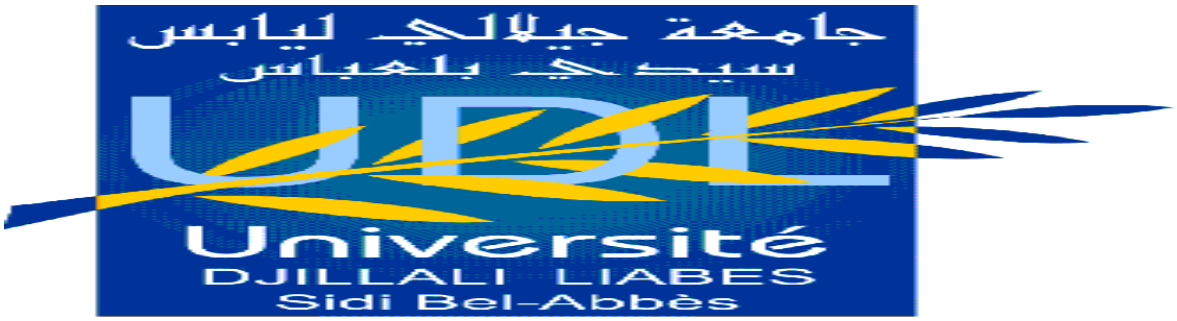

كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962

النظرية العامة للتحكيم في مجال التجارة الدولية

أطروحة للحصول على شهادة دكتوراه في العلوم

تخصص حقوق **فرع** قانون الأعمال

تقدم وتناقش علنا من طرف الطالب(ة):
كروم نسرين

تحت إشراف الأستاذ(ة):
أ.د بودالي محمد

أمام لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)	الرتبة	جامعة الإنتماء	الصفة
السيد: شهيدي محمد سليم	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	رئيسا
السيد: بودالي محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	مشرفا ومقررا
السيدة: محمودي فاطمة الزهراء	أستاذة التعليم العالي	جامعة معسكر	عضوا
السيدة: بودالي خديجة	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة معسكر	عضوا

السنة الجامعية 2022/2021 م/1443/1442هـ

شكر وعرفان

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه، الحمد لله حبا، وشكرا وطاعة ورجاء، وصلي اللهم وبارك على أشرف عبادك، وأفضل خلقك نبينا ورسولنا محمد صلى الله عليه وسلم

كل عبارات الشكر والعرفان لن توفيه حقه، فهو المشرف، المحترم، الصبور، الكريم، الذي لا يبخل وقته ولا نصائحه.

فضَّلتَ عليَّ أستاذي الكريم، رفيع المقام، البروفيسور **"بودالي محمد"** وفضلك سيبقى شاهدا على كرمك، فضَّلْتَ سيدي، يوم قبلت الإشراف على عملي، وفضَّلتَ يوم رفضت تنازلي، يوم أحسست أني لن أستطيع إكمال عملي، وفضَّلتَ لأنك راعيت كل الظروف التي مررت بها، فلم تحسسني يوما بتقاعسي، ولا تأخري، وفضَّلتَ بما قدمت من توجيهات، ونصائح علمية وعملية.

والشكر موصول لأعضاء اللجنة الموقرة الذين قبلوا مناقشة هذا العمل، وتكرموا بإثرائه بتصويباتهم ، وتقويماتهم

إهـــــــــــداء

أبي وأمي

اهديكما ثمرة دعائكما وصبركما معي، وأنا أقطفها اليوم، لأقدمها لكما مع شكر

خاص ممزوج بامتنان وفخر كبيرين

فخر بأني ابنتكما التي لا هم لها سوى رضاكما، وامتنان لكل ما قدمتماه لي من دعم

ودعاء، واعتذار عن كل تقصير

فجعلكما الله من السبعين ألف الذين يدخلون الجنة بلا حساب

أخواتي

الذين اشتركت معهما في الرحم، فاقتسمنا حبه، وشربنا من حنانه

"محمد جمال الدين، وياسمينة"

زوجي "محفوظ"

الذي قاسمني مشواري، ووفى بوعده لأبي

فكان الرفيق الذي أشعرني بالأمان، والسند الذي اعتمد عليه

أبنائي وقرة عيني

الزينة "هند"، أول فرحتي، ويدي اليمنى، البطل" محمد أنس" ، سندي وحبيب أمه

الجنونة "ضحى"، قرة عين أمها، المرحة "تقى" فرحة البيت الصغيرة المدللة، من ساعدوني رغم صغر سنهم، واجتهدوا لتوفير الجو الملائم

إلى من كان له أثر طيب في هذا المشوار

الدكتور "محمودي مسعود" أول من وقف إلى جانبي في مشواري الدراسي أمن بطموحاتي، حفظه الله ومتعه بالصحة والعافية

الدكتورة "سعيداني سميرة" من تقاسمت معها الأفكار والمراجع والدعم،

الدكتورة "عياش رتيبة" التي كانت دائما أختا وسندا، واقفة بالنصح والدعاء

الدكتورة "بوطالب هاجر"، الرفيقة و الأخت التي لم تبخلني وقتها ولا دعمها

الأستاذة المؤثقة "دلاني هجيرة، رفيقة الدرب التي واجهت معها كل الصعوبات

وكل ما ساعدني، وساندني ودعا الله لي لكم مني خالص عبارات الشكر والامتنان ، أدامكم الله لي، وحفظكم ورزقكم من حيث لا تحتسبون

وكل ما ساعدني، وساندني ودعا الله لي

مقـــــدمة

مقدمة

ليس التحكيم مجرد وسيلة لحل النزاعات، بل هو نظام مستقل قائم بذاته يتمتع بخصوصيات جعلت منه محط اهتمام على جميع الأصعدة، سواء من قبل رجال القانون الذين حرصوا على البحث في مجاله، وتقديم الدراسات المعمقة بشأنه، أو من قبل رجال الأعمال الذين جعلوا بند التحكيم من أهم بنود العقود المبرمة من قبلهم.

وعلى الصعيد الداخلي للدول كذلك، ما فتأت تسن التشريعات وتعدلها بما يتناسب والتطور السريع المرتبط بالعلاقات الدولية خاصة التجارية منها.

إن الهيئات والمراكز الدولية والإقليمية والمؤسسات الدائمة هي الأخرى لم تتوان عن تقديم كل ما هو جديد في مجال التحكيم عن طريق تبسيط قواعد وإجراءات العمل بلوائحها وأنظمتها وتنقيحها بين الفينة والأخرى لمواكبة موجة التقدم، ومحاولة لجلب أكبر عدد من المحتكمين.

وإن كان من المسلمات أن التحكيم أقدم وسيلة عرفها الإنسان لفض النزاعات، إلا أنه مر بحقب من الزمن أفل فيها نوره وتلاشى بريق نجمه، بسبب تطور المجتمعات وتبلور فكرة الدولة بشكلها الحالي، فالدولة بمظهرها الحديث تولت مهمة وواجب إقامة العدل على إقليمها وتحقيق المساواة بين الناس عن طريق إرساء السلطة القضائية ومنحها الولاية العامة لحماية الحقوق والمراكز القانونية للأطراف من خلال إقرار جملة من المبادئ، وبالتالي التحول من مرحلة قانون القوة كطريق لاستعادة الحقوق المسلوبة أو الدفاع عنها إلى مرحلة الارتكان إلى القضاء وحل بذلك الصراع الرمزي (الإجرائي) محل الصراع الحقيقي[1].

لكن الاعتماد على القضاء وحده أصبح غير كافي بل غير مناسب خصوصا وأن مقتضيات العصر الحالي تربط مصالح الدول ببعضها مما يؤدي لتشابكها وأحيانا كثيرة إلى

1- الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مركز الدراسات القانونية والقضائية، الجمهورية التونسية، ط 1، 2008، ص 11.

نشوء نزاعات عنها يتبعثر أطراف العلاقة فيها على أكثر من دولة، مما يؤكد أن اللجوء إلى قضاء الدولة ليس هو الحل الأمثل خصوصا وأنه من أهم مظاهر السيادة.

عاد التفكير في التحكيم لمجموعة من السمات أهمها الطبيعة الرضائية التي أعادت إليه بريقه، فكان مبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم عليه التحكيم هو عامل الجذب أو المغناطيس الذي رفع التحكيم عاليا في سماء العلاقات التجارية الدولية، وخرج به إلى العالمية، وجعل منه الوسيلة البديلة الأكثر انتشرا والأكثر اعتمادا ومواكبة لتطور العلاقات التجارية الدولية والنصوص المتعلق بها والقواعد القانونية المتولدة عنها[1].

وعلى الرغم مما يكتنف التحكيم من مشاكل وعراقيل تصل في بعض الأحيان إلى وصفها بالمساوئ والمثالب، إلا أن مكانته لم تهتز وظل هو الطريق الأمثل للمتعاملين في مجال التجارة الدولية بكل أنماطها، خصوصا مع وجود هذا الكم الهائل من المؤسسات والمراكز الإقليمية والدولية، والغرف، والاتفاقيات المتخصصة التي تعمل كلها في سبيل تطويره وتحسين مردوده من خلال البحث المتخصص، وتقديم أفضل الحلول للمتنازعين عن طريق توفير أحسن وأكفأ المحكمين المتمكنين والمتميزين ذوو الخبرة، وكذا تقديم أفضل التكوينات والدراسات.

لم يتبوأ التحكيم هذه المكانة بمحض الصدفة، ولا مباشرة بعد ظهوره من جديد، وإنما مر بمراحل متعددة وتدحرج فيها بين تقدم وتراجع، بداية من معاهدة الصداقة والتجارة

1- ظهرت الوسائل البديلة بأسماء مختلفة ، غريبة احيانا وغير واضحة أحيانا أخرى،مثل " قضاء غب الطلب" ، في حين أطلق عليها بعض الفقهاء تسميات أخرى مقبولة إلى حد ما، مثل "قضاء غير رسمي،قضاء اتفاقي، قضاء ودي، أما تعريفها فنجد تعريف الفقيه Loukes Amistelis بأنها:"مجموعة من الإجراءات التي تشكل بديلا عن المحاكم في حسم النزاعات، وغالبا ما تستوجب تدخل شخص ثالث ونزيه"بينما يعرفها الأستاذ Ch Jarrosson :" مجموعة غير محددة من الإجراءات لحل النزاعات بحيث تتم في أغلب الأحيان بواسطة تدخل شخص ثالث بهدف إيجاد حل غير قضائي لهذه النزاعات."راجع في ذلك، علاء أبريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، منشورات الحلبي،ط02،2012 ، ص 53-54.

والملاحة بين أمريكا وبريطانيا سنة 1794[1]، إلى قضية الألاباما حيث يعد تحكيم الألاباما Alabama أول سابقة في تاريخ العلاقات الدولية للتحكيم الدولي[2]، ليحقيق التحكيم خطوة أخرى مهمة من خلال اتفاقيات الأرجواي 08 جوان 1889[3]، ثم لاهاي في 1899 أين سعت وفود الدول إلى إنشاء محكمة دولية حقيقية، فكان لهم ذلك حين وافق مؤتمر لاهاي في 1899/10/25 على الاتفاقية الخاصة بفض النزاعات الدولية بالطرق السلمية[4]، ليأتي مؤتمر لاهاي الثاني في 1907 بتعديلات وقواعد جديدة[5].

لم يكتس في هذه الفترة التحكيم الصفة التجارية، بالمعنى الذي يعرفه حاليا، ولكن التحكيم في الأساس للخروج بالنزاع من سلطة قضاء الدولة إلى قضاء آخر تعمل فيه الإدارة، وبالتالي فقد كنا أمام فكرة التحكيم الدولي وليس التحكيم التجاري الدولي، لننتقل بعد ذلك إلى مرحلة أخرى هي تلك التي عقبت الحرب العالمية الأولى وأسفرت عن تأليف عصبة الأمم في 1919 في مؤتمر باريس للسلام، بعد ما نصت عليها معاهدة فرساي[6]، إذ كان من أهم أهداف العصبة تسوية النزاعات عبر إجراء المفاوضات والتحكيم الدولي[7].

1- أو ما يعرف بمعاهدة جاي Jay Treaty نسبة إلى رئيس القضاء ألأمريكي جون جاي الذي رتب لهذه الاتفاقية في لندن عقب نهاية الثورة الأمريكية (1775- 1783) بعد أن وصلت العلاقات بين الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا إلى مرحلة القطيعة، فأرسل الرئيس الأمريكي جورج واشنطن رئيس القضاء جون جاي إلى لندن للتفاوض على حل سلمي للنزاع، فتم التوصل إلى هذه الاتفاقية التي نصت على التحكيم بواسطة لجان مختلطة، أنظر: معاهدة جاي علىsa.leskanaris.com تاريخ الاطلاع 2019/11/23.

2- وهي عبارة عن مجموعة دعاوى تعويض عن الضرر رفعتها حكومة الولايات المتحدة الأمريكية ضد بريطانيا بعد مساعدتها سرا أثناء الحرب الأهلية الأمريكية، أصدرت محكمة التحكيم حكما في 1872/09/14 ، دفعت بسببها بريطانيا مبلغ 15,5 مليون دولار تعويض عن الأضرار التي تسببت فيها السفن البريطانية الصنع، أنظر/ تعويضات ألباما m.marefa.org تاريخ الاطلاع 2019/11/25

أنظر أيضا خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، مصر ط 1- 2002، ص 106.

3- والتي تم تعديلها في 19 مارس 1840 وتخص القواعد القانونية الإجرائية للتحكيم.

4- عن طريق المساعي الحميدة والوساطة والتحكيم.

5- وكان أول حكم تحكيم في 1902/10/14 للفصل في نزاع بين الولايات المتحدة والمكسيك.

6- هي أول منظمة دولية هدفت إلى الحفظ على السلام العالمي.

7- المادة 13 من ميثاق العصبة،

وتتوالى الحقب والمراحل التي مرت على التحكيم[1] لتصل إلى منظمة الأمم المتحدة بعد الحرب العالمية الثانية[2]، والتي كانت تحمل نفس مساعي عصبة الأمم من إقرار السلم والأمن الدوليين، وتسوية النزاعات بالطرق السلمية، وفي محاولة لإرساء ترسانة جديدة من القواعد الدولية شرعت منظمة الأمم المتحدة في تشكيل لجان لهذا الغرض، كان أهمها بالنسبة لمجال الدراسة الحالية هو لجنة القانون الدولي التي تأسست في 1947 بغرض توحيد وتطوير قواعد القانون الدولي والتي أولت للتحكيم بالغ العناية، لتضع هذه اللجنة نموذج قواعد إجراءات التحكيم في 1958، فكانت هي اللبنة الأولى لانتشار التحكيم، ثم إنشاء لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) في 1966[3].

يعد التحكيم التجاري الدولي أحد فروع قانون التجارة الدولية[4]، ولم يقف تطوره عند إرسائه ضمن القوانين الداخلية للدول ولا عند تنظيمه دوليا من خلال المراكز والهيئات، ولا من خلال تدريسه في الجامعات، بل واصل تطوره بخطوات متسارعة في محاولة لمسايرة التطور التكنولوجي السريع وثورة المعلومات التي ألقت بظلالها أيضا على العلاقات التجارية الدولية.

1- منها برتوكول جنيف بتاريخ 1923/09/24 الذي تضمن شروط التحكيم ثم اتفاقية جنيف 1927/09/26 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية التي حلت محلها اتفاقية نيويورك سنة 1958.

2- قامت منظمة الأمم المتحدة على أشلاء عصبة الأمم بعد فشلها في مساعيها التي أسست من أجلها، تأسست في 1944/10/24 في مدينة سان فرانسيسكو – كاليفورنيا، انظم لأمم المتحدة تقريبا كل الدول المستقلة بما يقارب 195 دولة.

3- يرجع لها بالتفصيل لاحقا عند التطرق لهيئات ومراكز التحكيم.

6- قانون التجارة الدولية بالمفهوم الموسع ،عبارة عن مجموعة القواعد المستمدة من الاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية، والقانون النموذجي والشروط العامة للعقود الدولية بشأن البيع الدولي للبضائع، والعادات والأعراف التجارية المتداولة بشأن معاملات تجارية معينة،فقانون التجاري يحوي قواعد موضوعية لحكم العلاقات التجارية الدولية المستمدة من اتفاقيات التجارة الدولية،وعقود الإنتاج الدولي، التي تعتبر أهم صور التصرف القانوني،وعمل الهيئات المهتمة بموضوع التجارة الدولي والعادات والأعراف التجارية، عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية ، دار هومة ،ط02،2009، ص 10أ يرجع كذلك لأسامة حجازي المسدي ، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية، دار الكتب القانونية،مصر، 2010، ص 45 وما يليها ، و أيضا طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة، الأردن ، ط07،2010، ص 51.

فالجري واللهث وراء الفائدة يستدعي الإلمام بكل ما هو جديد خصوصا أمام ظهور بوادر نوع جديد من التجارة، تتخذ من الوسائل التكنولوجية أداة ومنصة لها مما زاد من اتساع رقعتها وقلص المسافات أكثر، وفتح المجال واسعا أمام نوع جديد من العلاقات الإلكترونية خلقت بدورها نوعا جديدا من النزاعات يستدعي وسائل جديدة لمعالجتها.

وفي هذا الصدد لعبت الإنترنت دورا بالغا في إلغاء الحدود الجغرافية والسياسية وتقريب البعيد مما ساهم في نشر المعلومة وسهل الاتصال ويسر إبرام العلاقات، وقلل من التنقل المادي وجعل العالم – بحق– يعيش في قرية، إذ سمح دخول هذه الوسيلة حياتنا اليومية بكل دقائقها، وانتشار وسائل الاتصال الحديثة كالحاسوب والهواتف الذكية، للتعاقد بأبسط الطرق وأسرعها على الإطلاق بداية من تحميل رنة الهاتف الذي يعد أبسط عقد إلكتروني مكتمل الأركان إلى غاية أكبر الصفقات التي يمكن تخيلها.

وعلى حد تعبير الدكتورة ناريمان عبد القادر: فإن التجارة الإلكترونية ذلك الكائن الذي ولد وهو في المهد عملاقا، ينمو بشرعة هائلة"[1]، ومن البديهي أن أي تعاقد هو تعامل قانوني يحتمل إبرامه وتنفيذه وانقضاءه إثارة نزاع بين أطرافه يستدعي عمله، وكما أن التعاقد في مجال التجارة الدولية يلجأ فيه للتحكيم التجاري كأحد أهم وسائل الحل، فإن التعاقد في مجال التجارة الإلكترونية يلجأ فيه هو الآخر للتحكيم الإلكتروني كنظام حل للنزاعات الناشئة عنها، وهو الآلية الحديثة التي بدأت الجهود الدولية تعمل على تنظيمها من خلال تعديل القوانين الموجودة أصلا، كتعديل قواعد اليونسترال، أو من خلال إنشاء قواعد جديدة، وهيئات متخصصة كهيئة الأيكان والويبو[2].

في خضم هذا وذلك لم تكن الجزائر بمنأى عن هذا المعترك الدولي إلا أن طول الحقبة الاستعمارية التي عاشتها جعلت من ترسانتها القانونية متلاشية ومضمحلة، خصوصا

1– ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة، مصر ، ط 2016، ص 670.

2– يرجع إليها بالتفصيل حين التطرق لهيئات الخاصة بالتحكيم الإلكتروني.

وأن تحولت من حكم الدولة العثمانية إلى مستعمرة فرنسية، لتتحول بعد ذلك إلى دولة فتية مستقلة حديثة العهد، تحاول الوقوف من جديد.

ولأن مصطلح التحكيم يرتبط دائما بعلاقات الدول فيما بينهم، ولأن الجزائر ليست بمعزل عن المجتمع الدولي، كان لزاما عليها الخوض في هذا المجال، فظهر موقفها بداية الأمر متذبذبا تراوح بين رفض التحكيم الدولي على المطلق، وبين جعله اجباريا بالنسبة للمؤسسات العمومية، وبين قابل له لكن بتحفظ، إلى أن بدأت الأوضاع تستقر شيئا فشيئا وتأخذ مكانها الطبيعي بعد عقود من الزمن، لتطل الجزائر بنصوص قانونية تنظم التحكيم شأنها شأن سائر الدول، وتلتحق بالتجمعات الدولية الخاصة بالتحكيم عن طريق الانضمام والمصادقة على عديد الاتفاقيات الدولية، فجاء المرسوم رقم 09/93[1] بنظرة ليبرالية متفتحة على التحكيم غير من نظرة الجزائر له، وغير من نظرة الغير للجزائر عن التحكيم ،ليليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد 09/08[2]، أين أفرد له بابا كاملا، وفي مواصلة مشوار مسايرة التطور التكنولوجي سنت وعدلت الجزائر العديد من النصوص القانوني، كان أهمها قانون التوقيع الإلكتروني في 2015[3]، وقانون التجارة الإلكترونية 2018.

إن الخوض في نظام التحكيم التجاري الدولي يشبه إلى حد كبير الخوض في أعماق المحيط لما يكتنف هذا النظام ويحيط به من تساؤلات وقضايا، ووقائع وقوانين. وغيرها من النقاط المهمة، ولذا كان من الصعب إيجاد إشكالية تلم بكل جوانب الموضوع، وتمس خطوطه العريضة وتفصل في جزئيات الإشكالية.

1- المرسوم 09/93 المؤرخ في1993/04/25 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدينة، ج ر عدد 27 بتاريخ 1993/04/27.

2- قانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 بتاريخ 2008/04/23، والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 2009/04/23.

3 – القانون رقم 04/15 الصادر في 2015/02/01 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، ج.ر. عدد 06 الصادرة بتاريخ 2015/02/10.

ولهذا الغرض طرحنا الإشكالية التالية: **ما مدى اعتبار نظام التحكيم بديلا عن قضاء الدولة في حل النزاعات الناشئة عن العلاقات التجارية الدولية؟ وهل وفق المشرع الجزائري في اختيار القواعد التحكيمية الملائمة؟**

أما الاسئلة الفرعية المنبثقة عن الاشكالية الرئيسية فهي كثيرة لاتساع موضوع الدراسة طرحناها تباعا حسب تناولنا للموضوع.

جل الدراسات العليا تنتقل من الكل إلى الجزء، فتكون أطروحة الدكتوراه متعلقة بجزئية نحاول مناقشتها، بينما نتطرق في البحث الحالي إلى نظام التحكيم بصفة عامة، ذلك أن كل الجوانب المتعلقة به ذات أهمية، كما أن الدراسات الخاصة به في الجزائر تكاد تعد على الأصابع خصوصا وأن الجزائر تحاول مسايرة ومواكبة الركب الدولي في مجال تطوير ترسانتها القانونية، وكذا تطوير قضائها، هذا الأخير الذي يرتبط ارتباطا وثيقا بمدى تطور الدراسات الخاصة به والتي يعد التحكيم أحدها.

إن صعوبة هذا البحث تختلف عن الصعوبات الأخرى التي قد يلاقيها الباحث، فإن كان معظم الباحثين يكدون في إيجاد المراجع، فإن صعوبة هذا البحث تتمثل في الزخم الكبير من الدراسات المقارنة.

فكثرة المراجع والمصادر وإن كان نعمة على الباحث، فإنها كثيرة ما تصبح نقمة، خصوصا وأننا نقع أمام أفكار مكررة ومواضيع سبقت دراستها، فلا نحصي لأي كاتب تنسب، في حين يفتقر موضوع الدراسة إلى الجانب العملي الحديث (القضائي) الذي يؤكد تلك الدراسات النظرية، ذلك أن أطراف الخصومة التحكيمية عادة ما يلجؤون إلى التحكيم بسبب ما يوفره من سرية مما يجعل القضايا المفصول فيها عن طريق التحكيم لا تنشر إلا في حالات قليلة.

وبالرجوع إلى الجزائر نجد الأمر أكثر صعوبة لسببين: – أولهما أن الجزائر حديثة عهد بالتحكيم، مما يجعل الأقلام التي كتبت فيه قليلة، والقضايا التي كانت الجزائر طرفا فيها لم تنشر، وثانيهما أن قضايا التحكيم نادرا ما تصل إلى المحكمة العليا وبالتالي لا

مجال للوصول إليها أو معرفتها، حتى وإن توصلنا إلى أطراف خصومة تحكمية فإنهم غالبا ما يرفضون منحنا أية معلومات.

ومع ذلك فإن التحدي والرغبة في إنجاز العمل كان الدافعين إلى إكماله، ومن أجل ذلك تم اعتماد عدة مناهج بنسب متفاوتة أهمها المنهج التحليلي لما يتضمن البحث من تحليل لنصوص وقرارات، ومعلومات مستقاة من مصادرها، إضافة إلى المنهج المقارن من خلال السعي إلى جمع ومقارنة العديد من النصوص القانونية الخاصة بالتحكيم، سواء مقارنة من حيث الزمن بين قديم وحديث أو مقارنة مجموعة النصوص لقوانين دول مختلفة وقواعد ولوائح لمراكز مختلفة بمناسبة دراسة كل نقطة أو مسألة على حدة.

وللإلمام بكل هذه الجوانب وفي محاولة للإجابة على الإشكالية المطروحة تناولنا هذه الدراسة في بابين:

أما الباب الأول فخصصناه للجانب النظري للتحكيم، فتناولنا فيه ضوابط فكرة التحكيم بكل ما تضمنه، وتطرقنا فيها إلى مجالات التحكيم، وبينما تناولنا في الباب الثاني الجانب العملي للتحكيمو الاحكام الخاصة به، فتناولنا اتفاق التحكيم وكل ما يخصه، وكذا الخصومة التحكيمية بكل إجراءاتها.

الباب الأول

ضوابط نظام التحكيم التجاري الدولي

الباب الأول

ضوابط نظام التحكيم التجاري الدولي

يعد التحكيم احد أهم وأقدم الوسائل البديلة للفصل في منازعات التجارة الدولية، عرف منذ العصور القديمة، ومر بمراحل عديدة تراوحت بين التقدم والتراجع بسبب تذبذب درجة الاهتمام به.

نحاول خلال هذا البحث، وفي بابه الأول التطرق لنظام التحكيم (الفصل الاول) بكل ما يفيد نفي الجهالة عنه وتحديد مفهومه بدقة، ثم الرجوع إلى أصوله وتاريخه، في العصور القديمة وبعد ظهور الإسلام مع التطرق طبعا لطبيعته القانونية، وتمييزه عما يشابهه من مصطلحات (مبحث أول) كلها مسائل من شأنها الزيادة في توضيح وتقريب مفهوم التحكيم لدى المتلقي العام والمختص.

أما (المبحث الثاني) فسنستعرض مبادئه، خصائصه من مميزات وسلبيات، ثم ننتقل فيه لأنواع التحكيمالتجاري الدولي.

أما الفصل الثاني من الباب الأول فعددنا فيه الهيئات والمراكز المتخصصة ثم المجالات الأكثر لجوء للتحكيم (المبحث الأول) ثم تطرقنا للنظام القانوني لهيئة التحكيم (المبحث الثاني).

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لنظام التحكيم

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لنظام التحكيم

ازدهر التحكيم التجاري الدولي بازدهار التجارة الدولية، وأصبح وجهة المتعاقدين الأولى لحل النزاعات الناشئة بينهم في شتى المجالات التي يمسها التعاقد االتجاري الدولي.

حاولنا في هذا الفصل التطرق لكل ما يخص نظام التحكيم من الجانب النظري، بداية من التعريف إلى غاية الميادين التي يمكن إعماله فيها فقسمنا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم التحكيم، خصصناه للتعريف أدرجنا مختلف التعاريف لغة واصطلاحا وفقها ثم غصنا في تاريخ التحكيم والتطور التاريخي من بداية العصور القديمة لغاية العصر الحديث مرورا بفترة ما قبل الإسلام وما بعده، والتحكيم في الجزائر ولنعرج بعد ذلك لتمييزه عن المصطلحات الأخرى، وطبيعته القانونية.

المبحث الثاني: أنواع التحكيم، وهيئاته ومجالاته، خصصناه لدراسة أنواع التحكيم حسب التقسيمات الفقهية ، والمجالات التي يلجأ فيها للتحكيم، ومختلف مراكز التحكيم والمؤسسات الإقليمية والدولية التي تهتم بتنظيم العملية التحكيمية.

المبحث الأول

مفهوم التحكيم التجاري الدولي

إن الحديث عن مفهوم التحكيم يقودنا بالضرورة إلى محاولة جمع مختلف الآراء التي سعت لتقديم تعريف للتحكيم، وكذلك الآراء التي سعت للتفصيل في تاريخه وأنواعه وطبيعته، لذا ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين قصد الإلمام بكل النقاط التي يبنى عليها التحكيم.

أما المطلب الأول :ماهية التحكيم، فجمعنا فيه أكبر قدر من التعاريف لغة واصطلاحا ثم تنقلنا إلى نشأة التحكيم وتطوره عبر الولوج لبوابة التاريخ الخاصة به، لنقف في الأخير على تاريخ التحكيم في الجزائر.

أما المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم وتمييزه عن المصطلحات الأخرى، فحللنا مختلف الآراء التي تناولت هذه الطبيعة وكذا مختلف المصطلحات ذات الصلة.

أما المطلب الثالث: هيئات ومؤسسات التحكيم التجاري الدولي أين حاولنا جمع ودراسة أهم هيئات ومؤسسا التحكيم على الصعيدين الدولي والإقليمي، خصوصا وان عددها في تزايد مستمر.

المطلب الأول

ماهية التحكيم

تضاربت الآراء الفقهية في كل المسائل المتعلقة بالتحكيم،وكثرت فيه الاجتهادات وسالت فيه الأقلام في محاولة لوضع تعريف له والاتفاق حول نشأته التاريخية ومساره، وهي النقاط التي سندرسها في هذا المطلب على التوالي.

الفرع الأول

تعريف التحكيم لغة واصطلاحا

أولا- لغة

أ- **في اللغة العربية:** التحكيم في اللغة العربية مصدرَ **حَكَمَ يَحكُمُ تَحْكِيمًا**، يقال **حَكَّمَهُ** في الأمر والشيء إذا جعله حكما وفوض الحكم إليه[1].

ويقال أيضا: **حَكَّمْتُ** فلانا أي أطلقت يده فيما يشاء، ويقال **حَكَّمْتُ** السفيه تحكيما أي بصرته بالأمر وأخذت بيده، ومنه قول إبراهيم النخعي (رحمه الله) **حَكِّمْ** اليتيم كما **تُحَكِّمْ** ولدك أي أمنعه من الفساد كما تمنع ولدك[2].

ويقال: **تَحَكَّمَ** في الأمر أي حكم فيه وفصل برأي نفسه من غير أن يبرز وجها للحكم – أي تصرف وفق مشيئته- **واِحْتَكَمَ** في الأمر أي قبل التحكيم[3].

أما القائم بالتحكيم فهو **الحَكَم** بفتح الحاء والكاف، وهو في اللغة منفذ الحُكْمِ هوالرجل المجرب والمسن[4].

وفي بعض التعاريف اللغوية التي أوردها بعض الفقهاء نجد: "أن التحكيم لغة هو تفويض الأمر للغير الذي يسمى مُحْتَكِما، وحكمنا فلان أي يحكمهم شيئا"[5].

أما في اللغات الحية الأخرى، لم تخرج التعاريف الواردة في معاجمها عن هذا المعنى.

1- زيد الدين ابن نجيم الحنفي ابن العابدين ،البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ومعه منحة الخالق، دار الكتب العلمية، ط 1، الجزء 7/ 1997، ص 24.

2- سميرة الزعيم المنجد ،التحكيم الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة الثانية 2013، ص 48.

3- لسان العرب المحيط لابن منظورالدمشقي، مجلد 12 ، دار صادر للطباعة والنشر، ط 05، سنة 2005 ص 142

4- منجد الأبجدي دار المشرق، بيروت المؤسسة الوطنية للكتاب، بالجزائر، الطبعة 06، سنة 1986، ص 378.

5- أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق د.المخزومي، ود.إبراهيم السامراني، الجزء 03، د. ت. ن ، ص 67، موجود على الرابط مجلس الألوكة، Majles.alukh. Net.

- أنظر كذلك: سيد المراكبي، التحكيم في مجلس التعاون دول الخليج العربية، دار النهضة العربية، 2005، ص 21.

ب- في اللغة الفرنسية: عرف التحكيم L'arbitrage على أنه تسوية نزاع من طرف حكم يختاره الخصوم بحرية[1].

ويلاحظ في هذا التعريف على أن مصطلح قضاة" des juges" أطلق لتعريف التحكيم، وبالتالي فقد أضفى صفة القضاء على المحكم.

الفعل: Arbitrer هو أن يقضي أويحكم ويراقب بصفة حكم[2].

أما الحكم L'arbitre: هو الشخص المختار من الأطراف المعنية للفصل في خلاف، وعرف أيضا أنه الشخص أو هيئة التي تتمتع بالثقل اللازم لفرض سلطتها[3].

تشترك هذه التعاريف اللغوية سواء في اللغة العربية أو فيما سواها في نقاط ثلاث:

- وجود اتفاق على الفصل في النزاع بواسطة التحكيم (أي بإرادة الخصوم)
- وجود نزاع يفصل فيه محكم
- اختيار المحكم لفض النزاع القائم.

ثانيا- اصطلاحا

إن تعريف التحكيم اصطلاحا لا يخرج فحواه عن التعريف اللغوي تقريبا، إذ تمسك فقهاء القانون الوضعي بهذا المعنى مع محاولة إسقاطه على الوقائع المادية، وتنظيمه عن طريق القواعد القانونية. تختلف هذه التعاريف باختلاف الزاوية التي ينظر إليه منها.

أ-من الفقه العربي: ومن التعاريف الكثيرة التي صادفناها ندرج على سبيل المثال:

قولهم:" ان التحكيم نظام خاص للتقاضي، ينمه القانون ويسمح بمقتضاه للخصوم في منازعة معينة قائمة أو محتملة، بأن يتفقوا على إخراجها من ولاية القضاء العام في الدولة،

1- L'arbitrage: "règlement d'un litige par des juges de leur choix" le petit l'arrousse, les éditions françaises 1995., P 83.

2- arbitrer :" juger ou contrôler en qualité d'arbitre", P 83.

3- L'arbitre: personne choisie par les parties intéressés pour trancher un différend, ou et personne ou groupe possédant un poid suffisant pour imposer son autorité – voir aussi- www- la toupie. Org. Dictionnaire.

ليحل بواسطة شخص أو أشخاص عاديين يختارهم الخصوم، يسندون إليهم الفصل في النزاع[1].

في حين عرفه جانب آخر من الفقه أنه:" نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم و يعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة،تسوية النازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية، والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم وفقا لمقتضيات القانون العدالة وإصدار قرار ملزم لهم"[2].

بينما يرى فريق آخر أنه: "اتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر، ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة، وذلك بحكم ملزم شريطة أن يقر المشرع هذا الاتفاق شرطا ومشارطة"[3].

ويرى آخرون أن التحكيم:" اتفاق على عرض نزاع معين – يدخل أصلا في الولاية القضائية المقررة للدولة على فرد أو أفراد يطلق عليهم اسم محكمين للفصل فيه دون المحكمة المختصة"[4].

ويعد هذا الرأي مختلفا نوعا ما من حيث طرحه لفكرة النزاع إذ يرى أنه يدخل أصلا في ولاية القضاء، وهو بذلك يتناقض مع الطرح الذي يرى في التحكيم بديلا عن القضاء[5].

1- محمد هشام، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية،ج1، دار الفكر،القاهرة، مصر،سنة 1990، ص 20

2- عبد الكريم سلامة، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2007، ص 19.

3- عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، 2000، ص 21.

4- محمود محمد هاشم، القواعد العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة 1988، ص 158.

5- يرجع لتفصيل هذه الفكرة إلى هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، طبعة 2004، ص 47، وأيضا جابر نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،د ط،د ت ن، ص 05.

ويرى جانب آخر من الفقه أن:" التحكيم نظام يستند أساسا إلى تراضي أطراف النزاع على اختيار شخص (محكم) أو أكثر للفصل بينهما، إما وفقا للقانون أو وفقا لقواعد الإنصاف والعدالة، أي أنه يقوم بوظيفة قضاء الدولة التي لا يكتسبها إلا بالقانون"[1].

ويبقى تعريف الدكتور محمد نور شحاتة من أدق التعاريف حيث جمع كل خصائص التحكيم وأركانه باختصار وتركيز إذ جاء فيه:"التحكيم كبناء قانوني مركب من عدة إرادات، إرادة المشرع التي تحدد نطاق ومضمون الحق في التحكيم وكيفية ممارسته، وإرادة المحتكمين التي تحرك هذه الإرادة الساكنة في صورة الاتفاق على التحكيم شرطا أو مشارطة، وإرادة المحكمين التي تدور في فلك الإرادتين السابقتين وتجد مصدر سلطاتها المباشرة في إرادة المحتكمين بطريقة مباشرة ، وبطريقة غير مباشرة في إرادة المشرع، كل ذلك يؤكد انه ليس لكل من المحكمين ، والمحتكمين سلطة مطلقة[2].

يحض التحكيم في لبنان – شأنه شأن مصر– اهتماما واسعا، لذا نجد العديد من القانونيين الذين اهتموا بدراسته، نورد منهم على سبيل المثال:

قولهم: :"اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به[3].

كما عرف التحكيم بأنه:" قضاء ولكنه قضاء خاص، لنوع خاص من المنازعات كوّنته الإرادة المشتركة لأطراف الخلاف، يبحث هذا القضاء عن إعطاء كل ذي حق حقه الذي يستحق، وكذا إيجاد الحل القانوني"[4].

1– محمد سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الداخلي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2016، ص07.

2 – محمد نور شحاتة، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر 1996، ص 473

3– جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الدولية، منشورات زين الحقوقية، طبعة 01، 2009، ص 38.

4– عبد الحميد الأحدب، التحكيم ومصادره، جزء 1، مؤسسة نوفل للنشر، بيروت، لبنان د ط، 1990ص 19.

أما من الفقه العراقي فنورد التعاريف الآتية:

– "نظام قانوني يمثل قضاء وعدالة من نوع خاص، خروجا عن الأصل العام بإرادة من المشرع وضمن الحدود التي يرسمها وفق إجراء اختياري يتم بموجبه سحب الاختصاص من محاكم الدولة، ويرتكز على اتفاق مكتوب بمقتضاه يعهد إلى أشخاص طبيعيين أو اعتباريين للفصل في حل نزاع قائم أو محتمل أن يثور بينهما بحكم ملزم"[1].

كما يعرفه جانب آخر بأنه: "نظام تعاقدي يلجأ إليه المتنازعان لحل الخلاف الناشئ بينهما بواسطة شخص أو أكثر من غير الحكام والقضاة"[2].

بينما اتجه فريق آخر إلى أنه:"احتكام الخصوم إلى شخص أو أكثر ليقوم بفصل النزاع القائم بينهم، للاستغناء به عن طريق اللجوء إلى المحاكم اقتصادا في الوقت والنفقات ورغبة في إنهاء الخصومة"[3].

وفي تعريف آخر:"عقد رضائي يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر على عرض أي نزاع ينشأ بينهما على محكمين منتخبين من قبلهما للفصل فيه دون اللجوء إلى المحكمة المختصة"[4].

أما من الفقه التونسي فيعرف التحكيم على أنه:" طريقة للفصل في النزاعات مثله مثل القضاء التابع للدولة، لكن بخلاف قضاء الدولة، فإن التحكيم لا يقوم إلا على الإرادة من جميع الأطراف المتنازعة"[5].

1– كاوة عمر محمد،التحكيم في منازعات العقود النفطية،منشورات زين الحقوقية،بيروت ،لبنان ط2015،01 ص 39.

2– التعريف لـ صلاح الدين ناهي، الوجيز في مبادئ التنظيم القضائي والتقاضي والمرافعات، ط 1، دار المهد للنشر والتوزيع 1983، عمان الأردن، ص 193.

أنظر كذلك: أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم، وإجراءاته، ، منشورات زين الحقوقية، ط 1، 2011، ص 18.

3– التعريف لصادق مهدي حيدرر، شرح قانون المرافعات المدنية، محاضرات ألقيت على المعهد القضائي، ببغداد 1986، ص 442.

– أنظر أسعد فاضل منديل، مرجع سابق، ص 19.

4– أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 19.

5– نور الدين قارة، قانون التحكيم، مركز النشر الجامعي، ، تونس، ط2 2017، ص 08.

أما عن تعريف التحكيم الوارد بمجلة الأحكام العدلية فهو:"عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكما برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما، ويقال لذلك حَكَم بفتحتين ومُحَكَّم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة[1].

ب- من الفقه الأجنبي

- **الفقه الفرنسي:** إن ازدهار التحكيم التجاري في فرنسا جعل الفقه الفرنسي يهتم بدراسته والكتابة فيه، فكان الفقه الفرنسي سباقا في ذلك، ومن الأمثلة التي نوردها في مايلي:

عرف جانب من الفقه التحكيم بأنه:"الهيئة التي تفصل في نزاع يجمع طرفين أو أكثر عن طريق ممارسة مهمة القضاء الموكلة إليها من قبلهم"[2].

كما عرفه جانب آخر من الفقه أنه:"وسيلة أو تقنية تهدف لإيجاد حل لإشكال يخص علاقة بين شخصين أو أكثر عن طريق سلطة الاتفاق الخاص والقانون الذي ينظمه، دون تدخل في هذه المهمة من قبل الدولة"[3].

1- المادة 1790 من مجلة الأحكام العدلية، الكتاب السادس عشر، القضاء، مؤلف دور الحكام في شرح مجلة الأحكام ولصاحبه علي حيدر، دار عالم الكتب للطباعة، الرياض 2003، وقد أنشأت مجلة الأحكام العدلية بعد توقف حرب القرم الأولى بين المسلمين العثمانيين والروس والتي أدت إلى بقاء جالية إسلامية ضخمة تحت سلطة الروس، فطلبت السلطة العثمانية من الكنسية الأرثوذوكسية في موسكو تقنينا واضحا لكيفية معاملة الرعايا المسلمين مما دفع الروس للرد بالمثل فأنشأ السلطان عبد المجيد لجنة من الفقهاء الحنفية مع مساهمين من المذاهب الثلاث كمراقبين لتقنين القضاء والأحكام الفقهية، فصدرت مجلة الأحكام العدلية وهي عبارة عن مجموعة تشريعات مكونة من 16 باب أولها البيوع وآخرها القضاء صدر آخر عددها سنة 1293 هجرية الموافق لـ 1882 ميلادية.

2- Charles jarrosson sur la notion de l'arbitrage, libre générale de droit et de jurisprudence 1987 N° 785, Paris. Commenter par : Alain prujiner, les cahiers de droit, Faculté de droit de l'université haval 1989, volume 30 N° 4, P 1003.

- "L'arbitrage est l'institue par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelle qui lui à été confiée par elle- ci".

3- René david: "L'arbitrage est une technique visent à faire donner la solution, d'une question intéressent les raports entre d'eux ou plusieurs personne, par un ou plusieurs autres personnes, l'arbitre ou les arbitres – les quelles tiennent leurs pouvoir, d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention sous être investies de cette mission par l'état".

L'arbitrage dans le commerce international Economica, 1982, P 09.

وعرفه جانب آخر أنه:"الحكم في خصومة من قبل أفراد يتم اختيارهم مبدئيا من قبل الخصوم عن طريق الاتفاق"[1].

بينما عرفه فريق آخر أنه:" طريق لتسوية النزاعات يقوم فيه الأطراف بموجب اتفاق مشترك بعدم اخضاع النزاع للجهة القضائية المختصة وعرضه على شخص أو أكثر لحيكم فيه"[2].

ومن الفقه السويسري: ذهب جانب من لفقه السويسري إلى أن التحكيم هو:" طريق خاص لفض النزاعات أساسه اتفاق الأطراف، يتميز بإخضاع النزاع لأشخاص عاديين مختارين مباشرة أو بصفة غير مباشرة من قبل الخصوم"[3]

ومن الفقه الإنجليزي: يرى بعض الفقه أن التحكيم هو:" إحالة النزاع أو الخلاف القائم بين شخصين على الأقل من أجل حسمه بعد سماع أطراف النزاع بوسيلة قضائية، وذلك بواسطة شخص أو أشخاص ليسوا من قضاة محاكم الدولة"[4].

1- "Le jugement d'une contestation par des particuliers choisis en principe par d'autre particuliers au moyen d'une convention", Henri Motulsky, études et note sur l'arbitrage, T 2, Dalloz 1974, P 05 (rée- 2007)

2-" L'arbitrage est un mode de résolution des litiges par lequel les parties d'une comun accord décident de soustraite l'examen de leur litige aux juridictions étatique et de confier le règlement définitif a une ou plusieurs personnes privées qu'elles choisissent, qui sont investies pour la circonstance de la mission de juge." Christophe SERAGLINI, et Jérôme Ortcheidt, droit de l'arbitrage interne et international , extenso édition, Paris 2013, P 14.

3- L'arbitrage est un mode privé de règlement des litiges – fonde sur la convention des partie il se caractérise par la soumission d'un litige à de simples particuliers choisie directement ou non – par les parties en matière internationale cette définition est préférables a cèle. Négative de droit interne, pour qui caractérise que principale de l'arbitrage serait la soustraction de litige au juridictions de droit comm.

Répertoire de droit international privé suisse par: Sutoit Knoepfer, la live, Mercier, T 01, P 214- 1982, indique par Philippe Fouchar, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman, traité de l'arbitrage commercial international, éditons litec 1996, P 12.

4- An arbitration is the reference of a dispute or difference between not less than tow persons for detemination after hearing both sides in a judicial manner by another persons or persons, other than a court of competent juridiction.

Gill- wH. The law of arbitration, édition Gill: william Henry 1983, thisd by. Marshall Enid. A, London – sweet maxwell.

ويرجع كذلك

- Derek – Roebuck, arbitartionandmediation in seventerenthcontryEngland- édition – holobook, the arbitration persee 2017.

ونجد كذلك تعريف آخر: حالة مسألة أو مسائل محل نزاع بين الأطراف المعنية إلى شخص أو أشخاص بغرض الحصول على حكم[1].

ج- التحكيم في الفقه الجزائري: من خلال البحث الحالي لم نجد من فقهاء القانون الجزائري من وضع تعريف للتحكيم رغم وجود عدة دراسات تخص هذا المجال، اللهم إلا بعض التعاريف التي وضعها أساتذة كبار تداولها فيما بعد معظم الدراسات التي تلتهم، وأغلب هذه التعارف جاءت باللغة الفرنسية، ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر أن:" التحكيم في النهاية ذلك النظام غير العادي من عدالة خاصة تخرج النزاع من اختصاص محاكم الدولة السيدة إلى أشخاص خواص، يختارهم أو يساعد في اختيارهم من المفروض أطراف النزاع"[2].

بينما يعرفه جانب آخر من الفقه بأنه: "اتفاق بين طرفين أو أكثر على إخراج النزاع أو عدد من النزاعات من اختصاص القضاء العادي، وأن يعهد بها إلى هيئة تتكون من حكم أو أكثر للفصل فيها بقضاء ملزم"[3].

بينما عرفه جانب آخر بأنه:" إسناد مهمة الفصل في النزاع إلى أفراد عادية كبديل عن المحاكم بصفتها الجهات المختصة، والتي ترفع أمامها النزاعات طبقا لشكلية معينة، ويتصدى للفصل في هذه النزاعات قضاة معينون، فالتحكيم في الحالة هذه استثناء بمقتضاه

1- An arbritartion is reference to the decision of one or more persons either with or Nithoutan umpire of some matter or matters in difference between the parties.
- David St – John sutton, judith, Gill russell on arbitration, published by sweet and maxwelle, London 2015- 24 th, édition, P 30

2- Bedjaoui Mohamed, L'évolution des conceptions et de la pratique algérienne en matière d'arbitrage international(necissité ou fatalit&) revueMutation N03,Alger1994, "act de séminaire sur l'arbitrage commercial:" l'arbitrage est après tout ce système peu banal de justice privé. Dans la quel un litige est soustrait ou ravi à la compétence des tribunaux ordinaires à l'état pour être confié à des personne privées de surcroit en principes pour les parties ou avec leur concours".

3- خليل بوصنورة، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2008/2007، ص 16.

- ويرى في السياق ذاته أن التحكيم تقنية قانونية المختارة من قبل الأطراف للقيام بالفصل في منازعة محددة وفق قواعد قانونية مختارة، سواء كانت هيئة تكميلية خاصة أو مؤسسات.

يتصرف الخصمان في حقوق لهما ويطرحانها على محكمين ذوي سمعة ونزاهة وأصحاب معرفة في الموضوع"[1].

أما التعريف الذي نميل له ، فيدور ضمن كل تلك التعاريف التي تشترك في تحديد أهم العناصر التي يرتكز عليها نظام التحكيم :

- وجود علاقة قانونية بين الأطراف .
- وجود نزاع قائم أو محتمل.
- وجود اتفاق بين الاطراف على حل هذا النزاع من قبل أشخاص آخرين يرتضونهم كمحكمين
- افتراض حياد المحكمين المختارين قبل نشوب النزاع أو بعده
- امكانية حدوث هذا الاتفاق في شكل بند في العقد الذي يحدد طبيعة العلاقة بين الاطراف، أو في شكل عقد مستقل عن العقد الأصلي
- حرية المحكمين في اتباع السبل التي يرونها مناسبة لحل النزاع
- الزامية القرارات الصادرة عن المحكمين بحكم السلطة المخولة لهم
- استقلالية نظام التحكيم عن قضاء الدولة.

وبالتالي يمكن صياغته كالآتي:"التحكيم نظام مستقل عن القضاء قوامه اتفاق أطراف الخصومة، بإرادتهم الحرة على اسناد مهمة الفصل في نزاع نشب أو محتمل بينهم، لأشخاص من الغير يفترض فيهم الحياد والنزاهة، يصدرون حكما فاصلا، وملزما للأطراف"[2].

1- فاضلي إدريس، التنظيم القضائي والإجراءات المدنية، الجزء الأول، دار بن مرابط للطباعة، ط 1، 2009، ص 210.

2 – وهو التعريف الذي حاولنا في تلخيص كل العناصر المشتركة بين التعاريف المستشهد بها السالفة الذكر.

الفرع الثاني

التطور التاريخي للتحكيم

إن الغاية التي استهدفتها كل الشرائع السماوية هي "السلام" ومن ورائه نبذ الخلافات والسعي لحلها عبر الأزمنة، وفي مختلف الأمكنة، فكان الاستقرار والأمن هو الغاية دائما.

ولأن المجتمعات مزيج من الأهواء تضم مختلف الفئات من معتدين، وعقال، وأخرين جاهلين... وغيرهم، كان لزاما تشريع إقامة العدل وإرساء الحقوق، فعرف الإنسان عدة مصطلحات تفضي كلها إلى حل النزاعات فكان الصلح والقضاء، والتحكيم أهمها[1].

يعد التحكيم من الطرق التي لجأ إليها الناس في المراحل الأولى لتكوين الفكر القانوني عند الإنسان، وتطور مع نمو الحضارة البشرية بعدما كان قانون الغاب هو السائد، ومنطق الانتقام الفردي هو الغالب وفي معرض بسيط سنعرض التحكيم عبر الحقب التاريخية المتتالية.

أولا- التحكيم قديما عند غير العرب

أ-**عند الإغريق:** كان يفصل في المنازعات بين دويلات المدن اليونانية مجلس دائم للتحكيم (الأمفيكتيوني)، وكان التحكيم الوسيلة التي تفض بموجبها المنازعات في المراحل الأولى، من الحضارة في العراق القديم، فكان أكبر الأعضاء شيبا من المشتركين يقوم بالتحكيم، ولم

1- قدري محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار النشر والتوزيع، الرياض، م ع السعودية، ط 1، سنة 2009.

يرى جانب من الفقه أن التطور التاريخي للتحكيم مر بثلاث مراحل: الأولى مرحلة التحكيم كبديل لمحاكم الدولة ، والتي سادت قبل تحديد السلطات الثلاث للدولة، فكان التحكيم عبارة عن هدنة لتجنب ممارسة العدالة الفردية، أما الثانية فكان التحكيم التوفيقي إلى جانب محاكم الدولة، وسادت إثر ظهور فكرة السلطات الثلاث، بعد تطور الانسانية، وفي تلك الفترة عمل التحكيم على المصالحة بين المتنازعين أكثر من حسم النزاع، والثالثة حل قضائي إلى جانب قضاء الدولة، وسادت مع بداية القرن العشرين ، وتميز ب تبلور فكرته وتنظيمه، واختياره من قبل الأطراف المتخاصمة والاتفاق عليه، أيضا تميز بظهور العديد من المراكز والهيئات المتخصصة التي تقدم خدماتها لرجال الأعمال والصناع والتجار، لمزيد من التفاصيل يرجع ل محمد عبد الحميد مسعود، مرشد الباحثين عن حلول إشكاليات تحكيمات منازعات التجارة الدولية، دار القضاء العالي، القاهرة ، مصر 2016 ص 03 -10

تكن عملية التحكيم قد شكلت عملا مستقلا عن المجتمع، وإنما ضمن وظيفته العامة وإذا تتم العقوبة المرتبة باسم المجتمع.

وعرف اليونانيون التحكيم على الصعيد الداخلي والخارجي، وكان كل مواطني أثينا ملزمين على قيد اسمائهم في قوائم المحكمة من أجل تخفيف العبء على المحاكم الشعبية وألا يتم حرمانهم بعض الحقوق، وكانت المهمة الأساسية لهؤلاء المحكمين هي الإصلاح بين الخصمين، وفي حالة الفشل يصدر قرارا مشفوعا بقسم قابلا للاستئناف أمام المحاكم الشعبية[1].

ولزيادة تأكيد هذا التطور في مجال التحكيم عند اليونان فقد كان لهم مجلس تحكيم دائم وأبرموا معاهدات تحكيم دائمة[2].

ب- عند السومريين: سكن السومريين جنوب العراق أول شعوب منقطة سومر، وعرفوا التحكيم كوسيلة لفض نزاعاتهم، إذ تم العثور على لوح حجري مكتوب باللغة السومرية يتضمن معاهدة صلح أبرمت في القرن 31 قبل الميلاد بين دولتي مديني "لجش وأوما" القديمتين المعروفتين بنزاعها المستمر بسبب الحدود والمياه، وكان الحكم في هذه المعاهدة ملكا محايدا من مدينة "كيش" اسمه مُسَيلِم الذي ضمن المعاهدة شرط وجوب احترام خندق الحدود المنجز، وشرط التحكيم في حالة نشوب نزاع آخر بينهما.

1- قدري محمد أحمد، مرجع سابق، ص 29- 30.

2- قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، -دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان الاردن، ط2، ص 37.

- Christophe – Juhell: arbitrage en droit, arbitrage en équité- colloque international les modes alternatifs de règlement des conflits, Université d'Alger 1- 06 et 07/05/14 série spéciale colloques et séminaire N° 3/ 2014, P 118- 120.

كان يعهد للتحكيم في هذه الفترة للعضو الأكبر سنا، وأصبح بعد ذلك ما يصدر عن المحكمين من حلول تفض النزاعات بين الخصوم من قبيل السوابق القضائية التي يرجع لها كمصدر مهم للقانون المدون[1].

ج-عند البابليين والأشوريين: جاءت الدولة البابلية بعد الدولة السومرية، وعلى انقاض البابلية ظهرت الأشورية وعرفت هاتين الدولتين التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بالاعتماد على الكهنة والآلهة .

د-التحكيم عند الرومان: عرفت روما هي الأخرى تطورا يضاهي ذاك الذي عرفته اليونان بما يخص التمييز بين القضاء وقانون التحكيم وقواعد العدالة والمساواة.

كان الرومان يختارون شخصا يسمونه arbitrator لتكملة شروط العقد والإشراف على تنفيذه وليس من أجل الفصل فيما ينشأ عنه، وكان قرار هذا المحكم جزء من العقد.

وقد عرف المجتمع الروماني تقاليد وعادات مختلفة في التحكيم قبل القرن V، لكن أول ظهور لمصطلح التحكيم في الإمبراطورية الرومانية كان في الألواح الإثنى عشر[2].

كان الإمبراطور جوستنيانJustinien غير من التحكيم كليا بإبعاد قواعد العدالة والإنصاف من أجل تأسيس نوع وحيد من التحكيم وهو التحكيم بالقانون[3].

هـ- التحكيم عند الفراعنة: لم يكن المصري القديم بمارس مهمة الفصل في الخصومات إلا في الحالات النادرة ،بل كانت هذه مهمة الكهنة ،استمر الأمر كذلك إلى غاية الأسرة السادسة التي تقوم بإبلاغ الأحكام الإلهية للناس عن "منعات" آلهة العدل التي تشرف على تطبيق القانون[4]، إذ انفرد فيها الأمراء بالسلطة عن الملك،أين أصبح أمير الإقليم هو القاضي

1- أطلق الإغريق اسم ميزوبوتاميا التي تعني بلاد ما بين النهرين.

