين صدور الحكم التحكيمي و ليس نزع اختصاص المحاكم القضائية. * (25)

24- الأحذب عبد الحميد: "موسوعة التحكيم ، وثائق تحكيمية"، ص 605.

25- الأحذب عبد الحميد: "موسوعة التحكيم ، التحكيم الدولي"، ص 252.

ثانيا : نظام عدم اختصاص المحاكم القضائية

يتعلق الأمر هنا بمعرفة ما إذا كان عدم اختصاص محاكم الدولة مطلقا أو نسبيا و هل بإمكانها أن تكون مختصة بالرغم من وجود اتفاقية التحكيم.⁽²⁶⁾

و إن اختلف موقف القوانين الوطنية فيما يتعلق بطابع عدم الاختصاص ، فإن معظمها تعتبر عدم اختصاص المحاكم نسبي و هو الشأن في القانون الجزائري ، فالمادة 1045 أعلاه 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".

يستفاد من هذه المادة أنه لا يمكن للقاضي الوطني الذي يعرض عليه النزاع، تبين له وجود اتفاق بشأنه على حله عن طريق التحكيم، أن ينظر فيه ، فالمادة تكرر، قاعدة عدم إمكانية إثارة مبدأ عدم الاختصاص من تلقاء نفسه (1) ، إن دراسة هذا المبدأ يستدعي تحديد مسألة الوقت الذي يتعين فيه إثارة الدفع بعدم الاختصاص (2).

1- عدم إمكانية إثارة القاضي الوطني لمبدأ عدم الاختصاص من تلقاء نفسه:

يقوم التحكيم على مبدأ سلطان الإرادة. و لأنه كذلك، فإن سلطان الإرادة يمكنه الرجوع عن التحكيم باتفاق الطرفين على ذلك و العودة إلى القضاء. لهذا فليس للقاضي الذي يعرض أمامه نزاع يلاحظ أنه مشمول بعقد تحكيمي أن يشير عفوا عدم اختصاصه. فحين يستحضر المدعي خصمه المدعى عليه أمام المحاكم القضائية، فإنه يكون بذلك قد تنازل عن عقد التحكيم⁽²⁷⁾

26- الزاهي عمر : " التحكيم " محاضرة ملقاة خلال الندوة الوطنية للقضاء التجاري، وزارة العدل ، 1995 ص321.

27- الأحدب عبد الحميد: " موسوعة التحكيم "، الكتاب الثاني " التحكيم الدولي "، المرجع السابق ، ص253.

إن مبدأ عدم الاختصاص لا يمكن أن يثار إلا من قبل الطرف الذي يهمله التعجيل ، أما من لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم فلا يجوز له أن يتمسك بالدفع بالتحكيم و ذلك لأنه ليست له مصلحة قانونية في التمسك بهذا الدفع ، فالمشرع لم يعترف بالحق في الدفع بالتحكيم إلا لأطراف التحكيم⁽²⁸⁾ ذلك ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 1045 أعلاه بنصها 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 " .

و هو الحل الذي أخذت به مختلف الاتفاقيات الدولية بحيث اعتمدته بروتوكول جنيف لسنة 1923 في مادته الرابعة ، و المادة الثانية الفقرة الثالثة من اتفاقية نيويورك " التي من خلالها تحيل الجهات القضائية الأطراف إلى التحكيم بطلب من أحدهم " ، نفس الحل اعتمدته اتفاقية جنيف لسنة 1961 ، فالمادة السادسة الفقرة الأولى منه تنص على " إن الدفع المأخوذ من وجود اتفاقية تحكيم يتعين أن يثار من قبل المدعى عليه تحت طائلة سقوط حقه " ، كما نجد هذا المبدأ في القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي (CNUDCI) في فقرته الأولى من المادة الثامنة ، و نجد المبدأ أيضاً في القانون الفرنسي في المادة 1458 من قانون الإجراءات المدنية الجديد ، تكرر الفقرة الثالثة منها صراحة امتناع الجهات القضائية إثارة الدفع بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها . بقي الآن أن نبين الوقت الذي يجب فيه إثارة هذا الدفع.^(28مكرر)

28- الأنصاري حسن النيداني : "الأثر النسبي لاتفاق التحكيم" ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2009 ، ص 86

28bis- Article 1458 : Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat , celle-ci doit se déclarer incompétente.

Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi , la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle .

Dans les deux cas , la juridiction ne peut relever d'office son incompétence.
Nouveau code de procédure civile, 95e édition, ed 2003, Dalloz,, p 653

2- الوقت الذي يتعين فيه إثارة الدفع بعدم الاختصاص

إذا كان الأثر السليبي لاتفاق التحكيم هو منع محاكم الدولة من نظر النزاع محل التحكيم ، فإن الوسيلة الفنية التي منحها المشرع لصاحب المصلحة في إعمال هذا الأثر هي الدفع بالتحكيم.⁽²⁹⁾

و يقصد بالدفع بالتحكيم ، الدفع الذي يتمسك به المدعى عليه للمطالبة بمنع القضاء من نظر الدعوى لوجود اتفاق تحكيم بينه و بين المدعي يوجب عرض النزاع على المحكمين،⁽³⁰⁾ و التساؤل المطروح هو متى يتعين إثارة هذا الدفع ؟

أما في القانون الجزائري ، فقد نصت المادة 1044-1 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: ".... يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع"، رغم ذلك فإن مجلسا قضائيا قضى أنه يمكن إثارة الدفع بالاتفاق التحكيمي في أي مرحلة من مراحل الدعوى فينزع اختصاص القضاء، إلا أن المحكمة العليا نقضت هذا القرار.⁽³¹⁾ أما الأستاذ Terki يرى أنه عندما يكون شخصان مرتبطين باتفاقية تحكيم و أن أحدهما فضل - لسبب أو لآخر- إخطار قاضي وطني ، فإنه يتعين على الطرف الآخر، قبل أي دفع في الموضوع، الدفع بعدم اختصاص هذه المحكمة بالتمسك بوجود الشرط التحكيمي، و إلا افترض تنازله الضمني عن الاستفادة باتفاقية التحكيم.⁽³²⁾

29- الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 65 .

30- الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 66.

31 - قرار للمحكمة العليا - الغرفة التجارية و البحرية - رقم الملف 400561 رقم الفهرس 07/996 بتاريخ 2007/12/5 مجلة التحكيم ، العدد الرابع ، أكتوبر 2009، ص258.

32- TERKI (Nour eddine) : « l'arbitrage commercial international en Algérie » , OPU Alger,1999 , p43.

« Lorsque deux parties sont liées par une convention d'arbitrage et que l'une d'entre elle préfère -pour une raison ou une autre- saisir un juge étatique , l'autre partie doit obligatoirement soulever , **in limine litis** , l'incompétence de ce tribunal en mettant en avant l'existence de cette clause compromissoire .sinon elle est présumée avoir implicitement renoncé au bénéfice de cette convention d'arbitrage ».

و يرى الأستاذ RENE David أن الشرط التحكيمي أو الاتفاقية التحكيمية يجب أن يثار قبل الدخول في الموضوع⁽³³⁾

بالتالي، فإنه يتعين إثارة الدفع بعدم اختصاص المحاكم القضائية قبل أي دفاع في الموضوع. لكن لهذا المبدأ حدود.

ثالثا : حدود عدم اختصاص المحاكم القضائية

إن قاعدة عدم اختصاص القاضي الوطني في النظر في النزاع عند وجود اتفاقية تحكيم ليس من النظام العام ، فالقاضي الوطني يمكنه في حالات معينة أن يكون مختصا للنظر في النزاع المعهود للمحكم ، ذلك هو الشأن عند تنازل أطراف النزاع عن اتفاقية التحكيم (1) أو عندما تكون اتفاقية التحكيم باطلة (2).

1- تنازل الأطراف عن اتفاقية التحكيم

يرتكز التحكيم أساسا على إرادة الأطراف الرامية إلى حل نزاعاتهم عن طريق التحكيم ، و لهم أن يتنازلوا عنها باتفاق مشترك ليعرضوها أمام الجهات القضائية الوطنية، و تنازل الأطراف يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا.

- **التنازل الصريح:** لا يثير التنازل الصريح أية صعوبة بحيث أنه ما على الطرفين ، عند نشوب النزاع ، إلا إبرام اتفاقية جديدة يمنحان من خلالها الاختصاص للقاضي الوطني في فصل النزاع.

33- RENE (David) : « l'arbitrage dans le commerce international » , ed Economica

Paris 1982 , p295

(La clause compromissoire ou le compromis doivent être invoqués *in limine litis*)

- التنازل الضمني: ينشأ هذا التنازل الضمني على مرحلتين ، فمن جهة و كمرحلة أولى يتنازل المدعي عن اتفاقية التحكيم بلجوءه إلى القاضي الوطني ، و من جهة ثانية و كمرحلة ثانية يتقبل المدعى عليه هذه المبادرة بولوجه القضاء دون إثارة الدفع بعدم اختصاص القاضي الوطني ، و هو ما يفيد تنازله هو الآخر عن الاتفاقية التحكيمية، و تتفق معظم التشريعات و الاتفاقيات الدولية على أنه يتعين إثارة الدفع قبل تقديم الدفاع في الموضوع كما سبق الإشارة إليه.

و سواء كان هذا التنازل صريحا أو ضمنيا، فإنه يتعين على القاضي الذي يعرض عليه النزاع أن يحتاط و لا يبادر إلى إثارة عدم اختصاصه من تلقاء نفسه ، و ذلك لتفادي الوقوع في حالة إنكار العدالة.

تنص المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 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".

يتبين من النص أن القاضي لا يكون مختصا بالفصل في النزاع في حالتين : إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم، لكن الحالة الثانية هذه، معلقة على شرط أن تثار من قبل أحد الأطراف و بمفهوم المخالفة، فإنه في حالة عدم إثارة الدفع من أحدهم ، فإن القاضي يكون مختصا بالفصل في موضوع النزاع لتنازل الأطراف عن اتفاقية التحكيم.

و هذا هو الحل المعمول و المأخوذ به في الاتفاقيات الدولية ، بحيث نصت عليه المادة الرابعة من بروتوكول جنيف لسنة 1923 و المادة الثانية فقرة 3 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 و كذا المادة الرابعة فقرة 6 من اتفاقية جنيف لسنة 1961 ، و هو ما أخذ به أيضا القانون الفرنسي في المادة 1458 من قانون الإجراءات المدنية الجديد.

في هذا الاتجاه يؤكد الدكتور النيداني " أن الدفع بعدم الاختصاص هو دفع غير متعلق بالنظام العام و لذلك فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها حتى لو تبين لها وجود اتفاق تحكيم، و بناء

عليه، إذا لم يتمسك الخصم صاحب المصلحة بعدم قبول الدعوى فيجب على المحكمة أن تنظر الدعوى و تصدر حكما فيها ، و لو كان هناك بالفعل اتفاق تحكيم⁽³⁴⁾

إن تنازل الأطراف عن اتفاقية التحكيم ليست الفرضية الوحيدة التي يسترجع من خلالها القاضي الوطني اختصاصه في الفصل في النزاع، و إنما يكون ذلك أيضا في حالة بطلان اتفاقية التحكيم.

2- بطلان اتفاقية التحكيم

هي الفرضية الثانية إذا، التي يسترجع فيها القاضي الوطني اختصاصه للفصل في النزاع المشمول باتفاق التحكيم، فعندما يتبين له أن اتفاقية التحكيم واضحة البطلان أو غير قابلة للتطبيق ، فإنه يصبح مختصا في الفصل فيه. هذه الحالة لم ينص عليها المشرع الجزائري صراحة ، على خلاف بعض التشريعات الوطنية لدول أخرى ، و إنما دخلت في المنظومة التشريعية الوطنية عبر اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي صادقت عليها الجزائر و التي نصت في المادة الثانية فقرة 3 منها أنه "تقوم أية دولة متعاقدة، يرفع إليها نزاع بشأن قضية أبرم الأطراف بخصوصها اتفاقية حسب مفهوم هذه المادة بإحالة الأطراف على التحكيم، بناء على طلب أحد الأطراف ، إلا إذا لاحظ أن الاتفاقية المذكورة باطلة ، أو عديمة التأثير، أو لا يمكن تطبيقها"

لكن يبقى أن نتساءل عن المقصود من العبارة الأخيرة من هذه المادة " إلا إذا لاحظ أن الاتفاقية المذكورة باطلة ، أو عديمة التأثير، أو لا يمكن تطبيقها "

البطلان الذي يقصد به هنا هو البطلان الواضح الذي يتجلى للقاضي من خلال مراقبته الظاهرية *prima facie* لاتفاق التحكيم ، و تقدير المحكمة لاختصاص المحكم ينحصر بالحالة التي تكون فيها اتفاقية التحكيم

باطلة بشكل واضح، يظهر العيب المبطل الوارد فيها بشكل جلي و يقيني و غير قابل لأي نزاع جدي و ينبغي تفسيره تفسيراً حصرياً.⁽³⁵⁾ فقد يتبين للقاضي أن النزاع غير قابل للتحكيم أو أن اتفاقية التحكيم مخالفة للنظام العام أو أن هذه الأخيرة معيبة عند تحريرها (convention pathologique) ، كما أنها تكون - رغم صحتها - غير قابلة للتطبيق في حالة الغموض في تحديد طريقة اختيار المحكمين أو في حالة تحديد محاكم تحكيم عديدة من شأنها التدخل.

و يرى الأستاذ RENE David أن الجهات القضائية لن تمتنع عن منح اتفاقية التحكيم آثارها إلا إذا وجد لذلك سبب جدي: أن يشوب الاتفاقية عيباً في الرضا ، أو تخص مسألة يتعين، لأسباب مرتبطة بالنظام العام أن تكون من اختصاص المحاكم ، أو أن النزاع يؤثر على مصالح الغير.⁽³⁶⁾ في غير هاتين الحالتين، فعندما يعرض نزاع على القاضي و يتبين له وجود اتفاقية تحكيم آثارها أحد الأطراف يتعين عليه إحالة النزاع موضوع الاتفاقية إلى التحكيم.

الفرع الثاني : إحالة النزاع موضوع اتفاقية تحكيم على التحكيم

إن أهم الآثار الناتجة عن اتفاق التحكيم من الناحية الإجرائية هو انتزاع الاختصاص للنظر في النزاع الوارد في العقد التحكيمي من قضاء الدولة و إحالته إلى قضاء التحكيم، و لتوضيح مضمون هذه الفكرة يتعين

35- مشيمش جعفر ، المرجع السابق ، ص 149.

36- RENE (David), op cit , p293

« Les cours.. ne refuseront de donner effet à une convention arbitrale que s'il existe , pour décider de la sorte une bonne raison ; la convention n'a pas été librement consentie , elle porte sur une matière qui pour des raisons d'ordre public doit être réservée aux tribunaux, ou encore le litige, en dehors des parties à la convention, affecte les intérêts de tierces personnes »

التطرق إلى مبدأ الالتزام بإحالة النزاع موضوع العقد التحكيمي إلى المحكمين (أولاً) و هو التزام لا يمكن تنفيذه إلا عينا (ثانياً)، و المحكمة التحكيمية ليس لها صلاحية النظر في هذا النزاع فحسب و إنما تنظر أيضاً في اختصاصها و هو ما يسمى بمبدأ اختصاص الاختصاص (ثالثاً).

أولاً- مبدأ الالتزام بإحالة النزاع على المحكمين

يعتبر الالتزام بإحالة النزاع أو النزاعات المذكورة في العقد التحكيمي إلى المحكمين تطبيق محض و عادي لقاعدة القوة الإلزامية للعقود النابع من مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" " *pacta sunt servanda* " .⁽³⁷⁾ المنصوص عليها في المادة 106 من القانون المدني⁽³⁸⁾ ، و اتفاقية التحكيم شأنها شأن العقد الصحيح الذي يرتب التزامات على المتعاقدين يجب الوفاء بها تحت طائلة التنفيذ الجبري. و تقوم إلزامية العقد هذه على أسس أخلاقية ، اقتصادية و اجتماعية ، فبالإضافة إلى واجب احترام العهد الذي يقطعه المرء على نفسه ، لا بد من ضمان استقرار المعاملات حتى يطمئن الناس و يعم السلام في المجتمع.⁽³⁹⁾

و قد أكدت الاتفاقيات الدولية (1) و التشريعات الوطنية (2) مبدأ الالتزام بإحالة النزاع إلى المحكمين.

37 - FOUCHARD (Philippe) , GAILLARD (Emmanuel) et GOLDMAN (Berthold), op cit , p396

38 - تنص هذه المادة على أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ، و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون"

39 - فيلالي على: "الالتزامات - النظرية العامة للعقد" المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر ، 2008 ، ص359.

1- الاتفاقيات الدولية:

أكدت الاتفاقيات الدولية هذا المبدأ منذ عام 1923 ، حيث نصت عليه اتفاقية جنيف لسنة 1923 في المادة الأولى منها ، و تضمنته اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في مادتها الثانية فقرة 1 التي تنص: " تعتمد كل دولة من الدول المتعاقدة الاتفاقية المكتوبة التي يلتزم فيها الأطراف بأن تعرض على التحكيم جميع الخلافات أو بعض الخلافات التي قامت أو يمكن أن تقوم بينها بخصوص علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية تتضمن قضية من شأنها أن تسوى عن طريق التحكيم"⁽⁴⁰⁾ ، و تنص المادة 26 من اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول و بين رعايا الدول الأخرى على أنه: " موافقة أطراف النزاع على طرحه على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية يعتبر ما لم ينص على ذلك تحلياً عن مباشرة أي طريق آخر للتسوية ... "⁽⁴¹⁾

أما المادة 8 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية فتنص: "على المحكمة، التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم ، أن تحيل الطرفين إلى التحكيم ، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه".

2- التشريعات الوطنية :

لم يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية صراحة هذا المبدأ على خلاف بعض التشريعات الوطنية و كذا المادة الثانية الفقرة 3 من اتفاقية نيويورك و إنما يستخلص من نص المادة 1045 منه التي تنص على أنه: " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له

40 - الجريدة الرسمية العدد 48 الصادرة بتاريخ 23-11-1988 ، ص 1599 .

41 - الجريدة الرسمية العدد 66 الصادرة بتاريخ 5-11-1995، ص 29 .

وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف". كما سبق الإشارة، فإنه كلما طرح نزاع على القاضي

و يكون مشمولاً باتفاقية التحكيم فلا يكون القاضي مختصاً بالتالي يتعين إحالة الأطراف على التحكيم.

و قد نصت معظم التشريعات صراحة على مبدأ إحالة النزاع على التحكيم و من أمثلة على ذلك ما نصت

عليه المادة 10 فقرة ج من قانون التحكيم الأردني على أنه "إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع من

قبل المحكمة فعلى المحكمة أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم ، و يعد هذا القرار بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب"

و تضيف المادة 12 فقرة أ " على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى

إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى." (42) و ما نص عليه أيضاً الفصل (المادة) 52

من مجلة التحكيم التونسي حيث جاء فيه : " على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرمت بشأنها

اتفاقية تحكيم أن تحيل الأطراف إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك أحدهم في موعد أقصاه تاريخ تقديم

ملحوظاته الكتابية في أصل النزاع ما لم يتضح لها أن الاتفاقية باطلة أو عديمة الأثر أو لا يمكن تنفيذها." (43)

و نفس المبدأ نصت عليه المادة السابعة فقرة 4 من قانون التحكيم السوري التي تنص : " على المحكمة التي

ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرمت بشأنها اتفاقية تحكيم، أن تحكم بعدم قبول الدعوى ، إذا دفع المدعى عليه

بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى، ما لم يتبين لها أن الاتفاق باطل أو لاغ أو عديم الأثر أو لا

يمكن تنفيذه." (44) أما المادة 1/253 من قانون المرافعات المدنية و التنفيذ العراقي تنص على أنه: " إذا اتفق

الخصوم على التحكيم في نزاع ما، فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء إلا بعد استنفاد طريق التحكيم." (45)

42- الأحذب عبد الحميد: " موسوعة التحكيم ، وثائق تحكيمية"، المرجع السابق ، ص 9 و 10.

43- الأحذب عبد الحميد: " موسوعة التحكيم ، وثائق تحكيمية"، المرجع السابق ، ص 71.

44- الأحذب عبد الحميد: " موسوعة التحكيم ، وثائق تحكيمية"، المرجع السابق ، ص 129.

45- الأحذب عبد الحميد: " موسوعة التحكيم ، وثائق تحكيمية"، المرجع السابق ، ص 146.

أما المادة الرابعة فقرة 2 من القانون الفدرالي الأمريكي تنص على أنه : " تستمع المحكمة إلى رأي كل من الأطراف ، و بعد التأكد من صحة العقد التحكيمي أو أن الرفض ليس عائدا لعدم صحته ، تتخذ أمرا تحيل فيه الأطراف إلى التحكيم وفقا لأحكام العقد التحكيمي..."⁽⁴⁶⁾

أما من ناحية الاجتهاد القضائي ، فقد كان للجهات القضائية الجزائرية أن تدخلت للفصل في نزاعات مشمولة بشرط التحكيم في عدة مرات^{(47)*} حيث جاء في قرار للمحكمة العليا:

" من اتفق على اللجوء إلى التحكيم لا يمكنه اللجوء إلى القضاء العادي و أن الاجتهاد القضائي مستقر في مثل هذه الحالة، لأن التحكيم يكون إجباريا باعتباره شرطا أساسيا في العقد و ملزما للطرفين طبقا لنص المادة 106 من القانون المدني التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون و المطعون ضده خرق الاتفاق المبرم مع الطاعة و بذلك فالقرار المنتقد خرق مبدأ الاختصاص الإجباري للتحكيم..."

و حيث أن المطعون ضدها عندما لجأت إلى رفع الدعوى الحالية دون أن تلجأ إلى التحكيم كما يوجبها بذلك البند الخامس من العقد تكون قد أخلت بالتزاماتها و الحكم و القرار المنتقد عندما سايرها في ذلك يكونان قد خالفا قواعد الاختصاص و المادة 106 من القانون المدني^{(48)*}

و في قرار آخر أكدت فيه:

"أن التحكيم ينزع اختصاص القضاء و أن معانة القضاء عدم قدرة الطاعة على الوفاء رغم وجود بند تحكيمي لا يعني حكما أن طريقة التحكيم أصبحت مسدودة - نقض القرار"^{(49)*}.

46- الأحاد عبد الحميد: "موسوعة التحكيم ، وثائق تحكيمية"، المرجع السابق ص527.

47 - TRARI TANI Mostefa « Droit algérien de l'arbitrage commercial international » 1^{ère} édition ; Berti Editions ; Alger ; 2007 ; p 102.

48- المحكمة العليا - الغرفة التجارية و البحرية - رقم الملف 442187 رقم الفهرس 08/00593 بتاريخ 2008/4/9 مجلة التحكيم ، العدد الرابع ، أكتوبر 2009 ، ص246-247.

49- المحكمة العليا - الغرفة التجارية و البحرية - رقم الملف 415468 رقم الفهرس 07/01091 بتاريخ 2007/12/5 مجلة التحكيم ، العدد الرابع ، أكتوبر 2009 ، ص251.

و في قضيتين تحكيميتين (سابقتين للمرسوم التشريعي 93-09)، تتعلقان بعقود أشغال مبرمة بين مؤسستين عموميتين جزائريتين (ولائتين) و شركات فرنسية ، حاولت المؤسسات الجزائرتان التهرب من التحكيم باللجوء إلى المحاكم القضائية الجزائرية ، متذرعتين بالمادة 442 من قانون الإجراءات المدنية ، التي تمنع الأشخاص العموميين التابعين للقانون العام من اللجوء إلى التحكيم . إلا أن المحاكم الجزائرية أعلنت في هاتين القضيتين عدم اختصاصها للنظر في النزاعين ، و ذلك لأن عقود الأشغال المبرمة تتضمن شروطا تحكيمية.⁽⁵⁰⁾

لكن التزام الأطراف و القاضي بإحالة النزاع إلى التحكيم لن يكون له أية فعالية في حالة عدم تنفيذه عينا.

ثانيا- التنفيذ العيني للالتزام بإحالة النزاع إلى المحكمين:

تتمتع اتفاقية التحكيم بنفس القوة الملزمة للعقود عموما ، و لما كان الأثر الجوهري لذلك الاتفاق هو التزام طرفيه بطرح النزاع على قضاء التحكيم، و الامتناع عن اللجوء إلى قضاء الدولة، فإن مقتضى القوة الملزمة لاتفاق التحكيم أن هناك التزاما بنتيجة (obligation de résultat) يقع على عاتق طرفي التحكيم هو ضرورة قيام كل منهما باتخاذ إجراءات التحكيم ، و الامتناع عن عرض النزاع على قضاء الدولة.

فإن خالف أحدهما هذا الالتزام يكون قد أحل مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، و لا يستطيع التملص منه بإرادته المنفردة ، أو ينقضه أو يعدله ، و إن حاول أمكن إجباره على تنفيذ التزاماته عينا بإجباره على تعيين محكمه ، أو تقديم مستنداته، و بدء إجراءات التحكيم ، فإن امتنع لجأ الطرف الآخر إلى المحكمة

50- الأحذب عبد الحميد: "موسوعة التحكيم"، الكتاب الأول "التحكيم في البلدان العربية"، ص361.
 (قرار محكمة قسنطينة 31-10-1984 و قرار محكمة وهران 6-1-1990 غير منشورين - قرار تحكيمي صادر في 7-8-1989 و قرار تحكيمي صادر في 7-8-1991)

في حالة التحكيم الخاص (*ad hoc*) أو إلى سلطة التعيين المختصة في حالة التحكيم النظامي، للقيام بتلك الإجراءات ، و يقوم عمل تلك المحكمة أو السلطة مقام عمل الخصم المتقاعس ، و هذا هو مقتضى التنفيذ العيني للالتزام الناشئ عن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم.⁽⁵¹⁾ فاتفاقية التحكيم التي لا يسمح عدم تنفيذها إلا الحصول على التعويض، ستكون محدودة الفائدة.⁽⁵²⁾

تلك هي الآلية التي اعتمدها المشرع الجزائري حيث نصت المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه : "....

في غياب التعيين ، و في حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم ، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يلي :

- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم ، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.
- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر ، إذا كان التحكيم يجري في الخارج و اختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر".

هذه القاعدة تكاد تلقى إجماعا في مختلف الأنظمة القانونية باستثناء بعض دول أمريكا اللاتينية التي ما تزال متخوفة من التحكيم لا تعترف بهذه القاعدة ، أما في باقي الأنظمة القانونية فإنها وضعت جميعها آليات من شأنها الوقوف ضد رغبة الطرف الذي ، بعد أن أبرم اتفاق تحكيم ، يريد التنصل من التزاماته، فبعض تشريعات التحكيم سمحت للمحكم الذي عينه الطرف الآخر أن يفصل بمفرده في النزاع و البعض منها حددت سلطة تعيين تتكفل باستخلاف الطرف المتقاعس في تعيين المحكم ، و في القانون الفرنسي سمحت

51- سلامة احمد عبد الكريم، المرجع السابق ، ص244.

52- FOUCHARD (Philippe) , GAILLARD (Emmanuel) et GOLDMAN (Berthold), op cit ,p398.
« une convention d'arbitrage dont le refus d'exécution ne pourrait donner lieu qu'à des dommages-intérêts serait d'un médiocre intérêt »

المادة 1493 من قانون الإجراءات المدنية الجديد لرئيس محكمة باريس (President du tribunal de grande instance) بتعيين المحكم خلفا للطرف المتقاعس.⁽⁵³⁾

تلكم هي بعض الآليات التي وضعتها التشريعات الوطنية قصد إجبار الطرف، الذي يمتنع عن تنفيذ التزاماته على اللجوء إلى التحكيم و هناك آلية أخرى نصت عليها معظم التشريعات للوقوف في وجه الطرف سيء النية و هي منح المحكمة التحكيمية إمكانية النظر في اختصاصها.

ثالثا: اختصاص المحكمة التحكيمية للنظر في اختصاصها (الاختصاص بالاختصاص)

على غرار الأمر بالنسبة لقضاء الدولة ، فإن أول مسألة إجرائية يلزم هيئة التحكيم البت فيها ، هي التأكد من ثبوت اختصاصها بالفصل في النزاع المبرم بخصوصه اتفاق التحكيم . و هذا هو مبدأ الاختصاص بالاختصاص⁽⁵⁴⁾ . مبدأ يساعد على سد طريق الغش و التحايل أمام الطرف سيء النية، و الذي يرغب في إعاقه سير عملية التحكيم ، برفع الدعوى بالنزاع أمام قضاء الدولة للفصل في مسألة الاختصاص . كما يساعد على الاقتصاد في الوقت و في الإجراءات.⁽⁵⁵⁾

هذا المبدأ أكدته الاتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية (1) مما يتعين تحديد مفهومه (2)

53- FOUCHARD (Philippe) , GAILLARD (Emmanuel) et GOLDMAN (Berthold), op cit p399.

54- سلامة احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص292.

55- سلامة احمد عبد الكريم، المرجع السابق ، ص301 .

1- تأكيد المبدأ: أصبح مبدأ الاختصاص بالاختصاص معترفا به في أهم المعاهدات الدولية و كل قوانين

التحكيم العصرية و في كل أنظمة مراكز التحكيم الدولي.⁽⁵⁶⁾

فقد نصت عليه اتفاقية جنيف لسنة 1961 بشكل واضح في الفقرة 3 من المادة الخامسة منها بنصها على أنه: "مع التحفظ لجهة المراقبة القضائية اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي، فإنه يقتضي على المحكم المطعون بصلاحيته ألا يتخلى عن القضية. و هو له الحق باتخاذ القرار المناسب بصدد تلك الصلاحية كذلك بصدد وجود و صحة اتفاقية التحكيم أو العقد الذي تشكل الاتفاقية جزءا منه."

و قد تضمنت اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول و بين رعايا الدول الأخرى (CIRDI) المبدأ في المادة 41 حيث نصت على أن:

1- إن المحكمة محكمة باختصاصاتها.

2 - إذا أثير دفع بعدم الاختصاص ، من قبل أحد الأطراف يقوم على الادعاء بعدم دخول النزاع في نطاق اختصاص المركز ، أو من أجل أي سبب آخر يتعلق باللجنة، فإن اللجنة تقوم بفحصه و عليها أن تقرر ما إذا كان يجب أن يعامل باعتباره مسألة شكلية أو أن فحصه يجب أن يلحق بفحص النقاط الموضوعية.⁽⁵⁷⁾

أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لسنة 1985 فقد نص عليه أيضا صراحة في المادة 16 فقرة 1 أنه: "يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها ، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته..."⁽⁵⁸⁾

56- FOUCHARD (Philippe) , GAILLARD (Emmanuel) et GOLDMAN (Berthold), op cit p411.

57- الجريدة الرسمية العدد 66 لسنة 1995 ، ص 31

58- الأحاد عبد الحميد: "موسوعة التحكيم" ، الكتاب الثالث ، ص 608 .

أما نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية (CCI)، فينص في الفقرة 4 من المادة السادسة منه على أنه: "ما لم يتفق على خلاف ذلك، لا يترتب على الادعاء ببطالان العقد أو انعدامه عدم اختصاص المحكم ما دام قد انتهى إلى صحة اتفاق التحكيم. و يظل المحكم مختصا حتى في حالة انعدام العقد أو بطلانه بهدف تحديد حقوق الأطراف و النظر في طلباتهم"⁽⁵⁹⁾

أما في القانون الجزائري، فقد نصت المادة 1044-1 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها. و يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع"، و قد رفضت الجهات القضائية الجزائرية الفصل في نزاعات معروضة عليها كانت مشمولة باتفاقية تحكيم مكرسا بذلك ضمينا مبدأ اختصاص الاختصاص.⁽⁶⁰⁾

كما نص على المبدأ أيضا القانون الفرنسي في المادة 1466 من قانون الإجراءات المدنية الجديد و كذا المادة 21 أ من قانون التحكيم الأردني، و الفصل 61-1 من قانون مجلة التحكيم التونسي، المادة 22-1 من قانون التحكيم لسلطنة عمان و المادة 22-1 من قانون التحكيم المصري.

59- الأحذب عبد الحميد: "موسوعة التحكيم"، الكتاب الثالث، ص 788.

60- TRARI TANI Mostefa « Droit algérien de l'arbitrage commercial international » 1^{ère} édition ; Berti Editions ; Alger ; 2007 ; p 109

«sans faire référence directement à ce principe ; les juridictions algériennes saisies , ont refusé de connaitre du litige à elle soumis , au motif que la présence dans le contrat de base d'une clause d'arbitrage consacrait un principe d'incompétence des tribunaux nationaux ce qui revient à dire que les juridictions algérienne , en refusant de statuer sur la validité ou non de la clause d'arbitrage signée par la wilaya , elles consacraient implicitement le principe de compétence compétence ».

2- معنى المبدأ: يقصد بمبدأ اختصاص الاختصاص أن المحكمين ، على غرار القاضي الوطني ، فإن أول مسألة إجرائية يلزمهم البت فيها ، هي التأكد من ثبوت اختصاصهم بالفصل في النزاع المبرم بخصوصه اتفاق التحكيم . فإذا اعتبر المحكمون أنفسهم مختصين تابعوا النظر بالدعوى بدون انتظار دعوى إبطال يمكن أن تقام أمام القضاء المختص ، و إلا أعلنوا عدم اختصاصهم و رفعوا أيديهم عن الدعوى . و أكثر من ذلك، فإنه لهم الأولوية للنظر باختصاصهم.⁽⁶¹⁾

و إذا ما طرح النزاع أيضا على الجهات القضائية ، فإنه ليس لهيئة التحكيم أن توقف أو تعلق إجراءات التحكيم لحين انتهاء قضاء الدولة من بحث ثبوت الاختصاص لها من عدمه. بل أن هذا القضاء ممنوع من بحث اختصاص هيئة التحكيم ، قبل أن تفصل تلك الهيئة في اختصاصها بنفسها. و تلك قاعدة أولوية زمنية فقط *règle de compétence temporelle* ، لا تحول دون تصدي قضاء الدولة لبحث مسألة اختصاص هيئة التحكيم في وقت لاحق ، عند الطعن أمامه ببطالان حكم التحكيم ، أو طلب رفض الأمر بتنفيذه لصدوره من هيئة تحكيم غير مختصة.⁽⁶²⁾

المطلب الثاني: تعيين المحكمين

من المبادئ العامة المتفق عليها في التحكيم ، حرية أطراف النزاع في تعيين هيئة التحكيم ، سواء مباشرة باختيار أسمائهم من الأطراف أو بطريقة غير مباشرة بإحالة الأمر إلى جهة ثالثة تتولى مهمة التعيين مثل الاتفاق على أحد مراكز التحكيم و في غياب أي تعيين يجوز رفع الأمر إلى القاضي المختص.