- قحطان الدوري، مرجع سابق، ص 38- 40.

2- J. c. michel Humbert; L'arbitrage et jugement à rome, Droit et culture N° 28- 1994, P 47-63.

3- L'empereur justinien dénature totalement l'arbitrage pour Bannir l'équité et instaurer un type unique d'arbitrage, l'arbitrage en droit, Christophe juhel, o. c. p, 120- 121.

4- الحسين السالمي، مرجع سابق، ص 27.

يفصل بأحكام غير قابلة للطعن، ومع ذلك فإن الأفراد كان لهم حرية اللجوء للتحكيم الذي كان يسمى القضاء الخاص وبإمكانهم اختيار المحكمة والجزاء وغيرها من الإجراءات[1].

ثانيا- التحكيم عند العرب قبل الإسلام (في الجاهلية)[2]

أ- **التحكيم عند القبائل العربية:** ساد النظام القبلي في هذا العصر بعاداته وتقاليده، وكان للقبائل حكاما من علمائهم الذين كانوا يحكمون بينهم إذا تشاجروا في الفضل والمجد، وعلو الحسب والنسب وغير ذلك من الأمور، فاعتبر زعماء القبائل وشيوخ العشائر محكمين بالمعنى الحالي، وعادة ما كانوا يتميزون بالفطنة والذكاء ورجاحة العقل والحكمة، إضافة إلى علو الهمة والشهامة ورفعة الأخلاق.

وكثيرا ما شاع بينهم واشتهر أكثر من وصف بالعدل والصدق إلى درجة أن صيته ذاع خارج قبيلته أو عشيرته[3].

لم يكن المحكم ملزما، بل أن القضاء كله وحل الخلافات بين الناس لم يكن على وجه الإلزام من أي سلطة، وحتى تحكيم زعيم القبيلة لم يكن على وجه الإلزام، إذ يمكن للمتخاصمين اللجوء إلى غيره ممن عرف بالصدق والعدل والأمانة[4].

احتكم العرب في الجاهلية أيضا إلى الكهنة وإلى النار والأزلام.

1- قدري محمد أحمد، مرجع سابق، ص 33.

2- الجاهلية هي الزمن الذي كثير فيه الجهال، وهي الفترة ما قبل الإسلام وقيل هي الزمن بين الرسولين، وقد تطلق على زمن الكفر مطلقا، وعلى ما قبل الفتح، وعلى ما كان بين مولد النبي صلى الله عليه وسلم والبعث، عند ابن خالوية أن هذا اللفظ اسم حدث في الإسلام للزمن الذي كان قبل البعثة وهو ما قال به العسقلاني أيضا، ومنه قوله تعالى:" **يَظُنُّونَ بِاللَّهِ غَيْرَ الْحَقِّ ظَنَّ الْجَاهِلِيَّةِ** "-(الآية 54 من سورة آل عمران)- يرجع بالتفصيل إلى محمود شكري الآلوسي، بلوغ الأرب في معرفة أحوال العرب، المكتبة الأهلية- مصر- ط2، ج1، د ت ن ، ص 15- 18.

3 - نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم قبل الإسلام، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2006، ص75-79.

4- قدري محمد، مرجع سابق، ص 33.

-**الاحتكام إلى الكهنة:** كانت العرب تشد الرحال إلى الكهنة[1] من أجل فض ما نشب بينهم من نزاع، اعتقادا منهم أن الكاهن يعلم الظالم من المظلوم،ومن أمثلة ذلك: تحاكم عبد المطلب جد الرسول صلى الله عليه وسلم وقريش إلى كاهنة بني سعد بأشراف الشام عند منازعته في تحديد حفر بئر زمزم[2]، واحتكم أيضا إلى عرافة بالحجاز عندما حاولت قريش منعه تنفيذ نذر بذبح إبنه عبد الله والد الرسول صلى الله عليه وسلم، وقضت هذه العرافة أن يفدى بالإبل[3].

- **الاحتكام إلى النار:** قدس العرب قديما النار ظنا منهم أنها تجلب الغيث، وأشعلوها عند التحالف أيضا، واحتكمت العرب في اليمن إلى النار، تأكل الظالم والبريء لا تمسه بسوء، ومن ذلك قصة" تبع" واعتناقهم لليهودية ورفض "حمير" اليمن دخولهم عليهم بالدين الجديد، واحتكامهم للنار[4].

- **الاحتكام إلى الأزلام:** كما احتكمت العرب إلى الأزلام في أغلب التصرفات اليومية كالتجارة والزواج، والخصومات، إذ كان بالكعبة صنم كبير يدعى "هبل" وبجواره أزلام مكتوب عليه:

1- والكاهن هو من يخبر عن المستقبل، ويدعى معرفة الأسرار ومطالعة الغيب.

انتشرت الكهانة عند العرب قديما ، انتشر الدجل والخداع والاحتيال حتى أنهم كانوا يتكهنون دون أن يحسنوا الكهانة، وكان في كل ركن كاهن ، يتحاكم العرب إليه ، فعن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال:"أول خبر جاءنا بالمدينة مبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم أن امرأة من أهل المدينة كان لها تابع من الجن ، جاء في صورة طير،حتى وقع على جذع لعم، فقالت له ألا تنزل إلينا فتحدثنا ونحدثك، وتحذرنا ونحذرك؟ فقال:لا، إنه قد بعث بمكة نبي حرم الزنى، ومنع منا القرار" – سليمان بن أحمد الطبراني ، حديث رقم 765 المعجم الأوسط، دار الحرمين ، القاهرة ، مصر، ط 01، 1995، ص234.

2 – و مما يروى عن ابن اسحاق ، في كيفية احتكام العرب حين يتخاصمون أن رؤيا عبد المطلب بحفر زمزم وبدئه العمل به ومخاصمة قريش له:" اجعلوا بيني وبينكم من شئتم أحاكمكم إليه "فقالوا :" كاهنة بني سعد هذيم، قال نعم"وكانت هذه الكاهنة بأشراف الشام فركبوا إليها.- سميح دغيم ، موسوعة الأديان السماوية والوضعية ، أديان ومعتقدات العرب قبل الإسلام ج 04 ، دار الفكر اللبناني ، بيروت ، لبنان ، 1995 ، ص 163

3- أبو محمد عبد الملك بن هشام، سيرة النبي صلى الله عليه وسلم (سيرة بن هشام) تحقيق مجدي فتحي السيد ، دار الصحابة للتراث بطنطا، ج 01 ،ط 01، ص 199-203.

- إسماعيل الأسطل ، التحكيم في الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1998 ، ص 21.

4- سيرة ابن هشام، ج 1، ص 62، وكذلك سميح دغيم، مرجع سابق ص،170.

افعل أو لا تفعل، أمرني أو إنهاني، نعم أو لا، فإن اختلفوا في مسألة لجأوا إلى أمين الأزلام فيحيل القداح الموسومة (المكتوبة) فيعملوا مباشرة بها خرج منها، وقد حرم الله عز وجل هذه الوسيلة بنص صريح إذ قال عز وجل:﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ**﴾[1].

ب-أشهر المحكمين العرب في الجاهلية: اشتهر من العرب عدد كبير ممن كان يلجأ إليهم من أجل حل نزاعاتهم وأشتهر عنهم ما تحلوا به من صفات جعلت التاريخ يذكرهم إلى يومنا هذا، ومن أمثلتهم:

في تميم: أكثم بين صيفي، وحاجب بن زرارة، والأقراع بن حابس، وربيعة بن مخاشن.

وفي قيس: عبد المطلب وأبو طالب أخوه، ابن هاشم بن عبد مناف، والعاص بن وائل.

وفي أسد: ربيعة بن حذار

وفي كنانة: يعمر الشداخ، وصفوان بن أمية، وسلمى بن نوفل.

ولم تر العرب حرجا في تحكيم المرأة طالما اتصفت بما يلزم من حنكة، ورجاحة عقل وفطنة واشتهرت في ذلك عدد من النساء منهن:

صحر بنت لقمان، هند بنت الخس، جمعة بن حابس، وخصيلة بنت عامر بن الظرب، وحذام بنت الريان[2].

وعمر بن الخطاب رضي الله عنه أيضا كان من الذين احتكمت إليه العرب فيما شجر بينهم لما اتصف به من أخلاق عالية قبل إسلامه وبعده.

ج- رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم قبل بعثته: من أشهر القصص التي وردت عن احتكام العرب لرسول الله صلى الله عليه وسلم هي قصة وضع الحجر الأسود في مكانه عند بناء الكعبة، وكان عمره صلى الله عليه وسلم 35 سنة.

1- الآية 90 من سورة المائدة

2- يرجع بالتفصيل لكل هذه الأسماء وغيرها، محمود شكري الآلوسي، ج1، مرجع سابق، ص 308/ 344.

فالثابت تاريخيا أنه: قريشا اجتمعت لبنيان الكعبة وتسقيفها بعد سرقة كنز منها، فقامت القبائل بجمع الحجارة كل على حده، ولما وصلوا بالبناء إلى موضع الركن اختلفوا واختصموا، كل قبيلة تريد نوال هذا الشرف حتى أعدوا للقتال، ليشير عليهم كبيرهم أن يحتكموا إلى أول داخل عليهم، فكان عليه الصلاة والسلام هو ذاك الداخل ففرحوا به ورضوا به فحكم بينهم بأن وضع الحجر الأسود على ثوب وأشار إلى أن تأخذ كل قبيلة بناحية من الثوب فرفعوه جميعا فإذا بلغوا موضعه ،حمله صلى الله عليه وسلم ووضعه في مكانه[1].

وعليه فإن تناول التحكيم في هذه الحقبة التاريخية القديمة إنما دليل على أنه كان شريعة قائمة، سواء عند العرب، وغيرهم من الحضارات، لكنه ظل اختياريا من حيث اللجوء إليه، و حتى من حيث إلزامية الأحكام الباتة في النزاع.

ثالثا– التحكيم عند العرب بعد الإسلام

أ– **من القران الكريم:** لقد ورد لفظ "حكم" بمختلف الصيغ في أكثر من مرة في القرآن الكريم، وكذلك السنة النبوية.

لذا فإننا سنحاول الإحاطة بالتعريفات الشرعية مع التفصيل في دليل مشروعيته.

ورد في قوله تعالى:﴿ **فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا**﴾[2]، وكذلك قوله عز وجل:﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾[3] وأيضا عز من قائل:﴿ **وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً**

1– يرجع لحادثة: وضع الحجر الأسود بالمقال المنشور على :www. El manar. Com 23/07/2013
– وكذلك/ الآلوسي، ص 308، وقادري، ص 39– 40.

2– الآية 65 من سورة النساء.

3– الآية 35 من سورة النساء.

وَلَكِنْ لِيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آَتَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ﴾[1]، توضح الآيات الكريمة أن التحكيم يكون فما يشجر بين القوم، أي فيما اختلفوا فيه، كما تضمنت إشارة إلى أن الحكم يكون باختيار الخصوم وبشرط رضاهم، ففي الآية 65 من سورة النساء إشارة إلى وجوب تحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم، ليس فقط كونه محكما بالمعنى المتعارف عليه قبل البعثة، بل أيضا لكونه قاضيا لا يرد قضاؤه إلا بوحي من الله عز وجل.

فالمؤمن لا ينازع إلا بما يظن أنه حق له، فمتى حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم يجب أن يرضى بحكمه الجميع لأنه لا يحكم إلا بالحق[2].

والحَكَمُ من أسماء الله الحسنى، وقيل في شرح معناه الذي له الحكم وحده ويحكم بما يريد[3]. ورد هذا اللفظ الجليل في قوله تعالى:**﴿أَفَغَيْرَ اللَّهِ أَبْتَغِي حَكَمًا وَهُوَ الَّذِي أَنْزَلَ إِلَيْكُمُ الْكِتَابَ مُفَصَّلًا وَالَّذِينَ آَتَيْنَاهُمُ الْكِتَابَ يَعْلَمُونَ أَنَّهُ مُنَزَّلٌ مِنْ رَبِّكَ بِالْحَقِّ فَلَا تَكُونَنَّ مِنَ الْمُمْتَرِينَ﴾**[4]، فهو سبحانه حَكَمٌ بين العباد في الدنيا والآخرة، وفيما شرع من شرعه وحكم من حكمه وقضاياه على خلقه قولا وفعلا وليس ذلك لغير الله تعالى[5].

1- الآية 48 من سورة المائدة

2- سميرة الزعيم المنجد، مرجع سابق، ص 50.

- أسعد فاضل منديل، مرجع سابق، ص 14- 16.

- كاوة عمر محمد ، مرجع سابق، ص 26.

3- اسم الله الحكم: موسوعة النابلسي، متوفر على الرابط الدرس 100/81، artzblue: www- nabulsi. Com العقيدة الإسلامية، 2008.

4- سورة الأنعام الآية 114.

5-.alrashedoon.com ، w.w.wالأسماء الحسنى.

- راجع أيضا: الدرر السنية – الموسوعة العقدية على الرابط aqradia, http s: // darar. Net

وأيضا الدكتور على عوض حسن، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،مصر،ط،1998ص 35

ب- من السنة النبوية الشريفة: هناك أدلة كثيرة على إقرار السنة النبوية اللجوء إلى التحكيم سواء كان ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم سنة قولية أو بفعله الكريم، - فعلية - أو تقريرية.

منها قبوله صلى الله عليه وسلم بتحكيم سعد بن معاذ في شأن يهود بني قريظة الذي قبلوا تحكيمه[1].

وكذا الحديث الشريف الذي رواه أبو داود أن أبا شريح هانيء بن يزيد رضي الله عنه قدم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم مع قومه فسمعهم يكنونه "بأبي الحكم" فقال له صلى الله عليه وسلم:﴿إن الله هو الحكم، فلم تكن بأبي الحكم؟ فقال: لأن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين، فقال صلى الله عليه وسلم: ما أحسن هذا، فمالك من الولد فقال لي شريح ومسلم وعبد الله، فقال عليه الصلاة والسلام فمن أكبرهم، قال: شريح، فقال: أنت أبو شريح﴾ ودعا له ولوده[2].

ج- من الإجماع: أجمع صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم على جواز التحكيم، ونذكر أمثلة عن ذلك:

1- الحديث عن أبي سعد الخذري رضي الله عنه في صحيح البخاري رقم 3593 للإمام أبي عبد الله محمد بن اسماعين البخاري الجعفي، الجزء الثالث، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر 1992.

- راجع أيضا عن سيرة الصحابي سعد بن معاذ رضي الله عنه، محمود المصري، أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم، الجزء الأول، مكتبة الصفا بالقاهرة، الطبعة الأولى 2005، ص 332- 343.

2- رواه أبو داود في السنن، كتاب الأدب باب 70، في تغيير الاسم القبيح، حديث رقم 4955، للإمام الحافظ أبي داوود سليمان بن الأشعث السجستاني تحقيق محمد عبد العزيز الخالدي: دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان،ج 4. ط1، 1996 ص289

- راجع أبضا: عبد الكريم زيدان، نظام، القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 1997، ص 247- 248.

- وأيضا محمد عبد الحميد مسعود، مرجع سابق، ص 02.

ما وقع بين عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأبي بن كعب في منازعة النخل، فحكم بينهما زيد بن ثابت[1].

وفي قصة أخرى اختلف عمر مع رجل في أمر فرس اشتراها عمر رضي الله عنه فتحاكما إلى شُرَيْح القاضي[2].

وفي حادثة كانت الأشهر ما وقع بعد مقتل عثمان بن عفان رضي الله عنه بين معاوية بن أبي سفيان وعلى بن أبي طالب رضي الله عنهما، والخلاف الذي تصاعدت وتيرته إلى أن خرج الصحابيان على رأس جيشهما، بعد رفض معاوية مبايعة علي كرم الله وجهه الذي رفع أصحابه القرآن الكريم، فاختار كل منهما حكما عنه، فكان الصحابي ابي موسى الأشعري حكما عن علي بن أبي طالب رضي الله عنهما، وكان الصحابي عمرو بن العاص حكما عن معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهما، فكتبت صحيفة التحكيم بينهما[3].

وعليه فكما أن كتاب الله العزيز الحكيم أجاز التحكيم وجاءت السنة النبوية الشريفة مقرة مثبتة له، فإن صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم ساروا على هذا النهج، وكان المثال الأخير دليل آخر لمشروعية التحكيم التي لم تكن ولا يمكن أن تكون محل جدل في الإسلام، ولكن الجدل كان من أجل تحديد نطاق التحكيم من جهة وتميزه بين المذاهب فيما إذا كان مساعي صلح أم قضاء لحسم النزاع[4].

1- وهو الصحابي الجليلي زيد بن ثابت بن الضحاك الأنصاري الخزرجي، كاتب الوحي للرسول صلى الله عليه وسلم ومن جمع القرآن الكريم في عهد أبي بكر الصديق رضي الله عنه، عن محمود المصري، أصحاب الرسول، مرجع سابق، ج1، ص 209- 215. راجع أيضا ، ص 270.

2- هو شريح بن الحارث بن قيس الكندي، أبو أمية، من أشهر القضاة في صدر الإسلام وأصله من اليمن،ولي قضاء الكوفة في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية، واستعفى في أيام الحجاج فعفاه، يرجع إلى: خير الدين الزركلي، الأعلام، قاموس تراجم ،دار العالم للملاين ، بيروت ط07، 1986، ص

3- محمود شاكر الخرساني، التاريخ الإسلامي، الجزء 3، المكتب الإسلامي، ط 08، سنة 2000، ص 263- 277. راجع أيضا/ عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 248.

4- عبد الحميد الأجدب، مرجع سابق، ص 27.

د- التحكيم عند جمهور العلماء: ظهرت أولى المذاهب الإسلامية الأربعة على يد الإمام أبي حنيفة النعمان (80هـ/ 699 م ـــ 150هـ / 767 م)، ثم على يد الإمام مالك (93هـ/ 715 م ـــ 179هـ/ 796م) في الثلث الأخير من العصر الأموي، ثم الإمام الشافعي (150هـ/ 767م ـــ 204هـ/ 820 م) فالإمام ابن حنبل (164هـ/ 780م ـــ 241هـ/855 م) في أوائل العصر العباسي، ولم يكن الأئمة الأربعة ولا من تبعهم من الأئمة حسب مذاهبهم للخروج عما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع من الصحابة على مشروعية التحكيم وجوازه واشتركوا في مجموعة من النقاط أهمها:

- اشتراط توفر أهلية الأداء لدى الخصوم.
- اشتراط توافر أهلية الشهادة لدى المحكم، وإن زاد البعض إلى أهلية القضاء.
- اعتبار حكم المحكم ملزما للخصوم.
- وجوب إجماع المحكمين على الحكم المحكمين في حال تعددهم.

أما النقاط التي اختلفوا فيها فمنها:

- حق الخصوم في العدول عن التحكيم بين مؤيد ومقيد.
- سلطة القاضي في نقض حكم التحكيم إذا رفع إليه الأمر بين مجيز ورافض.

-المواضيع القابلة للتحكيم بين من حصرها في النزاعات المالية فقط وبين من وسع مجالها.

الفرع الثالث

تاريخ التحكيم في الجزائر

ليست الجزائر بمعزل عن المجتمعات الأخرى في علاقاتها بالتحكيم، فقد عرفته منذ أمد بعيد، لكن الدراسات التاريخية لم تكفل لنا المعلومات الكافية التي تمكننا من الخوض فيها بأريحية، فجل الدراسات التي تخص التحكيم في الجزائر تنطلق من الحقبة الاستعمارية الفرنسية، أو قبلها بقليل، وهو ما سنحاول توضيحه كمايلي:

أولا- مرحلة ما قبل الاستقلال

قبل دخول الفرنسيين إلى الجزائر كان الشرع الإسلامي هو القانون المطبق على المذهب المالكي، كما عرف المجتمع الجزائري بالتوازي مع قضاء الدولة "نظام الجماعة أو الجمعة" المكونة من الوجهاء وذوي المقام، والتي كان من مهامها النظر في النزاعات التي تطرأ في الأرياف والقرى (مكان تواجدها)، والتي من شأنها تعكير صفوة الأمن فيها. يتمتع قرار الجماعة بقوة معنوية هائلة، فهو نافذ بمجرد صدوره ولا يقبل أي طريق للمراجعة ولا يحتاج لصيغة تنفيذية[1].

لعبت الجماعة دورا هاما خلال الثورة الجزائرية وأعلنت فرنسا الحرب عليها، مما أفقدتها هيبتها بعض الشيء لتواصل تلاشيها بعد الاستقلال، من خلال إهمال المشرع الجزائري لها وعدم تبينه لقيمها مما جعل وجودها حاليا شبه معدوم، اللهم إلا في بعض المناطق الريفية والداخلية.

ومن جهة أخرى فإن فرنسا عندما حلت بالجزائر استقدمت معها ترسانتها القانونية، وحاولت أن تجعلها محل ما كان موجود من قواعد قانونية، لكنها لم تستطيع إلغاء تطبيق الجزائريين لمبادئ الشريعة الإسلامية، فأصبحت الجزائر تخضع لنظامين قانونيين: نظام

1- الصادق مزهود ، تاريخ القضاء في الجزائر من العهد البربري إلى حرب التحرير الوطني ، دار مداد ، قسنطينة، ط02، 2013ص 216-217 وهو يوثق من الجانب التاريخي: "أن المناطق الجبلية الوعرة مثل جبال الأوراس، وجبال بلاد القبائل، والهضاب الصحراوية البعيدة عن مراكز العمران كانت تتمتع بنوع من الاستقلال الداخلي بحكم الأمر الواقع ولا تكاد تصل إليها السلطة المركزية، والداي هو المسؤول من الناحية القانونية عن الشؤون القضائية حيث أن حكومته لا تشتمل على وزير العدل،ولكنه يفوض سلطته القضائية لقضاة يحكمون طبقا لنصوص القران وأحكام الشريعة الإسلامية.....أما بلاد القبائل فإن النظام القضائي فيها يقوم على أساس التحكيم و القرارات التي يصدرها العلماء والمرابطون المحليون الذين يتفق المتخاصمون على الالتجاء إليهم ، أو القرارات التي تتخذها مجالس الكبار " الجماعة" في القرى، وهذه القرارات وما تنطوي عليه من شبه إجماع ، وما يحيط بالرجال الذين يتخذونها من الوقار وحسن السمعة ، تمثل ضمانات لا يستهان بها للعدالة والقضايا التي تنظر فيها."، راجع كذلك عبد الحميد الأحدب، مرجع سابق، ص 143، وهو يرى نظام الجماعة عبارة عن تحكيم بالصلح وليست تحكيما بالقانون، بينما نميل للرأي القائل بأن الجماعة نوع من القضاء الموازي لقضاء الدولة، فطبيعتها الخاصة تجعلها بين التحكيم والقضاء، فلا هي تحكيم صرف ولا هي قضاء صرف.

الفرنسيين ونظام المسلمين إلى غاية نهاية الحقبة الاستعمارية التي خلفت وراءها قانونا فرنسيا مطبقا في مختلف المجالات[1]

وكانت الجزائر منذ الاستقلال غير متقبلة لفكرة التحكيم بصفة عامة، لما رأت فيها من استغلال غير مباشر لثرواتها عن طريق إخضاع النزاعات المتعلقة بها (خاصة في مجال المحروقات) إلى غير قضائها الذي يعد الأجدر بحمايتها.

ولم تكن هذه النظرة للتحكيم تخص الجزائر وحدها بل كانت تتقاسمها مع أغلب الدول الحديثة الاستقلال التي لم تر فيه سوى طريق مقنع لاستمرار الدول المستعمرة في نهب الدول التي سبق لها وأن ذاقت خيراتها.

ورغم هذا النفور إلا أن الجزائر وجدت نفسها مرغمة على التحكيم لا مختارة له بما أنه الطريق الأكثر اعتمادا لحل المنازعات التجارة الدولية.

لم تتوان الجزائر عن التعبير عن هذا الرأي في أكثر من مرة أمام المجتمع الدولي، ومن ذلك – مثلا– المذكرة المقدمة من الجزائر إلى مؤتمر رؤساء الدول الأعضاء في الأوبيك، وفيه تستعيد الجزائر الشكوى، ليس من مبدأ التحكيم وإنما من سوء تكييفه مع متطلبات وأوضاع الدول السائرة في طريق النمو، وتشير في ذات المذكرة إلى أنه في حال عدم تكيف التحكيم مع خصائص أوضاع دول العالم الثالث فإنها ستجد نفسها مضطرة لإنشاء نظام تحكيمي خاص بها لا تلتزم سواه، أو أنها ستعود للقضاء الداخلي الوطني لكل بلد من البلدان النامية[2].

1– بموجب القانون 62– 157 المؤرخ في 1962/12/31 المتضمن تمديد العمل بالقوانين الفرنسية السارية المفعول إلى غاية 1963/12/31، ج ر سنة 1963 العدد 02.

2– عبد الحميد الأحدب، مرجع سابق، ص 132، وهو ما أكده السيد هواري بومدين في خطابه المؤرخ في 1973/02/15.

ثانيا- النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم في الجزائر بعد الاستقلال

ولما كانت المنازعات المتعلقة بالمحروقات أثناء الاستعمار الفرنسي تؤول مباشرة إلى مجلس الدولة[1]. كان من المنطق بعد الاستقلال أن يرجع هذا الاختصاص للغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، لكن الأمر لم يكن كذلك بعد التوقيع على إعلان المبادئ لاتفاقية إفيان في 19 مارس 1962 المتعلق بالتعاون في ميدان المحروقات الذي نص على اختصاص محكمة تحكيم دولية[2].

وبقيت الجزائر تتخبط في صراعها بين وقوفها مرغمة على قبول التعامل بالتحكيم، وبين سيادتها التي كانت ترفضه جملة وتفصيلا، خصوصا وأن استقلالها فتي وترسانتها القانونية لا تزال قيد البناء والتأسيس، تكرس تنظيم التحكيم من خلال اتفاقيتين ربطتا الجزائر بفرنسا الأولى سنة 1963[3]، مفادها الالتجاء لمحكمة تحكيم دولية لحل كل نزاع ينصب حول استغلال الثروات الصحراوية الجزائرية[4]، والثانية سنة 1965[5] التي عدلت من الأولى (رقم 63-364) بإدراج نظام التوفيق الذي من خلاله يتم الرجوع للمحكمة العليا في حالة اختلاف الطرفين حول تعين الموفق الثالث، وهي النقطة التي تعد مكسبا في تكريس السيادة الوطنية، وعند وضع هاتين الاتفاقيتين في إطارهما الزمني (Conteste historique) نستطيع أن نستشف أنهما كانتا تهدفان لتأكيد الاستقلال السياسي بأي ثمن وأنهما تضمنتا

---

1 – حسب المادة 41 من الأمر 58-111 الصادر في 1958/11/22 المعروف بالقانون البترولي:" تخضع المنازعات المتعلقة بتطبيق الاتفاقية بين صاحب الامتياز والمنتفع به إلى مجلس الدولة، ابتدائيا ونهائيا".

2 – فلم يكن هذا الانتقال بالنزاعات المحتملة من اختصاص مجلس الدولة الفرنسي إلى محكمة تحكيم دولية إلا وسيلة لسحب الاختصاص من القضاء الجزائري، لكنه بالنسبة للجزائر كان الحل الوحيد للتخلص من تطبيق القانون الفرنسي.

3 – بموجب المرسوم رقم 63- 364 المؤرخ في 14 سبتمبر 1963 المتعلق بالاتفاق الجزائري الفرنسي المرتبط بالتحكيم والمكلف الخاص بالتسوية عن طريق التحكيم الموقع بباريس في 1963/06/26، الجريدة الرسمية رقم 07 مكرر المؤرخة في 1963/09/17، ص 966.

4 – المواد 02 و04 من الاتفاقية.

5 – بموجب المرسوم رقم 65- 287 المؤرخ في 1965/11/18 المتضمن المصادقة على اتفاق 1966/07/29 الخاص باستغلال الوقود والثروات الهيدروكربونية، ج ر عدد 95 بتاريخ 1965/11/13، ص 380.

نوعا من التنازل المقصود، إذ لم تكن الجزائر آنذاك في وضع يسمح لها بفرض موقفها الاقتصادي بدرجة ما كانت محتاجة لترسيخ وضعها السياسي المستقل حديثا[1].

وفي ذات السياق أبرمت الجزائر اتفاق آخر في شكل عقد ربط بين شركة سوناطراك الجزائرية وشركة جيتي (Getty) الأمريكية سنة 1968[2] تضمن هذا الاتفاق تحسنا في الدور المسند لرئيس المحكمة العليا ونائبه في تعيين المحكم الثالث[3]، وكذلك من حيث الاتفاق على أن مقر التحكيم يكون بالجزائر[4] في خضم هذه الاتفاقات وفي إطار سعي الجزائر لبناء كيانها بعد خروجها من الفترة الاستعمارية الطويلة، كانت مرحلة سن القوانين من المراحل الجد مهمة لما تحمله من تأكيد على بزوغ هذه الدولة الفتية وعزمها على الوقوف والنهوض فكان قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966[5]. الذي أكد موقف الجزائر الرافض للتحكيم بعد صدور الأمر المتعلق بتأميم المحروقات. وهو الأمر الذي بسطت من خلاله الجزائر سيادتها على كل مواردها خاصة البترولية منها[6].

1- Hocine Farida; L'influence de l'accueil de la sentence arbitral par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international, thèse pour le doctorat en droit – Tiziouzou, juin 2012, P 16.

2 – (Getty petroliuné Company)وذلك بموجب الأمر رقم 391/68 المؤرخ في 1968/10/31 المتضمن الموافقة على الاتفاق الخاص بالبحث عن الوقود واستغلاله في الجزائر. وعن البروتوكول المتعلق بأعمال البحث في الوقود وإنتاجه في الجزائر من قبل شركة جيتي بتروليومن ج ر ع 88 المؤرخة في 1968/11/01، ص 1738.

3 – المادة 61 فقرة 02 و04 من الاتفاق.

4 – المادة 63 من الاتفاق، محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، ط1 2008، ص 20.

ويرى الأستاذ محمد كولا في ذات السياق أن اتفاق الجزائر، فرنسا لسنة 63، وكذلك لسنة 1965 يمثلان اخفاقا بالنسبة للتجربة الجزائرية في ممارسة سيادتها عكس اتفاق 1968 مع الولايات المتحدة الأمريكية التي ظهر فيها بروز للسيادة الوطنية. ذات المرجع، ص 20.

5– الصادر بموجب الأمر 154/ 66 المؤرخ في 08جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية،ج ر ج ع07 لسنة 1966.

6– بعد أن كانت ترى الإرادة السياسية فيه نوعا من الاستعمار لدرجة أن الرئيس الراحل هواري بومدين وصف الاستقلال آنذاك 1971/02/24 بالشكلي والإسمي بسبب ما كانت تتكبده الجزائر من ضغوطات تمارس عليها باسم التحكيم.

مما أثار حفيظة الدول المتعاقدة مع الجزائر في تلك الفترة وجعلها تنازع الجزائر بما كانت تظنه مكتسباتها[1].

ولأن الجزائر في الفترة اللاحقة عن التأميم عرفت بحبوحة ورخاء اقتصاديا بفضل السياسية الرشيدة وعائدات البترول، فإن المستثمر الأجنبي لم ير مانعا من التعاقد والاستثمار في الجزائر دون شرط التحكيم ، بل قبل إخضاع النزاع إلى القضاء الجزائري، وواصلت الجزائر مسيرة إرساء ترسانتها القانونية من خلال تعديل وإلغاء وإصدار مجموعة من النصوص القانونية تتماشى كلها والإرادة السياسية آنذاك، فعدلت من قانون الصفقات العمومية لسنة 1967[2]. ثم أصدرت القانون المدني سنة 1975[3].

1- ومن أمثلة ذلك شركة البحث واستغلال البترول في الصحراء CREPS التي طالبت المحافظة على حقل المحروقات Zarzatine وتم فيه اللجوء إلى التحكيم في روما أين رفضت الجزائر الحكم التحكيمي الصادر عنها مبينة أن إجراءات التأميم هي من أعمال السيادة التي لا تخضع للتحكيم، محمد كولا، مرجع سابق، ص 22.

2- بموجب الأمر 09/74 المؤرخ في 1974/01/30 المتضمن مراجعة قانون الصفقات العمومية ج.ر ج ع 13 بتاريخ 12 فيفري 1974

3- بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم المتضمن القانون المدني
الذي أصبح يتلاءم تطبيق أكثر مع قانون الإجراءات المدنية خاصة المادة 3/242 ق إ م التي تمنع اللجوء إلى التحكيم عوض القانون المدني الفرنسي الذي استعمر العمل به إلى غاية صدور القانون الجزائري، والذي كان يتضمن النصوص تميز اللجوء إلى التحكيم مما يتعارض مع نص المادة 442 ق إ م وبالتالي اعتبار ذلك النص معا يخالف السيادة الوطنية إعمالا لنص قانون 62/ 157 الصادر في 1962/12/31 .

ثم أعادت مرة أخرى النظر في قانون الصفقات العمومية سنة 1982[1] والذي أسال الكثير من الحبر كما احتوته نصوصه من تناقضات جعلت فقهاء القانون في الجزائر ينتقدونه[2].ليلة قانون الاستثمار الصادر سنة 1982 أيضا[3].

إن طول عداء الجزائر المستمر للتحكيم والمترجم في مجموعة النصوص القانونية والتصريحات المدلى بها آنذاك، جعل المستثمر الأجنبي يتراجع عن مواقفه ويعزف عن التعاقد والاستثمار فيها بعد أن كان لا يرى مانعا (بعد التأميم) وطرأ هذا التغيير تدريجيا مع ظهور أول بوادر الأزمة الاقتصادية العالمية، أو عرف بأزمة الطاقة في 1979[4].

والتي ألقت بظلالها على الاقتصاد الجزائري الذي لم يكن في منأى عن الواقع الدولي مما أوقع الجزائر فيما يشبه الحصار الاقتصادي نتيجة الانغلاق السياسي الرافض للتحكيم التجاري، فخرجت بذلك الجزائر من دائرة اهتمام المستثمرين.

1- بموجب المرسوم 145/82 المؤرخ في 10أفريل 1984 المتضمن قانون الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي ، ج ر ج ع 15 بتاريخ 1982/04/13، ص 740.

2- خصوصا ,أن المادة 05 والمادة 20 التي تحدد الإدارات العمومية التي لها صفة إبرام الصفقة ثم المادة 22 التي تحدد من هو المتعامل الأجنبي الذي يمكنه التعاقد مع الأطراف الوطنية لتأتي المادة 55 التي نصت على أن كل صفقة يجب أن تتضمن الإشارة للتشريع المعمول به، وإلى هذا المرسوم والقانون الواجب التطبيق ،وبالرجوع للتشريع المعمول به نكون أمام المادة 3/442 ق إ م التي تمنع اللجوء للتحكيم وهو ما أكدته المادة 104 من المرسوم 145/82.راجع بالتفصيل كل من محمد كولا، مرجع سابق، ص 31، 34.

=Issad- Mohand, Nouveau droit algérien, Revue mutation N° 5 Algérie 1993, P 08- 09.

- Mebroukine Ali, Le règlement d'arbitrage algérien Français du 27/03/1983, Revue de l'arbitrage bulletin du comité français de l'arbitrage. Paris 1986, P 194.

- Bedjaoui Mohamed, L'évolution des conceptions et de la pratique algérienne en matière d'arbitrage international, op cit, p 60-64.

3- قانون رقم 11/82 المؤرخ في 1982/08/21، يتعلق بالاستثمار الاقتصادي الوطني الخاص، ج ر ج ع 34 بتاريخ 1982/08/24.

4- فهي الأزمة التي وقعت عقب الثورة الإيرانية أين عرف سعر النفط أعلى مستوياته إذ وصل إلى 35 دولار مما دفع الدول الأخرى إلى ضخ كميات كبيرة من النفط أغرقت السوق الدولي، إلى حد التخمة مما أدى إلى انخفاض الطلب وبالتالي انخفاض حاد وصل أوجه في عز الأزمة المالية الدولية سنة 1986 حيث بلغ سعر البرميل 09 دولار : www. Ar- m- wikipidia. Org تاريخ الإطلاع 2018/07/15.

فسواء كان هذا العزوف مقصودا من أجل إرغام الجزائر على تغيير موقفها أو غير مقصود لما يفرضه منطق التعامل في العلاقات التجارية الدولية، إلا أنه أتى أكله وحقق نتائجه إذ وبمرور الوقت وازدياد الحاجة للتعاقد والتعاون الدوليين بدأت السياسة العامة للدولة تتفتح شيئا فشيئا عن طريق إعادة النظر في بعض النصوص القانونية وملاءمتها للتطور الاقتصادي المتسارع، وكذلك عن طريق المصادقة على الاتفاقيات الدولية والانضمام لها ولو بتحفظ في مجال التحكيم التجاري الدولي.

أما البداية الصريحة التي بينت موقف الجزائر من التحكيم فكان الاتفاق الجزائري الفرنسي لسنة 1982 المؤرخ في 21 جوان 1982[1] المدعم بعد ذلك باتفاق الجزائر لسنة 1983 المؤرخ في 1983/03/27 والذي يعد أول تحول فعلي لموقف الجزائر تجاه التحكيم التجاري الدولي[2].

1- بموجب المرسوم 259/82 المؤرخ في 1982/08/07 المتضمن المصادقة على البروتوكول التعاون الاقتصادي بين الحكومتين الجزائرية والفرنسية ج ر ع 32 بتاريخ 1982/08/10. والذي خص عدة مجالات مهمة كقطاع الري، الطيران، المواصلات اللاسلكية، الطاقة النووية والجديدة، قطاع الصيد والزراعة والسكن والأشغال العمومية...الخ.

إلا أنه لم يتضمن إشادة صريحة للتحكيم في حالة الخلاف بل مجرد إشارة ضمنية عن طريق الإحالة للتسوية بالطرق الودية المشار إليها في البند 06 فقرة 04.

إلا أن هذا الاتفاق تعزز بصدور التعليمة الوزارية المؤرخة في 1982/11/18 تحت رقم 603 الديوان / و أ التي أوضحت بصفة مباشرة أن المؤسسات العمومية ليست أشخاص القانون العام وبالتالي يمكنها اللجوء للتحكيم ، كما مكنت الولاة (ورخصت لهم) اللجوء إلى التحكيم الدولي بصفتهم أوصياء على المؤسسات العمومية المحلية ذات الاستقلال المالي كتمثيلهم لديوان الترقية والتسيير العقاري.

وتجدر الإشارة أن هذه التعليمة صدرت في سرية تامة ولم تنشر لأنها تعرضت لكثير من الانتقادات خصوصا وأنها شكلت في رأي من انتقدها اعتداء على نص المادة 3/442 ق إ م التي لا يمكن لتعليمة تعديلها أو إعادة صياغتها احتراما لمبدأ تدرج القوانين- محمد كولا، مرجع سابق، ص 41- 44.

2- لم ينشر هذا الاتفاق كونه لم يصادق عليه، لأنه نتيجة لتبادل الرسائل، وتم إبرامه بهذه الطريقة تهربا من المصادقة عليه إلى يستدعي نشرة الجريدة الرسمية، وهو الذي يتضمن تناقضا صريحا ومباشرا للمادة 3/442 ق إ م وبالتالي مخالفة صريحة للنظام العام.محمد كولا، مرجع سابق، ص 44، هامش 95.

رغم أن جانب من الفقه يعارض هذا الطرح على أساس أن هذا الاتفاق هو عبارة عن معاهدة في شكل مبسط تفتح المجال لشركات الجزائرية للجوء للتحكيم التجاري الدولي وبالتالي لا يعتبر تعارضا مع المادة 03/442 تطبيقا لنص المادة 159 من دستور 1976 التي تنص على أن المعاهدات الدولية التي صادق عليها رئيس الجمهورية طبقا للأحكام المنصوص

ومع ذلك بقي موقف الجزائر متذبذبا تجاه التحكيم فتارة تصدر نصوصا تؤكد رفضها للتحكيم التجاري وهي في عز الأزمة الاقتصادية[1]، ونصوصا أخرى تسمح باللجوء إلى التحكيم[2]، ليصدر بعد ذلك تعديل قانون الإجراءات المدنية بموجب المرسوم 09/93[3] والذي يعتبر النقلة النوعية الحقيقية التي أزالت كل لبس وتناقض وتذبذب في موقف الجزائر تجاه التحكيم.

إلا أن هذا القانون لم يكن بالدقة المرجوة منه، لأنه ببساطة لم ينشأ إنشاء، بل كان مجرد نقل حرفي لمجموعة من النصوص الواردة بقوانين مختلفة من القانون المقارن، وكان ذلك النقل الحرفي غير موفق إلى درجة كبيرة خصوصا وأن الترجمة كانت بنوع من الركاكة جعلت المصطلحات المترجمة لا تؤدي معناها الحقيقي الموضوعة له، كما أن هذا القانون لم يعالج كل الجوانب المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، ذلك أن هذا القانون ترك للمحكم حرية كبيرة فيما يخص القانون الواجب التطبيق مما قد يلحق ضررا بالطرف الجزائري المتعاقد[4].

عليها في الدستور تكسبه قوة القانون ، عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط02،2004، ص 15.

لا نوافق هذا الرأي استنادا لنص المادة نفسها التي استند إليها الأستاذ عليوش قربوع، فالمعاهدة حتى تسمو وتكتسب صفة القانون بشرط أن يصادق عليها وهو ما لا يتوافر عليه اتفاق 1983 الذي لم يصادق عليه ولم ينشر، وبالتالي لا يدعى لأن يكون معاهدة ولا أن يسمو على النص الداخلي.

1- مثل قانون 14/86 المؤرخ في 19 أوت 1986 المتعلق بأنشطة التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب، ج ر عدد 35، بتاريخ 1986/08/27.، ص 1483 لم يشر في المادة 63 منه ولا في سواها إلى التحكيم =واكتفى بعرض النزاع في حال وقوعه على لجنة المصالحة وفق التشريع الساري المفعول، وكذلك قانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية رقم 01/88 الصادر بتاريخ 1988/01/12ج رع 02 بتاريخ 1988/01/13،ص30

2- مثل قانون 21/91 المؤرخ في 1991/12/04 المعدل والمتمم للقانون 86/14 المؤرخ في 19 أوت 1986 المتعلق بأنشطة التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب ج ر ع 63 بتاريخ 1991/12/07، ص 2392. وقد نصت المادة 12 منه صراحة على إمكانية اللجوء للتحكيم بعد فشل عملية المصالحة، وهو القانون الصادر أثناء سريان قانون الإجراءات المدنية 154/66 قبل تعديله في 1993.

3- مرسوم تشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المشار إليه سابقا.

4- محمد كولا، مرجع سابق، ص 273، عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 74.

إلا أن الوضع الانتقالي الذي كانت تعيشه الجزائر آنذاك وأزمة العشرية السوداء، أثرت سلبا على الاستثمارات الأجنبية بالجزائر مما جعل هذا القانون رغم محاولة جمعه لأفضل ما توصلت إليه القوانين المقارنة في مجال التحكيم التجاري الدولي، إلا أنه تقريبا لم يعمل به ومع ذلك توالت مرحلة الإصلاحات الاقتصادية عن طريق تعديل نصوص وقوانين، وإصدار أخرى من ذلك يذكر على سبيل المثال المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار[1].

وبقيت مجهودات الجزائر في مجال تطوير التحكيم التجاري الدولي محتشمة، ذلك أن الأوضاع السياسية خلال التسعينات وبداية الألفية الثالثة لم تكن مشجعة على الاستثمار بعدم توافر المناخ المناسب للأعمال، فلا بنية تحتية مساعدة ولا تحفيزات تجلب المستثمر الأجنبي، ولا وضع أمني يسمح بذلك، لذلك لم تظهر الحاجة لتغيير أو بالأحرى تكييف نصوص وقواعد قانونية لمواكبة التطور الذي عرفه العالم في مجال التجارة الدولية والمسائل المتعلقة بها، والتي يعد التحكيم أهمها وبعد تخطي الجزائر لتلك المرحلة الصعبة في تاريخها، دخلت عهدا جديدا حاولت فيه مسايرة الركب بخطى متسارعة، فكان الاتجاه الأول هو الترسانة القانونية ومن ثم شرعنها في سن وتعديل القوانين التي تمنح المستثمر الأجنبي الثقة والأمان مما يولد لديه الرغبة في الاستثمار في الجزائر فكان تعديل القانون 10/90 المتعلق بالنقد والقرض[2] إلى غاية صدور قانون الإجراءات المدنية الجديدة 08-09 ،والذي ألغى قانون الإجراءات المدنية السابق كليا، وهو القانون الذي فتح الباب على التحكيم خصوصا وأن الجزائر خلال تلك الفترة كانت قد انضمت إلى العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في مجال التحكيم[3]

---

1 – مرسوم تشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 1993/10/05 يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر ع 64 بتاريخ 1993/10/10، ص 03.

2- بموجب الأمر 11/03 بتاريخ 26 أوت 2003 المتعلق بالقرض والنقد ج ر ع 52 بتاريخ 27 اوت 2003 ، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 10- 04 الصادر بتاريخ 26 أوت 2010 ج ر ع 50 بتاريخ 01 سبتمبر 2010

3- يرجع لها لاحقا عند دراسات هيئات ومؤسسات التحكيم.

كما أن سعي الجزائر لم يتوقف عند إصدار قانون إجراءات مدنية جديد بل تواصل إلى إصدار قانون التوقيع والتصديق الإلكتروني[1]، وصولا إلى إصدار قانون يتعلق بالتجارة الإلكترونية[2]، مرورا قبل ذلك بإصدار قانون جديد للصفقات العمومية.

المطلب الثاني

تكييف التحكيم وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له

الفرع الأول

تكييف التحكيم التجاري لدولي

أولا- الطبيعة القانونية للتحكيم

ثار الجدل دائما عند التطرق للطبيعة القانونية للتحكيم، وطرحت بشأنها عدة تساؤلات أهمها: هل الالتزام بالتحكيم ناشئ عن العقد أو عن القانون؟ هل التحكيم ذا طبيعة اتفاقية أو قضائية؟

فتحديد طبيعة التحكيم تؤثر على النظام القانوني الذي يخضع له، وبالتالي علاقة المحكم بالخصوم، وحدود سلطاته وكل ما يخص تنفيذ الحكم الفاصل في الخصومة التحكيمية[3].

تبنى الفقه نظريات لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم نتناولها كالآتي:

أ- **النظرية العقدية (الشخصية)**: يرى أنصارها أن اتفاق التحكيم اتفاق تعاقدي، ذلك أنه يقوم على إرادة الأطراف في حل منازعاتهم بطريقة ودية عن طريق طرف أجنبي عنهم هو المحكم، كما أن سير عملية التحكيم يعتمد على ما اتفق عليه الأطراف بشأنها من تشكيل

1- بموجب القانون 04/15 المؤرخ في 2015/02/01 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني، ج ر ع 06 بتاريخ 10 فيفري 2015

2- قانون 05/18 المؤرخ في 10 ماي 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر ع 28، بتاريخ 16 ماي 2018، ص 04 ومايليها.

3- ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص .51

هيئة التحكيم وتنصيب أعضائها وتحديد مكان التحكيم، ولغته، والقواعد التي تحكم مختلف جوانبه الإجرائية[1].

فقرار التحكيم حسب هذا الرأي– يستمد قوته التنفيذية من هذا الاتفاق الخاص بينما يقتصر دور الدولة على الرقابة على أحكام المحكم بتنفيذ أحكامه أو الحكم ببطلانها على الأحوال التي يقررها القانون[2].

فحكم التحكيم في هذه الحالة يشكل كلا واحدا مع اتفاق التحكيم وهو اختيار الأطراف التخلي عن بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يحققها النظام القضائي، مقابل تحقيق مبادئ العدالة والعادات التجارية وإتباع إجراءات سريعة وأقل رسمية من إجراءات المحاكم[3].

يستبعد أنصار هذا الرأي الفكرة القضائية عن التحكيم مستدلين في ذلك اتجاهه لتحقيق مصلحة خاصة، بعكس الحكم القضائي الذي يصدر باسم الشعب لتحقيق مصلحة عامة هي إقامة العدل، كما أن الاتفاق على التحكيم هو تنازل ضمني عن حق الالتجاء للقضاء مؤكدين على سلطة المحكم في بنود وثيقة التحكيم[4].

ب– النظرية الموضوعية (القضائية): تعرضت النظرية العقدية(الشخصية) لعديد الانتقادات، أهمها منح الدور الأساسي في عملية التحكيم لإرادة الأطراف، مع المبالغة في ذلك من حيث الأساس الذي استندت إليه،والنتيجة التي وصلت إليها[5].

إن النقد الموجه للنظرية الشخصية هو أساس النظرية التي يعبر أصحابها التحكيم طريقا قضائيا لحسم النزاعات، فهو بالنسبة لهم وظيفة قضائية بالمعنى الفني، وما يصدره

1– حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، 1996، ص 110

2- بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 29.

3– يرجع التفصل لـ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 40، والدكتور عاطف شهاب، مرجع سابق، ص 42، ود/ نريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 52، ومن الفقه المقارن ، ويرجع أيضا: الإيطاليين: Alfred roko et Samo- Kiofiad et Christophe SERAGLINI, et Jérôme ORTSCHEIDT, o. cit. P 14 et S

4–علي عوض حسن، التحكيم الاختياري.....، مرجع سابق، ص 47، محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية ، ط 04، 2014، ص7.

5 – رضوان أبو زيد، أسس التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، 1981، ص25.

المحكمون هي أعمال قضائية يجب تنفيذها، وتترتب عنها أثار الأحكام القضائية العادية، كحجية الأمر المقضي فيه واستنفاذ ولاية التحكيم، وهو بذلك طريق مواز تعترف به الدولة وتنظمه لأداء العدالة وحماية الحقوق، والمراكز القانونية، خصوصا وأن غرضه هو الحصول على حماية قضائية وحسم النزاع حول الحق المدعى به.

ومن حيث إجراءات الخصومة فتكاد تكون واحدة من حيث إعلان الخصوم وتقديم الإدعاء، وبدء الخصومة وفحص أدلة المشروعية، وحماية حقوق الدفاع إلى غاية نهاية الدعوى التحكيمية بصدور حكم له كل مميزات العمل القضائي من شكليات وبيانات وتسبيب وتوقيع[1].

ويكرس البعض هذا الرأي من خلال النظر للتحكيم من زاوية الإجبار الذي يضفونه عليه، فهو حسبهم قضاء إجباري ملزم للخصوم متى اتفقوا عليه، والتملص منه غير مجدي، فالمحكم لا يعمل بإرادة الأطراف وحدهم بل بسلطة القضاء وهو يحسم النزاع باكتساب حقوق، وفرض التزامات على الأطراف[2].

فالمحكم في هذه الحالة قاض خاص ولا يجوز بعد تعيينه واختياره اللجوء للقضاء، وإن حدث فعلى القاضي الحكم بعدم جواز النظر في الدعوى متى دفع المدعى عليه بعدم القبول[3].

يتجه في المقابل فريق آخر من أنصار هذه النظرية إلى إضفاء الطبيعة القضائية للتحكيم فقط في مجال التجارة الدولية، واعتباره قضاء خاصا بها، خصوصا وأنه كثيرا ما يفرض التحكيم جبرا على أطرافها[4].

1- عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 44- 45.

2- PH Fouchard; O. C. P 05, Les arbitres ont pouvoir de juges il doivent trancher le diffèrent qui leur est a dire (dire le droit) au sens propre fixer les droits et soumis c'est obligations des partie statues sur leur prétentions respective condamner l'une ou l'autre ou l'une est l'autres.

3- ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 53، بليغ حمدي محمود ، ملرجع سابق ، ص 41-47

4- عاطف شهاب، مرجع سابق، ص 59.

Christophe SERAGLINI, et Jérôme ORTSCHEIDT. O. p. c, P 20.

بينما يرى فريق آخر أنه لا يمكن تعميم الطبيعة القضائية على جميع مكونات التحكيم، فالطبيعة القضائية حسبهم هي العمل القضائي الذي يصدر عن المحكمين، بينما يبقى العقد المبرم بين المحتكمين ذو طبيعة تعاقدية، يخضع في إبرامه وآثاره للقواعد العامة[1].

ج- النظرية المختلطة: ولأن كل نظرية تقوم على الانتقادات الموجهة لتلك التي سبقتها فإن النظرية الموضوعية تعرضت للكثير من الانتقادات أهمها عدم تمتع المحكم بالحصانة المقررة للقاضي، كما أن منصب المحكم ليس دائما ومستقرا كمنصب القاضي، لذا ظهرت الحاجة مجددا للبحث في هذه النقطة بالذات، مما جعل الفقه يتجه إلى رأي جديد يقوم على المزج أو الجمع بين النظريتين السابقتين، لأن التحكيم حسبهم ليس نظاما تعاقديا خالصا، ولا قضائية خالصا، بل يجمع بين خصائص النظامين، فالتحكيم حسبهم عبارة عن ميكانزيم من طبيعة خاصة يقف على حدود النظرية العقدية والقضائية، فالمحكم يمارس مهمته القضائية ذات المنشأ الاتفاقي[2].

ووفق منظور هذا الرأي فإن التأثيرات المختلفة لفكرتي الفقه والقضاء ،هي التي تتعاقب على طبيعة هذا النظام مما يجعلها مزدوجة فتارة تطغى عليه التأثيرات العملية لفكرة العقد من خلال الاتفاق على التحكيم واختيار المحكمين، وتارة أخرى تطغى عليه التأثيرات العملية لفكرة القضاء من خلال تحريك الدعوى التحكيمية، وكل الإجراءات المتعلقة بها لغاية صدور الحكم التحكيمي الذي يعقبه قرار قضائي يمهر بالصيغة التنفيذية[3].

1- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق،ص 46، أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري ،منشأة المعارف، 200

2- L'arbitrage est un mécanisme d'une nature particulière, à la frontière du contractuel et du juridictionnelle, l'arbitre exerçant sa mission juridictionnelle qui a une origine conventionnelle.

Ch. Seraglini- j- Ortseheidt. O.c, P 22.

- Sur se débat aussi; Ph ,Fouchard, E Gaillard, B. Goldnai,, traité…o. c, P 14 et suit.

3- وهو الرأي الذي يميل إليه الدكتور/ صادق حيدر وأيضا علي طاهر البياتي، وأنظر في ذلك بالتفصيل أسعد فاضل منديل، مرجع سابق، ص 55 وما يليها، وكذلك عثمان معاوية عثمان الحداد، المبادئ الحديثة لقضاء المحكمة العليا بالسودان، للحد من دعاوى أحكام المحكمين، مجلة التحكيم، عدد 24 يونيو 2015، ص 155.

وأيضا أحمد حسان الغندور، وسامية راشد ومحسن شفيق، عن خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 46، هامش 04.

د- النظرية المستقلة: رغم أن النقد الموجه للنظرية المختلطة هو أنها لم تأت بالجديد، إلا أن هذه النظرية لا تختلف كثيرا في مضمونها عن النظرية المختلطة، لكن الفرق بينهما هو في جوهر التحكيم، ذلك أن أنصار هذه النظرية لا يعارضون المفهوم المزدوج الذي أتت به النظرية السابقة، لكن يختلفون عنهم في أن هذا الإزدواج هو ما يعطي التحكيم طابعه الخاص- أداة متميزة لحل المنازعات، فيه اتفاق وفيه قضاء، وفيه ما يميزه عنهما- فإذا كان التحكيم حسب رأي الفقه الذي اعتمد النظرية المختلطة يرتكز على نصوص القانون وعلى اتفاق الخصوم ،مما يجعله نظام قانوني إجرائي يرمي إلى تحقيق حماية قضائية للحقوق والمراكز القانونية المتنازع عليها، فإن أنصار النظرية المستقلة يرونه أداة خاصة وحد لتطبيق قاعدة خاصة يتحقق من ورائها الهدف الذي يسعى الخصوم للوصل إليه[1].

وبالتالي فإن النشأة الاتفاقية لعدالة التحكيم تؤكد مدى استقلاله عن عدالة الدولة، فهيئة التحكيم لا تدخل ضمن التنظيم القضائي للدولة وليست من درجات التقاضي، لكنها تعمل إلى جانب قضاء الدولة مما يضفي خصوصية على التحكيم.

وعليه فالتحكيم نظام متميز قائم بذاته له تطبيقاته المستقلة عن تطبيقات القضاء[2].

1- ويرى أنصار هذا الرأي، مثلما يرى أنصار النظرية المختلطة أن التحكيم ينشأ معتمدا على الجانب الإرادي الذي ينصب على مرحلة الاتفاق على اختيار التحكيم كوسيلة حل لنزاعات الناشئة بين الأطراف، ثم يتحول إلى تغليب الجانب القضائي مع الشروع في إجراءات الخصومة التحكيمية، سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، ط 1 / 1998، ص 70،خيري عبد الفتاح السيد البتانوني ،مفهوم المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية،2013، ص 90-91.

2- ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 54 وما يليها، وهي تؤيد هذا الرأي بشدة إلى جانب الدكتور فتحي الوالي في المرجع الذي أشارت إليه في الهامش 56 من المرجع السالف الذكر والذي عبر فيه بصراحة من خلال البحث المقدم مؤتمر التحكيم التجاري الدولي بالقاهرة في 1995/07/25 بعنوان: دعوى بطلان حكم التحكيم وقوته التنفيذية وفق القانون المصري، على أن:" التحكيم نوع من القضاء إلى جانب القضاء الصادر من المحاكم التي تنشؤها الدولة، وإن كان القضاء مظهر من مظاهر السيادة ويجب ألا تقوم به سوى الدولة صاحبة السيادة، ولكن هذه الدولة ولما لها من سيادة تستطيع أن تعهد لبعض الأشخاص الخاصين بمهمة القضاء في صورة التحكيم ونتيجة لهذه الصفة القضائية للتحكيم فإن المحكم يطبق القانون الموضوعي، ويكون للحكم التحكيمي حجية الأمر المقضى فيه وهي حجية من المسلم أن لا تكون إلا للحكم القضائي".

لم تسلم هذه النظرية من الانتقادات كغيرها لاسيما فيما ذهب إليه أنصارها من أن التحكيم يقدم عدالة خاصة تختلف عن عدالة القضاء، فلا يمكن الوصول إلى طبيعة التحكيم من خلال الأثر الذي يرتبه ،ولكن من خلال رده إلى الأصل الذي ينتمي إليه، كما أن هذه النظرية لم تأت بالجديد، ولا تختلف عن النظرية المختلطة إلا من حيث إعادة الطرح لنفس الأفكار، إذ توصلت إلى أهم نتيجة توصلت إليها النظرية المختلطة وهي أن نظام التحكيم نظام خاص بجمع بين الصفة الفعلية الاتفاقية والقضائية معا مما يمنحه، استقلالية عن غيره تجعله أكثر قدرة على التكيف مع منطق عالم الأعمال وقوانينه مقارنة مع قضاء الدولة[1].

ومع ذلك تبقى هذه النظرية هي الأقرب لطبيعة نظام التحكيم، كونها تمنحه طبيعة مستقلة تجعله قضاء أصيلا للتجارة الدولية، يستمد قوته من إرادة الأطراف ويستجيب لمتطلبات عولمة الاقتصاد والتطور التجاري والتكنولوجي[2].

هـ- موقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة: وعلى غرار موقف التشريعات في القانون المقارن[3]، فإن المشرع الجزائري اعتمد اتفاق الأطراف معترفا بذلك بالبند التحكيمي

1- عبد الحميد الأحدب، التحكيم بأحكامه ومصادره، ج 1، مرجع سابق، ص 21، وأيضا عاطف شهاب، مرجع سابق، ص 69 إلى 74، و أسعد فاضل منديل، مرجع سابق، ص 57 و58.

2- راجع أيضا أنصار هذه النظرية كذلك: خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 51، وأسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة، عمان،ط 01، الإصدار الثاني 2009، ص 40، كذلك محمد محمود سمير الشرقاوي ، ص 15، وأيضا علاء آبريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية منشورات الحلبي الحقوقية، ط02،2012 ، ص 34، وناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، المكتب الجامعي الحديث ،ط2، 2008، ص 29، كذلك نجيب أحمد عبد الله ثابت الحلبي، النظرية العامة للتحكيم، مكتبة الوفاء، الإسكندرية، طبعة أولى 2016، ص 89.

3- يرجع في ذلك للمادة 04 من القانون المصري للتحكيم رقم 27 لسنة 1994، والمادة 01 والمادة 05 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012، والمادة 05 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة 2000، والمادة 01 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017،والمادة 04 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016 والمادة 09 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001،والفصل 01 و02 و04 و05 من قانون التحكيم التونسي رقم 42لسنة 1993، وكذا المادة 1442، والمادة 1447 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد

الذي هو أساس العنصر الاتفاقي[1]. كما اعتمد الوظيفة القضائية للمحكم وأكد على حجية الحكم التحكيمي وعدم اختصاص القاضي بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة[2].

وعليه فإن المشرع الجزائري يكون بذلك قد جمع بين الطبيعة التعاقدية للتحكيم والطبيعة القضائية، هذا الجمع الذي قد يراه أنصاره النظرية المختلطة من زاويتهم ويراه أيضا أنصار النظرية المستقلة من زاويتهم، والراجح أن المشرع الجزائري باعتماده العنصرين الاتفاقي والقضائي، ويكون قد راع الطبيعة الخاصة بهذا النظام ومنحه الاستقلالية التي تسمح بالتعامل وفقه وبه.

ثانيا- معيار تجارية التحكيم ودوليته

أ- عن معيار التجارية في التحكيم: أو متى يكون التحكيم تجاريا؟

إن هذا الوصف لا يشمل المسائل التجارية بالمفهوم التقليدي فقط[3]، بل يأخذ مفهوم موسع يشمل كل العمليات الاقتصادية، مما يخرجنا عن المعنى المحدد للعمل التجاري وفق القانون التجاري، ويوسعه ليضم عمليات أخرى لا تتصف بالتجارية، ولكن التعامل فيها ذا طابع اقتصادي كالاستثمار، والتنقيب ...الخ[4].

وهذا الخروج عن المعيار التقليدي اتبعه بعض الفقهاء أيضا لتعريف التجارة الدولية مشيرين أنها تتناول العمليات التي يتم بها تبادل العروض والخدمات بين الأشخاص من مختلف الدول سواء كانت هذه العمليات معتبرة من الأعمال التجارية، ومن الأعمال المدنية وفق التشريع الوطني،وكذلك الصفقات وجميع أوجه النشاط الاقتصادي الذي يقصد منه

1- المادة 1041 ق إ م إ ج.

2- المواد 1044 وما يليها من ق إ م إ ج.

3 – التي تستند لفكرة المضاربة والشراء من أجل إعادة البيع والأعمال التجارية بالتبعية ,غيرها مما يحددها القانون التجاري

4- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، دار هومة، ط1، 2000، ص 223/ 224، عاطف شهاب، مرجع سابق، ص14-15، محمود سمير الشرقاوي، رجع سابق ، ص31-33، محمود مختار البريري، مرجع سابق، ص28

الربح، وإن اعتبر مدنيا بالمفهوم الضيق للتجارة، وكذلك المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطبيعة التجارية.

وتوسيع مفهوم التجارة جعل الكثير من الأشخاص ممن لا يملكون صفة التاجر حسب المعنى التقليدي يساهمون في الحياة الاقتصادية الدولية، كالوكيل التجاري، والكاتب والمخترع وقائد الفرقة الموسيقية والمحامي وأعضاء المهن الحرة الأخرى عن طريق القيام بعمليات ذات صفة دولية، أو بصفتهم مستهلكين[1].

موقف المشرع الجزائري: لم يتطرق المشرع الجزائري – على غرار أغلب تشريعات القانون المقارن – إلى تحديد مفهوم تجارية التحكيم، واكتفى بالإشارة إلى ارتباط الصفة الدولية للتحكيم بما أسماه المصالح الاقتصادية لدوليتين[2].

1– هشام خالد، مرجع سابق، ص 79– 82، مصطفى ترو، سلطة المحكم في تعيين القواعد على موضوع النزاع، بيروت 1994، ص 41. وفي هذا السياق أيضا نصت المادة الأولى من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985 بأن تضمنت تفسيرا واسعا لمصطلح تجاري بتعداد على سبيل المثال المعاملات الداخلة في نطاق التجارة الدولية، وهو الاتجاه الذي أكدته قبلها اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 جوان 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية

Voir aussi: Chritophe seraglini et jérome prscheidt, o. cit, P 37.

2– المادة 1039، ق إ م إ ج

وعليه نستشف من خلال هذه الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أخذ بالمفهوم الموسع للصفة التجارية من خلال ربطها بالمصالح الاقتصادية[1]رغم أن هذه العبارة تعتبر غامضة وفضفاضة[2].

ب-عن معيار الدولية في التحكيم: إن التطرق لدولية التحكيم يقتضي بداية مناقشة التحكيم الداخلي أو الوطني ثم إضفاء الصفة الدولية عليه بشروطها وحالاتها ومعاييرها.

ومن التعاريف السائدة في هذا الشأن هو التحكيم الذي يجري داخل البلد في موضوع مدني، وتجاري، وتطبق عليه القوانين الداخلية، فهو مرتبط بعلاقة داخلية أو وطنية بكافة عناصره[3]، وبمفهوم المخالفة، فإن التحكيم يكون دوليا إذا لم تكن كل عناصره تنتمي إلى دولة واحدة، وفي ذلك اختلف الفقه وكذلك التشريعات من حيث المعايير التي تحدد العناصر المؤثرة على دولية التحكيم[4].

المعيار القانوني: واعتمادا على هذا المعيار يكون التحكيم دوليا في إحدى الحالات الآتية: الحالة الأولى: يعتبر التحكيم دوليا إذا تفرقت عناصره بين أكثر من دولة ومن أكثر العناصر اعتمادا في تحديد الدولية، يرى جانب من الفقه التركيز على القانون الواجب التطبيق على

1- وهو في ذلك يشترك مع المشرع السعودي الذي اعتمد معيار الدولية إذا ارتبط موضوعه بالتجارة الدولية، المادة الثالثة من قانون رقم 34 المؤرخ في 2012/04/16، بينما عرف المشرع السوري بين التحكيم التجاري الذي ربط فيه موضوع النزاع بعلاقة تعاقدية ذات طابع اقتصادي عقدية أو غير عقدية، وبين التجاري الدولي الذي يكون فيه موضوع النزاع متعلقا بالتجارة الدولية، المادة 01 قانون 2008/04 المؤرخ في 2008/03/25، وكذلك المشرع القطري الذي ربط الصفة التجارية بوجود علاقة اقتصادية لكنه عدد المجالات بالمجالات التجارية والاستثمارية والمالية والمصرفية أو الصناعية أو التأمينية أو السياحية ...والمادة 01 من قانون رقم 02 لسنة 2017 المؤرخ في 2017/02/16. وهو نفس موقف المشرع الفرنسي في المادة 1504 من مرسوم 2011/48 المؤرخ في 2011/01/13 المعدل لقانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

2- وهو الرأي الذي ذهب إليه الاستاذ عبد الكريم سلامة الذي اقترح مصطلح علاقات قانونية مالية، مرجع سابق، ص 193 وما يليها.

3- محسن جميل جريح، التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الداخلي، منشورات زين الحقوقية، طبعة 2016، ص37، وأيضاعبد العزيز قادري، مرجع سابق، ص 224.

4- V. ph Fouchard; ofmand un arbitrage est-il international, Rev – arb 1970, P 59.

Un rapide examen de droit comparé révèle une hésitation entre deux démarches pour définir l'internationalité selon qu'est retenu un critère juridique ou un critère économique.

الإجراءات، في حين يركز جانب آخر على جنسية المحكم، وجنسية الخصوم، بينما يرى فريق ثالث أن أساسها هو اللغة المتعامل بها أو حتى العملة المستعملة لها نصيب في إضفاء الصفة الدولية عند بعض الفقهاء[1].

انتقدت هذه النظرية لصعوبة تطبيقها في الواقع،على احتمال إمكانية سير إجراءات التحكم في عدة دول يوجب قوانين متعددة، فإذا أخذنا مثلا القواعد الإجرائية للبد الذي صدر فيه قرار التحكيم، سنجد أنه من الصعب في بعض الحالات الاعتماد على هذا المعيار، ذلك أنه قد لا يتواجد المحكمون في البلد المذكور إلا لفترة قصيرة جدا، وقد يكون وجودهم في ذلك المكان لإعداد قرار التحكيم.

ويكفي أن يعرف أن هناك حالات لم يجتمع فيها المحكمون سوية لإصدار قرار التحكيم بل تداولوا واتخذوا القرار عن طريق التواصل أو بالمراسلة[2].

الحالة الثانية: يعتبر التحكيم دوليا اعتمادا على المعيار الجغرافي، أي بالنظر إلى مكان صدور التحكيم (أي محكمة مقر التحكيم)، وبالنظر إلى مكان إقامة أطرافه أو مكان تواجد المركز الرئيسي لهيئة التحكيم (مؤسسة أو مركز)، انتقد هذا الرأي كذلك لعدم دقته إذ يمكن أن يعين الأطراف مكان التحكيم، ويختارون قانون آخر غير قانون المكان المذكور لتحكيمه على موضوع النزاع مما يجعل التحكيم أجنبيا بالنسبة للدولة التي سيجري على إقليمها[3].

المعيار الاقتصادي: يكون التحكيم دوليا باعتماد المعيار الاقتصادي إذا كان متعلقا بالفصل في نزاع ذا طابع دولي اقتصادي، أي أن موضوع النزاع المطروح يخص التجارة الدولية بغض النظر عن العناصر الأولى فلا يأخذ في اعتباره جنسية الأطراف ولا مكان التحكيم

1- راجع بالتفصيل الدكتور عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 92، وسيد المراكبي،مرجع سابق،ص 37- 39.

2- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة ،عمان،الأردن،ط5 ،2010 ص 98.

3- رضوان أبو زيد، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، دولية التحكيم، قسم 2، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، السنة الثانية العدد 02، لسنة 1978، ص 44.

ولا أماكن إقامته، أو مراكز أعمال أطرافه، ولا مكان التنفيذ ولا القانون المتفق على تطبيقه سواء في الإجراءات أو على الموضوع.

ويعتبر هذا الاتجاه هو ما اعتمده الفقه الحديث والتشريعات الحالية من أجل إضفاء الدولية على التحكيم، والذي قوامه علاقة النزاع بالعملية الاقتصادية محل العقد موضوع النزاع[1].

يتفق هذا المعيار مع حقيقة التعامل التجاري الدولي في الوقت الحاضر، حيث أن التحكيم الدولي ما هو إلا وسيلة لفض المنازعات الناشئة عن التعامل التجاري الدولي[2].

ويعيدنا هذا المعيار إلى ما قيل آنفا عن تجارية التحكيم لنخلص إلى أن دوليته وتجاريته، مفردتين متلازمتين[3].

وقبل التطرق لموقف المشرع الجزائري يجب التنويه إلى الفرق بين التحكيم الأجنبي والتحكيم الدولي.

إذ يختلط الأمر على الكثيرين ممن يجعل المصطلحين مترادفين.

وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه أن التحكيم الأجنبي هو الذي يرتبط أحد عناصره بعوامل خارجية، أما الدولي فهو الذي تلتقي فيه عدة نقاط لا صلة لها بأي من النظم القانونية الوطنية[4].

في حين يرى جانب آخر من الفقه كل تحكيم أجنبي قد يكون مرادف للتحكيم الدولي حيث أن التحكيم المذكور يتعدى في إجراءاته وأثره والقانون الواجب التطبيق حدود دولة واحدة، لكن ليس كل تحكيم دولي مرادف للتحكيم الأجنبي، لأن طبيعة النزاع قد تكون

1- Un arbitrage est international en fonction du litige qui en et l'objet de l'opération économique qui en est l'occasion. : Ch seraglini et j. prscheidt, o. cit, P 41
. Ph ,Fouchard, E Gaillard, B. Goldmane,, traité…o. c, P64 et suit

2- فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 101.

3- فالتحكيم لا يكون دوليا إلا تجاريا وإلا دوليا، بالمفهوم الاقتصادي وحسب حدود مجال الدراسة، لأن التحكيم قد يكون سياسيا أو رياضيا أو, داخل الأسرة أو في علاقات العمل...الخ.

4- رضوان أبو زيد، مرجع سابق، ص 37.

دولية، ويجري التحكيم في دولة واحدة، وينتمي إليها أطراف النزاع ويطبق قانون تلك الدولة بالنسبة للإجراءات والموضوع، ومع ذلك فهو تحكيم دولي لأن التحكيم المذكور يقع في نزاع متعلق بشؤون التجارة الدولية[1].

بينما يرى جانب ثالث من الفقه أن الشرط التحكيمي في العقد قابل لأن يدخل في النطاق الدولي أو يخرج منه بمعزل عن الطابع الذي اتسم به العقد عند إبرامه، فالعملية التجارية التي يرعاها العقد قد تبدأ محلية وبالتالي فالعقد محلي داخلي ثم تتطور لتصبح دولية وبالعكس قد تبدأ العملية تجارية دولية وتنتهي داخلية[2].

فالتفرقة بين التحكيم المحلي والتحكيم الأجنبي تخضع لمعيار مكان غجراء التحكيم، إذ يعد التحكيم أجنبيا إذا جرى خارج إقليم الدولة،أما التحكيم الدولي فيرتبط بطبيعة النزاع ، وإن جرى داخل الدولة ذاتها[3].

للتفرقة بين التحكيم الأجنبي والدولي أهمية نستشفها من خلال صحة الحكم الصادر في كلاهما وكذا سلطة القاضي الوطني في كل مهما، كذلك المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وإجراءاته، ومسألة الرقابة التي يمارسها قضاء الدولة على حكم التحكيم، والتي يختلف نطاقها ونوعها حسب نوع التحكيم[4].

موقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة: تبنى المشرع الجزائري المعيار الاقتصادي منفردا من خلال النص صراحة أن التحكيم يكون دوليا إذا تعلق بالمصالح الاقتصادية الدولية[5]، وهو عكس ما ذهب إليه سابقا من خلال مرسوم 03/93 الذي كان يتبنى فيه

1- فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 102، جميل جريح، مرجع سابق، ص 39- 40.

2- د/ عبد الحميد الأحدب، ج 2، مرجع سابق، ص 11.

3 - محمود سمير الشرقاوي ، مرجع سابق ،ص21.

4- أيمن سيد خليل حجر، موسوعة ابن حجر في التحكيم، الكتاب الأول التحكيم الاختياري والإجباري والإداري، دار النهضة للنشر، مصر، ط1،2016 ص 78- 79، أيضا محمد سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 22- 23، قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 225- 228.

5- المادة 1039 ق إ م . إ ج:"يعد دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"

صراحة المعيارين الاقتصادي والقانوني من خلال اشتراط تعلق التحكيم بمصالح التجارة الدولية من جهة واشتراط أن يكون مقر وموطن أحد الأطراف على الأقل في الخارج[1]. وهو في ذلك يتفق مع عدد من التشريعات المقارنة[2]، ويختلف عن عدد آخر من التقنيات المقارنة التي اعتمدت المعيارين معا الاقتصادي كمبدأ، والقانوني في الحالات التي نصت عليها صراحة[3].

كما يختلف عن التقنيات التي اعتمدت فقط المعيار القانوني[4]، والأمر ذاته بالنسبة للاتفاقيات الدولية التي تعالج أوجه نشاط التجارة الدولية التي اختلفت في معيار إضفاء الصفة الدولية للتحكيم[5].

الفرع الثاني

تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له

توصلنا فيما سبق أن التحكيم يخضع لنظام قانوني خاص، لكنه في المقابل يتشارك ويتقاسم بعض الخصائص والصفات مع بعض الأنظمة والمفاهيم التي تخضع لقواعد قانونية أخرى غير تلك التي تخص التحكيم، لذلك سنحاول التطرق إلى أوجه التشابه والاختلاف بين التحكيم وهذه المفاهيم.

1- المادة 458 مكرر من مرسوم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25.

2- القانون الفرنسي الذي نص صراحة وبصفة مقتضبة على ذلك في المادة 1540 من مرسوم 48 / 2011 المعدل لقانون الإجراءات المدنية.

3- المادة 01 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، المادة 02 من قانون التحكيم الأردني لسنة 2001، القانون السوري 2008/04 في المادة الأولى منه، وكذا القانون التونسي رقم 42 لسنة 1993 في الفصل 48، و، والقانون السعودي رقم 34 لسنة 2012 في المادة الثالثة، وكذا القانون المغربي للتحكيم والوساطة الاتفاقية رقم 08/05 لعام 2007 الفصل 40/327، المادة 03 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة 2000

4- كالقانون السوداني لسنة 2016 في المادة 07 منه.

5- كلائحة محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس التي اعتمدت المعيار دولية المنازعة (الم1)، وكذا اتفاقية نيويورك 1958 التي اعتمدت المعيار القانوني الجغرافي (الم 1) المادة 05 فقرة 01.

أولا- التحكيم والقضاء :la jutice

إن القضاء يعني الحكم والفصل والقطع، والقاضي هو القاطع للأمور المحكم بها، أما القضاء اصطلاحا، هو فصل الخصومات والمنازعات، وهو أيضا قول ملزم يصدر من ولاية عامة، وهو أيضا سلطة الدولة في الفصل بين المتخاصمين، وحماية الالحقوق العامة .[1]

أوجه التشابه والاختلاف: يتشابه كلا النظامين في عدة نقاط نذكر منها:

- كلاهما لا يتصدى للمنازعة إلا إذا رفعت إليه، فلا يمكن أن يفصل في خصومات لم ترفع إليهما.
- كل منهما له صلاحية حسم المنازعة بإيجاد الحل المناسب للقضية محل النزاع.
- يشترك القضاء والتحكيم في الطابع الإلزامي للقرارات الصادرة عنهما[2].
- يلتزم كل من القاضي والمحكم لمبدأ سرية المداولات، هيئة التحكيم تتناقش في سرية بعد إقفال باب المرافعة بعد اكتفاء الخصوم.
- التزام كل من القاضي والمحكم لمبدأ الاستقلالية والحياد، أي عدم وجود أي رابطة أو ارتباط من كليهما بالأشخاص المتنازعين وعدم ميل كليهما لأي طرف مهما كانت الأسباب، وهي صفة أساسية في كل من يعهد إليه بالقضاء أو التحكيم.

1- أنظر شرح: عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 11- 12، وناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص 18.

2- رغم أن هذه النقطة بالذات يمكن توسعتها، إذ هناك من يراها في أوجه الاختلاف على أساس أن حكم التحكيم إذا لم يطبق يتنازع فيه الخصمان أمام القضاء للإلزام، عكس حكم القاضي الذي يستمد إلزاميته من ذاته بمجرد صدوره ويتعهد بتنفيذه للأجهزة التنفيذية، راجع بالتفصيل: كاوة عمر محمد، مرجع سابق، ص 76، وفي هذا الرأي أيضا من يرى أن القوة الإلزامية لحكم التحكيم تكون بعد إصباغه بالصيغة التنفيذية عكس أحكام القاضي – لكن هذا الرأي انتقد على أساس أن هذه النقطة أقرب لأوجه التشابه ذلك أن حكم القاضي أيضا لا ينفذ إلا بعد اصباغه بالصيغة التنفيذية وبعد استنفاذ طرق الطعن، راجع في ذلك: هشام خالد، مرجع سابق، ص 170.

- احترام حقوق الدفاع الأساسية من خلال تمكين الأطراف، من تقديم دفوعهم وطلباتهم ووثائقهم التي تثبت ادعاءاتهم، مع معاملتهم على قدم المساواة بإتاحة الفرصة المتكافئة لهم.

أوجه الاختلاف

- سلطة المحكم مستمدة من الاتفاق الذي تم تعيينه بموجبه، بينما سلطة القاضي مستمد من القانون ومن الدولة إلى هو موظف بجهازها، وولاية القاضي ولاية عامة ودائرته أوسع عكس المحكم الذي له ولاية خاصة، محددة ضمن النزاع المعين في إطاره، فالحكم لا ينظر إلا في المنازعة المعروضة عليه بموجب اتفاق الأطراف ولا ينظر في غيرها، وإن كان بين الأطراف اتفاق أخر يخصها، وتنتهي ولايته عند صدور الحكم التحكيمي، أما القضاء فلا يخرج عن سلطته أحد ولا يستثنى من اختصاصه موضوع.
- اختلاف التحكيم عن القضاء من حيث الهدف إذ يرمي هذا الأخير إلى تخفيف مصالح خاصة لا تتعدى أطراف عقد التحكيم، عكس القضاء الذي يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة.
- التحكيم عقد رضائي للخصوم، بينما القضاء هو سلطة وإلزام لهم، يملك الخصوم في التحكيم عزل المحكم، ولا يملكون ذلك في القضاء.
- التحكيم لا يمكن إعماله في مسائل تمس النظام العام عكس القضاء.
- التحكيم غير مقيد باختصاص مكاني بينما القاضي مقيد في ذلك بالمنازعات الواقعة في دائرة اختصاصه.
- المحكم مختار لشخصه وذاته، وبالتالي لا يجوز له أن يستخلف غيره لتولي التحكيم نيابة عنه إلا بموافقة الخصوم، بينما القاضي يستخلف غيره لأن العبرة في ذلك ليست بشخصه ولكن بالهيئة التي يمثلها.
- القاضي لا يكون أجنبيا للنظر في المنازعة بينما المحكم يمكن أن يكون أجنبيا.

- تطبق على القاضي الذي يرفض النظر في النزاع قواعد إنكار العدالة، بينما تطبق على المحكم في حالة رفضه أو تقاعسه القواعد العامة في المسؤولية والمتابعة.
- هناك فرق بين تعدد المحكمين الذي تحكمه إرادة الأطراف وتعدد القضاة الذي لا علاقة لإرادة الأطراف به بل يحكمه التنظيم القضائي للدولة.
- القضاء مؤسسة من مؤسسات الدولة يمثل السلطة القضائية، هو من مرافقها بينما لا علاقة للتحكيم بأنواعه بالدولة سواء قام به أفراد أو هيئات أو مراكز أو غرف والتي تعد هيئات معنوية خاصة[1].
- يتقاضى المحكم اتعابا من أطراف النزاع، بينما يتقاضى القاضي راتبا من الدولة.
- جلسات المحاكم علنية بينما جلسات التحكيم سرية تكفل خصوصية المعاملات محل النزاع، وهي إحدى خصائص التحكيم.
- الحل عن طريق التحكيم غالبا ما يحفظ استمرار العلاقة والتعامل بين الأطراف، عكس الحل عن طريق القضاء الذي غالبا ما يؤدي إلى القطيعة بين الأطراف لاستفحال النزاع بينهم.
- إجراءات التحكيم تتسم بالبساطة مقارنة مع الخاصة بسير الخصومة في القضاء العادي[2].

وفي هذا السياق تجدر التفرقة بين التحكيم الدولي والقضاء الدولي، وإن كان يتفقان في أنهما حل سلمي للفصل بين الدول في منازعات في المجال الدبلوماسي والسياسي إلا أنها يختلفان في الشكل فالقضاء الدولي،يحدد إجراءاته القانون الدولي العام وطريقة عرضه

1- وهناك فروق أخرى ذكرها جانب في فقهاء الشريعة تخص صفات وشروط كل من القاضي والمحكم، إذ يرون الشروط التي ينبغي توفرها في القاضي تكون أكثر شدة، إذ يشترط درجة الاجتهاد في القاضي والكتابة والعلم بقيم الأشياء وغيرها، لمزيد من التفصيل يرجع لـ قحطان بن عبد الرحمن الدوري، مرجع سابق، ص 153- 157، وأيضا كاوة عمر محمد، مرجع سابق، ص 76- 78، وأيضا الدكتور علي عوض حسن، مرجع سابق، ص 17.

2- هشام خالد، مرجع سابق، ص 170، الحسين السالمي ، مرجع سابق ، ص 67، طارق فهمي الغنام، دور المحكم في نظام التحكيم السعودي، مركز الدراسات العربية، الجيزة،مصر ،2016، ص27-32.

على المحكمة الدولية، بينما التحكيم الدولي يعهد فيه إلى هيئات أو مراكز، وقد ترك ميثاق الأمم المتحدة للدول حرية اختيار بين القضاء والتحكيم[1].

ثانيا– التحكيم والخبرة l'expertise

الخبرة هي المهمة التي يعهد بمقتضاها الخصوم إلى شخص مختص، في مهنة أو مجال معين بمهمة لإبداء رأيه في مسألة فنيه تدخل في مجال اختصاصه دون إلزام الخصوم بهذا الرأي.[2]

والخبرة نوعان: خبرة ودية يلجأ إليها الأطراف باختيارهم وخبرة قضائية، يعين فيها القاضي الخبير بعد لجوء الأطراف إلى القضاء، وتتم بناء على طلبهم أو دون طلبهم[3].

أما القضائية فلا علاقة لها هنا بمجال الدراسة لأن الحديث عن الخبرة الودية وفي مجال التجارة الدولية، وهي الخبرة التي لم تنص عليها التشريعات، ولم تنظمها، اللهم إلا إشارات بسيطة، ومع ذلك نجد إقبالا عليها من قبل المتعاقدين في المجال الدولي كاتفاق الخبرة المسمى Adhoc expert الذي يلجأ إليه كوسيلة لحل النزاعات إلى جانب اتفاق التحكيم[4].

1– المادة 33 من ميثاق الأمم المتحدة، من أشهر أمثلة التحكيم الدولي الدبلوماسي، تحكيم طابا المصرية مع إسرائيل في النزاع على الحدود والذي أصدرت فيه هيئة التحكيم في جنيف بسويسرا حكما في 1988/09/29 أكدت فيه أن طابا مصرية بعد نزاع ثبت في أواخر 1981 إثر مراحل انسحاب إسرائيل من سيناء المصرية.

– شهاب فاروق عبد الحي عزت، التحكيم في منازعات المشروعات المقامة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دار النهضة العربية 2001 ، ص 171، أنظر أيضا ك

كاوة عمر محمد، مرجع سابق، ص 78، د/ أسعد فاضل منديل، مرجع سابق، ص 41 –43، أنظر أيضا أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكةppp، دار النهضة العربية، 2013، ص 56.

2– ناصر محمد جمعان، مرجع سابق، ص 22.

3– نظمها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في القسم 8 المواد 125 إلى 145.

4– على سبيل المثال في عقد البيع الدولي الخاص باتفاق البيع والشراء للأعمال والحصص في الشركات، تكون مهمة الخبير تحديد سعر شراء النهائي وكذلك في مجال صناعات التعدين والطاقة يستعان بالخبير لتحديد السعر والكمية والموضوعات التقنية، وكذلك في مجال التأمين ومشروعات الاتصالات، وعقود الكمبيوتر، وتراخيص الملكية الصناعية والفكرية، يرجع لذلك بالتفصيل، شهاب فاروق عبد الحي عزت، مرجع سابق، ص 106.

تعتبر الخبرة كالتحكيم وسيلة لتسوية المنازعات، تتشابه معه من حيث بساطة الإجراءات وسرعة الإنجاز وقلة التكلفة ولو أنها تعد أوجه تشابه قليلة لكنها مهمة لأنها تمس أهم ميزات التحكيم[1].

أوجه الاختلاف

- يعتمد الخبير على معلوماته وخبرته لإعطاء رأي فني صريح في مسألة معينة فقط، بينما يقوم المحكم بإصدار حكم يتمتع بصفة الإلزام[2]، يحسم النزاع ويحوز حجية الشيء المقضى فيه معتمدا على ما يقدمه الأطراف من مستندات.
- كما يختلفان من حيث هدف كل منهما باعتبار التحكيم نظام خاص للتقاضي بينما الخبرة هي وسيلة للحصول على رأي شخص من الغير يكون رأيا تحضيريا[3]، وهي دليل من أدلة الإثبات التي تتوقف حجيتها على تقدير من يتولى الفصل في الدعوى قاضيا كان أو محكما.
- ومن ناحية أخرى فإن موضوع مهمة الخبير هو فحص مال مادي أو معنوي في حين أن مهمة المحكم هي فحص إدعاء قانوني وحسمه، فالخبير يفحص مسائل واقعية ذات تخصص فني، بينما يفحص المحكم الإدعاءات[4] ويحقق فيها طبقا لقواعد إجرائية محددة يصل في النهاية إلى معرفة حكم القانون أو العدالة فيها[5].
- أما من حيث كيفية البت في الخلاف، فالمحكم يفصل بقرار ملزم بينما يقدم الخبير رأيا استشاريا دون إلزام الأطراف به، فالمحكم يعد قاضيا عكس الخبير الذي يعتبر

1-,. Ch seraglini et j. prscheidt, o. cit P 32

2- الدكتور هشام خالد، مرجع سابق، ص 117.

3- Mentalachta Mohamed , l'arbitrage commercial, OPU 1986, p45
Le rôle de l'expert est préparatoire tandis que celui de l'arbitre est décisoire,.

4- هناك جانب من الفقه يرى أن المحكم بوصفه قاضيا فإنه يفصل في المسائل الواقعية والقانونية معا أما الخبير فلا ينظر إلا في المسائل الواقعية (الفنية والعلمية)، راجع في ذلك: عادل خير، مقدمة في قانون التحكيم المصري، طبعة 1- 1995، دار النهضة العربية ، ص 42.

5- الدكتور هشام خالد، مرجع سابق، ص 128.

- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 65.

معاونا للقاضي، والرأي الذي يقدمه يعد عنصرا من عناصر الإثبات الذي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي[1].

- أما من حيث كيفية أداء المهمة فالخبير له دور إيجابي لأنه يبادر إلى الحصول على كافة المعلومات اللازمة لإعداد تقريره، ويعتمد على خبراته كما له إبداء رأيه دون حاجة للرجوع إلى الأطراف، بينما دور المحكم سلبي لأنه ينتظر ما يقدمه الخصوم من مستندات وكذلك من حق كل طرف الإطلاع على ما قدمه الطرف الآخر.

ورغم الفروق المتقدمة، فهناك الارتباط بين الخبرة والتحكيم، والمحكم قد يحتاج للخبير، لذا فنحن أمام نظامين قانونيين متجاورين، والتفرقة بينهما لا تعني القطيعة، لأن الخبير من أعوان هيئة التحكيم، حينما يطلب منه الرأي الفني في الموضوع محل النزاع، وهو في هذه الحالة يساهم في عملية الإثبات ، كما أن الخبير قد يكون من أعضاء هيئة التحكيم إذا اختير بتلك الصفة، بسبب تخصصه الفني، وفي هذه الحالة يساهم في صنع القرار الحاسم للنزاع [2]

ثالثا- التحكيم والصلح: Transaction

الصلح هو إزالة ما بين الناس من عداوة وشقاق، وهو عقد رضائي يحسم به الأطراف نزاعا ثار بينهما فعلا، أو يتوقيان به نزاعا محتملا، ويأتي بتنازل إرادي من كل طرف عن بعض مطالبه. فهو إنهاء لجدل قائم أو الاحتياط له[3].

1- وهو ما وضحته المادة 08 من لائحته غرفة التجارة الدولية التي بدأ العمل بها في 93/01/01، حيث جاء فيها أنه:" ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك فإن تقرير الخبير ليس له قوة ملزمة للأطراف ولا لهيئة التحكيم".
أنظر- أيضا أيمن سيد خليل حجر، مرجع سابق، ص 51، و محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 13، ناصر ناجي محمد جمعان، ص 22، وأسعد فاضل منديل، مرجع سابق، ص 46.

2 هشام خالد، مرجع سابق ، ص 129

3- Mentalachta Mohamed , o;cit, p 36 :"Dans la transaction les parties terminent une contestation née, et préviennent une contestation a maitre.

وعليه يشترط في الصلح مسائل ثلاث:

- نزاع قائم أو محتمل
- وجود نية لحسم هذا النزاع
- تنازل كل المتصالحين عن جزء من مطالبهم.

يختلف الصلح في مجال التجارة الدولية عنه في القانون المدني، أو أي فرع آخر كقانون الأسرة وقانون العقوبات، لكنه لا يخرج عن المعنى العام بأنه طريق ودي لإنهاء النزاع كما يختلف عن اعتباره عقدا أو إجراء.

فإن كان القانون المدني عرفه بأنه عقد (المادة 455 قانون مدني)، فإنه في مواضع أخرى يعتبر إجراء جوهريا المادة 49 من قانون الأسرة يترتب بطلان الإجراءات عن تخلفه وبالتالي رفض الدعوى، ونظمه قانون الإجراءات المدنية في المواد431-439إلى 439.

وفي مجال التجارة الدولية فإن الصلح من الوسائل البديلة لحل النزاعات الناشئة عنها يشتبه مع التحكيم في عدة نقاط ويختلف عنه في أخرى.

أوجه التشابه

- كل منهما وسيلتان لحل نزاع قائم أو محتمل.
- في كل منهما يشترط توافر النية في حسم النزاع والإرادة الحرة في ذلك بعيدا عن القضاء.
- يشتركان في نفس المجالات فلا يجوز الصلح إلا فيما يجوز فيه التحكيم[1].

1- قد نصت بعض التشريعات على ذلك صراحة كالقانون المصري رقم 27 لسنة 1994، في المادة 11، والمادة 07 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة 2000، والمادة 03 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016،والمادة 09 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، الفصل 4/07 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993، المادة 09 من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، والمادة02من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012

- يتمتع الحكم الصادر عن المحكمة والمصلح بحجية الشيء المقضي فيه عند إثارة نفس النزاع أمام القضاء[1].

أوجه الاختلاف

- الصلح مجرد اتفاق لا ينفذ جبرا إلا إذا صدر به حكم قضائي عكس حكم التحكيم الذي يعد سندا تنفيذا بمجرد امهاره بالصيغة التنفيذية[2].
- التحكيم له أثر منشئ للحقوق ،بينما للصلح أثر كاشف لأن المتصالحين يكونون على علم بما سيفضي إليه الصلح بناء على ما قدموا من تنازلات.
- الصلح عقد يقطع الخصومة بتراضي الطرفين أما التحكيم فيقطعها بإصدار حكم ملزم.
- التحكيم يبدأ باتفاق وينتهي بحكم، أما الصلح فينتهي باتفاق.
- طبيعة المحكم تختلف عن طبيعة المصلح فالحكم يصدره قراره بمنأى عن الطرفين المتنازعين، ويطبق القواعد القانونية على النزاع المعروض أمامه، أما المصلح فمهمته تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة[3].

رابعا- التحكيم والتوفيق Conciliation

يعرف التوفيق على أنه طريق ودي لفض المنازعات بالتقريب لوجهات النظر.

فالموفق يكون فردا أو هيئة ويتم اختياره من قبل الأطراف، عليه مهمة دراسة موضوع الخلاف بالتشاور المستمر مع الأطراف، والتعرف على مختلف وجهات النظر، والعمل على

1- كاوة عمر محمد، مرجع سابق، ص 80.

2- سيدي المراكبي، مرجع سابق، ص 33.

3- هشام خالد، مرجع سابق، ص 178، عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 63، كاوة عمر محمد، مرجع سابق، ص 80- 81، عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة، القاهرة سنة 2008، ص 25.

الحد من اتساع دائرة النزاع بينهم واقتراح أفضل الحلول الودية لتسوية كما يكفل استمرار التعامل بينهم والتي تعرض عليهم ليأخذوا بها أو يرفضونها[1].

أوجه التشابه

- كلاهما وسيلتان لتسوية النزاعات بعيدا عن القضاء.
- كلاهما يقومان على إدخال طرف ثالث للوصل إلى حل.
- يجوز تعدد المحكمين أو الموفقين بحسب إرادة الأطراف.
- الهدف منهما إيجاد حل للنزاع القائم أو المحتمل[2].

أوجه الاختلاف

- قرار الموفق غير ملزم للأطراف بينما قرار التحكيم يكون ملزما.
- الموفق يتعامل مع وقائع النزاع دون الخوض في المسائل القانونية، ويحاول الوصول إلى حل توفيقي دون أن يملك سلطة في مواجهة المتنازعين، كما أن مسعاه قد لا يخلص إلى نتيجة، ويكون بذلك للأطراف حق اللجوء إلى التحكيم أو القضاء،أما المحكم فيصدر حكما قد لا يرضى أحد الأطراف فهو يضع حدا للنزاع بتطبيق القواعد القانونية وفقط.
- عادة ما يتضمن التوفيق تنازلات من الطرفين لكي يتم التوصل لحل وسط فهو إجراء شبه قضائي يتوسط التحقيق[3]، وقد اهتمت الكثير من هيئات مراكز التحكيم بنظام التوفيق وأفردت له نصوصا ضمن لوائحها وعملت على توجيه الأطراف إليه[4].

1- عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 59.

2- نجلاء حسين سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة، ط2، 2003، ص 43.

3- الخير قشي، المفاضلة بين الوسائل التحكيمية وغير التحكيمية لتسوية المنازعات الدولية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط 1، 1999، ص 26.

4- راجع في ذلك نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصياغة دبي، لسنة 1994، المادة 57- ولائحة إجراءات التوفيق والتحكيم التجاري لدى مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم لسنة 1993- اتفاقية واشنطن الخاصة =بتسوية المنازعات الناشئة بين الاستثمار بين الدول ورعيا الدول الأخرى لعام 1965، وكذلك لجنة القانون التجاري الدولي، أصدرت مجموعة من القواعد الخاصة بها.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن التوفيق أقرب منه للصلح عن التحكيم بينما نجد في الكثير من المراجع أن الحديث عن التوفيق يرتبط دائما بالوساطة فيكون ذكرهما إما مترادفين أو مصطلحين متلازمين.

خامسا- التحكيم أو الوساطة La médiation

تعد الوساطة وسيلة اختيارية غير ملزمة لحسم الخلافات تلجأ بموجبها الأطراف إلى طرف ثالث محايد يقوم بدور الوسيط، ومساعدة أطرافه في الوصول إلى تسوية، وتنتهي باقتراح لتقريب وجهات النظر وتحرير محضر يوقعه الخصوم والوسيط، ويعتبر هذا الاقتراح غير ملزم إلا إذا وافق عليه الأطراف[1].

تختلف الوساطة المنصوص عليها في القوانين الداخلية عن الوساطة الدولية المقصودة هنا والتي تعتبر وسيلة بديلة من الوسائل الأخرى لحل النزاعات، نظم المشرع الجزائري الوساطة الداخلية بموجب قانون الإجراءات المدنية[2].

أوجه التشابه

- تتميز الوساطة كغيرها من الوسائل البديلة وليس فقط معه التحكيم بأنها تكفل الخصوصية للأطراف، بما يشجعهم على اللجوء إليها تفاديا وتهربا من العلنية التي تتسم بها جلسات المحاكم.
- تتميز أيضا بأنها غير مكلفة مقارنة مع إجراءات التقاضي وهذه الميزة ترتبط أيضا بعنصر الوقت إذ تتميز بسرعة الفصل، مما يجعل مصاريفها أقل بينما إجراءات المحاكمة تستدعي نفقات ورسوم تزيد بطول المدة[3].

أوجه الاختلاف

1- محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 11، - الدكتور منطلشطا، مرجع سابق، ص 31.

2- الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الخامس تحت عنوان الطرق البديلة لحل النزاعات، في المواد 994 حتى 1005.

3- شهاب فاروق وعبد الحي عزت، مرجع سابق، ص 34، ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 68.

- تختلف الوساطة عن التحكيم من حيث أن هذا الأخير يهدف إلى الفصل في النزاع بينما مهمة الوسيط هي إيجاد وسط مقبول من الأطراف.
- لا يجتمع المحكم مع أحد الأطراف على حدة، صيانة لحق الطرف الآخر في الدفاع والمواجهة، عكس الوسيط الذي يمكنه الاجتماع مع كل منهم لوحده بغية الوصول إلى تنازل عن جزء من المطالب.
- يفصل المحكم بتطبيق القانون المتفق عليه، أما الوسيط فلا يطبق قانون ما، وإنما يعتمد بشكل أساسي على قدراته لإيجاد الحل المرضي للأطراف، معتمدا على أسلوبه في العرض وتبسيط الخطوات المؤدية لتذليل العقبات أمام مصالح الأطراف المشتركة.
- ينتهي التحكيم بحكم ملزم للأطراف يصدره المحكم حائز لحجية الشيء المقضي فيه، وتنتهي الوساطة بحل لا يرقى لأن يوصف بالحكم بل هو اتفاق رضائي.
- حكم التحكيم لا يسعى لإرضاء الطرفين فالحكم قد يحكم لطرف واحد بكل الطلبات بناء على المستندات والوثائق المقدمة،بينما اتفاق الوساطة يجب أن يرضي كل الأطراف.

وفي ذات السياق أثار الفقه نقطتين مهمتين

أولاهما: أن يحاول المحكم بخبرته الوصل إلى حل يرضي الخصوم خير من قضاء يرضي طرف على حساب أخر، وهو رأي تم انتقاده بشدة لأن اللجوء إلى التحكيم لم يكن أبدا لإيجاد حل وسط وإنما لتحقيق العدالة بإعطاء كل ذي حق حقه، مما جعله الوسيلة المفضلة للمتنازعين وأن مثل ذاك الرأي يضرب بمصداقية التحكيم.

ثانيهما: هل للمحكم أن يقوم بالوساطة أو العكس، هل يمكن لوسيط بين أطراف أن يعين حكما بينهم، وهو أيضاء رأي لاقى الكثير من الانتقادات خصوصا وأن الوسيط الذي يعين حكما يكون قد سبق له وأن أدى ما عليه، وقدم كل ما جاءت به قريحته ولم يتوصل إلى الحل، فماذا يمكنه أن يقدم أكثر وهو محكم.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن عمله كمحكم قد يكون عرضة للطعن بسبب تأثره بما قام به كوسيط، وأن يستخدم المعلومات التي قدمت له وهو بتلك الصفة، مما يجعله مخلا بمبدأ الحياد والاستقلال[1].

وفي الأخير نشير إلى أن العديد من المنظمات الدولية اهتمت بالوساطة وأفردت لها نصوصا خاصة، كمحكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA التي أصدرت قواعد الوساطة في 2012/07/01 بعنوان قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي للوساطة، وتتضمن 11 مادة، وكذلك المنظمة الدولية لحقوق الملكية الفكرية WIPO. التي أصدرت قواعد التحكيم والوساطة والخبرة في جانفي 2009 ويتضمن 27 مادة، وكذاك مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي CRCICA الذي أصدر قواعد الوساطة في يناير 2013 وتتضمن 18 مادة والمركز الدولي لتسوية المنازعات ICDR الذي أصدر قواعد تسوية المنازعات عن طريق الوساطة والتحكيم في 2009/06/01 وتتضمن 18 مادة.

في حين ساوت قواعد اليونسترال بين التوفيق والوساطة واستعملت لذلك مصطلحا واحد على أساس أن هاتين الوسيلتين ذات مفهوم واحد[2].

سادسا– مصطلحات أخرى تشبه التحكيم

هناك مصطلحات أخرى تتشابه مع التحكيم، يطول المقام لسردها ومناقشتها كلها، ونكتفي في هذه الحالة بسردها على سبيل المثال.

1– محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 11– 12، شهاب فاروق عبد الحي عزت، مرجع سابقن ص 164، وأيضا خالد الشلقاني، الدمج بين الوساطة والتحكيم، ورقة بحث قدمت في ندوة عن الوساطة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مصر 2014/03/05.

2– المادة 03 من قواعد اليونسترال للتوفيق لسنة 2002.

الوكالة Le mandat: هي إقامة إنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز ومعلوم يملكه وقابل للنيابة[1]، فهي إذن علاقة قانونية يخول فيها شخص معين (الوكيل) سلطة تمثيل شخص آخر (الموكل أوالأصيل)[2].

تتشابه الوكالة مع التحكيم في اشتراط رضا الطرفين بهما وأساس كل منها عقد، يختلفان في أن الوكيل يعبر عن إرادة موكله أما الحكم فلا يعبر عن إرادة أحد الأطراف ولا يحل محله، كما أن الموكل مقيد في حدود الوكالة ومرتبط بموكله بينما الحكم مستقل عمن عينه وعن الأطراف، الموكل يعمل وفق تعليمات موكله، أما الحكم فيعمل بحرية حسب ما يراه مناسبا وحسب القانون المختار للفصل في النزاع[3].

المحاكمات الصغيرة: يقصد بها إتاحة فرصة لأطراف النزاع من أجل عرض دعواهم أو جزء متفق عليه من نزاعهم على شخص ثالث محايد يملك صلاحية لتسوية النزاع، يكون عادة مستشارا محايدا.

تتشابه مع التحكم في كونها وسيلة سلمية بديلة تتمتع بالمرونة والسرعة، وتقوم على الاتفاق وحرية اختيار الطرف المحايد، وتختلف عن التحكيم في طريق الحسم الذي ينتهي في التحكيم بحكم يكتسي حجية الشيء المقضي فيه.

تبنت العديد من المراكز الدولية هذه الوسيلة، ومن أمثلة ذلك الجمعية الأمريكية للتحكيم AAA وكذا مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي[4].

1- سيد المراكبي، مرجع سابق، ص 31.

2- وفي هذا الصدد أورد الأستاذ منطلشطا تعريف للوكالة جاء في:

Le mandat est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son non, O. C, P 29.

3- هشام خالد، مرجع سابق، ص 164، كاوة محمد عمر، مرجع سابق، ص 87.

4- الذي نظم قواعدها في 1990 في 07 مواد يرجع بالتفصيل لمزيد من المعلومات عن هذه الوسيلة إلى: شهاب فاروق عبد الحي عزت، وكذلك أيمن سيد خليل حجر، مرجع سابق، ص 62.

المبحث الثاني

المبادئ التوجيهية للتحكيم، خصائصه وأنواعه

بعدما توصلنا في المبحث السابق إلى حقيقة ان التحكيم هو قضاء من نوع خاص، أو عدالة خاصة–كما يحلو لبعض الفقهاء والدارسين تسميته–مستقل من حيث تعريفه وطبيعته القانونية، يختلف عن المصطلحات الأخرى في نقاط عديدة، ويشترك معها في نقاط أكثر، مستقل أيضا في خصائصه، مميزاته وسلبياته

وتوصلنا كذلك إلى أنه أصبح ضرورة ملحة في مجال التجارة الدولية، والتمكن فيه يعزز اقتصاد الدول من خلال بعث الاستثمار عن طريق تشجيع التعاقد الدولي، واعتماد بند التحكيم فيه.

نحاول في هذا المبحث التطرق أهم مبادئ التحكيم وخصائصه (المطلب الأول) لننتقل بالدراسة بعدها إلى أنواع التحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مبادئ التحكيم وخصائصه

يقوم التحكيم التجاري الدولي على مجموعة من المبادئ تعزز مكانته، وتؤكد استقلاليته عن الأنظمة الأخرى التي سبقت الإشارة إليها(فرع أول)، كما أنه يتمتع بخصائص عديدة منها الايجابية ومنها السلبية (فرع ثاني).

الفرع الأول

مبادئ التحكيم التجاري الدولي

إن التحكيم بوصفه عدالة من نوع خاص يقوم على مجموعة من المبادئ نتناولها كالآتي:

أ- **مبدأ العدالة والإنصاف:** وهو من أهم المبادئ التي يرتكز عليها التحكيم، عرف جانب من الفقه[1] العدالة بأنها تحقيق العدل في حالة خاصة، بتطبيقه على واقعة معينة، أو محاولة فردية يكون الحكم المستمد منه مطابقا لظروفها الخاصة.

ويفترض أن يكون مصطلحي العدالة والقانون متلازمين، لكن الأمر في الواقع مختلف، ذلك أن القانون يختلف في غايته عن العدالة، وبالتالي ينفصل عنها بحكم سعيه إلى حماية أوضاع قائمة، في حين تصبوا العدالة إلى الوصول إلى أوضاع مرجوة بغض النظر على ما هو كائن.

تختلف العدالة عن المساواة بأنها تهدف إلى إعطاء كل ذي حق حقه (حسب ما يحتاج) بينما المساواة تهدف إلى إعطاء كل الأطراف نفس القدر.

نصت مختلف التشريعات على إقرار هذا المبدأ وكذا الاتفاقيات الدولية[2]، بينما لم يشر المشرع الجزائر إلى ذلك، واكتفى باختيار محكمة التحكيم الفصل حسب الأعراف في حالة عدم اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق[3]، وهو ذات الموقف الذي اتخذه المشرع المغربي[4].

كما كرست العديد من الاتفاقات هذا المبدأ ونصت عليه، نذكر منها اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول وموطني الدول الأخرى في 1965[5].

1- كاوة عمر محمد، مرجع سابق، ص 59، يشير فيها إلى منير عبد المجيد ومؤلفه قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، ص 225.

2 - المادة 23 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة2001، والفصل 14 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة1993، والمادة 4/38 من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، والمادة 1512 من مرسوم 48 لسنة 2011 الفرنسي.

3- المادة 1050 ق. إ. م. إ

4- الفصل 327- 44 من قانون التحكيم والوساطة المغربي رقم 08/05 لسنة 2007.

5- المادة42 من الاتفاقية

إن اللجوء إلى تطبيق مبدأ العدالة والإنصاف بدلا من القانون لا يشكل مصدرا مباشرا لقاعدة دولية، وإنما يتوقف على إرادة الأطراف، فلا تفصل هيئة التحكيم في نزاع معروض عليها وفق هذا المبدأ إلا إذا أجاز الأطراف ذلك صراحة[1].

ب- مبدأ المواجهة: ويقصد به عموما حق كل خصم في أن يعلم ويمكن من العلم بما لدى الخصم الآخر من وسائل دفاع وحجج، وأن يكون هذا العلم وإمكانية العلم به في وقت مناسب يمكنه من الرد على ما قدمه الخصم[2].

وعليه فإن الغاية منه هو ضمان حد أدنى من الأمانة وعدم مفاجئة الأطراف بالتصرفات والأعمال المتعلقة بالقضية، ويقتضي هذا المبدأ أن يكون لكل خصم حق مناقشة خصمه فيما قدمه من إدعاءات وفق الأصول التي يسمح بها القانون، كما يجب على القاضي أن لا يقضي بعلمه ولا يرتكن في حكمه على واقعة لم يذكرها الخصوم في ادعاءاتهم ولم يناقشوا فيها[3].

وبالتالي فإنه على المحكم ألا يبني حكمه إلا على مجمل الأقوال التي سمعها والمستندات التي قدمت إليه أثناء المرافعات، فلا يحكم بمقتضى ما لديه من معلومات خاصة استمدها من خارج جلسة التحكيم ما لم يكن لشخص المحكم اعتبار خاص لدى الخصوم، بحيث يكون قد تم اختياره على أساس معاصرته هو لمراحل النزاع وعلمه الخاص بكل تطوراته، وعندئذ يجب على المحكم في هذه الأحوال الخصوم بملاحظاته الخاصة قبل بناء حكمه عليها.

1- وفاء جلال محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولية لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2001، ص 62.

2- عاشور مبروك، مرجع سابق، ص 56.

3- محمد نور شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمة، دار النهضة العربية، 1996،ص 324.

ويعد من قبيل العلم الشخصي ترجمة المستندات إلى لغة المرافعة ولغة الحكم، فإذا قام المحكم بإجراء هذه الترجمة بنفسه يكون قد قضى بعلمه، وهو ممنوع من هذا لأنه قد يسيء الترجمة أو يخطئ فيها أو يكون علمه الشخصي غير مستكمل مما يؤثر في الحكم[1].

فمن خلال كل ما سبق يتضح أن إعمال مبدأ المواجهة يستلزم مراعاة مجموعة من العناصر أهمها:

- حق الخصم في تقديم ما يدعم وجهة نظره.
- حق الخصم الآخر في الإطلاع على ما قدمه خصمه لمناقشته.
- حق الطرفين في مناقشة عناصر الواقع والقانون المطروحة من المحكم من تلقاء نفسه[2].

اختلفت التشريعات في طريقة تناول هذا المبدأ والإشارة إليه إما صراحة أو ضمنا[3]

ج- مبدأ احترام حق الدفاع ومعاملة الخصوم على قدم المساواة: حق الدفاع من المبادئ المكفولة دستوريا وقانونيا في مختلف التشريعات، فلا يجوز الإخلال به بأي حال من الأحوال، ولأن التحكيم عبارة عن قضاء من نوع خاص فإنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تتجاوز هذا المبدأ مهما كان نوع التحكيم.

1- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، 2001 ص 238.

2- وفي هذا الصدد ينبغي الإشارة إلى أن مبدأ الوجاهية لا يتوقف فقط عند إعلام الخصوم وإخطارهم بمواعيد الجلسات، وإنما يقتضي أيضا التأكد والتثبت من صحة هذه الإخطارات والتبليغات، أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، ص 238، وأيضا عاشور مبروك، مرجع سابق، ص 58.

3 - ومثال ذلك ما أشارت إليه المادة 07 من القانون المصري للتحكيم رقم 27 لسنة 1994، والمادة 06 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012، والمادة 23 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة 2000، والمادة 04 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017، والمادة 04 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016 والمادة 09 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001،والفصل 01 و02 و04 و05 من قانون التحكيم التونسي رقم 42لسنة 1993، وكذا المادة 1442، والمادة 1447 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد

ولأن إجراءات التحكيم تتسم بالبساطة والتيسير فإن حق الدفاع لا يستلزم توكيل محام بل يمكن أن يقوم به الأطراف بأنفسهم إذا تأكدوا من قدراتهم على ذلك، أوتمثيلهم من طرف يرونه أهلا لذلك بموجب توكيل خاص .