61- الأحاد عبد الحميد: "موسوعة التحكيم ، التحكيم الدولي"، الكتاب الثاني ، ص 254 .

62- سلامة احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص294.

فكيف يتم تعيين المحكمين ؟ و ما هي المحكمة المختصة التي تتولى هذا التعيين ؟ و ما هي الشروط التي يجب مراعاتها في المحكم ؟ تلکم هي التساؤلات التي سيتم الإجابة عليها من خلال فروع هذا المطلب.

الفرع الأول: كيفية تعيين المحكمين

حددت المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية كيفية تعيين المحكمين حيث جاء فيها :

" يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم ، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم .

في غياب التعيين ، و في حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم ، يجوز للطرف الذي يهمه 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 و اختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر".

يتبين من خلال هذا النص أنه هناك ثلاث طرق يتم بموجبها تعيين المحكمين، فقد يكون ذلك عن طريق التعيين المباشر للأطراف (أولا) ، بطريقة غير مباشرة و ذلك بالرجوع إلى نظام مركز تحكيمي (ثانيا) أو من قبل رئيس المحكمة في حالة غياب هذا التعيين أو صعوبته (ثالثا)

أولا : التعيين المباشر للمحكمين من قبل الأطراف:

يمكن للأطراف مباشرة ، كما تؤكد المادة 1041 أعلاه ، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم، و سواء كان ذلك التعيين مدرجا في شرط التحكيم Clause compromissoire أو كان في اتفاق التحكيم Compromis بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم ، و تختلف الإجراءات الخاصة باختيار أو

تعيين المحكمين ، طبقا لنوعية التحكيم الذي يختاره الطرفان، فإذا كان التحكيم خاصا (ad hoc) المسمى أيضا التحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم الفردي ، كلها ذات معني واحد⁽⁶³⁾ ، أي دون الإشارة إلى مؤسسة تحكيمية ، يتولى الطرفان اختيار محكم واحد أو عدة محكمين ، و في اغلب الأحيان يتولى كل طرف في النزاع اختيار أو تعيين محكم واحد و من ثم يتولى المحكمان الاثنان تعيين محكم ثالث يسمى بالمحكم الرئيس أو المحكم المرجح.⁽⁶⁴⁾

يتمتع الأطراف في هذه الحالة بحرية مطلقة في تشكيل المحكمة التحكيمية الدولية كما يشاؤون و بالعدد الذي يترؤونه و المواصفات التي يحددها و الطريقة التي يرسمونها.⁽⁶⁵⁾

و على الطرفين أن يشيرا في اتفاق التحكيم إلى كيفية معالجة بعض المشاكل التي قد تحدث بالنسبة لتعيين المحكمين ، مثال ذلك : عند عدم تعيين المحكم من قبل أحد الأطراف أي امتناعه عن تسمية المحكم ، أو أن المحكمين الاثنان اللذين تم اختيارهما اختلفا في تعيين المحكم الثالث ، ففي هذه الحالات يكون من الأفضل للطرفين أن يكونا قد اتفقا على ما يمكن عمله ، كأن يتفقا على أن جهة معينة أو شخصا ما هو الذي يتولى تعيين المحكم و يطلق على هذه الجهة أو الشخص مصطلح "سلطة التعيين " l'autorité de nomination.⁽⁶⁶⁾

63- أنور على أحمد الطشي: "مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم " ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، القاهرة

2009، ص 144

64- فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 136.

65- الأحمد عبد الحميد : "موسوعة التحكيم" ، الكتاب الثاني "التحكيم الدولي"، ص 285.

66- فوزي محمد سامي ، المرجع السابق، ص 136.

ثانيا : التعيين بالإشارة إلى نظام مركز تحكيمي دائم

تسمح المادة 1041 أعلاه للأطراف اختيار التحكيم المنظم أو المؤسسي institutionnel لتسوية النزاعات التي قد تطرأ أو طرأت بينهم ، و في هذه الحالة يتم التحكيم وفقا للقواعد التي تتبعها المؤسسة التحكيمية و هذه القواعد هي التي تحدد كيفية اختيار المحكمين و غالبا تعد المؤسسة قائمة (Panel) تشتمل على أسماء أشخاص متخصصين لهم خبرة و معرفة بالمعاملات و القوانين التجارية. و للأطراف المتنازعة ، أن تختار من تشاء من بين تلك الأسماء و لها أيضا أن تختار من خارج القائمة الخاصة بتلك المؤسسة و الأمر متروك لحرية الطرفين⁽⁶⁷⁾ ، و يمكنها على غرار نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية (المادة 8) أن تقوم بتعيين المحكم المنفرد في حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك أو محكم الطرف المتقاعس أو المحكم الثالث الذي يضطلع بمهام رئاسة محكمة التحكيم.

و يتعين التنبيه هنا إلى أن مهمة المؤسسة التحكيمية تنظيم التحكيم فحسب ، فليس لها صلاحية الفصل في النزاع و إنما يتولاه المحكمون المختارون. و من الواضح أن الأطراف الذين قبلوا بنظام مؤسسة تحكيمية يخضعون بذلك إلى نظام تعيين و عزل و استبدال المحكمين المنصوص عليها في نظام هذه المؤسسة و يتعين عليهم التقيد به.⁽⁶⁸⁾

67- فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 135.

68- GAILLARD (Emmanuel) et LALIVE (Pierre); op. cit. p 932.

...il est clair désormais que les parties qui ont accepté le règlement d'une institution d'arbitrage se sont par là même soumises au régime de nomination , de révocation ou de remplacement des arbitres prévu par cette institution et doivent s'y soumettre.

ثالثا : تعيين المحكمين من طرف القاضي الوطني:

إن تدخل القاضي الوطني في تعيين المحكمين يكون عادة عندما يختار الأطراف التحكيم الخاص و استثناء عندما يختارون التحكيم النظامي أو المؤسسي إذا ثار نزاع بين أحد طرفي التحكيم و بين مركز التحكيم الذي اتفق الطرفان على إدارته للتحكيم حول بعض الإجراءات التي اتخذها المركز أو التي يتعين عليه اتخاذها ، أو بسبب وجود نقص في لوائحه . في هذه الحالة سوف يجد القضاء نفسه مدعوا إلى التدخل لحسم النزاع بين الطرفين أو لمواجهة النقص في لوائح المركز.⁽⁶⁹⁾

و كثيرا ما يرفض أحد الأطراف تنفيذ التزامه النابع من اتفاقية التحكيم و يمتنع عند نشوب النزاع عن تعيين محكم. هذه الوضعية من شأنها أن تؤدي إلى شل التحكيم، و هو ما أدى بمعظم الدول السماح في قوانينها الداخلية بتدخل القاضي لم يد المساعدة لضمان استمرارية التحكيم و ذلك بتعيين محكم الطرف المتقاعس أو المحكم الثالث في حالة عدم توصل الأطراف إلى اتفاق بشأنه في التحكيم الخاص، أما في حالة التحكيم المنظم فالهيئة أو المركز هو الذي يقوم بتعيين المحكمين في حالة رفض الأطراف كما سبق الذكر.

تتفق معظم التشريعات و اتفاقيات التحكيم على أن تدخل القاضي في هذا المجال لا يكون إلا للقضاء على الصعوبات و العراقيل التي يفتعلها الأطراف، فالقاضي الجزائري من خلال نص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لا يتدخل في تشكيل هيئة التحكيم إلا استثنائيا تاركا الحرية الكاملة للطرفين في اختيار محكميهم أو اختيار نظام تحكيم يتولى المهمة، فهو لا يتدخل إلا في حالة غياب التعيين أو في حالة صعوبة تعيين المحكمين .

فالقاعدة التي أقام عليها القانون الجزائري تسمية المحكمين هي الحرية التامة لسلطان الإرادة. و المحكمة لا تتدخل إلا لوضع إرادة الأطراف الواردة في اتفاق التحكيم موضع التنفيذ، إذا لم يتمكن الأطراف أو المحكمون من إنفاذها⁽⁷⁰⁾

فإذا لم يتفق طرفا التحكيم على اختيار المحكمين أو على الطريقة التي يتم بها الاختيار، فإن القضاء يحق له الاختيار بناء على طلب أحد الطرفين بشروط هي:

- أن يكون هناك اتفاق على التحكيم، يحدد فيه كيفية تشكيل المحكمة.
- يجب ألا يتفق طرفا التحكيم على تسمية المحكم أو تعيين محكم التحكيم الخاص.
- يجب أن يقدم أحد طرفي التحكيم إلى المحكمة طلبا لتعيين المحكم، فإذا توفرت هذه الشروط حق للجهة القضائية المختصة المساعدة في تشكيل المحكمة.⁽⁷¹⁾

أما في فرنسا فقد اتبع رئيس محكمة باريس الكلية أسلوبا خاصا في ممارسة مهمة تعيين المحكمين، اتبعه بعد ذلك بقية رؤساء المحاكم، قوامه التوسط بين الطرفين بغية التوصل إلى تشكيل هيئة 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.⁽⁷²⁾ و بعدها يقوم باستدعاء الشخص الذي يعتزم تعيينه كمحكم لأخذ رأيه في مسألة اقتراح أو احتمال تعيينه محكما في النزاع المعروض، لتلافي رفضه أو تخليه عن المهمة لاحقا، ثم دعوة كل واحد من الطرفين إلى إبداء

70- الأحاد عبد الحميد، التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الأول، ص 337.

71 - بوصنيرة خليل: "التدخل القضائي في مجال التحكيم الدولي في التشريع الجزائري"، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2006، ص 128.

72- مصطفى محمد الجمال - عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص 190.

رأيه فيه ، حتى يقع تلافي القرح فيه لاحقا. و هذا الإجراء محمود و محبذ لأنه يكرس سلطان الإرادة التحكيمية في أبعادها الثلاثة ، إذ يحترم إرادة الأطراف و الطابع الاتفاقي لتركيب هيئة التحكيم بمنحهم فرصة التوافق على شخص المحكم ، و إرادة المحكم عضو القضاء التحكيمي و طرف عقد التحكيم الذي يحدد و يؤسس لالتزاماته و مسؤوليته تجاه الأطراف ، و يحترم إرادة القانون بالمحافظة على ضمانات الحياد و النزاهة و الاستقلالية ، التي هي قوام "نظام القاضي" عموما و "نظام المحكم القاضي" خصوصا . لذلك يقترح اعتماد هذا الإجراء الوقائي ، خدمة لتلك الأغراض مجتمعة و أخذا بذاتية و فاعلية التحكيم في آن واحد⁽⁷³⁾.

نؤكد في الأخير، أن هذا التدخل من قبل القاضي ليس تدخلا في شؤون التحكيم بل هو مساعدة للتحكيم حتى يستطيع أن يسير في إجراءاته و هو لا يمس لا من قريب و لا من بعيد قاعدة نزع اختصاص المحاكم القضائية للنظر بالنزاع. فالمحاكم القضائية لا تنظر هنا بالنزاع بل تساعد المحكمة التحكيمية على النهوض للنظر بالنزاع⁽⁷⁴⁾، فتدخل القضاء في هذا الصدد مناطه الضرورة وحدها.⁽⁷⁵⁾

الفرع الثاني: المحكمة المختصة لحل النزاعات الناشئة عن تشكيل المحكمة التحكيمية

إن المعمول به في مختلف التشريعات الوطنية في مجال التحكيم التجاري الدولي، هو أن تقوم الدولة بتحديد القاضي الذي يتدخل في حال وجود أي عائق يعرقل السير الحسن لإجراءات التحكيم و هو "قاضي المساندة" "juge d'appui" كما أطلق عليه الفقه الأوروبي، و هو تعبير موفق.⁽⁷⁶⁾

73- السامي الحسين: "التحكيم و قضاء الدولة" مركز الدراسات القانونية و القضائية لوزارة العدل و حقوق الإنسان للجمهورية التونسية، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، 2008 ، ص 491

74- الأحذب عبد الحميد: "موسوعة التحكيم ، التحكيم الدولي"، الكتاب الثاني، ص258.

75- مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص188.

76- الأحذب عبد الحميد: "موسوعة التحكيم ، التحكيم الدولي"، الكتاب الثاني، ص304.

فما هو الوضع في الجزائر ؟ ما هي المحكمة المختصة أو القاضي المختص لحل النزاعات الناشئة عن تشكيل المحكمة التحكيمية ؟ (أولا) ما هي إجراءات تدخل هذا القاضي ؟ (ثانيا) و هل يمكن الطعن في القرار الذي يتخذه (ثالثا)

أولا: المحكمة المختصة

حول المشرع الجزائري قاضي الدولة اختصاصات تستهدف إقرار التكامل بين عمل القاضي و المحكم بحيث يكون الدور المتمم للقاضي في عملية التحكيم سواء في تشكيل محكمة التحكيم أو تذييل مختلف الصعوبات التي قد تطرأ أثناء نظر النزاع⁽⁷⁷⁾

و قد عهد هذه المهمة إلى رئيس المحكمة، غير أنه فرق بين ما إذا كان التحكيم يجري بالجزائر أو بالخارج بحيث تنص المادة 1041 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه : "... في غياب التعيين، و في حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهيمه 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 و اختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر."

إن تحديد المحكمة المختصة بالنظر إلى هذه المادة، مرتبط إذن بمكان جريان التحكيم :

1- التحكيم يجري في الجزائر: عند عدم تعيين المحكمين أو في حالة الصعوبة في تعيينهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، فالعبرة إذن في مكان جريان التحكيم ، و هذا المكان يتم الاتفاق عليه في اتفاقية التحكيم.

لكن في حالة عدم تحديد مكان التحكيم في الاتفاقية ، فإن الاختصاص يؤول للمحكمة التي يقع في دائرتها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ، ذلك ما نصت عليه المادة 1042: " إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم ، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ "

2- التحكيم يجري في الخارج: عندما يجري التحكيم في الخارج و اختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر ، فلا يطرح أي إشكال ، فعندما يتعذر تعيين المحكمين أو استكمال هيئة التحكيم، فإنه على الطرف الذي يهمله التعجيل أن يرفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر.

بعد تحديد الجهة القضائية و القاضي المختص ، يتعين توضيح إجراءات تدخل هذا القاضي.

ثانيا : إجراءات تدخل رئيس المحكمة

ذكرنا أنه يمكن للقاضي الوطني أن يتدخل لتعيين المحكم أو المحكمين في حالة عدم تعيينهم أو صعوبة تعيينهم ، لكن التساؤل الذي يطرح الآن هو كيف يتم تعيين هؤلاء المحكمين و هل بإمكان القاضي مراقبة اتفاقية التحكيم ؟

لم ينص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد على الإجراءات التي يتم بها تعيين المحكمين ، على خلاف ما كان منصوصا عليها في المادة 458 مكرر4 فقرة أولى من المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 25-4-1993 ، و التي نصت على أنه : " 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 اتفاقية تحكيم بين الطرفين."*(78)

رغم إلغاء هذه المادة، إلا أننا نرى أن تدخل القاضي الجزائري ، و نظرا لليبرالية التي يتصف بها القانون الجزائري في مجال التحكيم، فإنه لن يتدخل إلا بموجب أمر بناء على مجرد عريضة و يجري مراقبة سطحية فقط (*prima facie*) على اتفاقية التحكيم قبل إجراء أي تعيين للمحكم على غرار ما كان معمولا به في ظل المرسوم التشريعي 93-09 .

ثالثا: مدى إمكانية الطعن في قرار القاضي الوطني (رئيس المحكمة)

عندما يدعى القاضي الوطني إلى تعيين محكم أو محكمين، فنكون أمام فرضين : إما أن يقبل تعيين المحكم أو المحكمين و إما أن يرفض التعيين ، فهل يمكن الطعن في القرار الذي يتخذه ؟

لم يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في الفصل السادس المتضمن الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي أية إشارة إلى طرق الطعن ضد أمر القاضي الصادر بتعيين أو رفض تعيين المحكم بناء على طلب أحد الأطراف . غير أن جانبا من الفقه يرى أن أمر القاضي قابل للاستئناف لأن المبدأ العام في القانون الجزائري هو أن أي قرار قضائي يقبل المراجعة و أن الحالات التي يكون فيها قرار القاضي غير قابل للمراجعة هي حالات نادرة جدا في القانون الجزائري و ينص القانون عليها صراحة*(79).

78- قانون الإجراءات المدنية ، منشورات بيرتي ، طبعة 2006-2007 ، ص 149 .

79- الأحمد عبد الحميد: " موسوعة التحكيم "، الكتاب الأول "التحكيم في البلدان العربية " ، ص 372.

من جهتنا، نرى أنه قياسا لما تضمنته أحكام المادتين 1055 و 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المتعلقة بطرق الطعن في أمر القاضي بالاعتراف أو برفض الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية، نرى أن الأمر الذي يصدره رئيس المحكمة المختص القاضي بتعيين محكم أو محكمين يكون نهائي غير قابل للطعن، أما الأمر القاضي برفض تعيين المحكم أو المحكمين يكون قابلا للاستئناف أمام المجلس القضائي.

الفرع الثالث: الشروط الواجب توافرها في هيئة التحكيم

يتعين أن تتشكل الهيئة التحكيمية بعدد فردي من الأشخاص (أولا) تشتت في هؤلاء شروط لممارسة مهمة المحكم (ثانيا)، مهمة يتعين قبولها من طرفه (ثالثا)

أولا: العدد الفردي لهيئة التحكيم (قاعدة التورية)

لم ينص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في الأحكام المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي عن عدد المحكمين الذي تتشكل منه هيئة التحكيم تاركا ذلك لإرادة الطرفين، أما فيما يخص التحكيم الداخلي فقد نص هذا القانون في المادة 1017⁽⁸⁰⁾ على أن محكمة التحكيم تتشكل من محكم أو عدة محكمين، تشتت هذه المادة في هذه الحالة أن يكونوا بعدد فردي.

و القاعدة العامة في تعيين المحكمين، كما سبق الإشارة إليه، هي أن يتفق الطرفان على محكم واحد أو عدة محكمين و هم عادة ثلاثة، و في هذه الفرضية الأخيرة يتولى كل طرف في النزاع اختيار أو تعيين محكم واحد و من ثم يتولى المحكمان الاثنان المختاران تعيين محكم ثالث يسمى بالمحكم الرئيس أو المحكم المرجح.

80- المادة 1017 : " تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي".

و قد يعهد تعيين المحكم الثالث إلى سلطة تعيين عادة تكون مؤسسة تحكيم دائمة، و في حالة عدم الاتفاق يمكن لأحد أطراف النزاع الطلب من المحكمة تعيين المحكم ، و هذا ما تنص عليه مختلف القوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية.

و تتميز المعاملة الجزائية في هذا المجال بتفضيل نظام التعددية بصفة عامة ، غير أنه يمكن أن تكون هناك قضايا أين تم اعتماد محكم فرد ، و غالبا ما يكون ذلك بمناسبة اختيار نظام مركز الغرفة التجارية الدولية كسلطة تعيين⁽⁸¹⁾ و عادة ما يختار الطرف الجزائري محكمه من الذين يحملون الجنسية الجزائرية مكرسا مبدأ الروح الوطنية على مبدأ الاختصاص و الاحترافية.⁽⁸²⁾

يتعين التذكير في هذا المجال أن المبدأ السائد في التحكيم التجاري الدولي هو مساواة الأطراف في تعيين المحكمين و يتمثل هذا المبدأ في حق كل خصم في تعيين محكم واحد ، و في حق المحكمين معا في تعيين المحكم الثالث ، و مثل هذا المبدأ تتم مراعاته في العديد من الاتفاقيات الخاصة بالتحكيم.⁽⁸³⁾

لكن كثيرا ما يثور التساؤل حول احترام مبدأ المساواة من عدمه .

81- TRARI TANI Mostefa, op , cit , p 89

82- TRARI TANI Mostefa, op , cit , p 87

« La pratique algérienne s'inscrit parfaitement dans cette logique .elle a ; en effet ; souvent donné lieu à une désignation par la partie algérienne d'un co-arbitre ayant la nationalité algérienne . la tendance qui veut que la compétence et le professionnalisme doivent céder devant le nationalisme n'est pas encore bien encrée et l'on continue à croire qu'à défaut de recours au juge national ; on n'est jamais mieux jugée que par un tribunal ou au moins l'un des co-arbitres est un co-citoyen »

83- هشام خالد ، المرجع السابق ، ص 62.

فهناك فرض يمتنع فيه المدعي عليه عن تعيين محكم ، هنا يجيز قانون التحكيم الانجليزي مثلا أن يكون محكم المدعى هو المحكم الوحيد في النزاع و يحق له بهذا الوصف أن يتصدى للحكم فيها و توجد العديد من النصوص المماثلة في قوانين العديد من الدول تقرر الحكم السابق ، و يثير التساؤل حول مدى اتفاقها أو تعارضها مع مبدأ المساواة بين الخصوم في تكوين محكمة التحكيم.⁽⁸⁴⁾

ثانيا: شروط ممارسة مهمة المحكم

لا يمكن لأحد أن ينكر الدور الفعال الذي يمكن أن يقوم به المحكم في إطار تسوية المنازعات الخاصة و قد عبر البعض عن ذلك بالقول :

"... so in private dispute resolution, the golden trilogy is arbitrator, arbitrator, arbitrator."⁽⁸⁵⁾

و أن "قيمة التحكيم إنما تتوقف على قيمة المحكم " و " إن التحكيم جدير ما يستحقه المحكم "⁽⁸⁶⁾ إن خصومة التحكيم إذا قوامها المحكم، و بقدر كفاءة المحكم تكون سلامة التحكيم، و إلا فلا قيمة للتحكيم، لذا يجب اختيار المحكم الكفاء القادر على تحقيق العدالة بعيدا عن المصالح و الرغبات الشخصية فلا شك أن التحكيم يكون جيدا بقدر ما يكون المحكم جيدا.⁽⁸⁷⁾ فما هي الشروط التي يتعين توافرها فيه؟

84- هشام خالد ، المرجع السابق ، ص64.

85- MASTROGIUSEPPE (Sandra) et STOLOW (David), L'arbitrage : questions d'importance pour les conseillers juridiques d'entreprise , académie Davies, Montréal 2010, p26
www.dwpv.com/academie

86- هشام خالد : المرجع السابق ، ص 101 .

87- الصانوري مهند احمد، المرجع السابق ، ص55.

يقسم الفقه⁽⁸⁸⁾ الشروط الواجب توافرها في المحكم إلى شروط عامة (1) و شروط متروكة لتقدير الأطراف (2)

1- الصفات العامة المشترطة في المحكم:

- الأهلية المدنية الكاملة: تنص المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: " لا تسند

مهمة التحكيم لشخص طبيعي ، إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية.

إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصاً معنوياً، تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم."

فالشرط الأساسي الذي يجب أن يتوفر في المحكم هو أن يكون شخصاً طبيعياً متمتعاً بحقوقه المدنية كاملة غير

منقوصة، تؤهله بالقيام بتصرفات قانونية، و قدرة الفرد على القيام بتصرفات قانونية صحيحة تقاس بوعيه أي

بدرجة إدراكه و تمييزه بين الأمور المختلفة. و قد ذكر المشرع في المواد 40 و من 42 إلى 44 من القانون المدني

القواعد العامة التي تحكم الأهلية،⁽⁸⁹⁾ و تضمنت المادة 78 المبدأ الذي يقضي بأن: " كل شخص أهل

للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون". و يكون الشخص عديم

الأهلية إذا انعدمت لديه الإرادة المدركة كالصبي غير المميز و المجنون أو المعتوه ، و مثل هؤلاء لا يمكن أن

تنسب إليهم إرادة يعتد بها القانون⁽⁹⁰⁾ أما الشخص ذو الغفلة أو السفه ، أو الصبي المميز غير الراشد

فأهليته ناقصة. و عليه لا يمكن أن يعين مثل هؤلاء الأشخاص كمحكمين ، كذلك الشأن أيضاً بالنسبة

للمحكوم عليه بجناية طبقاً لما جاء في المادة 9 مكرر 1 من قانون العقوبات و الشخص المصاب بعاقة

88- الصانوري مهند احمد، المرجع السابق، ص 64.

89- فيلاي علي، المرجع السابق، ص 84.

90- فيلاي علي، نفس المرجع، ص 85.

جسمانية طبقا للمادة 80 من القانون المدني و الذي شهر إفلاسه طبقا لنص المادة 243 من القانون التجاري و المحجور عليه طبقا لنص المادة 101 من قانون الأسرة.

رغم ذلك ، فإن جانبا من الفقه يرى أنه ليس هناك ما يمنع أن يكون المحكم أصما أو أبقما لأن القانون لا يمنع ذلك متى اتفق الخصوم على اختياره ، و عندئذ يحكم من واقع الأوراق المقدمة إليه، و من الجائز أيضا أن يكون المحكم أعمى لأن القانون لا يمنع ذلك.⁽⁹¹⁾

و المحكم لن يكون إلا شخصا طبيعيا ، فالفقرة الثانية من المادة 1014 أعلاه جاءت صريحة بنصها على أنه : " إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا ، تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم ". فإذا عين اتفاق التحكيم شخصا معنويا، كأن ينص على أن تسوية الخلاف الناشئ عن العقد تتم بالتحكيم عن طريق غرفة التجارة الدولية، فهذا يعني أن غرفة التجارة الدولية تقوم بتنظيم عملية التحكيم، و لا تكون الغرفة المذكورة محكما، أي لا تتولى مهمة التحكيم بل يتم اختيار المحكمين وفقا لقواعدها في حالة عدم اتفاق الطرفين على الكيفية التي يتم بها الاختيار.⁽⁹²⁾

- استقلال و حياد المحكم: يتوجب على المحكم أن يكون محايدا و هو بصدد قيامه بالمهمة التحكيمية الموكلة إليه و عليه أن يقوم بها بكل تجرد و نزاهة فلا يميل أو يتحيز أو يتعاطف مع أي من المحكمين أو ضده،⁽⁹³⁾ و حياد المحكم و استقلاله و نزاهته هي محط الإيمان بعدالة قضاائه.

91- مشيمش جعفر، المرجع السابق ، ص 103.

92- فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 152.

93- مهند احمد الصانوري، المرجع السابق، ص 69.

و الحياد حالة نفسية قوامها مجموعة المفاهيم و القناعات التي تستقر في ضمير القاضي أو المحكم ، و تشكل فكرته عما هو حق أو عدل دون ميل أو هوى.

أما الاستقلال فهو حالة واقعية قوامها مجموعة من العوامل و الظروف التي يجب توفيرها حتى ينأى القاضي أو المحكم بنفسه في أداء مهمته عن تبعية المحكم الذي اختاره.

و من هنا كان الحرص الزائد من جانب التشريعات الوطنية ، و الاتفاقيات الدولية ، و لوائح هيئات و مراكز التحكيم ، على النص القاطع بوجوب التزام المحكم الحياد و الاستقلال.⁽⁹⁴⁾

و قد كرس مختلف الأنظمة القانونية الوطنية ، الاتفاقيات الدولية و كذا أنظمة التحكيم المبدأ أنه يتعين أن يكون المحكم مستقل و حيادي ، و بالنسبة للقوانين الوطنية ، فإن اشتراط الاستقلالية و الحيادة غير منصوص عليه بصفة خاصة في التحكيم الدولي و إنما هي قاعدة في القانون الداخلي يتم توسيع مجالها إلى التحكيم الدولي.⁽⁹⁵⁾

بالنسبة للقانون الجزائري، أدرج المشرع هذا المبدأ في المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المتعلقة بحالات رد المحكم حيث نصت الفقرة 3 منها : "يجوز رد المحكم في الحالات التالية:...

- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته ، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط،..."

و على غرار المادة 180 من قانون التحكيم السويسري و المادة 7/2 من نظام الغرفة الدولية للتجارة فإن المشرع الجزائري في المادة 1016 لم يشترط إلا الاستقلالية دون الحياد، على خلاف الدول التي اعتمدت

94- سلامة احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 400.

95- FOUCHARD (Philippe) , GAILLARD (Emmanuel) et GOLDMAN (Berthold), op cit. p580.

القانون النموذجي للتحكيم للجنة الأمم المتحدة التي أخذت بالاستقلالية و الحياد معا في المادة 2/12 و نظام تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي CNUDCI في المادة 9.

2- الصفات الخاصة المتروكة لتقدير المحكّمين: بعض الصفات المتعين توافرها في المحكم متروكة لتقدير الطرفين يمكنهم الاتفاق بشأنها و منها:

- الجنس : التساؤل المطروح من قبل الفقه في هذا الصدد هو هل يمكن تعيين امرأة كمحكم ؟

الثابت أن معظم التشريعات تتفق على أنه لا يوجد ما يمنع من أن يقوم القاضي في تحكيم تجاري دولي بتعيين امرأة كمحكم ، فليس هناك ما يمنع من أن يكون المحكم امرأة ، و قد تفادت معظم التشريعات التطرق إلى هذا الموضوع فلا يوجد نص بالجواز أو بالمنع بالنسبة لاختيار المرأة عضوا في هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع⁽⁹⁶⁾ و الثابت أيضا أنه في بعض الدول ما تزال المرأة تعتبر ناقصة الأهلية ، فليس بوسع المرأة الكويتية أو العمانية أن تكون محكما.

و من الناحية العملية ، فإنه رغم أن معظم الدول لا يمنع فيها القانون المرأة من أن تكون محكما ، إلا أن تعيين المرأة في مثل هذه المناصب هو أمر نادر جدا. و لم يصدر حكم حتى الآن ببطالان التحكيم استنادا إلى أن المحكم امرأة.⁽⁹⁷⁾

- الجنسية: لم يشترط قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري عند تعيين المحكمين من قبل القاضي الوطني أي شرط متعلق بجنسية المحكمين، و هذا خلافا لنص المادة 458 مكرر 4 فقرة 2 من المرسوم 93-09 التي كانت تنص على أنه : " ..إذا دعي القاضي إلى تعيين محكم مرجح ، وجب أن يكون هذا الأخير من جنسية مخالفة لجنسية الأطراف."

96- البطاينة عامر فتحي ، المرجع السابق، ص 91.

97- هشام خالد، تكوين المحكمة التحكيمية ، المجلد الأول ، ص 129.

و جنسية المحكم ذات أهمية كبيرة في مجال التحكيم باعتبارها ضمانا على استقلالية و حياد هيئة التحكيم. لكن رغم هذه الأهمية، فإنه من الواجب أن يعطى للخصوم حق اختيار الجنسية التي يرونها للمحكم المعني أو المحكمين المعنيين، و ذلك عندما يتفقون على شخص المحكم المعني. لكن على العكس من ذلك، فإذا كان تعيين المحكم إنما يتم بواسطة سلطة عامة أو خاصة ، فمن المفضل أن يكون المحكم المختار من دولة محايدة غير دولتي أو دول الخصوم.⁽⁹⁸⁾

و هذا ما نصت عليه أيضا قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة في الفقرة 4 من المادة 6 منها حيث جاء فيها " تراعي سلطة التعيين و هي بصدد اختيار المحكم الاعتبارات التي من شأنها اختيار محكم مستقل و محايد و أن تأخذ بعين الاعتبار أنه من المستحسن أن يكون المحكم من جنسية غير جنسية أحد أطراف النزاع." كذلك الشأن بالنسبة للمادة 18 من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987 التي تنص على أنه : " لا يجوز أن يكون المحكمون الذين يعينهم المكتب من مواطني أحد الأطراف." و المادة 38 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 الخاصة بحل المنازعات المتعلقة بالاستثمارات حيث جاء فيها : " إذا لم تشكل المحكمة خلال التسعين(90) يوما التالية للإخطار...يقوم الرئيس بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة في التعجيل و بقدر الإمكان بعد التشاور مع الأطراف بتعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يعينوا بعد . و لا يجوز أن يكون المحكمون المعينون بواسطة الرئيس طبقا لهذه المادة ، من رعايا الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع ، أو الدولة المتعاقدة التي يكون أحد رعاياها طرفا في النزاع."⁽⁹⁹⁾ و هو ما نصت عليه أيضا قواعد الغرفة التجارية الدولية في الفقرة 6 من المادة الثانية⁽¹⁰⁰⁾

98- هشام خالد، تكوين المحكمة التحكيمية ، المجلد الأول ، ص126

99 : الجريدة الرسمية ، العدد 66 سنة 1995 ، ص 31 .

100- البطاينة عامر فتحي ، المرجع السابق ، ص96.