وعليه فإن حق الدفاع يكفل مجرد تمكين هيئة التحكيم كل خصم من الإدلاء بما له من طلبات ودفوع قبل إقفال باب المرافعة[1].

ويرتبط حق الدفاع بمبدأ المساواة أمام القضاء مهما كان نوعه (قضاء دولة أو قضاء التحكيم) فلا نستطيع كفالة الدفاع لطرف دون آخر، وبالتالي فإن المساواة حتمية مرتبطة بمجرد كفالة حق الدفاع للأطراف من خلال إعطاء الفرصة الكاملة لكل طرف لتقديم ما لديه من أدلة وأقوال وشهود، مع منحهم الوقت الكافي والمتساوي لذلك[2].

ولأن هذا المبدأ على قدر بالغ من الأهمية، أولته التشريعات الوطنية عناية خاصة بأن نصت عليه صراحة ضمن دساتيرها وقوانينها الداخلية، وكذا ضمن النصوص المنظمة لإجراءات التحكيم.[3]

1- عاشور مبروك، مرجعه سابق، ص 64، وأحمد أبو الوفاء، مرجع سابق، ص 259.

2- فاطمة الزهراء ليراتني، حق الدفاع في خصومة التحكيم في البيوع التجارية،مجلة الباحث في العلوم القانونية والسياسية،، كلية الحقوق ، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، العدد الأول،جوان 2019، ص 182 وما يليها، فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 176.

3- ومثال ذلك ما أشارت إليه المواد 26 و30إلى 33 من القانون المصري للتحكيم رقم 27 لسنة 1994، والمواد 27 و 30إلى 33 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012، والمادة 23 والمادة 35من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة 2000، والمواد 23 و 24من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017، والمواد 25 و26و 42/ج من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016 والمواد 25 و29 إلى 32 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، والفصل 63و68و69 من قانون التحكيم التونسي رقم 42لسنة 1993، و المادة 27إلى 30 و50 من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008 ، والفصل 49/327 من قانون التحكيم والوساطة المغربي رقم 08/05 لسنة 2007 وكذا المادة 1442، والمادة 1447 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد

ومن أمثلة الاتفاقيات واللوائح الدولية التي نصت على هذين المبدأين نذكر: لجنة الأمم المتحدة اليونسترال المعدلة سنة2011[1] واتفاقية نيويورك لسنة 1958 [2]، والاتفاقية الأوروبية لسنة 1961 [3] واتفاقية الإكسيد المنقحة في 2014[4].

ومن خلال كل ما ذكر يظهر جليا أن احترام حق الدفاع ومعاملة أطراف النزاع على قدم المساواة مبدأ معترف به دوليا، وفي حالة عدم الأخذ به نعرض حكم التحكيم للإبطال، ولهذا على المحكمين مراعاته عند سير الإجراءات لأنه ضمان للحكم النزيه.

د- مبدأ احترام قواعد النظام العام: إن فكرة النظام العام من المسائل الشائكة التي استعصت على فقهاء القانون الذين لم يتوصلوا لوضع تعريف مانع وجامع لها، وظلت اجتهاداتهم تحوم فقط حول طبيعة ووظيفة النظام العام رغم أن السلطات الثلاث في الدولة تكرسها وتستعملها، وتعتبرها مظهرا من مظاهر سيادة الدولة[5].

تكمن صعوبة تعريف النظام العام في مرونته ونسبيته، فهو ذا مفهوم متغير، نسبيته مرتبطة بالزمان والمكان[6]، فما هو مخالف للنظام العام في وقت مضى قد لا يكون الآن كذلك، والعكس صحيح فما هو مخالف للنظام العام حاليا ربما لم يكن كذلك في وقت مضى، والأمر ذاته بالنسبة للمكان، فما هو مخالف للنظام العام في دولة معينة قد لا يكون كذلك في غيرها.

---

1 - المادة 15 من الاتفاقية

2 – المادة 05 من الاتفاقية

3 – المادة 09 من الاتفاقية

4 – المادة 24 من الاتفاقية

5- قريقر فتيحة، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، سنة 2017، ص 22.

6- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية 2001، ج 1، ص 148، وراجع أيضا: الفقيه السنهوري عبد الرزاق، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط 2002، ص 398- 399.

من التعاريف التي قدمها بعض الفقهاء يورد تعريف عام George Burdeau أن:" النظام العام هو فكرة ذات مضمون واسع تشمل صور النظام العام المادي والأدبي والاقتصادي كافة، و تمتد ليشمل النشاط الاجتماعي".

كما عرفه الفقيه Maurice hauriou بأنه:« حالة واقعية عكس الفوضى»، بينما عرفه آخر أنه:" مجموعة الشروط اللازمة للأمن والآداب العامة التي لا غنى عنها لقيام علاقات سلمية بين المواطنين بما يناسب علاقاتهم الاقتصادية." وعرفه جانب من الفقه العربي على أنه:« مجموعة قواعد وأنظمة ترمي إلى حسن سير المرافق العامة واستتاب الأمن واستقامة الأخلاق في علاقات الأفراد ،والتي لا يمكن إغفالها في معاملاتهم»، وهو:" أيضا قواعد وأنظمة مرتبطة بمدنية البلاد، يستوجب على القضاة تطبيقها وتفضيلها على القوانين الأجنبية حسب القواعد العادية لتنازع القوانين الأجنبية"[1].

بينما عرفه الأستاذ العربي بلحاج أنه:« من أدق الأفكار القانونية من حيث نطاقها وطبيعتها، ويمكن القول أنه مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، فقواعد النظام العام هي مجموعة النظم التي يراد بها سير المصالح في الدولة،وضمان الثقة وحسن الآداب في علاقات الأفراد بينهم»[2].

من خلال هذه التعريفات وغيرها نلاحظ أن فكرة النظام العام تحوم حول ثلاث مسائل تشترك في تحديد نطاقه هي:

- المصلحة العامة باعتبارها العنصر الأولى بالحماية، والذي من أجله توضع القواعد القانونية الآمرة.
- تقييد الحرية العامة من خلال عدم الإخلال بهذه القواعد الآمرة.
- تكريس فكرة التنظيم[3].

1- عبد الفتاح مراد، المعجم القانوني، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، سنة 2003، ص 328.

2- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 148.

3- حسين السالمي، مرجع سابق، ص 73.

أما على المستوى الدولي، فإن فكرة النظام لا تخرج بمفهومها عما قيل أعلاه، ذلك أن كلا من النظام العام الداخلي والدولي يهدفان إلى صياغة المصالح الجوهرية للمجتمع، إلا أنهما يختلفان من حيث أن النظام العام الداخلي يقتصر مجاله على عدم مخالفة القواعد القانونية الآمرة داخل إقليم دولي (أي دوره وقاني)، بينما يهدف النظام العام الدولي إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت باختصاصه قواعد الإسناد[1].

بل ويتعدى دوره إلى حماية التضامن الدولي الذي يتطلب من كل دولة أن تسهم في العمل على تنشيط العلاقات الخاصة بين الشعوب للتقارب، ولأن التجارة الدولية كانت ولا تزال أهم مجالات اختلاط الشعوب وتبادل الثروات، وجب على كل دولة أن تعمل على تسييرها وتفعيلها بإزالة العقبات التي تعترض طريقها ولو اقتضى الأمر بعض التضحية[2].

إذا كان النظام العام الداخلي يقتضي إقصاء القانون الأجنبي الواجب التطبيق حماية لمصلحة المجتمع، فإن حماية التضامن الدولي قد تتطلب تطبيق القانون الأجنبي، إذا كانت قاعدته تتطلب حماية النظام العام الدولي لأنها تتفق ومصلحة التجارة الدولية خاصة إذا كانت من خلال اتفاقيات دولية[3].

وتلعب فكرة النظام العام دورا هاما في مجال التحكيم لأنها تؤثر على سبب الاتفاق، وعلى محل الاتفاق وعلى الحكم الذي يصدره المحكمون، فيبطل اتفاق التحكيم إذ ورد على مسألة متعلقة بالنظام العام مما لا يجوز فيه التحكيم[4]، إذ يجب أن يكون محل الاتفاق قابلا للتعامل فيه.

1- وفي هذا الشأن اختلفت التسميات بين النظام العام الدولي المطلق والنسبي، أو النظام العام للقانون التجاري الدولي العام، أو النظام العام غير الوطني، لكن أحدثها أو أكثرها اعتمادا من طرف فقهاء القانون هو مصطلح النظام العام عبر الدولي.

2- عاشور مبروك، مرجع سابق ص 86 هامش 07 عن الدكتور محسن شفيق.

3- نريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 375.

4- الاتفاق على صفقة مخدرات مثلا.

وعليه لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يخالف التحكيم التجاري الدولي قواعد النظام العام الداخلي لأي دولة، ولا النظام عبر الدولي خلال كل مراحل الدعوى التحكيمية، بل ومنذ إنشاء اتفاق التحكيم، إذ يواجه حكم التحكيم إمكانية عدم تنفيذه في حال تعارضه مع هذه القواعد، لذا كان على المحكم أخذها بعين الاعتبار عند إصدار قراره ،الذي يجب أن يحترم فيه قواعد النظام العام الداخلي ذات البعد الاجتماعي والسياسي والاقتصادي للدولة، وكذا قواعد النظام الدولي التجاري تماشيا والمبادئ العامة لقانون الشعوب وقواعد (Lex Mercatoria).

ولقد ساهمت أحكام التحكيم منذ 1855 بقسط كبير في إثراء قواعد النظام عبر الدولي، كما أن مختلف الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم أقرت هذا المبدأ ونصت عليه صراحة بين موادها ومن أمثلتها نذكر اتفاقية جنيف 1927[1]، وكذا اتفاقية نيويورك لعام 1958[2]، وكذلك معاهدة فيينا لعام 1965[3]، وغيرها.

وكذلك المشرع الجزائري أشار إلى هذا المبدأ صراحة من خلال النص على عدم تنفيذ حكم التحكيم إذا كان مخالفا للنظام العام الدولي[4]، كما أن المشرع الجزائري جعل مخالفة النظام العام وجها من أوجه الطعن في حكم التحكيم[5]. وهو في ذلك يتفق مع عديد من التشريعات الوطنية، وإن كان الاختلاف بينها فيما إذا كان النظام العام المقصود الداخلي أو الدولي [6].

1- المادة 01 فقرة و. من الاتفاقية

2- المادة 05 فقرة 2/ب من الاتفاقية

3- المادة 53 من الاتفاقية

4- المادة 1056/ 6 ق إ م إ

5- 1058. ق إ م إ.

6- من ذلك المادة 53 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994المادة 09 فقرة 02، المادة 50 فقرة 02 من قانون التحكيم السوري 04 لسنة 2008، الفصل 7/ أولا، وكذا الفصل 78. ثانيا من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993، المادة 42/ 3 من القانون السوداني لسنة 2016، والمادة 48 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012، والمادة 04 والمادة 43 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة 2000، وكذا الفصل 327-46و49 من

الفرع الثاني

خصائص التحكيم التجاري الدولي

يتمتع التحكيم بجملة من المزايا جعلت منه الأسلوب المفضل لحل النزاعات، والوسيلة الأكثر انتشارا، فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من بند ينص على التحكيم، وفي المقابل فإنه له سلبيات مثالب تعد قليلة نسبية مقارنة مع مزاياه، ونتناول في هذا الفرع مزاياه ومثالبه على التوالي.

أولا- مزايا التحكيم

إن سلوك الأطراف المتنازعة طريق التحكيم قبل القضاء العادي لم يكن صدفة بل نتيجة تمتع التحكيم بعدة مزايا ترجح كفته مقارنة مع القضاء العادي، والوسائل البديلة الأخرى (كالصلح والوساطة والتوفيق...الخ) ونذكر منها على سبيل المثال.

أ-**السرية في تسوية المنازعات**: وهي أول ميزة تجعل التحكيم يحتفظ بهذا الدور البارز في تسوية منازعات التجارة الدولية، فعلى العكس من إجراءات القضاء التي تكون فيها الجلسات علنية في بدايتها إلى غاية النطق بالحكم (كأصل عام) فإن نظام التحكيم يتسم بسرية إجراءاته وخصوصيتها، وذلك لما يتناوله من موضوعات اقتصادية[1]، يخشى أطرافها خطر انتشار أسرارها وإيصالها إلى منافسيهم أو عملائهم، خصوصا في مجال التكنولوجيا[2].

وإن كانت العلنية من ضمانات القضاء فهي من النقم على التجار والصناعيين الذين يخشون ذيوع أسرارهم الصناعية، لدرجة أنهم كثيرا ما يفضلون خسارة دعواهم على أن تكشف أسرار تجارتهم أو صناعتهم، أو كل ما يتصل بحجم الأعمال والمركز المالي للمشروع أو عقود نقل التكنولوجيا أو تراخيص براءة الاختراع، وأيضا عقود معالجة البيانات

قانون التحكيم والوساطة المغربي رقم 08/05لسنة 2007 ،والمادة 35 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017، والمادة من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد

1- علي عوض حسن، مرجع سابق، ص 31.

2- محمد فهمي الجوهري، ملاحظات في التحكيم الدولي، سنة 2000، دار الكتب العربية، ص 07.

آليا وتخزنها والعقود الخاصة بمجال تصنيع الأدوية، وكذا الاتفاقات الخاصة باقتناء الأسلحة[1]، إضافة إلى أن مبالغ الصفقات قد تكون أحيانا مبالغ باهضة جدا والكشف عنها فيه ضرر بطرفي العقد[2]، والتحكيم كوسيلة إجرائية لفض المنازعات، تحافظ على العلاقات الاجتماعية بين الأطراف، فلا يتخلف عن إجراءات التحكيم عداوة أو خصومة كما هو الحال عند فض المنازعات عن طريق القضاء[3].

والسرية المكفولة هنا تكون في كل مراحل الخصومة التحكيمية بداية من تقيم الادعاءات إلى جلسة المرافعة، وسماع الشهود ، وكذلك بعد صدور حكم التحكيم الذي لا ينشأ إلا بموافقة الأطراف[4].

ويرى البعض أن التحكيم الناجح ليس هو الذي يخرج قراره من ساحة القضاء منتصرا ومتغلبا على جميع طرق الطعن فيه، ولكن هو الذي يبدأ وينتهي دون أن يعلم به إلا أطرافه، أي ذلك الذي يبدأ ويجري تنفذ قراره بصورة إرادية[5].

وهذه السرية التي نتحدث عنها هي التي تفسر قلة الإحصائيات المتعلقة بالتحكيم، وندرة ما ينشر من قرارات، مما يحول دون توافر دراسات نظرية مستفيضة بشأنه فضلا عن

1- طارق فهمي غنام، دور المحكم في نظام التحكيم السعودي، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط01،2016، ص 44، سيد المراكبي، مرجع سابق، ص 51، شهاب فاروق الحي عزت، مرجع سابق، ص 347.

2- عبد الحميد علي زيادة، مرجع سابق، ص 76.

3- شهاب فاروق عبد الحي عزت، مرجع سابق، ص 347.

4- عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 134، محمد إبراهيم موسى، التحكيم في المنازعات الناشئة عن الاستخدام السلمي للطاقة النووية، دار الجامعة الجديدة،2010 ص 10.

5- محمد فهمي الجوهري، ملاحظات في التحكيم الدولي، دار الكتب العربية، مصر،2000، ص 35. وأيضا طارق فهمي الغنام، مرجع سابق، ص 44.

ويضيف في ذلك الأستاذ كاوة عمر محمد، "حيث أن ملف الخصومة بين الطرفين يبقى تحت علم المحكمين حصرا، في حين جلسات التقاضي في المحاكم علنية، ولا ننسى أن المحكمين يؤدون اليمين في كل قضية يتولون التحكيم فيها للمحافظة على الحياد والسرية"، كاوة عمر محمد، مرجع سابقن ص 73، ويرجع أيضا إلى نصار ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص 34 و36.

التأثير على تكوين قضاة تحكيم قادرين على الإسهام في تطوير أحكامه وسوابقه بشأن المنازعات المختلفة[1].

ب-كفاءة المحكمين: أن الشخص المختار للتحكيم لا يشترط فيه أن يكون قانونيا، ولا يكفي تكوينه وثقافته القانونية، وإنما يستلزم أن يكون شخصا فنيا، وتخصصه يتلاءم مع طبيعة النزاع المعين أو المختار له، قد يكون حرفيا أو تاجرا أو صانعا أو مهنيا، كما يمكن أن يكون مهندسا أو طبيبا أو صيدلانيا أو محاسبا، فمهما كان طبيعة عمله يمكن أن يحظى بثقة الأطراف ليفصل في النزاع الذي بينهم، لما يتمتع به من خبرة قانونية متميزة، أو خبرة خاصة في نوع التجارة أو نوع المقاولة أوفي موضوع النزاع.

وهذه الميزة تجعل حكم هؤلاء دقيقا ومصيبا في أغلب الأحيان، لأنهم على دراية تامة بما حكموا فيه، خصوصا وأن بعض المنازعات تحتاج في تسويتها إلى مستوى عال من التخصص الفني الدقيق[2].

ج- قيام التحكيم على التراضي: من المميزات الهامة للتحكيم أيضا مبدأ التراضي على كل ما يتعلق بالمنازعات، سواء من حيث تحديد موضوع النزاع أو اختيار المحكمين أو اختيار القانون الواجب التطبيق، وتعد مسألة اختيار المحكمين أهمهم لما توفر للخصوم من الشعور بالاطمئنان والراحة النفسية، فالأساس في التحكيم هو الاتفاق[3].

1- أيمن سيد خليل حجر، مرجع سابق، ص 65، وكذلك أسامة أحمد الحواري مرجع سابق، ص 47، و خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، مفهوم المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية ، 2013، ص 31، سميرة الزعيم المنجد، مرجع سابق، ص 66، وأيضا ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 129- 138.

2- راجع في ذلك كل من طارق فهمي الغنام، مرجع سابق، ص 46، وعبد الحميد علي الزيادة، مرجع سابق، ص 78، وشهاب فاروق عبد الحي عزت مرجع سابق، ص 346 وأيمن سيد خليل حجر، مرجع سابق، ص 66.

3- سميرة الزعيم المنجد، مرجع سابق، ص 66. يرجع لذلك بالتفصيل عند تناول أركان اتفاق التحكيم، وهو أيضاما أكده الحكم الصادر عن محكمة مراكش سنة 1999، إذ جاء فيه:" **إن لجوء الأفراد للتحكيم بدلا عن القضاء ليس فيه خرق لمبدأ سيادة الدولة لأن المشرع هو الذي أجاز لهم ذلك.**

إنه ما دام المشرع المغربي أجاز للأفراد الاتفاق على التحكيم في الحقوق التي يملكون التصرف فيها واستثنى من دائرة الأشياء التي يمكن لأن يرد بشأنها التحكيم،...وما دام النزاع قائم بين الطرفين لا يدخل ضمن واحدة من الحالات

د-التحكيم يوفر عدالة مرنة: يهتم المحكم بالتوفيق بين المصالح المتعارضة أكثر من الاهتمام بتطبيق الصارم للقانون، دون التقيد بإجراءات التقاضي المعقدة الطويلة، فالمحكم غير ملزم بتطبيق القانون الوطني، إذ يمكنه الرجوع إلى قواعد العدل والأنصاف إذا كان مفوضا بالصلح، وبالتالي يجنب الأطراف روتين القضاء[1].

كما أن الإجراءات أمام هيئات التحكيم تتسم بالمرونة وعدم الإفراط في الشكليات، إذ يستطيع الأطراف الاتفاق على كافة الإجراءات والمواعيد ومكان انعقاد الجلسات وغيرها من الإجراءات، وهذه المكنة لا نجدها في القضاء العادي، فتمتع التحكيم بهذه الميزة يخفف العبء على الدولة بتقليص عدد القضايا المنظور فيها أمام محاكمها[2]. ذلك أن المحكم لا يتقيد إلا بالضمانات الأساسية للتقاضي وبالقواعد الآمرة في الدولة التي يجري فيها التحكيم عادة، وإذا لم يقيد الأطراف المحكم بقواعد قانون معين يطبق على قضيتهم ، فإن المحكم يستطيع أن يختار القانون الأنسب لحكم القضية[3].

يتيح التحكيم فرصة واسعة للأطراف لتقديم وجهات نظرهم على سبيل التفرغ لها في الجلسات التي يتفق عليها مهما كان توقيتها وفق رزنامة تساعد الجميع (سواء كان ذلك نهارا أو ليلا وحتى أيام العطل الرسمية)، وهي الفرصة غير المتاحة للمتخاصمين أمام

المسطرة أعلاه، فإنه لا مجال للحديث عن خرق مبدأ السيادة لكون المشرع هو الذي أعطى الأفراد إمكانية اللجوء للتحكيم...إن الاتفاق على التحكيم لا يتعلق بالاختصاص، وإنما يتناول إرادة الأطراف في اللجوء إلى القضاء من عدمه، وهو بذلك لا ينزع الاختصاص عن المحكمة، وإنما يحول دون قبول الدعوى، والمدعى عليه الذي لا يحترم خصمه الاتفاق أو شرط التحكيم يكون محقا في الدفع بعدم قبول الدعوى لا بعدم الاختصاص. ,إنه مما يؤكد كون الاتفاق على التحكيم عديم العلاقة بالاختصاص هو إمكانية الرجوع إلى المحكمة بعد زوال الاتفاق على التحكيم.

محكمة الاستئناف التجارية بمراكش- المغرب- القرار رقم 151 لعام 1999،1658/12/27/2018/http://www.aifica.com/).

1- خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، مرجع سابق، ص 32.

2- شهاب فاروق عبد الحي عزت، مرجع سابق، ص 347، وكذلك ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص 347.

3- ناريمان عبد القادر – على قلم محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص 141.

القضاء العادي في ظل كثرة القضايا[1]، فتفويض الأطراف أمرهم للمحكمين الذين اختاروهم بأنفسهم يكونون قد ارتضوا وقبلوا سلفا الإذعان لما يصدره المحكمون من قرارات[2].

إلا أن هذه الخاصية لطالما كانت محط انتقاد، كونها تتعارض مع مبدأ شفافية المعاملات، بسبب قدرة المحاكم المنفردة على اتخاذ قرارات ملزمة تؤثر على الدول ومواطنيها، مما أدى إلى اعتماد قواعد الشفافية وتضمينها عددا من الأحكام الموضوعية التي تهدف إلى تسهيل وصول الجمهور للاجراءات[3]

هـ-سرعة الفصل في النزاع: يرتبط مبدأ المرونة وبساطة الإجراءات بسرعة الفصل في النزاعات المطروحة أمام المحكم أو أمام هيئة التحكيم، مقارنة مع الإجراءات بأروقة المحاكم وقاعات الجلسات، خصوصا وأن محكمة التحكيم تكون متفرغة للفصل في الخصومة أكثر من القضاة الذين تفرض عليهم طبيعة عملهم في المنازعات بصفة يومية ومتكررة[4]. كما أن طرق الطعن وإشكالات التنفيذ في الأحكام القضائية العادية، ومبدأ التقاضي على درجتين تستنزف من الوقت الكثير[5].

والعلاقات التجارية الدولية لا تتحمل بما تقتضيه من سرعة ومرونة بطء التعقيدات القضائية أمام المحاكم الداخلية لدولة معينة، لذا فإن عامل السرعة يعتبر من أهم العوامل في تنفيذ المعاملات الدولية التي تتأثر بتقلبات أسعار المواد والصرف[6].

1- أسامة أحمد الحواري، مرجع سابق، ص 49، وأيضا ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 142، خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، مرجع سابق، ص 33.

2- محمود مختار أحمد البريري، مرجع سابق، ص 09، هيثم عبد الرحمن البقلي، التحكيم الالكتروني كآليى لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار العلوم ،ط01، القاهرة ، مصر ، 2013، ص 74.

3 - يرجع إلى www.international-arbitration-attorney.com بخصوص قواعد الشفافية لدى لجنة اليونسترال ، ويرجع كذلك ل ريتا بوعون ،إعداد اليونسترال لمعير قانوني في شان الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمر والدولة ،مجلة التحكيم العالمية ، العدد التاسع ، يناير 2011، ص 251 وما يليها.

4- علي عوض حسن مرجع سابق، ص 28.

5- سمير الزعيم المنجد، مرجع سابقن ص 65. أيمن السيد خليل حجر، مرجع سابق، ص 56. عبد الحميد علي زيادة، مرجع سابق، ص 79.

6- أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، القاهرة 1993، ص 23.

ورغم أن مسألة السرعة أثارت الكثير من الجدل بسب الأمثلة المضروبة في هذا السياق، والتي تبين أن عددا من القضايا استمر الفصل فيها عدة سنوات، إلا أن أغلب الفقه برر ذلك بأنه استثناء على الأصل، بينما يعد ذلك أصلا في القضاء العادي الذي تسكن معظم القضايا المطروحة أمامه أدراجه لسنوات [1].

وللتغلب على مسألة التماطل في الإجراءات سواء من الأطراف أو من هيئة التحكيم، لجأت بعض الهيئات وغرف التحكيم إلى تحديد مادة معينة لإصدار حكم التحكيم[2].

و-قلة التكاليف: إن اكتفاء التحكيم بدرجة واحدة عكس القضاء الذي من مبادئه التقاضي على درجتين يوفر من مصاريف الخصومة التحكيمية مقارنة مع الخصومة القضائية التي تستلزم دفع رسوم التسجيل وأتعاب المحامين والخبراء، ومصاريف الاستئناف والمعارضة وطرق الطعن العادية وغير العادية[3].

لكن قلة التكاليف التي كانت ميزة التحكيم التجاري ولا تزال تعرضت لعدة ملاحظات، أهمها أن أتعاب المحكمين عالية جدا، قد تفوق ما تتطلبه الخصومة القضائية بكثير، كما أن المحكمين قد يضطرون للتنقل من بلد إلى آخر مما يكلف الأطراف مصاريف أخرى، إضافة إلى رسوم مراكز التحكيم المتخصصة، إلا أن جانب من الفقه تصدر بالدفاع في هذه النقطة بالذات بتبرير تلك المبالغ التي لا تكون باهظة – حسبهم- إلا إذا كانت القضية ذات أهمية كبيرة، كما أن اختيارهم التحكيم من قبل الأطراف ليس صدفة وإنما بعد دراسة وتمعن وحساب دقيق لما يناسب مصالحهم الاقتصادية[4].

1- عاشور مبروك، عن الأستاذ محي الدين علم الدين، مرجع سابق، ص 09.

2- من ذلك غرفة التجارة بباريس CCI في المادة 18 من لائحتها التي حددت هذه المدة بـ 06 أشهر وكذلك المادة 27 من لائحة مركز أبو ظبي التوفيق والتحكيم التجاري.

3- قحطان الدوري، مرجع سابق، ص 31.

4- مبروك عاشور، مرجع سابق، ص 10، C. Seraglini, J. ortcsheidt- C. C, P 52.

كل المزايا سبق ذكرها وغيرها أيضا ممن عددهم جانبي من الفقه[1]،عززت من مكانة التحكيم خاصة في مجال التجارة الدولية، وجعلت منه الوسيلة الأكثر ذيوعا لحل النزاعات الناشئة عن عقودها، وإن اشترك التحكيم الداخلي مع الدولي في بعضها، وإن تقاسمها وسائل بديلة أخرى كالتوفيق والوساطة، إلا أن أهمها خاصة بالتحكيم التجاري الدولي أكثر من سواه، مما يعطيه تلك التسمية بأنه عدالة من نوع خاص تتلاءم مع طبيعة النزاعات التجارية.

ومن كل المزايا السابق ذكرها تبقى السرية والسرعة والمرونة هي الأهم والأكثر جذبا للأطراف المتعاقدة من الميزات الأخرى، خصوصا وأنه عادة ما يفصل في نزاعات تنشأ بين أطراف من نفس الوسط أو التخصص أو المجال، وعادة ما تكون بينهم أكثر من معاملة، فيسعون جاهدين لاستمرار العلاقات الطبية بينهم من أجل باقي المعاملات.

ورغم كل ما قيل في التحكيم وعن التحكيم ومزاياه إلا أنه لا يخلو من بعض المثالب التي نعددها في العنوان الموالي.

ثانيا- مثالب ومساوئ التحكيم

إن كانت مساوئ التحكيم لا تقارن مع مزاياه إلا أنها تؤثر سلبا على هذا النظام الخاص، أو العدالة الخاصة في تحقيق الهدف المنشود منه، ومن تلك المساوئ نذكر:

- إن التحكيم حاد عن وظيفته وطبيعته الأصلية كأسلوب لحل منازعات التجارة الدولية، فأضحى وسيلة ضغط في يد الدول المتقدمة على الدول الضعيفة المتعاقد معها بطريقة تسمح لها بترجيح الكفة دائما لصالحها.
- إن التحكيم أيضا أصبح أداة ربح من خلال مكاتب الخبرة المتخصصة في تضخيم الأرقام واصطناع جداول حسابية تبرر الخسائر المزعومة، لتحميلها على

1- عبد الحميد الأحدب، مثلا يضيف ميزة حقوق الإنسان على أساس أن بعض الدساتير تنص على حرية اللجوء إليه، عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص 20- 22، وكذلك ناريمان عبد القادر، تظيف ميزة إزالة التحكيم للفجوات بين اختلاف الحضارات والثقافات، ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 145.

عاتق الطرف الوطني المنتمي إلى الدولة النامية، فأصبحت بعض الأطراف المتعاقدة تجني أرباحا من وراء التحكيم أكبر من تلك المتأمل تحقيقها من وراء المشروع المراد إقامته والذي أفضى للنزاع محل التحكيم[1].

- أن المحكم الذي يفصل في النزاع، ورغم الثقة الموضوعة فيه من قبل الأطراف إلا أنه عادة ما لا يتمتع بالثقافة القانونية التي عند القاضي، مما يجعلهم مضطرين إلى اللجوء إلى القضاء من أجل الطعن ولحماية مصالحهم وبالتالي تكبد مصاريف إضافية ومضيعة أخرى للوقت.
- أن الواقع العملي أثبت في أكثر من مرة أن أحكام التحكيم قد يتأجل صدورها إلى سنوات رغم محاولة تصدي بعض التشريعات اللوائح بهذه النقطة.
- إن عدم تنفيذ حكم التحكيم إلا بعد إمهاره بالصيغة التنفيذية من السلطة القضائية في البلد الذي يراد التنفيذ فيه، يسمح لهذه الدولة إعادة النظر فيه وقد تقرر الامتناع عن تنفيذه ،كما أن حكم التحكيم يبقى معرض للطعن بالبطلان لعدة أسباب كمخالفة النظام العام[2].

وبصفة عامة يمكن القول أن مزايا التحكيم المشار إليها، قد تنقلب مساوئ إذا أسيء استعمالها، لذا كان التصدي لهذه الانتقادات هو أفضل حل من أجل الحفاظ على الصورة المشرفة للتحكيم، وذلك عن طريق حسن صياغة بنود الاتفاق وإعداد إطارات قادرة على تولي المهمة التحكيمية من ذوي الخبرة والثقافة القانونية خاصة[3].

1- طارق فهمي الغنام، مرجع سابق، ص 52، وذهب جانب من الفقه إلى أبعد من ذلك فاعتبر التحكيم من آليات النظام الرأسمالي العالمي تستخدم لضمان زيادة وزعامة دول الشمال وبقاء وتخلف وتبعية الدول النامية، وبالتالي فهو وسيلة استعمارية بأسلوب حديث من خلال منع القضاء الوطني من الفصل في المنازعات التي تكون فيها الشركات العملاقة طرفا. أحمد المحمود مختار أحمد البريري، مرجع سابق، ص 14.

2- ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 146.

3- طارق فهمي الغنام، مرجع سابق، ص .54

المطلب الثاني

أنواع التحكيم التجاري الدولي

اختلفت التقسيمات الخاصة بالتحكيم ولكنها اعتمدت في مجملها على المعايير نفسها، فالتحكيم إما أن يكون وطنيا أو دوليا[1]، أما الوطني فهو إما اختياري أو إجباري، في حين أن الدولي إما بالقانون أو طليق، وإما مؤسساتي أو حر[2].

نتناول في هذا المطلب أنواع التحكيم في فرعين، نخصصها للأنواع المنبثقة عن التحكيم التجاري الدولي باعتباره محل الدراسة الحالية، فنناقش التحكيم الطليق وبالقانون (فرع أول) والتحكيم المؤسساتي والحر (فرع ثان)[3].

1- وقد تمت الإشارة إلى الفروق التي بينهما بمناسبة دراسة دولية التحكيم.

2 – هو ليس التقسيم الوحيد وإنما توجد عدة تقسيمات أخرى أوردها الفقه، فنذكر على سبيل المثال لا الحصر تقسيم الأستاذ أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 94، وما يليها. إذ قسم التحكيم حسب إلزاميته أو حسب أطرافه ، كذا على أساس الجنسية ، وحسب مجاله وحسب مدته / وفي ذات السياق عمدت الأستاذة سميرة الزعيم المنجد، التحكيم الإسلامي، مرجع سابق، ص 35 إلى تقسيم التحكيم حسب عملية التنظيم وحسب الإطار الجغرافي...الخ.

3 – أما التحكيم الداخلي(الوطني) فينقسم من حيث إلزاميته إلى:

=**أولا) التحكيم الإجباري:** يكون التحكيم إجباريا إذا نص المشرع على الالتزام باللجوء إليه كطريق لحل النزاع، أي يخضعهم له وجوبا، (ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص 31)،وأغلب الحالات التي يجبر فيها المشرع الأطراف على إبرام اتفاق التحكيم هي الحالات التي تضم شركات أو هيئات عامة تابعة للدولة من بين الخصوم، إذ ظهر هذا النوع من التحكيم في بداية القرن العشرين في الدول الاشتراكية(أسعد فاضل منديل، مرجع سابق، ص 95- 96) يميز جانب من الفقه بين نوعين من التحكيم الإجباري مراعاة للمساحة التي يتركها المشرع لإرادة الأطراف في تنظيمه، إما عن طريق توسيع مساحة الحرية اكتفاء بفرض التحكيم، مع السماح للأطراف بتنظيمه بداية من اختيار المحكم وتعيين الإجراءات إلى غاية القانون الواجب التطبيق، أو تضييق هذه المساحة من خلال التدخل الذي يفرض تنظيما ملزما لإجراءات التحكيم فلا يكون لإرادة الأطراف دور فعال(محسن جميل جريح، مرجع سابق، ص 48) وهو يرى أنه من غير المعقول أن يكون التحكيم إجباريا لتعارض هذه الفكرة مع مبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم عليه التحكيم، وبالتالي فإن التحكيم الإجباري حسب الفقيه عبارة عن آلية قضائية معدة سلفا ولا يمكن للأطراف استبعادها في المنازعات التي تحصل بينهم، وهو بالنتيجة لا يعتبر تحكيما بالمعنى الفني الدقيق لأنه لا يستند إلى إرادة الأطراف هذه الإرادة التي تعتبر الركيزة الأساسية التي يقوم عليها التحكيم.

الفرع الأول

أنواع التحكيم التجاري الدولي

ظهر هذا النوع من التحكيم كجزء من حركة ترسخ الفكر الاشتراكي الذي يعتمد على التخطيط والملكية العامة لوسائل الإنتاج، وكانت لجان التحكيم التابعة لهيئة رئاسة المجلس الأعلى للاقتصاد الوطني في الاتحاد السوفياتي السابق المنشأة سنة 1922 هي الأولى من نوعها، وذات الاختصاص دون سواها في المنازعات التي تثور بين المؤسسات التابعة لها(كاوة عمر محمد، مرجع سابق، ص 20) نص الدستور السوفياتي لسنة 1977 المسمى دستور بريجيتيف الصادر بتاريخ 1997/10/07 على هذا النوع من التحكيم كنظام لحل المنازعات بين القطاعات العامة ضمن الفصل الخاص بالمحاكم، وانتهجت الدول الاشتراكية آنذاك هذا النهج واعتمدته ضمن ترسانتها القانونية، لم يعد هذا النوع من التحكيم معتمدا، ولم نقف على نص قانوني يفيد إجبارية التحكيم في معظم الأنظمة والقوانين الحالية خصوصا بعد تلاشي النظام الاشتراكي وزوال العمل به ،عدا الخمس دول التي لا زالت تسمى نفسها اشتراكية شيوعية وهي الصين الشعبية، جمهورية كوبا، جمهورية لاوس، جمهورية فيتنام، جمهورية كوريا الشمالية (نبيل عبد الرحمن يحياوي، مبادئ التحكيم، طبعة منقحة، دار العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة سنة 2007، ص 19)

وقد عرفت الجزائر هذا النوع من التحكيم – كغيرها من الدول– عندما أخضعت له مؤسساتها العامة ونظمته تنظيما خاصا من حيث أجهزته واختصاصاته لدرجة وصف فيها بأنه نظام قضائي مستقل، وأفرد له المشرع 23 مادة (بموجب الأمر 44/75 المؤرخ في 1975/06/17 المتعلق بالتحكيم الإجباري لبعض الهيئات، جريدة رسمية عدد 53 المؤرخة في 1975/07/04، ص 742)

وفي المقابل يرى جانب من الفقه التحكيم يمكن أن يقع إجباريا في مجال التجارة الدولية إذا أوجبته اتفاقية دولية أو "شروط عامة" يجب اتباعها، فيصير التحكيم إجباريا بالتبعية(نريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 58، عن الدكتور محسن شفيق) وفي هذا المقام لم نقف على مثال لهذا النوع من الاتفاقيات. وبالتالي يبقى هذا الرأي معزولا، ولا نميل =للأخذ به، خصوصا وإن التعامل في مجال العلاقات الدولية، خاصة التجارية منها لا يمكن فيه الاستناد إلى منطق الإجبار والالتزام، فأساس هذه العلاقة العقدية هوسلطان الإدارة.

ثانيا– التحكيم الاختياري: هو الأصل في اللجوء إلى التحكيم، إذ للأطراف الخيار بين اعتماد التحكيم طريقا لفض النزاع أو طرحه على القضاء المختص، سواء كان قبل نشوب النزاع أو في حالة الاتفاق اللاحق لنشوب النزاع(أسعد فاضل منديل، مرجع سابق، ص 95)

يرتكز هذا النوع على إرادة الخصوم وإقرار المشرع لهذه الإرادة، لكن هذه الحرية الممنوحة للأطراف قد تنقلب وبالا على التجارة الدولية إذا أسيء استعمالها، واستغلها الطرف القوي لصالحه حتى يفرض على خصمه شروطا تثقل كاهله، كاختيار محكم غير مرغوب فيه، أو منحه اختصاصات فوق العادة، أو تجريد إجراءات التحكيم من الضمانات التي تكفل حسن سير العدالة(ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 59).

أولا- التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح (الطليق)

ينقسم التحكيم من حيث السلطة المخولة للمحكم إلى:

1- التحكيم بالقانون: وسمي أيضا التحكيم المقيد، والتحكيم العادي، وهو التحكيم الذي تلتزم فيه هيئة بالفصل في النزاع وفق قواعد القانون الموضوعي، والإجرائي الذي يحدد من قبل الأطراف أو من الهيئة عند سكوت الأطراف، يترتب على عدم التزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون بتعريض حكمها للبطلان عن طريق الطعن فيه بمخالفة القواعد الإجرائية أو استبعاد القانون الذي اختاره الأطراف لصالح قواعد العدالة[1].

تتعامل هيئة التحكيم من هذه الناحية مع القضية وكأنها محكمة رسمية، في حين يجسد المحكم دور القاضي، وهو مقيد تماما بالعقد موضوع النزاع وباتفاق التحكيم ولا يجوز له الخروج عليهما[2].

والتحكيم بالقانون هو الأصل الذي أخذت به جل القوانين، وعادة ما يستعمل مصطلح التحكيم فقط للدلالة عليه[3]، وهو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري الذي نص على ضرورة خضوع اتفاقية التحكيم للقانون الذي اتفق عليه الأطراف، أو القانون المنظم للنزاع[4] وضرورة والتزام هيئة التحكيم به[5].

يقوم التحكيم بالقانون على عدة اعتبارات أهمها:

- كون المحكم أو هيئة التحكيم تتشكل من أشخاص يحتاجون لما يستندون إليه لضبط سلوكهم ومساعدتهم على تحري سبيل الحق دون الاعتماد على قدراتهم

1- حمزة أحمد حداد، مرجع سابق، ص 148.

2- الجامعة غلاب عبد الحق،التحكيم في الصفقات العمومية وفقا للتشريع الجزائري،دار الجديدة،2017، ص 22.

3- المادة 05/ ف1 من قانون 08/04 السوري،الفصل 14 من مجلة التحكيم التونسية 42 لسنة 93، المادة 03 من قانون القطري للتحكيم رقم 02 لسنة 2017،بينما يشير القانون المغربي في الفصل 19 من مسطرة التحكيم والوساطة رقم 08/05 لسنة 2007 أن التحكيم يكون خاصا أو مؤسساتيا،المادة 04 و05 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لعام 2012،المادة 05 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001

4- المادة 1040 ق ا م إ ج.

5- المادة 1050 ق ا م إ ج.

الشخصية فقط، لذا فإن التزامهم بقواعد القانون التي يجب تطبيقها سواء على إجراءات خصومة التحكيم أو على موضوع النزاع ، هو ضمان للخصوم وللمحكمين في الوقت نفسه.

- إن الأساس الاتفاقي للتحكيم يعطيه الحرية للحركة بين القوانين التي يرغب في الانتقاء من بينها وتطبيقها، وغالبا ما يكون القانون المطبق هو الذي يختاره الأطراف أو تختاره الهيئة وليس قانون دولة محددة بالذات[1].

ويرجع بعض الفقهاء العلة في ذلك إلى مسلمات ثلاث:

الأولى أن التحكيم نظام قضائي إرادي يحسم المنازعات بنحو يضمن بقاء واستمرار التعامل بين أطرافه، ولو كان ذلك على حساب التطبيق الجامد لقواعد القانون.

الثانية إن التحكيم ليس حارسا لنظام قانوني معين وليس هناك سلطة نظامية عليا تلزمه بتطبيق قانون معين دون آخر، ومن ثم يستطيع في سبيل تحقيق غايته تفادي قواعد قانون الدولة التي قد تكون غير ملائمة.

الثالثة أن التحكيم ليس له قانون خاص تخاطبه أحكامه وتحدد له الاختصاص التشريعي لهذا القانون، وذلك بموجب قواعد تنازع الاختصاص[2].

2- التحكيم بالصلح: سمي أيضا التحكيم الطليق أو التحكيم وفق قواعد العدل والإنصاف، يعد هذا الدرب من التحكيم استثناء عن الأصل (التحكيم بالقانون) ويعفى المحكم في هذه الحالة من تطبيق قواعد القانون الوطني وأصول المحاكمة المعتمدة فيه، ويحكم بمقتضى معايير العدالة والإنصاف وما يمليه عليه الضمير على أن يكون الحكم منطقيا ومعقولا[3].

1- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 69- 71.

2- محمود محمد هاشم، مرجع سابق، ص 39، أنظر أيضا سميرة الزعيم المنجد، مرجع سابق، ص 69، محسن جميل جريح، مرجع سابق، ص 45، 47، علاء أبريان، مرجع سابق، ص 30.

3- سميرة الزعيم المنجد، مرجع سابق، ص 70.

إن المحكم بالصلح يأخذ كافة الظروف المحيطة بالقضية وإن كان حرا في اختيار القواعد المطبقة إلا أنه عليه مراعاة المبادئ الأساسية في إجراءات التقاضي كاحترام حقوق الدفاع والقواعد المتعلقة بالنظام العام، كما أن عدم تقييد المحكم بالصلح بحكم القانون لا يمنعه من العمل وفقا لهذه القواعد أن رأى في ذلك مصلحة وعدلا[1].

إن مختلف التشريعات أجازت هذا النوع من التحكيم عند التطرق إلى التحكيم بالاتفاق كاستثناء عليه[2] بينما تراوح موقف المشرع الجزائري بين النص صراحة مباشرة[3]، وبين استبعاده بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية سنة 2008 إذا تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي[4]، وبين عدم الممانعة إذا تعلق الأمر بالتحكيم الدولي[5]، وفي هذا الصدد فوض المشرع للمحكم (محكمة التحكيم) الفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي يراها ملائمة[6].

ثانيا- التحكيم المؤسساتي والتحكيم الحر

1- التحكيم المؤسساتي: سمي أيضا التحكيم المنتظم أو اللائحي، فهو الذي يلجأ فيه الأطراف إلى مؤسسة مختصة لتتولى تنظيم كل العملية المتعلقة بحل النزاع[7]، يجري هذا

1- حمزة أحمد حداد، مرجع سابق، ص 150، وهو يرى أن المحكم يمكنه أيضا الخروج عن أحكام العقد ولا يتقيد بحرفيته، فيخفف من بعض الالتزامات ويزيد من بعض الحقوق دون المساس بالبنيان الأساسي للعقد، بينما لا يستطيع حسب رأي الفقيه دائما- تعديل اتفاق التحكيم الذي يستمد منه سلطته.

2- المادة 1497 قانون لإجراءات مدنية فرنسية جديد لسنة 2011، المادة 139 قانون التحكيم المصري رقم 37 لعام 1997،الفصل 73من قانون التحكيم التونسي لسنة 1993.

3- المادة 451 قانون إجراءات مدنية ملغى

4- المادة 1023 ق ا م إ ج

5- المادة 1050 ق ا م إ ج

6- يرى جانب من الفقه أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على التحكيم بالصلح وإنما لا مانع من اعتماده إذا كان القانون المختار يعتمده، غلاب عبد الحق، مرجع سابق، ص 27.

وإن كنا نختلف مع هذا الرأي لأن المشرع أشار بطريق مباشر إلى حرية المحكم في اللجوء إلى تطبيق الأعراف التي يراها مناسبة وهو خروج صريح عن القانون بما يضعنا أمام تحكيم بالصلح وبالتالي فإن المادة 1050 تضم تحكيما بالقانون بإشارتها لتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف وتحكيما بالصلح بإشارته لتطبيق قواعد القانون والأعراف التي يراها ملائمة.

7 – محمودي مسعود، أساليب وتقيات إبرام العقود الدولية ، ديوان المطبوعات الجامعية، ط01، 2006،ص 07.

النوع من التحكيم تحت رعاية مؤسسة مختصة وطبقا للائحة التحكيم النافذة لديها، والتي تحدد كيفية اختيار المحكمين، وكيفية سير الإجراءات، ومدى سلطتهم عند نظر النزاع[1]، وقد عرف شيوعا وانتشارا في مجال العلاقات التجارية الدولية لما يوفره من مزايا نحدد منها مايلي:

- وجود قوائم بأسماء محكمين متخصصين في مختلف أنواع المنازعات لدى هيئات ومنظمات ومراكز التحكيم الدائمة، مما يمنح الأطراف المحتكمة أريحية في الاختيار المناسب، خصوصا إذا تعلق النزاع بمسائل تقنية تستلزم خبرة معينة.
- هذه الهيئات والمراكز توفر على المحكمين مؤنه اختيار مكان التحكيم، إذ غالبا ما تجري المحاكمة بمقرها- وهو عنصر مهم جدا لما له من بالغ الأثر على سير الخصومة التحكيمية، خصوصا وأن قضاء البلد الذي سيجري فيه يختص بالفصل في العوارض وبالطعن كذلك.
- تقدم أيضا خدمات إدارية كأعمال السكريتارية والترجمة، وحفظ الملفات والمستندات وغيرها.
- إن مجموعة النظم واللوائح المطبقة لدى هذه الهيئات والمراكز تتسم بالاستقرار إلى حد كبير لأنها مبنية على تجربة عملية[2].
- يتم التحكيم المؤسسي وفق قواعد معلنة مقدما، ما يعطي طمأنينة لدى الخصوم والهيئة التحكيمية على السواء، لما توفره هذه القواعد من ضمانات أساسية وتسهيلات.

وفي المقابل فإن على التحكيم المؤسسي عدة مآخذ أهمها:

---

1 – سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، 2004، ص 146.

2 – محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ط1، ص 41- 42. عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 82.

- التكلفة العالية التي تفرضها هذه المراكز والهيئات، وعادة ما تكون أعلى منها في التحكيم الخاص.
- اصطدام الأطراف أحيانا بقواعد تفتقر للمرونة أثناء سير الخصومة التحكيمية في بعض المسائل الإجرائية[1].
- إضافة إلى تقليص الطابع الإرادي للتحكيم.
- تكريس بعض أنظمة التحكيم لقاعدة المراقبة المسبقة على مشاريع القرارات التحكيمية، والتي من شأنها المساس بسرية المفاوضات من جهة وحرية المحكم من جهة أخرى.

وبخصوص التشريعات الوطنية، فإن معظمها أشارت هذا النوع من التحكيم[2]. بما فيها المشرع الجزائري الذي منح للأطراف حرية اللجوء إلى هذا النوع من التحكيم[3].

2- التحكيم الحر adhoc: سمي أيضا تحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم بالمناسبة، هو أقدم أنواع التحكيم، إذ كان في بدايته ينظم خصيصا بمناسبة نزاع معين دون اللجوء إلى خدمات أي مركز تحكيمي دائم، يبدأ بالإرادتين اللتين إلتقيتا على اختياره في أول الطريق، لكنهما تحتاجان إلى استمرار لقائهما إلى غاية وضعه في موضع التنفيذ[4]، فهو تحكيم يقوم على أساس اختيار الأطراف للقانون المنظم لعملية التحكيم والإجراءات الخاصة بحل النزاع[5]، فهم يختارون محكم فردا أو أكثر يطلق عليهم هيئة التحكيم، كما يتولون أيضا

2- ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 289- 290.

2 – مثال ذلك المادة 05 من قانون التحكيم المصري رقم 37 لسنة 1994، المادة 03 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012، الفصل 327 فقرة 41 /42 من قانون التحكيم والوساطة المغربي رقم 08/05 لسنة 2007، و المادة 01 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017، المادة 01 من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، والفصل 10و13 كن مجلة التحكيم التونسية رقم 42 لسنة 1993، والمادة20 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016 ، والمادة 03 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة 2000 المادة رقم من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد.

3 – المادة 1041 قانون إجراءات مدنية وإدارية جزائري

4 – عبد الحميد الأحدب، مرجع سابق، ص 42.

5 – محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 10.

تحديد العناصر المادية من تجهيزات إدارية كمكان عقد الجلسات والسكرتارية والترجمة...الخ[1].

ويمكن القول أننا نكون أمام تحكيم حر ما لم نكن أمام هيكل تنظيمي بمؤسسة تحكيمية، لكن التعامل به تراجع رغم أنه الأسبق في الظهور لدرجة أن بعض الفقهاء أسماه بالقريب الفقير Le parent pauvre [2].

يرى جانب من الفقه أن تعبير "تحكيم حر" هو تعبير خادع لأنه يعني من الناحية النظرية أن الأطراف اتفقوا على كل القواعد الأساسية اللازمة لتسير التحكيم، إلا أن واقع الأمر يبين أن الأطراف غالبا ما تستكمل اتفاقهم بالقواعد القانونية المعمول بها في البلدة محل التحكيم، ليصبح الفرق الوحيد بين التحكيم الحر والتحكيم المؤسساتي هو تلك القواعد القانونية التابعة للبلد محل التحكيم، التي يعتبرها اتفاق التحكيم الحر مكملة، بينما يدمجها اتفاق التحكم المؤسساتي مباشرة في اتفاق التحكيم[3]، وللتحكيم الحر العديد من المزايا أهمها:

-أنه يمنح للأطراف حرية في تسير إجراءات التحكيم وعدم تقيدهم بنظام إجراءات مسبقة.

-كلفة التحكيم الخاص (الحر) أقل من تلقه التحكيم المؤسساتي، كما يمنح الأطراف سرية أكبر ومرونة وبساطة أكثر من غيره[4].

بينما يعاب عليه: قلة خبرة المحكمين المختارين من قبل الأطراف الذين بدورهم لا يتمتعون بالخبرة الكافية لحسن الاختيارعدم تكافؤ أطرافه بين قوي وضعيف يقف عاجزا أمام شروط تملى عليه[5]،أشارت معظم التشريعات لهذا الشكل من التحكيم[6]، بما فيها المشرع الجزائري[7].

---

1 – ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 287، أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 76.

2 – سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 147.

3 – محمد عبد الفتاح ترك، مرجع سابق، ص 410 هامش 01.

4 – قارة نور الدين، مرجع سابق، ص 24.

5 – ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 288.

6 – يرجع إلى النصوص المشار إليها بخصوص التحكيم المؤسساتي.

7 – أيضا بموجب المادة 1041 قانون إجراءات مدنية وإدارية جزائري.

الفرع الثاني

التحكيم الإلكتروني

إن ما يعرفه العالم من تطور تكنولوجي، وانتشار واسع لوسائل التواصل الالكترونية، والاعتماد الكبير عليها في كل مناحي الحياة اليومية، يجعل المجال التجاري هو الآخر أرضية خصبة للتعامل عن بعد، وما يثيره هذا التعامل من إشكالات، ونزاعات تستلزم حلها حسب طبيعتها الخاصة، لأن الآليات التقليدية لم تعد مناسبة لها ولا تتلاءم معها.يرتبط مصطلح التحكيم الالكتروني بمصطلحات أخرى، يشكل معها مفهوما واحدا، هي التجارة الالكترونية[1] ،

1 – اجتهد الكثير من الفقهاء في وضع تعريف للتجارة الالكترونية ، اخترنا بعضها حسب ما يسمح به مجال الدراسة ، فنجد من عرفها بأنها: " تنفيذ وإدارة الأنشطة التجارية المتعلقة بالبضاعة والخدمات بواسطة تحويل المعطيات عبر شبكة الانترنيت أو الأنظمة التقنية الشبيهة،يمتد المفهوم الشائع للتجارة الإلكترونية بشكل عام إلى ثلاث أنواع من الأنشطة ، الأول خدمات ربط أو دخول الانترنيت وما تتضمنه من خدمات الربط من خدمات ذات محتوى تقني ومثالها الواضح الخدمات المقدمة من مزودي خدمات الانترنيت ISPS –Internet services providers ، الثاني التسليم أو التزويد التقني للخدمات، والثالث استعمال الانترنيت كوسيلة أو واسطة لتوزيع الخدمات وتوزيع البضائع والخدمات المسلمة بطريقة غير تقنية (تسليم مادي عادي) " عمر سعد الله،مرجع سابق ، ص 186– 190، كما عرفها جانب آخر من الفقه أنها: " جميع العمليات التي تتم عبر الانترنيت حتى لو لم تتمتع بالصفة التجارية، وأن كان في الغالب أن تتمتع تلك المعاملات بالصفة التجارية، مواجهة مورد السلعة أو الخدمة على الأقل، والذي يكون غالبا تاجر، أضاف الدكتور مدحت رمضان: " أن التجارة الالكترونية لا تختلف عن التجارة التقليدية بمفهومها كممارسة للعمل التجاري ولكن ترجع خصوصيتها إلى وسائل مباشرتها"، ارجع إلى فادي محمد عماد الدين توكل،عقد التجارة الالكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1 ،2010 ص 22، وكذلك محمد مأمون سلمان، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة ، ط1 ، 2010، ص 37– 39 و أيضا أمير فرج يوسف ،الغش الالكتروني وأساليب مكافحته، دار الكتاب الحديث ط1، 2011 ص 15، و محمد أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة، ط2،2011، ص 41 ،وفي محاولة لتلخيص هذه التعاريف وغيرها والمسائل المشتركة بينها، نقول أن التجارة الالكترونية هي: " العملية التجارية التي تتم عن طريق التعاقد عن بعد إلكترونيا من أجل تبادل سلع أو خدمات عن طريق الأنترنيت"،ومن ذلك نستخرج العناصر التالية: أن التجارة الالكترونية تتعدى الحدود الزمنية والمكانية التي تقيد حركة التعاملات التجارية، تضمن الاستجابة السريعة لطلبات العملاء، و تبسط الإجراءات ، كما أن مضمونها يتسع ليشمل: * =الإعلانات عن السلع والبضائع والخدمات. * المعلومات عن السلع. * علاقات العملاء فيما بينهم وخدمات ما بعد البيع. * التفاوض بين البائع والمشتري. عقد الصفقات وإبرام العقود. * سداد الالتزامات المالية. * تسليم وتوزيع السلع. راجع أيضا: محمد مأمون سلمان، مرجع سابق، ص 78.

والعقود الالكترونية[1] والانترنيت[2].

1-يعرف العقد الالكتروني اتفاق يبرم بدون حضور مادي متزامن، بإيجاب وقبول يمكن التعبير عنها من خلال ذات الوسائط، وذلك بالتفاعل فيما بينهم لإشباع حاجاتهم المتبادلة بإتمام العقد. التعريف للدكتور صالح المنزلاوي في كتابه القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية سنة 2006، راجع في ذلك أمينة خبابة، التحكيم الالكتروني في التجارة الالكترونية، دار الفكر والقانون، 2014 ، ص 25)

وعقود التجارة الألكترونية نوعان ،منها ما يبرم عبر الانترنيت وينفذ خارجها،حيث يشمل العقود التي تتناول الأشياء المادية التي يقتضي تسليمها في بيئة مادية ، والآخر من العقود التي تبرم وتنفذ عبر الانترنيت ، وهذا يشمل عقود اشتراك الانترنيت ، وعقود الإعلانات ، وعقود الاشتراك في بنوك المعلومات ، فمثل هذه العقود يتم إبرامها وتنفيذها من كلا الطرفين عبر الانترنيت دون الرجوع للفراغ المادي الخارجي(أمير فرج يوسف، عالمية التجارة الالكترونية وعقودها، المكتب الجامعي الحديث، مصر 2009،ص 12)، وعليه فإن العقد الإلكتروني من خلاصة التعاريف السابقة وغيرها هو عقد عادي يمكن يتم انعقاده كليا أو جزئيا باستخدام وسائل التكنولوجية الحديثة ويضم الاتفاق عن بعد بين طرفين أو أكثر وبالتالي:

- العقد الإلكتروني هو عقد يتوافر على كل الأركان العقود.
- يستعمل وسائل التكنولوجيا الحديثة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة (هاتف، فاكس...) أو عن طريق الانترنيت.
- ينعقد كليا عبر هذه الوسائل (أي توفر كل الأركان) إلكترونيا من إيجاب وقبول، محل وسبب ... إلخ، أو جزئيا كأن يتم الإيجاب إلكترونيا والقبول كتابيا أو العكس.

قد يتم الانعقاد والتنفيذ إلكترونيا (كما في حالة عقود خدمات كشراء تطبيق) أو يتم الانعقاد إلكترونيا والتنفيذ عادي (مادي) كشراء سلعة معينة يتم توصيلها لاحقا.

أما المشرع الجزائري فإنه أورد تعريفا للعقد الالكتروني في المادة 06 من قانون التجارة الالكترونية 05/ 18التي جاء فيها:"العقد الالكتروني : العقد بمفهوم القانون04-02 المؤرخ في 2004/06/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد ، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه، باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني"، والملاحظ علة هذا النص أن المشرع أحال على قانون آخر لتعريف العقد التجاري، مركزا في هذه المادة على ما يجعل هذا العقد الكترونيا ، من طريقة الإبرام(عن بعد ودون حضور فعلي) ، وكذا الوسيلة المستعملة في ذلك(تقنية الاتصال الالكتروني)، إلا أن المشرع بذلك يكون قد ركز على نوع واحد من العقود الالكترونية ، وهو الذي يبرم الكترونيا .

2- أما الكمبيوتر فتم اكتشافه واختراعه صدفة في منتصف الأربعينيات بشراكة علمية أمريكية بريطانية خلال الحرب العالمية الثانية، مما جعلنا حتى اليوم لا نعرف المخترع الحقيقي للكمبيوتر، إذ هناك من يقول أنه الألماني كونرادزوبييه وهناك من يقول أنه الأمريكي هوارد أبكير Howard Hathaway من جامعة هارفرد الأمريكية سنة 1944 وهو الراجح(www.marefa. Org/ index.php)

=أما مصطلح الانترنيت هو مصطلح إنجليزي يتكون من كلمتين هما Inter – net : Inter – : يعني بَيْنِيّ (ما بين)، net – : يعني الشبكة، وبالربط يصبح المصطلح ما بين الشبكات أي نظام موحد وهناك ترجمة أخرى – خاطئة وشاع استعمالها – وهي الشبكة الدولية للمعلومات مأخوذة من تقسيم خاطئ للمصطلح الانجليزي فتفسير Inter على أنها

International أي دولي فتصبح الشبكة الدولية للاتصالات، وهذه الترجمة غير صحيحة لأن شبكة الانترنيت لا تقوم دولي، ولا تديرها الحكومات وإنما تتألف من مجموع شبكات مستقلة تملكها وتديرها جهات مختلفة كانت أولاها تاريخيا جامعات ومراكز بحث وعليه فقد عرفت على أنها شبكة عالمية من الروابط بين الحواسيب ستسمح للناس بالاتصال والتواصل واكتساب ونقل المعلومات، ممتدة إلى جميع أرجاء الأرض بوسائل بصرية وصوتية ونصية مكتوبة، وبصورة تتجاوز حدود الزمان والمكان، والكلفة وقيود المسافات وتتحدى أيضا سيطرة الرقابة الحكومية،أما عن نشأتها فقد ظهرت نتيجة لمشروع ARPANET الذي انطلق سنة 1969 وهو مشروع مقدم من وزارة الدفاع للو.م.أ أنشئ لمساعدة الجيش الأمريكي عبر شبكة الحاسوب الآلي من خلال ربط الجامعات ومؤسسات الأبحاث لاستغلال الحواسيب.

أما جذور التقنيات الموجودة على الانترنيت فتعود لسنة 1957 وهي فترة حرجة في تاريخ العلاقة بين الو.م أ والاتحاد السوفياني –سابقا– أين كانت الحرب الباردة بينهما في أوجها، ففي أكتوبر 1957 أطلق الاتحاد السوفياتي أول قمر صناعي يدور حول الأرض (Spoutnik) وهو التحدي أو النجاح الذي دفع بوزارة الدفاع الأمريكية إلى طلب إيجاد أفضل طريقة اتصال بأكبر عدد من أجهزة الحاسوب من أكبر خبراء الكمبيوتر فكانت النتيجة مشروع ARPANET(2)، وفي يناير 1983 استبدلت وزارة الدفاع الأمريكية بروتوكول NCP المعمول به على الشبكة بمجموعة بروتوكولات الانترنيت من أجل ربط المؤسسة الوطنية للعلوم بجامعات الو.م.ا. وتسهيل الاتصال على طلبة الجامعات وتبادل الرسائل الالكترونية والمعلومات، وواصلت هذه الشبكة توسعها وانفصلت عن الشبكة العسكرية في 1983 لتشمل في 1986 مئات الجامعات والمعاهد ثم تسارع تطورها لتشمل التطبيقات التجارية.

أما بداية التجارة الالكترونية عن طريق هذه الشبكة فكانت تقريبا في نفس الفترة بظهور التحويل الالكتروني للأموال الذي كان محصورا في البداية بين المنشآت التجارية الكبيرة والمؤسسات المالية ليتسع بعد ذلك ويشمل التبادلات الالكترونية وتطور سريعا جدا.

أما الشبكة العنكبوتية فهي جزء من الانترنيت ابتكرت في بداية التسعينات بواسطة تيم بيرنرزTim BURNERS كان يعمل بالمختبر الأوربي للطيران، وفي سنة 1992 أصبح استخدام الشبكة لأغراض التجارة واسع النطاق ويستقطب عدد كبير من المتعاملين لتظهر أولى المواقع التجارية سنة 1993 بعدد محتشم ليفوق عددها سنة 1995،110 ألف موقع، ثم في 1996 دخل تجار التجزئة هذا المجال لتتوالى الأرقام في التصاعد المستمر وتتصاعد معها المبالغ المقابلة للمبادلات التجارية الالكترونية لتبلغ ملايير الدولارات في السنوات الأخيرة.

إن الانترنيت لم تدخل الجزائر مع بدايتها لكن انتقاءها جاء بعد انتشارها في عدد كبير من الدول فكانت سنة 1993 هي السنة التي عرفت فيها الجزائر أول ربط بالشبكة عن طريق مركز البحث العلمي والتقني CIRIST(مركز البحث العلمي والتقني أنشئ بموجب المرسوم 56/85 المؤرخ في 1985/03/16 كان تحت وصاية الوزير الأول ليصبح مؤسسة عمومية مستقلة بموجب المرسوم 454/03 المؤرخ في 2003/12/01)، لم تلق الانترنيت رواجا كبيرا في بداية دخولها للجزائر خصوصا وأن تكلفتها كانت جد باهظة كما أنها كانت تفتقر لقنوات توزيعها إضافة إلى عزوف المواطنين عنها لعدم وعيهم بأهميتها ومدى إمكانية الاستفادة منها في مجالات الحياة اليومية والعلمية، ناهيك عن الأسعار المرتفعة لأجهزة الإعلام الآلي وعدم توفرها بسهولة لدى العامة وكذا جهل المواطنين لتقنيات استعمال هذه =الأجهزة، إضافة إلى غياب الجهات الإدارية والتقنية المتخصصة التي تقدم المعلومات الصحيحة بخصوص هذه التكنولوجيا الجديدة محليا كما أن احتكار الدولة لقطاع الاتصال حد كثيرا من انتشارها إلى حين صدور قانون 2000/03 المؤرخ في 05/ أوت 2000 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية

وضعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) مشروع القانون النموذجي للتجارة الالكترونية في 1996/06/14م وتم اعتماده من الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1996/12/16م جلسة 162/15، تضمن هذا القانون 17 مادة، ومع ذلك جاء خاليا من أي تعريف للتجارة الالكترونية، رغم وضعه لذلك الغرض، واقتصر على الإشارة لبنية التجارة الالكترونية والوسائل المستخدمة لإبرام عقود التجارة الالكترونية والتي أشارت إليها المادة الأولى من هذا القانون نصت هذه المادة (أي نوع من المعلومات على شكل رسالة بيانات مستعملة في سياق الأنشطة التجارية)[1].

أدركت الجزائر مما يزيد عن 15 سنة أهمية تطوير تكنولوجيا الإعلام والاتصال من أجل مواكبة الركب ومن أجل التمكن من التحكم فيه، خصوصا وأنه السبيل الوحيد لنجاح مسار التنمية، ولما أصبح التعامل بالوسائل الالكترونية أمرا حتميا في جميع الميادين اتجه المشرع الجزائري لمسايرة هذا التطور من خلال إدراج مجموعة من التعديلات التي مست المنظومة التشريعية، وإن لم تتضمن هذه التعديلات تعريفا صريحا للتجارة الالكترونية – وهو الشأن لأغلب التشريعات – إلا أنه تعرض للملامح العامة للمعاملات الالكترونية وما ينشأ عنها، ونذكر على سبيل المثال وحسب التسلسل الزمني ما تطرق إليه المشرع الجزائري في المجال الالكتروني كالآتي:

– أما في القانون المدني الذي هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقة الأفراد فيما بينهم، نجد التعديلات الواردة على النصوص المتعلقة بالإثبات من خلال قانون 10/05 الذي اعتبر الاثبات بالشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة يتوافر شروط معينة[2]

1– راجع في ذلك https: www. Unictrol.org/texts/electcom.

2– المادة 323 مكررو مكرر 1 من القانون المدني المعدل والمتمم بالأمر 10/05 المؤرخ2005/06/20ج رع44

كما اعتمد التوقيع الالكتروني بموجب المادة 327 مكرر2 منه، والتوثيق الالكتروني بموجب المرسوم 162/07[1] قبل أن يفرد للتوقيع والتوثيق الالكترونيين قانون رقم 15/04[2]، وكان قانون النقد والصرف 11/03[3] أول قانون جزائري تضمن التعامل الالكتروني ثم يليه الأمر 06/05[4] الذي نص صراحة على مصطلح وسائل الدفع الالكترونية[5]، ثم قانون الصفقات الجديد رقم 247/15[6] الذي أفرد فصلا للاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية[7]، وأخيرا قانون التجارة الإلكترونية[8]، الذي كان قفزة نوعية في المجال، وخطوة مهمة تكرس اهتمام الجزائر بهذا المجال من الناحية التشريعية ومحاولة تطبيقها على أرض الواقع من خلال استحداث حقائب ومهام وزارية تهم بتطوير هذا القطاع وتنظيمه.

أولا- تعريف التحكيم الالكتروني:

يتفق الكثير من لفقهاء في أن تعريف التحكيم الالكتروني لا يختلف عن التحكيم التقليدي إلا من خلال الوسيلة التي تتم فيها إجراءات التحكيم في العالم الافتراضية[9]، (أصحاب الرأي الموسع) فلا وجود للورق والكتابة التقليدية، أو الحضور المادي للأشخاص، ويعرفه جانب من الفقه من خلال تقسيم المصطلح إلى قسمين، الأول يخص التحكيم(وسبق

---

1 – مرسوم 163/07المعدل والمتمم بالمرسوم 123/01 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف المواصلات السلكية واللاسلكية.

2 – القانون رقم 04/15 الصادر في 2015/02/01 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، ج.ر. عدد 06 الصادرة بتاريخ 2015/02/10.

3 – الأمر 11/03 بتاريخ 26 أوت 2003 المتعلق بالقرض والنقد ج ر ع 52 بتاريخ 27 اوت 2003 ، المعدل والمتمم..

4 – الأمر 06/05 المؤرخ في 2005/08/23 المتعلق بمكافحة التهريب ج.ر. 59.

5 – المادة 03 منه .

6 – قانون رقم247 /15المؤرخ في 2015/09/16 ج.ر.50 المؤرخ في 2015/09/20.

7 – المواد من 203 إلى 206 راجع بالتفصيل: ناجي الزهراء – مداخلة التجربة التشريعية في تنظيم المعاملات الالكترونية المدنية والتجارية – المؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون المنعقد بين 28–29/ أكتوبر 2008 بأكاديمية الدراسات العليا بطرابلس.

8 – قانون 05/18 المؤرخ في 10 ماي 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر ع 28، بتاريخ 16 ماي 2018

9 – طالب حسن موسى ، مرجع سابق ، ص 346

تناوله بإسهاب)، والثاني الإلكتروني، ويقصد به الاعتماد على تقنيات تحتوي على ما هو كهربائي أو رقمي أو مغناطيسي أو لا سلكي أو بصري أو كهرومغناطيسي، أو غيرها من الوسائل المشابهة، وهي نوع من التوصيف و التحديد لمجال نوع النشاط المحدد في القسم الأول(التحكيم)، ويعني إجراء التحكيم باستخدام الوسائط و الأساليب و الشبكات الإلكترونية، ومنها شبكة الانترنيت[1]، إلا أن جانبا من الفقه يرى أن ربط العملية التحكيمية بتبادل الوثائق الكترونيا يحوي قصورا، لأن التحكيم الالكتروني قد يتم إجراؤه بالكامل أو جزئيا عبر الانترنيت، أو وسائل الاتصال الأخرى، كأن يتم الاتفاق الالكتروني على إجراء التحكيم بين الأطراف بالشروع في تبادل الوثائق والرسائل الكترونيا،فيما بينهم أو بينهم وبين مراكز التحكيم التي تمارس أعمالها عبر الانترنيت، أو تتم إجراءات التحكيم عبر الوسائل الالكترونية من جلسات، سماع الشهود، إلى غاية إصدار الحكم التحكيمي، بواسطة الوسائل المرئية أو السمعية[2]، في حين يرى جانب آخر من الفقه(من أصحاب الاتجاه المضيق) أن التحكيم الالكتروني يعد كذلك إذا تم بجميع مراحله ، من أولها لآخرها عبر شبكة الاتصالات الالكترونية، أي أن يتم اتفاق التحكيم وإجراءاته ، أو صدور الحكم فيه إلكترونيا حتى نستطيع القول أن هذا التحكيم إلكتروني[3].

وان كنا نؤيد الرأي المضيق في هذا التعريف، لإضفاء الصفة الالكترونية على التحكيم، أو على أي تعامل آخر، وإلا كانت كل التعاملات الكترونية، بما فيها التحكيم، بمجرد اللجوء لأحدى وسائل الاتصال، التي لا مناص من استعمالها، لأي مرحلة من مراحل التعامل، كتبليغ الأطراف أو تبادل المستندات فقط، مما يجعل بذلك كل تحكيم الكترونيا.

---

1 – خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 246

2 – أميرة حسن الرافعي، التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الالكترونية، منشأة المعارف، 2012، ص438، كذلك، عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني ، دار الجامعة الجديدة ،2009، ص 41.

3 – صفاء فتوح جمعة ،منازعات عقود التجارة الالكترونية بين القضاء والتحكيم،مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ط2016،01، ص 336.

وعليه، فإن لجوء الأطراف للوسائل الاتصال الالكترونية في أي مرحلة من مراحل التحكيم ، تسهيلا عليهم، لا يكفي لإضفاء الصفة الالكترونية، ولا يخرج التحكيم من كونه تقليديا، ومن ذلك ما تتيحه بعض مراكز التحكيم من إمكانية عقد الجلسات إلكترونيا، كنظام (net case) ، الذي تستخدمه غرفة التجارة الدولية بباريس من أجل تمكين أطراف التحكيم من التواصل في مجال آمن ،بتبادل المعلومات بينهم بطريقة مشفرة لا يمكن الاطلاع عليها أثناء إرسالها،دون إضفاء الصفة الالكترونية على التحكيم[1].

ثانيا- خصائص التحكيم الالكتروني ومعوقاته

أما من حيث الخصائص فإن التحكيم الالكتروني يتمتع بالمزايا ذاتها التي ذكرناها سابقا بخصوص التحكيم العادي، والسلبيات كذلك، مع بعض الفروق أهمها:

- اللجوء للتحكيم الالكتروني يجنبهم عدم مسايرة القانون والقضاء للعقود الالكترونية، سواء قانونيا أو قضائيا، ويجنبهم عدم الاعتراف القانوني بهذه العقود أو صعوبة تحديد القانون واجب التطبيق، وتحديد المحكمة المختصة.
- السرعة، وإن كانت أهم ميزة في التحكيم العادي، إلا أنها السمة البارزة في كل التعاملات الالكترونية، فهي تمكن من طي مراحل واختزال الوقت من خلال تجاوز إجراءات كثيرة، كالتنقل والتبليغات، والحضور المادي للجلسات،عن طريق استعمال وسائل الاتصال الالكترونية.
- عرض النزاع على محكمين يتمتعون بمهارات خاصة في مجال المعلوماتية، إضافة لما هو مطلوب من خبرة فنية، مما يشترط توافره في المحكم في التحكيم العادي.
- الاقتصاد في النفقات، وبالتالي التقليل من تكلفة التحكيم، وإن كانت هذه ميزة سبق تناولها في خصائص التحكيم العادي إلا أنها تبرز في التحكيم الالكتروني، بحكم

1 – صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 338–339

التعامل عبر الوسائط، واستغنائه عن الحضور المادي، والتبادل الكتابي للوثائق، وما ينجم عنه من تنقلات، ومصاريف مرتبطة بها من حجوزات وفنادق.

- سهولة الاتصال، وتبادل المعلومات والوثائق، وعدم الارتباط بمكان معين ولا وقت معين للاستلام والتسليم، خصوصا إذا كان التعامل مع مركز تحكيمي ، يوفر الخدمة عبر الخط على مدار الوقت[1].

ومع ذلك فإن للتحكيم الالكتروني مساوئ، ومعوقات[2]، تحول دون إمكانية اللجوء إليه بانسيابية دائمة، فنذكر أهمها:

- عدم مواكبة التشريعات الداخلية والنظم القانونية للتطور التكنولوجي الكبير، والسريع، فنصطدم بالإجراءات التقليدية للتنفيذ والاعتراف، وعدم وجود نصوص قانونية تتكيف مع هذا النوع من الوثائق والاجراءات.
- لطالما كانت السرية من أهم مميزات التحكيم التقليدي ، وهي كذلك بالنسبة للتحكيم الالكتروني، لكن إمكانية تعرض العملية التحكيمية الالكترونية للقرصنة والاختراق،تعد من المشاكل التي تعترض سيرها الحسن، خصوصا وأن هذه القرصنة قد تمس مسائل حساسة وخطيرة كالمعلومات السرية للمنتج محل الصفقة موضوع التحكيم، أو أرقام بطاقات الائتمان والحسابات البنكية، وغيرها.
- إضافة إلى معوقات التعامل الافتراضي ككل، كعدم وجود مكان وزمان محدد للتحكيم، وما ينتج عنه من اختصاص قضائي بالاعتراف والتنفيذ والتدابير التحفظية.
- الفجوة الرقمية بين الدول النامية والدول المتقدمة ، وافتقار الدول النامية للبنية التحتية والتطور التكنولوجي الكافي لمسايرة هذا النمط من التعامل، وحتى في

2- خالد ممدوح ابراهيم ، المرجع السابق،ص 252،أميرة حسن الرافعي ، مرجع سابق ، ص 448،عصام عبد الفتاح مطر ، مرجع سابق ،ص 53-54 ، صفاء فتوح جمعة ، مرجع سابق، ص 358.

2- يميز البعض بين المساوئ والمعوقات إلا أننا آثرنا دمجهما لاتصالهما في الواقع، وتفاديا للتكرار، ولأن كل عائق من هذه العوائق يعد من سلبيات التحكيم الالكتروني.

الدول المتطورة ، فإن بعض المناطق النائية فيها والأرياف تعاني من ضعف الشبكة أو انعدامها[1]

ثالثا- هيئات ولوائح التحكيم الالكتروني

أ- هيئات التحكيم الالكتروني:

تجتهد مراكز التحكيم وهيئاته في تعديل لوائحها وأنظمتها بما يتواكب مع التطور السريع الذي يشهد العالم في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصال، نكتفي في هذا المجال بذكر أهمها

منظمة الأيكانICANN[2]:

هي مؤسسة غير ربحية تظم مشاركين من أنحاء العالم اجتمعوا للحفاظ على أمن واستقرار بيئة الانترنيت، تأسست سنة 1998، ومقرها في كاليفورنيا، تتولى مسؤولية التشغيل الفني لنظام أسماء النطاقات مثل (com, net, info…)، وإدارة نظام (DNS) الذي هو نظام توليد عناوين IP التي تسمح للمستخدمين على شبكة الانترنيت الوصول إلى المواقع ببساطة عن طري كتابة اسم الموقع بدل الرمز الرقمي الطويل، والسياسات التي تحدد طريقة عمل الانترنيت وعناوينها[3]، تهتم المنظمة بتسوية المنازعات الناشئة بين أسماء العناوين الالكترونية والعلامات التجارية، عن طريق التحكيم الالكتروني، غايته محاربة جريمة سرقة العناوين الالكترونية للعلامات التجارية المشهورة بهدف استغلالها والاستفادة منها ماديا، خلفت هذه المؤسسة مؤسسة (IANA) مهمتها تخصيص الأرقام المحددة للمواقع الالكترونية لكل منطقة في العالم، وفقا لنظام الأسبقية في التسجيل، فمن يخصص له أرقام لتحديد وتخصيص موقع الكتروني يمتنع عن تخصيص وتحديد نفس الأرقام لتحديد موقع الكتروني لشخص آخر، بالشكل الذي يمنع الخلط واللبس بين المواقع الإلكترونية المختلفة.

1- صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق ، ص362

2 - Internet Corporation for Assigned Names and Numbers

3 - www.arageek.com منظمة آيكان و مفاتيح الانترنيت السبعة.

يؤخذ على هذه المنظمة أنها تخالف في كثير من المواضع القواعد المستقر عليها بشأن التحكيم التقليدي، حيث غياب الرضا بالتحكيم من جانب المدعى عليه الذي يجد نفسه مضطرا لقبول الإحالة على التحكيم وفقا للائحة هذه المنظمة والتي ترد في اتفاقية التسجيل التي يتم توقيعها بين كل من حائز الموقع الالكتروني والمسجل الالكتروني، كما أن غياب الأثر المانع لاتفاق التحكيم، حيث يجوز لأي من الطرفين اللجوء إلى القضاء العادي ، سواء قبل بداية إجراءات التحكيم، أو أثناء سريانه، أو حتى بعد صدور قرار هيئة التحكيم، بالإضافة إلى غياب الحيدة و الاستقلال التي يجب أن يتمتع بها المحكم، بسبب الميل المحتمل للمحكم المعين لصالح المدعي الذي عادة ما يتحمل رسوم التحكيم[1]

مركز التحكيم والوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO:

تعتبر الوايبو إحدى وكالات الامم المتحدة ،أنشأت في جويلية1967 بستوكهولم ، لكن بداية نشاطها المتعلق بتقديم خدمات التحكيم والوساطة لحسم منازعات التجارة الدولية بين أشخاص القانون الخاص كان في 1994، وتم تصميم إجراءات المركز بشكل خاص لحسم منازعات التكنولوجيا والأعمال الفكرية التي تتضمن حقوق الملكية الفكرية،

وقد كرس المركز أهم مصادره لتأسيس الإطار العلمي لإدارة المنازعات الخاصة بالإنترنت والتجارة الإلكترونية، ومنذ عام 1999 اصبح المركز مؤسسة رائدة في تقديم خدمة حسم المنازعات الناشئة عن تسجيل أسماء الدومين على الإنترنت[2].

نظام تحكيم القاضي الافتراضي:

يعد هذا النظام من أولى التجارب في مجال التحكيم الإلكتروني ويهدف برنامج تحكيم القاضي الافتراضي الذي نشأ سنة 1996 والذي تم تنظيمه من خلال مركز فيلانوفا للمعلومات في مجال القانون والسياسة ومعهد القانون المتخصص في مجال حل المنازعات بطريقة إلكترونية إلى إيجاد وسيلة سريعة ومحايدة وأقل تكلفة لحل المنازعات التي تقوم بين

1- صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق،ص 366-370

2 -www.wipo.int

مستخدمي شبكات المعلومات وذلك عن طريق اللجوء للتحكيم، إذ يقوم القاضي الافتراضي المتخصص بالتحاور مع الأطراف، بعد أن يقدم إليه الطلب عن طريق البريد الالكتروني، ويفصل فيه على وجه السرعة بحكم مجرد من القيمة القانونية إلا إذا قبله الأطراف[1].

محكمة التحكيم الفضائية:

تعد هذه المحكمة أحد أهم المشاريع في هذا المجال ، بتقدم به مركز أبحاث القانون العام التابع لجامعة مونتريال بكندا والذي تم طرحه رسميا في 04 يونيو 1998، تتضمن لائحة محكمة التحكيم الفضائية قواعد للتحكيم الإلكتروني والوساطة ، وهي قواعد استمدت أساس من القانون النموذجي اليونسترال بشأن التحكيم التجاري الدولي 1985 وقواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية مع إدخال تعديلات عليها مما تقتضيه طبيعة القنوات الإلكترونية التي يجري من خلالها التحكيم، وكما سنلاحظ فإن الإجراءات تجري بطرق إلكترونية على الموقع الشبكي للمحكمة ابتداء من طلب التسوية وانتهاء بإصدار الحكم، حيث يجري تخزين البيانات والمستندات وغيرها من الوثائق المتعلقة بالقضية[2].

ب **لوائح التحكيم الالكتروني**

القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 1996:

تم إعتماد هذا القانون بناء على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1996/16/51، وهذا القانون يعد عملا تشريعيا صادرا عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، مكونا من 17 مادة قابلة للزيادة مقسمة إلى بابين، وهو أول نص تشريعي يعتمد المبادئ الأساسية لعدم التمييز والحياد التكنولوجي والتكافؤ الوظيفي،

تجدر الإشارة إلى أن بعض أحكام هذا القانون قد عدلت باتفاقية الخطابات الالكترونية في ضوء الممارسات الأخيرة في مجال التجارة الالكترونية، ويلحق بهذا القانون

---

1 – أوشن حنان، مساهمة التحكيم الالكتروني في تسوية منازعات التجارة الالكترونية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية،كلية الحقوق والعلوم السياسية–جامعة تيزي وزو–المجلد15العدد02،ديسمبر 2020، ص131

2– اوشن حنان ، مرجع سابق، ص 133.

ملحق داخلي يوجه خطابا إلى الدول الأعضاء بكيفية إدماج هذا القانون ضمن التشريعات الوطنية لهذه الدول.[1]

والغرض من القانون النموذجي أن يقدم للمشرعين الوطنيين مجموعة من القواعد المقبولة دوليا بشأن كيفية إزالة العقبات القانونية، وتهيئة بيئة قانونية أكثر أمانا لما يعرف الآن بظاهرة التجارة الإلكترونية، وفي سبيل تحقيق ذلك أخذ القانون بمبدأ التناظر الوظيفي، أي التكافؤ بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية سواء من حيث القيمة القانونية أو الوظائف.

القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني لعام 2001:

لم يرد في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية تعريفا للتوقيع الإلكتروني، إذ اكتفى في المادة السابعة منه بتحديد الشروط الواجب توافرها في التوقيع، لذا جاء هذا القانون ليوضح المقصود بالتوقيع الإلكتروني وحدد الشروط الواجب توافرها فيه على نحو يتفق مع مفهوم وشروط التوقيع التقليدي .

لقد اهتم هذا القانون بالتغلب على الصعوبات التي تكتنف إثبات المعاملات الإلكترونية وذلك من خلال تطلب مجال منظم يطبق على المستخدمين بحيث يجب التعبير عن الإرادة – سواء كانت إيجابا أو قبولا– بأسلوب إلكتروني يسمح بحفظها واسترجاعها ثانية عند الضرورة وهذا يكون بحفظها على دعامة إلكترونية مستديمة.

اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2005:

تهدف الاتفاقية إلى اعتماد قواعد موحدة لإزالة العقبات القائمة أمام استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، وهذا من شأنه أن يعزز التيقن القانوني وقابلية التنبؤ بمصير العقود الدولية من الناحية التجارية وأن يساعد الدول على اكتساب القدرة على النفاذ إلى دروب التجارة الحديثة، مع مراعاة حرية الأطراف في اختيار الوسائط التكنولوجية

1 - unicitral.un.org //https:

الملائمة على أن تلتزم مبدأي الحياد التكنولوجي والتكافؤ الوظيفي ما دامت الوسائل التي تختارها الأطراف تفي بأغراض القواعد القانونية ذات الصلة.

الفصل الثاني

هيئات ومجالات التحكيم التجاري الدولي

الفصل الثاني

هيئات ومجالات التحكيم التجاري الدولي

بعدما توصلنا في الفصل الأول إلى أن التحكيم نظام خاص للتقاضي خارج قضاء الدولة، يتفرد بطبيعة مستقلة ويتشابه ويختلف في الوقت ذاته مع مجموعة من المفاهيم الأخرى ، نحاول في هذا الفصل التطرق لجانب أخر يخص المؤسسات التي أخذت على عاتقها تنظيم التحكيم ثم المجالات الأكثر التجاء للتحكيم (مبحث أول) كما أن الدور الذي تؤديه هيئة التحكيم – أو محكمة التحكيم، أو المحكم– مهم جدا باعتباره اللبنة الأساسية لنجاح العملية التحكيمية، وللخروج بأطراف النزاع إلى حل ينهي الخصومة، ولطالما أثارت المسائل المتعلقة بهيئة التحكيم عدة إشكالات، منذ تعيين المحكمين إلى الدور المنوط بهم والمهام الموكلة إليهم في العملية التحكيمية إلى مسؤولياتهم والشروط الواجب توافرها، وهي النقاط التي سنتطرق إليها (مبحث ثان)

المبحث الأول

مؤسسات ومجالات التحكيم في مجال التجارية الدولية

يوجد حاليا ما يربو عن أربعة آلاف (4000) مؤسسة تحكيم بين مركز متخصص ومنظمة، وغرفة وجمعية، منها الدولي ومنها الإقليمي تهتم كلها بالتحكيم التجاري الدولي، لكن لا يوجد لحد اليوم تعريف محدد، ولا معيار فاصل للتمييز بينها من مراكز ومنظمات[1]، واختلف الفقه في تقسيمها بين معاهدات ولوائح، وأنظمة دائمة وغيرها من التسميات.

نحاول في هذا المبحث التطرق تباعا لأهم هذه المؤسسات التي استطاعت أن تفرض وجودها على الساحة في مجال التجارة الدولية، وتجلب المتعاقدين لاختيار قواعدها لفض نزاعات نشبت أو يحتمل نشوبها، فنتناول بداية أهم اتفاقيات التحكيم التجاري الدولي ثم بعض المراكز المختصة بالتحكيم (مطلب أول).

المطلب الأول

أهم اتفاقيات التحكيم التجاري على المستوى الدولي

إن زيادة التبادلات التجارية الدولية بعد الحرب العالمية الثانية، جلبت معها زيادة أيضا في المنازعات الناشئة عن هذه العقود، ولأن المؤسسات المهتمة بالتحكيم لم تكن كثيرة، فإن استيعابها لكل هذه النزاعات لم يكن بالأمر الهين، لذا ظهرت الحاجة ملحة للبحث عن نظم تحكيم أخرى تسعها، وتوفر إجراءات وقواعد تتلاءم والتطور السريع الذي عرفه المجال، فكانت البداية اتفاقيات التحكيم (فرع أول) ثم مراكز التحكيم (فرع ثاني) ثم غرف التحكيم (فرع ثالث).

1- نريمان عبد القادر، مرجع سابق، عن الدكتور برهان أمر الله، هامش 284، ص 280.

الفرع الأول

اتفاقيات التحكيم

1- اتفاقية نيويورك 1958: جاءت هذه الاتفاقية لتؤكد وتعترف بالدور الهام الذي لعبه التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات التجارية الدولية، وتهدف في الأساس إلى توفير معايير تشريعية للاعتراف باتفاقات التحكيم، وكذا اعتراف المحاكم بقرارات التحكيم الأجنبية[1].

فبعد عادة اقتراحات قدمت للمجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة، تم عقد مؤتمر دولي في 20 ماي 1958 في مدينة نيويورك، ليتم الاتفاق في 10 جوان 1958 على بنود هذه الاتفاقية التي أصبحت نافذة في 07 جوان 1959[2]، تقع الاتفاقية في 16 مادة، وهي تقتصر على معالجة مسألة الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيم الأجنبية في إقليم الدولة المنظمة إليها،أهم ملامحها اعتماد معيار مكان إصدار الحكم إضفاء صفة الحكم الأجنبي[3].

حددت الاتفاقية أيضا خمسة أوجه يجوز الاستناد إليها في رفض الاعتراف أو النفاذ بناء على طلب الطرف المحتج، تشمل هذه الأسباب عدم أهلية الطرفين، الدفع بعدم صحة اتفاق التحكيم، نطاق اتفاق التحكيم، الاختصاص القضائي لهيئة التحكيم، إبطال أو تعليق قرار تحكيم في بلد صدوره بموجب القانون الذي صدر فيه[4].

1- مقدمة اتفاقية نيويورك 1958 المنشور على الموقع www. Uncitral. org> arbitration> Ny. Conv كما أشارت المقدمة إلى أن الهدف الرئيسي الذي ترمي إليه الاتفاقية هو السعي إلى عدم التمييز تجاه قرارات التحكيم الأجنبية غير المحلية.

2- تطبيقا للمادة 12 من الاتفاقية.

3- فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 36، خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص 134.

4- المادة 01/05 من الاتفاقية، كما يجوز للمحكمة إثارة سببين آخرين متعلقان بالقابلية للتحكيم والسياسة العامة للتحكيم.

كما ألغت الاتفاقية كذلك العمل ببروتوكول جنيف 1923 و1927 في تنفيذ قرارات التحكيم، وأنهت مفعولهما بين الدول المتعاقدة[1]، وسعت الاتفاقية إلى تبسيط إجراءات طلب الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية بتخفيف الوثائق اللازمة[2]، والجدير بالذكر أن الجزائر انظمت بتحفظ لهذه الاتفاقية بموجب مرسوم رئاسي رقم 233/88 بعد أن بدأت تتفتح تدريجا على التحكيم[3].

لم تكن الجزائر البلد الوحيد الذي انظم بتحفظ، ذلك أن المادة الثانية من الاتفاقية طالما كانت محط نقاش وجدل وتعليق من قبل ممثلي الدول في الأعمال التحضيرية لمؤتمر الأمم المتحد بشأن التحكيم التجاري[4]. فيما سجل بعد ذلك تراجع بعضها عن تحفظها كفرنسا التي لم تجد مانعا في تطبيق هذه المادة على جميع اتفاقات التحكيم[5]،بعد تغيير موقفها.

2- الاتفاقيات الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961.

(La convention Européen sur l'arbitrage commercial international)

في عام 1955 تشكل فريق عمل خاص بالتحكيم تحت إشراف لجنة تنمية العلاقات التجارية التابعة للجنة الاقتصادية الأوروبية بجنيف، مهمته إيجاد صيغة أفضل للتحكيم، يتكون هذا الفريق من 22 دولة أوروبية، حاول تكريس جهوده من أجل إكمال النقص الذي شاب اتفاقية نيويورك 1958، وبعد الانتهاء من مشروع الاتفاقية انعقد المؤتمر في جنيف بين 10 و20 أفريل 1961 ليتمخض عن ميلاد الاتفاقية في 21 أفريل 1961 وتصبح

1- المادة 02/07 من الاتفاقية.

2- المادة 04 من الاتفاقية

3- المرسوم الرئاسي رقم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05 يتضمن الانضمام بتحفظ للاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك في 1958/06/10 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها.

4- بموجب محاضر جلسات: الجلسة E/conf 26/11الجلسة E/cof 26/12 إلى غاية الجلسة E/ cof 26/21، يرجع إليها للإطلاع على مقترحات ممثلي الدول وانطباعاتهم.

5- Philippe Fouchard, La levée par la France de sa réserve de commercialité pour la l' application de la convention de New- York ,1990, Rev- ARB- N° 5.

- الأعمال التحضيرية المتعلقة بالمادة 02 الدورة السابعة والأربعون، نيويورك 07 إلى 25 جويلية 2014 منشور P D Fعلى w.w.w. newyorkconvention 1958 org> a- cn- 9- 814- add

نافذة منذ07 جانفي 1964[1] التي وقعت عليها بداية 16 دولة، وفي عام 1966 أصدرت اللجنة الاقتصادية الأوروبية التابعة للأمم المتحدة قواعد للتحكيم اعتبرت متممة للاتفاقية.

إن أهمية هذه الاتفاقية تنبع من طابعها الشمولي، فبعد اتفاقية نيويورك التي ركزت على جانب الاعتراف بأحكام التحكيم، جاءت هذه الاتفاقية لتعالج مجمل ما يثيره التحكيم من مسائل منذ الاتفاق على اعتماده وسيلة لفض النزاع إلى غاية تنفيذ الحكم الصادر فيه[2].

تقع الاتفاقية في 10 مواد، أشارت أحكامها إلى نطاقها أن يمتد فقط للعمليات التجارية الدولية سواء بين أشخاص طبيعيين أو معنويين[3]، وأهم ملامحها فتح المجال للأطراف لاختيار المحكمين والقانون الواجب التطبيق، وتنظيم عملية التحكيم[4]، كما نصت على تولي لجنة خاصة كل أمر من أمور التحكيم لا يتفق عليها أطراف النزاع[5].

يجدر بالذكر أن الانضمام إليها لا يقتصر على الدول الأوروبية فقط، كما يبدو من التسمية، فلا يوجد نص يحظر على غير الدول الأوروبية الانضمام إليها بدليل انضمام كوبا، وفولتا العليا[6].

3- اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول

Convention de Washington pour règlement des d'efférents relatifs aux investissements entre Etat et ressortissants d'autres Etats

قام البنك الدولي للإنشاء والتعمير بإعداد بنود اتفاقية 1965 من أجل تحفيز أصحاب رؤوس الأموال للاستثمار في المجال التبادلي الدولي، ومن أجل زرع الثقة في

1- وفقا للمادة 10 فقرة 08 من الاتفاقية.

2- فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 48- 49.

3- المادة 01 من الاتفاقية.

4- المادة 04 من الاتفاقية.

5- يظم تشكيل وطريقة عمل اللجنة الملحق التابع للاتفاقية.

6- خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص 137، أنظر أيضا: أكرم ياملكي، التحكيم التجاري،منشورات زين الحقوقية، لبنان ط2019،01، ص 31.

نفوسهم من خلال تقديم مجموعة من الضمانات لحماية استثماراتهم من إجراءات قد تتخذها حكومات الدول النامية.

وفي المقابل تقدم هذه الاتفاقية – حسب الظاهر – عرضا لهذه الدول من أجل تجنيب عرض استثماراتها أمام محاكم دول الطرف المستثمر[1]، بناء عليه تم الاتفاق على إنشاء مركز للتحكيم يبث في مسائل المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بموجب اتفاقية واشنطن المبرمة في 18 مارس 1965 والسارية المفعول منذ 14 مارس 1966 ويسمى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[2]، أهم ما تميز به المركز المنشأ بناء على اتفاقية واشنطن 1965 أنه منح لأول مرة أشخاص القانون الخاص – طبيعية أو معنوية– الحق في اللجوء مباشرة إلى جهاز دولي للتقاضي –أي الشخصية الدولية – مما جعل المستثمر يتساوى مع الدولة المضيفة للاستثمار في اتفاق التحكيم على حل النزاع أمام المركز[3].

تناولت الاتفاقية التي بلغت موادها 75 مادة أحكاما تخص إنشاء المركز وهيكلته ومجلس الإدارة في المواد الأولى منها[4]، بينما خصصت نصوصا لكيفية إعداد قائمة المحكمين وطرق تمويل المركز[5]، ركزت اتفاقية واشنطن على حرية الأطراف في اختيار القانون الأنسب[6]، كما أكدت بشكل صريح على مبدأ الاختصاص بالاختصاص، إذ يعود

1- فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 36، خالد محمد القاضي، مرجع اسبق، ص 137.

2- نور الدين بوالصلصال، التسوية التحكيمية في كل من نظام الإكسيد ونظام اليونسترال ،مجلة البحوث والدراسات الإنسانية العدد 10، سنة 2015، ص 100 يطلق عليه بالإنجليزية مختصر: ICSID أي:

International Centre for Settlement of Investesment Disputes

أما بالفرنسية فمختصر :CIRDI أي:

Centre International pour Règlement des Déférents relatifs aux Investissements.

3- المادة 25 من اتفاقية واشنطن، وكذلك: فوزي محمد سامي،مرجع سابق،ص57 عن جورج حزبون،هامش 01.

4- المواد من 01 إلى 11

5- المادة 12 إلى 24.

6- المادة 42 من الاتفاقية

الأمر للمحكمة للفصل في اختصاصها[1]، إضافة إلى النص على المبادئ الأساسية للتحكيم أهمها احترام حق الدفاع[2] وحياد المحكم[3].

انضمت العديد من الدول لهذه الاتفاقية عربية وغير عربية، من دول أوروبا الشرقية وآسيا الوسطى ودول أمريكا اللاتينية وشمال أفريقيا والشرق الأوسط[4]. انظمت الجزائر لاتفاقية واشنطن على غرار الدول الأخرى سنة 1995[5].

4- للجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي: بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2205 المنعقدة في 1966/12/17 تم إنشاء لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بغية تحقيق التعاون الدولي في مجال التجارة الدولية، ومن مهام الموكلة لهذه اللجنة العمل على توحيد القانون التجاري الدولي، والسعي لوضع نماذج موحدة للقوانين المتعلقة بالتجارة الدولية، عن طريق اتفاقيات وقوانين نموذجية وقواعد مقبولة عالمية تستند إلى معلومات محدثة عن السوابق القضائية (كلاوت)[6].

أنشأت اللجنة بعضوية قوامها 29 دولة تنتخبها الجمعية، وسعت هذه العضوية إلى 32 دولة بموجب القرار 3108 المؤرخ في 1973/12/12 لتوسعها مرة أخرى إلى 60 دولة بموجب القرار 20/57 المؤرخ في 2002/11/19[7].

1- المادة 41 من الاتفاقية

2- المادة 01/52 من الاتفاقية.

3- المادة 14 من الاتفاقية، يرجع بالتفصيل إلى نور الدين بوالصلصال، مرجع اسبق، ص 101- 109.

4- وحسب احصائيات المركز فإنه فصل في حدود نهاية 2015 في حوالي 550 قضية 90% منها تخص التحكيم، ومثلت فيها دول العالم الثالث النسبة الأكبر بينما احتلت قضايا المناجم والنفط والغاز حصة الأسد، بشير جويني، مقال منشور على زوم تونيزيا WWW.ZOOMTUNISIA.TN تاريخ الاطلاع 2020/10/20

5- بموجب المرسوم الرئاسي 346/95 المؤرخ في 1995/10/30 المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

6- وضعت أمانة لجنة الأمم المتحدة نظاما لجمع وتعميم المعلومات عن قرارات المحاكم وقرارات التحكيم المتصلة بالاتفاقيات والقوانين النموذجية التي انبثقت من أعمال اللجنة، والغرض من هذا النظام هو تعزيز الوعي الدولي بالنصوص القانونية التي صاغتها اللجنة وتيسير توحيد تفسير وتطبيق تلك النصوص:

www. Unicitral. Un. Org

7- تقرير لجنة الأمم المتحدة 2016 للتعاون التجاري الدولي، الدورة 49 المؤرخ في 27 جوان و15 جويلية.

تعد اللجنة الهيئة القانونية الرئيسية لمنظومة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي، عملت على مدى حقبة امتدت لأكثر من 30 سنة على إعداد النصوص في العديد من المجالات مثل ممارسة العقود الدولية، النقل، الإعسار، المدفوعات الدولية، التجارة الإلكترونية وكذلك تسوية المنازعات التجارية الدولية[1].

من بين ما أثمرت عليه مجهودات اللجنة ما يعرف بقواعد اليونسترال للتحكيم1976، وقانون النموذجي للتحكيم لسنة 1985.

أ- **قواعد اليونسترال:** بموجب القرار 98/31 المؤرخ في 1976/12/15 تم اعتماد قواعد اليونسترال للتحكيم من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، بعد مداولات ومشاورات مكثفة مع العديد من المنظمات والهيئات الدولية وخبراء مجال التحكيم يفوق عددهم 75 هيئة، وقد تم إجراء تلك المشاورات تحت رعاية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال)، ثم مراجعة وتنقيح هذه القواعد في عام 2010 كي تعكس التطور الذي طرأ على الممارسات التحكيمية منذ اعتمادها في عام 1976 تم مراجعتها مرة أخرى في 2013 بإضافة قواعد اليونسترال بشأن الشفافية[2].

أما الملاحظات التي يمكن الإشارة إليها بخصوص هذه القواعد هي:

- قواعد تحكيم اليونسترال التي تقع في 41 مادة مقسمة على 04 فصول، تضمن الفصل الأول أحكاما تمهيدية تخص نطاق التطبيق وطريقة الأخطار وحساب المدد واختيار طرفي التحكيم مساعديهم[3]. بينما خصص الفصل الثاني للأحكام الخاصة

1- لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تاريخ الاطلاع

www. Tfig- it cilo- org- unicitral- 2020/12/23

2- تعين قواعد اليونيسترال 2010 هي القواعد الواجبة التطبيق على اتفاقيات التحكيم التي وقعت بعد 15 أوت 2010.
Permament corecrt of arbitration- pca- Cpa- org- unicitral- rules.

3- المواد من 01 إلى 04.

بتشكيل هيئة التحكيم[1]، في حين تناول الفصل الثالث إجراءات التحكيم[2]، بينما عني الفصل الرابع بكل ما يخص قرار التحكيم[3].

- قواعد تحكيم اليونسترال ليست نظاما تحكيما لهيئة تحكيم دائمة والإحالة على نظام قواعد اللجنة يجب أن يقترن بسلطة التسمية[4].
- قواعد اليونسترال للتحكيم كانت قواعد تحكيم الحالات الخاصة، (Adhoc) للتجارة الدولية، ولكن تم إسقاط هذا المصطلح من العنوان، حتى لا يحتوي العنوان خطأ باستبعاد هيئات التحكيم الدائمة، مع أن وجود شخص أو هيئة ما ضروري حتى تسير القواعد وفقا لخطة سيرها المرسومة، كما تم إسقاط مصطلح التجارة الدولية اجتنابا لإمكانية خروج عدة مواضيع من اختصاص التحكيم لربطه بهذا المصطلح، ليصبح العنوان: قواعد التحكيم دون الإشارة للتحكيم الحر ولا للتجارة الدولية مما وسع اختصاصها لتصبح صالحة للتطبيق على التحكيم الداخلي وعلى التحكيم الدولي.
- تبنت الكثير من هيئات التحكيم اليونسترال مثل مركز القاهرة للتحكيم ومحكمة لندن....الخ.
- لا تطبق هذه القواعد عند اصطدامها بالنصوص الإلزامية في القانون المطبق على التحكيم التي تكون لها الأولوية في التطبيق[5].

1- المواد من 05 إلى 14.

2- المواد من 15 إلى 30.

3- المواد من 31 إلى 41.

4- أي أن اللجنة هي التي تسمي المحكم المنفرد إذا لم يتفق على تسميته، ويسمى المحكم الثالث المرجع إذا كانت المحكمة التحكيمية مؤلفة من ثلاث محكمين، وهي السلطة التي تنظر في أسباب رد وعزل المحكمين.

5- عبد الحميد الأحدب، مرجع سابق، ج 03، ص 48-50.

- إن الأحكام الواردة في تلك القواعد لها طابع إرشادي، تحتدي بها الدولة المقبلة على إعداد تشريعات بالتحكيم، وليس لها غير قوة إلزام أدبية نظرا للخبرة العالمية لمن أعدوها، وجمعها مختلف الاتجاهات السائدة في النظم القانونية للدول[1].

ب- القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة 1985: جاء بعد 09 سنوات من قواعد اليونسترال في خطوة ثانية للجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة من أجل التنسيق بين التشريعات والقوانين الخاصة بالتحكيم، تم اعتماد القانون النموذجي بتاريخ 1985/06/21 بفصوله الثمانية، إذ تناول في الفصل الأول منه أحكاما تمهيدية تخص نطاق تطبيقه، والتعاريف وكيفية تسليم الرسائل الكتابية ومدى تدخل المحكمة[2]، ثم يعرج في الفصل الثاني إلى الأحكام الخاصة باتفاق التحكيم[3]، ثم كيفية تشكيل هيئة التحكيم واختصاصاتها وسير إجراءات التحكيم إلى غاية إصدار القرار، وطرق الطعن فيه وصولا إلى الاعتراف بقرار التحكيم[4]، اعتمدت اليونسترال في جويلية 2006 تعديلا على مجموعة من المواد[5]، لتصبح هذه الصيغة هي المعيار[6].

يعد القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985 دعوة من الأمم المتحدة لدول العالم كي تتبناه كقانون للتحكيم لديها، بدلا من أن تسن لنفسها قوانين لا يعرف مدى ملاءمتها لسائر القوانين ومدى انسجام التحكيم الذي يجري على أساسها مع سائر القوانين التحكيمية، إذ يراعي هذا النموذج أغلب أنظمة وقوانين التحكيم في العالم[7].

1- عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 158.

2- المواد من 01 إلى 06.

3- المواد من 07 إلى 09.

4- من الفصل الثالث إلى الثامن المواد من 10 إلى 36.

5- مس التعديل المادة الأولى والسابعة، كما تم اعتماد الفصل الرابع /أ ليحل محل المادة 17 ليرسي نظاما قانونيا أشمل للتعامل مع التدابير المؤقتة وكذلك المادة 2/أ الجديدة.

6- www. Unicitral. Org 1985, mode arbitration.

7- عبد الحميد الأحدب، مرجع سابق، ج 03، ص 52.

وعلى غرار قواعد اليونسترال فإن أحكام القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985 ذات طبيعة إرشادية، وضمانا لتوسيع نطاق تبنيها وقد تم التأكيد ضمن بنوده على مبدأين هما :

– عند تعارض نصوص القانون مع بنود اتفاقية دولية، فإن نصوص الاتفاقية تسمو على نصوص هذا القانون.

–لا يمس هذا القانون النصوص الآمرة في قانون أي دولة خاصة في المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها[1].

أما ما يميز هذا النموذج فنذكر:

- يختص بتحكيم مسائل تتعلق بالتجارة الدولية فقط.
- لا يشترط القانون النموذجي تسمية المحكمين في العقد التحكيمي الذي يمكن أن يتخذ شكل شرط تحكيمي أو مشارطة.
- يكرس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وما يرتبط به من منح المحكم سلطة الفصل في اختصاصه، وسلطة البحث في وجود وصحة العقد الأصلي.
- القانون النموذجي وضع كل الحلول والاقتراحات لإبعاد تدخل القضاء الوطني قدر الإمكان[2].

1– المادة 01 من نص القانون، يرجع بالتفصيل إلى عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 16، ويرى الدكتور عبد الحميد الأحدب أن الدولة التي تعتمد هذا النموذج تكون واثقة من اتفاقها مع المجموعة الدولية، وعدم الارتطام بالثوابت الوطنية لكل دولة وسيرد ذلك نماذج عن دول اعتمدته كمصر وكندا، عبد الحميد الأحدب، مرجع سابق، ج3، ص 53.

2– لمزيد من التفاصيل يرجع إلى: www. Unicitral. Org 1985, mode l'arbitration -

– أكرم ياملكي، مرجع سابق، ص 32، حمزة أحمد حداد، مرجع سابق، ص 141. عبد الحميد الأحدب، مرجع سابق، ج 03، ص 54، عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 161.

الفرع الثاني

المؤسسات الدائمة للتحكيم ومراكز التحكيم الإقليمية

أولا- المؤسسات الدائمة للتحكيم

1- غرفة التجارة الدولية لباريس(Chambre de commerce international)

تعتبر غرفة التجارة الدولية بباريس المنظمة الوحيدة المعنية حقا بقطاع الأعمال العالمي، إذ تحظى نطاقا واسعا يشمل قضايا مختلفة أهمها التجارة الحرة واقتصاد السوق، ومحاربة الفساد ومكافحة الجريمة التجارية، إلا أن أهم ما يميز هذه الغرفة صيتها الواسع في مجال تسوية المنازعات خاصة عن طريق التحكيم[1].

تأسست الغرفة في 1919 بعد اعتماد المؤتمر الدولي للتجارة الذي انعقد في مدينة الأتلانتيك ستي Atlatike City بالولايات المتحدة ألأمريكية اقتراحا بإنشاء منظمة خاصة غير حكومية، تعنى بشؤون المعاملات التجارية بين مختلف الدول بدلا من المؤتمرات الدولية التي تعقدها غرف التجارة والصناعة بها.

فكانت تلك المنظمة هي غرفة التجارة الدولية التي تم وضع نظامها القانوني في مؤتمر تأسيسها المنعقد في باريس في جوان 1920 متخذة من هذه المدينة مقرا لها[2].

كانت في بدايتها عبارة عن لجنة لفض منازعات الأعمال، وكانت تضم 120 اسما من الشخصيات المشهورة في عالم الاقتصاد الدولي آنذاك، وكانت تقتصر على المنازعات الدولية بين الأطراف من دول مختلفة، وما لبثت أن وسعت هذا النطاق ليشمل القضايا الدولية ذات العنصر الأجنبي من حيث الأشخاص، ومن حيث الموضوع، ولم تكن تشترط

---

1 -www tfig- it cilo- org- centences> org ICC.

2- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 162، لكن تشير بعض إلى أن أول من أنشأ هذه الغرفة وتولى رئاستها هو أتين كليمنتلEtienne Clementelبتاريخ 1923/01/19، راجع في ذلك سيد المراكبي، مرجع سابق، ص 171- 172.

أن يتم التحكيم داخلها بل كانت تقبل إحالة النزاع إلى أية جهة عضو بالغرفة يتوفر لديها نظام التحكيم.

كان التحكيم يتم في البداية أمام محكم وحيد، ثم عرفت الغرفة نظام محكمة التحكيم الثلاثية التشكيل في القضايا الهامة وبموافقة الأطراف، كما أن تعيين المحكمين كان يتم عن طريق الغرفة ثم أصبح الأطراف يشاركون في هذا التعيين مما جعل الغرفة تجمع بين مزايا التحكيم الحر والتحكيم المؤسساتي[1].

تمثل غرفة التجارة بباريس مكانة هامة ليس فقط لدى المنظمات الدولية كالمجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، حيث تعتبر الغرفة هيئة استشارية لديه بل لدى تجمعات وأوساط رجال المال والأعمال، ولدى غرف التجارة والصناعة في الكثير من الدول[2].

تضم الغرفة عدة أجهزة تسهر على بسط لوائها ومهامها هي: المحكمة الدولية للتحكيم، والمركز الدولي للخبرة، والمكتب الدولي لغرف التجارة، وكذلك معهد قانون الأعمال الاقتصادية الدولي، ومركز التعاون البحري.

ونشير إلى أن الإقبال على الغرفة من أجل حل النزاعات بين الأطراف المتعاقدة كان ضئيلا جدا في بداية عهدها، إذ تتضح من كتابها عن مجموعة أحكام التحكيم الصادرة عنها أنها لم تحظ في عام 1974 إلا بحوالي 360 قضية، ولما بلغت ذروة الشهرة أصبحت تستقطب قرابة الألف قضية سنويا، وأصبح تعداد قضاياها يزيد عن عشرة آلاف قضية[3].