- **خبرة و كفاءة المحكم** : إن خبرة المحكم و كفاءته هي مبعث الثقة في نفسه أولا ، و في التحكيم ثانيا فهي التي تمنحه ثقة المحكمين فيه و بقدرته على تسوية النزاع و الرضا بحكمه و المبادرة إلى تنفيذه، مما يشجع المتنازعين اللجوء إلى التحكيم.^{(101)*}

رغم ذلك ، فإن جانبا من الفقه يرى أنه ليس هناك ما يمنع أن يكون المحكم غير متخصص و لا خبرة له في موضوع النزاع، أو جاهلا القانون و لو كانت المسألة المطروحة عليه قانونية، لأن القانون لا يتطلب ذلك و يجوز أن يكون المحكم جاهلا لغة الخصوم فيحكم في واقع الأوراق المقدمة إليه و لو كانت مترجمة، و قيل بجواز أن يكون المحكم جاهلا القراءة و الكتابة بشرط ألا يكون وحده في هيئة التحكيم ، لأن القانون لا يتطلب إلا أن يوقع على الحكم أغلبية المحكمين ، و من الجائز اتفاق الخصوم على تعيين محكم واحد يجهل القراءة و الكتابة ، بشرط أن يعينوا شخصا آخر لمجرد كتابة الحكم و الأوراق اللازمة لمباشرة العملية.^{(102)*}

إلا أنه كما يرى البعض فإنه في مجال التحكيم التجاري الدولي يجب أن يقوم القاضي باختيار أشخاص على درجة من الخبرة و الكفاءة في الموضوع، على أن يتم تعيين رئيس هيئة التحكيم من الأشخاص الذين تتوافر لديهم الدراية القانونية بالتحكيم سواء أكانوا من أساتذة الجامعات أو من المحامين أو غيرهم من القانونيين المختصين.^{(103)*}

بعد إيجاد المحكم الكفء على نحو ما سبق ، يتعين قبوله لهذه المهمة.

101- الصانوري مهند أحمد ، المرجع السابق ، ص 76.

102- مشيمش جعفر ، المرجع السابق ، ص 103.

103- البطاينة عامر فتحي ، المرجع السابق ، ص 92.

ثالثا: قبول المحكم لمهمته

إن المحكمين ليسوا قضاة ضروريين، و المهمة المقترحة عليهم لا تفرض عليهم ، فمن الضروري أن يقبلوها⁽¹⁰⁴⁾ فالشخص الذي يعين كمحكم، ليس ملزما قانونيا بقبول هذه المهمة، و يجب أن يوافق على القيام بالمهمة التي عهد إليه بها. و يكون ذلك عن طريق إبرام عقد مع الأطراف، يكون مستقلا عن عقد التحكيم القائم بين الطرفين ، و يطلق على هذا الاتفاق *receptum arbitri* ...⁽¹⁰⁵⁾

لم يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في أحكامه الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي أية إشارة إلى قبول المحكم لمهمته، لكن بالرجوع إلى الأحكام الخاصة بالتحكيم الداخلي نجد أنه نص في المادة 1015 في فقرتها الأولى على أنه : " لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا ، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم."

و إن كان قبول أو موافقة المحكم لمهمته تأتي صراحة عن طريق الكتابة ، يمكن كذلك أن تكون ضمنية بمباشرة المحكم لإجراءات تسوية النزاع. و إن لم تجمع القوانين على شكل الموافقة إلا أن هذه الأخيرة، إذا لم تأت مكتوبة، فيتعين أن تعبر عن نفسها بشكل واضح و أكيد لا مجال لأي شك أو التباس.

بمجرد قبول المحكم أو المحكمين لمهمتهم ، تنتج هذه الموافقة آثارها، و أول أثر هو تثبيت إنهاء تشكيل المحكمة التحكيمية. و الأمر الأهم هو "بداية العد" فاعتبارا من هذا التاريخ يبدأ سريان المهل التي يجب أن

104- RENE (David). op cit , p 337

« Les arbitres ne sont pas des juges nécessaires. La mission qui leur est proposées ne s'impose pas à eux ; il est nécessaire qu'ils l'acceptent, concluant ainsi avec les parties un contrat distinct de la convention d'arbitrage : le *receptum arbitri* »

105- هشام خالد ، المرجع السابق، المجلد الأول ، ص88.

ينتهي المحكمون التحكيم خلالها ، و من هذا الوقت تبدأ مهمة المحكمين و يصبح على عاتقهم عبء التزامات تعاقدية يجب أن ينفذوها كقضاة خاصين،⁽¹⁰⁶⁾ و ذلك تحت طائلة الرد.

المطلب الثالث : رد المحكم

يمارس المحكم دورا مشابها للقاضي، لذا يجب عليه أن يتحلى بما يتحلى به القاضي من أخلاق و سلوكيات و أدبيات و التزامات قانونية ..، فالمحكم عندما يتولى التحكيم فهذا يعني أنه حاز ثقة الأطراف وهي ثقة مستمرة منذ بدء التحكيم و حتى نهايته، و هي مرتبة أدبية عالية المستوى تفرض مجموعة من السلوكيات و الأدبيات⁽¹⁰⁷⁾ و كل إخلال من المحكم لهذه السلوكيات يعرضه، شأنه شأن القاضي لإجراءات الرد.

و للوقوف على هذا الإجراء يتعين تحديد ماهية الرد (الفرع الأول)، تحديد أسبابه (الفرع الثاني) لبنين فيما بعد إجراءاته (الفرع الثالث)

الفرع الأول: ماهية الرد

يقصد برد المحكم أن يعبر أحد الأطراف في خصومة التحكيم عن إرادته في عدم المشول أمام محكم معين في قضية معينة لتوافر أحد الأسباب التي حددها القانون و طبقا للشروط التي يحددها.⁽¹⁰⁸⁾

هذا الإجراء معترف به في الاتفاقيات الدولية (أولا) و التشريعات الوطنية (ثانيا)

106- الأحمد عبد الحميد ، موسوعة التحكيم ، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، ص 315.

107- الزيد ناصر: " المحكم بين سندان الأخلاق و مطرقة القانون " مجلة التحكيم ، العدد الخامس ، يناير 2010 ، ص 141.

108- البطاينة عامر فتحي، المرجع السابق، ص 98.

أولاً: الاتفاقيات الدولية

نصت العديد من الاتفاقيات الدولية و مراكز التحكيم على إجراءات الرد، بحيث نصت عليه اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى (CIRDI) في المادتين 57 و 58 ، بحيث تنص المادة 57 على أنه: " يجوز للخصم أن يطلب من لجنة التوفيق أو محكمة التحكيم رد أحد أعضائها من أجل أي سبب ينطوي على فقدان أكيد للصفات التي تتطلبها المادة 1/14 . فضلاً عن ذلك يجوز للخصم في دعوى التحكيم أن يطلب رد أحد المحكمين بسبب عدم استيفاء الشروط المحددة بالقسم الثاني من الفصل الرابع بشأن تعيين محكمة التحكيم " ⁽¹⁰⁹⁾ ، و تضمنت اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي الرد في المادة 19 حيث جاء في الفقرة الأولى منها: " لكل من الطرفين أن يطلب رد أحد المحكمين لأسباب يبينها في طلبه " ⁽¹¹⁰⁾ ، مركز الغرفة التجارية الدولية نص عليه في المادة 11 فقرة 1 تنص على أنه: "يقدم طلب الرد استناداً إلى ادعاء انتفاء الاستقلال ، أو لأي سبب آخر ، بتوجيه مذكرة كتابية للأمانة العامة ، موضحاً فيها الوقائع و الظروف التي يستند إليها هذا الطلب " ⁽¹¹¹⁾ ، كما نصت عليه قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1976 في المواد من 9 إلى 12 و القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 في المادتين 12 و 13.

ثانياً: التشريعات الوطنية

نصت الفقرة الثانية من المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: " إذا علم المحكم أنه قابل للرد يخبر الأطراف بذلك، و لا يجوز القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم " ، بينما بينت المادة 1016 الحالات التي يجوز فيها تقديم طلب الرد.

109- الجريدة الرسمية العدد 66 لسنة 1995، ص 34 .

110- الأحذب عبد الحميد ، موسوعة التحكيم، الكتاب الثالث ، ص 351 .

111- الأحذب عبد الحميد، وثائق تحكيمية، ص 791.

و قد نصت معظم التشريعات الوطنية على رد المحكم و بينت إجراءاته و من أمثلة على ذلك ما نصت عليه المادتين 17 و 18 من القانون الأردني و الفصل 57 من القانون التونسي، المادة 770 من القانون اللبناني، المادتين 23 و 24 من القانون اليمني، المادة 180 القانون السويسري و المادتين 1690 و 1691 القانون البلجيكي.

غير أن بعض التشريعات لم تتضمن أية إشارة إلى إجراءات الرد ، منها قوانين التحكيم في الولايات المتحدة الأمريكية التي لم تشر إلى الرد ، و يميل القضاء الأمريكي إلى حظره لأنه يعتبر في نظره تدخلا من المحكمة في اتفاق التحكيم ، فلا سبيل أمام الخصم و الحال كذلك إلا ترك المحكم يواصل عمله حتى يصدر قرار التحكيم ثم يطعن في القرار بالبطلان أو يعترض على تنفيذه استنادا إلى عدم الحياد و كذلك الأمر في القانون الانجليزي.*⁽¹¹²⁾

إذا نصت معظم التشريعات على إجراءات رد المحكم ، فإنها قد حددت لها أسبابا يتعين توافرها، فما هي هذه الأسباب ؟

الفرع الثاني: أسباب الرد

حددت بعض التشريعات الأسباب التي تسمح لأحد الأطراف في خصومة التحكيم عند توافرها أن يطلب بموجبها رد المحكم. لكن قبل أن نعرض هذه الأسباب (ثانيا) يتعين علينا التطرق إلى الالتزام بالتصريح الذي يقع على عاتق المحكم. (أولا)

أولاً: الالتزام بالتصريح

على المحكم المرشح قبل تعيينه أن يعلم مركز التحكيم (إذا كان التحكيم نظامياً) و الأطراف (حالة تحكيم الحالات الخاصة) كتابة بكل الوقائع و الظروف التي يكون من طبيعتها التأثير على استقلاله و حياده و أن تخلق شكوكاً لها ما يبررها ، في نظر الأطراف ، في حياده و استقلاله. كما يلزم المحكم بأن يحيط بأي ظرف يطرأ بعد تعيينه و يكون من شأنه خلق شكوك لها ما يبررها لدى الأطراف أو من طبيعتها التأثير على استقلاله و حياده في نظر الأطراف ، هذه القاعدة تبنتها أكثر أنظمة مراكز التحكيم الدولية و القوانين التحكيمية الحديثة.*⁽¹¹³⁾

و قد نصت الفقرة الثانية من المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: " إذا علم المحكم أنه قابل للرد ، يخبر الأطراف بذلك ، و لا يجوز القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم " إن أمانة المحكم تقتضي منه الإفصاح من البداية عن أي صلات تربطه بأي من الأطراف ، كما يحدد موقعه سواء بعدم قبول التحكيم بسبب هذه الصلة أو بالقبول مع إحاطة الأطراف علماً بالظروف المحيطة بهذه الصلة ، و مع ترك الأمر لتقدير الأطراف*⁽¹¹⁴⁾ أن يقبلوه أو يرفضوه.

لكن الالتزام بالإفصاح لا يقوم إذا كانت الواقعة التي تثير شكاً في حيده أو استقلال المحكم هي واقعة تدخل في العلم العام ، إذ لا ضرورة للكشف عن واقعة معلومة بالضرورة للأطراف.

فالأصل أن العلاقات السابقة مع المحكم لا تعد في ذاتها عيباً ، و لكن العيب هو في محاولة إخفائها عن

113- الأحمد عبد الحميد " موسوعة التحكيم ، التحكيم الدولي " ، الكتاب الثاني ، ص 334.

114- البطاينة عامر فتحي ، المرجع السابق ، ص 103.

الطرف الآخر أو باقي المحكمين في حال تعددهم. فمثل هذا الإخفاء يثير الشبهات حتى حول العلاقات البريئة و يعطي فرصة للاعتراض على تعيين المحكم و يثير الشك في ذمته و من ثم عدالته كما يتيح إبطال الحكم التحكيمي.⁽¹¹⁵⁾

ثانيا : أسباب رد المحكمين

لم تحدد بعض التشريعات أسبابا للرد فاتحة المجال للأطراف في تحديد الأسباب التي تراها جديّة، من هذه التشريعات قانون تحكيم سلطنة عمان، قانون التحكيم المصري، كذلك الشأن بالنسبة لاتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري، و من التشريعات من سوت بين المحكم و القاضي فيما يخص أسباب الرد نجد القانون الليبي (المادة 749) ، القانون السوري (المادة 516)، القانون اللبناني (المادة 770) أما في القانون الجزائري، فقد حددت المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أسباب الرد، و التي تتمحور أساسا حول مبدأ سلطان إرادة الأطراف و توفر الشبهة المشروعة في استقلالية المحكم، تنص هذه المادة على أنه "يجوز رد المحكم في الحالات التالية:

- 1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.
 - 2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف،
 - 3- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته ، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط،
- لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه ، أو شارك في تعيينه ، إلا لسبب علم به بعد التعيين. تبلغ محكمة التحكيم و الطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد..."

115- اسماعيل ابراهيم الزيايدي : " المفهوم المختلف لحيدة المحكم عن الحيدة الواجبة في القاضي " مجلة التحكيم ، العدد الرابع أكتوبر، 2009 ، ص51.

نحاول فيما يلي تحديد هذه الأسباب التي نص عليها القانون الجزائري بشيء من التفصيل و هي ثلاث:

1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف

إن خبرة المحكم و كفاءته هي مبعث الثقة في نفسه أولا و في التحكيم ثانيا ، فهي التي تمنحه ثقة المحكمين فيه و بقدرته على تسوية النزاع و الرضا بحكمه و المبادرة إلى تنفيذه ، مما يشجع المتنازعين اللجوء إلى التحكيم.⁽¹¹⁶⁾ لذلك عادة ما يتفق الأطراف في اتفاقية التحكيم على صفة أو صفات يجب أن تتوفر في هيئة التحكيم ، كأن يكونوا حقوقيين مميزين، فكل حكم لا تتوفر فيه هذه الصفة يكون قابلا للرد.⁽¹¹⁷⁾ و أحيانا ما يعتمد مثلا في التحكيم الخاص بالزراعة أو الحبوب أو الكاكاو أو ما شابه نظام اللائحة التي لا يدرج عليها إلا محكمين لهم مواصفات و خبرة محددة بدقة.⁽¹¹⁸⁾

و هو ما تضمنته أحكام المادة 57 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى هذه المادة تحيل إلى المادة 14 من الاتفاقية ، الفقرة الأولى من هذه الأخيرة تحدد الصفات التي يتعين أن تتوفر في المحكم و هي تنص على أنه : " يجب أن يكون هؤلاء الأشخاص من المتمتعين بمركز أدبي رفيع و من المشهود لهم بتخصصهم و كفاءتهم في المجالات القانونية أو التجارية أو الصناعية أو المالية. و أن تتوافر لديهم ضمانات الحيدة و الاستقلال في مباشرة وظائفهم مع ملاحظة أن التخصيص القانوني بالنسبة للأشخاص المعنيين لقائمة التحكيم يعتبر شرطا جوهريا"⁽¹¹⁹⁾ ، و قد تضمنت الفقرة 2 من المادة 12 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 هذا السبب حيث نصت على أنه : " لا يجوز رد محكم إلا

116- الصانوري مهند احمد، المرجع السابق ، ص 76.

117- TERKI (Nour eddine) : op, cit. p 87

118- الأحديب عبد الحميد: " موسوعة التحكيم ، التحكيم الدولي"، الكتاب الثاني، ص 296 .

119- الجريدة الرسمية ، العدد 66 لسنة 1995 ، ص 27 .

إذا وجدت ظروف تثير شكوكا لها ما يبررها حول حيده أو استقلاله أو إذا لم يكن حائزا لمؤهلات اتفق عليها الطرفان..." ، هذا النص اعتمدته بعض التشريعات الوطنية بحيث نصت عليه مثلا المادة 2/57 من القانون التونسي كما نصت عليه المادة 180 من قانون التحكيم السويسري .

عندما يتفق إذا الطرفان على صفة معينة في المحكم يتعين توافرها فيه و إلا فتح ذلك المجال أمام الأطراف لطلب رده، ذلك هو الشأن أيضا عندما يكون سبب الرد منصوص عليه في نظام التحكيم المعتمد.

2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف

في حالة التحكيم الخاص وإذا اختار الأطراف في اتفاقية التحكيم الإشارة إلى نظام تحكيم مؤسسي معين لتسوية النزاعات التي قد تطرأ أو طرأت بينهم ، ففي هذه الحالة يتم التحكيم وفقا للقواعد التي تتبعها المؤسسة التحكيمية، و هذه القواعد هي التي تحدد أسباب رد المحكمين و إجراءاته. فإذا ما نص نظام المركز المختار على سبب للرد ، فإنه يمكن للأطراف طلب رد المحكمين كلما توفر سبب الرد.

3- عند توفر شبهة مشروعة في استقلالية المحكم

تنص المادة 1016 في فقرتها الثالثة على: " يجوز رد المحكم في الحالات التالية:....

- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته ، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط..."

نلاحظ في البداية أن المشرع الجزائري على غرار ما فعله المشرع السويسري و مسائرا في ذلك أحكام نظام الغرفة الدولية للتجارة، اختار اعتماد عبارة "استقلالية" Independence مفضلا إياها عن عبارة " الحيادة Impartialité" أو استعمال العبارتين معا على خلاف نظام القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي* (120)

و مهما كانت طريقة تعيينه ، فإن المحكم ليس محام أحد الطرفين ، فإنه يقع عليه التزام بالفصل بكل استقلالية و هي أحسن ضمان لحياده. و القاعدة تنطبق على المحكمين المعينين من الأطراف و كذا ، أكثر من ذلك على المحكم الوحيد أو رئيس الهيئة التحكيمية المعين من قبل طرف محايد.⁽¹²¹⁾

هناك من التشريعات اعتمدت عبارتي الاستقلالية و الحيادة في آن واحد و هو ما فعله مثلا المشرع المصري في الفقرة الأولى من المادة 18 من قانون التحكيم لسنة 1994 و التي تنص: " لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حيده أو استقلاله." و كذا المادة 1690 من القانون البلجيكي⁽¹²²⁾ و الاستقلال و الحيادة ، أمران مختلفان، فهما فكرتان متشابهتان في غايتهما و لكنهما لا يختلطان في مضمونهما .

فإذا كان استقلال المحكم يقوم في الغالب على مظاهر خارجية ، مثل عدم ارتباطه بالخصوم بأي طريقة تؤثر في استقلاله ، و من ثم كان من السهل إثبات و تقرير وجود الاستقلال لدى المحكم أو عدم وجوده بالرجوع إلى هذه المظاهر. و مع ذلك فإن عدم استقلال المحكم ، و رغم الكشف عنه أو إثباته ، قد يتم للأطراف التغاضي عنه أو إقراره و لو ضمينا. أما خروج المحكم عن الحياد أو النزاهة ، و على الرغم من جوهريته في

121- GAILLARD (Emmanuel) et LALIVE (Pierre); op , cit ,p 934

« Quelles que soient les modalités de sa désignation, l'arbitre n'est pas l'avocat de l'une ou de l'autre des parties. il a l'obligation de statuer en toute indépendance, ce qui est la meilleure garantie de son impartialité.

La règle s'applique aux arbitres désignés par les parties ainsi, peut être a fortiori, qu'à l'arbitre unique ou au président du tribunal arbitral désigné par un tiers neutre ».

122- تنص هذه المادة

"Les arbitres peuvent être récusés s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur leur impartialité ou leur indépendance"

العملية التحكيمية ، فليس له في الغالب مظاهر خارجية ، لأنه في الأساس أمر نفسي ذهني له طابع ذاتي. لذلك لا يظهر ، إلا في حالات استثنائية صارخة.*⁽¹²³⁾

و يتأسس مبدأ الحياد هذا على قاعدة أصولية دينية حضارية قوامها وجوب اطمئنان الخصوم إلى من يفصل فيما شجر بينهم سواء كان قاضيا أم محكما و أن حكمه (القاضي أو المحكم) لا يصدر إلا عن حق دون تحيز أو هوى.*⁽¹²⁴⁾

و إذا كان الشائع ، خاصة في التحكيم الحر ، أن يسعى كل طرف من أطراف التحكيم لاختيار المحكم الذي يعرفه شخصيا ، أو يعلم بخبرته ، أو كفاءته ، أو بتوافر صفات معينة في شخصه تكون هي التي تبعث في نفس الخصم الطمأنينة و الثقة فيه، و لذلك يقع الاختيار عليه، فهل يستلزم توفر عنصر الحيادة و الاستقلال في جميع المحكمين أم أنه مطلوب فقط في المحكم الفرد أم المحكم المرجح؟ باعتبار أنه من العسير أن يطلب من المحكمين المختارين من الطرفين أن يكونا محايدين لأن المحكم المختار يشعر و هو يجلس في هيئة التحكيم أنه مأجور للدفاع عن مصلحة الخصم الذي اختاره و الذي سيدفع له أتعابه.*⁽¹²⁵⁾

هناك موقفان في هذا الموضوع:

الأول: و قد ظهر في الولايات المتحدة في التحكيم الداخلي، يفرق بين المحكم المعين من طرف و الذي لا يكون حياديا و المحكم الحيادي الذي يشترط فيه الحياد و الاستقلال كما يشترط في القاضي. و هذا ما ورد في نظام هيئة التحكيم الأمريكية حيث المحكمين الذين يختارهم أطراف النزاع ليس مفترضا فيهم الحياد و ليسوا

123- إسماعيل إبراهيم الزيايدي ، المرجع السابق، ص 43.

124- إسماعيل إبراهيم الزيايدي، المرجع السابق، ص 42.

125- البطاينة عامر فتحي ، المرجع السابق، ص 104.

ملزمين بتقديم تصريح عن حيادهم و لا هم معرضين للعزل. و كذلك تسير في هذا الاتجاه القواعد التي وضعتها نقابة المحامين الأمريكيين من الهيئة الأمريكية للتحكيم.⁽¹²⁶⁾

هذا اتجاه لم يبق مستمرا طويلا ، فاتحاد نقابات المحامين في القواعد التي وضعتها للتحكيم سنة 1987 نص على أن المحكمين الدوليين يجب أن يتوفر فيهم الحياد و الاستقلال و يبقون بعيدين عن مساندة أي طرف.

الثاني : (الاتجاه الفقهي الأوروبي) و هو الاتجاه الغالب، يتمسك ليس بالحد الأقصى لحياد و استقلال المحكم المعين من طرف لأن كل تسوية في هذا الموضوع سيئة لسمعة التحكيم إذ لا يمكن المساومة على وظيفة القاضي التي يمارسها المحكم و إن كان معينا من طرف في النزاع. و في هذا الاتجاه ذهب أكثر القوانين العصرية و كذا أنظمة مراكز التحكيم الدولية.⁽¹²⁷⁾

و قد حددت الفقرة 3 من المادة 1016 على سبيل المثال لا الحصر لبعض ظروف الشبهة المشروعة في استقلالية المحكم ، و هي وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

فمعنى استقلال المحكم ، بوجه عام ، هو ألا تكون له مصلحة في النزاع ، بحيث لا تربطه علاقة بأحد الأطراف تؤثر بشكل أو آخر على قراره ، فيتنافى مع استقلال المحكم أن تربطه علاقة تبعية بطرف من أطراف التحكيم ، أو أن تكون له مصالح مادية معهم ، أو حتى ارتباطات مالية بأحد أطراف التحكيم ، أو أن يكون خاضعا لتأثير أو توجيه أي منهم ، أو واقعا تحت ضغط أو وعيد من قبلهم.⁽¹²⁸⁾ فلا يجوز للدائن أو الكفيل مثلا أن يكون محكما في الخصومة بين المدين و الغير ، لأن للدائن أو للكفيل مصلحة دائما في تأييد

127- الأحذب عبد الحميد " موسوعة التحكيم "، الكتاب الثاني ، ص 332.

127- الأحذب عبد الحميد ، موسوعة التحكيم، الكتاب الثاني ، ص 333.

128- إسماعيل إبراهيم الزيايدي ، المرجع السابق ، ص 49.

مركز المدين و لا يجوز للمساهم في شركة مساهمة أن يكون حكما في نزاع بينها و الغير لما له من مصلحة حسب نتيجة الحكم و غير ذلك من الصور.^{(129)*}

عرضنا الأسباب الثلاث الواردة في نص المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي تسمح بطلب رد المحكم، غير أن توفر سبب من هذه الأسباب قد يكون غير كاف في بعض الأحيان ، بحيث لا يسمح لطرف رد المحكم الذي ساهم في تعيينه إلا إذا كان لم يكن على علم بسبب الرد إلا بعد تعيينه. هذا يعني بمفهوم المخالفة أنه لا يمكنه مخاصمة هذا المحكم عندما يكون على علم بسبب الرد قبل التعيين. و لأن سوء النية تكون فيه ثابتة، يمنع هذا الطرف من استعمال هذا السبب للمطالبة بإنهاء مهام المحكم^{(130)*}، و هذا ما نصت عليه المادة 1016 فقرة 4 منها حيث جاء فيها: "...

لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه ، أو شارك في تعيينه ، إلا لسبب علم به بعد التعيين. تبلغ محكمة التحكيم و الطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد..."

أما إذا كان المحكم قد صرح عن هذه الأسباب و قبل الطرف الآخر به فلا يستطيع هذا الطرف أن يطلب رده فيما بعد، و ذلك لأن المحكم صرح بهذه الأسباب مسبقا.

و لعدم تعلق هذه الأسباب بالنظام العام طالما كان المحكم قد أدى الالتزام القانوني الذي عليه بالتصريح ، هذا من جهة ، و من جهة أخرى فإن التحكيم نظام يقوم أساسا على الاتفاق ، فإذا اتفق الطرفان على ذلك

129- الزيد ناصر ، المرجع السابق ، ص142.

130 -TERKI (Nour eddine) : op, cit p.87

"L'existence de lune de ces conditions peut quelquefois s'avérer insuffisante .c'est en particulier ainsi qu'une partie n'est autorisée à récuser l'arbitre qu'elle a contribué à designer que si la cause de récusation n'a été portée à sa connaissance qu'après cette nomination. Ce qui signifie a contrario qu'elle n'a pas la possibilité de contester cet arbitre lorsque, avant sa désignation , elle connaissait le motif de récusation. C'est sans doute parce que sa mauvaise foi serait de la sorte établie , que cette partie se verrait interdire d'invoquer un tel motif pour mettre fin aux fonctions de cet arbitre".

و ارتضياه منذ البداية فلا يصح أن يعود احدهما بعد ذلك عن موافقته بهدف تعطيل الإجراءات أو المماطلة، هذا ما ذهب إليه اجتهاد محكمة استئناف القاهرة بتاريخ 2009/2/3.⁽¹³¹⁾

و على العكس من ذلك فإذا كان أحد الطرفين قريباً من المحكم أو صهراً له إلى الدرجة الرابعة أو كان يعمل عند المحكم و لم يقيم المحكم أو الطرف الآخر بالإفصاح عن ذلك ، فإن الطرف الآخر يستطيع أن يطلب رد المحكم في أي وقت و يستطيع الطعن بالبطلان على الحكم الصادر في ذلك فيما بعد.⁽¹³²⁾ أما إذا كان الطرف طالب الرد لم يقيم بتعيينه أو لم يشارك في تعيين المحكم المطلوب رده، بأن كان التعيين قد قام به شخص من الغير، أو مركز تحكيم أو محكمة قضائية ، فإنه يستطيع تقديم طلب الرد أياً كان الوقت الذي يتبين فيه سبب الرد، أي سواء كان قبل أو بعد تعيين المحكم.⁽¹³³⁾

131- محكمة استئناف القاهرة – الدائرة السابعة التجارية- الدعويين رقم 65 لسنة 124 قضائية و رقم 71 لسنة 125 قضائية – تاريخ 2009/2/3 منشور في مجلة التحكيم ، العدد الثالث ، جويلية 2009 ص 601

" رغم أن المحكم ليس قاضياً و لكن يشترط فيه ، شانه في ذلك شأن القاضي ، أن يكون محايداً ، الأمر الذي يعني عدم التحيز لأي من الخصوم أو التعاطف مع وجهة نظرهم و هو مبدأ يتأسس على قاعدة دينية حضارية قوامها وجوب اطمئنان الخصوم إلى من يفصل فيما شجر بينهم من نزاع – معنى الحيادة يختلف في التحكيم عنه في القضاء – كثيراً ما يكون أساس التحكيم و الغرض الرئيسي منه رغبة الطرفين في وضع النزاع في يد شخص أمين حريص على العلاقات القائمة بينهما كصديق حميم للطرفين ، فالصلة إذاً بين المحكم و الخصوم لا تؤثر في صحة تعيينه طالما كانت معلومة للخصوم عند الاختيار الأمر المسموح به في التحكيم و لا يمكن قبوله بالنسبة إلى القاضي .

بما أن الطاعن وافق على تعيين المحكم الثالث المرجح الذي قبل مهمته مع إفصاحه انه زوج للمحكمة X المختارة من قبل الطاعن و لم يعترض هذا الأخير على ذلك و إنما ارتضى السير بالتحكيم فليس له أن يتعلل بعد ذلك بعدم الحيادة "

132- البطاينة عامر فتحي ، المرجع السابق ، ص 106.

133- سلامة احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 415.

الفرع الثالث : إجراءات رد المحكم

على خلاف التشريعات العربية لاسيما التي اعتمدت القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، لم يحدد المشرع الجزائري في المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بوضوح إجراءات رد المحكمين مكثفيا بالقول أنه "... في حالة النزاع ، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كفاءات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بناء على طلب من يهمله التعجيل.

هذا الأمر غير قابل لأي طعن."

و للوقوف على إجراءات رد المحكم ، يتعين التطرق إلى طلب الرد (أولا) ثم المحكمة المختصة للنظر في الطلب (ثانيا) لنختتم بالآثار المترتبة على قرار القاضي (ثالثا)

أولا: طلب الرد

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 محكم أن يقدم طلبه كتابة إلى المحكم الذي يعتزم رده على أن يقوم بتبليغ محكمة التحكيم و الطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد طبقا لنص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

إذا تم قبول طلب الرد الذي تقدم به أحد الأطراف سواء من الطرف الآخر أو المحكم بذاته ، فلا إشكال في ذلك ، و إلا أحيل النزاع سواء من طرف مقدم الطلب أو من هيئة التحكيم إلى رئيس المحكمة المختصة الذي يصدر أمره في ذلك.

لا يقبل طلب الرد ممن سبق طلب رد المحكم نفسه في ذات التحكيم و للسبب ذاته، فواضح من هذا الشرط أن المشرع يقف حائلا ضد أي محاولة للنيل من استمرار إجراءات التحكيم ، أو أي هدف للمماطلة ، فلا يقبل أن يقوم من قام بطلب الرد أمام المحكمة بتقديم طلب رد المحكم نفسه في ذات التحكيم و للسبب ذاته ، أما إذا كان طالب الرد يستند إلى سبب آخر فلا ضير في ذلك.*⁽¹³⁴⁾

يلزم لتطبيق هذا الشرط إذا شروطا ثلاثة:

-**الشرط الأول :** وحدة طالب الرد، أي ان يكون طلب الرد للمرة الثانية مقدم من ذات الطرف الذي قدمه

في المرة الأولى . فان قدم طلب رد ذات المحكم من الخصم الآخر ، فلن يتوفر القيد الذي نحن بصددده

-**الشرط الثاني :** وحدة المحكم المطلوب رده في المرتين، فالطرف الذي تقدم بطلب رد محكم لا يحرم من تقديم

طلب رد محكم آخر في ذات هيئة التحكيم ، ان توفر بجانبه أحد موجبات الرد.

-**الشرط الثالث:** وحدة النزاع في المرتين، فإن كان أحد الأطراف قد سبق و أن رد ذات المحكم في نزاع آخر

فلا يحرم من تقديم طلب برده في النزاع المعروض.*⁽¹³⁵⁾

و قد كرسته المادة 13 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي التي تنص :

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 يعتزم رد محكم أن يرسل خلال 15 يوما من

تاريخ علمه بتشكيل هيئة التحكيم أو من تاريخ علمه بأي ظرف من الظروف المشار إليها في المادة 12

فقرة 2 بيانا مكتوبا بالأسباب التي يستند إليها طلب رد هيئة التحكيم ، فإذا لم يتنح المحكم المطلوب رده أو لم

يوافق الطرف الآخر على طلب الرد ، فعلى هيئة التحكيم أن تبت في طلب الرد.

134- البطاينة عامر فتحي، المرجع السابق، ص 113.

135- سلامة احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 418.

3- و إذا 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، و قرارها في ذلك يكون غير قابل لأي طعن، و ريثما يتم الفصل في هذا الطلب يجوز لهيئة التحكيم بما في ذلك المحكم المطلوب رده، أن تواصل إجراءات التحكيم ، و أن تصدر قرار التحكيم. هذا النص اعتمده المشرع التونسي في الفصل 58 من قانون التحكيم و اعتمدته المادة 19 من القانون العماني و المادة 1452 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد.⁽¹³⁶⁾

ثانيا : المحكمة المختصة

يتميز قانون التحكيم الجزائري بليبيرالية واسعة، إذ لا يسمح بتدخل القاضي الوطني في إجراءات التحكيم إلا استثنائيا و بغرض مد يد المساعدة للمحكمة التحكيمية لتفادي شل إجراءات التحكيم، فهو لا يتدخل إلا في حالة الضرورة و هو المبدأ الذي كرسته المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في مجال إجراءات الرد على غرار معظم تشريعات الدول العربية ، فهي تفرض أن يقدم طلب الرد في بادئ الأمر إلى المحكمة التحكيمية، و لا يحال الطلب إلى القاضي الوطني إلا بعد قرار المحكمة التحكيمية. و هو الحل الذي كرسته أيضا الفقرة 3 من المادة 13 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي التي تنص : " و إذا 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

136- تنص هذه المادة:

« L'arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties .
En ce cas, il ne peut accepter sa mission qu'avec l'accord de ces parties »

و قرارها في ذلك يكون غير قابل لأي طعن، و ريثما يتم الفصل في هذا الطلب يجوز لهيئة التحكيم بما في ذلك المحكم المطلوب رده، أن تواصل إجراءات التحكيم، و أن تصدر قرار التحكيم.