تصدر الغرفة كل فترة لائحة للتحكيم لديها أشهرها تلك التي بدأ سريانها في جانفي 1988 ثم تلك التي حلت محلها منذ جانفي 1998، وتضم هذه الأخيرة 36 مادة تخص كل إجراءات الخصومة التحكيمية، تليها ثلاث ملاحق.

1- سيد المراكبي، مرجع سابق، ص 172، أكرم ياملكي ، مرجع سابق ص38

2- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 163.

3- سيد المراكبي، مرجع سابق، ص .172

أما آخر تعديلاتها فهو ذاك الذي بدأ العمل به بداية مارس 2017[1] والذي تضمن استحداث إجراء معجّل من أجل عملية تحكيم انسيابية مع تقليل الأتعاب[2].

ويعد هذا الإجراء عامل جذب مهم للأطراف التي ترغب في اللجوء إلى التحكيم لكنها تتخوف من التكلف وطول مدة التحكيم[3].

2- محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي LCIA: محكمة لندن لتحكيم من أهم وأقدم المؤسسات الدولية المستقلة لحل المنازعات التجارية في العالم، تضمن إشراف وإدارة مرنة للخصومة التحكيمية وإجراءاتها، هي مقصد لأطراف من جنسيات مختلفة مما يجعل 80% من قاصديها من غير البريطانيين، بعد ولوجها مجال التحكيم التجار الدولي في 1975.

جاءت فكرة تأسيس محكمة لندن لتحكيم سنة 1883 بعد انعقاد مجلس مدينة لندن الذي أسس لجنة مكلفة بإعداد اقتراحات من أجل إنشاء محكمة لتحكيم التجاري الداخلي، (خاص بمدينة لندن) هاته اللجنة وضعت مشروعها لدى مجلس المدينة في 1884 وبقي مجمدا إلى غاية المصادقة على قانون التحكيم في 1889، ليتم بعدها المصادقة على محكمة التحكيم التي سميت آنذاك غرفة التحكيم لمدينة لندن في 1891 لترسم فعليا في 23 نوفمبر 1892[4]، يرأسها حاليا السيد جوديت جيل Judith Gill منذ 2016 إلى يومنا هذا، وتفصل فيما يقارب 300 ملف للتحكيم سنويا.

أهم ما يميز محكمة لندي للتحكيم هي طريقتها المختلفة في تقدير الأتعاب مما يجعلها أكثر جذبا، ذلك أنها لا تحدد هذه الأتعاب بناء على المبلغ المذكور في العقد أو

2- وقد سبقه أيضا تعديلا آخر في 2012

2- تطبق هذا الإجراءات تلقائيا في الدعاوى التي لا يتجاوز المبلغ محل المنازعة 02 مليون دولار، ما لم يقرر الأطراف عدم التقيد بهذا الإجراء، لكن يمكن اختيار التقيد به في الدعاوى ذات المبالغ المرتفعة.

3- قواعد التحكيم غرفة التحكيم الدولية 2017، غرفة التجارة الدولية نشرة عدد :ARA- O- 880.

4- www. LCIA. Org. L'histoire

غيرها وإنما تحدد بتسعيرة خاصة حسب الساعة، أي أن المحكم لا يتقاضى إلا أتعاب عن الساعات التي عمل فيها على الملف[1].

أما عن قواعد المحكمة وكغيرها من القواعد واللوائح، فقد تم تنقيحها عدة مرات مواكبة للتطور السريع في مجال التجارة الدولية، وآخر تعديل لهذه القواعد هو ذلك المؤرخ في سنة 2014، تقع هذه القواعد في 32 مادة وملحق[2] تناولت هذه المواد طريقة تقديم طلب التحكيم والرد عليه[3]، ثم تشكيل محكمة التحكيم[4]، ليتناول بعدها تحكيم الطوارئ[5]، ثم المسائل المتعلقة بالمحكم وسير الجلسات والشهود والخبراء والإجراءات التحفظية[6].

أما أهم التعديلات التي مست القواعد فتخص:

- إجراء محكمة الطوارئ للتعامل مع الطلبات العاجلة قبل تشكيل هيئة التحكيم،
- مبادئ توجيهية بشأن سلوك المحامي لمعالجة ما يسمى تكتيكات حرب العصابات في التحكيم الدولي، مثل الكذب على المحكمين لمحاولة التأثير عليهم، أو تقديم أدلة كاذبة.
- المزيد من التركيز على تسريع العملية التحكيمية[7].

2- الجمعية الأمريكية للتحكيم American Arbitration Association:

تأسست هذه الجمعية سنة 1926 إثر اندماج مؤسستين تحكيميتين كانتا آنذاك هما منظمة أمريكا للتحكيم (AAF) ومؤسسة التحكيم الأمريكية (ASA) ساهمت هذه الجمعية

1- Les frais administratifs de la LCIA et ceux facturés par les arbitre nommés par celle- ci ne sont pas basés sur la valeur de différend au lieu de cela des frais d'inscription fixes sont payable avec la demande d'arbitrage – et les arbitres et la LCIA appliquent des taux horaires pour les services"
www. Lcia. Org- R frequently asked questions.

2- أصبحت نافذة منذ 01 أكتوبر 2014.

3- من المواد 01 إلى 04 من قواعد 2014.

4- من المواد 05 إلى 09 مكرر.

5- في المادة 09 مكرر 02 والمادة 09 مكرر03.

6- من المادة 10 إلى غاية المادة 25.

7- www: international. Arbitration- attorney. Com.

يرجع لمزيد من التفاصيل إلى/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 160، 167.

مع اتحاد الأمريكتيين (الشمالية والجنوبية) في إعداد مشروع قانون موحد للتحكيم، كما ساهمت في إنشاء مركز للتحكيم عام 1934 بنيويورك، وكذلك في إنشاء اللجنة الكندية الأمريكية للتحكيم التجاري سنة 1943[1].

تربط الجمعية الأمريكية للتحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس علاقة قديمة، بموجب الاتفاق المبرم بينهما بخصوص تعهد متبادل بتطبيق إجراءات التحكيم الخاصة، المعمول بها أمام الغرفة من قبل الجمعية في حالة التحكيم الذي يجري خارج الولايات المتحدة الأمريكية، في حين تقوم الغرفة بالأمر ذاته إذا كان التحكيم يقع داخل الولايات المتحدة[2].

ثانيا- مراكز التحكيم الإقليمية والعربية:

1- مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي: تم تأسيس مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي عام 1979 من قبل منظمة آلكو والحكومة المصرية[3]، لمدة تجريبية 03 سنوات، ليتم في 1983 إبرام اتفاقية بينهما، التي تعطي الوضع الدائم لمركز القاهرة[4].

يوفر مركز القاهرة الخدمات المتخصصة لتسوية النزاعات التجارية والاستشارية من خلال التحكيم، والوسائل البديلة الأخرى كالوساطة والمصالحة، ويقدم أيا النصيحة للأطراف في العقود التجارية الدولية فيما يخص الصياغة والإجراءات وبند التحكيم، كما ينظم دورات

1- www: international. Arbitration- attorney. Com.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 170.

3- منظمة آلكو هي: المنظمة الاستشارية القانونية الأسيوية الإفريقية ، تأسست في 15 نوفمبر 1956، تعتبر إحدى النتائج الملموسة لمؤتمر باندونج التاريخي الذي عقد في أندونيسيا في أفريل 1955، يبلغ عدد الدول الأعضاء فيها 47 دولة من قارتي آسيا وأفريقيا منب ينهم مصر، بنغلاديش، الكاميرون، اليابان، الأردن، فلسطين، تركيا، المملكة العربية السعودية...الخ. ومقرها الرسمي في نيودلهي بالهند.

منحت صفة المراقب الدائم في الأمم المتحدة باعتبارها المنظمة الحكومية الدولية الوحيدة التي تمثل قارتي آسيا و أفريقيا، ونظير ما قدمته من نشاطات واعمال من بين أهم انجازاتها في المجال الاقتصادي إنشاء عدة مراكز إقليمية للتحكيم وصل عددها 05 أهمها مركز كوالالمبور ماليزيا، مركز القاهرة مصر.

4- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 170.

وبرامج تكوينية وتدريبية للمحكمين الدوليين، والباحثين القانونيين من المنطقة الأسيوية – الإفريقية[1].

كما يعمل على:

- تهيئة إجراءات التحكيم تحت رعايته.
- تشجيع التحكيم التجاري الدولي في المنطقة.
- تقديم خدمات في سير التحكيم الحر adhoc.
- المساعدة في تنفيذ الحكم[2].

لمركز القاهرة الإقليمي التحكيم عدة فروع أهمها: فرع المركز للتحكيم البحري في الإسكندرية[3]، ومركز الإسكندرية للتحكيم التجاري الدولي[4]، تقع قواعد المركز في وهي مستوحاة من قواعد اليونسترال للتحكيم مع بعض التعديلات.

وطبقا لدراسة تمت مقارنة 18 مركز في العالم، جاء مركز القاهرة الأرخص في مصروفات الدعاوى الأقل من ثلاث ملايين دولار، بينما توسط قائمة المصروفات في الدعاوى الأكثر من ثلاثة ملايين دولار، في حين بلغ عدد الدعاوى التي فصل فيها المركز 1285 دعوى مما يوحي أن للمركز مكانة وجذب بين مراكز التحكيم[5].

2- مركز التحكيم التجاري الدولي لمجلس التعاون لدول الخليج العربي: يعتبر المركز جهازا قضائيا تحكيما مستقلا بشخصية قانونية قائمة بذاتها، وافق قادة دول مجلس التعاون الخليجي على إقامته في قمة الرياض الرابعة عشر في 22 ديسمبر 1993، وتمت

1- تبرمج هذه الدورات والبرامج التكوينية بمعهد المركز للتحكيم والاستثمار، الذي تأسس في 1990، وكذا معهد المحكمين العرب والأفارقة في مصر الذي تأسس في 1991.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 169.

3- تم إنشاؤه في 1992

4- تم إنشاؤه في 2001، مركز القاهرة العلمي للتحكيم التجاريwww. Arbic. Aaho. Intx ،https// cricica. Org.

5- الأرقام والإحصائيات قدمها مدير المركز الدكتور إسماعيل سليم خلال اللقاء الذي نظمته غرفة التجارة الأمريكية بالتعاون مع مؤسسة وايت أندكيس ومركز القاهرة الإقليمي، لإعلان نتائج الدراسة الاستقصائية للتحكيم الدولي التي أعدتها جامعة كوين ماري بلندن، من مقال بجريدة الشروق المصرية، الثلاثاء 06 نوفمبر 2018، بوابة الشروق موبايل: www. Shorouknew. Com.

المصادقة على لائحة إجراءات التحكيم للمركز من قبل لجنة التعاون التجاري بالرياض في 1994/11/16 للمرة الأولى، ثم المصادقة بعد التعديل في مدينة العين بالإمارات العربية المتحدة في 1999/10/05[1].

يختص المركز الذي يتمتع باستقلال مالي وإداري وفني بالنظر في المنازعات بين مواطني دول مجلس التعاون أو بينهم وبين الغير سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين، والمنازعات التجارية الناشئة عن تنفيذ أحكام الاتفاقية الاقتصادية والقرارات الصادرة تنفيذا لها، إذا اتفق الطرفان كتابة في العقد أو في اتفاق لاحق على التحكيم في إطار المركز[2]، كما اهتم المركز بتطوير برنامج تأهيل وإعداد المحكمين.

ما يميز نظام المركز أن لأحكامه حجية تختلف عن المراكز الأخرى فلا تخضع أحكامه وإجراءاته للرقابة لا بطريق الطعن ولا بطريق رفع دعوى بطلب البطلان بمعرفة أي جهة قضائية في أي دولة من دول مجلس التعاون، وهو الأمر الذي يعجل من تنفيذ أحكامه ،أما دور الجهة القضائية في البلد المراد التنفيذ فيه يقتصر على وضع الصيغة التنفيذية، وفي حالة وجود أحد أسباب البطلان الواردة ضمن لائحة التحكيم فإن الجهة القضائية ليس لها القضاء بالبطلان وإنما يقتصر دورها على عدم تنفيذ حكم التحكيم[3].

تقع قواعد التحكيم الخاصة بالمركز في 30 مادة مقسمة إلى ثمان فصول (08)، يتناول الفصل الأول إنشاء المركز واختصاصاته[4]، بينما تناول الفصلين الثاني والثالث هيئات المركز وميزانيته [5]، بينما خصص الفصل الرابع والخامس والسادس للمساعدات الإضافية التي يقدمها المركز ونفقاته، وكذلك الحصانة والامتيازات[6].

---

1 -www. Gccca. C. org.

2- سيد المراكبي، مرجع سابق، ص 156.

3- المادة 36 من اللائحة.

4- المواد 01، 03.

5- المواد من 04 إلى 20.

6- المواد من 21 إلى 26.

وآخر فصلين ناقشا الإعفاءات الضريبية والأحكام العامة[1]، أما لائحة التحكيم للمركز فنظمها ملحق خاص يحتوي على أربعة وأربعين مادة[2].

وفي آخر إحصائيات المركز سجل خلال السداسي الأول من سنة 2021 سبعة طلبات تحكيم بنحو 27 مليون دولار أمريكي، تعود أطرافها لجنسيات مختلفة، بحرينية، سعودية،كويتية، هندية تعلقت معظم النزاعات حول شراء وحدات عقارية، عقود مقاولة وإنشاءات عقود مشاريع التطوير العقاري[3].

3- مركز المصالحة والوساطة والتحكيم في الجزائر: يعد مركز المصالحة والوساطة والتحكيم الجديد قفزة نوعية أنشئ سنة 2003 بقرار من المدير العام للغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة[4]، للمركز نظام خاص به صادق عليه مجلس الغرفة في 2014/01/07 يقع هذا النظام في 64 مادة و03 ملاحق، أما المواد فقدمت مسترسلة دون تبويب أو ذكر للفصول، فنص النظام بداية على تنفيذ قواعد التحكيم[5]، ثم أشار إلى اتفاقية التحكيم وفرق بين شرط التحكيم والمشارطة وكيفية إيداع الطلب، وممن يودع[6]، لينتقل بعد ذلك إلى مرحلة

1- من المواد 27 إلى 30.

2- ويراجع أيضا: السيد المراكبي، مرجع سابق، ص 165.

3- عن سكريتارية مركز التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون الخليجي ،مجلة التحكيم والقانون الخليجي، العدد 47، جوان 2021، ص 15.

- وفي هذا الصدد نذكر بعض المراكز الأخرى على الساحة العربية: مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري، ومركز دبي للتحكيم الدولي، المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم، المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالمغرب، المركز التونسي للمصالحة والتحكيم، وكذلك مراكز تابعة لكل من الرياض، مكة، جدة، الكويت، عمان، قطر، النجف، العراق، موريتانيا، ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 266، هامش 365.

4- أنشأت غرف الصناعة والتجارة أثناء الحقب الاحتلالية، وكان يسيرها المعمرون ، كونت هذه الغرف ذمة مالية معتبرة ثم تحقيقها بعد الاستقلال (1962- 1976) لفائدة مؤسسات عمومية جديدة منها سوناطراك، =أوفالاك، كومكس...الخ، كما تقلص دورها في هذه الفترة لتصبح في 1987 مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، ثم غير اسمها في 1996 إلى الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة لتوسع صلاحياتها من جديد سنة 2000 خاصة في مجال التكوين ثم 2010 تم تعديل أجهزتها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 10-319 المؤرخ في 2010/12/21: www. Commerce. Gov. Dz.

5- المادة 01 و02.

6- المواد 03 إلى 07.

قبول الطلب، ثم طريقة تشكيل لجنة التحكيم[1]، والشروط الواجب توفرها في الحكم وكيفية رده وتعيينه [2]، إلى أن يصل إلى تنفيذ أحكام التحكيم[3]، مرورا بالمصاريف والدفعات[4] وانطلاق إجراءات الخصومة التحكيمية، والقواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات وعلى الموضوع وإجراءات الاستعجال واستبدال المحكمين أثناء سير الخصومة[5].

أما الملاحق فتضمن أولها النموذج في طلب التحكيم بينما تضمن الملحق الثاني نموذج شرط التحكيم الموصى بإدراجه في حين تضمن الملحق الثالث جدول التكاليف الإدارية وتكاليف التحكيم الساري المفعول منذ 2017/02//26.

ما يلاحظ على نظام المركز أن ترتيب مواده لم يكن متناسقا على النمط الذي عهدناه في أنظمة المراكز الأخرى، بينما نصت المواد الأولى على تنفيذ قواعد التحكيم وبالرجوع لهاته المواد نجد فحواه لا يخص التنفيذ بينما يخص هيئات المركز (الأمانة، لجنة التحكيم، ومحكمة التحكيم)[6]، ويخص طريقة رفع الدعوى أمام المركز[7]، وفي موضع آخر نلاحظ النص على رد المحكم وأسباب الرد[8]، لنعود فنجد نص آخر على رد المحكم وأسباب الرد[9]، وبعد التدقيق نلاحظ أن الرد الأول يكون أثناء التعيين والثاني أثناء سير الخصومة، بينما أسباب الرد لا تختلف، وكان من الممكن النص على رد المحكم لذات الأسباب في أي مرحلة كانت عليها الخصومة التحكيمية.

1- المواد من 07 إلى 12.

2- المواد من 08 إلى 34.

3- المادة 64.

4- المادة 35، 36.

5- المواد 37، 42، 43، 45، 49، 50.

6- المادة 01.

7- المادة 02.

8- المادة 13 و14.

9- المادة 50.

وبالرجوع إلى الملحق الخاص بالمصاريف والتكاليف يلاحظ أنها باهضة جدا، فيلاحظ مثلا أن رسم التسجيل فقط محدد بـ 50 ألف دج بينما تختلف المصاريف الإدارية حسب مبلغ النزاع، أو مبلغ العقد محل النزاع فتتراوح بين 250 ألف دينار و 1 مليون و 500 ألف دينار أما أتعاب المحكمين فهي لا تخرج على النحو، إذ حددت حسب ذات الجدول بين 750 ألف دج و 03 مليون دينار بالنسبة للمحكمة المشكلة من ثلاث محكمين، ومن 250 ألف إلى 01 مليون و 500 ألف بالنسبة للمحكمة المشكلة من محكم فرد[1]، وبإجراء عملية بسيطة نلاحظ أن أقل قضية وفق نظام تكاليف المركز قد تفوق 01 مليون دينار بينما قد تصل تكاليف قضية أخرى إلى ما يفوق 04 مليون و 500 ألف دج.

مما يجعل المبالغ هذه كبيرة لا تشجع المستثمر ولا الشركات على اختيار نظام المركز ضمن بنود عقودها.ومن الناحية العملية فإننا من خلال البحث لم نقف على قضية تم الفصل فيها حسب نظام المركز أو من قبله، كما أن موقع المركز لم يحين منذ مدة، فلا يمكن الاتصال به، لا لحجز موعد ولا للاستفسار ولا يحوي الموقع أي إحصائيات عن عدد القضايا التي تم الفصل فيها، كما أنه لا يظم قائمة المحكمين المعتمدين لديه ولا الوسطاء، ولم ينظم المركز أي تظاهرات علمية، ولا ملتقيات تعرف به ولا بالتحكيم في الجزائر، إضافة إلى أن الإيميل الخاص بالمركز لا يعمل وإن تمت مراسلتهم فلا رد، وكذلك الأمر بالنسبة لأرقام الهواتف، والأدهى والأمر أنه في حال الانتقال إلى موقع المركز الفعلي بالجزائر العاصمة فإنك لا تجد أحدا في الاستقبال، وهو ورشة أشغال بناء مفتوحة لأكثر من سنة، فعن أي مناخ للاستثمار نتحدث؟[2].

1- ملحق رقم 03 من نظام المركز.

2- تجدر الإشارة أننا فتحنا الموقع لأكثر من عدة مرات خلال السنتين الأخيرتين، واتصلنا بالأرقام الموجودة به لعدة مرات، لا أحد يجيب، وبالانتقال الأكثر الباب االثانيمن مرة، وجدنا أشغال بناء وترميم لا تنتهي.

المطلب الثاني

مجالات التحكيم التجاري الدولي

تختلف طبيعة العلاقات التجارية على المستوى الدولي من حيث مواضيعها عن تلك المبرمة على المستوى الداخلي، إن ظهور هذه العلاقات والمعاملات الدولية الجديدة زاد من اتساع رقعة اللجوء للتحكيم التجاري، إذ أصبح شرط التحكيم بندا أساسيا في معظم العقود التجارية الدولية، وإن كنا في هذا الصدد سنكتفي ببعض الأمثلة من أهم المجالات.

الفرع الأول

التحكيم البحري والتحكيم الجوي

أولا- التحكيم البحري

إن المنازعات الناشئة عن المعاملات في المجال البحري غالبا ما تكتسي الصفة التجارية، ذلك أن البحر منذ القديم كان طريق للتبادلات التجارية بمختلف أنواعها، وقد أصبح التحكيم البحري فرعا من فروع التحكيم التجاري الدولي بتمتعه بالصفة التجارية المستمدة بدورها من طبيعة النشاط البحري وصفة القائمين بممارسته[1].

تعد السفينة أهم محور في النزاعات الناشئة عن المعاملات البحرية، فإما أن نخصها بذاتها أو ما عليها، أو تخص البيئة المحيطة بها، أو كل ما له اتصال مباشر وغير مباشر بتسييرها، وعلى ذلك تدور هذه النزاعات حول بيع السفن وتأجيرها أو إصلاحها، أو

1- امير محمد محمود طه، التحكيم في منازعات الحوادث البحرية، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط1، 2017، ص 13.

التعويضات عن الحوادث البحرية وحول النقل البحري بأنواعه وسندات الشحن وغيرها من المسائل[1] المتعلقة بالملاحة البحرية[2].

وتجدر الإشارة إلى أن المنازعات التي تخضع للتحكيم البحري هي منازعات كثيرة جدا، ولا يمكن حصرها، لكنها تحوم في المجمل حول عقود التجارة البحرية وتختلف باختلاف العقد الذي يربط أطراف العلاقة التجارية البحرية، كأن يتعلق الأمر بعقد نقل بحري للأشخاص أو لبضائع، أو سندات شخص،أو بإحدى العمليات والتصرفات التي ترد على السفينة كعقد إيجار السفينة أو بيعها، أو أن يخص العقد بناءها أو تصليحها أو عقد التأمين البحري[3].

أما عن الهيئات والمؤسسات المنظمة لهذا النوع من التحكيم فهي كثيرة ومتشابهة من حيث طريقة العمل، تختلف في بعض الجزئيات في طريقة تنظيمها ولوائحها يتمركز

---

1 - عرفت السفينة بأنها« بأنها كل منشأة عائمة مخصصة للملاحة البحرية» بوخميس وناسة، النظام القانوني للسفينة في القانون البحري الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق ، جامعة السانية وهران،2011، ص10،بينما عرفها المشرع الجزائري بأنها كل عمارة بحرية، أو آلية عائمة تقوم بالملاحة البحرية إما بوسيلتها الخاصة وإما عن طريق قطرها بسفينة أخرى، أو مخصصة لمثل هذه الملاحة المادة 13 من الأمر 76-80 المؤرخ في 29 شوال 1396 الموافق لـ 23 أكتوبر 1976 يتضمن القانون البحري، ج ر ع 29 لسنة 1976، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/98 المؤرخ في 25 يونيو 1996، ج ر ع 47 لسنة 1998 المعدل والمتمم بالقانون رقم 04/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 ج ر ع 46 لسنة 2010، وفي ذات الصدد ألحق المشرع الجزائري العمائر البحرية والآليات العائمة قيد الإنشاء بالسفن البحرية من حيث المعاملة، يرجع للمادة 3/56 من الأمر 80/76 المتضمن القانون البحري السابق الذكر.

2 – هي علم وتقنية توجيه السفن من مكان إلى آخر، وتحديد موقعها، وهي تمثل عملية التخطيط والتسجيل والتحكم بحركة المراكب أثناء الانتقال في أي وقت، وتجنب مخاطر الانتقال للوصول للمكان الآخر بسلامة، ويكيبيديا .www Ar. M..

3- يرجع في هذا السياق للشرح المفصل مع أمثلة القضايا إلى غسان رباح، التحكيم التجاري البحري مع مقدمة في حل المنازعات التجارية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 1، سنة 2016، ص 157 إلى 230، وكذلك أمير محمد محمود طه، مرجع سابق،ص 35، الذي تناول هو الآخر بالتفصيل كل ما يتعلق بالتصادم البحري والإنقاذ البحري، والخسائر البحرية المشتركة، وغيرها من المسائل، أيضا عبد المجيد إبراهيم سلمان الطائي، عقود التجارة البحرية والتأمين عليها،منشورات الحلبي الحقوقية ط2017،01 ،ص 144-152وكذلك مقال للمستشار أحمد عبد الغفار، منشور على صفحة مركز الإسكندرية للتحكيم الدولية والوسائل البديلة.

أغلبها في بعض البلدان البحرية، بسبب ازدهار النشاط البحري بها، وتوفر رؤوس الأموال الكبيرة لوجود تقدم اقتصادي وتجاري بهذه المناطق.

وعليه فإن التحكيم البحري تمركز على مر السنين بإنجلترا، الولايات المتحدة الأمريكية، وفرنسا التي يتواجد بها أكبر عدد لمراكز والهيئات التحكيمية والتي سنذكر على سبيل المثال منها ما يلي:

-**جمعية المحكمين البحريين بنيويورك:** تتكون هذه الجمعية من السماسرة المرخص لهم بالعمل في المجال البحري ووكلاء السفن التجارية، حيث يمكن لهذه الجمعية توفير مجموعة من المحكمين ممن يملكون الخبرة في مجال العمل في الأنشطة البحرية بمختلف أنواعها، وللجمعية لائحة تحكيم، إلا أن هذه اللائحة ليست لها صفة الإلزام، حيث تعتمد الاستعانة بها على طلب أطراف العملية التحكيمية من عدمه، بالإضافة إلى وجود مجموعة من القواعد التي تحدد المبادئ المقيدة والراسخة لسلوكيات المحكم.

ويذكر أن هذه الجمعية مهنية وليست ربحية – وإن كانت في الواقع تحصّل أرباحا من صرف النقود على العملية التحكيمية– كما أنها تقوم بتدريب أعضائها على ممارسة العملية التحكيمية عن طريق الدورات المختلفة.

كما أن الجمعية مثلها مثل جمعية المحكمين البحريين بلندن، لا تحتفظ لنفسها بأي دور في تنظيم وإدارة العملية التحكيمية، حيث تتم كافة الاتصالات بين طالب التحكيم والطرف الآخر عن طريق طلب مقدم من الأول إلى الثاني مبينا فيه طبيعة النزاع، وقيمته النقدية ومدى التعويض المطلوب وغير ذلك من بيانات، كما يقع على عاتق المحكم تحديد أجره، كما أن له استيفاء هذا الحق قبل البدء في العملية التحكيمية أو بعدها حسب الاتفاق.

وهكذا يمكن القول أن هذه الجمعية لا تشرف بنفسها على تطبيق لائحتها، وليس لها أي دور في تسيير العملية التحكيمية، كل ما في الأمر أن لهذه الجمعية لائحة تحكيمية تشتمل على مجموعة من القواعد والأحكام للاسترشاد بها دون أدنى تدخل منها، وإذا كان هناك ضرورة من التدخل فيأتي هذا التدخل عن طريق طلب المساعدة من المحكمة الأمريكية

المختصة بعد تقديم طلب من الأطراف أو مستشاريهم أو المحكمين، لذلك يمكن القول أن التحكيم الذي يتم عن طريق جمعية المحكمين البحريين في نيويورك هو تحكمي (ad hoc)[1].

- **جمعية المحكمين البحريين بلندن:** وتضم هذه الجمعية نخبة كبيرة من المحامين والمستشارين القانونيين وكافة العاملين في مجال النقل البحري، بالإضافة إلى ربابنة السفن من ذوي الخبرة البحرية الطويلة والمشهود له بالكفاءة،ولها لائحة تضم كافة الأحكام والقواعد الخاصة بها وتعرف بقواعد جمعية لندن للمحكمين البحريين لسنة 1987.

لا تقوم هذه الجمعية بأي دور في تنظيم وإدارة العملية التحكيمية أو حتى في الإشراف على سير العمل التحكيمي، إلا أنها تسهل عملية اختيار المحكمين البحريين من بين أعضائها عن طريق وضع قائمة بأسمائهم، ليتم الاختيار من قبل أطراف العملية التحكيمية، كما تحدد لائحة التحكيم الخاصة بالجمعية كيفية تسيير المحكم أو هيئة التحكيم لإجراءات الخصومة، وتقوم الجمعية بإمداد هيئة التحكيم بالنصائح والمشورة بناء على طلبها.

يمكن القول أن هذه الجمعية تعتبر حلقة الوصل بين المنظمات والتجمعات البحرية الأخرى وكافة التخصصات التي لها علاقة بالعملية التحكيمية،أي أنها تقوم بتجهيز قائمة المحكمين الأكفاء، وإمدادهم بالاستشارة وكل ما يلزمهم: دون تدخل منها في عملهم، بل بناء على طلبهم ومن ثم فإن الجمعية لا تقوم بأي تدخل في سير التحكيم سواء عن طريق الإدارة أو التنظيم، ولا تقوم بإجراء أية اتصالات بين الأطراف أو بينهم وبين المحكمين إلا إذا طلب منها ذلك، حيث تتم كافة الإجراءات اللازمة لسير العملية التحكيمية عن طريق الاتفاق بين الأطراف وبين مستشاريهم، علاوة على أن كافة الاتصالات والمستندات والملفات المتبادلة والإعلانات المرسلة المتبادلة، تتم بين المحكمين والأطراف أو مستشاريهم بطريقة مباشرة، دون اللجوء إلى أي أجهزة بجمعية المحكمين البحريين، فضلا عن هذا لا تتدخل

1- محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري ،دار الجامعة الجديدة، مصر 2005 ، ص 70، 71.

الجمعية مباشرة في تحديد مكان عقد التحكيم ومواعيد الجلسات، ولا تقوم بنشر أي أحكام تحكيمية إلا إذا تم الاتفاق على ذلك بين المحكم والأطراف.

وعليه فإن دور الجمعية يقتصر على تعيين محكمين إذا طلب منها ذلك وتقديم الإمداد بالاستشارات والمعونات الفنية فقط. كما تقوم بتقدير الرسوم والنفقات المطلوبة لسير العمليات التحكيمية[1].

- **غرفة اللويدز للتحكيم البحري:** وتعتبر هذه الغرفة من أهم وأعرق مؤسسات التحكيم البحري والتي لها باع طويل في تحكيم النزاعات الخاصة بالحوادث البحرية، ويوجد عدد كبير من أشهر المحكمين الأكفاء في مجال المساعدات البحرية والانقاذ وعمليات النقل البحري، كما أنه يوجد لها نماذج شهيرة خاصة بالإنقاذ وتسوية قضايا التصادم البحري والخسائر البحرية المشتركة، حيث تدار هذه العمليات من قبل الإدارة والسكرتارية، يوجد لديها أسماء المحكمين وكل المعلومات و البيانات الخاصة بهم.

كما تقوم غرفة اللويدز بتنظيم العملية التحكيمية بالكامل ابتداء من تلقي طلبات التحكيم حتى صدور قرار التحكيم، حيث تقوم السكرتارية الخاصة بالغرفة بإجراء الاتصالات اللازمة بين الأطراف ومستشاريهم والمحكمين، مع تقدير رسوم ونفقات التحكيم، ويمتد عمل الغرفة كذلك إلى تنظيم وإدارة حالات الاستئناف على حكم المحكم، كما يتم تطبيق القانون الإنجليزي على العملية التحكيمية، وتكتسب شهرتها من خبرة محكميها الواسعة وعدالة حكمها[2].

- **المنظمة الدولية للتحكيم البحري:** هي منظمة دولية يوجد مقر لجنتها الدائمة وسكرتاريتها بفرنسا، إلا أنها ليست فرنسية، وكانت غرفة التجارة الدولية (CCI) بالاشتراك مع اللجنة البحرية الدولية (CMI) قد وضعتا معا لائحة تحكيم بحري تعرف بلائحة تحكيم غرفة التجارة

1- محمد عبد الفتاح ترك، مرجع سابق، ص 413.

2- أفراح عبد الكريم خليل، مرجع سابق، ص 154.

الدولية واللجنة البحرية الدولية، وذلك في مارس 1978 حيث يقع تطبيق هذه اللائحة على عاتق المنظمة الدولية للتحكيم البحري.

تتكون اللجنة الدائمة من 12 عضو، تقوم غرفة التجارة الدولية (CCI) بتعيين نصفهم بينما تتولى اللجنة البحرية الدولية (CMI) تعيين النصف الثاني، أما الرئيس فتختاره غرفة (CCI) بالتعاون مع لجنة (CMI) علاوة على قيام غرفة (CCI) باختيار السكرتارية.

تقوم هذه المنظمة بالمساعدة في تعيين المحكم و تشكيل هيئة التحكيم، وفي حالة تخلف أحد أطراف العملية التحكيمية في تعيين محكم تقوم اللجنة الدائمة بتعيينه، كما تفصل هذه الأخيرة في مشاكل رد المحكمين واستبدالهم في حالة قيام أحد الأطراف بتقديم أي اعتراضات على اختيار المحكمين أو وجود ظرف طارئ يمنع ذلك.

والجدير بالذكر أن للمنظمة الدولية سكرتارية يوجد مقرها في غرفة التجارة الدولية (CCI)، وهي التي تسهر على تطبيق لائحة التحكيم وتلقّي طلبات التحكيم والمستندات والمذكرات والملفات من أطراف العملية التحكيمية، مع إجراء كافة الاتصالات بين الأطراف أو مستشاريهم أو محكميهم،تحدد اللجنة الدائمة أتعاب ورسوم نفقات كل عملية تحكيمية[1].

أما على أولى الاتفاقيات الملزمة في هذا الشأن نذكر:

قواعد بروكسل 1924 لسندات الشحن: ترجع الخلفية التاريخية لهذه الاتفاقية إلى كثرة الصراعات بين أطراف عقد النقل البحري من ناقلين وشاحنين خصوصا بسبب إعفاء الناقل من الإهمال، وهو شرط نشأ في إنجلترا سنة 1860 وانتقل إلى كل أوروبا، مما أثار ثورة الشاحنين آنذاك، لينظم إليهم كل من شركات التأمين والبنوك ليواصلوا نضالهم إلى غاية صدور قانون هارتر الأمريكي[2]، الذي وجد استجابة كبيرة في دول مختلفة، وحذت حذوه دول أخرى أستراليا 1908 ثم نيوزيلاندا في 1919، ليتحول بعد ذلك إلى مطلب دولي بوضع معاهدة دولية تستمد نصوصها من قانون هارتر الأمريكي، فكانت اتفاقية بروكسل

1- محمد عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 413، 414.

2- Harte rAct السنة 1893، الذي قضى ببطلان شروط الإعفاء من المسؤولية في المادة 03 منه.

في 25 أوت 1924، التي دخلت حيز النفاذ دوليا في 1931 ، ثم عدلت بواسطة بروتوكول1968/02/23، او ما يسمى بقواعد "فيسبي" الذي دخل حيز التنفيذ يوم 1977/06/23 بعد أن أظهر التطبيق العملي للاتفاقية مجموعة من العيوب استلزم إعادة النظر فيها وتعديلها، مرة أخرى في 21 /12/ 1979 الذي دخل حيز التنفيذ في 1984/02/17.[1]

أما عن الغرض الأساسي للاتفاقية فهو وضع حلول توفق بين مطالب كل من الشاحنين والبنوك والمؤمنين والمجهزين، مع وضع حد أدنى لشروط تحمل المسؤولية ومنع شروط الإعفاء من المسؤولية، مع منح مكانة أكبر لسند الشحن الذي أصبح أساسا لبيان حالة البضاعة وظروف الشحن[2]، صادقت الجزائر على هذه المعاهدة سنة 1964[3].

قواعد هامبرغ: قواعد هامبرغ هي مجموعة من القواعد التي تحكم الشحن الدولي للبضائع، وهي القواعد الناتجة عن اتفاقيات الأمم المتحدة لنقل البضائع عن طريق البحر، والمعتمدة في مدينة ماهبرغ في 1978/03/31، تهدف الاتفاقية لمحاولة تشكيل قاعدة قانونية موحدة لنقل البضائع على السفن العابرة للمحيطات، دخلت الاتفاقية حيز النفاذ في 01 نوفمبر 1992.[4]

قواعد روتردام: إن فكرة السعي لتوحيد قواعد النقل البحري احتفظت بمكانتها ، بدليل أن لجنة الأمم المتحدة المتعلقة بتوحيد قواعد القانون التجاري اليونسترال أشارت في دورتها 2001 و2002 إلى ضرورة إعداد صك دولي ينظم هذا القطاع، وظلت المساعي قائمة

1- عمار فيصل، تطبيق القوة القاهرة على الناقل البحري كحالة من حالات إعفاء الناقل البحري من المسؤولية، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، كلية الحقوق ، جامعة ابو بكر بلقايد ، تلمسان ،مجلد 05 عدد01 جوان 2018 ص 276

تجدر الإشارة أن المادة 22 من الاتفاقية هي التي تخص التحكيم.

2- Repository. Ous. Edu. sd. Bistrean. Rondl.

3- بموجب المرسوم رقم 64- 71 المؤرخ في 02 مارس 1964، ج/ر عدد 28 لسنة 1964.

4- وبلغ عدد الدول التي صادقت عليها 34 دولة إلى غاية 2015. www. Almersal. com>post.

إلى أن رأت اتفاقية الأمم المتحدة لعقود النقل الدولي عن طريق البحر، النور في 2009/02/23.

تعد هذه القواعد أحدث وثيقة في هذا المجال، إذ تناولت عدة مسائل مهمة كوثائق النقل الإلكترونية، إذ أقر صراحة نظام السندات الإلكترونية[1] مع المحافظة على التقاليد البحرية الراسخة منذ أمد بعيد[2].

أما في الجزائر فإن القانون البحري الجزائري 76-80 المعدل والمتمم لم يتضمن أي نص يشير للتحكيم البحري، والأمر ذاته بالنسبة للمرسوم التشريعي رقم 93-09، ولا قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 03/08[3]، كما أننا لم نقف في القضاء الأعلى على بعض القرارات التي تعد على أصابع اليد ومن ذلك نذكر:

أ)- قرار المحكمة العليا الصادر في 2008 يخص التحكيم البحري يتعلق موضوعه بعقد إيجار السفينة[4].

- حيث اتفق فيه الأطراف على اختصاص غرفة التحكيم بباريس.
- وثيقة الشحن ذكرت في شروط النقل الرجوع إلى جميع البنود والشروط المتواجدة في عقد الإيجار.
- الإشارة لعقد إيجار السفينة في وثيقة الشحن تجعل المرسل إليه طرفا في العقد وله الحق في استعمال البند التحكيمي المتواجد في عقد إيجار السفينة.

1- المادة 08 منها.

2- عبد الحميد عيسى الساعدي، السعي لتوحيد قواعد النقل الدولي البحري للبضائع، قراءة في قواعد روتردام، مجلة الفقه والقانون، العدد 06، أفريل 2012، ص 163، 164.

3- محمد مجبر، مستشار الغرفة التجارية والبحرية، مداخلة بالمؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا بالدول العربية، الدوحة قطر 24- 2013/09/26 بعنوان: رقابة القضاء الوطني على أحكام منازعات الاستثمار ، ص 02.

4 - المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية رقم الملف 439517، رقم الفهرس 08100576 صدر بتاريخ 2008/04/09، منشور بمجلة التحكيم، منشورات الحلبي، العدد 04، أكتوبر 2009، ص 248 ومايليها، وكذلك غسان رباح، مرجع سابق، ص 180 ومايليها.

حيث أن المحكمة العليا رفضت الطعن بسب وجود بند التحكيم بعقد إيجار السفينة، وأن الإشارة لهذا العقد في وثيقة الشحن يجعل المرسل إليه طرفا فيه، وله الحق في استعمال بند التحكيم.

ب)- قرار المحكمة العليا الصادر في 2015 ويخص أيضا التحكيم البحري، ومتعلق بإيجار عتاد بحري[1]، إذ جاء في مبدئه: تفصل الغرفة المختصة بالمجلس القضائي بتشكيلتها القانونية الكاملة، في طلب منح الصيغة التنفيذية لحكم تحكيمي.

حيث اتفق الأطراف على عرض النزاع على المحكمة الدولية للتحكيم، وبعد إخلال المطعون ضدها بالتزامات تعاقدية أدت إلى التأخير في تسليم العتاد، مما ألحق بالطاعنة أضرارا مادية وخيمة، تم اللجوء إلى محكمة التحكيم الدولية بباريس التي أصدرت أمر بمهمة باعتماد أسلوب المحكم الوحيد.

حيث صدر حكم التحكيم بتاريخ 2013/02/27 لصالح المطعون ضدها التي رفعت دعوى أمام رئيس محكمة الجزائر لتنفيذ الحكم أين صدر حكم بتاريخ 2014/04/15 يمهر حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية، لتستأنف الطاعنة هذا الحكم أمام مجلس قضاء الجزائر الذي فصل بتاريخ 2014/04/01 بالتأييد لتطعن بعد ذلك أمام المحكمة العليا النى نقضت هذا القرار مع الإحالة لصدور الأمر عن جهة غير مختصة ولوجود تناقض في حيثيات القرار محل النقض.

ثانيا- التحكيم في منازعات القانون الجوي

يعد القانون الجوي مجموعة القواعد المنظمة لحركة واستعمال الطائرة، وأيضا كافة العلاقات القانونية الناشئة عنها[2]،وهو أيضا مجموعة القواعد القانونية التي تحكم النشاط

1- المحكمة العليا الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 1037542 قرار بتاريخ 2015/10/14، منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2015، ص 189 ومايليها.

2- ناجي عبد المومن، الوجيز في قانون الطيران المدني، ط1، المطبعة العصرية، دبي 1999، ص 11.

الإنساني فيما يخص الملاحة الجوية واستخدام الطائرات والفضاء الجوي، ويبحث في جميع صور الاستغلال الجوي من استخدام الصواريخ والمركبات الفضائية[1].

وتعتبر المنازعات في مجال هذا القانون فضاء خصبا للتحكيم، سواء في المنازعات التي تنشأ عن العقد الجوي الدولي أو تلك التي تنشأ عن الحوادث الجوية، أوعملية نقل البضائع،و يقوم التحكيم الجوي على عدة اعتبارات أهمها:

- دولية النشاط الجوي لعدم ارتباط الحركة الجوية لنقل البضائع والركاب والأموال والخدمات بالحدود الجغرافية مما يتماشى مع الطبيعة المرنة للتحكيم.
- خصوصية العلاقات الجوية الدولية لوجود قواعد التجارة الدولية تختلف عن مثيلاتها (البحرية والبرية)[2].

وتعد الطائرة أهم محور في النزاعات الناشئة عن المعاملات في المجال الجوي بين الأشخاص الخاصة، أوبينها وبين الأشخاص العامة، وتتعلق عادة بتصنيع الطائرات، وصيانتها وبيعها وشرائها وإيجارها، بينما تصنف المنازعات الخاصة بسند الشحن في عقد النقل الجوي بالأكثر شيوعا[3]، وقد ميز المشرع الجزائري بين عدة أنواع من الطائرات[4]، وكذلك المناعات الخاصة بالملاحة الجوية[5].

1- ar. M. wikipidia. org

2- أحمد رشاد سلام، التحكيم في منازعات القانون الجوي، دار النهضة العربية، مصر، د .ط، 2014، ص 114.

3 – يرجع لتعريف الطائرة الذي اعتمدته معاهدة باريس سنة 1919، ثم معاهدة شيكاغو سنة 1914 التي سيتم تناولها لاحقا، وإن كان جانب آخر من الفقه يعيب على هذا التعريف عدم تناوله للغرض منها والمتمثل في نقل ألأشخاص والبضائع، أحمد رشاد سلام، المرجع السابق ص22

4- المادة 02 فقرة 01 وفقرة 02 من قانون الخدمات الجوية 98- 06 المؤرخ في 1998/06/27 الذي يحدد القواعد العامة المعدل والمتمم، ج/ر عدد 48.

5- وهي علم يختص بدراسة وتصميم وصناعة آلات الطيران، أو تقنية استخدام الطائرة وتنقسم إلى: **الملاحة بالرؤية المباشرة، الملاحة التقديرية، الملاحة اللاسلكية، الملاحة الفلكية**:وتعتبر من أدق أنواع الملاحة والأكثر اعتمادا في عصرنا الحالي ، محمد حسونة، الملاحة الجوية، كيف تسير الطائرات في السماء، أوت 2016.، www. Tesra. Com

أما عن المنازعات التي يلجا فيها للتحكيم في مجال النقل الجوي ، فهي ليست بنفس التنوع الذي يعرفه التحكيم البحري، لأن النقل في المجال البحري أكثر انتشار، وشيوعا، بحكم حجم السلع التي يمكن نقلها عبر السفن، أما الهيئات الدولية المتخصصة في مجال الطيران والتي تسعى إلى تنظيمه بصفة عامة،فهي عديدة، لكن لا يوجد هيئات دولية متخصصة للفصل فقط في منازعات النقل الجوي عن الطريق التحكيم[1]، إلا أن هذه الهيئات ما فتئت أن تدرج نصوصا تتعلق بالتحكيم ضمن بنودها ومن ذلك نذكر الأمثلة الآتية:

- **اتفاقية شيكاغو:** أنشأت اتفاقية الطيران المدني الدولي المعروفة باسم اتفاقية شيكاغو منظمة الطيران المدني الدولي، وهي وكالة متخصصة تابعة للأمم المتحدة مكلفة بتنسيق وتنظيم السفر الجوي الدولي، تنص الاتفاقية على قواعد للمجال الجوي، وتسجيل الطائرات وتفاصيل حقوق الموقعين فيما يخص السفر الجوي، وقع على الوثيقة في 07 ديسمبر 1944 في شيكاغو نحو 52 دولة، وحصلت على التصديق في 05 مارس 1947 لتدخل حيز التنفيذ في 04 أفريل 1947[2].

نقحت هذه الاتفاقية ثمان مرات بواسطة مجموعة من البروتكولات[3]، وفي 2013 تمت المصادقة عليها من جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة[4]، تعتبر هذه الاتفاقية نقطة البداية لأي دراسة متخصصة في تسوية منازعات الطيران المدني الدولي، حيث وضعت القواعد الأساسية الحاكمة والمسيرة لعملية الخدمات الجوية الدولية.

1- مثلما هو الأمر بالنسبة للتحكيم البري أو التحكيم عن عقود الاستثمار أو غيرها.

2- وهو نفس تاريخ دخول منظمة الطيران المدني الدولي حيز الوجود.

3- خلال السنوات: 1959، 1963، 1969، 1975، 1980، 1997، 2000، 2006.

4- 191 دولة باستثناء دومينكا وليختنشتاين، وتوفالو، وجزر الكوك. يرجع في ذلك إلى :
w.w.w chicago. Convention tfig. Itcilo. org

تنص أحكام هذه الاتفاقية على قيام مجلس منظمة الطيران المدني الدولي بالفصل في المنازعات وأي خلاف بين دولتين متعاقدتين أو أكثر حول تفسير وتطبيق هذه الاتفاقية، كما يستأنف قرار مجلس المنظمة أمام محكمة العدل الدولية أو محكمة التحكيم الحر[1].

2- منظمة الطيران المدني الدولي الإيكاو: هي وكالة متخصصة من وكالات الأمم المتحدة، أنشئت عند إبرام اتفاقية شيكاغو في 1944/12/07، لترعى وتسهر على تطبيق المبادئ المنصوص عليها في الاتفاقية[2]، تعمل الإيكاو مع الدول الأعضاء في الاتفاقية وعددها 192 دولة، ومع مجموعات قطاع الطيران المدني، تستخدم الدول الأعضاء في الإيكاو هذه القواعد والتوصيات الدولية والسياسات لضمان تقييد عمليات الطيران المدنية، ما يتيح بدوره التشغيل الآمن والموثوق لما يفوق 100000 رحلة جوية يوميا ضمن الشبكة العالمية للطيران في كل مناطق العالم[3].

لمجلس الإيكاو من الناحية الإجرائية حرية التصرف في كيفية التعامل مع مختلف النزاعات، حيث يضع القواعد الإجرائية والتي تشدد على دور المجلس كوسيط للنزاعات كاستثناء عن وظيفته في الفصل في المنازعات، وبالنسبة للتحكيم لمنظمة الطيران ICAO يشترط ثلاث شروط رئيسية لا بد من توافرها هي:

- أن يقتصر النزاع على تفسير أو تطبيق اتفاقية شيكاغو، وعليه يخرج النزاع الخاص بانسحاب أي دولة في معاهدة ثنائية ودون الإعلان بوقت كاف عن تشغيل الخط الخاص بها، من ذلك التحكيم إلا أن المعاهدة المبرمة بين تلك الدول التي تتولى الفصل في ذلك النزاع.

1- أحمد رشاد سلام، المرجع السابق، ص 213.

- تجدر الإشارة في هذا الشأن أن اتفاقية شيكاغو لم تكن الأولى لكن كانت الأهم بالنسبة لموضوع التحكيم، وقد سبقتها إلى الوجود في مجال الطيران اتفاقية تنظيم الملاحة الجوية الموقعة في باريس في 1919/10/13 والاتفاقية الخاصة بالطيران التجاري الموقعة في هافانا بتاريخ 20 فبراير 1928 اللتان تم نقضهما بهذه الاتفاقية في المادة 28. www. Noqatel. Com، كذلك اتفاقية وارسو سنة 1929 واتفاقية روما لعام 1933، www. Aljazéera. net

2- نصت المادة 44 منم اتفاقية شيكاغو على أهداف وأغراض الإيكاو.

3- WWW. Icao. O. int.

- لا بد وأن تكون الدولة اللاجئة للتحكيم هي المعنية به.
- لا بد وأن يثبت أن النزاع لا يمكن حله عن طريق المفاوضات، وعلى الدولة أن تثبت قيامها بالتفاوض قبل إحالة النزاع للتحكيم، وهذا لا يعني الضرورة المحادثات الثنائية أو أن المفاوضات تعتبر كافية باعتبارها أخذت منحى أوسع برعاية مجلس الإيكاو[1].

إن هذه الشروط التي وضعت جعلت من اللجوء للتحكيم في مجال الطيران نادرا مقارنة مع المجالات الأخرى، لذا أصبحت المشاورات والمساعي الحميدة (أي المساعدة الحيادية من دولة ثالثة أو منظمة دولية أو شخصية بارزة لإقناع الطرفين بفض الخلاف الذي بينهما)، هما الطريقتان الأكثر لجوء[2].

وفي الجزائر وضع المشرع عند تنظيمه النقل الجوي نظاما قانونيا خاص به، إلى جانب الاتفاقيات الدولية التي تحكمه، فكان قانون 06/98 المتعلق بالطيران المدني[3]، إلا أن القانون لم ينص ضمن بنوده على التحكيم، ولا على الرجوع إليه في حالة وجود نزاع، كما لم يتعرض له بالتنظيم، شأنه في ذلك شأن القانون البحري الذي سبقت الإشارة إليه، مما نستنتج منه أن الأمر متروك لتطبيق قواعد قانون الإجراءات المدنية في هذا السياق.

1- يرجع أحمد رشاد سلامة، مرجع سابق، ص 214.

2- دليل تنظيم النقل اللجوء الدولي، منظمة الطيران المدني الدولي، DOC 9626، ط2، 2004، ص 219.

3- قانون 06/98 المؤرخ في 27 جوان 1998 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر ج عدد 48 لسنة 1998 المعدل والمتمم على التوالي بموجب:

- قانون 05/2000 المؤرخ في 2000/12/6 يعدل ويتمم قانون 06/98 ج ر ع 75.

=- الأمر 10/03 المؤرخ في 2003/08/13 يعدل ويتمم قانون 06/98 ج ر ع 48.

- قانون 21/03 المؤرخ في 2003/11/04 يتضمن الموافقة على الأمر 10/03 المؤرخ في 2003/08/13 الذي يعدل ويتمم قانون 06/98 المتعلق بالطيران المدني ج ر ع 67.

- قانون 02/08 المؤرخ في 2008/01/23 يعدل ويتمم قانون 06/98 المتعلق بالطيران المدني ج ر ع 04.

- قانون 14/15 المؤرخ في 2015/07/15 يعدل ويتمم قانون 06/98 المتعلق بالطيران المدني ج ر ع 41.

أما من الناحية العملية فإننا لم نقف أثناء هذا البحث على قضايا تحكيمية كثيرة يمكننا الاستشهاد بها، اللهم سوى قضيتين لشركة الخطوط الجوية الجزائرية الأول مع الشركة الكندية للهندسة S. m international بعد أن تم فسخ العقد الذي فازت به هذه الأخيرة بسبب إخلال الشركة الكندية بالتزاماتها، لكن خطأ إداري من الطرف الجزائر جعلها تتكبد غرامة ب 40 مليار سنتيم مما جعلها تلجأ للتحكيم التجاري بإحالة القضية على غرفة التحكيم للغرفة التجارية الدولية، أين أصدرت هذه الأخيرة حكما في 31 أوت 2017 حكما يقضي بتغريم شركة الخطوط الجوية الجزائرية بغرامة يفوق مبلغ 150 مليار سنتيم[1].

أما الثانية فتحصي نزاع بين الخطوط الجوية الجزائرية والشركة الهولندية كير بي أف، .Kair . BV حول عقد بيع الطائرات خارج الخدمة موقع بين الطرفين بتاريخ 2008/07/06 بمبلغ 02 مليون دينار، إلا أن الشركة الهولندية لم تتمكن من توفير المال في الوقت المتفق عليه في العقد، رغم التسهيلات التي وفرتها الجوية الجزائرية، ثم لجوؤها لفسخ العقد بسبب العجز في التنفيذ بتاريخ 2010/02/29، إلا أن الشركة الهولندية باشرت إجراءات التحكيم في 17 مارس 2011 أفضت إلى صدور حكم التحكيم في 31 مارس 2014 ضد الجوية الجزائرية التي طعنت فيه بالإلغاء، ولكن قبل الفصل في الطعن كانت الشركة الهولندية قد لجأت للقضاء الهولندي أين استصدرت أمرا بالحجز استدعى تدخل وزارة الخارجية واستدعاء سفيرة هولندا بالجزائر.

1- وحسب موقع TSA أن الجوية الجزائرية دفعت ما يقارب 7,5 مليون دولار كندي لمجموعة SMI، وحسب الموقع ذاته أنه إثر طعن الشركة الكندية في حكم التحكيم الصادر لكن الحكم الصادر في أوت 2018 لم يعطيها شيئا.
الجوية الجزائرية وشركةwww TSA. Algérie. Com. SMI

وهو أيضا ما أكدته المدير العام للجوية الجزائرية بخصوص هذا الموضوع أين أشار أن العدالة فصلت في التحكيم، وأكدت أنه في هذه القضية ليس هناك طرف خاسر وطرف رابح، وعند انتقلنا للجوية الجزائرية من أجل محاولة الحصول على معلومات أو نسخة من التحكيم أو حتى نسخة من الأحكام التي كانت بين الطرفين بمحكمة الحراش ومن أجل إخراج معداتها ورشة العمل بباب الزوار , حكم التحكيم لشركة الخطوط الجوية الجزائرية: .ww. DZ yer 24 Com

وفي هذه القضية بالذات فإن المبلغ الذي دفع فيها كان نتيجة استهتار، ذلك أنه بإمكان حل دون اللجوء للتحكيم، فالمبلغ الذي دفع كان على سبيل الضمان الذي يرد إلى صاحبه قانونيا ومنطقيا[1].

الفرع الثاني

التحكيم في مجال الاستثمار في عقود البترول

تعد الاستثمارات في عصرنا الحالي أهم وسيلة لدفع عجلة التنمية ومحاولة النهوض باقتصاد أي دولة، خاصة الدول السائرة في طريق النمو.

وحتى تستفيد الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية من هذه الأخيرة عليها توفير المناخ المناسب لها، والضمانات اللازمة والكافية لاستقطابها وجلبها، إذ تعد البنى التحتية والأمن والترسانة القانونية لمواكبة التطور الدولي أهم هذه العوامل.

ولأن البترول والغاز من الثروات الطبيعية التي تتكالب الدول على تملكها واكتسابها، فإن الاستثمار في هذا المجال يجعله من أكثر المجالات الاستثمارية صعوبة واستقطابا في الوقت ذاته، لأن الطرف المالك له المصدر غالبا ما يكون دولة وعادة ما تكون هذه الدولة نامية، تسعى للحفاظ على ثرواتها القومية من جهة، وتحرص على استغلالها على أحسن وجه من جهة أخرى، في حين وعلى الجهة المقابلة – يكون الطرف الآخر في عقد الاستثمار طرفا أقوى (شركات التنقيب والاستخراج، والإنتاج) يسعى للربح وبالتالي محاولة الاستغلال بكافة الطرق[2].

1- www. Alhaath. net – حجز طائرة جزائرية في بروكسل.

2- مصعب ثائر عبد الستار العبيدي، منازعات التحكيم التجاري في عقود البترول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر ط1، 2018، ص 08.

وتظهر أهمية التحكيم في هذا المجال نظرا لضخامة المصالح المرتبطة بهذه العقود، ونظرا لأن المنازعات الناشئة عنها تكون بين أطراف غالبا ما لا ترضى إسناد حلها لقضاء الطرف الآخر، مما يعزز مكانة التحكيم ويجعله الطريق الأنسب والأمثل[1].

وقبل التطرق للتحكيم في مجال عقود الاستثمار النفطي، كان لزاما علينا توضيح بعض المفاهيم ذات الصلة

أولا- المفاهيم المتعلقة بالاستثمار النفطي

1- تعريف البترول أو النفط

أ- **تعريف البترول:** كلمة بترول أو بترليوم من أصل لاتيني بمعنى زيت الصخر Rock-oil يوجد على سطح الأرض أو في باطنها.

ب- تعريف النفط: في اللغة وبكسر النون أو فتحها فالكلمة أصلها يوناني Naphta وإن كان سكان شرق البحر الأبيض المتوسط قد عرفوا كلمة النفط قبل معرفة الإغريق لها، بقي العرب يستعملونها للدلالة على النفط الخام،ويعرف عامة بالقطران أي الدهن[2] وهو عبارة عن مزيج الهيدروكربونات التي تتكون بشكل رئيسي من الكربون والهيدروجين، إضافة إلى بعض الشوائب العضوية وغير العضوية الأخرى، ويوجد في الطبيعة إما في الحالة الغازية (غاز طبيعي) أو سائلة (نفط)، أو على شكل بخار في ظروف المكمن (المكتفات) أو في الحالة الصلبة (الإسفلت) وما شابهه[3] ويعتبر البترول مادة بسيطة ومركبة في ذات الوقت[4].

1- لما كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار، منشورات زين الحقوقية، لبنان ،2008، ص 12.

2- لسان العرب، مرجع سابق، ج 14، ص 320.

3- مصعب ثائر عبد الستار العبيدي، مرجع سابق، ص 15.

4- إن الإنسان عرف البترول منذ القدم، لكن استعماله كان جد محدود، وأول ظهور للبترول حسب ما تثبته الدراسات التاريخية كان في الفرات والنيل لكن في شكل شيوع فقط، أي ما خرج منه إلى سطح الأرض، إذ استعمله المصريون القدامى في التحنيط قبل 5000 سنة ق م، أما في العصر الحديث فإن بداية استغلال النفط كانت في الو. الم. الأمريكية باكتشاف إدوين دريك للزيت عام 1859، بينما كان أول حقل حقيقي في مصر سنة 1868

ج- تعريف عقد الاستثمار: لغة هو مصدر للفعل استثمر، مشتق من أثمر، وثمّر الرجل مالا، أي نماه وكثره، واستثمار المال يعني طلب نموه، والثُّمر الذهب والفضة[1].

تعريف الاستثمار من الناحية الاقتصادية: الاستثمار مصطلح اقتصادي عالمي لا يخرج عن معناه اللغوي الذي قلنا أنه الزيادة والنماء، فهو الزيادة والإضافة الجديدة في الثروة، ويقصد به أيضا- تحويل المنجزات إلى أصول رأسمالية من آلات ومباني[2].

وفي تعريف آخر للاستثمار أنه:"التعامل بالأموال للحصول على أرباح، بالتخلي عنها في لحظة زمنية معينة ولفترة زمنية محددة، بقصد الحصول على تدفقات مالية مستقبلية تعوض عن القيمة المالية للأموال المستثمرة وتعوض عن عامل المخاطرة المرافق للمستقبل[3].

تعريف الاستثمار من الناحية القانونية: يبقى التعريف القانوني للاستثمار ضمن الإطار العام لمفهومه أو مدلوله اللغوي والاقتصادي، دون الوصول القانونيين إلى إجماع حول تعريف محيط وجامع، شأنهم شأن الاقتصاديين، وفي ذلك قال جانب من الفقه:"أنه استخدام أصول مالية مهما كانت طبيعتها أو نوعها من شخص طبيعي أو اعتباري في نشاط اقتصادي خارج حدود دولته، سواء خوله هذا الاستغلال السلطة الفعلية في توجيه النشاط الاقتصادي، أو لا بهدف تحقيق عائد مجز[4].

بينما عرفته جمعية القانون الدولي بأنه تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد دون تنظيم مباشر، كما عرفه معهد القانون الدولي بأنه: توريد الأموال أو ربما الخدمات بهدف تحقيق ربح مادي أو سياسي، ويمكن أن يتكون الاستثمار من أموال معنوية[5].

1- لسان العرب، مرجع سابق، ج3، ص 38.

2- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 85.

3- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 85.

4- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 85. د/ على ملحم، هامش 01.

5- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 85. راجع أيضا لما كوجان، مرجع سابق، ص 67- 70.

تعريف عقد الاستثمار النفطي: يخص عقد الاستثمار النفطي حسب ما يدل عليه لفظه الاستثمار في مجال البترول، وقد تناوله عديد الفقهاء بالتعريف، نذكر على سبيل المثال:« التصرف الذي تمنح الدولة بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق المطلق في البحث والتنقيب عن الموارد البترولية الكامنة في إقليمها أوفي جزء منه، والحق في استغلال هذه الموارد والتصرف فيها، وذلك خلال فترة زمنية معنية في مقابل حصول هذه الدولة على فرائض مالية معينة»[1].

وفي تعريف آخر:" هو التصرف القانوني المكتوب الذي تمنح بموجبه الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها، منطقة معينة من الأرض لأحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية لمدة محددة، لغرض البحث عن النفط والغاز واستكشافه والتنقيب عنه، واستخراجه، وثم تسليمه للدولة، عند الفوهة، أو حسب الاتفاق مقابل ثمن معين عن كل وحدة يتم استخرجها، أو إقامة منشأة نفطية لاستخراج وإنتاج المواد النفطية والغاز الطبيعي"[2].

والجدير بالذكر أن هناك تباينا في تعريفات الفقه للاستثمار بصفة عامة، دون الاتفاق على تعريف جامع مانع، لذا يكون من الأصح عدم التعويل على أي من هذه التعريفات كإطار محدد لظاهرة الاستثمار، إذ أن الاستثمار ليس بالواقعة الاقتصادية أو القانونية المحددة، بل إنه يمثل في الواقع مفهوما متغيرا ومنظورا يتغير ويتطور بتطور الظروف والأوضاع الاقتصادية على المستوى الدولي، فهو مفهوم عام، قد يضيق وقد يتسع حسب ظروف البلد السياسية والاقتصادي في إقليمها[3].

ثانيا- خصائص عقود الاستثمار النفطي

تتميز هذه العقود بخصائص عدة نذكر منها:

1- عبد الكريم السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين، الطاقة بين القانون والاقتصاد، 20- 2013/05/21، ص 711.

2- مصعب ثائر عبد الستار العبيدي،عن الفقيه Phillip LE BOULARGER هامش 03،مرجع سابق، ص 30.

3- مصعب ثائر عبد الستار العبيدي، المرجع السابق، عن رشا موسى محمد، هامش 01، ص .31

ضخامة القيمة المالية للعقود النفطية: وهي أهم ما يميز هذه العقود عن غيرها، ذلك أن المبالغ المتفق عليها لا تقل عادة عن مليارات الدولارات، كما أن السرية والكتمان المحيطة بهذه العقود تعزز الشكوك من حولها، وتفتح المجال للتأويلات، خصوصا إذا كان الاطلاع عليها غير متاح إلا من خلال بعض المعلومات المتداولة إعلاميا.

وبالرجوع للعقود النفطية المبرمة في الجزائر، وعند محاولة الاطلاع عليها لم نجد سوى إشارات لأعداد في الجريدة الرسمية، وعند تصفح هذه الأعداد لم نجد سوى مراسيم رئاسية من مادتين اثنتين فقط، الأولى تشير إلى أطراف العقد المبرم وعنوانه، والثانية تصادق على هذا الاتفاق، دون التعرض لبنوده وشروطه خاصة، قيمة هذا العقد.

العقود النفطية تبرم بعد مفاوضات طويلة: تعد مرحلة المفاوضات ما قبل إبرام العقد من المراحل المهمة في عقود التجارة الدولية عموما والعقود النفطية خصوصا، والعلة في ذلك أن الاستثمار في هذا المجال هو استثمار ثقيل برؤوس أموال ضخمة من جهة، كما أن الدولة المستضيفة للاستثمار عادة ما تكون حريصة عند إبرام هذه العقود، لما قد تتضمنه بنودها من تنازلات تمس بالسيادة من جهة أخرى، وطالما كانت العقود التي تبرمها الجزائر تتميز بطول فترة مفاوضاتها، إلا أن هذا لم يجعلها تسلم من الثغرات، سواء بفشل المفاوضات، أو من خلال التغير بعد إبرام العقود من خلال الموافقة على بنود تتضمن تنازلات لم تكن لتمر لو أن فترة المفاوضات أخذت حقها في دراستها.[1]

اعتماد عقود البترول على نماذج معينة: إن الوضع القانوني أصبح من الأوضاع المادية التي شهدت تطورا على الصعيدين الداخلي والدولي، معزوة إلى العلاقة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية المتطورة العاملة في هذا المجال. وقد تطور الوضع القانوني

1- إن المفاوضات هي حوار يجري بين متعاقدين احتماليين من أجل التوصل إلى توافق الإرادات تجاه الحقوق والالتزامات التي تمثل محل العقد،لذا فإنه من الضروري إيجاد حالة من الرضا بين المتفاوضين من أجل تحقيق الأهداف التي تجري من أجلها لمفاوضات، إن المبادئ التي تحكم المفاوضات تختلف من عقد لاخر ، فما يرد ضمن إطار عقد يبرم بالتفاق المباشر(gré a gré)، يختلف عن عقد يبرم بأسلوب الممارسة(appelle d'offre) محمد علي جواد ، العقود الدولية، دار الثقافة، الأردن ط01 2010 ، ص 57

مارا بعدة مراحل، اتخذت فيها هذه العقود عدة أشكال بداية من عقود الامتياز ثم أشكالا الأخرى كعقود الشركة، والمقاولة واقتسام الإنتاج وغيرها[1].

4- تضمين عقود البترول لبنود خاصة: نظرا لطبيعة هذه العقود الخاصة، فإن إبرامها يستلزم توافر مجموعة من الضمانات، لوفاء كل طرف بالالتزامات المتبادلة الناتجة عنها، وكذا استيفاء حقوقهما ، فنذكر مثلا: حق الشركة الأجنبية في استخدام الأجانب، والتمتع بالإعفاءات الجمركية، وكذا الحق في ضمان التعرض المادي والقانوني أثناء الاستثمار في منطقة التعاقد، كما يتضمن عقد البترول عادة شرط الثبات وعدم المساس[2]، الذي يهدف إلى تحصين العقد في أي تعديل أو إنهاء من قبل الدولة المضيفة كونها سلطة ذات سيادة.

تضمين عقود البترول شرط التحكيم: يعد التحكيم وعقود البترول وجهين لعملة واحدة، إذ يعد شرط التحكيم من أهم البنود التي تستوقف الطرفين قبل توقيع العقد من أجل الاتفاق عليه، لما يثيره هذا الشرط من آثار قانونية، باعتباره وسيلة حل النزاعات الأولى المعتمدة في هذا المجال، وأنه يتيح للأطراف الخروج عن القاعدة العامة في التقاضي من خلال تفويض هذه المهمة لمحكمين يختارونهم، أيضا من اختلال القانون الواجب التطبيق إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة[3].

1- مصعب ثائر عبد الستار العبيدي، المرجع السابق، ص 41.

- يرجع لهذه الأنواع بالتفصيل لاحقا.

2- وهو من الشروط غير المألوف إدراجها ضمن عقود القانون الخاص.

3- مصعب ثائر عبد الستار العبيدي، المرجع السابق، ص 43.

وبالحدث عن الصيغة القانونية لعقد البترول، فإن شأنه شأن العقود الأخرى، إذا اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية له بين من أضفى عليه الطبيعة الإدارية على أساس أن الدولة تستغل فيه مواردها الطبيعية إما بنفسها أو عن طريق اللجوء للاستعانة برؤوس الأموال الخارجية، كما أن عقود البترول تتضمن عادة بنودا تجعل منها قرب الإدارة منها للعقود القانون الخاص، ومن ذلك عقود الامتياز التي أبرمتها الجزائر في إطار القانون الصحراوي 58-111 أو عقود الشراكة التي أبرمت فيما بعد،كتلك المتعلقة بشركة أجنبية جيتي بتروليوم والتي تضمنت بنودها اختصاص مجلس الدولة الفرنسي، وكذا ضرورة المصادقة في اتفاقيات الشراكة مما يجعلها تكتسبه الصفة الإدارية. يرجع في ذلك لهاته الاتفاقيات، فرع التحكيم في الجزائر.

أما من يرى أن هذه العقود دولية، فينطلق من فكرة أن العنصر الأجنبي دائما حاضر في العقود البترولية، وإن النزاعات الناتجة عنها عادة ما يتم الفصل فيها عن طريق التحكيم مما يعزز هذا الرأي، خصوصا وأن الواقع يؤكد التحكيم

ثالثا- أنواع العقود البترولية:

يتطلب الاستثمار في المجال النفطي رؤوس أموال ضخمة، وخبرات عالية وتقنيات حديثة من أجل الشروع في البحث والتنقيب ثم الاستغلال، كل هاته المراحل لا تخلو من المخاطر، فكثيرا ما تنفق شركات النفط مبالغ كبيرة على عمليات البحث والتنقيب لا تفضي في الأخير إلى أي اكتشاف.

إن أول العقود النفطية كانت عقود الامتياز التي تبرمها الدولة صاحبة الأراضي، مع الشركات صاحبة التقنيات والخبرات، لتليها فيما بعد أنماط أخرى من التعاقد.

- **عقود الامتياز:** تعد عقود الامتياز البترولي أهم وأقدم أنواع العقود النفطية، ظهرت للوجود بظهور الاستغلال النفطي (اكتشافا وانتاجا)، فرضها الواقع آنذاك بحكم أن المالكين للمناطق النفطية أفرادا ومجموعات ودول لا يملكون الخبرة اللازمة، ولا المال الكافي للاستثمار في هذا الميدان.

قدم العديد من الفقهاء تعريفا لعقد الامتياز منها:« ذلك التصرف الذي تمنح الدولة بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق المطلق في البحث والتنقيب عن المواد البترولية الكامنة في إقليمها، أوفي جزء منه، والحق في استغلال هذه الموارد والتصرف فيها، وذلك خلال فترة زمنية معينة مقابل حصول هذه الدولة على فرائض مالية معنية»[1].

ينص عليها دائما كبند ضمن هذه العقود، كما تنص عليه القوانين المنظمة لطرق استغلال النفط، ومن ذلك ما أشارت إليه المادة 58 من الأمر 10/06 المعدل والمتمم للقانون 05-07 المتعلق بالمحروقات:" أن في حالة عدم التوصل إلى حل يمكن عرض الخلاف للتحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد". لكن تطبيق فكرة دولية العقد لوحدها لا تكفي ،فنحن نتكلم عن عقد عادة ما تكون أحد طرفيه دولة، مما يجعل فكرة السيادة دائما مطروحة، وبالتالي نشأ رأي ثالث مختلف يرى أن هذه العقود هي عقود مركبة ، وإن كان أحد أطرافها دولة، فإنها تخضع للقانون التجاري الدولي. وهو الرأي الذي دعمته الاتفاقيات الدولية، ودعمته أيضا لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي من خلال القانون النموذجي للتحكيم في مادته 28.

لمزيد من التفاصيل يرجع إلى نساخ سفيان، التحكيم في نزاعات عقود الاستغلال النفطي الجزائري، ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية 2014،ص 13.

وكذلك خلود خالد، الصادق بيوض، عقد الامتياز النفطي وتطبيقاته ،المكتب الجامعي الحديث 2012، ص 253.

1- سراج حسن أبو زيد، مرجع سابق، ص 45.

بينما عرفه آخر أنه:« عقد يبرم بين الدولة المالكة لحقول النفط والتي تسمى مانحة الامتياز، وشركة نفط أجنبية تسمى صاحبة الامتياز، تمنح بموجبه لهذه الشركة حق حصري في البحث والتنقيب عن النفط في مساحات من الأرض غالبا ما تكون شاسعة لاستثمارها لفترة زمنية طويلة الأمد مقابل مبلغ معين من المال تدفع للدولة»[1].

يتسم هذا النوع من العقود بمجموعة من الخصائص، ويتضمن شروط أقل ما يقال عنها أنها مجحفة، فالشركة المنتجة الأجنبية تسيطر على النفط المستخرج وعلى جميع عملياته من البئر إلى المستهلك، لتظل الدولة المانحة في عزلة فعلية عن صناعة النفط، كما أنها تؤثر على اقتصاد الدول المانحة التي تصبح دولا تعتمد على الربح العائد لها من وراء هذه العقود، فعقود الامتياز تمنح حقا حصريا– في أغلب العقود –في التنقيب والاستثمار، والتصرف بالإنتاج والأرباح، كما أنها تغطي مساحات شاسعة من أراضي الدولة مانحة لاستثمار[2]، مما يعد شكلا آخر من الاستعمار، خصوصا وأن هذه العقود تتسم أيضا بطول مدة الامتياز التي تتراوح بين 60 و99 سنة مع ضآلة العوائد المالية التي تتقاضاها الدولة المانحة مقارنة مع ما يعود للشركة للمستثمرة [3].

ولأن هذه العقود أصبحت تشكل عبئا على كاهل الدول صاحبة الأراضي خصوصا وأنها لم تشارك في صياغتها ولا في وضع بنودها، بدأ الأمر في التغير شيئا فشيئا بسعي هذه الأخيرة للاستغلال أمثل لثرواتها، مما أدى بالتدريج إلى الاستغناء على عقود الامتياز

1– كاوة عمر محمد، مرجع سابق، ص 129.

لم تخرج الجزائر عن هذا الإطار التعاقدي، إذ لجأ إليه بعد الاستقلال من خلال عدة عقود أبرمتها كانت أغلبها مع الحكومة الفرنسية، من أمثلتها: اتفاقية النزلة الشمالية المصادق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 66–291 مؤرخ في 1966/09/21 يمنح بموجبه نقل الوقود المدعو (النزلة الشمالية) الشركة الوطنية للبحث عن البترول واستغلاله ج ر ع 91 بتاريخ 1966/09/21..

2– فمثلا عقد امتياز دارمي سنة 1901 كان يغطي 78,6 من مساحة إيران الكلية، وكذلك الامتياز الذي منحته دولة الكويت سنة 1934 بالحق والاكتشاف ضمن جميع أراضي إمارة الكويت...الخ.

3– يرجع بالتفصيل إلى كاوة عمر محمد، مرجع سابق، ص 131.

إما بإلغائها عن طريق التأميم[1]، أو عن طريق تعديل هذه العقود من خلال مشاركة الدولة صاحبة الأرض في وضع بنوده عن طريق المساهمة في الإدارة ورأس المال.

عقود المشاركة بالإنتاج النفطي: تعد عقود المشاركة وسيلة لحفظ حقوق ومصالح الشعوب من طرف الدول الموقعة عليها، عن طريق تأكيد السيادة على مصادر الثروة بالمشاركة في الصياغة ووضع البنود التي تراها مناسبة، مما يمنح توازن بين الدول النامية والشركات المستثمرة الأجنبية.

ظهرت هذه العقود في الفترة التي أعقبت الحرب العالمية الثانية لرغبتين، رغبة الحكومة في السيطرة على ثرواتها البترولية وتحقيق أكبر عائد مالي منها، ورغبة شركات البترول الصغيرة في تأمين مصادر أجنبية للبترول الخام[2].

تشابهت التعاريف الخاصة بهذه العقود، فعرفها جانب من الفقه على أنها:" اتفاق يبرم بين الدولة المنتجة – المانحة للامتياز – ممثلة في إحدى مؤسساتها النفطية كطرف، والشركة النفطية الأجنبية كطرف آخر، بهدف إنشاء شركة أو مشروع مشترك، تمنح بمقتضاه الدولة للطرف الآخر حق امتياز البحث والتنقيب عن الثروات النفطية واستغلالها في مساحة محددة من إقليم الدولة، ولمدة زمنية معنية مع تحمل الشركة الأجنبية مخاطر التنقيب[3].

وفي تعريف آخر:« تلك الاتفاقيات التي تبرم بين الدولة المانحة للامتياز باعتبارها طرف أول أوإحدى المؤسسات الوطنية التابعة لها ومستثمر أجنبي كطرف ثاني، يحصل

1- وهو ما حدث مع الجزائر، سنة 1971، يرجع بالتفصيل إلى قانون تأميم المحروقات المشار إليه آنفا

2- هاني محمد المنايلي، اتفاق التحكيم، وعقود الاستثمار البترولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 01، 2014، ص 103، وللمزيد من التفصيل في الجانب التاريخي لهذه العقود، يرجع لـ كاوة عمر محمد، مرجع سابق، ص 160- 163.

3- كاوة عمر محمد، مرجع سابق، ث 165.

بمقتضاها الطرف الأخير على حق امتياز البحث واستغلال الثروات البترولية في مساحة محددة من إقليم الدولة ولمدة زمنية معلومة»[1].

في تعريف ثالث:" اتفاق بين الدولة أو الشركة الوطنية من جهة والشركة الأجنبية المستثمرة للنفط من جهة أخرى، بغية إنشاء مشروع مشترك يطلق عليه اسم شركة التشغيل أو شركة العمليات، وتقوم بعمليات الاستثمار النفطي في البلد المنتج في منطقة ومدة معلومتين" [2]

وفي تعريف آخر:" هي عبارة عن اتفاقيات تبرم بين الدول المنتجة للنفط ، وشركات النفط الأجنبية، تقوم بموجبها شركات النفط الأجنبية باستثمارات مكثفة من أجل التنقيب والاستكشاف،ومن ثم الاستخراج، وتطوير حقول النفط ،وصولا إلى إنتاجه وتصديره"[3].

عرفها المشرع الجزائري بأنها:"عقود البحث و/ أو استغلال المحروقات المبرم بين سوناطراك، شركة ذات أسهم وشريك، وشركاء أجانب"[4]

من أهم مميزات هذه العقود أنها قلصت من المساحة المستغلة ومن مدة العقد مقارنة مع عقود الامتياز الأولى التقليدية، وفعلت نسبة المشاركة في المشروع[5]، ومكنت الدول المضيفة للاستثمار من بسط رقابتها واكتساب الخبرة الفنية في مجال البترول، عدا حصول

1- أحمد عبد الحميد عشوش وعمر أبو بكر باخشب، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، د.ط، سنة 1998، ص .242

1- مرتضى جمعة عاشور، الالتزام بمنح الحقوق الحصرية في عقود الاستثمار النفطية، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، ، كلية القانون ، جامعة ذي قار، الناصرية ، العراق 2012 ع 4 ص 11

2- هاني محمد كامل المنايلي، مرجع سابق، ص 103.

4- المادة 05 من قانون 07/05 المؤرخ في 2005/04/28 يتعلق بالمحروقات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/13 الصادر بتاريخ 2013/02/20 ج ر ع 11 الصادرة في 2013/02/24.

5- فبعد أن كانت نسبة المشاركة رمزية، وصورية ينص عليها ولا يعمل بها في إطار عقود الامتياز، أصبحت هذه النسبة معلومة، ومحددة بالاتفاق والتفاوض وفعالة،وفي الجزائر تعد هذه النسبة هي من أهم البنود، لاعتمادها على قاعدة 49/51، وهي من الركائز التي لم يمسها التعديل ولا التغير ،وبعد اتفاقية المشاركة بين سوناطراك وشركة جيتي أويل في 19 أكتوبر 1968 من أهم الأمثلة على ذلك، مدونة التوظيف معلومات عامة عن سوناطراك – traveilcity blogspot. Com لتاريخ 2019/08/15

الدولة على إتاوات غير قابلة للاسترداد ناشئة عن سلطتها وسيادتها على إقليمها، تضاف إلى الضرائب والرسوم ونسب الأرباح، كما تستفيد هذه الدول من عوائد مالية أخرى تشمل العلاوات والإيجارات الخاصة بالتنقيب، وهو الأمر الذي لم تكن هذه الأخيرة تتمتع به في ظل عقود الامتياز القديمة، التي كانت تمنح امتيازات وإعفاءات ضريبية للمستثمر الأجنبي لمدة معينة و طيلة مدة العقد.

عقود اقتسام الإنتاج: تعد عقود اقتسام الإنتاج من أكثر صور التعاقد النفطي إبراما بين الدول والشركات، يعتمد هذا النوع من العقود على قيام الشركة الأجنبية بكل أعمال التنقيب والبحث، وتتحمل كافة المصاريف والمخاطر مقابل استفادة الدولة صاحبة الأرض من اقتسام الإنتاج بعد اكتشاف البترول بكميات تسمح بالإنتاج التجاري، وبعد خصم المصاريف، أما إذا كانت الكميات المكتشفة لا تسمح بالإنتاج التجاري، أو أن التنقيب لم يضفي إلى اكتشاف فإن الطرف الأجنبي لا يستفيد من أي تعويض[1].

اختلف الفقه في ما إذا كان هذا النوع من العقود من قبل المقاولة أو من قبل عقود المشاركة، أو ما إذا كان نوعا قائما بذاته، إلا أنه سواء اعتبر مقاولة أو عقد مشاركة أو غيره، فإن ذلك يؤثر على مضمونه ولاعلى الالتزامات والحقوق المترتبة لأطراف[2].

عقود المقاولة النفطية: يختلف مبدأ المقاولة في العقود النفطية عن النظرية الكلاسيكية للمقاولة المعروفة[3]، لأن صاحب المشروع في هذه العقود هو الدولة المشرفة على النفط، بينما المقاول هو الأجنبي الذي تستعين به الدولة، والذي يتولى مسؤولية الكشف والتنقيب عن النفط وإعداده للإنتاج، متحملا كافة المصاريف والمخاطر من بداية المشروع إلى أن

1- سمير دنون، قانون النفط والعقود النفطية، المؤسسة الحديثة للكتيبات،لبنان، ط 01، 2015، ص 65-66.

2- كاوة عمر محمد، مرجع سابق، ص 228.

3- بأنها اتفاق يتولى بموجبه أحد الأشخاص بتنفيذ عمل معين خلال فترة معينة محددة،و بمجرد تنفيذ العمل وحصول المقاول على أجره من صاحب العمل تنتهي صلة المقاول بالمشروع، سمير دنون، مرجع سابق، ص 64.

يصبح مورد دخل، فالمقاول في هذه المشروعات لا يتقاضى أجرا، وإنما يسترد ما أنفقه على المشروع ويحصل بعدها على نصيب من الإنتاج[1].

عقود الخدمة النفطية: تتشابه عقود الخدمة النفطية مع عقود المقاولة إلى حد كبير، إلا أنها تعد صيغة متقدمة ومتطورة في مجال الاستثمار النفطي،تعرف على أنها:" نوع من العقود الذي تقوم فيه الشركة الأجنبية بعمل مقاولاتي، في خدمة الشركة الوطنية في البلد المنتج ولصالح الدولة، مقابل أجر تتلقاه من هذه الأخيرة، إضافة إلى التزاماتها بأن تبيعها كمية من النفط بسعر تفضيلي[2].

عقود الاستثمار النفطي في القانون الجزائري: يعد قطاع المحروقات أول قطاع مسته الإصلاحات الاقتصادية سنة 1986[3]، وبموجب هذا القانون تمكنت سوناطراك من إبرام عدة عقود شراكة، ومكنت أيضا من السيطرة والهيمنة على جميع أنشطة القطاع، خصوصا وأن الاقتصاد الجزائر في تلك الفترة كان يعاني من تبعات الأزمة الاقتصادية الدولية[4].

وقد أكد قانون 14/86 موقف الجزائر الرافض للتحكيم أين ألزم المشارك الأجنبي لشركة سوناطراك على عرض النزاع على لجنة توفيق، فإن لم يصلا إلى اتفاق أو حل ودي فإن عليها عرض النزاع على القضاء الجزائري[5]. ورغم أن هذا القانون تضمن قفزة نوعية

1- سمير دنون، المرجع السابق، ص 64، يشتبه هذا النوع من العقود من النمط السابق لعقود تقاسم الإنتاج.

2- كاوة عمر محمد، مرجع سابق ، كندة جمال عبد الساتر، التحكيم في عقود البترول، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون الأعمال، الجامعة اللبنانية 2017، ص 25.

3- بموجب قانون 14/86 المؤرخ في 13 أوت 1986 المشار إليه آنفا،

4- وهي الأزمة التي طالت العديد من الدول التي تعتمد على الاقتصاد الريعي، وتجعل عائدات البترول مصدرا أولا للتمويل.

5- المادة 63 من القانون 14/86.

في علاقة سوناطراك مع الشريك الأجنبي في مجال إبرام عقود البترول، إلا أنه كان يعاني ضعفا، خصوصا فيما تعلق بطرق تسوية النزاع[1]، وعدم فتح المجال للاستثمار الأجنبي[2].

عرف هذا القانون تعديلا في 1991 بموجب القانون 21/91[3] تضمن اعترفا جزئيا بالتحكيم بموجب المادة 12 منه[4]، مع منح امتيازات أخرى منها ما تعلق بمجال الغاز، وتعديل الجانب الجبائي وخفض ضريبة الدخل والإتاوات.

اعتبر البعض ما تضمنه هذا القانون تنازلا عن بعض المبادئ التي كانت الجزائر تتمسك بها منذ الاستقلال، من أجل تكريس جملة الإصلاحات[5] وتواصلت المساعي الإصلاحية من أجل النهوض بقطاع البترول في الجزائر ومن خلفه دفع عجلة الاستثمار ليصدر قانون المحروقات 07/05[6]، لأنه اشتمل على مجمل صيغ التعاقد في مجال البترول، وكذلك تم اعتماد الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات، والوكالة وطنية لمراقبة النشاطات وضبطها في مجال المحروقات[7].

1- مسألة استبعاد التحكيم كما سبق الإشارة إليه.

2- ربحيوي هواري، تطور مبدأ القابلية للتحكيم في التشريع الجزائري للمحروقات، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانة بغليزان ، المجلد 07، عدد 02 الصادر بتاريخ 2019/06/16، ص 290.

كذلك بوحنية قوي، حمتيس محمد، قانون المحروقات في الجزائر وإشكالية الرهانات المتضاربة، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، جامعة حاج لخضر . باتنة العدد 04، جانفي 2013،ص 60.

3- القانون رقم 21/91 المؤرخ في 1991/12/04 المشار إليه آنفا.

4- المادة 12 تعدل وتتمم المادة 63 من القانون رقم 14/86 المؤرخ في 13 أوت 1986 كالآتي: "تخضع المنازعات التي تنشب بين الدولة وأحد أطراف عقد الاشتراك للجهات القضائية الجزائرية المختصة، أما المنازعات الناجمة عن تفسير وتطبيق عقد الاشتراك بين المؤسسة الوطنية وشريكها الأجنبي، فتكون محل مصالحة مقدما حسب الشروط =المتفق عليها بين الأطراف في عقد الاشتراك، وفي حال فشل عملية المصالحة يمكن لأطراف العقد عرض النزاع على التحكيم الدولي، يطبق القانون الجزائري لاسيما هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه لحل النزاعات".

5- ربحيوي هواري، مرجع سابق، ص 282.

6- قانون 07/05 المؤرخ في 2005/04/28 المتعلق بالمحروقات، ج ر ع50 المؤرخ في 2005/07/19

7- المادة 12 من القانون رقم 07/05:" تنشأ وكالتان وطنيتان مستقلتان تتمتعان بالشخصية القانونية والاستقلالية المالية، تدعيان وكالتي المحروقات:

- وكالة وطنية لمراقبة النشاطات وضبطها في مجال المحروقات ،وتدعى في صلب النص: "سلطة ضبط المحروقات
- وكالة وطنية لتثمين موارد المحروقات وتدعى في صلب النص " النفط"....."

عزز هذا القانون من القدرة التنافسية لسوناطراك، وعكس رغبة الدولة الجزائرية في تحويل سوناطراك من ممثل للقطاع العام إلى متعامل اقتصادي، خصوصا وأنه تضمن توجها ليبراليا بمنح سوناطراك المشاركة في الاستغلال يصل إلى 30% ولا يقل عن 20% عندما لا تكون طرفا متعاقدا، لكن هذه النظرة الليبرالية لم تدم طويلا للتتداركها الجزائر مباشرة في 2006 بتعديل القانون 07/05 من خلال تأكيد قاعدة 49/51 وفرض رسم جديد على الأرباح الاستثنائية، غير قابل للحسم على الشركاء الأجانب[1].

وهو ما أثر سلبا على نشاط الشركة التي منحت امتيازات كبيرة لم تستطع إدارتها ولا اتخاذ القرارات المناسبة لها، مما انعكس على قطاع المحروقات ككل، إذ عرف انخفاضا في الإنتاج وعزوفا من قبل المستثمرين الأجانب[2].

ومع ذلك فإن هذا القانون كانت له عدة إيجابيات من بينها منح الشركات ألأجنبية امتياز النقل بواسطة الأنابيب، والنص على تحويل الملكية عند نهاية مدة العقود بما تتضمنه من تكنولوجيا[3]،إلا أن النقاط لم تكن كافية لتجعل من هذا القانون وسيلة لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية، مما جعل مسألة تعديله ملحة لمحاولة تفادي الأسوأ، خصوصا وأن عدد الاستثمارات الأجنبية تراجع بصفة غير مسبوقة، وأصبح يعد على الأصابع، فصدر القانون 13/01 بتعديل قانون 07/05[4] الذي تضمن تعديل وتتمة 58 مادة من قانون 07/05 بالإضافة إلى 10 مواد جديدة لم تخرج عن النهج الذي كان متبعا منذ 1986،

1- الأمر رقم 10/06 المؤرخ في 2006/07/29 يعدل ويتمم قانون 07/05،ج رع 48 المؤرخ في 2006/07/30،

2- بوحنية قوي، خميس محمد، مرجع سابق، ص 71.

3- المواد من 78 إلى 82 قانون 1/06 المعدل والمتمم لقانون 07/05، وتضمنت المادة 1/48 منه تأكيدا على قاعدة 51/49 من خلال الإحالة على المادة 32 التي جاء فيها ".... تتضمن عقود البحث والاستغلال، وعقود الاستغلال وجوبا بندا يسمح بمشاركة المؤسسة الوطنية سوناطراك شركة ذات أسهم

وفي كلتا الحالتين تحدد نسبة مشاركة المؤسسة الوطنية سوناطراك شركة ذات أسهم بنسبة لا تقل عن 51% قبل كل مناقصة للمنافسة في هذه العقود."

4- قانون 01/13 المؤرخ في 20 فيفري 2013 يكمل ويعدل قانون 07/05 المتعلق بالمحروقات ج ر ع 11 المؤرخ في 2013/02/24

ورغم محاولة تغير الإطار القانوني والإطار الجبائي إلا أن هذه التعديلات لم ترق لمستوى تطلعات الحكومة في جلب الاستثمار، خصوصا في ظل الاستهلاك المحلي المتزايد وعدم وجود مناخ مناسب لما يكتنف القطاع من بيروقراطية وعراقيل[1]، فعكفت الجزائر على تعديل هذا القانون مرة أخرى سنة 2019 ، إلا أنه أسال الكثير من الحبر بعد الجدل الذي طاله، وموجة الاحتجاجات التي وجهت ضده، بين معترض على توقيت صدوره،لا على محتواه، وبين معترض على نص القانون أصلا، ليصدر في الأخير قانون 13/19[2].

ما يلاحظ على النص الجديد أنه حاول مواكبة ما يحدث على الساحة الدولية في مجال التشريع البترولي،وبالتالي تجاوز النقائص والسياسات التي كانت في القوانين السابقة، لذا سعى المدافعون عنه لتجنب أي تأخير أو تأجيل في إقراره، لتفادي إضعاف القدرات التفاوضية للطرف الجزائري في المستقبل، وأي تأجيل سيدفع الجزائر –حسبهم– لفخ الاضطرار لتقديم تنازلات غير واردة إطلاقا للشريك الأجنبي، خصوصا وأن مشروع القانون بدأ العمل عليه منذ 2017 من قبل لجنة خبراء مختصة، ويرى المدافعون –دائما– أن النسب الجبائية المنصوص عليها هي الأكبر إقليميا بين 23 دولة طاقوية من دول الجوار، وكان لزاما عليها ردها للحد المتفق عليه دوليا وهو 60%[3].

في حين يرى الرافضون لهذا القانون من الخبراء الاقتصاديين[4]، أنه أعد دون الاستعانة بهم وبكفاءتهم، وأن الجزائر تملك من الخبراء والأستاذة سواء على المستوى المحلي الداخلي أو على المستوى الدولي، ما يكفي لإعداد مشروع قانون يتلاءم والبيئة

1– بوحنية قوي، خميس محمد، مرجع سابق، 51.

2– قانون 19–13 المؤرخ في 2019/12/11 ينظم نشاطات المحروقات ج ر ع 79 المؤرخ 2019/12/22

3– الأستاذ مهماه بوزيان، دكتور في الطاقات المتجددة ،خبير اقتصادي، نقاش مفتوح حول قانون المحروقات، قناة النهار، حصة 201/10/12.

4– لأن أكبر فئة رافضة لهذا القانون من السياسيين وعامة الناس يرجعون رفضهم إلى التوقيت غير المناسب لإصداره، كون الجزائر تعيش فترة سياسية حرجة، وحكومة تصريف الأعمال ليس من اختصاصها إصدار القوانين خصوصا لما تكون قوانين بهذا الثقل وتمس اقتصاد البلاد وسيادتها.

الجزائرية، ويلبي كل التطلعات الاقتصادية، ويرقى لمستوى التشريعات الدولية، ويهيبون على من أعده أنهم لجأوا للاستعانة بالشركات الأجنبية ومكاتب الدراسات الخارجية[1].

كما أعابوا على القانون أنه تضمن إعفاءات جبائية كبيرة من أجل الاستقطاب، لكن الإعفاءات هذه كانت بنسب عالية، مما سيتسبب في نقص مبالغ مالية ضخمة من إيرادات الدولة، وأن هذه الإعفاءات وإن جلبت استثمارات جديدة، فإن هذه الاستثمارات لن تشرع في إدرار أرباحها إلا بعد سنوات، وهي فترة طويلة ستعرِّض خلالها الاقتصاد لمزيد من الهزات[2].

ورغم أن القانون الجديد حافظ على حق الشفعة لسوناطراك، بمنع تحويل حصص الشركات الأجنبية لشركات أخرى في الحقوق النفطية والغازية الجزائرية، قبل أن تبدي سوناطراك رغبتها في الشفعة، وحافظ أيضا على الأغلبية في الشراكات، وعدل من مدة العقود إلى 30 سنة، إلا أنه في المقابل أيضا فتح الاستكشاف بدون عمق محدد، وهي نقطة أخرى أثارت الجدل، لأن الاسكتشاف في الأعماق الصغيرة كان محتكرا لسوناطراك التي كانت تلجأ للأجانب من أجل الاستكشاف في الأعماق البعيدة، لعدم امتلاكها للتكنولوجيا الملائمة، لكن بموجب نصوص القانون الجديد فإن الشركة الأجنبية يمكنها الاستكشاف حتى في الأعماق الصغيرة، وعوض أن تحاول سوناطراك التقدم لتتمكن من الاستكشاف في الأعماق البعيدة، آثرت التنازل عما يمكنها القيام به، وكأنها بذلك ترجع خطوة للوراء، والأمر ذاته بالنسبة لمسألة الاسترجاع التي مكنت منها الشركات الأجنبية بموجب النص الجديد بسبب عجز سوناطراك عن القيام بها، وهو ما سيكبدها خسائر مسبقة تصل إلى غاية 25% من الإنتاج.

1- عبد المالك سراي، خبير اقتصادي، برنامج السوق لحسن فوذة ، قناة الغد 2013/10/12، وفي ذات اللقاء يؤكد السيد الخبير سراي أنه تم سؤال أكثر من 1000 خبير جزائري داخل الوطن وخارجه عن مشروع قانون المحروقات، وأن أغلبهم أجمعوا على رفضهم له لعدم ملاءمته.

2- أستاذ مختار علالي، أستاذ الاقتصاد جامعة بشار، حوار متلفز بتاريخ 2019/10/12.

أما بخصوص التحكيم فإن القانون الجديد سمح باللجوء للتحكيم الدولي،على غرار باقي القوانين، إلا أن هذا القانون سمح بالتحكيم منذ مرحلة الاستكشاف، وهو ما لم يكن في قانون 2005 و2013، أي أن مرحلة الاستكشاف في ظل القانون الجديد خصص لها حيز أكبر من الذي كانت عليه في ظل القوانين السابقة منذ 1986،إذ تعد هذه المرحلة الأهم، والفرص الممنوحة بموجبها هي التي تستقطب المستثمر الأجنبي، فعادة ما يعترض هذه المرحلة منازعات في الواقع، سواء حول المساحة أو طريقة العمل، وحتى العتاد المستعمل أو المسائل المتعلقة بالتأمين... مما قد يشكل موضوع قضية تحكيم، ومنع التحكيم في هذه المرحلة المتقدمة من العلاقة التعاقدية، كان من شأنه تنفير المستثمر، خصوصا وان الكثير من هذه العلاقات لا تتعدى مرحلة استكشاف (أي كان البحث سلبيا).

أنواع العقود البترولية في قوانين المحروقات المتعاقبة

- ***بالنسبة لقانون 14/86 وقانون 07/05:***

بعد تلاشي عقود الامتياز وظهور الأشكال الجديدة للتعاقد في مجال المحروقات، كان قانون 14/86 أول نص تناول هذه الأنواع وأدرجها بصفة صريحة. وتم النص ضمن بنوده على:

عقد تقاسم الإنتاج: وتميز هذا العقد بأن حصة الشريك الأجنبي لا تتجاوز 49% للإنتاج الكلي بالإضافة إلى تحمله مخاطر عمليات الاستكشاف، ليستفيد من عدم دفعه أي ضرائب، وتعويض عن التكاليف في حالة الاستكشاف الإيجابي، مع بدل أتعاب بنقل جزء من إنتاجه عبر معابر الشحن دون ضريبة.

عقد الشراكة بالمشاركة: يشترك هذا النوع من العقود في نسبة 51/49 هو ألآخر، ويتميز بتحمل الطرف الأجنبي مخاطر الاستكشاف، مع تقاسم الحقوق والواجبات اعتمادا على نسبة المشاركة وكذا تقاسم الإنتاج، ودفع الضرائب والإتاوات.

- **عقد الخدمة:** ويتميز هذا النوع من العقود بالسماح لشريك الأجنبي باختيار نوع المخاطر التي يتحملها، واعتماد الدفع على نوع المخاطر المختار، وكذلك استفادته من تعويض

التكاليف وبدل الأتعاب نوعي أو نقدي، دون استفادته في المقابل من أية امتيازات في حقول الإنتاج.

وبمقارنة بين هذه العقود في القانونين فإننا نجد الملكية كانت في 1986 تؤول للدولة ممثلة في سوناطراك، بينما في 2005 تؤول الملكية للدولة دائما لكن ممثلة في الوكالة الوطنية لتثمين المحروقات (النفط).

عقود التي أوردها قانون المحروقات 2019: حافظ قانون المحروقات لـ 2019 على نفس الصيغ التعاقدية مع اختلاف بسيط في شروط الإبرام:

1- عقود تقاسم الإنتاج: بالحفاظ على الشروط العامة لهذه العقود، اشترط قانون 2019 أن لا يكون للشريك الأجنبي أي اتصال مع وكالتي النفط. ولا مع الإدارة الجبائية، لتحدد علاقته مع سوناطراك فقط ، كما أن للشريك الأجنبي أن يجلب مساهمته المالية والتكنولوجية، التي يسترجع تكاليفها حسب شروط العقد، بالإضافة إلى أن الإقامة في الجزائر لا تفوض عليه.

- **عقد المشاركة:** يكون للشريك الأجنبي ولسوناطراك، وفق هذه الصيغة نفس الحقوق والواجبات من حيث النفقات، والأجر والضريبة، وفي المقابل بفرض عليه الإقامة بالجزائر، من خلال إنشاء فرع.

- **عقد الخدمات الخطيرة:** تمكن هذه الصورة التعاقدية سوناطراك من اللجوء للاستعانة بخبرة شركة أجنبية من أجل تطوير حقول صعبة الاستغلال، أو من أجل تحسين عملية استرجاع حقول مستغلة، وتجدر الإشارة إلى قانون المحروقات 2019 حافظ على قاعدة 51/49 في جميع الصيغ التعاقدية[1].

1 -/ التوفيق حكار رئيس المجمع المكلف بمراجعة قانون المحروقات للبلاد أون لاين: djazairess. Com 13/03/2019.

المبحث الثاني

النظام القانوني لهيئة التحكيم في التحكيم التجاري الدولي

تستشف أهمية دور المحكم منذ بداية اتفاق الأطراف على التحكيم إلى غاية صدور حكم التحكيم وتنفيذه، مما يجعله عصب العملية التحكيمية، وبالتالي يجب أن يكون متمكنا مختصا عارفا، وهو ما يزيد من مسؤولية الأطراف في الاختيار الدقيق والصائب لهيئة التحكيم لتفادي الوقوع في أخطاء قد تعيق السير الحسن للعملية التحكيمية ككل.

ورغم الطابع الاختياري التعاقدي للتحكيم ككل والعلاقة التعاقدية بين المحكم وطرفي النزاع إلا، أنه يتمتع باستقلالية في إدارة الخصومة لتمكينه من أداء مهمته دون تلقي تعليمات من الأطراف، وبالخصوص من الطرف الذي تولى اختياره، إلا أن الاستقلالية لا تعني حريته المطلقة في إدارة الخصومة لأنه سيبقى مرتبطا بقضاء الدولة (علاقة تعاون ورقابة).

وبما أن المحكم هو حجر الزاوية في نظام التحكيم فإننا سنحاول تناول كل ما يتعلق به من التعريف إلى الشروط الواجب توافرها في المحكم (في المطلب الأول)، ثم سلطات المحكم ومسؤوليته (في المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف المحكم والشروط الواجب توافرها فيه

إن الحديث عن المحكم باعتباره المحور الأساسي الذي تدور حوله خصومة التحكيم لما يلزمه من دقة ومهارة، تمكنه من الأداء الحسن لمهمته الذي ينتج عنه سلامة في الإجراءات وصحة في الحكم يتوقف على ما يحمله المحكم من مؤهلات وخبرات[1].

1- طارق فهمي الغنام، التنظيم القانوني للمحكم، مركز الدراسات العربية، مصر، ط 01/ 2014، ص 15.

الفرع الأول

تعريف المحكم و تمييزه عمن يشابهه

أولا- تعريف المحكم

إن المحكم أو هيئة التحكيم أو المحكمة التحكيمية[1] هو الركن المهم في نظام التحكيم، وقد سبق لنا أن تناولنا تعريفه اللغوي في بداية هذا البحث عند التفصيل في لفظ (حكم).

أما عن التعريفات المختلفة للمحكم، وهيئة التحكيم فمجملها نظم العناصر ذاتها، ونورد منها على سبيل المثال:

إن المحكم: "هو شخص يختاره الأطراف ذو الشأن للفصل في نزاع قائم بينهم"[2].

وفي تعريف آخر: "هو شخص يتمتع بثقة الخصوم، أولوه عناية الفصل في خصومة بينهم، وقد يتم تعيينه من قبل المحكمة في الحالات التي نص عليها القانون للقيام بذات المهمة المتقدمة"[3].

---

1 – تختلف التسميات بين التشريعات والفقه ، وإن كان المقصود بها الجهة المخولة بالفصل في الخصومة التحكيمية، سواء كانت فردا ، وتعدد أفرادها.

2- حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، ط 04، مكتبة لبنان، بيروت 2002، ص 51.

3- ماهر محمد حامد، النظام القانون للمحكم، دار الكتاب القانونية، مصر، ط 01/ 2011، ص 20، عن الدكتور أبو العلاء النمر، والدكتور أحمد قسمت الجداوي، هامش 04. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري، مرجع سابق، ص 144.

ويقصد بهيئة التحكيم الجهة التي تتولى بإرادة طرفي النزاع، الفصل فيه، المحرر بشأنها اتفاق التحكيم، وهذه الجهة قد تتشكل من محكم فرد أو أكثر، بشرط أن يكون عددها وترا[1].

1- إن تعيين هيئة التحكيم من العراقيل التي تعترض سير الخصومة التحكيمية، لذا عنت مختلف التشريعات واللوائح بضبطها تفاديا لتعطيل العملية التحكيمية، ولم تختلف هذه التشريعات واللوائح في طرق تعيين هيئة التحكيم وأجمعت على أن التعيين يكون إما:

1- بناء على اتفاق الأطراف بتفعيل مبدأ قانون الإرادة مع مراعاة المساواة بين طرفي التحكيم في اختيار المحكمين، وعليه فإن تشكيل الهيئة قد يتم إما عن طريق الاختيار المباشر (وهو الأصل) فيختار الأطراف المحكمين شخصيا (اسما وصفة وعنوانا) وإما عن طريق التفويض عن طريق توكيل الأطراف مهمة اختيار المحكمين لمن يتولى ذلك، ممن تتم الإشارة إليهم في العقد الأصلي أو في اتفاق التحكيم، يرجع لمزيد من التفاصيل إلى مقالنا المنشور: كروم نسرين، التحكيم المبتور كحل لإنقاذ الخصومة التحكيمية، مقال منشور بمجلة الدراسات القانونية، جامعة المدية، المجلد 04، العدد 02، جوان 2018، ص 24. محمد كولا، مرجع سابق، ص 149.

أما عن التشريعات واللوائح التي تبنت هذه الطريقة في التشكيل فنذكر على سبيل المثال لا الحصر المادة 11 من القانون النموذجي لسنة 1985 والمادة 03 الفقرة "ز" من لائحة قواعد اليونسترال لسنة 1976 المعدلة سنة 2010 والمادة 08 من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي للتحكيم التي بدأ العمل بها في 2011/03/01 والفصل 41/327 من القانون المغربي 08/05، والمادة 18 من القانون السوري 08/04 والمادة 52 من القانون القطري 17/02، وكذا المادة 1451 من القانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل سنة 2011 والمادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ومن جهة أخرى لم تحدد معظم التشريعات عدد المحكمين المعينين معتبرين أنها من المسائل التي ترجع لاتفاق الأطراف، الذين يمكنهم الاكتفاء بمحكم فرد لما توفره هذه الطريقة من أريحية وسرعة في التشكيل.

كما يمكن للأطراف اعتماد هيئة التحكيم بتشكيلة متعددة تفاديا لسلبيات الطريقة السابقة من حيث ثقل المسؤولية على المحكم الفرد أو سوء اختيار من لا تتوفر فيه الكفاءة والخبرة والاختصاص أو ...الخ. أما عن الوترية =في العدد فإن من اللوائح والتشريعات من لم تشر إليها بما فيها المشرع الجزائري ومنها من اعتمدها (القانون المصري في المادة 15 والقانون السوري 08/04 في المادة13). يرجع في ذلك إلى كروم نسرين، مرجع سابق، ص 26، .26

2- عن طريق القضاء: في حالة عدم اتفاق الأطراف وفي حالة اختلافهم وتقاعسهم عن القيام بما أوكل إليهم.

وإذا كانت أغلب التشريعات نصت على اختصاص القضاء في هذه الحالة إلا أن الاختلاف بينهما كان في الجهة المختصة حسب التقسيمات الواردة في القوانين الداخلية للدول (محكمة باريس في فرنسا، ومحكمة الاستئناف في الرياض، والمحكمة العامة في السودان... مع الرجوع للنصوص السالفة الذكر). أما المشرع الجزائري فقد ميز بين حالات ثلاث: الحالة الأولى عندما يتم التحكيم في الجزائر فإن الاختصاص يؤول للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، والحالة الثانية عندما يتم التحكيم في الخارج ويختار الأطراف تطبيق القواعد المعمول بها في الجزائر فيؤول الاختصاص لرئيس محكمة الجزائر، أما الحالة الثالثة إذا لم يحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم فإن الاختصاص يؤول إلى المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ (المادة 1041، 1042

ثانيا- المركز القانوني للمحكم

اختلف الفقه في المركز القانوني للمحكم بين أراء ثلاث، فمنهم من يراه يشغل مركز القاضي، ومنهم من يرى أنه يشغل مركز الفرد العادي مثله مثل طرفي النزاع، ومنهم من يرى أنه يشغل مركزا خاصا فلا هو بالقاضي ولا هو بالفرد العادي.

أما أنصار الرأي القائل بأنه فرد عادي فيرون أنه شخص عادي، عهد إليه الأطراف بمهمة الفصل فيما ينشأ بينهم من نزاع، وبالتالي فإن الحكم الصادر عنه من أعمال الإرادة، ويستمد قوته من اتفاق الأطراف المستند إلى عقد، وللمحكم قبول مهمة التحكيم أو رفضها، كما أن حكمه لا يتمتع بالقوة الآمرة كالتي للقاضي[1].

كما أن سلطة المحكم هي سلطة عرضية واستثنائية منحت له بموجب عقد التحكيم، والهدف من اللجوء إليها هو اتباع إجراءات سريعة أقل رسمية، وتحقيق مبادئ العدالة مقابل التخلي عن بعض الضمانات والإجراءات التي يحققها النظام القضائي[2].

بينما يتجه أنصار الرأي الذي يرجع المحكم قاضيا هم ذاتهم أنصار الطبيعة القضائية للتحكيم[3]، وهم يرون أن المحكم هنا يصدر حكما ملزما يحل محل قضاء الدولة، مما يمنحه صفة العمل القضائي، ودور المحكم حسبهم هو دور القاضي الذي يتمثل في تطبيق القانون على النزاع[4]، ويؤكد أنصار هذا الرأي توجههم على أساس أن العمل القضائي يقوم على

ق إجراءات مدنية وإدارية جزائري)، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد فصل في جميع الحالات التي من شأنها عرقلة العملية التحكيمية في النقطة الخاصة بتشكيل هيئة التحكيم، مع الإشارة إلى اعتماده للوترية فيما يخص التحكيم الداخلي (المادة 1017 ق ا م ا ج) لمزيد من المعلومات في هذا السياق يرجع إلى : مصطفى محمد الدسوقي، مرجع سابق، ص 45، 52. أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح، مرجع سابق، ص 153 وما يلي. جعفر مشيمش، مرجع سابق، ص 101 وما يليها.

1- أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 162.

2- طارق فهمي غنام، مرجع سابق، ص 18.

3- يرجع إلى طبيعة التحكيم المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول.

4- أحمد إبراهيم أحمد، مرجع سابق، ص 37. أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق، ص 108. رضوان أبو زيد، مرجع سابق، ص 33.

ثلاثة عناصر هي الادعاء والمنازعة والعضو القائم بالعمل، وهو الشخص الذي يملك قانونا صلاحية الفصل في النزاع، فإذا طبقت هذه المعايير على التحكيم نجد توافرها[1].

أما الرأي الثالث فيرى أن المحكم يشغل منصبا خاصا لا هو قاضي صرف ولا فرد عادي، بل بين هذا وذاك، فهو عمل إرادي أساسه إرادة الأفراد، قضائي كون الحكم الذي يصدره يكون ملزما، والطبيعة الخاصة للمركز القانوني للمحكم مستمد من الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم الذي تخرجه من الطبيعة التعاقدية المحضة أو القضائية المحضة[2].

وهو الرأي الراجح لدى اغلب الفقه والذي يميل إليه أيضا، والأقرب للصواب لأن المحكم يقوم فعلا بدور هام ذا طبيعة قضائية، ولكنه ليس قاضيا بما يعني المعروف، إذ لا يملك السلطة الآمرة التي يملكها القاضي كتوقيع العقوبات والغرامات[3].

ثالثا- تمييز المحكم عمن يشابهه

رغم أن المحكم يسعى إلى إيجاد حل لنزاع قائم بعد قبوله لمهمة التحكيم، إلا أن سعيه ذاك يشترك فيه مع أشخاص آخرين، يتشابه معهم في عدة جوانب ويختلف عنهم في أخرى منهم:

- **المحكم والقاضي:** توصلنا في العنوان السابق أن المحكم يشغل مركزا خاصا بين القاضي والشخص العادي، وأن عمله يشترك مع العمل القضائي في عدة نواحي نحاول تلخيصها في ما يلي:

- **أوجه التشابه**

- كل من التحكيم والقضاء ولاية حكم[4].