بعد أن حددت المادة 1016 أعلاه أسباب رد المحكم، أكدت أنه "... في حالة النزاع، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كفاءات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بناء على طلب من يهمله التعجيل.

هذا الأمر غير قابل لأي طعن."

و المحكمة المختصة بالفصل في الطلب محددة بنص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على أنه: "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم.

في غياب التعيين، و في 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 و اختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر."

فإذا لم يتضمن نظام التحكيم المتفق عليه إجراءات رد المحكمين أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يتعين على الطرف الذي يهمله التعجيل أن يقدم طلبه:

- إذا كان التحكيم يجري في الجزائر: إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إن كان ذلك محددًا في اتفاقية التحكيم، أما في حالة عدم تحديد مكان التحكيم في الاتفاقية، فإن الاختصاص يؤول للمحكمة التي يقع في دائرتها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ، طبقا لنص المادة 1042.

- إذا كان التحكيم يجري في الخارج : إذا كان التحكيم يجري في الخارج و اختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر فإن طلب الرد يقدم إلى رئيس محكمة الجزائر.

يتعين أن يقدم طلب الرد كتابة إلى المحكمة المختصة، بعد أداء الرسم القضائي، يبين فيه طالب الرد الأسباب التي يستند عليها و يقع عليه عائق إثبات توفر سبب الرد و ذلك عملا بقاعدة البيئة على المدعي لكن المشرع لم يحدد مدة لتقديم طلب الرد، فيمكن لأي طرف من أطراف النزاع أن يطلب رد أو عزل المحكم منذ تعيينه و لحين إصدار حكم التحكيم أما بعد إقفال باب المرافعة أو صدور الحكم فلا يجوز طلب الرد⁽¹³⁷⁾ لأنه إذا صدر حكم التحكيم لا يكون الأمر حينئذ متعلقا بالمحكم أو برده ، إنما ينصرف إلى حكم التحكيم ذاته ، فيمكن للخصم الذي يحتج عليه بالحكم التمسك برفض طلب التنفيذ استنادا إلى أن هيئة التحكيم كان معييا لعدم صلاحية احد الأعضاء الذي اشترك في نظر النزاع و إصدار الحكم و بالتالي وقع إخلال في احد ضمانات التقاضي الجوهرية المتعلقة بجيدة المحكم و استقلاله.⁽¹³⁸⁾

و بصدد فصله في الطلب ، لا يخرج أمر رئيس المحكمة من احتمالين:

الاحتمال الأول : أن يقبل طلب الرد ، و يحكم برد المحكم ، و هنا يعتبر ما قد تم من إجراءات التحكيم ، بما في ذلك حكم التحكيم ، أن كان السير في إجراءات خصومة التحكيم لم يتوقف و انتهت الدعوى التحكيمية بصدور حكم فيها ، اعتبر كل ذلك كأن لم يكن.

الاحتمال الثاني: هو أن يرفض طلب الرد ، إذا تبين للمحكمة انه غير قائم على أساس ، و لم يقصد منه سوى المماطلة و تعطيل إجراءات التحكيم. و هنا تستعيد هيئة التحكيم ثقتها بأعضائها.⁽¹³⁹⁾

و لأمر رئيس المحكمة في الاحتمالين آثار:

137- فوزي محمد سامي ، المرجع السابق، ص 290.

138- البطاينة عامر فتحي، المرجع السابق، ص 113.

139- سلامة احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 428.

في الاحتمال الأولي: في حالة قبول طلب الرد

إذا حكم برد المحكم اعتبرت جميع الإجراءات التي تمت بحضوره كأنها لم تكن ، و بالتالي يتم استبدال المحكم وفق طريقة تعيينه ، حيث تنص معظم التشريعات على أن الطرف الذي اقترح المحكم هو الذي يعين حكما بديلا.

في الاحتمال الثاني: في حالة عدم قبول طلب الرد

إذا لم يحكم برد المحكم اعتبرت الإجراءات التي تمت صحيحة ، و هذا بالطبع يؤدي إلى سرعة الفصل في النزاع و التي تعتبر إحدى مميزات التحكيم التجاري الدولي⁽¹⁴⁰⁾

نذكر في الأخير بما انتهت إليه المادة 1016 بنصها أن: " هذا الأمر غير قابل لأي طعن." فالأمر الذي يصدره رئيس المحكمة في كلتا الحالتين ، بقبول طلب الرد أو برفضه، يكون غير قابل لأي طعن.

إن القاضي الوطني ، على ضوء ما تم عرضه ، يتدخل ليقدم يد المساعدة للنهوض بالتحكيم في مرحلة انعقاد هيئة التحكيم سواء برده للدعوى عندما يلاحظ وجود اتفاقية تحكيمية ، أو مساعدته للأطراف في تعيين المحكمين في حالة الصعوبة و أخيرا عندما يقدم إليه طلب برد المحكم ، و تبين خلال هذه المرحلة أن تدخله يكون تدخلا استثنائيا لتفادي شل إجراءات التحكيم ، فكيف يكون الوضع في مرحلة سير الخصومة التحكيمية ؟

المبحث الثاني : دور القاضي الوطني خلال سير الخصومة التحكيمية الدولية

يلعب القاضي الوطني دورا هاما خلال سير الخصومة التحكيمية ، حيث يمكن أن يتدخل في اتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية ، في تقديم الأدلة ، المسائل الأولية و مسائل أخرى ، يتم تحديد ذلك من خلال:

- تدخل القاضي الوطني في اتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية (المطلب الأول) و
- تدخل القاضي الوطني في مجال تقديم الأدلة (المطلب الثاني) و
- تدخل القاضي الوطني في مجال المسائل الأولية (المطلب الثالث) و
- تدخل القاضي الوطني في مسائل أخرى (المطلب الرابع).

المطلب الأول : تدخل القاضي الوطني في اتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية

قد تقتضي طبيعة و ظروف النزاع المطروح على هيئة التحكيم ضرورة اتخاذ بعض الإجراءات الوقتية أو التحفظية سواء ذلك قبل انعقاد هيئة التحكيم أو أثناء سير خصومة التحكيم ، ومثال هذه الإجراءات سماع شهادة شاهد على وشك الموت أو الرحيل ، أو إجراء معاينة لإثبات حالة العين موضوع النزاع أو تعيين حارس على موجودات الشركة محل النزاع بين الشركاء.*⁽¹⁴¹⁾

يتعين أن نبين مفهوم الإجراءات الوقتية و التحفظية (الفرع الأول) و نبين بعدها إجراءات تدخل القاضي الوطني فيها (الفرع الثاني).

الفرع الأول : مفهوم التدابير المؤقتة و التحفظية

التدابير المؤقتة هي عبارة عن حماية بديلة تحل مؤقتا محل الحماية القضائية و التنفيذية العادية. و مثالها النفقة الوقتية التي يحكم بها مؤقتا إلى أن يصدر حكم في الموضوع في النفقة . و التعويض المؤقت الذي يحكم به حتى يتم الفصل في دعوى المسؤولية و تحديد التعويض بصفة نهائية أو صدور حكم مستعجل بوقف طرد مستأجر أو تسليم عين بصفة مؤقتة أو وقف تنفيذ حكم بصفة مؤقتة ، أو صدور حكم بغرامة تهديدية وقتية. أما التدابير التحفظية فهي التي تهدف إلى المحافظة على الحق لضمانه في المستقبل ، فهي وسائل تكفل وجود الحق عندما يصدر حكم في الموضوع ، و مثالها الحجز التحفظي الذي يهدف إلى المحافظة على أموال المدين و يتيح للدائن بعد الحصول على حكم بثبوت الحق و صحة الحجز باستيفاء حقه اختياراً أو جبراً⁽¹⁴²⁾

و تظهر أهمية التدابير الوقتية و الإجراءات التحفظية بالنسبة للمنازعات التحكيمية بشكل أكبر حيث الحاجة إليها أشد خاصة مع وجود مبررات تتطلبها و التي يمكن بيان بعضها فيما يلي:

- الحاجة إلى السرعة في بعض القضايا و التي تتطلب إجراء فوري و سريع، و لتفادي البطء الذي قد يلزم

إجراءات التحكيم إلى أن يتم الفصل في موضوع النزاع

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

- يؤدي اتخاذ هذه الإجراءات بمعرفة هيئات التحكيم إلى الاقتصاد في الوقت و النفقات فضلا عن تخفيف العبء عن القضاء.⁽¹⁴³⁾

142- الصانوري مهند احمد، المرجع السابق ، ص 103.

143- نفس المرجع، ص 103.

لقد كانت التشريعات مترددة و كانت ترمي جلها إلى اعتبار أن اتخاذ التدابير الوقتية و التحفظية تدخل في الاختصاص الحصري للقاضي الوطني و بالضبط قاضي مكان تنفيذ الإجراء بحجة أن هذه المسائل من النظام العام. و قد ظهرت ثلاث اتجاهات حول المسألة نستعرضها فيما يلي:

الاتجاه الأول : الاختصاص الإقصائي لقضاء الدولة: ذهب جانب من الفقه للقول بأن الأثر السالب للاتفاق على التحكيم لا يشمل إلا الاختصاص بنظر أصل النزاع ، و لا يشمل غير ذلك من الإجراءات العارضة أو التبعية و منها الوسائل الوقتية و التحفظية و التنفيذية.

يعلل أصحاب هذا الرأي مذهبهم بأسانيد قوامها:

- الأساس الاتفاقي العقدي للتحكيم الذي له أثر سلبي ، و لا ينال من المسائل التي لها اتصال بالنظام العام مثل الإجراءات الوقتية و التحفظية.

- إن هذا الأساس يجعل المحكم فاقدا لسلطان القضاء كما يفقد قراره قوة النفاذ الجبري التي يتلبس بها القاضي العمومي ، حتى و إن أعطي صلاحية اتخاذ تلك الوسائل.

- إن الحاجة لاتخاذ مثل هذه الوسائل يمكن أن تظهر قبل تكوين هيئة التحكيم و قبل انعقاد ولايتها على النزاع ، كما أن الطابع غير الدائم لالتزام هيئة التحكيم يعدم الجدوى من اللجوء إليها أو على الأقل يضعفها حتى بعد تكوين محكمة التحكيم و أثناء إجراءات التحكيم،⁽¹⁴⁴⁾ و هناك عائق آخر يصعب من اختصاص المحكم في هذه المسائل و هو الالتزام الواقع على عاتق المحكم بالفصل بشكل وجاهي.⁽¹⁴⁵⁾

144- السالمي الحسين ، المرجع السابق، ص 510 و بعدها.

145- OUAKRAT(Philippe): l'arbitrage commercial international et les mesures provisoires DPCI, 1988, tome 14, No 2, P245.

الاتجاه الثاني : انعقاد الاختصاص للقضاء التحكيمي

يستند هذا الاتجاه إلى حرية الإرادة التحكيمية للأطراف ، فيجري المفعول السالب لاتفاقية التحكيم على المسائل الوقتية و التحفظية ، و يجعله اختصاصا إقصائيا إذا نص الأطراف صراحة في اتفاقية التحكيم على استبعاد اختصاص هذا الأخير حتى إذا كان هناك إقصاء ضمني بموجب الإحالة على نظام تحكيم مؤسسي يكفل النهوض بهذه المهمة

و أما افتقار المحكم لسلطة الجبر ، فانه يمكن تجاوزه بان تأخذ المحكمة التحكيمية بعين الاعتبار موقف الطرف المتصدي للإجراء الوقتي أو التحفظي الذي أذنت به عند إصدارها الحكم النهائي في الأصل . كما أنها يمكن أن تتخذ صلب هذا الحكم وسائل بديلة تحقق لقضائها النفاذ الجبري مثل الغرامة التهديدية.⁽¹⁴⁶⁾

الاتجاه الثالث : الاختصاص المشترك باتخاذ الوسائل الوقتية و التحفظية

يرى هذا الفريق أن العلاقة بين القضاءين هي علاقة اشتراك لا إقصاء ، فالتشريعات الحديثة متأثرة بالقانون النموذجي للتحكيم لسنة 1985 الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي و الذي أقر اختصاص المحكم باتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية ، اتخذت موقفا مغايرا يقر الاختصاص المشترك للجهتين مثل القانون السويسري و القانون الهولندي.⁽¹⁴⁷⁾

و هكذا تلتقي أغلب التشريعات و النظم على الأخذ بهذا النظام التشاركي ، بل إن بعض القوانين الوطنية ذهبت إلى أبعد من ذلك حين حولت للمحكمين أنفسهم سلطة مخاطبة الجهات القضائية الوطنية و الاستنجد بها من أجل ضمان فاعلية ما يصدر عنهم من قرارات وقتية أو تحفظية أو غيرها ، و هو وضع

146- السالمي الحسين ، المرجع السابق ، ص 511 .

147- نفس المرجع، ص 513.

القانون السويسري ، المصري و التونسي.*⁽¹⁴⁸⁾

و هو الاتجاه الذي اعتمدته المشرع الجزائري في المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص 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 يتم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص و يطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.

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

يتضح جليا من هذا النص أن الاختصاص في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية ليس اختصاصا إقصائيا فلا يمنع أحد الطرفين من اللجوء إلى القاضي الوطني إذا رأى ذلك مناسبا.*⁽¹⁴⁹⁾

و لا يعتبر الطلب الذي يقدمه هذا الطرف إلى السلطة القضائية باتخاذ مثل هذه التدابير المؤقتة مناقضا لاتفاق التحكيم و لا نزولا عنه ، لأن هذا لا يمس أصل الحق الذي يبقى قائما لهيئة التحكيم و لأن استبعاد قضاء الدولة في النزاع لوجود اتفاق التحكيم ينصب على القضاء الموضوعي دون القضاء الوقي.*⁽¹⁵⁰⁾

الفرع الثاني: إجراءات تدخل القاضي الوطني

يتضح جليا من نص المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن المشرع الجزائري منح اختصاصا أصليا أو أساسيا للمحكم في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية من شأنها حماية حقوق الطرفين

148- نفس المرجع ، ص 514.

149 -GAILLARD (Emmanuel) et LALIVE (Pierre); op , cit .p 939.

150- البطاينة عامر فتحي ،المرجع السابق ، ص 119 .

و يؤكد الاتجاه العام الرامي إلى تدعيم سلطة المحكم في إطار احترام اتفاق الأطراف. لكن يبقى أن هيئة التحكيم لا تملك سلطة الإجبار (*imperium*) التي تتمتع بها الجهات القضائية الوطنية وحدها ، بالتالي فإن فعالية التدابير التي تتخذها هيئة التحكيم تتوقف على إرادة الأطراف في التعاون، و كنتيجة لذلك ، عند رفض أحد الأطراف الخضوع إراديا للتدابير الوقائية أو التحفظية التي تأمر بها هيئة التحكيم ، فلا حل أمام محكمة التحكيم إلا طلب مساعدة القاضي المختص. فكما يرى البعض ، فإن سلطة المحكمين في منح التدابير التحفظية إمكانية نظرية ، تجسيدها الفعلي مرتبط بالإرادة المعبر عنها حول هذه المسألة من قبل الأطراف سواء مباشرة أو باعتماد نظام تحكيمي أو القانون المطبق على التحكيم في غياب أية إشارة إلى ذلك . كما أنها إمكانية محدودة ، من جهة لأن الحاجة إلى هذا التدبير قد يطرأ قبل تشكيل هيئة التحكيم و من جهة أخرى لا يمكن للمحكم أن يضمن تنفيذا جبريا للتدبير.⁽¹⁵¹⁾

نبين فيما يلي شروط تدخل القاضي الوطني (أولا) لعرض فيما بعد المحكمة المختصة (ثانيا) و إجراءات تدخل القاضي الوطني في هذا المجال (ثالثا).

151- ROZAS (José Carlos Fernandez) ; "Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international" p165

« Le pouvoir des arbitres d'accorder des mesures provisoires est une possibilité théorique, dont la matérialisation pratique dépend de la volonté exprimée sur ce point par les parties, soit directement, soit en se remettant à un règlement arbitral ou bien à la loi qui serait applicable à l'arbitrage en absence de toute indication. Il s'agit, en outre, d'une possibilité limitée, d'une part, car le besoin de la mesure peut surgir quand le tribunal n'est pas encore constitué, et, d'autre part, l'arbitre ne peut en tout cas pas conduire l'exécution contraignante d'une mesure »

أولاً: شروط تدخل القاضي الوطني

إن تدخل السلطة القضائية يأتي تلبية للاهتمام بحسن سير التحكيم، و تدخلها يقف عند حدود مساعدة المحكمين و لا يمكن أن يتجاوزها إلى أمور تتصل بحسم النزاع الذي هو مهمة المحكمين.⁽¹⁵²⁾ فهذا التدخل لا يعني بأي حال من الأحوال التنازل عن اتفاق التحكيم و ثبوت الاختصاص لهيئة التحكيم بالفصل في أصل الحق أو موضوع النزاع.⁽¹⁵³⁾

إن تدخل القاضي الوطني في اتخاذ التدابير الوقائية و التحفظية إجراء استثنائي، لا يتم إلا إذا توفر شرطان هما: عنصر الاستعجال (1) و عدم المساس بأصل الحق (2)

1- عنصر الاستعجال: يتدخل القاضي الوطني في اتخاذ التدابير الوقائية و التحفظية عند توفر عنصر الاستعجال الذي يكون في حالتين فقط :

- في الحالة التي لا تكون فيها محكمة التحكيم مشكلة : قد يحدث عملياً أن يثار النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم قبل أن يلجأ أطرافه إلى اتخاذ الإجراءات ، و قد يتطلب الأمر التجاء أطراف النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم إلى القضاء المستعجل لإثبات حالة الشيء محل النزاع ، أو فرض حراسة قضائية عليه ، تلافياً لأضرار محدقة به و عندئذ يكون القضاء المستعجل مختصاً باتخاذ الإجراءات الوقائية و التحفظية و التي يلزم اتخاذها على وجه السرعة طالما أنها لا تمس أصل الحق موضوع الاتفاق على التحكيم و لا يؤثر على قضاء المحاكم فيه.⁽¹⁵⁴⁾

152 - الأحمد عبد الحميد ، " موسوعة التحكيم ، التحكيم الدولي "، الكتاب الثاني ، ص 259 .

153 - سلامة احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 546 .

154 - البطاينة عامر فتحي ، المرجع السابق، ص 119.

- في الحالة التي تكون فيها هيئة التحكيم مشكلة غير أنها لا تستطيع اتخاذ التدابير اللازمة: إذا كان القضاء الوطني يملك حق إصدار تدابير مؤقتة أو تحفظية طالما أن هيئة التحكيم لم تكن قد بدأت بعد في نظر النزاع فالأمر يكون معقدا إذا كانت هيئة التحكيم قد بدأت فعلا في نظره، في هذه الحالة فالمبرر الوحيد للتدخل القضاء هو الاستعجال، و عدم قدرة هيئة التحكيم على التدخل بالسرعة الكافية لحفظ حقوق الخصوم،⁽¹⁵⁵⁾ و هكذا فإن اختصاص القاضي الوطني يفهم كتصحيح ل"عاهات" التحكيم و لا يمكن أن يفرض بصفة عامة و إلا اصطدم بالمبدأ العام القاضي بتتحي القاضي الوطني بوجود اتفاقية تحكيم.⁽¹⁵⁶⁾

2- عدم المساس بأصل الحق: يتعين على القاضي و هو يتخذ تدبيرا من التدابير ألا ينظر في موضوع النزاع و كلما تطلب اتخاذ تدبير النظر في موضوع النزاع يتعين أن يحكم القاضي بعدم اختصاصه، فالمحكم وحده في هذه الحالة يمكنه اتخاذ هذا التدبير .

155- مشيمش جعفر، المرجع السابق، ص 157.

156- LOQUIN (Eric)

Note sous l'arrêt de la cour d'appel de Paris , quatorzième chambre, section A, 20 janvier 1988 ,in journal du droit international N° 4 ,1989 .p1042

« La concurrence du juge étatique des référés et de la juridiction arbitrale n'est concevable que dans les seuls cas , constatés par le juge, où l'arbitrage ne permet pas d'assurer le respect de ce droit fondamental .*la compétence du juge étatique s'inscrit ainsi comme un correctif aux « infirmités » de l'arbitrage.* Elle ne peut s'imposer de manière générale à peine de heurter le principe général de dessaisissement du juge étatique en raison de la convention d'arbitrage ».

و في قرار صادر بتاريخ 23-3-1985 تحت رقم 34776 ، قررت المحكمة العليا الجزائرية أن وجود الشرط التحكيمي لا يمنع قاضي الأمور المستعجلة من اتخاذ تدبير تحفظي أو وقفي و بالأخص تعيين خبير لإجراء جرد حضوري بين الأطراف لإحصاء الخدمات المنجزة⁽¹⁵⁷⁾

ثانيا : المحكمة المختصة

لم يحدد المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المحكمة المختصة ، إلا أن تركيب نص المواد 1046 و 1048 و 1041 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يسمح لنا بالقول أن الاختصاص في الفصل في اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية يؤول إلى رئيس المحكمة على أنه يتعين التمييز بين الحالة التي يكون فيها التحكيم يجري في الجزائر و بين الحالة التي يكون فيها التحكيم يجري في الخارج، بحيث يتعين على محكمة التحكيم أو للطرف الذي يهمله التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلب تدخل:

- إذا كان التحكيم يجري في الجزائر : رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم ، إن كان ذلك محددًا في اتفاقية التحكيم ، أما في حالة عدم تحديد مكان التحكيم في الاتفاقية ، فإن الاختصاص يؤول للمحكمة التي يقع في دائرتها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ ، طبقا لنص المادة 1042 .

157- قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 34776 بتاريخ 23-03-1985 بين مؤسسة كروز لوار و شركة الشمال الإفريقي للأشغال

العمومية و البناء 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، و من المقرر كذلك أن الأوامر التي تصدر في المواد الاستعجالية لا تمس بأصل الحق و من ثم فإن القضاء برفض دعوى تعيين خبير لإجراء جرد حضوري بين الأطراف لإحصاء الخدمات المنجزة من اليد العاملة و مواد البناء المستهلكة زكذا العتاد المستعمل ، يعد إساءة في تطبيق القانون.

إذا كان الثابت - في قضية الحال- أن بند التحكيم ملزم للطرفين و يكون هذا التدبير ضمن موضوع اتفاق التحكيم و يضر بحقوق الطرفين ، فإن هؤلاء القضاء بفصلهم في الدعوى بعدم الاختصاص في تعيين خبير ، أساؤوا تطبيق القانون ، و متى كان كذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الشركة الطاعنة تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ".

منشور بالمجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ، العدد الرابع ، 1989.

- إذا كان التحكيم يجري في الخارج : إذا كان التحكيم يجري في الخارج و اختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، فإن طلب التدخل يقدم إلى رئيس محكمة الجزائر.

أما إذا تعلق الأمر بتثبيت حجز ، فإن القاضي المختص هو قاضي مكان توقيع الحجز دون سواه و هو ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا⁽¹⁵⁸⁾

ثالثا: إجراءات تدخل القاضي الوطني

يتعين أن يقدم طلب التدخل إلى رئيس المحكمة المختص كتابة بموجب عريضة بعد أداء الرسم القضائي و يفصل رئيس المحكمة في الطلب بموجب أمر على عريضة يصدر دون مواجهة بين الخصوم، و بما أنه لم يحدد القانون مدة للفصل في الطلب نرى أن يكون ذلك في مواعيد قصيرة تماشيا مع ما تقتضيه إجراءات التحكيم من سرعة.

و نظرا لكون طلب التدابير المؤقتة أو التحفظية عادة ما تتخذ بغرض المماطلة أو للتأثير على الخصم، فإنه لهيئة التحكيم أن تطلب ضمانا كافيا لتغطية نفقات هذه التدابير التي تأمر بها و يتحمل هذه النفقات الطرف الذي طالب باتخاذ هذه التدابير.⁽¹⁵⁹⁾

158- قرار المحكمة العليا- الغرفة التجارية و البحرية - رقم الملف 404566 رقم الفهرس 08/00008 بتاريخ 2008/1/16 حيث جاء فيه أن:

"القاضي المختص الوحيد في تثبيت الحجز هو القاضي مكان الحجز - إهمال القاضي اتخاذ قرار في نزاع تابع لإجراءات الحجز التحفظي و الاحتياطي و قرر مباشرة اختصاص قاضي التحكيم - الإجراء التحفظي لضمان حقوق الدائن أمام وجود خطر على حقوقه بحكم وجود شرط تحكيمي فان كل نزاع يعرض على التحكيم - ان ما يثير الطاعن لا يعني النزاع المنهي بصدور النزاع"

منشور بمجلة التحكيم ، العدد الرابع ، أكتوبر 2009 ، ص 255 .

159- خالد محمد القاضي ، المرجع السابق، ص 431 .

و هذا الإجراء نص عليه المشرع الجزائري، على غرار العديد من التشريعات و الاتفاقيات الدولية، في المادة 1046 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بالقول أنه: " يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير. " نشير في الأخير، أن الأمر الذي يصدره رئيس المحكمة غير قابل لأي طعن.

المطلب الثاني: مساعدة هيئة التحكيم في مجال تقديم الأدلة

إذا كان التحكيم يحتاج إلى القضاء في بداية طريقه ، فإنه يظل بحاجة إليه خلال سيره، لسبب بسيط و هو أن المحكمين لا يملكون السلطة التي يملكها القاضي على أي شخص غير مرتبط بالعقد التحكيمي. فقد يحدث أحيانا أن يحتاج المحكمون لسماع 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؟

طبعاً ليس بإمكانهم أن يصدرُوا مذكرة جلب للشاهد و ليس لهم أية سلطة عليه و ليس بإمكانهم أن يصدرُوا أمراً لأي شخص أو مؤسسة بإبراز مستندات أمامهم، فليس أمامهم حينئذ سوى طلب مساعدة القضاء .

و المبدأ الساري في مجال التحكيم التجاري الدولي أن تتولى هيئة التحكيم جمع الأدلة (الفرع الأول) و لا يتدخل القاضي الوطني في هذا المجال إلا في حالة الضرورة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: اختصاص هيئة التحكيم في جمع الأدلة

تنص المادة 1047 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة" ، هذا النص يقابل نص المادة 1-184 من قانون التحكيم السويسري ، و كما يلاحظ لم يقرر المشرع الجزائري أي حد لسلطة المحكمين في هذا المجال و هم يتمتعون بحرية كاملة،⁽¹⁶⁰⁾ و أكثر من ذلك، فإنه بالرجوع إلى النص الفرنسي لهذه المادة نجد تأكيداً على أن محكمة التحكيم تتولى بنفسها البحث عن الأدلة (le tribunal arbitral procède **lui-même** à l'administration de la preuve) و عبارة " lui-même " تفيد أنه لا يمكن تكليف الغير بهذه المهمة (إلا باتفاق الأطراف) و لا تعهد لعضو واحد من هيئة التحكيم.⁽¹⁶¹⁾

و الأصل أنه في مجال التحكيم التجاري الدولي ، و نظراً لما يتميز به هذا الأخير من مرونة في الإجراءات، فإن الأطراف يتمتعون بسلطة واسعة في اختيار الإجراءات المناسبة وفق رغبتهم في حدود القانون الواجب التطبيق. فعادة ما تأخذ محكمة التحكيم بعين الاعتبار رغبات الأطراف في سير الإجراءات، فهم أحرار في الاتفاق على القانون الواجب التطبيق ، اللغة أو اللغات التي تقدم بها المستندات و وسائل الإثبات خاصة عندما يكون الأطراف من ثقافات أو أنظمة قانونية مختلفة، فعادة ما يختار الأطراف قواعد الإثبات في التحكيم التجاري الدولي المعتمدة من قبل جمعية (International Bar Association) ^{(162)*}.

160- TERKI (Nour eddine), op cit , p 113

161 - GAILLARD (Emmanuel) et LALIVE (Pierre); Op.cit . p 941

« Les termes « lui-même » indiquent que cette tâche ne saurait être déléguée à des tiers ni du reste confiée (sauf accord contraire des parties) à l'un seul des membres du tribunal arbitral ».

162 - Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international

تضبط هذه الإجراءات سواء في اتفاقية التحكيم مباشرة أو استنادا إلى نظام تحكيم، و هو ما نصت عليه المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم ، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.

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

تعتمد هيئة التحكيم في مجال التحقيق في القضية على مختلف وسائل الإثبات ، فقد تكون هذه الأخيرة كتابية (أولا) أو شهادة شهود (ثانيا) كما يمكن أن تكون عن طريق الخبرة التي تستعين بها (ثالثا)

أولا : الإثبات الكتابي

في مجال التحكيم يقرر المحكمون و الأطراف وسائل الإثبات التي يعتمد عليها ، و عادة ما يكون الإثبات عن طريق مستندات ترفق بالمذكرات ، و من القواعد المستقرة أن المحكمين لهم أن يطلبوا من أطراف النزاع تقديم مستند في حوزة أحدهم ، و طبيعي أنه على الخصم الذي ارتضى اختصاص المحكم و قواعد الإجراءات التي وافق عليها ، أن ينفذ أمر المحكم بتقديم مستند يجازته له قيمة في الإثبات.*⁽¹⁶³⁾

و عادة ما يقوم الطرف ،طواعية، تقديم وثيقة مهمة يدعم بها طلباته أو يرد بها على طلبات خصمه.

ثانيا: سماع الشهود

يمكن لهيئة التحكيم أن تطلب سماع شهادة شاهد معين من تلقاء نفسها أو بناء على طلب يقدم من أحد طرفي التحكيم ، و لها سلطة في قبول هذا الطلب أو رفضه.*⁽¹⁶⁴⁾ فمن اختصاص المحكم إجراء استجواب

163- مشيمش جعفر، المرجع السابق ، ص 156.

164 - خالد محمد القاضي، المرجع السابق ، ص 440.

للشهود يحدد فيه موضوع الشهادة و أسماء الشهود و موعد الاستماع إليهم ، و يبلغ الأطراف بذلك الموعد بناء على الطلب الذي يقدمه الأطراف قبل انعقاد الجلسة و المتضمن أسماء الشهود و عناوينهم و المسائل التي سيدلون بشهادتهم فيها و اللغة أو اللغات التي سيستخدمونها ، و لا يملك المحكم الامتناع عن سماع الشهود الذين يتفق الأطراف على الاستعانة بهم، إلا أن له سلطة تقديرية في عدم الأخذ بشهادة الشهود كلها أو بعضها في حالة عدم اتفاق الأطراف،⁽¹⁶⁵⁾ و في حالة رفض هيئة التحكيم طلب سماع شاهد معين المقدم من أحد الأطراف فليس لمقدم الطلب في هذه الحالة أن يلجأ إلى رئيس المحكمة المختصة و ليس من سبيل أمامه سوى اللجوء إلى دعوى بطلان حكم التحكيم.⁽¹⁶⁶⁾

و من المعروف أن التحكيم قد يتم عبر دول ، الأمر الذي قد تكون فيه مشقة على الشهود بالحضور إلى مكان التحكيم بسبب التكاليف الباهظة ، و لما يستغرقه ذلك من وقت طويل ، لذا فقد حرصت غالبية أنظمة التحكيم الأخذ بالشهادة الكتابية ، و أجازت كذلك للمحكم بالانتقال بنفسه إلى مقر إقامة الشهود لأخذ شهادتهم تيسيرا للإجراءات وذلك عند تعذر حضورهم، وذلك ما لم يعترض أحد الأطراف على الشهادة المكتوبة.⁽¹⁶⁷⁾

ثالثا : الاستعانة بالخبراء

أعطت مختلف القوانين و الأنظمة التحكيمية للمحكم سلطة تعيين و ندب الخبراء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الأطراف ، و يتم الاستعانة بالخبراء لاستجلاء العناصر الفنية في النزاع و التي تتجاوز خبرة المحكم و لا يمكنه الوصول إليها بمفرده.⁽¹⁶⁸⁾

165- الصانوري مهند احمد، المرجع السابق، ص 112

166- القاضي خالد محمد ، المرجع السابق ، ص 440

167- الصانوري مهند احمد، المرجع السابق، ص 112

168- الصانوري مهند احمد، المرجع السابق ، ص 115

و يتم تمكين الأطراف بنسخة من تقرير الخبير و لهم أن يقدموا ملاحظاتهم للخبير حول نقاط فنية، و كقاعدة عامة فإن القرار النهائي الخاص بالمسألة المتنازع عليها لا يتخذ من قبل الخبير و إنما من هيئة التحكيم، و أن استنتاجات الخبير تعتمد فقط كأساس لتوفير المحكمة التحكيمية في تحليل المسائل الفنية.⁽¹⁶⁹⁾

الفرع الثاني: التدخل الاستثنائي للقاضي الوطني في الحصول على الأدلة

من أوجه التعاون المهمة بين القضاء و التحكيم الحصول على أدلة ، حيث تتدخل المحكمة عندما لا يستطيع المحكمون تنفيذ مهامهم ، حيث تستطيع المحكمة الحصول على إفادات الشهود و الاحتفاظ بالأدلة ، و تعيين شخص للدخول إلى أي موقع يخص المتنازعين للحصول منه على أدلة⁽¹⁷⁰⁾ قد يتطلب أداء المحكم لمهمته استخدام سلطة لا تتوافر له باعتباره قائما بوظيفة خاصة ، هي سلطة الأمر و الإيجار و في هذه الحالة يكون له أن يطلب من القضاء الأمر بالإجراء المطلوب و اغلب ما يعرض ذلك في مجال الإثبات⁽¹⁷¹⁾

هذا و تنص قوانين المرافعات على أن المحكم يستطيع الطلب من القاضي أن يصدر مذكرات بإحضار الشهود أو أن يوقع العقوبة على الشهود الذين تم إبلاغهم بشكل رسمي و تخلفوا عن الحضور أو امتنعوا عن الإجابة و كذلك يستطيع المحكم أن يطلب من المحكمة تكليف الغير بإبراز مستند أو وثيقة في حوزته لها أهميتها و ضرورة لإصدار حكم التحكيم و يجوز للمحكم أيضا أن يلجأ إلى المحكمة و يطلب منها الأمر بالانابات القضائية،⁽¹⁷²⁾ و بالإضافة إلى المحكمة التحكيمية، يمكن للأطراف أو الخصم المعني بالتعجيل الذي

169- Christophe IMHOOS, Herman VERBIST et Jean-François BOURQUE ; « Arbitrage et règlement alternatif des différends ; Comment régler un différend commercial international » .
<http://www.ibanet.org>

170- البطاينة عامر فتحي، المرجع السابق ، ص 134.

171- مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق، ص 191.

172- البطاينة عامر فتحي ، المرجع السابق ، ص 134.

تأذن له المحكمة التحكيمية به أن يطلبوا مساعدة القاضي المختص لتقديم الأدلة⁽¹⁷³⁾ و هو ما نصت عليه المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث جاء فيها: "إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى ، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة ، أو للطرف الذي يهمله التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، و يطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي."

و يمكن أن يتجسد تعاون القاضي في تقديم الأدلة في ثلاث مجالات مختلفة: في مجال الإثبات الكتابي، في مجال الشهادة ، في مجال الخبرة⁽¹⁷⁴⁾ و أخيرا في مجال الإنابة القضائية، و هو ما يتم تبيانها فيما يأتي:

أولا: الإثبات الكتابي

يعتبر الإثبات الكتابي في مجال التحكيم التجاري الدولي من أهم وسائل الإثبات بالنظر إلى صعوبة الاجتماع بالأطراف و الشهود لبعدهم الجغرافي ، لكن و إن كان بإمكان هيئة التحكيم أمر أحد الأطراف بتقديم وثيقة بحوزته فإنها لا تتمتع بسلطة القهر لإلزام المعني بتنفيذ الأمر.⁽¹⁷⁵⁾ و لم تعط أغلب التشريعات المحكم صلاحية إلزام المحتكم بتقديم محرر تحت يده، و ما من طريق لذلك إلا اللجوء إلى المحكمة المعاونة لهيئة التحكيم⁽¹⁷⁶⁾ ، التي بإمكانها وحدها إلزامه على ذلك كما يمكن للمحكمة بأن تكلف الغير بإبراز مستند أو وثيقة في حوزته لها أهمية و ضرورة لإصدار حكم التحكيم.⁽¹⁷⁷⁾

173- الأحذب عبد الحميد " موسوعة التحكيم ، التحكيم في البلدان العربية "، الكتاب الأول ، ص 377 .

174- TERKI (Nour eddine) , op.cit , p89

175- Idem.

176- الصانوري مهند احمد، المرجع السابق ، ص110.

177- فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 287 .

و ما يحدث عمليا في هذه الحالة ، أنه من غير المألوف لجوء المحكم إلى القضاء بطلب إصدار هذا الأمر ، بل يرفع الطرف صاحب العلاقة أو المصلحة دعوى مستعجلة ليحصل على أمر القضاء بإلزام الطرف الخارج على الخصومة بتقديم المستند الذي بحوزته إلى هيئة التحكيم.⁽¹⁷⁸⁾ في هذه الحالة الأخيرة تشترط المادة 1048 أن يتم ذلك بالاتفاق مع المحكمة التحكيمية، و إذا كان الطلب من الطرف الذي يهمله التعجيل يكون ذلك بعد الترخيص له من طرفها.

و في أنظمة أعراف القوانين الأنجلو أمريكية التي عرفت بوصاية قضائية على سير التحكيم ، يطلب المحكم من القاضي أن يصدر أمرا بعد أن يشرح له الأسباب ، فيصدر القاضي أمرا إلى حائز المستندات و الوثائق الذي يصبح مجبرا بالشهادة أو بتقديم المستندات تحت طائلة إكراهه عن طريق السلطة العامة، بل أن النظام التحكيمي الأمريكي يجيز للمحكم أن يصدر إنذارا للشخص الثالث الذي ليس طرفا في النزاع التحكيمي ليستجيب له قبل أن يراجع القاضي. و في القانون الانجليزي يخول القاضي إصدار أمر إلى شخص بتقديم إفادة خطية إلى المحكمين عن الإثباتات التي هي بحوزته.⁽¹⁷⁹⁾

و قد نص القانون النموذجي للتحكيم الدولي (و الدول التي تبنته) في المادة 27 على انه "في إجراءات التحكيم ، يجوز لهيئة التحكيم أو لأي من الطرفين، بموافقة الهيئة، طلب المساعدة من محكمة مختصة في هذه الدول للحصول على أدلة . و يجوز للمحكمة أن تنفذ الطلب في حدود سلطتها و وفقا لقواعدها الخاصة بالحصول على أدلة." ⁽¹⁸⁰⁾

- 178- مشيمش جعفر: "التحكيم في العقود الإدارية و المدنية و التجارية" ، ص 156 .
 179- الأحدب عبد الحميد " موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي " ، الكتاب الثاني ، ص 439.
 180- الأحدب عبد الحميد " موسوعة التحكيم ، وثائق تحكيمية " ، الكتاب الثالث ، ص 613.

ثانيا: سماع الشهود

من صلاحية المحكمين سماع الشهود في النزاع المطروح أمامهم، و يتولى كل طرف إعلان شهوده أو إحضارهم إلى الجلسة ، و قد تحتاج هيئة التحكيم إلى سماع شهود آخرين لأهمية الوقائع التي قد يدلون بأقوالهم بشأنها، لكن لا سلطة للهيئة في إجبار شاهد على الحضور أمامها، و هنا تبدو أهمية القضاء الوطني في معاونه هيئات التحكيم على ذلك ، بحيث يمكن أن يلجأ الخصم صاحب المصلحة إلى القضاء بطلب إصدار أمر للشاهد بالحضور⁽¹⁸¹⁾ و في هذا المجال، فالأطراف، أساسا، هم الذين يقترحون لهيئة التحكيم سماع بعض الشهود، كما يمكن لهذه الهيئة من تلقاء نفسها ، طلب حضور الجلسة لشهود آخرين ترى أن سماعهم ضروري لحل النزاع. لكن عندما يرفض أحدهم المثول أمامها ، فلا تملك هيئة التحكيم أية وسيلة لإرغامه على ذلك . و هنا أيضا، فإن القاضي هو الذي يمكنه تقديم لها يد المساعدة.⁽¹⁸²⁾ و نظرا لكون المحكمين أشخاص عاديين لا يتمتعون بالسلطة التي يتمتع بها القاضي، فإنهم أيضا لا يملكون الصفة لتلقي اليمين من الشهود⁽¹⁸³⁾

و ينحصر دور القضاء في مجال الشهادة على أمر الشاهد بالحضور أمام المحكم أو المحكمين أو توقيع الجزاءات المنصوص عليها قانونا على الشاهد الذي يتخلف عن الحضور إذا كلفته هيئة المحكمة تكليفا صحيحا بالحضور و تخلف و امتنع عن الحضور أو حضر و لكنه امتنع عن الإجابة عن الأسئلة التي توجه إليه⁽¹⁸⁴⁾

181- مشيمش جعفر، المرجع السابق ، ص 156 .

182- TERKI (Nour eddine) , op.cit , p89

183- LOQUIN (Eric) ; « les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international » , in journal du droit international, no 2 1983, p 308.

184- القاضي خالد محمد ، المرجع السابق، ص 439.

ثالثا : الاستعانة بالخبراء

للمحكمين الحرية الكاملة في تعيين الخبير الذي من شأنه مساعدتهم في مهمتهم ، سواء باتفاق مع الأطراف أو من تلقاء أنفسهم. و السؤال الذي يطرح هو هل يسمح للقاضي الوطني التدخل في هذا المجال ؟ للإجابة على هذا التساؤل نميز بين حالتين : إذا لم يتم بعد تشكيل المحكمة التحكيمية ، فإن المتفق عليه أنه يمكن للقاضي الوطني ، في حالة الاستعجال ، أن يأمر بندب خبير لمعاينة سلعة قابلة للتلف مثلا، لكن الحل غير مؤكد في حالة إخطار المحكمة التحكيمية، فإن تدخل القاضي لن يبرر إلا بحالة الاستعجال المتبوعة بالاستحالة العملية لتدخل المحكم على وجه السرعة.⁽¹⁸⁵⁾

رابعا : الإنابة القضائية

الإنابة القضائية عمل بموجبه تفوض محكمة محكمة أخرى للقيام مكانها و في دائرة اختصاصها بأحد أو بعض إجراءات التحقيق أو الإجراءات القضائية الأخرى التي يقتضيها الفصل في الدعوى المرفوعة أمامها و التي تعذر عليها مباشرتها بنفسها بسبب بعد المسافة أو أي مانع آخر كأن يكون المال المراد معاينته في مكان بعيد عن مقر المحكمة المنبئية،⁽¹⁸⁶⁾ و لا شك أن طلب هيئة التحكيم الإنابة القضائية يعد نوعا من المساعدة التي يقدمها القضاء في الدولة لنظام التحكيم مما يؤكد أهمية القضاء الوطني كدور مكمل و مساعد لقضاء التحكيم لتحقيق فاعليته⁽¹⁸⁷⁾

نشير في الأخير أنه مهما كانت وسيلة الإثبات ، فإنه يتعين على المحكم و القاضي على حد سواء تمكين الأطراف سواسية من تقديم وسائل دفاعهم ، فالمادة 1/5 ب من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، حول

185- TERKI (Nour eddine) , op.cit , p 90

186- القاضي خالد محمد ، المرجع السابق ، ص441

187- نفس المرجع ، ص442

الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، تنص على أنه يمكن رفض الاعتراف و تنفيذ حكم تحكيمي إذا كان " الطرف المستشهد بالقرار ضده لم يخبر قانونا بتعيين **الحكم** أو بإجراء التحكيم ، أو تعذر عليه، لسبب آخر ، أن يستخدم وسائله."

المطلب الثالث: تدخل القاضي في مجال المسائل الأولية

قد تقع خلال الإجراءات أمام المحكم أمور تخرج عن سلطته ، فيتعين الالتجاء في شأنها إلى المحكمة المختصة ، و عندئذ يجب وقف إجراءات التحكيم حتى الفصل فيها.⁽¹⁸⁸⁾

يطلق على هذه الأمور، المسائل الأولية. و قد نصت المادة 1021 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في فقرتها الثانية على هذه المسائل حيث جاء فيها: " إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة، أو إذا حصل عارض جنائي يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة ، و يستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة".

فما هي المسائل الأولية (الفرع الأول) و متى يختص القاضي بالفصل فيها (الفرع الثاني)

الفرع الأول: التعريف بالمسائل الأولية

المسألة الأولية في الاصطلاح القانوني هي المسألة التي يتوقف الحكم على الفصل فيها لأنه يجب أن تصفى هذه المسألة أولا حتى يتسنى الحكم في الدعوى بعد ذلك على أساسها أي أن الحكم في القضية معلق عليها، فهي إذن مسألة مبدئية أو أساسية لا بد من البت فيها أولا، و من هنا جاء وصفها بأنها مسألة أولية.⁽¹⁸⁹⁾

188- منير عبد المجيد ، المرجع السابق ، ص146.

189- أحمد هندي، المرجع السابق ، ص 734

إذن ، المسألة الأولية هي مسألة يجب عرضها مقدما على محكمة مختصة لتفصل فيها بعمل قضائي حائز لحجية الشيء المقضي به. فتقوم المحكمة بوقف الفصل في الدعوى المطروحة عليها ، لأن الفصل في هذه الدعوى معلق على تلك المسألة ، فهو وقف قضائي تعليلي.⁽¹⁹⁰⁾

و عادة تخرج المسألة الأولية عن ولاية المحكم إما بسبب عدم شمولها في اتفاق التحكيم، إذ يحظر على هيئة التحكيم أن تفصل في مسألة لا يشملها اتفاق التحكيم أو فيما يجاوز حدود هذا الاتفاق ، و إلا تعرض حكم التحكيم للطعن فيه بالبطلان. و إما أن تخرج المسألة الأولية عن ولاية هيئة التحكيم بسبب طبيعتها الذاتية، حيث هناك مسائل لا يجوز الفصل فيها بطريق التحكيم ، و هي المسائل التي لا يجوز فيها الصلح كمسائل الأحوال الشخصية غير المالية ، و المسائل الجنائية ، و المسائل المتعلقة بالنظام العام عموما.⁽¹⁹¹⁾

و من قبيل هذه المسائل:

- 1- الطعن بتزوير ورقة متعلقة بالموضوع ، أو اتخاذ إجراءات جنائية بشأن تزويرها ، بشرط أن يتبين لهيئة التحكيم أن الادعاء بالتزوير جدي.
- 2- إذا احتاج المحكمون إلى توقيع جزاء على الشاهد المتخلف أو الممتنع عن الإجابة أو إجبار الشاهد على الحضور ، إذ ليس لسلطة التحكيم سلطة إلزام الشاهد بالحضور أمامها .
- 3- إذا كان القانون الواجب التطبيق يوجب أداء اليمين قبل الإدلاء بالشهادة⁽¹⁹²⁾
- 4- إذا كان من المقرر أن لهيئة التحكيم أن تطلب من أحد الأطراف تقديم مستند جوهري في النزاع ، إلا أن هيئة التحكيم لا تملك إلزام الخصم بتقديمه ، فلا يملك ذلك إلا القضاء الوطني.

190- أحمد هندي، المرجع السابق ، ص 735

191- سلامة احمد عبد الكريم، المرجع السابق ، ص 557 .

192- منير عبد المجيد ، المرجع السابق ، ص146.

كما لا تملك هيئة التحكيم أن تطلب من شخص خارج عن الخصومة تقديم مستند تحت يده له أهمية في الفصل في النزاع،⁽¹⁹³⁾ فما على هيئة التحكيم إلا اللجوء إلى القاضي المختص لاستصدار أمر بإلزام هذا الشخص بتقديم المستند إلى هيئة التحكيم. لكن لاختصاص القاضي الوطني في هذه المسائل شروط.

الفرع الثاني : شروط اختصاص القاضي بالفصل في المسائل الأولية، هي ثلاثة شروط نبينها فيما يلي:

أولا : أن تثار مسألة أولية في الدعوى

أول شرط لاختصاص القاضي بالفصل في المسائل الأولية هو أن تثار مسألة من هذا النوع على المحكم ، فعندما تثار مسألة أولية على هيئة التحكيم، يتعين أن يكون الفصل في هذه المسألة ضروريا للفصل في القضية، بحيث لا يمكن الفصل في الدعوى بالرفض أو القبول إلا بعد صدور الحكم في تلك المسألة ، و يجب أن يكون هناك ارتباط بين المسألة الأولية و الدعوى الأصلية على نحو يجعل الفصل في الأولى أمر ضروري للفصل في الثانية. فبغير هذا الارتباط لا نكون بصدد مسألة أولية بالمعنى الصحيح.⁽¹⁹⁴⁾

ثانيا: ألا تكون هذه المسألة الأولية من اختصاص هيئة التحكيم

معنى ذلك أنه إذا كانت المسألة الأولية داخلة في اختصاص هيئة التحكيم التي تنظر الدعوى، فإنه لا يجوز وقف الدعوى ، و إنما يجب على المحكمة أن تفصل في تلك المسألة لاختصاصها بها، و لا تلتزم في تلك الحالة بإجابة طلب الوقف.⁽¹⁹⁵⁾

193- منير عبد المجيد ، المرجع السابق ، ص 147.

194- أحمد هندي، المرجع السابق ، ص 736.

195- نفس المرجع ، ص 737.

ثالثاً- أن تقرر هيئة التحكيم أن الفصل في هذه المسائل لازم للفصل في النزاع.

إن تحديد ما يعد مسألة أولية و تقدير مدى ارتباطها بموضوع النزاع ، أمر موضوعي تستقل بتقديره هيئة التحكيم وفقاً لظروف و ملابسات كل نزاع على حدى،*⁽¹⁹⁶⁾ فإذا قدر المحكم أن الفصل في هذه المسائل غير لازم للفصل في النزاع ففي هذه الحالة يجوز له الاستمرار في الإجراءات دون انتظار الفصل فيها من قبل القاضي المختص*⁽¹⁹⁷⁾ بحيث تنظر هيئة التحكيم النزاع رغم إثارة المسألة الأولية و ذلك إذا ثبت لديها أن الدفع غير جدي أو أن المسألة المتمسك بها ليست لازمة للفصل في النزاع.*⁽¹⁹⁸⁾

أما إذا قدر المحكم أن الفصل في هذه المسائل لازم للفصل في النزاع كأن تكون المسألة الأولية مسألة من المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم ، فلا شك أنه لا ولاية لهيئة التحكيم في الفصل في هذه المسألة و لو كان الخصوم قد اتفقوا على إجراء التحكيم بشأنها لأن هذا الاتفاق باطل و لا اثر له لمخالفته للنظام العام،*⁽¹⁹⁹⁾ في هذه الحالة يوقف المحكم سير الإجراءات إلى حين الفصل من قبل المحكمة المختصة في المسألة الأولية و يتعين معه وقف ميعاد التحكيم ، فكلما اقتضى الأمر الفصل في نزاع لا تملك هيئة التحكيم التعرض له ، تتوقف خصومة التحكيم على الفصل فيه و يستمر هذا الميعاد موقوفاً حتى يصدر حكم نهائي في المسألة الأولية.*⁽²⁰⁰⁾ و يترتب على وقف سير الإجراءات وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم.*⁽²⁰¹⁾

196- سلامة احمد عبد الكريم ، المرجع السابق، ص558.

197- مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق ، ص 195.

198- الأنصاري حسن النيداني : "الأثر النسبي لاتفاق التحكيم" ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2009 ، ص 157.

199- الأنصاري حسن النيداني : نفس المرجع ، ص 155 .

200- منير عبد المجيد، المرجع السابق ، ص148.

201- مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق ، ص 195.

على هذا الأساس، فإن القاضي الوطني يكون مختصاً في الفصل في المسائل الأولية التي تطرح على هيئة التحكيم كلما رأت هذه الأخيرة أن الفصل في المسألة الأولية لازم للفصل في النزاع، و بما أن المحكم يضطر إلى إيقاف سير الإجراءات حتى يتم الفصل النهائي في المسألة الأولية من قبل القاضي كما ذكر، فإنه يتعين على هذا الأخير أن يفصل في المسألة الأولية المعروضة عليه في أقرب الآجال لتفادي تعطيل إجراءات التحكيم.

إن مجالات تدخل القاضي الوطني لمساعدة المحكم لا تنحصر في ما استعرضناه ، فقد يتدخل في مسائل أخرى.

المطلب الرابع : الاختصاصات الأخرى للقاضي الوطني كمساعد للمحكم

تم التطرق فيما سبق إلى أوجه التعاون التي يقدمها القاضي الوطني للمحكمة التحكيمية لاسيما من خلال رده الدعوى أو في إجراءات تعيين المحكم ، رد المحكم ، التدابير الوقائية و التحفظية ، تقديم الأدلة و المسائل الأولية، كل هذه الإجراءات تم تكملتها بأحكام عامة احتياطية تتمثل في المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي نصت 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 ، و يطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي." و هو توسيع مفيد لاختصاصات القاضي و هي عبارة عن "شرط - مظلة " كما عبر عليه البعض⁽²⁰²⁾

202- GAILLARD (Emmanuel) et LALIVE (Pierre); Op.cit . p 942

« il s'agit là d'un utile élargissement, d'une sorte de « clause-parapluie » permettant d'obtenir par exemple l'extension des délais fixés à la mission du tribunal arbitral »

بالإضافة إذن إلى الاختصاصات المذكورة سابقا، يمكن للقاضي الوطني أن يتدخل في بعض المسائل الأخرى بغرض مساعدة هيئة التحكيم ، فقد يتدخل في تمديد مهلة المحكمين (الفرع الأول) عزل و استبدال المحكم (الفرع الثاني) تحديد أتعاب هؤلاء (الفرع الثالث) و أخيرا تفسير و تصحيح الحكم التحكيمي (الفرع الرابع)

الفرع الأول : تمديد مهمة المحكمين

عادة ما يحدد الأطراف في اتفاقية التحكيم للمحكم أجلا للتحقيق في القضية و إصدار الحكم التحكيمي، لكن قد يحدث خلال الخصومة التحكيمية أن يتم توقيف مدة التحكيم إذا اتفق الطرفان على ذلك ، و ذلك في حالة ما إذا أمرت هيئة التحكيم بإجراء معين كإنتداب خبير في مسألة فنية ..و قد توقف هذه المدة دون اتفاق طرفي التحكيم و ذلك في حالة الفصل في مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم ، أو في حالة الطعن بالتزوير في مستند قدم لهيئة التحكيم ، أو في حالة اتخاذ إجراءات جنائية عن تزوير هذا المستند أو عن فعل جنائي آخر و كان الفصل في هذه المسألة الأولية ، أو في تزوير المستند أو في الفعل الجنائي الآخر لازما للفصل في موضوع النزاع.⁽²⁰³⁾

قد يحدث ، في غير هذه الحالات ، أن تنتهي مدة التحكيم دون أن يصدر المحكم أو المحكمون حكمهم في النزاع، مما يستدعي تمديد هذا الأجل ، و بما أن المهمة القضائية للمحكم،على خلاف مهمة القاضي، غير دائمة ، محددة من حيث الموضوع و من حيث الزمن ، فإذا حدد الأطراف للمحكم مدة زمنية للفصل

في القضية ، فلا يملك المحكم سلطة تمديد هذا الأجل⁽²⁰⁴⁾ في هذه الحالة فما على الأطراف إلا اللجوء إلى القاضي المختص قصد تمديد الأجل.

و قد نصت المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 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 ، و يطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي."

فإذا لم يصدر حكم المحكمين خلال المدة المحددة يحق لطرفي التحكيم أو أحدهما التقدم بطلب إلى رئيس المحكمة المختصة من أجل أن يصدر أمراً بتحديد موعد إضافي ، أما إذا ارتأى أنه لا جدوى من السير في إجراءات التحكيم ، كما لو وجدت ظروف تؤدي إلى استحالة فض النزاع عن طريق التحكيم فإنه يصدر أمراً بإنهاء إجراءات التحكيم.⁽²⁰⁵⁾ و في هذه الحالة يعود الاختصاص إلى المحكمة المختصة للنظر في موضوع النزاع بناءً على عريضة من طرفي النزاع ، و يطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي كما خلصت إليه المادة 1048 أعلاه.

204- LOQUIN (Eric) ; « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international » , in journal du droit international, no 2 1983, p 309.

205- خالد محمد القاضي ، المرجع السابق ، ص 428.

الفرع الثاني : عزل و استبدال المحكم

نصت المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه : " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم ، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم .
في غياب التعيين ، و في 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 و اختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر .
- نتعرض للحالتين على حدى فيما يلي :

أولا : عزل المحكم

كان الاتجاه السائد لفترة زمنية طويلة هو اعتبار المحكم وكيلا عن الخصم الذي عينه، و في ضوء هذا الفكر ، كان من حق الخصم القيام بعزل المحكم الذي يعينه كلما بدا له ذلك، شريطة أن يتم هذا العزل قبل قيام المحكم المعني بإصدار حكمه ، ولكن الثابت أن العديد من التشريعات المعاصرة ، قد قامت بإلغاء الوضع .. فإذا ما تم تعيين المحكم المعني أيا كانت الطريقة التي تم بها تعيينه، فلا يجوز عزله إطلاقا ، ما لم يتفق الطرفان معا على استبداله ، أي بأن يحل محكم آخر محله ، و يجوز ، مع ذلك ، عزل المحكم بناء على طلب أحد الخصوم⁽²⁰⁶⁾ و عزل المحكم يمكن أن يكون اتفاقي أو قضائي .

- عزل المحكم اتفاقا: عزل المحكم la révocation ، هو إقالته و إبعاده عن مهمته باتفاق الأطراف جميعا ، إذا توفرت موجبات العزل.

يلاحظ هنا أنه لا بد من اتفاق الطرفين كلاهما على عزل المحكم ، حتى وإن كان المحكم المطلوب تنحيته قد اختاره احدهما، لأنه بانتهاء عملية الاختيار يكتسب المحكم مركزا إجرائيا مستقلا عن اختاره⁽²⁰⁷⁾ فصار هو قاضيا و ظل من اختاره خصما. و على ذلك ، فالعزل بالإرادة المنفردة من جانب أحد الطرفين غير جائز و غير منتج ، بل يحق للمحكم مباشرة عمله حتى و لو ابلغه من عزله بقراره.

و حق الطرفين في عزل المحكم يمكن ممارسته في أية حالة كانت عليها إجراءات خصومة التحكيم .غير أنه في كل الأحوال، يجب أن يكون ذلك قبل إصدار الحكم . فان كان الحكم قد صدر ، قبل العزل ، فهو حكم صحيح ، إلا إذا اتفق الأطراف على إهداره.

إنهاء مهمة المحكم قضاء: إذا كان عزل المحكم يستلزم اتفاق الأطراف كافة على إقالة المحكم ، فانه قد يتعذر تحقق إجماع الأطراف على العزل ، مع توفر أسباب جدية تدعو إلى إقصائه عن نظر النزاع . و هنا لا مفر من اللجوء إلى السلطة أو المحكمة المختصة لإنهاء مهمة المحكم.⁽²⁰⁸⁾

لكن يتعين على القاضي التحلي باليقظة في هذا الشأن ، لأنه في بعض الأحيان يلجأ لطلب العزل كمنافرة للمماطلة و تضييع الوقت ، لذا فكل القوانين و أنظمة المراكز أصبحت تحتاط لذلك .. فالعزل أمر جدي و لا يجوز استخدامه كوسيلة للمماطلة. و من الأسباب التي تبرر عزل المحكم وجود ظروف تثير شكوكا لها ما يبررها حول حياده و استقلاله.⁽²⁰⁹⁾

207- سلامة احمد عبد الكريم ، المرجع السابق، ص433

208- نفس المرجع ، ص 434.

209- الأحمد عبد الحميد " موسوعة التحكيم ، التحكيم الدولي " ، الكتاب الثاني ، ص 337.

ثانيا : استبدال المحكم

يمكن أن يعتبر الاستبدال ضروريا عندما لا يتمكن المحكم من الاستمرار في وظيفته أو يفشل في القيام بها بشكل واضح ، كما أن فقدان المحكم الوحيد يقود بالضرورة إلى الاستبدال في حالة استمرار عملية التحكيم^{(210)*} فعند وفاة المحكم أو عجزه عن ممارسة واجبه ، أو عند رد المحكم أو استقالته ، يعهد باختيار بديل عنه إما للقضاء الوطني ، أو إلى الجهاز المشرف على التحكيم في مراكز و هيئات التحكيم الدولية الدائمة.^{(211)*}

الفرع الثالث : التعاون في مسألة تحديد أتعاب المحكمين

إذا كان الأصل أن هيئة التحكيم هي التي تقوم بتحديد مصاريف التحكيم و كيف تدفع و على ماذا تدفع ، على أن تأخذ بعين الاعتبار جميع ظروف القضية ، إلا أن ذلك لا يعني إبعاد أي دور للقاضي الوطني في التدخل في مصاريف التحكيم^{(212)*} ، فدور المحكمة في هذا الشأن هو دور إيجابي و فعال فإذا لم يتم الاتفاق بين الأطراف على أتعاب المحكمين و قامت هيئة التحكيم بتقدير الأتعاب فإن قرارها يكون قابلا للطعن به أمام المحكمة المختصة ، و لها سلطة تقديرية في هذا الخصوص ، غير أن عليها أن تراعي طبيعة التحكيم التجاري الدولي و الأخذ بعين الاعتبار النفقات التي يتكبدها المحكمون في السفر و الأعراف التجارية في الشأن أيضا ، كل هذا مع الأخذ بعين الاعتبار قيمة القضية و المال المتنازع عليه إلا إذا اتفق الأطراف على إخضاع الإجراءات لنظام معين كنظام غرفة التجارة الدولية،^{(213)*}

نشير في الأخير أن قرار المحكمة نهائي غير قابل لأي طعن.

210- البطاينة عامر فتحي ، المرجع السابق ، ص 140.

211- مشيمش جعفر ، المرجع السابق، ص 155.

212- البطاينة عامر فتحي ، المرجع السابق، ص 141.

213- 209- نفس المرجع ، ص 142.

الفرع الرابع : تفسير و تصحيح الأخطاء المادية التي تشوب الحكم التحكيمي

من المفروض أن الحكم التحكيمي يضع حدا للخصومة التحكيمية لأنه ينهي مهمة المحكم ، غير أنه يحدث، رغم صدور الحكم، أن يكون هذا الأخير بحاجة إلى تفسير أو أن يكون مشوبا بأخطاء أو إغفالات مادية، في هذه الحالة قد يتدخل القاضي المختص لتفسيره أو تصحيحه (ثانيا) بشروط معينة (أولا)

أولا- شروط تدخل القاضي: الأصل أن الأطراف يرجعون إلى المحكم لطلب تصحيح الأخطاء المادية التي قد تشوب الحكم التحكيمي ، فقد نصت المادة 1030 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: " يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه.

غير أنه يمكن للمحكم أن يفسر الحكم، أو تصحيح الأخطاء المادية و الإغفالات التي تشوبه ، طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون"

رغم النص على اختصاص المحكم في تفسير و تصحيح الأخطاء المادية و الاغفالات، إلا أنه قد لا تتمكن هيئة التحكيم من الالتقاء مجددا، فثمة ظروف قد تمنع من اجتماع أعضاء هيئة التحكيم ، مثال ذلك وفاة محكم بين فترتي النطق بالحكم التحكيمي و طلب التصحيح، فقدان شروط الأهلية المشترطة في المحكم كأن يفقد حقوقه المدنية، أو رفض المحكم النظر مجددا في النزاع الذي فصل فيه . كل هذه الظروف تؤدي إلى اختصاص القاضي المختص في الفصل في طلب التصحيح.

ثانيا : موضوع تدخل القاضي الوطني، يمكن للقاضي التدخل في المسائل التالية:

1- تفسير الحكم التحكيمي: يقصد بالتفسير ، إيضاح الغامض و إظهار حقيقة المبهم و ذلك لتحديد ما يتضمنه الحكم من تقرير عن طريق البحث عن عناصر الحكم ذاته التي تتكون منها و ليس عن طريق البحث عن إرادة القاضي أو القضاة الذين أصدره ..و لا محل للتفسير إلا إذا كان هناك غموض أو إبهام في منطوق الحكم مما يصعب معه فهمه فيصعب بالتالي تنفيذه ، أما إذا كان الحكم واضحا لا يحتاج إلى تفسير و لا

يشوبه غموض و لا إبهام فانه لا يجوز الرجوع إلى المحكمة لتفسير هذا القضاء حتى لا يكون التفسير ذريعة للرجوع عن الحكم و المساس بحجيته⁽²¹⁴⁾ و التفسير يمس أساسا منطوق الحكم دون ما قد يكون من غموض في تسبيب الحكم ، و في حال تفسير الحكم التحكيمي ، فإن الحكم الذي يصدره القاضي سيكون جزءا لا يتجزأ من الحكم التحكيمي الأصلي، و هو ما جاء في المادة 49 من نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (CIRDI).

2- تصحيح الأخطاء المادية و الاغفالات: يتعين لقبول طلب التصحيح أن تكون الأخطاء المطلوب تصحيحها مادية بحتة، و الخطأ المادي قد يكون حسابيا أو كتابيا، و الخطأ الحسابي هو خطأ في إجراء عملية حسابية ، كخطأ المحكم في الجمع عند حساب المبالغ المستحقة لأحد الأطراف، أما الأخطاء الكتابية فهي تشمل كل أخطاء السهو أو أغلاط القلم و هي تتمثل أما في تغيير أو إضافة أو إغفال⁽²¹⁵⁾ لكن و إن كان تدخل القاضي في هذا المجال تسمح به معظم التشريعات باعتباره يهدف إلى سد الفراغ الذي تركه المحكم، غير أنه لا يجب على القاضي الذي يعرض عليه طلب التصحيح ، تحت غطاء التصحيح أو التفسير ، أن يقوم بتعديل مضمون الحكم التحكيمي.

214- هندي أحمد: "أصول قانون المرافعات المدنية و التجارية" ، مرجع سابق، ص 951.

215- هندي أحمد ، المرجع السابق ، ص 945.

بهذا نكون قد انتهينا من دراسة الفصل الأول من هذه الدراسة حيث اتضح من كل ما سبق أن تدخل القاضي الوطني في مرحلة تشكيل المحكمة التحكيمية و خلال سير الخصومة التحكيمية، يتم من أجل تقديم يد المساعدة للنهوض بالتحكيم و تفادي كل أساليب المماطلة التي من شأنها شل إجراءات التحكيم و رأينا أن التعاون بين القاضي الوطني و المحكم يهدف إلى ضمان فعالية التحكيم الدولي ، فدورهما في هذه المرحلة من الإجراءات دور متكامل، و قد كرس معظم التشريعات، بما فيها قانون التحكيم الجزائري، هذا الاتجاه من خلال جعل تدخل القاضي الوطني في مجال التحكيم الدولي تدخلا استثنائيا يهدف إلى سد الثغرات التي ما يزال التحكيم الدولي يعاني منها.

و بعد دراسة دور القاضي المساعد، ننتقل لنستعرض دور القاضي المراقب لحكم التحكيم الدولي و هو موضوع الفصل الثاني من هذه الدراسة.

الفصل الثاني

دور القاضي كمراقب للحكم التحكيمي

رأينا في الفصل الأول من هذه الدراسة ، الدور الفعال الذي يلعبه القاضي الوطني في مساعدة التحكيم على السير في إجراءاته بطريقة عادية ، قاطعا الطريق لكل ممارسات المماثلة التي يقوم بها الأطراف، بدءا برد الدعوى لعدم الاختصاص و المساعدة على تعيين المحكم أو المحكمين و ردهم ، تقديم يد العون للمحكم خلال الخصومة التحكيمية من خلال التدابير التحفظية و الوقتية و المساعدة على الحصول على الأدلة و المسائل الأولية و غيرها من المهام التي يقوم بها من أجل الحيلولة دون شل إجراءات التحكيم.

غير أن دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي لا يقتصر على المساعدة ، بل يمتد أيضا إلى مراقبة الحكم التحكيمي، و تختلف صور الرقابة التي يباشرها قضاء الدولة على حكم التحكيم استنادا إلى الغاية من هذه الرقابة : فقد يكون الهدف منها هو التيقن من مراعاة حكم التحكيم للشروط التي يتطلبها القانون الوطني من أجل الاعتراف بحكم التحكيم و تنفيذه و ذلك بمناسبة الطلب المقدم من المحكوم لصالحه بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم.

و قد يكون الهدف من هذه الرقابة هو التثبت من وظيفة المحكم و المهمة المنوط به القيام بها و مدى احترامه للقواعد القانونية و المتصلة باتفاق التحكيم ذاته أو بإجراءات التحكيم ، و ذلك في حالة الطعن على حكم التحكيم بالبطلان نظرا إلى تعلق حالة من حالات البطلان بهذا الحكم ، و هي حالات تكون محددة على سبيل الحصر⁽²¹⁶⁾

216- الحداد حفيظة السيد: " الرقابة على أحكام التحكيم بين الازدواجية و الوحدة " ، مجلة التحكيم ، العدد الخامس ، يناير 2010 ، ص 48.

فالتحكيم يخضع لرقابة دولة المقر و ذلك في حالة الطعن عليه بالبطلان بسبب تحقق سبب من الأسباب التي تجيز الطعن عليه بهذا الطريق.

كما يخضع لرقابة دولة التنفيذ للتحقق من مدى توافر الشروط التي يتطلبها قانون هذه الدولة لإصدار الأمر بتنفيذه . فالرقابة التي يخضع حكم التحكيم لها هي أولا و أخيرا رقابة من قبل القضاء الوطني للدولة المعنية.⁽²¹⁷⁾

ينتج الحكم التحكيمي آثارا مختلفة بين أطراف النزاع، بحيث يسعى الطرف الذي جاء الحكم في صالحه إلى التوصل إلى الاعتراف به و تنفيذه ، في حين يبحث خاسر الدعوى عن كيفية الطعن في القرار التحكيمي لتفادي تنفيذه ضده.

و هنا التساؤل عن دور القاضي الوطني عند المطالبة بالاعتراف و التنفيذ و دوره عند الطعن ضد الحكم . للإجابة على هذين التساؤلين ، يقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: دور القاضي الوطني في مجال الاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية.

المبحث الثاني: دور القاضي الوطني في مجال الطعن ضد الأحكام التحكيمية الدولية

المبحث الأول: دور القاضي الوطني في مجال الاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية.

تنتهي خصومة التحكيم بإصدار هيئة التحكيم للحكم التحكيمي، فالحكم التحكيمي هو الثمرة الحقيقية للتحكيم لكن لن يكون لهذا الأخير قيمة قانونية أو عملية إذا ظل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ، فتنفيذ حكم التحكيم يمثل أساس و محور نظام التحكيم نفسه و تتحدد به مدى فاعليته لفض و تسوية المنازعات⁽²¹⁸⁾

و العبرة كل العبرة للتنفيذ، و قديما قال عمر بن الخطاب في وصيته لقاضيه "لا ينفع التكلم بحق لا نفاذ له"، فما هي القيمة الفعلية لقرار تحصل عليه و لا يكون صالحا للتنفيذ؟⁽²¹⁹⁾ فنجاح التحكيم إذن يقاس بمدى تنفيذ أحكامه⁽²²⁰⁾

و إن كان من الناحية العملية في مجال التحكيم التجاري الدولي، أن أحكام التحكيم عادة ما تنفذ تلقائيا من جانب المحكوم عليه دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات قانونية معينة، بحيث يكاد يجمع المؤلفون على أن غالبية الأحكام التحكيمية يتم تنفيذها على الفور بشكل رضائي. يؤكد البعض أن نسبة الأحكام التي يتم تنفيذها لا تقل عن نسبة 90 %⁽²²¹⁾، و بالنسبة للجزائر يؤكد الأستاذ تركي أن كل الأحكام التحكيمية الصادرة ضد مؤسسات جزائرية تم تنفيذها دون تدخل قاضي التنفيذ.⁽²²²⁾

218- أحمد هندي: "تنفيذ أحكام المحكمين"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 12.

219- عبد الهادي عباس، المرجع السابق، ص 497.

220- أحمد هندي: تنفيذ أحكام المحكمين، ص 12.

221- عبد الهادي عباس، المرجع السابق، ص 499.

رغم ذلك، فقد يرفض الطرف المحكوم عليه تنفيذ حكم التحكيم اختيارا و يسعى إلى الحيلولة دون تنفيذه عن طريق استخدام كافة الوسائل القانونية المتاحة له ، في الوقت الذي يسعى المحكوم لصالحه إلى التنفيذ بكافة الطرق المخولة له قانونا⁽²²³⁾ لاسيما تنفيذ هذا الحكم تنفيذا جبريا بمساعدة القاضي و ذلك بالحصول على أمر بتنفيذه.

على أن تنفيذ الحكم التحكيمي لا يتم دون طلب الاعتراف به من قبل السلطة القضائية ، فالتنفيذ يسبقه الاعتراف، و نظرا لكون مصطلحا الاعتراف و التنفيذ يستعملان و كأتهما مرتبطان، فاتفاقية نيويورك لسنة 1958 تتحدث عن الاعتراف و تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية و كأتهما نفس المصطلح رغم أنهما متميزان بعضهما البعض، لذا فإنه من الضروري في بادئ الأمر التفرقة بين الاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية في مطلب أول ، لنبين في مطلب ثان شروط الاعتراف و التنفيذ و نختتم بإجراءات الاعتراف و التنفيذ في مطلب ثالث.

المطلب الأول: مفهوم الاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية

تخوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه⁽²²⁴⁾ ، إلا أنه لكي يدمج الحكم التحكيمي في النظام القانوني الجزائري يجب أن يتم الاعتراف به و لكي يصبح قابلا للتنفيذ يجب أن تضاف عليه الصيغة التنفيذية⁽²²⁵⁾ . و بدون الاعتراف و التنفيذ فلا يكون للحكم التحكيمي أي أثر غير كونه سنداً للإثبات⁽²²⁶⁾

223- بوصنبورة خليل ، المرجع السابق، ص 136.

224- المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

225- عليوش قريوع كمال: " التحكيم التجاري الدولي في الجزائر" ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 2005 ، الجزائر ص62.

226- ولد الشيخ شريفة: " تنفيذ الأحكام الأجنبية" ، دار هومة، الجزائر، 2004 ، ص 197 .

لم يعرف المشرع الجزائري و لا معاهدة نيويورك المقصود بالاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية
فماذا يقصد بالاعتراف بالأحكام التحكيمية (الفرع الأول) و ماذا يقصد بتنفيذ الأحكام التحكيمية
(الفرع الثاني)

الفرع الأول : مفهوم الاعتراف بالأحكام التحكيمية الدولية .

لم يعرف المشرع الجزائري و لا معاهدة نيويورك المقصود بالاعتراف في حين قدم بعض الفقهاء تعريفا
للاعتراف بحيث يرى الدكتور أحمد هندي أن الاعتراف يعني أن الحكم قد صدر بشكل صحيح و ملزم
للأطراف،⁽²²⁷⁾ و يرى الدكتور مصطفى تراري الثاني أن الاعتراف يرمي إلى تسليم المحاكم الجزائرية بقرار
تحكمي دون تنفيذه⁽²²⁸⁾، بينما يرى الدكتور عبد الحميد الأحذب أن طلب الاعتراف بالحكم التحكيمي
إجراء دفاعي ، يلجأ إليه حين تتم مراجعة المحكمة بطلب يتعلق بنزاع سبق أن عرض على التحكيم ، فيشير
الطرف الذي صدر الحكم التحكيمي لصالحه قوة القضية المقضية، و لإثبات ذلك فانه يبلغ الحكم إلى
المحكمة التي يطرح النزاع أمامها من جديد و يطلب منها الاعتراف بصحته و بطابعه الإلزامي في النقاط التي
حسمها.⁽²²⁹⁾ و يهدف الاعتراف إلى الحيلولة دون تقديم دعوى جديدة في الموضوع الذي سبق حسمه في
التحكيم بموجب حكم تحكيمي .⁽²³⁰⁾ فهو يتميز عن التنفيذ ، ففي الاعتراف يتذرع الطرف بما قضى به
الحكم التحكيمي و يطلب الإقرار له أنه صدر بشكل صحيح .

227- أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، ص24.

228- تراري الثاني مصطفى، المرجع السابق، ص51.

229- الأحذب عبد الحميد، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، ص 502.

230- نفس المرجع ، ص 503.

و لإثبات وجود مفهوم الاعتراف مستقل عن مفهوم التنفيذ، فإن الفقه يطرح فرضيتين، الفرضية الأولى هي تلك التي يكون فيها لأحد الأطراف مصلحة في إدخال حكم تحكيمي في النظام القانوني الجزائري دون أن تكون له نية في مباشرة التنفيذ الجبري له مثال حكم تحكيمي قضي برفض الطلب^{(231)*} و الفرضية الثانية هي عندما يعتد بها بصفة فرعية بمناسبة رفع دعوى أمام القضاء في نفس النزاع الذي فصل فيه الحكم التحكيمي^{(232)*}.

إن الاعتراف بالحكم لا يعني حتما تنفيذه ، لكن العكس صحيح، فالاعتراف إذن يتميز عن التنفيذ. فماذا يقصد بتنفيذ الأحكام التحكيمية ؟

الفرع الثاني : مفهوم تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية .

يمكن تعريف الأمر بالتنفيذ بأنه الإجراء الذي يصدر من القاضي المختص قانونا ، و يأمر بمقتضاه بتمتع حكم التحكيم وطنيا كان أو أجنبيا بالقوة التنفيذية، فهو يمثل نقطة الالتقاء بين القضاء الخاص و القضاء العام^{(233)*} و على عكس الاعتراف الذي يقول عنه أنه دفاعي ، يعرف الدكتور عبد الحميد الأحمد بالتنفيذ على أنه إجراء هجومي، فلا يطلب من القاضي الاعتراف بوجود الحكم التحكيمي بل يطلب منه إعطاء الحكم التحكيمي القوة المعطاة لحكم القاضي في تنفيذ الأحكام، و التنفيذ يذهب أبعد من الاعتراف.^{(234)*}

231- FOUCHARD (Ph) , GAILLARD (E) et GOLDMAN (B), op, cit , p 904

232- FOUCHARD (Ph) , GAILLARD (E) et GOLDMAN (B), op, cit , p 905

233- عمرو عيسى الفقى، المرجع السابق ، ص96.

234- الأحمد عبد الحميد: " موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي " ، الكتاب الثاني، ص 503.

و لا ينفذ الحكم التحكيمي إلا إذا أمرت دولة التنفيذ بتنفيذه ، طبقا لقواعد المرافعات المتبعة لديها ، حسب صريح المادة 1/3 من اتفاقية نيويورك ، فينبغي استصدار أمر من المحكمة المختصة بتنفيذ حكم المحكم.⁽²³⁵⁾

و قد تطلب القانون استصدار الأمر، لأن حكم التحكيم عمل صادر من قضاء خاص و لأن المحكمين ليست لديهم سلطة الأمر التي يتمتع بها قضاة الدولة لذلك لا بد من تدخل قاضي الدولة ليعطي قوة تنفيذية لقرار المحكمين عن طريق ما يسمى بالأمر بالتنفيذ⁽²³⁶⁾ ، لكن ذلك يكون بشروط نص عليها المشرع يجب توافرها و إلا رفض القاضي الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي ، فما هي هذه الشروط؟

المطلب الثاني : شروط الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي .

تنص المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها ، و كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي .

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

و تضيف المادة 1052 من نفس القانون على أنه : " يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما ، تستوفي شروط صحتها . " تودع هذه الوثائق بأمانة ضبط الجهة القضائية و هو ما نصت عليه المادة 1053 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه ، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل ."

235- هندي أحمد: تنفيذ أحكام المحكمين، ص 24 .

236- عمرو عيسى الفقى ، المرجع السابق ، ص 96 .

أما اتفاقية نيويورك لسنة 1958، فقد نصت على هذه الشروط في المادة الرابعة منها، حيث تنص:"

1- يجب على الطرف الذي يطلب الاعتماد و التنفيذ المذكورين في المادة السابقة، قصد الحصول عليهما، أن يرفق طلبه بما يأتي:

أ) النسخة الأصلية المصدقة قانونا من القرار أو نسخة من النص الأصلي تتوفر فيها الشروط المطلوبة لتصديقها
ب) النص الأصلي للاتفاقية المذكورة في المادة 2 أو نسخة منه تتوفر فيها الشروط المطلوبة لتصديقها.

2- إذا لم يكن القرار أو الاتفاقية المذكوران محررين بلغة البلد الرسمية المستشهد بالقرار فيها، فإنه يتعين على الطرف الذي يطلب اعتماد القرار و تنفيذه أن يقدم ترجمة لتلك الوثيقتين بلغته، و يجب أن يصدق الترجمة مترجم رسمي أو مترجم محلف أو عون دبلوماسي أو قنصلي."*(237)

يلزم قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و كذا اتفاقية نيويورك القاضي قبل منح الاعتراف و التنفيذ التأكد من توفر الشروط القانونية للاعتراف و التنفيذ. و بما أنه، كما سبق ، لم يميز المشرع الجزائري و اتفاقية نيويورك الاعتراف و التنفيذ بشكل واضح فإن الرقابة القضائية التي تمارس على طلبات الاعتراف أو التنفيذ هي نفسها و تستوجب نفس الشروط.

على ضوء ما سبق ، يتبين أن الاعتراف و التنفيذ لن يتم إلا إذا تم إثبات وجود الحكم التحكيمي

(الفرع الأول) و ألا يكون هذا الحكم مخالفا للنظام العام الدولي (الفرع الثاني)

الفرع الأول: إثبات وجود الحكم التحكيمي

إن أول شرط يتعين على الطرف الذي يقدم طلبا للقاضي قصد الحصول على الاعتراف بالحكم التحكيمي توفره يتمثل في إثبات وجود الحكم التحكيمي، وفق ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أعلاه. و لم يميز المشرع الجزائري في هذا المجال بين الاعتراف و التنفيذ ، فبنفس الشروط تكون الأحكام التحكيمية قابلة للتنفيذ في الجزائر طبقا للفقرة الثانية من نفس المادة.

و عملية إثبات الحكم التحكيمي تتم عن طريق تقديم أصل الحكم مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها ، و هو ما تضمنته المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي تنص على أنه : " يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما ، تستوفي شروط صحتها."

هذا يعني أنه إذا لم يتمكن الطرف الذي باشر هذه الإجراءات، لسبب أو آخر ، تقديم أصل الحكم التحكيمي و أصل اتفاقية التحكيم ، فإنه يتعين عليه على الأقل تقديم نسخا منها تستوفي شروط صحتها.⁽²³⁸⁾ أي أن تكون مطابقة للأصل مصادق عليها قانونا. و هي نفس الشروط الواردة في الفقرة الأولى من المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 حيث تنص:

" يجب على الطرف الذي يطلب الاعتماد و التنفيذ المذكورين في المادة السابقة، قصد الحصول عليهما، أن يرفق طلبه بما يأتي:

- أ) النسخة الأصلية المصدقة قانونا من القرار أو نسخة من النص الأصلي تتوفر فيها الشروط المطلوبة لتصديقها
- ب) النص الأصلي للاتفاقية المذكورة في المادة 2 أو نسخة منه تتوفر فيها الشروط المطلوبة لتصديقها."

لكن ماذا لو قدمت الوثائق المطلوبة بلغة غير اللغة العربية ؟

لم ينص المشرع الجزائري في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي على هذه الحالة، و لتسوية هذا الإشكال يمكن الرجوع إلى أحكام اتفاقية نيويورك لسنة 1958 و التي نصت في الفقرة الثانية من المادة الرابعة على أنه :

إذا لم يكن القرار أو الاتفاقية المذكوران محررين بلغة البلد الرسمية المستشهد بالقرار فيها، فإنه يتعين على الطرف الذي يطلب اعتماد القرار و تنفيذه أن يقدم ترجمة لتلك الوثيقتين بلغته، و يجب أن يصدق الترجمة مترجم رسمي أو مترجم محلف أو عون دبلوماسي أو قنصلي.⁽²³⁹⁾

كما يمكن الرجوع إلى الأحكام العامة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص في الفقرة الثانية من المادة الثامنة منه على أنه : " يجب أن تقدم الوثائق و المستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة ، تحت طائلة عدم القبول "

تودع الوثائق المطلوبة على هذا النحو بأمانة ضبط الجهة القضائية و هو ما جاء في المادة 1053 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص : " تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه ، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل ."

يتعين على القاضي الوطني الذي يعرض عليه طلب من هذا القبيل أن يراقب مدى توفر هذه الشروط قبل منح الاعتراف و الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي و ذلك على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و كذا القواعد الواردة في اتفاقية نيويورك، لأنه بمصادقة الجزائر على اتفاقية نيويورك تكون قد أدخلتها في نظامها الداخلي و أعطتها أولوية التطبيق على أي نص قانوني يخالفها أو يعارضها.

و قد كان لقضاة المحكمة العليا فرصة للتطرق لهذه المسألة في قرارها الصادر في 18-4-2007 ملف رقم 461776 حيث جاء في حيثيات الوجه المثار تلقائيا من طرف المحكمة العليا :

" حيث أنه بالرجوع إلى مستندات القضية و القرار المطعون فيه يتبين بأن قضاة الموضوع قد خرقوا قاعدة جوهرية في الإجراءات لما قضاوا على المطعون ضدها بإيداع أصل قرار التحكيم الدولي إلى غير ذلك من الوثائق بحيث كان على قضاة الموضوع قبل إصدار أمر بالتنفيذ أن يلزموا طالب التنفيذ المطعون ضدها أن تقدم ملفا يتضمن الوثائق اللازمة و المنصوص عليها بالمادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية و كذا المادة 2/4 من اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها و التي انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05.

و أن هذه الشروط المنصوص عليها بالمادة السالفة الذكر لأجل الحكم بالأمر بالتنفيذ يتمثل في إيداع لدى كتابة ضبط المحكمة نسخة أصلية أو نسخة مطابقة للأصل مصادق عليها قانونا لقرار التحكيم و نسخة أصلية أو نسخة مطابقة للأصل مصادق عليها قانونا من اتفاقية التحكيم و أن يتم تحرير محضر عن إيداع تلك الوثائق كما أنه يتم تسليم نسخة منه لطالب أمر تنفيذ القرار التحكيمي كما تنص عليه المادة 458 مكرر 19 من قانون الإجراءات المدنية و أن يتم تبليغ القرار التحكيمي للمراد التنفيذ عليه.

حيث أن هذه الوثائق و المنصوص عليها يجب مراقبتها من طرف القاضي الأمر بالتنفيذ ، فإن تبين له أنها مستوفية لتلك الشروط المنصوص عليها قانونا يحق له أن يصدر أمر بالتنفيذ. حيث أن قضاة الموضوع لما انتهوا إلى أمر بإيداع تلك الوثائق لدى كتابة الضبط ، فإنهم قد خرقوا المادة 458 مكرر 18 و 19 من قانون الإجراءات المدنية .

حيث أنهم لما قضاوا كما فعلوا فإنهم قد عرضوا قرارهم للنقض و الإبطال⁽²⁴⁰⁾ .

240- قرار المحكمة العليا ملف رقم 461776 بتاريخ 18-4-2007 ، قضية الشركة الجزائرية للصناعات الغذائية "ساليما" ضد ترادينج أند سارفيس ، منشور بمجلة المحكمة العليا - العدد الثاني ، 2007 ، ص 207-214

الفرع الثاني : عدم مخالفة الحكم للنظام العام الدولي

بالإضافة إلى شرط إثبات وجود الحكم التحكيمي، يشترط القانون للاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي بالجزائر ألا يخالف هذا الحكم النظام العام الدولي حيث تنص المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه : " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها و كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي ". شرط نصت عليه أيضا اتفاقية نيويورك في مادتها الخامسة فقرة 2 التي تنص على أنه:

" كذلك يمكن أن تفرض اعتماد قرار تحكيمي و تنفيذه إذا لاحظت السلطة المختصة في البلد الذي طلب فيه الاعتماد و التنفيذ ما يأتي:

أ) إن موضوع الخلاف ، حسب قانون هذا البلد، ليس من شأنه أن يسوى بطريق التحكيم ، أو

ب) أن اعتماد القرار أو تنفيذه قد يخالف النظام العام في هذا البلد " .⁽²⁴¹⁾

فماذا يقصد بالنظام العام الدولي ؟

على خلاف غالبية التشريعات التي لا تعرف التفرقة بين النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي ، فإن المشرع الجزائري يميز بين النوعين من النظام العام و هو ما يتجلى في نص المادة 1051 أعلاه، كما يميز الفقه من جهته بين النظامين، و عليه قبل الإجابة على التساؤل المطروح، و بغرض تيسير فهم فكرة النظام العام الدولي ، يتعين أولاً تحديد مفهوم النظام العام الداخلي.

241- الجريدة الرسمية ، العدد 48 لسنة 1988 ، ص1600.

مع الملاحظة أن النص تضمن خطأ ، فالأصح هو " كذلك يمكن أن ترفض اعتماد ... " و ليس " أن تفرض "، فالنص الفرنسي ينص

« la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être **refusées** si l'autorité.... »

أولاً: مفهوم النظام العام الداخلي:

لم يعرف المشرع الجزائري، على غرار غيره من المشرعين، النظام العام و لم يحدد فكرته، بل ترك ذلك للفقهاء و القضاء، برغم ما لهذه الفكرة من أهمية كبرى⁽²⁴²⁾، فهي فكرة تستعصي أيضا على الباحثين من حيث إمكانية وضع تعريف جامع مانع لها يغني عن السلطة التقديرية للمحكمة، فكل المحاولات التي بذلت باءت بالفشل باعتبارها فكرة مطاطة و مرنة⁽²⁴³⁾، فقد حاول الفقهاء و القضاء فعل ما أغفله المشرع بينما اكتفى الشراح بتقريبها من الأذهان.⁽²⁴⁴⁾

فقد ذهب جانب من الفقهاء⁽²⁴⁵⁾ إلى "أنها القواعد التي يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى و تعلو على مصلحة الأفراد"، بينما يرى جانب آخر من الفقهاء أنه "يقصد بالنظام العام في دولة ما، مجموعة الأصول و القيم العليا التي تشكل كيانها المعنوي، و ترسم صورة الحياة الإنسانية المثلى فيها و حركتها نحو تحقيق أهدافها، سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية. و هي بهذه المثابة مبادئ و قيم تفرض نفسها على مختلف أنواع العلاقات القانونية في الدولة، وجودا و أثرا غالبا في صورة قواعد قانونية آمرة تحكم هذه العلاقة. و المظهر العملي لهذه القواعد و الوظيفة التي تؤديها هو بطلان كل عمل إرادي يأتيه المخاطب بها بالمخالفة لها، عقدا كان هذا العمل أو عملا منفردا، من

242- جعفرور محمد سعيد: "مدخل إلى العلوم القانونية الوجيز في نظرية القانون"، الطبعة الثالثة عشر، دار هومة للطباعة النشر

و التوزيع الجزائر 2006، ص 117.

243- البطاينة عامر فتحي، المرجع السابق، ص 187.

244- جعفرور محمد سعيد، المرجع السابق، ص 117.

245- عبد الهادي عباس، ص 87.

ناحية ، و عدم جواز النزول عن الحقوق و المراكز القانونية التي تقررها للبعض منهم قبل البعض الآخر من ناحية أخرى⁽²⁴⁶⁾ ، و يرى الدكتور عبد الحميد الأحذب أن النظام العام و الآداب هما الباب الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية و الاقتصادية و الخلقية ، فتؤثر في القانون روابطه ، و تجعله يتماشى مع التطورات الاجتماعية و الاقتصادية و الخلقية، و تتسع دائرة النظام العام و الآداب أو تضيق تبعا لهذه التطورات و طريقة فهم الناس لنظم عصرهم ، و ما توافقوا عليه من آداب ، و تبعا لتقدم العلوم الاجتماعية.

كل هذا يترك للقاضي، يفسره التفسير الملزم لروح عصره ، فالقاضي يكاد إذا أن يكون مشرعا في هذه الدائرة المرنة ، بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره و نظم أمته الأساسية و مصالحها العامة.⁽²⁴⁷⁾ و يرى آخر أن فكرة النظام العام تعني القواعد الأساسية و الأفكار السائدة في المجتمع، يستوي أن تكون هذه الأفكار اجتماعية، اقتصادية أو سياسية. أما الآداب العامة فهي مجموعة الأفكار السائدة و المتعلقة بالأخلاق الشائعة في مجتمع ما في فترة ما. و فكرة النظام العام فكرة مرنة تختلف من دولة إلى أخرى و في ذات البلد من وقت لآخر.⁽²⁴⁸⁾

أما الأستاذ Jean Robert⁽²⁴⁹⁾ فقد ربط الفكرة بحرية الإنسان ، بالقول أن النظام العام ، بالمفهوم العام الذي يحتويه، يعبر عن حدود حرية الإنسان في المصلحة العامة. مبدأ حق المجتمع الذي يتعين ان يخضع له في فائدة نظام ضروري لحياة الجماعة.

246- مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق ، ص 153.

247- الأحذب عبد الحميد " موسوعة التحكيم ، التحكيم الدولي " ، الكتاب الثاني ، ص 539 .

248- بيومي حجازي عبد الفتاح: "النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر" دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2003 ص182

249- ROBERT (Jean), op, cit, p 350

« L'ordre public , au sens le plus général qu'il recouvre , exprime sans doute la limite que rencontre la liberté de l'homme dans l'intérêt général. Principe du droit de la société auquel l'individu doit accepter de se plier dans l'intérêt de l'ordre nécessaire à la vie d'une communauté »

تظهر التعاريف المقدمة لفكرة النظام العام مدى صعوبة تحديد هذه الفكرة و يتبين أنها تأبى على التحديد لكونها متغيرة غير ثابتة لا يكتب لها الاستقرار في حدود معينة بل هي فكرة دائما في تطور و تغير مستمرين⁽²⁵⁰⁾ فهي فكرة نسبية تتغير وفقا للمكان و الزمان و تختلف من مجتمع إلى آخر بل و في داخل المجتمع الواحد تختلف من زمن لآخر، فما يعتبر من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في المجتمع ، قد لا يعتبر كذلك في مجتمع آخر و ما يعتبر من النظام العام في مجتمع معين و في زمن معين ، قد لا يصبح كذلك في زمن لاحق، و ذلك بفعل تغير أسس المجتمع بتغير المبادئ و العقائد و المذاهب الفكرية و الاجتماعية و السياسية السائدة⁽²⁵¹⁾

و إذا كانت فكرة النظام العام هذه تأبى على التحديد، فما هو الوضع بالنسبة لفكرة النظام العام الدولي ؟

ثانيا : النظام العام الدولي:

لم تسمح بعد للقضاء الجزائري الفرصة ليتخذ موقفا حول مفهوم النظام العام الدولي ذو المصدر الداخلي،⁽²⁵²⁾ فهو وحده ، بمناسبة طعن بإبطال حكم تحكيمي يعرض عليه ، الذي له الحرية في تحديد مفهوم النظام العام الدولي و النطاق الذي يعتزم منحه إياه.⁽²⁵³⁾

فبصفة مبسطة ، يمكن تعريف "النظام العام الدولي الحقيقي" على أنه مجموعة المبادئ الأساسية الضرورية لتنظيم المجتمع الدولي . يتعلق الأمر بالقواعد المشتركة التي يتعين معاقبة إخلالها من قبل المحكم الدولي بغض

250- البطانية عامر فتحي ، المرجع السابق ، ص189 .

251- جعفرور محمد سعيد، المرجع السابق ، ص 117.

252- TERKI (Nour eddine), op cit, p45.

253- BEDJAOUI (Mohamed), MABROUKINE (Ali) , op cit , p905.

النظر عن التشريع الوطني الذي يحكم موضوع النزاع.⁽²⁵⁴⁾

و يرى الدكتور مصطفى تراري الثاني أن المقصود هنا ليس النظام العام الوطني الذي لا يتم إعماله إلا في الحالات التي يكون فيها التحكيم وطنيا بحتا لا تتوفر له معايير دولية ، و لا ما عرف لدى بعض الفقهاء بالنظام العام الدولي الحقيقي الذي يضم القواعد المشتركة بين كل التجمعات دولا و شعوبا، كما هو الحال بالنسبة لتجريم تجارة الرقيق الأبيض و الأسود و المخدرات و حرق الحصار و الرشوة و استغلال النفوذ في المعاملات التجارية الدولية ، و إنما المقصود هو تلك الصورة المخففة من النظام العام الجزائري التي تتماشى مع مقتضيات المرونة التي تتسم بها التجارة الدولية ، سواء تعلق الأمر بالقواعد الموضوعية أو الإجرائية.⁽²⁵⁵⁾

و يمكن القول أن النظام العام الدولي هو مجموعة من القواعد التي تضعها الاتفاقيات الدولية و الأعراف الدولية و مجموع المبادئ الدولية المتفق عليها. و قد أورد الدكتور بخشي بعض الفرضيات حول قواعد النظام العام الدولي في القانون الجزائري تتمثل في: التزام احترام سلطات الرقابة للسلطات العمومية في مجال العلاقات المالية مع الخارج ، مبدأ حسن النية في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية ، احترام القواعد الأساسية للعدالة لاسيما حقوق الدفاع.⁽²⁵⁶⁾

يتدخل القاضي الوطني لمراقبة الحكم التحكيمي بمناسبة طلب الاعتراف و التنفيذ المقدم إليه ، فإذا وجد أن في الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في الدولة المطلوب فيها هذا الاعتراف أو

254- TERKI (Nour eddine), op cit ,p 46.

« 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 »

255 - تراري الثاني مصطفى: " التحكيم التجاري الدولي في الجزائر اثر صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات المدنية" مجلة دراسات قانونية ، العدد الأول ، جوان 2002 ، ص 52 .

256- BEKHECHI (Mohammed Abdelwahab) , op ,cit , p69.

التنفيذ، فإن ذلك يعد مبرراً لرفض الاعتراف أو التنفيذ لحكم التحكيم و تكاد تجمع على هذه الحالة كافة الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم بصفة عامة أو تلك المعنية بتنفيذ أحكام التحكيم بصفة خاصة⁽²⁵⁷⁾ و باعتبار أن فكرة النظام العام الدولي قد تختلف من دولة إلى أخرى، و بالتالي فإن القاضي له سلطة تقديرية في اعتبار أن التنفيذ أو الاعتراف بالقرار التحكيمي مخالف للنظام العام الدولي أو لا. غير أن الرقابة التي يقوم بها القاضي لا يجب أن تكون عائفاً يحول دون أداء التحكيم لمهمته، على الوجه المطلوب أو تكون سبباً في إطالة مدة النزاع و إجراءاته⁽²⁵⁸⁾

فسلطة القاضي تقتصر على الجانب الشكلي دون البحث في الموضوع، فالقاضي غير مسموح له بدراسة موضوع القرار التحكيمي المطالب بالاعتراف به و تنفيذه،⁽²⁵⁹⁾ باعتبار أنه يفترض توافره على مقومات وجوده و صحته و يقع عبء إثبات انعدام اتفاق التحكيم أو عدم صحته على عاتق من يطلب تنفيذ حكم التحكيم ضده و ذلك بمناسبة استئناف أمر الاعتراف أو التنفيذ.

257- صلاح الدين جمال الدين، الفعالية الدولية.. المرجع السابق، ص 127

258- بوضنيرة خليل، المرجع السابق، ص 136

259 - بوضنيرة خليل، المرجع السابق، ص 138

المطلب الثالث: إجراءات الاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية .

إذا كان للأطراف في التحكيم التجاري الدولي الحرية في اختيار القانون الذي تخضع له إجراءات

التحكيم، فإن إجراءات تنفيذ القرار التحكيمي تخضع لقانون الدولة الذي يتم فيها التنفيذ.

و قد نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك على أن " تقرر كل من الدول المتعاقدة سلطة أي

قرار تحكيمي و توافق على تنفيذ هذا القرار طبقاً للقواعد الاجرائية المتبعة في التراب الذي يستهدف فيه القرار

و وفقاً للشروط المقررة في المواد الآتية ... " ، فالاتفاقية لم ترسم إجراءات معينة لتنفيذ القرارات التحكيمية

الأجنبية ، و إنما تركت ذلك لقواعد قانون المرافعات في بلد التنفيذ و هذا يعني أنه حتى يمكن تنفيذ حكم

تحكيم أجنبي في دولة من الدول يجب احترام الشروط التي يضعها قانون دولة التنفيذ.

على أنه إذا كانت هذه الاتفاقية تحيل بشأن إجراءات طلب الاعتراف و التنفيذ إلى القوانين الداخلية

للدول الموقعة عليها ، فإنها تلقي على عاتق هذه الدول التزاما بعدم التفرقة في المعاملة بين أحكام التحكيم

الداخلية و أحكام التحكيم الدولية،⁽²⁶⁰⁾ حيث تابعت المادة السالفة "... و لا تفرض لاعتماد القرارات

التحكيمية التي تطبق عليها هذه الاتفاقية أو لتنفيذها شروط أشد صرامة بشكل محسوس ، و لا مصاريف

قضائية أشد ارتفاعاً بشكل محسوس من الشروط و المصاريف المفروضة لاعتماد القرارات التحكيمية الوطنية أو

لتنفيذها"

فما هي الجهة المختصة للنظر في طلب الاعتراف و التنفيذ ؟ و ما هي الإجراءات الواجب إتباعها

للحصول على الاعتراف بالقرار التحكيمي التجاري الدولي و امهاره بالصيغة التنفيذية ؟

سيتم الإجابة على هذين التساؤلين من خلال التطرق لـ :

- الجهة القضائية المختصة ، موضوع الفرع الأول ، و
- الإجراءات الواجب إتباعها للحصول على الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي، موضوع الفرع الثاني.

الفرع الأول : المحكمة المختصة.

تنص المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها ، و كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي .
و تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر و بنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني."

أول ما نلاحظه في هذه المادة ، أنها لم تنص على المحكمة المختصة بخصوص الاعتراف في حين نصت في فقرتها الثانية عن المحكمة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ و هو مرتبط بمقر التحكيم على النحو التالي:

- إذا كان مقر التحكيم موجودا في الجزائر، فان المحكمة المختصة هي التي صدر في دائرة اختصاصها القرار التحكيمي.

- إذا كان مقر التحكيم موجودا خارج الجزائر ، فإن رئيس محكمة محل التنفيذ هو المختص .
أما بخصوص أمر الاعتراف بالحكم التحكيمي، فإذا كان طلب الاعتراف فرعيا أي أنه مرتبط بالطلب بالتنفيذ فإنه يخضع لنفس القواعد المذكورة.

أما إذا كان طلب الاعتراف أصليا ، فيتم الاعتراف من طرف المحكمة التي سينفذ القرار التحكيمي في دائرة اختصاصها.⁽²⁶¹⁾

نشير في الأخير أن أحكام التحكيم الخاضعة لاتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الموقع عليها بتاريخ 1987/4/14 و التي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1992/6/25⁽²⁶²⁾، طبقا لنص المادة 35 فإن المحكمة العليا لدى كل دولة متعاقدة هي المختصة بإضفاء الصيغة التنفيذية على قرارات هيئة التحكيم.⁽²⁶³⁾

بعدما تم تحديد الجهة القضائية المختصة ، نحاول أن نبين إجراءات استصدار الأمر بالاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي.

الفرع الثاني : إجراءات استصدار الأمر بالاعتراف و التنفيذ.

على ضوء أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لاسيما المواد 1051 ، 1052 ، 1053 و المواد من 1035 إلى 1038 التي تحيل إليها المادة 1054 و أحكام اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها، و على ضوء كذلك ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا⁽²⁶⁴⁾ يمكن حصر إجراءات استصدار الأمر بالاعتراف و التنفيذ فيما يلي:

يقوم الطرف المعني بالتعجيل (المادة 1053) و هو غالبا الطرف الذي صدر القرار التحكيمي لفائدته بتقديم عريضة كتابية أمام رئيس المحكمة المختصة يطلب فيها الاعتراف بالقرار التحكيمي أو امهاره بالصيغة التنفيذية ، وهذا الطلب (العريضة) يكون ، طبقا لنص المادة 1052 و المادة 1/4 من اتفاقية نيويورك

262- الأحمد عبد الحميد " موسوعة التحكيم ، وثائق تحكيمية"، الكتاب الثالث، ص345.

263- نفس المرجع ، ص355

264- قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا قضية رقم 311816 بتاريخ 29-12-2004 منشور بمجلة التحكيم العدد الأول يناير 2009 ص 379

- قرار المحكمة العليا ملف رقم 461776 بتاريخ 18-4-2007 ، قضية الشركة الجزائرية للصناعات الغذائية " سالينا" ضد ترادينج أند سارفيس ، منشور بمجلة المحكمة العليا - العدد الثاني - 2007 ، ص 207 - 214

مرفقا باتفاقية التحكيم و القرار التحكيمي أو بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها. و يجب أن تكون الوثيقتان مصحوبتان بالترجمة إلى اللغة العربية طبقا للفقرة الثانية من المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك و الفقرة الثانية من المادة الثامنة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، تودع الوثيقتان و ترجمتهما رفقة العريضة بأمانة ضبط الجهة القضائية.

يتم تحرير محضر الإيداع الذي تسلم نسخة منه إلى طالب أمر التنفيذ بعد استيفاء الرسوم القضائية المستحقة و ذلك طبقا لما تقضي به المادة 1035 من نفس القانون، يضاف إلى تلك الوثائق محضر تبليغ القرار التحكيمي الأجنبي.

يتعين على رئيس المحكمة مراقبة هذه الوثائق ، فإن تبين له أنها مستوفية لتلك الشروط المنصوص عليها قانونا يحق له أن يصدر أمرا بالتنفيذ.

و الأمر الصادر بتنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي يصدره رئيس المحكمة أثناء مباشرته الوظيفة الولائية دون أن يفتح المجال لنقاش حضوري بين الأطراف في النزاع و ذلك في أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ إيداع الطلب طبقا للمادة 310 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

في حالة استجابة رئيس المحكمة للطلب يقوم صاحبه بتبليغه رسميا إلى المعني بالتنفيذ و الذي يحق له استئناف هذا الأمر في أجل شهر من تاريخ التبليغ أمام رئيس المجلس و ذلك في الحالات المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، كما سنبينه لاحقا و في حالة رفض الطلب يحق لمقدم الطلب استئناف الأمر أمام رئيس المجلس في أجل خمسة عشر(15) يوما من تاريخ الرفض طبقا لأحكام المادة 2/1035 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

يسلم رئيس أمعاء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف طبقا لما جاء في المادة 1036.

و بعد اكتساب القرار التحكيمي لقوة الشيء المقضي فيه يقوم الطالب، أي الطرف الذي صدر لصالحه الأمر بمباشرة التنفيذ وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية لكون القرار التحكيمي أصبح بمثابة حكم قضائي بعد امهاره بالصيغة التنفيذية.

و خلال مباشرة إجراءات التنفيذ، قد يتدخل القاضي مصدر الأمر بالتنفيذ (رئيس المحكمة) و ذلك من أجل الفصل في إشكالات التنفيذ التي قد تثار (المادة 631 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية) .

من خلال ما سبق عرضه يبدو جليا الدور الذي يقوم به القاضي الوطني و المساعدة التي يقدمها للتحكيم من خلال عدم تشدده عند مراقبته للحكم التحكيمي، بإجراءات إصدار الأمر بالتنفيذ في الجزائر مبسطة إلى أكبر حد و تتم مبدئيا في آجال قصيرة، فالقاضي يكتفي بمراقبة عدم مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي،⁽²⁶⁵⁾ فالأحكام التشريعية الجزائرية الخاصة بالتحكيم تعكس بصفة منسجمة التوجهات الحالية للقانون الدولي للتحكيم، و يبقى على القاضي الجزائري أن يسهل إدخال أحكام التحكيم الدولية سواء الصادرة في الجزائر أو في الخارج في النظام القانوني الوطني.⁽²⁶⁶⁾

لكن إذا كان القاضي الوطني، بمناسبة طلب الاعتراف و التنفيذ المعروض أمامه، يقوم بمراقبة سطحية للحكم التحكيمي، لاسيما من حيث التأكد من وجود القرار التحكيمي و عدم مخالفته للنظام العام الدولي فإن المراقبة الحقيقية للحكم التحكيمي تقوم به الجهات القضائية الاستئنافية بمناسبة الطعن في الأمر بالاعتراف و التنفيذ أو الطعن ببطالان الحكم التحكيمي . و هو موضوع المبحث التالي.

265- BEDJAOUI (Mohamed), MABROUKINE (Ali) , op.cit , p 902 .

266- Idem ; p 907

المبحث الثاني : طرق الطعن في الأحكام التحكيمية الدولية .

يقال أن القاعدة الذهبية العامة تنادي بعدم المساس بالأحكام القضائية بعد صدورها و ذلك لضرورة استقرار الحقوق و المراكز القانونية ، و هذا الاستقرار لا يتحقق إلا إذا اكتسب الحكم المعني حصانة تحول دون المساس به سواء بتعديله أو إلغائه، غير أنه من ناحية أخرى نجد أن هذه الأحكام تصدر عن بشر ليسوا معصومين من الخطأ سواء كان متعمدا أم غير متعمد.⁽²⁶⁷⁾ و باعتبار أن المحكم لا يستمد ولايته من المشرع و إنما من اتفاق التحكيم ، فإذا كان هذا الاتفاق منعما أو باطلا ، انعدم الأساس الذي يستمد منه المحكم ولايته ، فيصير القرار الصادر منه في حكم العدم.⁽²⁶⁸⁾

على هذا الأساس أقرت التشريعات و الاتفاقيات الدولية طرقا مختلفة للطعن ضد قرارات التحكيم الدولي و كما عبر عنه الدكتور بن الشيخ، فإنه يجب أن تعلق طرق الطعن كسيف ديموكليس فوق رؤوس المحكمين لكي لا يصدر هؤلاء قراراتهم باستخفاف و خارج جميع مبادئ الإنصاف و بطريقة غير شرعية . فأحكام التحكيم الأجنبية لا تستحق دائما إدخالها ضمن المنظومة القانونية الداخلية.⁽²⁶⁹⁾

267- مناني فراح: " التحكيم طريق بديل لحل النزاعات"، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة 2010، ص 178.

268- البطاينة عامر فتحي، المرجع السابق، ص 147.

269 – Benchikh (Noureddine) ; « l'arbitrage dans les relations commerciales internationales de l'Algérie » thèse de doctorat de l'université du Maine ; Novembre 1992 ; p264

« Les voies de recours doivent être posées comme une épée de Damoclès suspendue à la tête des arbitres afin que ces derniers ne rendent pas leurs décisions à la légère et en dehors de toute équité et de manière déloyale.

Les sentences arbitrales étrangères ne sont pas toujours dignes d'être introduites dans l'ordre juridique interne... »

تساؤلات عديدة تطرح هنا ، فما هي طرق الطعن التي تسمح لأي طرف من أطراف الخصومة التحكيمية التقدم أمام القاضي الوطني بغية طلب تصحيح الحكم التحكيمي الصادر ؟ و ما هي الأسباب التي يمكن أن يستند عليها لطلب الإبطال ؟ و ما هي آجال ذلك ؟

يتميز المشرع الجزائري على غرار معظم التشريعات بين الطعن ضد الأحكام التحكيمية الأجنبية (المطلب الأول) و الطعن ضد الأحكام التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي (المطلب الثاني)

المطلب الأول : الطعن ضد الأحكام التحكيمية الأجنبية .

تنص المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في فقرتها الأولى على أنه : " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه."

بمفهوم المخالفة، يفهم أن حكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج لا يمكن أن يكون موضوع طعن بالبطلان في الجزائر.

و هو الحل المعتمد في القانون الفرنسي في المادة 1504 من قانون الإجراءات المدنية الجديد، و يرى الأستاذ فوشار أن الاتجاه المنتهج يستحق التأييد لأنه يشجع على التوزيع الدولي للاختصاص القضائي بين الدول تجاه أحكام التحكيم التجاري الدولي، بحيث يعترف للقاضي الفرنسي حق إبطال أحكام التحكيم الصادرة في إقليمه لكن يمنع عليه القيام بذلك بالنسبة للأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج.⁽²⁷⁰⁾

270- FOUCHARD (Philippe) , "l'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981" In Journal du Droit International ; N° 2 , Avril- Mai-Juin 1982, p 411

ذلك هو الشأن أيضا بالنسبة للقاضي الجزائري، لأن أحكام التحكيم الصادرة في الخارج، غير قابلة للطعن المباشر لها،⁽²⁷¹⁾ فلن يكون ذلك إلا بطريقة غير مباشرة من خلال الطعن بالاستئناف (الفرع الأول) سواء ضد أمر رئيس المحكمة القاضي بالاعتراف و التنفيذ أو ضد الأمر القاضي برفض الاعتراف و التنفيذ طبقا لنص المادتين 1055 و 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، على أن القرارات الصادرة تطبيقا لهاتين المادتين قابلة للطعن بالنقض (الفرع الثاني) طبقا لنص المادة 1061 من نفس القانون.

الفرع الأول : الاستئناف

طبقا لأحكام المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فإن الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ يكون قابلا للاستئناف. و بمفهوم المخالفة ، قد نفهم أن الأمر القاضي بالاعتراف و التنفيذ لا يكون قابلا للاستئناف ، غير أن الواقع غير ذلك ، ففي الحالتين يكون الأمر الصادر عن القاضي قابلا للاستئناف، إلا أن المشرع قيد الاستئناف ضد الأمر القاضي بالاعتراف و التنفيذ و استلزم أن تتوفر فيه شروط ذكرت علي سبيل الحصر لا المثال.

فعندما يعرض طلب للاعتراف و تنفيذ حكم تحكيمي أجنبي على رئيس المحكمة ، فإننا نكون أمام فرضيتين ، فقد يستجيب رئيس المحكمة للطلب فيقوم صاحبه بتبليغه رسميا إلى المعني بالتنفيذ ، و يحق لهذا الأخير استئناف هذا الأمر و قد يرفض رئيس المحكمة الاستجابة للطلب فيحق لمقدم الطلب أيضا استئناف الأمر.

بالتالي فالمشرع يفرق هنا بين الاستئناف كطريق عام ، و الذي يوجه ضد قرار القاضي الراضى للاعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمى مهما كان سببه (أولاً) و الاستئناف كطريق خاص يوجه ضد حكم القاضي الذي يعترف و يأمر بتنفيذ القرار التحكيمى في حالات خاصة جاء بها المشرع على سبيل الحصر (ثانياً).⁽²⁷²⁾

أولاً: استئناف الأمر القاضي برفض الاعتراف و برفض تنفيذ الحكم التحكيمى الأجنبي و إجراءاته
تنص المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلاً للاستئناف".

لم يحدد المشرع الحالات التي يمكن فيها رفع الاستئناف ضد الأمر القاضي برفض الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمى الأجنبي بل ترك المجال مفتوحاً لطالب الاعتراف و التنفيذ فكل الأوجه جائز توجيهها ضد الأمر.

و يرى الأستاذ تركي أن هذا النوع من الاستئناف لا يكون له حظوظ كثيرة لاستعماله ، بالنظر إلى السلطة الممنوحة لرئيس المحكمة ، الذي لا يمكنه إلا مراقبة شكلية للحكم التحكيمى من حيث وجوده و عدم مخالفته للنظام العام الدولي ، كما أن التوسع المبالغ لهذه الفكرة من طرف محاكمنا غير متوقعة بالنظر إلى الظرف الجديد لاقتصاد السوق.⁽²⁷³⁾

272- تراري الثاني مصطفى ، المرجع السابق ، ص54

273- TERKI (Nour eddine) , op, cit , p 132.

« Cette forme d'appel semble avoir très peu de chance d'être souvent mise en œuvre. Cette interprétation trouve sa justification dans la nature du pouvoir qui est octroyé au président du tribunal. comme nous l'avons montré , il n'est en effet habilité à vérifier , d'une manière formelle, que la sentence arbitrale existe et qu'elle ne contrarie pas l'ordre public international , d'autant que l'élargissement inconsidéré de ce concept par les tribunaux nous paraît peu probable dans le nouveau contexte de l'économie de marché »

من المؤكد أن الأوامر الصادرة عن الجهة القضائية المختصة برفض الاعتراف أو التنفيذ تكون محل استئناف أمام الجهة القضائية التي تعلو المحكمة التي صدر عنها الأمر برفض الاعتراف أو التنفيذ⁽²⁷⁴⁾ بحيث تنص المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه : " يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي "

لم تحدد هذه المادة الجهة المختصة للنظر في الاستئناف لكن باعتبار أن الأمر المستأنف هو أمر على ذيل عريضة و بالتالي نرى أن الاختصاص في نظر الاستئناف يكون لرئيس المجلس القضائي طبقا لنص المادة 312 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

يسجل الاستئناف بموجب عريضة مكتوبة و معللة يبرز فيها أسباب الاستئناف و بالأحرى أوجه الطعن المستند عليها، و تحمل العريضة كل البيانات القانونية و تكون مرفقة بالأمر محل الاستئناف و كذا القرار التحكيمي و اتفاقية التحكيم، على أن جهة الاستئناف تحترم مبدأ الوجاهية و أنها لا تنظر إلا في الأمر القضائي إما بالتأييد و إما بالإلغاء و في هذه الحالة الأمر بمنح الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي.⁽²⁷⁵⁾

ثانيا: استئناف الأمر القاضي بالاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي و إجراءاته

عند فصله في الطلب المقدم إليه ، فعادة ما يستجيب رئيس المحكمة لطلب الاعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي بعد مراقبته للملف المقدم إليه المتكون من أصل الحكم التحكيمي و أصل اتفاقية التحكيم أو نسخا عنهما تستوفي شروط صحتها طبقا للمادتين 1051 و 1052 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

274- بوضويرة خليل ، المرجع السابق ، ص 139.

275- نفس المرجع ، ص 139.

و التأكد من عدم وجود ما يمنع الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي في الجزائر. في هذه الحالة ، فإن المشرع منع مبدئيا استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ و أجاز ذلك استثناء في الحالات الستة (06) المذكورة على سبيل الحصر في المادة 1056*⁽²⁷⁶⁾ التي تنص على أنه : "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية:

- 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 لم تسبب محكمة التحكيم حكمها ، أو إذا وجد تناقض في الأسباب،
- 6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

نحاول تفصيل هذه الشروط بالشرح فيما يلي:

- 1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية :

ما نلاحظه من هذا الشرط أنه يتضمن ثلاثة أسباب يمكن من خلالها استئناف الحكم التحكيمي و كلها تستند إلى وجود خلل في اتفاقية التحكيم*⁽²⁷⁷⁾ و هي عدم وجود الاتفاقية، بطلانها أو انقضاء مدتها.

276- كان النص يتضمن ثماني حالات قبل صدور القانون المذكور بحيث اسقط المشرع الحالة الأولى الواردة في المادة 458 مكرر 23 من المرسوم 09/93 و المتعلقة بتمسك محكمة التحكيم خطأ باختصاصها أو بعدم اختصاصها ، و الحالة الخامسة المتعلقة بفصل محكمة التحكيم زيادة عن المطلوب أو لم يفصل في وجه من أوجه الطلب.

277 - البطاينة عامر فتحي ، المرجع السابق، ص 151 .

نفهم من هذا أنه يمكن للقاضي الجزائري تقدير، بالنظر إلى القانون الواجب التطبيق ، وجود اتفاقية التحكيم و صحتها باعتبارها الأساس القانوني للسلطات المعترفة للقاضي، فيمكنه ممارسة الرقابة على اختصاص محكمة التحكيم، و مراقبة مدى سلامة فصل هيئة التحكيم في اختصاصها،⁽²⁷⁸⁾ و موضوع وجود أو عدم وجود اتفاقية تحكيم يحدده القانون المطبق عليها. و سواء كانت اتفاقية التحكيم أو شرط التحكيم واردة في مضمون العقد أو في عقد مستقل، على أنه يثبت وجودها ، تحت طائلة البطلان، بالكتابة⁽²⁷⁹⁾ و تتحقق الكتابة في اتفاق التحكيم إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات مكتوبة ، و كذلك الرسائل الالكترونية e.mail عن طريق شبكة المعلومات الدولية الانترنت و التي أصبح يعتد بمستخرجاتها في إثبات معاملات التجارة الدولية⁽²⁸⁰⁾

المسألة الأخرى التي يقوم القاضي بمراقبتها هي مدى فصل المحكم أو المحكمون في الدعوى في المدة المحددة لهم ، فعندما يصدر الحكم التحكيمي بعد المهلة المحددة ، فاتفاقية التحكيم تكون في هذه الحالة منتهية ، و يمكن للجهة القضائية سواء أن تلغي الأمر القاضي بالتنفيذ أو إبطال الحكم التحكيمي إذا كان مقر هيئة التحكيم التي أصدرته داخل إقليم التراب الوطني⁽²⁸¹⁾

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

المبدأ السائد في تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم هو حرية الأطراف ، كما أشرنا إليه في الفصل الأول من هذه الدراسة ، و لا يرد عليها أية قيود باستثناء تلك المستخلصة من احترام المبادئ العليا المتعلقة

278- TERKI (Nour eddine) , op,cit, p135.

279- المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

280- سلامة احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 241 .

281- TERKI (Nour eddine) , op,cit, p136.

باحترام مبدأ المساواة بين الأطراف، توفر الشروط القانونية في المحكم، حياد محكمة التحكيم و عدم انحيازها وكذا احترام حقوق الدفاع.

3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها

يقصد بهذا الشرط ، أن محكمة التحكيم مقيدة بما هو مطلوب من أطراف التحكيم ، فإنه يبدو من المنطقي أن يتقيد المحكم عند فصله في المنازعة و إصداره الحكم فيها بحدود المهمة الموكول إليه القيام بها و من الطبيعي أن يؤدي تجاوزه لأداء هذه المهمة و إصداره حكما تحكيميا خارج نطاق المسألة المتنازع عليها و المعهود إليه الفصل فيها ، إلى الطعن.^{(282)*}

4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية :

إن الوجاهية المطلوبة و المقصودة من هذه الحالة هي بمناسبة إجراءات التحكيم أي أثناء الخصومة التحكيمية لكون إصدار الأمر بالاعتراف و التنفيذ يكون بشكل أمر على ذيل عريضة و لا يخضع لمبدأ الوجاهية كما أشرنا إليه سابقا، فإذا كان الخصم المطلوب تنفيذ القرار عليه لم يعلن إعلانا صحيحا خلال جميع إجراءات التحكيم أو تعذر عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه، جاز له أن يطلب رفض الاعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي.

إن عدم مراعاة مبدأ الوجاهية يعد خرقا لقاعدة إجرائية جوهرية ذلك أن حق الدفاع من الحقوق الأساسية و هي من النظام العام ، فلكي يسمح بتنفيذ حكم تحكيمي ، يتعين في جميع الدول احترام بعض القواعد المعتمدة في القانون الداخلي من النظام العام ، يتعين بالخصوص ، في جميع الدول ، أن يسمح للطرف

المحكوم عليه أن يكون قد تم تمكينه من تقديم دفعه. (283)*

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

يقصد بهذا الشرط أنه يجب أن يكون الحكم أو القرار التحكيمي مسببا و غير متناقض الأسباب بمعنى أن القاضي قبل إصداره للأمر ، من الواجب عليه تفحص الحكم للتأكد من عدم وجود تناقض في التسبيب خاصة مع منطوق القرار.

يعتبر موضوع تسبيب القرار التحكيمي من أهم الموضوعات التي أثارت جدلا حول ضرورة تعليل القرار التحكيمي من عدمه. و يميز هنا بين المدرستين اللاتينية و الأنجلوسكسونية ، فالأولى تلزم المحكمين تعليل القرارات التحكيمية لأنها تعتبر أن مناقشة دفعات و طلبات الخصوم و تبيان كيفية توصل المحكم إلى قراره يعد من باب احترام محكمة التحكيم لحق الدفاع. أما الثانية فهي لا تقر بوجوب تعليل القرارات التحكيمية. (284)*

و لم يلق هذا الشرط الإجماع لدى الفقه الجزائري، بحيث أن البعض انتقد إدراجه ضمن أسباب الطعن ضد الحكم التحكيمي و يدعو إلى إلغائه ، و حجته في ذلك أن رقابة القاضي لهذا الشرط ، يمكن أن يؤدي إلى نتائج غير مرضية و هو الوضع عندما يقوم القاضي بمراقبة ضيقة للحكم التحكيمي تجعله يتدخل بذلك في عمل المحكم ، في حين يمنع عليه مراجعة الحكم التحكيمي. (285)*

283- RENE (David), op, cit, p 541.

« Pour qu'une sentence arbitrale puisse être déclarée exécutoire, il faut en tous pays que certaines règles, regardées comme étant d'ordre public international par la *lex fori* , aient été respectées . il faut en particulier, en tous pays, que la partie condamnée par la sentence ait eu suffisamment la possibilité de présenter ses arguments »

284- حسن طالبي : " خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار " المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، الاقتصادية و السياسية،

العدد 1 / 2008 ، ص 129

285- BEDJAOUI (Mohamed), MABROUKINE (Ali) ,op ,cit, p 904

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية ، ففي اتفاقية واشنطن فالمسألة محسومة و لا تحتاج إلى تأويل، فالفقرة 3 من المادة 48 صريحة في هذا الجانب ، فهي تنص على أنه " يجب أن يرد الحكم على كافة الطلبات الموجبة في الدعوى ، كما يجب أن يكون مسببا". هذا يعني أن التعليل من المسائل التي تتعلق بالنظام العام حتى لو لم تنص عليه اتفاقية التحكيم، بالتالي يمكن طلب إبطال القرار التحكيمي غير الملل لعلاقته بهذا النظام.⁽²⁸⁶⁾

يتعارض هذا الموقف مع المشرع الفرنسي الذي أكد في المادة 1471 من قانون الإجراءات المدنية الجديد على وجوب تعليل القرار التحكيمي. و إن كان للفقهاء و للقضاء الفرنسي رأي آخر و هو أنه يجوز عدم التعليل بشرط ألا يمس ذلك بقواعد النظام العام.⁽²⁸⁷⁾

6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي

سبق و أن تم تفصيل هذا الشرط عند التطرق إلى الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي، موضوع المبحث الأول من الفصل الثاني من هذه الدراسة، نؤكد فقط في هذا الموضع أنه على خلاف الشروط الخمس السابقة التي يثيرها الأطراف، فإن شرط مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام تتمسك به و تثيره الجهة القضائية من تلقاء نفسها.

هذا بالنسبة للقانون الجزائري ، أما في مجال الاتفاقيات الدولية ، فقد حددت اتفاقية نيويورك الأسباب التي يمكن بموجبها رفض تنفيذ الحكم في المادة الخامسة فقرة 1 منها و التي تنص:

" 1) لا يرفض اعتماد القرار وتنفيذه بناء على طلب من طرف المستشهد به ضده إلا إذا قدم هذا الطرف إلى السلطة المختصة في البلد المطلوب الاعتماد و التنفيذ فيه الدليل على ما يأتي :

286- حسن طالبي: المرجع السابق، ص 129.

287- نفس المرجع ، ص 130.

أ) أن الأطراف في الاتفاقية المذكورة في المادة 2 كانت، بموجب القانون المطبق عليها محكوما عليها بعدم الأهلية، أو أن الاتفاقية المذكورة غير صالحة بموجب القانون الذي أخضعها الأطراف إليه، أو إن لم توجد الإشارة إلى هذا الصدد ، بموجب قانون البلد الذي صدر فيه القرار ، أو

ب) أن الطرف المستشهد بالقرار ضده لم يخبر قانونا بتعيين الحكم أو بإجراء التحكيم، أو تعذر عليه لسبب آخر، أن يستخدم وسائله ، أو

ج) أن القرار يشمل خلافا غير مذكور في اتفاق التحكيم أو أنه لا يدخل في عداد توقعات البند التحكيمي أو أنه ينطوي على قرارات تتجاوز حدود اتفاق التحكيم أو البند التحكيمي . غير أنه إذا كانت أحكام القرار التي لها صلة بالقضايا المعروضة على التحكيم يمكن فصلها عن الأحكام التي لها صلة بالقضايا غير المعروضة على التحكيم ، فإن الأحكام الأولى يمكن أن تعتمد و تنفذ، أو

د) أن تشكيل المحكمة التحكيمية أو إجراء التحكيم لم يكن مطابقا لاتفاقية الأطراف ، أو أنه في حالة عدم وجود الاتفاقية ، لم يكن مطابقا لقانون البلد الذي وقع فيه التحكيم،

هـ) أن القرار لما يكتسب صفة الإلزامية للأطراف ، أو أنه ألغته ، أو علقت العمل به سلطة مختصة في البلد الذي صدر القرار فيه أو صدر حسب قانونه.

و مع ذلك يجوز الاعتراف و تنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلا للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق.

د) أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

هـ) أن الحكم لم يصبح ملزما للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم.

2- كذلك يمكن ان تفرض اعتماد قرار تحكيمي و تنفيذه ذا لاحظت السلطة المختصة في البلد الذي طلب فيه الاعتماد و التنفيذ ما يأتي :

أ) أن موضوع الخلاف ، حسب قانون هذا البلد، ليس من شأنه أن يسوى بطريق التحكيم ، أو

ب) أن اعتماد القرار او تنفيذه قد يخالف النظام العام في هذا البلد"

بينما اتفاقية الرياض⁽²⁸⁸⁾ العربية للتعاون القضائي فقد نصت على هذه الأسباب في المادة 37 منها حيث تنص على أنه:

" مع عدم الإخلال بنص المادتين 28 و 30 من هذه الاتفاقية يعترف بأحكام المحكمين و تنفذ لدى أي من الأطراف المتعاقدة بنفس الكيفية المنصوص عليها في هذا الباب مع مراعاة القواعد القانونية لدى الطرف المتعاقد المطلوب التنفيذ لديه و لا يجوز للهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ أن تبحث في موضوع التحكيم و لا ترفض تنفيذ الحكم إلا في الحالات الآتية:

أ) إذا كان قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو تنفيذ الحكم لا يجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم.

ب) إذا كان حكم المحكمين صادرا تنفيذا لشرط أو لعقد تحكيم باطل أو لم يصبح نهائيا.

ج) إذا كان المحكمون غير مختصين طبقا لعقد أو شرط التحكيم أو طبقا للقانون الذي صدر حكم المحكمين على مقتضاه.

288- المادة 37 من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي

"مرسوم رئاسي رقم 01-47 مؤرخ في 17 ذي القعدة عام 1421 الموافق 11 فبراير سنة 2001 ، يتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 23 جمادي الثانية عام 1403 الموافق 6 أبريل سنة 1983، و كذا تعديل المادة 69 من الاتفاقية الموافق عليه في 26 نوفمبر سنة 1997 من طرف مجلس وزراء العدل العرب في دور انعقاده العادي الثالث عشر (الجريدة الرسمية العدد 11 سنة 2001)"

(د) إذا كان الخصوم لم يعلنوا بالحضور على الوجه الصحيح.

(هـ) إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ."

نفس الأسباب بالتقريب أتت بها اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول اتحاد المغرب العربي⁽²⁸⁹⁾ في المادة 44 منها.

تلزم هي الشروط التي تسمح للطرف المنفذ ضده استئناف أمر رئيس المحكمة القاضي بالاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي ، يبقى أن نتساءل حول إمكانية إدراج شرط آخر إلى الشروط الستة و المتمثل في شرط المعاملة بالمثل باعتبار أن الجزائر و بصدد المصادقة على اتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية قد أدرجت فيها هذا التحفظ. و المقصود بمبدأ المعاملة بالمثل في هذا الخصوص أن حكم المحكمين الأجنبي يعامل في الجزائر ذات المعاملة التي تعامل بها أحكام المحكمين الجزائرية في البلد الذي صدر فيه حكم المحكمين المطلوب تنفيذه⁽²⁹⁰⁾

كما سبق بيانه أعلاه فإن الاستئناف يسجل بموجب عريضة مكتوبة و معللة ، غير أنه على خلاف الاستئناف المرفوع ضد الأمر الذي يرفض الاعتراف أو التنفيذ الذي لم يحدد له المشرع أسبابا معينة ، فإن استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ لن يقبل إلا إذا استند إلى إحدى الحالات المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة 1056 التي تنص : "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية:

289- مرسوم رئاسي رقم 94-181 مؤرخ في 17 محرم عام 1415 الموافق 27 يونيو سنة 1994 ، يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول اتحاد المغرب العربي ، الموقعة بمدينة رأس لانوف (ليبيا) في 23 و 24 شعبان عام 1411 الموافق 9 و 10 مارس سنة 1991 (الجريدة الرسمية العدد 43 سنة 1994)

290- بيومي حجازي عبد الفتاح ، المرجع السابق، ص 175

- 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 لم تسبب محكمة التحكيم حكمها ، أو إذا وجد تناقض في الأسباب،
- 6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

و خلافا كذلك للاستئناف ضد الأمر الذي يرفض الاعتراف أو التنفيذ الذي يكون في أجل خمسة عشر يوما، فإن الاستئناف ضد الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ يرفع أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد (1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة طبقا لنص المادة 1057 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

إذا فصل المجلس القضائي بتأييد الأمر المستأنف، فيحق للمحكوم لصالحه مباشرة إجراءات التنفيذ، أما إذا قبل الاستئناف، مما يعني إلغاء الأمر المستأنف فيه، فإن المعني لن يتمكن من تنفيذ القرار التحكيمي، على أن القرارات الصادرة عن المجلس القضائي في كلتا الحالتين قابلة للطعن بالنقض.

الفرع الثاني : الطعن بالنقض

الطعن بالنقض هو طريق غير عادي للطعن و قد نصت المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: " تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و 1056 و 1058 أعلاه ، قابلة للطعن بالنقض." بالتالي فإن القرارات الصادرة عن المجالس القضائية في الاستئناف المرفوع ضد أمر رئيس المحكمة القاضي برفض الاعتراف أو التنفيذ أو القاضي بالاعتراف أو التنفيذ قابلة للطعن بالنقض .

غير أن المشرع الجزائري سكت عن الحالات التي يجوز فيها رفع الطعن بالنقض ، و من هنا التساؤل

ما هي الحالات التي يمكن فيها رفع الطعن بالنقض ؟ و ما هي إجراءاته ؟

أولاً : حالات الطعن بالنقض

بما أن المشرع لم يحدد الحالات التي يجوز فيها رفع الطعن بالنقض خاصة بالتحكيم ، فما هي الأوجه التي يمكن أن تؤسس عليها عريضة الطعن بالنقض ؟

بما أنه لم يحدد المشرع هذه الحالات ، و في غياب نص خاص، فإنه يتعين الرجوع إلى الأحكام العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، بالتالي فالطعن بالنقض يكون على أساس الأوجه الواردة في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي حددت 18 وجها للطعن بالنقض، تنص هذه المادة على أنه: لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية:

- 1- مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات،
- 2- إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات،
- 3- عدم الاختصاص،
- 4- تجاوز السلطة،
- 5- مخالفة القانون الداخلي،
- 6- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة،
- 7- مخالفة الاتفاقيات الدولية،
- 8- انعدام الأساس القانوني،
- 9- انعدام التسبيب،
- 10- قصور التسبيب،
- 11- تناقض التسبيب مع المنطوق،
- 12- تحريف المضمون الواضح و الدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار،

13- تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة ، عندما تكون حجية الشئ المقضي فيه قد أثرت بدون جدوى ، و في هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ ، و إذا تأكد هذا التناقض يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول،

14- تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي. في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولا ، و لو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق انتهى بالرفض. و في هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه، و يجب توجيهه ضد الحكمين ، و إذا تأكد التناقض، تقضي المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معا،

15- وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار،

16- الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب،

17- السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية،

18- إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية.

و طبعا يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجها أو عدة أوجه للنقض طبقا لنص المادة 360 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ثانيا : إجراءات الطعن بالنقض

يرفع الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا باعتبارها الهيئة المختصة بنظر الطعون بالنقض في القرارات النهائية الصادرة عن المجالس القضائية و بالتالي ضد القرارات الصادرة إثر الاستئناف المسجل ضد أوامر رئيس المحكمة التي ترفض الاعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي أو تلك التي تسمح بذلك ، و ذلك بعريضة موقعة من محامي مقبول لدى المحكمة العليا.

يرفع الطعن بالنقض طبقا للمادة 354 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في أجل شهرين (2) يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا . و يمدد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة (3) أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار.

و لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار في مجال التحكيم التجاري الدولي و هو ما نفهمه من نص المادة 361 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

إذا كان الاستئناف و الطعن بالنقض هما طريقي الطعن المنصوص عليهما ضد أحكام التحكيم الصادرة في الخارج ، فما هي طرق الطعن المسموح بها ضد الأحكام التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي؟

المطلب الثاني : الطعن ضد الأحكام التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي

تشير أغلبية النصوص التحكيمية في المجال الدولي إلى الطابع النهائي لقرارات التحكيم الصادرة في المجال التجاري الدولي و تتضمن التزاما بالتخلي عن طرق الطعن التي يسمح بها القانون و هو ما تكرسه لوائح التحكيم الدولية و الإقليمية⁽²⁹¹⁾، إذ توصف القرار التحكيمي بالطابع النهائي و تنص في هذا المجال المادة 32/ 2 من قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بالقول : " يصدر قرار التحكيم كتابة ، و يكون نهائيا و ملزما للطرفين. و يتعهد الطرفان بالمبادرة على تنفيذه دون تأخير^(291 مكرر) " .

لكن قد يصدر قرار التحكيم مجحفا في حق أحد أطرافه و لهذا أقرت معظم التشريعات في قوانينها الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي حق الطعن ضد القرار التحكيمي.

291- بوصنورة خليل ، المرجع السابق، ص 141.

291مكرر- بندق وائل أنور ، المرجع السابق، ص 126.

تطرقنا في المطلب الأول إلى طرق الطعن ضد القرارات التحكيمية الصادرة في الخارج و التي رأينا أنها لا يمكن أن تكون محل طعن مباشر ضدها و إنما يكون الطعن ضد أمر رئيس المحكمة القاضي سواء بالاعتراف و التنفيذ أو برفض الاعتراف و التنفيذ، فما هو الوضع بالنسبة للأحكام التحكيمية الصادرة في الجزائر في مجال التحكيم التجاري الدولي ؟ هل تكون محل طعن و ما نوع هذه الطعون ؟

بعد التمعن في نص المادتين المادة 1058 و 1061 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، يتبين لنا أن الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في الجزائر يمكن أن تكون موضوع طعن بالبطلان (الفرع الأول) و أن قرارات المجلس القضائي الصادرة بشأنها ، تكون قابلة للطعن بالنقض (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الطعن بالبطلان و إجراءاته

تنص المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه : " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه. 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."

فالتمييز إذن بين القرارات التحكيمية الأجنبية و القرارات التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي هو أن هذه الأخيرة تخضع للطعن بالبطلان⁽²⁹²⁾

نبين فيما يلي حالات الطعن بالبطلان (أولا) ثم نعرض على إجراءاته (ثانيا)

أولا : حالات الطعن بالبطلان :

أقر المشرع الجزائري بحق الطعن بالبطلان في القرار التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية- و التي سبق شرحها- و المتمثلة فيما يلي:"

لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية:

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

6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

تقرر هذه النصوص ما تجري عليه جميع التشريعات تقريبا ، نظرا إلى عدم جواز استئناف أحكام التحكيم الدولي، من تقرير الحق لمن يصدر ضده حكم التحكيم في طلب إبطال ذلك الحكم للأسباب المحددة أعلاه، و هذه ضمانات أساسية ، بل هي الضمانة الوحيدة المتاحة لمن يصدر ضده الحكم.*⁽²⁹³⁾

293- الخولي أكثم أمين : " تنفيذ أحكام التحكيم الدولية طبقا للقانون الجزائري الجديد " ، مجلة التحكيم ، العدد الخامس ، يناير

ثانيا: إجراءات الطعن بالإبطال

تنص المادة 1059 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: " يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه ، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه. و يقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم.

لا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد (1) من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ."

طبقا لهذه المادة ، فإن الاختصاص بالنظر في الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي الصادر بالجزائر في ميدان التحكيم الدولي يكون من اختصاص المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه هذا الحكم و لا يهم إذا كان الحكم التحكيمي صدر بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري أو طبقا لقانون إجرائي أجنبي اختاره الطرفان أو تم اختياره احتياطيا من قبل المحكم.⁽²⁹⁴⁾

ترفع دعوى بطلان القرار التحكيمي خلال أجل شهر واحد ، يبدأ سريان هذا الأجل من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ ، على أن عدم مراعاة و احترام هذه الآجال يؤدي إلى رفض الطعن بالبطلان . ترفع الدعوى بموجب عريضة مكتوبة مستوفية لجميع الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و تكون هذه العريضة معلة وفق الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

يفهم من هذا أن الطرف الذي طعن ببطلان القرار التحكيمي يجب عليه أن يبلغ أولا الطرف المطعون ضده وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و ذلك حتى يتمكن من مناقشة أوجه الطعن و تقديم دفعه، وكل إخلال بهذا المبدأ يؤدي إلى رفض الطعن .

و منطقي أن يرفق بالعريضة، القرار التحكيمي المطعون فيه و كذا اتفاقية التحكيم و ذلك حتى يتمكن القاضي بالمجلس القضائي من تفحصها و مراقبة إن كان القرار التحكيمي صادرا حقيقة بناء على اتفاقية تحكيم صحيحة و أن المحكمين تم تعيينهم وفقا للقانون و أن محكمة التحكيم فصلت وفقا للمهمة المسندة إليها و وفقا لمبدأ الوجاهية و أن الحكم التحكيمي مسبب و غير متناقض و غير مخالف للنظام العام الدولي.

بعد صدور قرار المجلس، نكون أمام حالتين، إما أن يقبل الطعن أو يرفض ، و لكلا الحالتين آثار:

حالة قبول الطعن بالبطلان : في حالة قبول الطعن ، فإنه يؤدي إلى إلغاء القرار التحكيمي المطعون فيه دون النظر في صلب الموضوع أو الفصل في القضية من جديد، بل تقتصر جهة الرقابة على إلغاء القرار فحسب. يترتب على ذلك إبطال القرار التحكيمي و إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل إجراءات التحكيم ، و في ذلك احترام المشرع الجزائري إرادة الأطراف ، إذ يحق لهم من جديد تشكيل محكمة تحكيم جديدة للفصل في المنازعة ، أو صرف النظر عن التحكيم و اللجوء إلى القضاء الوطني.*⁽²⁹⁵⁾

التساؤل المطروح هنا يتعلق بالحجية الدولية للحكم بإبطال حكم التحكيم الدولي، أي هل يمكن تنفيذ القرار التحكيمي رغم إلغائه ؟

إذا حكم قضاء دولة مكان التحكيم ببطلان حكم التحكيم ، كانت لهذا البطلان حجية دولية عامة فلا يجوز تنفيذ ذلك الحكم في دولة أخرى موقعة على اتفاقية نيويورك، كما أن قيام دعوى لإبطال الحكم في بلد صدوره يوقف أية مطالبة في دول أخرى بتنفيذ ذلك الحكم إلى أن يفصل في دعوى البطلان بحكم نهائي.

هذا هو حكم اتفاقية نيويورك في المادة الخامسة منها، لكن قضاء بعض الدول - بوجه خاص فرنسا- يذهب إلى غير ذلك و يجيز تنفيذ أحكام التحكيم التي يقضي ببطالانها في دولة صدورها⁽²⁹⁶⁾ كذلك الشأن بالنسبة لبلجيكا إذ أصدر قضاؤها حكما في 1988/12/06 من محكمة بروكسل ، يقضي بنفاذ القرار التحكيمي الصادر في الجزائر بتاريخ 1985/12/29 الذي أبطل و ألغى بقرار من مجلس الجزائر في 1986/12/20 ، و قد أيدت محكمة استئناف بروكسل أمر التنفيذ بتاريخ 1990/01/09⁽²⁹⁷⁾

- **حالة رفض الطعن بالبطالان** : يترتب على رفض الطعن بالبطالان آثار معاكسة لقبول الطعن بالبطالان بحيث في حالة كون المحكمة قد تخلت عن طلب التنفيذ بعد الطعن بالبطالان فإن قرار المجلس برفض الطعن بالبطالان يؤدي إلى إضفاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي .

أما إذا كان أمر التنفيذ قد صدر قبل الطعن بالبطالان ، فإن رفض الطعن بالبطالان يؤدي إلى رفع حالة وقف التنفيذ و بالتالي مباشرة التنفيذ و خاصة و أن الطعن بالنقض في قرار المجلس الذي رفض الطعن بالبطالان لا يوقف تنفيذ القرار التحكيمي.

يبقى لنا في الأخير إثارة و مناقشة ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 1058 أعلاه و التي تنص : "... لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطالان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ ، إذا لم يتم الفصل فيه."

296- أكتهم أمين الخولي، المرجع السابق، ص 105.

297- بوصنوبرة خليل ، المرجع السابق ، ص 145.

و راجع حول القضية الأستاذ TERKI (Nour eddine) , op, cit, p 169

ما يفهم من هذه الفقرة و ما تضمنته صراحة هو أن الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر لا يقبل أي طعن مباشر ضده ، و لا يطعن ضده إلا عن طريق غير مباشر باعتبار أن الطعن ببطالان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ ، إذا لم يتم الفصل فيه، غير أن ما لم تعبر عنه صراحة هذه المادة و الذي يفهم ، بمفهوم المخالفة لها ، هو أن الأمر الصادر عن رئيس المحكمة و القاضي برفض تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر يكون قابلا للاستئناف، و إن كانت هذه الفرضية ستكون نادرة الحدوث. و هنا نكون أمام حالتين : إذا ما صدر أمر من رئيس المحكمة في هذا الشأن ، فإن الطعن ببطالان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ ، فبمجرد تسجيل الطعن بالبطالان ، يرتب أثرا موقفا لتنفيذ القرار التحكيمي ، و على القاضي المعروض عليه طلب الصيغة التنفيذية إرجاء البت في ذلك لحين الفصل في دعوى البطلان المعروضة على الجهة المختصة ، ما لم يكن القرار مشمولا بالنفاذ المعجل⁽²⁹⁸⁾ أما إذا لم يتم الفصل في الأمر بعد من رئيس المحكمة فإنه يتعين تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إلى حين الفصل في دعوى البطلان.

الفرع الثاني : الطعن بالنقض

الطعن بالنقض كما قلنا هو طريق غير عادي للطعن و قد نصت المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: " تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و 1056 و 1058 أعلاه ، قابلة للطعن بالنقض".

بالتالي فإن القرارات الصادرة عن المجالس القضائية بمناسبة فصلها في الطعن بالبطلان تكون قابلة للطعن بالنقض. و يؤسس الطعن على أحد الأوجه الواردة في المادة 358، لا داعي لذكرها ثانية في هذا المقام.

يرفع الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في أجل شهرين (2) يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار المطعون فيه إذا تم شخصيا . و يمدد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة (3) أشهر ، إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار. و طبعاً لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ القرار الصادر عن المجلس.

نشير في الأخير أن اتفاقيات واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول و بين رعايا الدول الأخرى لا تسمح بأي طعن أمام الجهات القضائية الوطنية بحيث نصت المادة 52 منها أنه يجوز لأي طرف من الطرفين أن يقدم طلباً كتابياً إلى السكرتير العام لإلغاء الحكم لأي سبب من الأسباب التالية:

أ- خطأ في تشكيل المحكمة

ب- استعمال المحكمة سلطة زائدة عن اختصاصاتها

ج - عدم صلاحية عضو من أعضاء المحكمة

د - إهمال خطير لإجراء أساسي من إجراءات المحكمة

هـ- فشل المحكمة في ذكر الأسباب التي بني عليها* (299)

الخاتمة :

الحمد لله الذي أعانني على إتمام هذه الدراسة و أمني أن أكون قد وفقت في الإجابة على الإشكالية المطروحة من خلال إبراز الأحوال التي يتدخل فيها قضاء الدولة في أمور التحكيم التجاري الدولي مع إبراز دور القاضي الوطني بصفته مساعدا لهيئة التحكيم و بصفته مراقبا للحكم التحكيمي.

فبصفته مساعدا لهيئة التحكيم، أبرزت الدراسة أن للقاضي الوطني دور فعال في انعقاد الخصومة التحكيمية من خلال رده للدعوى لعدم الاختصاص و ذلك بامتناعه عن النظر في النزاع و إحالة الأطراف على التحكيم ثم من خلال مده يد المساعدة في تعيين المحكمين في حالة الصعوبة في تعيينهم ، كما يتدخل في إجراءات رد المحكمين في حال طلب ذلك من قبل أحد الأطراف.

و بهذه الصفة دائما ، فإن القاضي الوطني يتدخل خلال سير الخصومة التحكيمية لاسيما في اتخاذ الإجراءات الوقائية و التحفظية و في الحصول على الأدلة و المسائل الأولية و كذا مسائل أخرى.

رأينا أن تدخل القاضي الوطني بهذه الصفة إنما يكون لوضع إرادة الأطراف موضع التنفيذ فهو لا يتدخل إلا لتفادي عرقلة و شل إجراءات التحكيم . فالمشروع الجزائري كرس الاختصاص الأصلي للمحكم في الفصل في النزاع المشمول باتفاقية تحكيم ثم منح للقاضي الوطني استثناء حق التدخل في حالة الضرورة لتفادي إجراءات المماطلة التي يعتمدها الطرف سيء النية.

و بصفته كمراقب للحكم التحكيمي ، أبرزت الدراسة دور القاضي من خلال إجراءات الاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية ، و هنا أيضا فإن المشروع الجزائري لم يحدد شروطا صارمة لمنح الاعتراف و إصدار الأمر بالتنفيذ، فالقاضي هنا يكتفي بمراقبة سطحية يتأكد من خلالها من وجود الحكم التحكيمي و أن هذا الأخير غير مخالف للنظام العام ، و قد تم إبراز في الأخير طرق الطعن المفتوحة للأطراف سواء ضد أحكام التحكيم الأجنبية أو أحكام التحكيم الدولية الصادرة بالجزائر و تبين أن دور القاضي يختلف حسب مكان

صدور الحكم التحكيمي ، فعندما يكون صادرا في الخارج فإنه لا يمكن للقاضي الوطني التدخل المباشر ضد الحكم التحكيمي و إنما يكون ذلك بطريقة غير مباشرة عن طريق الموافقة على الاعتراف و تنفيذ الحكم أو رفض ذلك ، بينما يحق له مراقبة الحكم التحكيمي الصادر في الجزائر في حالة الطعن ضده بالبطلان من أحد الأطراف.

و من خلال أحكام الفصل السادس من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تحت عنوان " في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي " من المادة 1039 إلى المادة 1061 ، فإن نظرة المشرع الجزائري إلى التحكيم التجاري الدولي تتلخص في تكريس حرية هيئة التحكيم و الأطراف في سير الإجراءات و تأكيد التدخل الاستثنائي للقاضي الوطني عند الضرورة ليس إلا، كما كرس من جهة أخرى عدم التوسع في سلطة القضاء الرقابية. كل ذلك يعبر على النظرة الليبرالية للمشرع الجزائري تجاه التحكيم التجاري الدولي ، ليبرالية أكدها أهل الاختصاص من الجزائر و الخارج.

في هذا الصدد أكد الأستاذ تركي أن النص الذي يؤسس هذا الإجراء الخاص لتسوية المنازعات في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية يتصف بلا شك بليبرالية كبيرة، على غرار النصين اللذين استنبط منهما⁽³⁰⁰⁾ و يؤكد الأستاذ بوصنوبة أن النظام الجزائري يمثل في حقيقة الأمر طابعا ليبراليا ، يكرس احترام رغبة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق سواء في الإجراءات أو في الموضوع⁽³⁰¹⁾

300- op, cit , p 143.

Ce texte qui institue ce procédé privé de règlement des différends dans les relations économiques internationales ..est incontestablement caractérisé par un grand libéralisme.

من ذلك أيضا ما ورد عن الدكتور الأحذب " ..و هكذا يكون المشرع الجزائري قد اعتمد نظرية ليبرالية واسعة و لكن ليس على حساب القاضي الوطني ، إذ أن هذا الأخير يلعب دورا في الإجراءات التحكيمية منذ بدايتها و حتى صدور القرار التحكيمي و بذلك يشكل ، كما في القانون الفرنسي مساعدا في الإجراءات التحكيمية" ⁽³⁰²⁾

يبقى أنه، كما يقول الأستاذ إسعد ، أن أفضل قانون خاص بالتحكيم هو ذلك الذي لا يعمل به .
فالغاية من العقد ليس إجراءات التحكيم بل تنفيذه الصحيح. ⁽³⁰³⁾

تم بحمد الله

302- عبد الحميد الأحذب " موسوعة التحكيم ، التحكيم في البلدان العربية" ، الكتاب الأول ، المرجع السابق، ص 362

303- ISSAD (Mohand), Le nouveau droit algérien de l'arbitrage international , p84

Actes du séminaire sur l'arbitrage commercial

« La meilleure loi sur l'arbitrage est encore celle qui ne sert pas. La finalité d'un contrat n'est pas une procédure d'arbitrage mais son exécution correcte . »

قائمة المراجع

باللغة العربية :

أ) المراجع العامة:

- 1- فيلاي علي: "الالتزامات - النظرية العامة للعقد" المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر ، 2008 ، 473 ص.
- 2- جعفر محمد سعيد: "مدخل إلى العلوم القانونية الوجيز في نظرية القانون " ، الطبعة الثالثة عشر ، دار هومة للطباعة النشر و التوزيع ، الجزائر 2006 ، 319 ص
- 3- هندي أحمد: " أصول قانون المرافعات المدنية و التجارية" دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية 2002 ، 1111 ص.
- 4- ولد الشيخ شريفة: " تنفيذ الأحكام الأجنبية" ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2004 ، 215 ص

ب) المراجع المتخصصة:

- 1- الأحذب عبد الحميد: " موسوعة التحكيم " ، الكتاب الأول " التحكيم في البلدان العربية" منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 2008 ، 1320 ص.
- 2- الأحذب عبد الحميد: " موسوعة التحكيم " ، الكتاب الثاني " التحكيم الدولي " ، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الثالثة ، بيروت لبنان 2008 ، 800 ص.
- 3- الأحذب عبد الحميد: " موسوعة التحكيم ، وثائق تحكيمية " ، الكتاب الثالث الطبعة الثالثة منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 2008 ، 1000 ص.
- 4- البطاينة عامر فتحي: " دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي " دار الثقافة للنشر و التوزيع الطبعة الأولى ، عمان 2009 ، 272 ص
- 5- بندق وائل أنور: "موسوعة التحكيم (الاتفاقيات الدولية و قوانين الدول العربية) الطبعة الثانية ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، 2009 ، 612 ص.

- 6- بيومي حجازي عبد الفتاح : "النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر" دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، 2003 ، 262 ص.
- 7- الجمال مصطفى محمد و عكاشة محمد عبد العال : "التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية " منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان الطبعة الأولى 1998 ، 836 ص.
- 8- الرفاعي اشرف عبد العليم: "التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية" دار الكتب القانونية مصر 2006 ، 1096 ص.
- 9- السلمي الحسين : " التحكيم و قضاء الدولة " مركز الدراسات القانونية و القضائية لوزارة العدل و حقوق الإنسان للجمهورية التونسية ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، 2008 ، 688 ص.
- 10- سامي فوزي محمد ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى الإصدار الثالث، 2008 ، 478 ص.
- 11- سلامة احمد عبد الكريم: " التحكيم في المعاملات المالية الداخلية و الدولية" الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ، 601 ص.
- 12- الصانوري مهند أحمد: " دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص " دار الثقافة للنشر و التوزيع الطبعة الأولى ، عمان - الأردن- 2005 ، 292 ص.
- 13- صلاح الدين جمال الدين و محمود مصيلحي : " الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية" دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2004 ، 223 ص .
- 14- الطشي أنور علي أحمد: " مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم " الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، القاهرة 2009 .
- 15- عباس عبد الهادي و هواش جهاد : " التحكيم ، التحكيم الاختياري، التحكيم الإلزامي، التحكيم في المنازعات الدولية، التحكيم في التجارة الدولية"، المكتبة القانونية ، الطبعة الأولى، دمشق 1982، 580 ص.
- 16- عليوش قريوع كمال : " التحكيم التجاري الدولي في الجزائر " ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة 2005 ، الجزائر ، 95 ص.

- 17- الفقى عمرو عيسى: "الجديد في التحكيم في الدول العربية" المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية 2003 ، 349 ص.
- 18- القاضي خالد محمد: "موسوعة التحكيم التجاري الدولي " الطبعة الاولى ، دار الشروق ، القاهرة 2002 ، 668 ص
- 19- مشيمش جعفر: "التحكيم في العقود الإدارية و المدنية و التجارية" منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الأولى، لبنان ، 2009 .
- 20- مناني فراح: "التحكيم طريق بديل لحل النزاعات"، دار الهدى ،عين مليلة ، الجزائر ، طبعة 2010 382 ص.
- 21- منير عبد المجيد: "قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية" دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 1995 ، 344 ص.
- 22- هشام خالد : " تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة الدولية" المجلد الأول ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2008 ، 561 ص.
- 23- هندي أحمد: "تنفيذ أحكام المحكمين" ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2001، 158ص.

(ج) المقالات:

- 1- تراري الثاني مصطفى: " التحكيم التجاري الدولي إثر صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/4/25 المعدل و المتمم لقانون الاجراءات المدنية " مجلة دراسات قانونية العدد الأول، جوان 2002، ص 35-56.
- 2- الحداد حفيظة السيد: " الرقابة على أحكام التحكيم بين الازدواجية و الوحدة "مجلة التحكيم العدد الخامس ، يناير 2010، ص 47- 93
- 3- الحولي أكثم أمين : " تنفيذ أحكام التحكيم الدولية طبقا للقانون الجزائري الجديد " ، مجلة التحكيم العدد الخامس ، يناير 2010 ، ص 97- 119.

4- الزيايدي اسماعيل ابراهيم: " المفهوم المختلف لحيدة المحكم عن الحيدة الواجبة في القاضي " مجلة التحكيم العدد الرابع . أكتوبر 2009 ، ص 41 – 60.

5- الزيد ناصر : " المحكم بين سندان الاخلاق و مطرقة القانون " ، مجلة التحكيم ، العدد الخامس يناير 2010، ص 141-146.

6- طالي حسن : " خصوصية التحكيم في مجال منازعات الإستثمار " المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، العدد الأول، 2008، ص 99-137 .

باللغة الأجنبية:

A/ Ouvrages spécialisés

1- **BENCHIKH** (Noureddine) ; L'arbitrage dans les relations commerciales internationales de l'Algérie , thèse de doctorat de l'université du Maine ; Novembre 1992 ; 298p.

2- **FOUCHARD** (Philippe) , **GAILLARD** (Emmanuel) et **GOLDMAN** (Berthold) ; Traité de l'arbitrage commercial international , ed Litec Paris et Delta Liban 1996, 1225p.

3- **RENE** (David) : L'arbitrage dans le commerce international , ed Economica , Paris 1982 603 p.

4- **ROBERT** (Jean) : L'arbitrage , Droit interne et Droit international privé , 5^{me} ed, Dalloz Paris 1983 , 455 p.

5- **ROZAS** (José Carlos Fernandez) : Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international ,

6- **TERKI** (Nour eddine) : L'arbitrage commercial international en Algérie , OPU, Alger, 1999 192p.

7- **TRARI TANI (Mostefa)** : Droit algérien de l'arbitrage commercial international , 1ère édition , Berti Editions , Alger , 2007 , 179 p.

B/ Articles

- 1- **BEDJAOU** (Mohamed) : L'évolution des conceptions et de la pratique algérienne en matière d'arbitrage international ,
Actes du séminaire sur l'arbitrage commercial organisé par la chambre nationale du commerce , Alger , 14 et 15 décembre 1992 , ed chambre nationale du commerce, pp 15- 40

- 2- **BEDJAOU** (Mohamed), **MABROUKINE** (Ali) , « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie » ; in Journal du Droit International , NO4 , 1993.
pp 873-912

- 3- **BEKHECHI** (Mohammed Abdelwahab): « L'arbitrage commercial international en droit Algérien » , in Revue algérienne des relations internationales , les éditions internationales , No 25, Alger, 1994, pp 59-74

- 4- **FOUCHARD** (Philippe) , L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1982
In Journal du Droit International ; N^O 2 , Avril- Mai-Juin 1982, pp 374-420.

- 5- **ISSAD** (Mohand) , Le nouveau droit algérien de l'arbitrage international ,
Actes du séminaire sur l'arbitrage commercial organisé par la chambre nationale du commerce , Alger , 14 et 15 décembre 1992 , ed chambre nationale du commerce, pp 69-86

- 6- **LOQUIN** (Eric) : « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international » , journal du droit international, No 2 ,1983
pp 293-345

- 7- **MABROUKINE** (Ali) : Quelques remarques à propos de l'institution d'une cour d'arbitrage au sein de la chambre nationale de commerce (CNC) ,
Actes du séminaire sur l'arbitrage commercial organisé par la chambre nationale du commerce , Alger , 14 et 15 décembre 1992 , ed chambre nationale du commerce, pp 149-170

- 8- **MASTROGIUSEPPE** (Sandra) et **STOLOW** (David), L'arbitrage : questions d'importance pour les conseillers juridiques d'entreprise , académie Davies, Montréal 2010, p26
www.dwpv.com/academie

- 9- **OUAKRAT** (Philippe): L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires,
D.P.C.I 1988, tome 14, No 2, pp239-273

- 10- **IMHOOS** (Christophe), **VERBIST** (Herman) et **BOURQUE** (Jean-François) ; « Arbitrage et règlement alternatif des différends ; Comment régler un différend commercial international » .
<http://www.ibanet.org>

الصفحة	الفهرس
1	مقدمة
10	الفصل الأول : دور القاضي الوطني كمساعد للمحكم
11	المبحث الأول : دور القاضي الوطني في انعقاد الخصومة التحكيمية الدولية
12	المطلب الأول : رد الدعوى لعدم الاختصاص
12	الفرع الأول : عدم اختصاص محاكم الدولة
13	أولا : قاعدة عدم اختصاص المحاكم القضائية
15	ثانيا : نظام عدم اختصاص المحاكم القضائية
18	ثالثا : حدود عدم اختصاص المحاكم القضائية
21	الفرع الثاني : إحالة النزاع موضوع اتفاقية تحكيم على التحكيم
22	أولا- مبدأ الالتزام بإحالة النزاع على المحكمين
26	ثانيا- التنفيذ العيني للالتزام بإحالة النزاع إلى المحكمين
28	ثالثا: اختصاص المحكمة التحكيمية للنظر في اختصاصها (الاختصاص بالاختصاص)
31	المطلب الثاني: تعيين المحكمين
32	الفرع الأول: كيفية تعيين المحكمين
32	أولا : التعيين المباشر للمحكمين من قبل الأطراف
34	ثانيا : التعيين بالإشارة إلى نظام مركز تحكيمي دائم
35	ثالثا : تعيين المحكمين من طرف القاضي الوطني
37	الفرع الثاني: المحكمة المختصة لحل النزاعات الناشئة عن تشكيل المحكمة التحكيمية

- 38.....أولا: المحكمة المختصة
- 39.....ثانيا : إجراءات تدخل رئيس المحكمة
- 40.....ثالثا: مدى إمكانية الطعن في قرار القاضي الوطني
- 41.....الفرع الثالث: الشروط الواجب توافرها في هيئة التحكيم
- 41.....أولا: العدد الفردي لهيئة التحكيم (قاعدة الترية)
- 43.....ثانيا: شروط ممارسة مهمة المحكم
- 50.....ثالثا: قبول المحكم لمهمته
- 51.....المطلب الثالث : رد المحكم
- 51.....الفرع الأول: ماهية الرد
- 52.....أولا: الاتفاقيات الدولية و أنظمة مراكز التحكيم
- 52.....ثانيا: التشريعات الوطنية
- 53.....الفرع الثاني: أسباب الرد
- 54.....أولا: التزام بالتصريح
- 55.....ثانيا : أسباب رد المحكمين
- 63.....الفرع الثالث : إجراءات رد المحكم
- 63.....أولا: طلب الرد
- 65.....ثانيا : المحكمة المختصة
- 69.....المبحث الثاني : دور القاضي الوطني خلال سير الخصومة التحكيمية الدولية
- 69.....المطلب الأول : تدخل القاضي الوطني في اتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظي

- 70.....الفرع الأول : مفهوم التدابير الوقائية و التحفظية
- 73.....الفرع الثاني: إجراءات تدخل القاضي الوطني
- 75.....أولا: شروط تدخل القاضي الوطني
- 77.....ثانيا : المحكمة المختصة
- 78.....ثالثا: إجراءات تدخل القاضي الوطني
- 79.....المطلب الثاني: مساعدة هيئة التحكيم في مجال تقديم الأدلة
- 80.....الفرع الأول: اختصاص هيئة التحكيم في جمع الأدلة
- 81.....أولا : الإثبات الكتابي
- 81.....ثانيا: سماع الشهود
- 82.....ثالثا : الاستعانة بالخبراء
- 83.....الفرع الثاني: التدخل الاستثنائي للقاضي الوطني في الحصول على الأدلة
- 84.....أولا: الإثبات الكتابي
- 86.....ثانيا: سماع الشهود
- 87.....ثالثا : الاستعانة بالخبراء
- 87.....رابعا : الانابة القضائية
- 88.....المطلب الثالث: تدخل القاضي في مجال المسائل الأولية
- 88.....الفرع الأول: تعريف المسائل الأولية
- 90.....الفرع الثاني : شروط اختصاص القاضي بالفصل في المسائل الأولية
- 90.....أولا : أن تثار مسألة أولية في الدعوى

- 90.....ثانيا: ألا تكون هذه المسألة الأولية من اختصاص هيئة التحكيم.
- 91.....ثالثا- أن تقرر هيئة التحكيم أن الفصل في هذه المسائل لازم للفصل في النزاع.
- 92.....المطلب الرابع : الاختصاصات الأخرى للقاضي الوطني كمساعد للمحكم.
- 93.....الفرع الأول : تمديد مهمة المحكمين.
- 95.....الفرع الثاني : عزل و استبدال المحكم.
- 95.....أولا : عزل المحكم
- 97.....ثانيا : استبدال المحكم
- 97.....الفرع الثالث : التعاون في مسألة تحديد أتعاب المحكمين.
- 98.....الفرع الرابع : تفسير و تصحيح الأخطاء المادية التي تشوب الحكم التحكيمي.
- 98.....أولا: شروط تدخل القاضي.
- 98.....ثانيا : موضوع تدخل القاضي الوطني.
- 101.....الفصل الثاني : دور القاضي الوطني كمراقب للحكم التحكيمي.
- 104.....المبحث الأول: دور القاضي الوطني في مجال الاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية.
- 105.....المطلب الأول: مفهوم الاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية.
- 106.....الفرع الأول : مفهوم الاعتراف بالأحكام التحكيمية الدولية
- 107.....الفرع الثاني : مفهوم تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية
- 108.....المطلب الثاني : شروط الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي.
- 110.....الفرع الأول: إثبات وجود الحكم التحكيمي.
- 113.....الفرع الثاني : عدم مخالفة الحكم للنظام العام الدولي.

114	أولاً: مفهوم النظام العام الداخلي
116	ثانياً : النظام العام الدولي
119	المطلب الثالث: إجراءات الاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية
120	الفرع الأول : المحكمة المختصة
121	الفرع الثاني : إجراءات استصدار الأمر بالاعتراف و التنفيذ
124	المبحث الثاني : طرق الطعن في الأحكام التحكيمية الدولية
125	المطلب الأول : الطعن ضد الأحكام التحكيمية الأجنبية
126	الفرع الأول : الاستئناف
127	أولاً: استئناف الأمر القاضي برفض الاعتراف و برفض تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي و إجراءاته
128	ثانياً: استئناف الأمر القاضي بالاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي و إجراءاته
137	الفرع الثاني : الطعن بالنقض
138	أولاً : حالات الطعن بالنقض
139	ثانياً : إجراءات الطعن بالنقض
140	المطلب الثاني : الطعن ضد الأحكام التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي
141	الفرع الأول : الطعن بالبطلان و إجراءاته
142	أولاً : حالات الطعن بالبطلان
143	ثانياً: إجراءات الطعن بالإبطال
146	الفرع الثاني : الطعن بالنقض
148	الخاتمة