1- طارق فهمي غنام، مرجع سابق، ص 19. عن الأستاذ محمد عبد الخالق عمر، هامش02.

2- محسن شفيق، مرجع سابق، ص 32.

3- طارف فهمي غنام، مرجع سابق، ص 20.

4- بل يرى بعض الأحناف أن التحكيم فرع من فروع القضاء، محمد وهبة الزحيلي، القضاء في الإسلام، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة، المملكة العربية السعودية، العدد 31، سنة الثامنة، ديسمبر 1996، ص 101.

- كل من المحكم والقاضي يكتسب ولاية الحكم ممن ولاه[1].
- كل من القاضي والمحكم يختص بالفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصه[2].
- كل من القاضي والمحكم ملزم باحترام السرية في المداولة والسرية في دراسة الملف، وكل منهما كذلك ملزم باحترام الحياد والاستقلالية واحترام حقوق الدفاع[3].
- كل من حكم التحكيم والحكم القضائي يتمتعان بحجية الأمر المقضي فيه متى توافرت الشروط[4].
- لكل من القاضي والمحكم طلب التنحي إذا شعر أي منهما أن هناك أسباب قد تؤثر على حياده[5].

- أوجه اختلاف المحكم عن القاضي

وإن كانت أوجه التشابه بينهما عديدة إلا أن هناك عدة نقاط يختلفان فيهما هي:

- إن أول اختلاف جوهري بينهما هو في جهة التعين، فالمحكم يعين ويتم اختياره من قبل الأطراف كمبدأ، بينما القاضي يعني من قبل السلطة الإدارية التي يتبعها جهازه القضائي، فالقاضي يتبع السلطة القضائية وهي ثالث سلطة في الدولة، وبعد القضاء مظهرا من مظاهر السيادة ، بينما لا يتمتع المحكم بهذه المكانة والسمة[6].
- تقتصر ولاية المحكم على الدعوى التي عين لها، بينما ولاية القاضي تمتد لكل القضايا التي في اختصاصه، وفي الجلسة التي يرأسها، كما أن التحكيم أضيق مجالا من القضاء من حيث الاختصاص النوعي، بينما هو أوسع منه من حيث الاختصاص

1- ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص 25.

2 – تطبيقا لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، يرجع في ذلك لآثار مبدأ الاستقلالية

3- عاشور مبروك، مرجع سابق، ص 127. – طارق فهمي غنام، مرجع سابق، ص 22، 23.

4- حفيظة السيد حداد، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة، دار الفكر الجامعي 2000، ص 06.

5- أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 185.

6- ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص 26.

الإقليمي، لأن القاضي يكون اختصاصه الإقليمي محدد برقعة جغرافية إطارها المحكمة التي يعمل فيها، بينما لا يتقيد المحكم بمكان ما إذا يمكنه نظر الخصومة ولو كان أحد الأطراف لا يقيم في بلد التحكيم.

- أن تعين المحكم يكون لشخصه هو فلا يستطيع استخلاف محكم آخر إلا إذا رضيا الطرفين بالمحكم المستخلف، لكن القاضي قد يستخلف زميله دون الرجوع إلى أطراف الدعوى[1].
- إن المحكم يمكن أن يجمع بين مهمة التحكيم ووظيفة أخرى، عكس القاصي الذي لا يمكنه ذاك، كما أن المحكم غير ملزم بأداء اليمين القانوني التي لا يباشر القاضي عمله إلا بعد تأديتها.
- إضافة إلى شرط الجنسية الوطنية المطلوبة عند القاضي وغير المطلوبة لدى المحكم، وقواعد الترقية والتأديب والعزل والحصانة التي يخضع لها القاضي ولا يخضع لها المحكم[2].
- إن المحكم يتقاضى أتعابا، بينما القاضي أجرا لأنه يخضع لنظام الوظيفة العامة.
- إن المحكم يسعى لتطبيق العدالة بعكس القاضي الذي يسعى لتطبيق القانون، هذا الأخير يعد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة في حالة رفضه القيام بعمله دون عذر مقبول، وهو ما لا يطبق على المحكم وإن امتنع عن الحكم[3].

2- المحكم والموفق: الموفق هو شخص يختاره الأطراف بمحض إرادتهم لمحاولة حل نزاعهم دون الرجوع إلى القضاء أو التحكيم، يتشابه التوفيق والتحكيم في أن كلاهما وسيلة ودية تهدف لحل النزاع بدل اللجوء إلى القضاء، أما أوجه الاختلاف بين المحكم والموفق

1- ماهر محمد حامد، نفس المرجع، ص 26.

2- فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 153. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 190، 200. إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 45.

3- محمود السيد التحيوي، مرجع سابق، ص 148. فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 289. - طارق فهمي غنام، مرجع سابق، ص 3225.

فتحوم إجمالا حول إلزامية الحكم الصادر عن المحكم مقارنة بما عمل الموفق الذي ينحصر في دراسة الوقائع وفحصها ومحاولة تقريب وجهات نظر الأطراف، فإن وفق في ذلك فإنه يحرر محضر اتفاق، ثم يبق للأطراف إما قبوله وتنفيذه وإما رفضه واللجوء إلى وسيلة أخرى[1].

بينما يتمتع حكم التحكيم من حجية قانونية يستمدها من إرادة طرفي النزاع، إذ لا يمكنهما التراجع عنه قبل انتهائه بصدور حكم التحكيم، كما يختلفان من حيث الأثر السلبي الذي يمنح بموجب اللجوء للتحكيم، إذ لا يمكن للأطراف اللجوء إلى القضاء في حالة اختيار التحكيم، بينما لا يتمتع التوفيق بهذا الامتياز[2].

3- التمييز بين المحكم والمصالح: أو المصلح حسب بعض المراجع، فالصلح عقد يقوم من خلاله المصلح بتسوية النزاع من خلال قيام الأطراف بالتنازل عن بعض مطالبهم وترك جزء من ادعائهم للوصول لحل يرضيهم، وبالتالي فإن الصلح يقترب للتوفيق أكثر منه للتحكيم[3].

أما أوجه التشابه بين المحكم والمصلح تتمثل في سعي كل منهما لإيجاد حل للنزاع بعيدا عن أروقة المحاكم، وأن كلاهما يتم اختياره بإرادة الأطراف.

أما أوجه الاختلاف فتركز أساسا حول طبيعة الحل المتوصل إليه، والذي يشترط فيه أن يكون مرضيا للطرفين في الصلح، بينما لا يشترط ذلك في التحكيم الذي يسعى فيه المحكم إلى الوصول لحل عادل يكون ملزما لأطراف التحكيم، إضافة إلى أن الحل المتوصل إليه في الصلح لا يتمتع بالقوة التنفيذية إلا إذا تم توثيقه أو بحكم من القضاء عكس حكم التحكيم.

1- أحمد إبراهيم أحمد، اختيار طريق التحكيم ومفهومه، الدورة العامة لإعداد المحكم، مركز تحكيم عين شمس، سبتمبر 2000، ص 15.

2- مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 13.

3- محمود مختار أحمد البريري، مرجع سابق، ص 20، 21.

إن المصالح يسعى إلى إيجاد حل يرضي الطرفين من خلال اقتراح تنازلهم عن بعض حقوقهم وقبولهم هذا التنازل، بينما لا يطلب المحكم هذا من الأطراف، إذ يسعى إلى إيجاد حل دون اللجوء إلى تنازل أحد الطرفين أو كلاهما[1].

4- تميز المحكم عن الوسيط: إن الوسيط هو شخص يسعى كذلك لحل النزاع بين الأطراف دون اللجوء إلى القضاء من خلال لقاءات يعقدها معهم مجتمعين أو منفردين.

يتشابه عمل المحكم والوسيط في سعي كل منهما للوصول إلى حل للخلاف لكن وجه الاختلاف البارز الذي بينهما يكمن في إمكانية التقاء الوسيط بالأطراف كل على حدة، وهو ما ليس مسموحا به للمحكم الذي لا يمكنه أن يجتمع بالأطراف منفردين إضافة إلى أن العملية التحكيمية تنتهي بحكم تحكيمي ملزم، خلاف عملية الوساطة التي تنتهي بمحضر يوقعه الأطراف إذ قبلوه[2].

5- التمييز بين المحكم والوكيل: يعد الوكيل شخصيا مكلفا من قبل آخر ليحل محله في تصرف ما فهو يستمد سلطاته من موكله، وله حدود يضعها الموكل، يختلف مع المحكم الذي يعد مستقلا تماما في مهمته ولا يتدخل الأطراف في مهمته، فالوكيل يتعامل مع المحكم باسم الطرف الذي وكله وضمن المساحة المخول به التصرف فيها.

وبالتالي فإنه لا يوجد أوجه تشابه بين الوكيل والمحكم تقريبا سوى أن كلاهما يعين ويخير، فيقبل المهمة المسندة إليه بموجب عقد وفق إرادة الأطراف (عقد وكالة، وعقد تحكيم)، إلا أنهما مختلفين تمام الاختلاف فالموكل لا يسعى لإيجاد حل لنزاع، وإنما يقوم مقام موكله، إما مدافعا عن مصالحه، وحاملا لمطالبه أو معبرا عن رأيه نيابة عنه، بحسب

1- ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص 46. هشام خالد، مرجع سابق، ص 159. أحمد أبو الوفا مرجع سابق، ص 32.

2- طارق فهمي الغنام، مرجع سابق، ص 34.

الوكالة عكس المحكم الذي يسعى لإيجاد الحل وترجمته في صيغة حكم فاصل في النزاع، ملزم للطرفين[1].

ثالثا- الشروط اللازم توفرها في المحكم

أن تكون محكما هو أمر متاح، إذ لا يشترط لذلك دراسة أكاديمية معينة، لكن هذا ليس معناه أن الأمر مفتوح على مصراعيه، وإنما لا بد من توافر مجموعة من الشروط نذكرها فيما يلي:

1- الأهلية: إن الأهلية الكاملة شرط في المحكم يتم تحديدها وفقا لأحكام القانون الواجب التطبيق، فلا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجوزا عليه أو محروما من أحد الحقوق المدنية بسبب ارتكابه لجنحة أو جناية أو إفلاس[2].

اتفقت أغلب التشريعات واللوائح على ضرورة تمتع المحكم بالأهلية المدنية وتعتبر من النظام العام ولا يجوز الإخلال بها ولو بالاتفاق، والأهلية المطلوبة في المحكم هي أهلية التصرف التي تعني قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية وتختلف عن أهلية الوجوب (صلاحية التمتع بالحقوق، وأداء الواجبات) من عدة جوانب أهمها القانون الواجب التطبيق[3].

1- هشام خالد، مرجع سابق، ص 153.أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 32. مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 31. عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 399. يرجع لمزيد من التفاصيل للفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا البحث.

2- وليس المقصود بالقانون الواجب التطبيق، القانون الواجب على الإجراءات لأن الأهلية هنا متعلقة بحالة الشخص وهي التي يحكمها القانون الموضوعي للدولة التي ينتمي إليها المحكم بجنسيته، أو قانون الدولة التي يتوطن فيها. لزهر بن سعيد، مرجع سابق ص 150.

3- ماهر محمد صالح عبد الفتاح، اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، بحث مقدم لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص 199.

أما التشريعات التي نصت على ضرورة توافر الأهلية نذكر على سبيل المثال القانون المصري[1]، وكذلك القانون الفرنسي[2]، والمشرع الجزائري[3]، ومن الهيئات واللوائح الدولية نجد مثلا نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي[4].

وفي ذات السياق يجدر الذكر أن خلافا ثار حول القاصر المأذون له لممارسة التجارة بين مؤيد لما يحمل القاصر من تمكن وخبرة وتجربة، وتخصص، وحتى رجاحة عقل فيما يتقن عمله، مقارنة مع شخص آخر يتمتع بالأهلية الكاملة ولا يتمتع بالميزات نفسها، وأخر معارض كون هذا القاصر لا يجوز له التصرف في حقوقه فكيف يكون محكما وهو الراجح، ذلك أن الإذن القضائي الممنوح للقاصر يخص إرادة أمواله فقط، فكيف يكون محكما بين أطراف أخرى وهو الذي لا يتمتع بالأهلية الكاملة؟

إضافة إلى أن الإذن الممنوح له جاء تقديرا من القاضي لظروف محيطة بحالة القاصر استدعت وقوعه حفاظا على المصلحة ولضرورة ملحة، وهي الشروط التي لا تتوفر في التحكيم[5].

أما عن أهلية الشخص الاعتباري، فإن القانون لا يمنع من توليه مهمة التحكيم شرط أن يعين شخصا يمثله، فاختيار مركز التحكيم أو هيئة أو محكمة ما، يكون من أجل قيامه بإدارة العملية التحكيمية، لكن الفصل في النزاع ودراسة الوثائق واتخاذ القرار ومباشرة الإجراءات ككل يقوم الأشخاص الطبيعيون العاملين بهذه الهيئة[6].

ب- كفاءة المحكم: تعد كفاءة المحكم أهم الشروط الواجب توافرها فيه، لأنها السبب الأهم لاختيار محكم دون آخر، فهو قاضي من طبيعة خاصة، وبالتالي يشترط فيه ما يشترط في

---

1 – في المادة 01/16

2- المادة 1451 ق إ م ف.

3 – في المادة 1014 ق ا م ا ج

4- المادة 19من نظام الغرفة

5- أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 162.

6- فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 254، 255. مصطفى محمد الدوسكي مرجع سابق، ص 53.

القاضي من حنكة وخبرة ومهارة وتخصص، تختلف هذه الكفاءة باختلاف النزاع محل التحكيم، لكن غالبا ما يتم اختيار المحكم الكفء في مجال القانون والتجارة والصناعة والمال، مع التمتع بالسمعة الحسنة والأخلاق العالية، وإن كان جانب من الفقه لا يرى مانعا في أن يكون المحكم غير متخصص ولا ذا خبرة في موضوع النزاع، أو جاهلا للقانون وإن كانت المسألة المطروحة عليه قانونية لأن القانون لا يشترط ذلك، وقد يكون المحكم جاهلا بلغة الخصوم أو على غيره ديانتهم وحتى جاهلا للكتابة والقراءة مع تعيين شخص أخر لقراءة والكتابة له[1].

وإن كانت كل هذه النقاط مما لا يتعارض مع القانون فعلا، إلا أننا نرى أنها تتعارض مع روح التحكيم، وإلا لما نلجأ إلى التحكيم إن كنا نوليه جاهلا أو غير مختص، أو غير قادر، وكان الأجدر بنا اللجوء إلى القضاء، أين تكون معايير الانتقاد صارمة، وعليه فالعبرة ليست بعدم نص القانون على هاته المعايير، لو ليست تقصيرا به ، بقدر ما هو منح مجال أوسع للأطراف عند اختيارهم للمحكمين، من أجل تركيزهم على الصفات التي تخدم طبيعة النزاع الذي بينهم، ومن مستبعد أن يختار الأطراف الجاهل وغير المتخصص وغير الكفء...الخ، وإن كان ذلك لا يخالف القانون.

وعليه فإنه في كثير من الأحيان يلجأ الأطراف إلى أن تكون تشكيلة هيئة التحكيم متنوعة تظم على الأقل المتمرس في القانون وصاحب الخبرة الفنية المتخصص حسب طبيعة النزاع.

ج- جنسية المحكم: لم تكن الجنسية عائقا في اختيار المحكم، لذا لم تعرها التشريعات الكثير من الأهمية إلا فيما يخص اختلاف جنسية المحكمين فيما بينهم، فالعبرة عند الاختيار هي ملكات المحكم القانونية والمعلوماتية وتخصصه الذي سيمنح الأطراف الطمأنينة والثقة حيال مصير النزاع الذي بينهم. ومع ذلك لا يمكن تجاهل وإنكار أن البيئة التي نشأ فيها

1- أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 154، 155.

المحكم ستلعب دورا خفيا في القرار الذي سيصدره، لذا يجب توخي الحذر عند اختيار المحكم حتى لا يقع الطرفان في دوامة الاختلافات العرقية والمذهبية والسياسية التي قد تغير من منحنى العلاقة[1].

وإن كانت معظم التشريعات لم تشر إلى مسألة الجنسية باعتبارها من الشروط التي ترجع لاتفاق الأطراف، إلا أن بعض اللوائح والهيئات أشارت إليها، ومن ذلك نذكر[2].

د- استقلالية المحكم وحياده: لطالما كانت استقلالية المحكم جدل فقهي، كونها من الجوانب الخفية وغير الملموسة والطبيعة لإثبات (سواء من أجل تأكيدها أو نفيها والدفع بعدم توافرها)، وهي النقطة التي يطعن فيها الطرفان باستمرار لإمكانية ارتباط المحكم بمن اختاره.

وتعد استقلالية المحكم وحياده من الضمانات الأساسية للتقاضي، وذهب جانب من الفقه للتميز بين الحياد (الحيدة في بعض المراجع) والاستقلالية، فالحياد حسبهم هو عدم الانحياز، مناطه حالة نفسية تتعلق أساسا بالعاطفة بسبب مصلحة شخصية أو صلة مودة أو عداوة بأحد الخصوم، يصبح معها المحكم غير قادر على الحكم بغير تحيز[3] وهو أيضا حالة نفسية قوامها مجموعة المفاهيم والقناعات التي تستقر في ضمير القاضي أو المحكم، وتشكل فكرته عما هو حق أو عدل، دون ميل أو هوى[4].

أما استقلالية المحكم فيقصد بها عدم تبعيته لأحد الخصوم وعدم توجهه بتوجيهاتهم ولا تلقي الأوامر منهم، تختلف الاستقلالية عن الحياد في أن مناطها هو الظروف الواقعية (المادية) المحيطة بالمحكم عكس الحياد الذي قلنا أن مناطه هو العاطفة والحالة الشخصية

1- فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 237.

2- المادة 11/ 01 و05 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة،والمادة 06/02 من نظام غرفة التجارة الدولية CCI، والمادة 01/36 من اتفاقية عمان لتسوية منازعات الاستثمار، والمادة 08 من لائحة مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي

3- فتحي الوالي مرجع سابق، ص 309.

4- عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 40.

للمحكم، وهذا التباين بينهما من شأنها التأثير على الإثبات، فإثبات عدم الحياد والانحياز أصعب من إثبات عدم الاستقلال، فالأول ليس له علامات خارجية تدل عليه، لأنه يخضع لنية المحكم وتفكيره وإحساسه، والثاني يكون إثباته أسهل لوجود ما يدل عليه من خلال التعامل[1].

وعليه وحتى يضمن الأطراف الحياد واستقلال المحكم عليهم اتخاذ جملة من الاحتياطات نورد منها:

– إعلان المحكم عند اختياره وقبل بدء إجراءات التحكيم وتوقيعه مستند قبول المهمة عن كل المسائل والوقائع التي من شأنها أن تثير شبهة حول استقلاليته، كما يفضل أن يكون المحكم من غير جنسية الطرفين سواء كان فردا أو محكما وترا[2].

1– مصطفى محمد الدوسكي، مرجع سابق، ص 58، 59.

2– وإن كان اختلاف الجنسية ليس دائما دليلا على الحياد والاستقلالية ولا يعني اتحاد جنسية المحكم مع أحد الأطراف ينفي الاستقلالية. عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 710.كذلك يرجع لحكم محكمة النقض التونسية التي ميزت بين شرط الحياد وشرط الاستقلالية، إذ جاء فيه:" **إن شرط الحياد المطلوب في المحكم يختلف عن شرط الاستقلالية وهما ليسا من المترادفات إن الحياد المطلوب توافره هو الحياد بمعناه الأخلاقي:**

أن شرط الحياد – فيمن يعهد له بفصل النزاعات – يعتبر من مقومات القضاء، عدليا كان أو تحكيما خاصا. وله جانب إجرائي (فني) وأخر أخلاقي... إن الحياد المقصود بمجلة التحكيم (قانون التحكيم) هو الحياد بمعناه الأخلاقي إذ أورده المشرع كدعم لعنصر الاستقلالية ولإرساء الثقة في العدالة عامة باعتبار أن التحكيم يستمد قوته من القانون، ومعناه التجرد وعدم الانحياز لأي طرف في النزاع، فقوام التحكيم هو الثقة الممنوحة من الأطراف في المحكم لفصل النزاع، وإن شرطي الحياد والاستقلالية ليسا مترادفين. فالاستقلالية هي وضعه موضوعية تقوم على عدم وجود رابطة بين أعضاء هيئة التحكيم وأحد أطراف النزاع بما يجعل المحكم بعيدا عن أي أثير منه (مثل علاقات قرابة، مديونية، شراكة، صداقة...) وقيام مصل تلك العلاقات يستنتج منه قرينة غياب الاستقلالية. أما الحياد فهو عدم التحيز القائم إما على اعتبارات مصلحية أو غير نفيعة.

محكمة الاستئناف في تونس– القرار رقم 40438– صدر بتاريخ 2013/12/10.
(http://www.aifica.com/2019/12/21/2327/)

وقد أشارت مختلف اللوائح والهيئات والتشريعات على ضرورة التزام المحكم بالاستقلالية والحياد[1]،

والقانون الجزائري جعل أحد أسباب رد المحكمين وجود شبهة مشروعة في الاستقلالية بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية، مع أحد الأطراف مباشرة وعن طريق وسيط[2].

أما اللوائح والهيئات فنذكر منها اتفاقية واشطن[3] وقواعد لائحة اليونسترال[4] والقانون النموذجي لسنة 1985[5] ولائحة التحكيم لغرفة التجارة بباريس[6] ولائحة محكمة التحكيم لندن[7]، و لائحة الجمعية الأمريكية للتحكيم[8]، وكذا لائحة مركز القاهرة الإقليمي[9].

هـ – قبول المحكم للمهمة كتابة: مهما كانت تشكيلة هيئة التحكيم متعددة أو محكم فرد وم،هما كان نوع التحكيم حرا أو مؤسساتي، فإن قبول المحكم للمهمة المسندة إليه شرط لانطلاق العملية التحكيمية، فلا يتخيل أن يرغم شخص على التحكيم بين طرفين، ويعبر عن هذا القبول كتابة من خلال التوقيع على محرر يضطلع عليه (مستند المهمة)، ويوقع على هذا المستمد كل محكم على حدة، فلا يكفي قبول البعض أو الأغلبية في التشكيلة المتعددة بل يلزم التوقيع الفردي لكل منهم، وفي هذا يختلف المحكم عن قاضي الدولة الذي

---

1 – المادة 03/16 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، والمادة 01/10 من مجلة التحكيم التونسية رقم 42 لسنة 1993، والمادة 03 من قانون التحكيم القطري ، والمادة 22 من قانون التحكيم رقم 17 لسنة 2008،والمادة 17 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2000، والمادة 16 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، والفصل 327 من المسطرة المغربية للتحكيم والوساطة رقم 08/05 لسنة 2007، بينما اكتفى المشرع السعودي باشتراط حسن السيرة والسلوك في المادة 13 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012، في حين يشير المشرع الفرنسي إلى أن المحكم يعرض كل الاسباب التي قد تؤثر على حياده واستقلاليته قبل توقيع مستند قبول المهمة المادة 1456 ق ا م ف

2– المادة 1016 ق إ م إ ج.

3المادة 01/14.من اتفاقية واشنطن لسنة 1958

4– المادة 04/06 من قواعد لائحة اليونسترال.

5– المادة 05/12. من القانون النموذجي 1985

6– المادة 01/07 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس.

7– المادة03.من لائحة تحكيم لندن

8– المادة 07 من لائحة الجمعية الأمريكية

9– المادة 01/06 و03/07 من لائحة مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي.

لا يشترط قبوله المكتوب ليحكم في قضية ما، بل وعلى العكس فإنه لا يستطيع رفض العمل الموكل إليه إلا أن كان الدافع قويا وثابتا[1].

إن توقيع مستند المهمة من قبل المحكم أو المحكمين يعني التزامه، وتراجعه يعد إخلالا،وقد أشارت إلى هذه النقطة عديد اللوائح نذكر منها لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس[2]، وكذا عديد التشريعات منها القانون المصري[3].

وجعل المشرع الجزائري من قبول المحكم المهمة المسندة إليه شرطا لصحة تشكيل محكمة التحكيم[4].

ونشير في الأخير أن جانب من الفقه يضيف جهة من الشروط الأخرى منها شرط اللغة فيرى أن إلمام المحكم بلغة الخصوم أو اللغة المرتبطة بالنزاع يوفر عبء الترجمة ويسهل العمل، أو شرط الجنس (بين أن يكون المحكم رجلا أو امرأة) أو شرط الديانة وغيرها من الشروط[5].

الفرع الثاني

جزاء تخلف الشروط المطلوبة في المحكم

تختلف جزاءات المترتبة عن انتفاء أحد الشروط اللازم توفرها في المحكم من حيث وقت ترتيبها، فإن تخلفت هذه الشروط قبل انطلاق العملية التحكيمية، أو أثناءها فإنها ترتب إما الرد أو التنحي أو العزل أو الاستبدال، وهو ما سنناقشه في هذا الفرع، أما إذا حدث

1- مصطفى محمد الدوسكي، مرجع سابق، ص 59، 60.

2- المادة18 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس.

3- المادة 01/16 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 ، والفصل 13 من مجلة التحكيم التونسية، والمادة 03 من قانون التحكيم القطري ، والمادة 22 من قانون التحكيم رقم 04 لسنة 2008،والمادة 05 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2000، والمادة 11 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، والفصل 327 من المسطرة المغربية للتحكيم والوساطة رقم 08/05 لسنة 2007، وكذلك المادة 1452 من ق ا م ف

4- المادة 1015 ق إ م إ ج.

5- لمزيد من التفاصيل يرجع إلى طارق فهمي غنام، مرجع سابق، ص 66- 73. جعفر مشيمش، مرجع سابق، ص 102، 103. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 155، 156..

ذلك بعد صدور حكم التحكيم فإننا نكون أمام أحد أسباب دعوى البطلان، وهو ما سنناقشه لاحقا.

أولا- رد المحكم

يعد الحق في رد المحكم أحد الضمانات المقدمة للأطراف، لكنه ليس حقا مطلقا بل مقيد بتبرير وتوضيح الأسباب التي دفعت إليه حتى لا يكون الحق في الرد وسيلة للتماطل ولتعطيل الإجراءات.

أجمعت مختلف اللوائح والتشريعات على إمكانية تقديم طلب الرد من قبل الأطراف[1]، وإن اختلفت في تعداد الحالات التي يمكن لأحد الأطراف تقديم طلب الرد بموجبها، إلا أنها اشتركت في تعميم أسباب الرد، مما يجعل المجال مفتوحا أمام الأطراف لإثبات الحالة التي قدم الطلب من أجلها[2].

أما بالنسبة للتشريعات الداخلية فقد أكدت على حالات الرد في نصوص مختلفة[3]، بما فيها المشرع الجزائري اتجه نحو ذلك[4].

1- ويقصد بالرد هنا، هو الإجراء الذي يهدف إلى استبعاد المحكم الذي تم تعينه، حتى لا ينظر في النزاع لأحد الأسباب الواردة بموجب نص قانوني أو ضمن اتفاق التحكيم.

2- ولائحة اليونسترال اشتركت مع القانون النموذجي تقريبا في نفس المعنى في الاستناد إلى سبب جدي لرد المحكم له علاقة بالنزاهة والاستقلالية، يكون غير معلوم لدى الطرف الذي طلب الرد وقت تعيين المحكم، يرجع في ذلك إلى المادة 10 من لائحة اليونسترال 1976 المعدلة في 2010، وكذا المادة 02/12 من القانون النموذجي 1985.

3- المادة 18 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، والمادة 16 من قانون التحكيم السعودي رقم34 لسنة 2012، والفصل 12 من مجلة التحكيم التونسية، والمادة 12و13 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017 ، والمادة 18 و19 من قانون التحكيم رقم 04 لسنة 2008،والمادة 17 و18 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، والمادة 16 و17و 18 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، والفصل 7/327و8 من المسطرة المغربية للتحكيم والوساطة رقم 08/05 لسنة 2007، والمادة 27 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لعام200، أما المشرع الفرنسي فأورد المادتين 1457و1458 ق ا م ف يلزم المحكم بذكر كل الاسباب التي يمكن ان تكون سببا في رده ، قبل توقيع على مستند قبول المهمة

4- المادة 1016: " يجوز رد المحكم في الحالات الآتية: 1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف. 2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف. 3- عندما تبين من الظروف

- **أسباب رد المحكم:** يمكن تلخيص حالات وأسباب الرد في ما يلي:

- أن لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها، وهي جملة الشروط التي سبق أن ناقشناها في الفرع السابق، إلا أن عدم توفر أحد هذه الشروط لا يعني بالضرورة عدم إمكانية المحكم القيام بمهمته ما عدا ما تعلق منها بالنظام العام[1]، أو تم النص عليه صراحة[2].
- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف، والمقصود أن يتضمن اتفاق التحكيم سببا أخر للرد غير المنصوص عليه آنفا، خصوصا وأن نظام التحكيم يقوم على مبدأ قانون الإرادة، فإن للأطراف أن يضمنوا اتفاقهم أي من الشروط التي يريدونها، بما فيها الخاصة برد المحكمين[3].
- أن تبين من الظروف وجود شبهة مشروعة باستقلاليته، لاسيما وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة، وعن طريق وسيط، والمقصود بالشبهة المشروعة في هذه الحالة، أنه لا يكف مجرد الشك لتقديم طلب الرد، لكن تسبيب الطلب يكون بالطعن باستقلالية المحكم من خلال ما يثبت عدم التزامه بها، خصوصا إذا ثبت أنه على علاقة بين أحد الطرفين (سواء كانت علاقة مادية كالشراكة التجارية، أو علاقة عمل، أو علاقة عائلية كالمصاهرة والبنوة أو الأبوة أو الإخوة أو

شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

ولا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه أو شارك في تعيينه إلا لسبب علم به بعد التعيين.

تبلغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد.

=في حالة النزاع إذا لم يتضمن نظام التحكيم كيفية تسويته، أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمه التعجيل، هذا الأمر غير قابل لأي طعن"، والملاحظ أن هذه المادة حاولت جمع كل المسائل المتعلقة بالرد، فالمشرع الجزائري ضمن المادة 1016 الحالات الممكنة للرد وكل حالة منها تنطوي على جملة من الأسباب، والإجراءات المتبعة في حال وجود أحد أسباب الرد، لذا يعد هذا النص أكثر توفيقا، رغم أن المشرع لم يفصل في هذه الإجراءات ولم يشر للمدة محمد كولا، مرجع سابق ص 182،

1- كالأهلية مثلا.

2- كالقبول.

3- فقد يشترطون مثلا ديانة معينة كأن يكون مسلما مثلا، أو تخصص معنا أو غير ذلك.

غيرها)، وهي في كل الحالات من العلاقات التي من شأنها التأثير على حيدة المحكم واستقلاليته لما فيها من تأثير عليه.

- أن لا يعلم طالب الرد بوجود السبب المستند إليه أثناء إبرام اتفاق التحكيم، وإن كان هذا العنصر ليس من ضمن الحالات المعددة في نص المادة(1016)، إلا أن المشرع أفرد له فقرة خاصة كونه هو الأساس، لأن توفر أحد الأسباب السالفة الذكر مع تأكد علم طالب الرد به قبل التعين وأثناء الاتفاق يجعل طلب الرد مرفوض ، فعلم الطرف بسبب الرد قرينة على قبوله منذ البداية، واتخاذه سببا للرد بعد ذلك قرينة على سوء نيته، واتجاهه إلى المحكمة وعرقلة سير العملية التحكيمية وتثير مسألة علم طالب الرد بالسبب نقاطا ثلاث نوجزها كالآتي:

*أن لا يكون المحكم قد التزم بالإفصاح بكل ما من شأنه أن يكون سببا في رده (كأن يكون على علاقة مع أحد الأطراف، أولا يتوفر على المؤهل المطلوب..الخ)، فيتحقق شرط عم العلم بالنسبة لطالب الرد، أما إذا قام المحكم بالإفصاح وذكر الأسباب فإن طالب الرد يكون عالما بها منذ البداية، وبالتالي لا يمكن له الدفع بها لاحقا، لأن علمه ذاك يعد تنازلا عن حقه في الرد وسببا لسقوط حقه في الطعن في حكم التحكيم لذات السبب.

*أن لا يكون طالب الرد قد عين المحكم المطلوب رده أو لم يشارك في تعيينه، وفي هذه الحالة يكون عدم علمه أقرب للواقع، ويمكنه تقديم طلب الرد، في أي وقت سواء توافر وقت التعين وتبعده[1].

*إن عبء إثبات توافر سبب الرد يقع على الطرف الذي تقدم بالطلب، تطبيقا لقاعدة البينة على من ادعى، ومحل الإثبات هو سبب الرد[2]، ولكل طرف حق رد المحكم الذي اختاره الطرف الآخر، إذا اكتشف أحد أسباب الرد، في حين لا يجوز لأي طرف

1- فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 253.

2- عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 730 ومايليها. بلباقي بومدين، مرجع سابق، ص 353، 354.

رد المحكم الذي عليه أو اشترك في تعيينه إلا إذا اكتشف سببا من أسباب الرد بعد التعيين[1]. لكن إذا لم يتوصل الطرفان إلى اتخاذ إجراءات الرد أو تمسك الطرف الآخر بعدم قبول رد المحكم بدعوى أن طالب الرد كان يعلم بوضعية المحكم أثناء التعيين في اتفاق التحكيم فإن المشرع منح فرصة لتسوية ذلك حتى لا يبقى الأمر معلقا إليهم عن طريق اللجوء إلى القضاء[2] تكريسا لمصداقية التحكيم.

وقد اختلفت أنظمة التحكيم والقوانين الداخلية في الإجراءات المتبعة لتقديم طلب الرد، وكذا المهلة المحددة لذلك والجهة المختصة بالفصل فيه، فاتجهت بعضها إلى تحديد مهلة 15 يوم كأجل لتقديم الطلب موكلة مهمة الفصل فيه لمحكمة التحكيم[3]، بينما اتجهت أخرى إلى تفضيل القضاء كجهة مختصة للفصل في طلبات الرد[4]، في حين فصلت بعض اللوائح منح أجل 30 يوم لتقديمك طلب الرد[5].

وعادة ما يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم أو الجهة القضائية المختصة مبينا فيه أسباب الرد خلال المدة المنصوص عليها تحسب من تاريخ علم طالب الرد فتشكل هذه الهيئة أو بالظروف المبررة للرد فإذا لم ينتج المحكم المطلوب رده فصلت هيئة التحكيم في الطلب[6].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري وفق لحد ما في نص المادة المتعلقة بالرد عندما حاول جمع ما يخص رد المحكمين في نص واحد، لكن كان باستطاعته إضافة

1- وهو ما أكدته المادة 1016 ق إ م إ ج، المشار إليها آنفا.

2- حسب المادة 1016 ق إ م ج، فقرة 05.

3- كما هو الشأن في المادة 01/19، فقرة 24 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994. والقانون النموذجي لسنة 1985 في المادة 01/13.

4- مثلما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 145 ق إ م والمشرع الجزائري في المادة 1016 ق إ م إ د

5- كما أوردته المادة 2111 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس.

6- مصطفى محمد الدسوكي، مرجع سابق، ص 76، 77.

فقرة أخرى تزيد من دقة وتوضيح الإجراءات المتعلقة به، أو إضافة نص آخر تفاديا للتطويل والإخلال بالصياغة السليمة للنصوص القانونية.

لم يفصل المشرع الجزائري ولا الفقه القانوني ولا القضائي في المقصود بالتبليغ الوارد ذكره في نص المادة 1016، إن كان المقصود به تبليغ طلب الرد كإجراء مثله مثل تبليغ عريضة الدعوى، أي أن الطلب يحرر ثم تبلغ محكمة التحكيم به والأطراف بعد الرجوع للقاضي المختص، أم هو مجرد إعلام للأطراف ولهيئة التحكيم قبل اتخاذ الإجراءات اللازمة أي هل التبليغ يكون قبل اللجوء إلى القاضي المختص أم بعد تسجيل طلب الرد؟

والراجح – بعد استقراء نص المادة كاملا– إن المشرع ميز بين حالة الاستجابة لطلب الرد وبين حالة اللااستجابة أو الرفض، وبالتالي فإن التبليغ يكون على مرحلتين:

أولا: تبليغ الأطراف بطلب الرد المبرر والمؤسس على أحد الأوجه التي يسند إليها طالبه، فإن تلقى استجابة هيئة التحكيم والعضو المطلوب رده فإنه سيتم استبداله وكفى، وتتواصل العملية التحكيمية بصفة عادية.

ثانيا: تبليغ الأطراف والهيئة بالأمر الصادر عن القاضي المختص الذي فصل في طلب الرد بعد عجز الأطراف عن الوصول لحل لهذه المسألة، سواء لعدم تضمينهم اتفاق التحكيم لكيفية تسوية طلب الرد عن قصد أو عن غير قصد، أو لعدم مبادرتهم لإجابة طلب الرد المبلغ لهم وتقديم الحل المناسب[1].

ويبقى النقد الموجه لهذه المادة من حيث قصورها على تعداد أسباب الرد والجهة المخولة للفصل فيه (وإن كانت تعوزه الدقة)، دون التعرض لطريقة تقديم الطلب ولا المهلة المحددة لذلك، إلا أن جانبا من الفقه يرى أن الإجراءات حددت طبقا للنص المتعلق بالعزل

1– وإن كان جانب من الفقه يرى أن التبليغ الذي قصده المشرع يؤدي إلى وجود جهتين مختصتين بالفصل بطلب الرد، الأولى هي هيئة التحكيم والأخرى هي المحكمة المختصة بنظر النزاع أصلا، والتي حولت الفصل فيه في حال تم عرض الطلب على هيئة التحكيم ولم يتم الفصل فيه، بلباقي بومدين، مرجع سابق، ص 356.

والاستبدال، ذلك أن المحكم المطالب برده سوف يتم استبداله لا محال وبالتالي فإنه يخضع لتلك الإجراءات[1].

- **آثار طلب الرد:** إن تقديم طلب الرد في حد ذاته لا يؤثر على انطلاق إجراءات الخصومة التحكيمية، فلا يؤدي إلى عدم الشروع فيها إن كانت جاهزة ولا يؤدي إلى وقفها في حال اكتشف سبب الرد بعد انطلاقها، وإن كان جانب من الفقه يرى خلاف ذلك[2].

أما إذا تم الحكم في طلب الرد فإن الأمر يتراوح بين حالتين:

- إذا ما تم الحكم بقبول طلب الرد وبالتالي استبعاد المحكم المعني فيميز بينهما إذا كانت الإجراءات قد شرع فيها فإنها تعاد وتعتبر كأن لم تكن[3]، بينما إذا كانت الإجراءات لم يشرع فيها فلا إشكال يطرح ،لأن العملية التحكيمية سينطلق فيها بعد تعين المحكم البديل.
- أما إذا رفضت المحكمة طلب الرد لعدم التأسيس فإن الإجراءات تستمر بصفة عادية سواء كان شرع فيها أم لا[4].

وقد ذهبت أغلب التشريعات بما فيها المشرع الجزائري إلى عدم جواز الطعن في الحكم أو الأمر الفاصل في طلب الرد سواء بالقبول أو بالرفض[5].

1- المادة 1041 يرجع لذلك لاحقا عند مناقشة العزل والاستبدال.

2- أحمد أبو الوفا مرجع سابق، ص 172. الذي يرى أنه يتعين وقف الخصومة في جميع الأحوال أمام المحكم المطلوب رده... بل إن الوقف هنا يتم بقوة القانون بغير حكم، ويقف الميعاد المقرر للتحكيم إلى أن يتم البت في طلب الرد بحكم نهائي.

3- فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 265.

4- عبد الكريم سلامة، مرجع سابق ص 428.

5- يرجع للنصوص المشار إليها أعلاه .

ثانيا- تنحي المحكم

إن المحكم عند عرض المهمة عليه يمكنه قبولها أو رفضها، إلا أنه بقبوله تنشأ التزامات على عاتقه، من بينها الاستمرار في نظر النزاع وعدم التخلي عن مهمته حتى صدور الحكم الفاصل في الخصومة التحكيمية.

غير أن هذا الالتزام لا يمكن إطلاقه دون قيد وإلا عد التزاما مرهقا، إذ قد يتعرض المحكم لمواقف وحالات يستحيل معها مواصلة العمل، وتكون تنحيته واستبعاده الحل الأمثل، حتى تتواصل العملية التحكيمية بشكل عادي.

وعليه فمن التزامات المحكم أن يتنحى من تلقاء نفسه عن نظر التحكيم في أي مرحلة كانت عليها الخصومة في حال وجود أسباب معينة تؤثر في حياده وسيادته، وهو جوازي، مناطه ضمير المحكم الذي قد يعلم أو يدرك معلومات تخفى على الأطراف، لكن تأثيرها على العملية التحكيمية بليغ، فإن أخفاها وعلمها الأطراف من شأنها أن تؤدي إلى رده أو عزله، لذا كان من الأجدر له التنحي من تلقاء نفسه بمجرد علمه بها، أو لا يقبل بمهمة التحكيم إذا توافر هذا العلم عند عرض المهمة عليه[1].

وتختلف ظروف تنحي المحكم بين تلك الناتجة عن ظروفه الشخصية كإصابته بمرض يحول دون قدرته على القيام بمهمته، أو أمور تخص عائلته تضطره للسفر، أو تمنعه من السفر مما يؤدي أيضا إلى استحالة إتمام عمله، أو كل سبب شخصي أو قوة قاهرة شرط أن يكون جديا[2]، كما يمكن للمحكم أن يطلب تنحيته لأسباب موضوعية ذات علاقة بالنزاع المعين فيه، كعدم توافره على أحد الشروط المطلوبة أو يجد في نفسه من الأسباب ما قد يمس حياده واستقلاليته، كوجود علاقة سابقة أو قائمة بين أحد الأطراف (مصاهرة أو قرابة أو عمل أو ولاء...الخ).

1- محمود عارف أرحيل الكفارنة، النظام القانوني للتحكيم التجاري، دار الكتاب الثقافي للنشر والتوزيع والدعاية والإعلان، الأردن، 2019، ص 94.

2- حمزة حداد، مرجع سابق، ص 273.

لم تشر أغلب التشريعات أو اللوائح لهذا المصطلح، وإنما أشارت إليه في معرض النصوص المتعلقة بالرد أو الخاصة بطرق انقضاء التحكيم.

فأسباب التنحي هي ذاتها – تقريبا– أساب الرد التي سبق وأن أشرنا إليها، إلا أن الفرق بينهما يكمن في أن المحكم علم بهذه الأسباب فأعلم بها الأطراف وآثر التخلي، بينما الرد يكون بطلب من أحد الأطراف لوجود أحد الأسباب السابق ذكرها[1].

والمشرع الجزائري أشار إلى إمكانية تخلي (تنحي) المحكم في موضعين اثنين: الأول ربط فيه بين أسباب الرد أو التخلي، وعدم جوازهما إلا بتوافر أحد هذه الأسباب[2]، بينما حدد النص الذي يخص انقضاء التحكيم بأن جعل وفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع من أسباب انقضاء التحكيم[3]. وهي الصياغة التي تحتمل أكثر من تأويل ذلك أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح رفض القيام بمهمته بمبرر والتي قد يقصد بها عدم القبول منذ البداية أو تنحيته بعد قبوله، ثم مصطلح تنحيته، والذي يكون المشرع قد قصد به (رده) لكن الرد ليس سببا لانقضاء التحكيم، لأن المحكم الذي تم رده يستبدل[4] أو قصد عزله؟.

وعليه يبقى الغموض يكتنف هذا النص خصوصا وأن المصطلحات المستعملة توحي بتداخلها وبالتالي فإن الآثار القانونية المترتب عنها أيضا تتأثر بهذا التداخل[5].

1- يرجع للنصوص التي أشرنا إليها سابقا والمتعلقة بالرد.

2- المادة 1021 ق إ م إ :" لا يجوز للمحكمين التخلي عن المهمة إذا شرعوا فيها ولا يجوز ردهم إلا إذا طرأ سبب من أسباب الرد بعد تعيينهم".

3- المادة 01/1024 ق إ م إ ج.

4- كما أوضحنا آنفا

5- في رأينا كان الأجدر بالمشرع استعمال المصطلحات الصريحة وتجنب الإيحاءات حتى يتفادى التداخل فيما بينها ويورد مصطلح تنحي في المادة 1024 بدل رفض القيام بمهمة ومصطلح عزل بدل تنحيته، فالتنحي والتنحية لا يحملان ذات المعنى لأن التنحي فعل إرادي يقوم به المحكم إذا ارتأى ذلك وتهيأت له شروط خاصة، لكن التنحية هي استبعاد له، وهي أقرب للعزل منها للتنحي

وبالرجوع للنصوص الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي وقفنا على نص وحيد يشير إلى إمكانية استبدال المحكمين أو عزلهم[1].

ثالثا- العزل

العزل أن يقوم الأطراف بالاتفاق على إبعاد المحكم لسبب جدي وجدوه منه فهو عكس الرد الذي يقوم به أحد الأطراف، ومعنى آخر هو تعبير كل أطراف النزاع عن إرادتهم في إنهاء مهمة المحكم أو هيئة التحكيم، ومنعهم من نظر النزاع لأي سبب من الأسباب، وإن لم يكن سببا لردهم ، ومن ثم لا يحق للهيئة مواصلة مهمتها بالفصل في الخصومة[2].

وعليه فإن إجماع الأطراف يعد شرطا لعزل المحكم، وهو وجه الاختلاف الذي بينه وبين الرد من جهة، وبين التنحي من جهة أخرى، فالرد لا يشترط فيه موافقة جميع الأطراف، بل يكفي تقديمه من أحدهم، بينما التنحي يأتي من إرادة المحكم ذاته[3].

ويحق لأطراف التحكيم تقديم طلب العزل متى وقفوا على إخلاله بواجباته والتزاماته الواردة بعقد التحكيم، ويعد هذا الإجراء فسخا له[4]، يتخذ العزل صورتين اثنتين فإما أن يكون اتفاقيا، وأن يكون قضائية[5].

- **العزل الاتفاقي:** يقابل الحق في العزل المخول للأطراف الحق الممنوح لهم منذ البداية تبعية هيئة التحكيم، والعزل مقرر للأطراف متى توافرت أسبابه، بغض النظر عما إذا كان

1- المادة 1041 ق ا م ا ج الخاصة بطريقة تعين المحكمين.

2- جارد محمد، الضمانات الإجرائية لتشكيل المحكمة التحكيمية في التشريع الجزائري، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 05، العدد 2019/02، ص 15.

3- يرجع لما قلناه آنفا.

4- جارد محمد، الضمانات الإجرائية، مرجع سابق، ص 16.

5- كما يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا، فالصريح يقع باتفاق جميع الأطراف على عزل المحكم والضمني يكون عن طريق الاستغناء عن خدماته، إما بتنازل أحد أطراف الخصومة، أو لجوئه للقضاء المختص أو باتفاق الأطراف على الصلح. لمزيد من التفاصيل يرجع إلى حسن المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر 2006،ص 220. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 183.

معينا من قبل المحكمة المختصة أو من الغير[1]، ولا يتطلب القانون شكلا معينا للعزل، فمن الجائز أن يتم شفاهة أو كتابة بعقد عرفي يوقعه الأطراف، أو بموجب إخطار يوجهوه للمحكم، ومن الطبيعي أن يتم العزل قبل صدور حكم التحكيم، فلا فائدة بعد صدوره لأنه يعتبر صحيحا ما لم يتفق الأطراف جميعا على اعتباره كأن لم يكن، فإذا صدر حكم رغم عزله يكون باطلا، و إن أصدره دون علمه بأنه عزل[2].

وباتفاق الطرفين على عزل المحكم يمتنع عليه اتخاذ أي إجراء وإصدار أي حكم في النزاع تحت طائلة البطلان، أما ما سبق من إجراءات وقرارات قد تم اتخاذها، فأمرها متروك لاتفاق الخصوم، إن أرادوا اعتدوا بها، وإن أردوا اعتبروها كأن لم تكن رغم بقاء التزامهم بالتحكيم وتعين بديل عن المحكم المعزول[3].

وأخيرا فإن العزل إذا كان بسبب إهمال المحكم فيمكن لمن تضرر من هذا الإهمال طلب التعويض، كما يجوز للمحكم المعزول أن يطالب بالتعويض إذا أثبت أنه شرع في مهمته وأن سبب العزل لم يكون لتقصير منه[4].

- **العزل القضائي:** قد يصعب اتفاق الأطراف على عزل المحكم رغم توفر سبب وجيه، كأن تتعطل إجراءات التحكيم لعذر خاص بالمحكم (مهما كان) أو تقاعسه، أو رغبته في الاستمرار كعضو هيئة التحكيم رغم وجود مبرر لتنحيته وعدم قيامه بذلك، في هذه الحالة يجب للطرف المتضرر أو صاحب المصلحة أن يلجأ للقضاء من أجل طلب العزل.

أشارت مختلف التشريعات للعزل كإجراء قد يعترض الخصومة التحكيمية سواء كجزاء للمحكم الذي أخل بالتزاماته، أو كأثر لتخلف أحد الشروط الواجب توافرها في المحكم، أما المشرع الجزائري فقد أشار للعزل في موضعين الأول ضمن النصوص الخاصة بالتحكيم

1- فتحي الوالي، أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 182.

2- أحمد أبو الوفا، مرجع سابق ص 183. طارق فهمي غنام، مرجع سابق، ص 293.

3- بلباقي بومدين، مرجع سابق، ص 363.

4- طارق فهمي غنام، مرجع سابق، ص 294.

الداخلي أي أكد على ضرورة اتفاق الأطراف على العزل[1]، والثاني ضمن النصوص المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي[2]، إلا أن المشرع الجزائري اكتفى بالإشارة إلى إمكانية عزل المحكمين أو استبدالهم دون تحديد أسباب معينة أو وقتا محددا لتقديم طلب العزل ، أما عن الإجراءات المتبعة في ذلك فقد ميز بين حالتين:

- إذا كان التحكيم يجري في الجزائر فإن طلب العزل يقدم إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، وإن لم يحدد مكان التحكيم في الاتفاق، يؤول الاختصاص للمحكمة التي أبرم العقد في دائرتها.
- إذا كان التحكيم يجري خارج الجزائر، واختار الأطراف تطبيق ق إ م الجزائري يقدم طلب العزل إلى رئيس محكمة الجزائر[3].

والجدير بالذكر هو أن هذه الإجراءات تخص العزل والاستبدال، ولأن الاستبدال يعد أثر أو نتيجة مرتبطة في عديد الحالات بالعزل والرد، إذ يقوم الأطراف باستبدال المحكم المعزول، أو المحكم المطالب برده أو الذي تم رده[4].

ج- عزل المحكم من قبل زملائه: ويعد هذا النوع من العزل من الأنواع الأقل انتشارا ، يقوم زملاء المحكم بعزله بعد تعيينه، أي نفس محكمة التحكيم أو مؤسسة التحكيم تقوم به من تلقاء نفسها، إذا رأوا منه عدم تعاون أو تقصيرا أو تهاون أو إن وجدوه غير كفء

1- المادة 1018/ 03ق إ م إ ج: " لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل الخاص إلا باتفاق جميع الأطراف".

2- المادة 1041 ق إ م

3- جارد محمد، الضمانات الإجرائية، مرجع سابق، ص 17.

4- وعليه فإن إجراءات الرد وإن اختلف الفقه بشأنها لعدم وجود نص خاص بها إلا أننا نرى أن المادة 1041 ق إ م ا ج ينص على طريقة تقديم طلب تعين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم في حال عدم اتفاق الأطراف، فإن النص يشمل أيضا رد المحكمين، فرد المحكم إن قُبِل يتعين استبداله، و حدد النص الجهة القضائية المختصة بالفصل متى اختلف الأطراف، وعليه يمكن القول أن الحالات المنصوص عليها في المادة 1016 وكذا الجهة المختصة تخص الرد التحكيم الداخلي، بينما تخص المادة 1041 كل المسائل المتعلقة بالمحكم (من رد أو عزل أو استبدال في مجال التحكيم الدولي)، والحدود التي يتدخل ضمنها القضاء الوطني.

لمسؤوليات هذا المركز، وقد نصت على هذه الحالة بعض لوائح التحكيم كقواعد محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي[1].

- **الآثار المترتبة على عزل المحكم:** إن عزل المحكم لا يعني عدم الاعتداد بكل الإجراءات التي قام بها، وإنما يمس البطلان الإجراءات اللاحقة على العزل، ولكن جانب من الفقه يرى أنه إذا كان يترتب على رد اعتبار الإجراءات التي قام بها كأن لم تكن، فإنه من باب أولى تطبيق ذلك على العزل، لما يتضمنه من أجماع أو توحيد في رغبة الأطراف للاتجاه إليه عكس الرد الذي مبعثه طلب يقدمه أحد الأطراف[2].

ويشرع في احتساب بطلان الإجراءات من تاريخ علم المحكم بقرار العزل أو من تاريخ صدور قرار العزل ولو دون علم المحكم طالما تم بموافقة جميع أطراف النزاع، كما يترتب على عزل المحكم انتهاء كل علاقة له مع الخصومة التحكيمية من التزامات على عاتقه أو حقوق له مع إمكانية مطالبته بالتعويض من الأطراف، إذا استطاعوا إثبات تقصيره ومسؤولية بالضرر اللاحق بهم وكذا إمكانية مطالبة المحكم الأطراف بالتعويض إذا أثبت أن هذا العزل كان على سبب غير جدي، وأنه يؤثر في سمعته وعلاقته مع الغير[3].

رابعا- استبدال المحكم

أشارت مختلف القوانين والاتفاقيات إلى أن المحكم المعزول أو المتنحي أو محل الرد يتم استبداله، وكذلك الأمر بالنسبة للمحكم الذي يعاني مرضا يمنعه من أداء مهمته، أو أي سبب آخر يحول دون ذلك.

يتم استبدال المحكم بالطريقة نفسها التي اتبعت في اختيار المحكم المستبدل مع ضرورة توافره على كل المؤهلات والشروط المطلوبة في المحكمين عموما، ويطبق على

1- المادة 01/10 من قواعد محكمة لندن

2- طارق فهمي غنام، مرجع سابق، ص 295.

3- جارد محمد، الضمانات الإجرائية، مرجع سابق، ص 18، سامي محسن حسين السري، القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي،أطروحة دكتوراه، 2004، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر ، ص 210، وأحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقا لقانون رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2004 ص29.

الإجراءات السابقة على قدوم المحكم المستبدل ما قيل بشأنها في حالة التنحي والرد والعزل، من إجازة الأطراف لها، أو إعادتها – حسب اتفاقهم[1].

أما بالنسبة للوائح التي أشارت إلى استبدال المحكم فنذكر مثلا قانون اليونسترال النموذجي لسنة 1985[2]ن ولائحة قواعد اليونسترال لسنة 1976 المعدلة في 2010[3] ولائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس[4]، وكذلك الأمر بالنسبة لتشريعات الوطنية[5].

نص المشرع الجزائري على إمكانية تضمين الأطراف اتفاق التحكيم طريقة تعين وعزل واستبدال المحكمين، وفي حال تعذر ذلك، حدد المشرع الجهة المخولة لذلك[6].

المطلب الثاني

حدود سلطة المحكم ومسؤوليته

يتمتع المحكم بمجرد اختياره وبموجب الثقة الممنوحة له بعدة سلطات تضبطها بنود اتفاق التحكيم، يقوم ضمن حدودها بمهمته ساعيا لتحقيق مصالح الأطراف، فهي ليست مطلقة، و يضع الأطراف الإطار العام الذي يعمل المحكم ضمنه، دون أن يتعدى الضوابط الأخرى المحددة بموجب القانون الواجب التطبيق، وكذا ما يتعلق بالتدابير التحفظية وهو ما سنتعرض له بالبحث في الفرع ألأول، إلا أن عدم احترام المحكم للحدود الموضوعية

1- فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 272.

2- المادة 14 و15 من القانون النموذجي لسنة 1985

3-المادة 13 من لائحة قواعد اليونسترال.

4- المادة 12لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس

5- المادة 21 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، والمادة 19 من قانون التحكيم السعودي رقم34 لسنة 2012، والمادة 15 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017 ، والمادة 20 من قانون التحكيم رقم 04 لسنة 2008،والمادة 20 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، والمادة 18 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، والمادة 15 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لعام2000، وكذلك المادة 1473 ق ا م فرنسي التي جمعت كل الحالات التي يمكن فيها استبدال المحكم.

6- يرجع للمادة 1041 ق إ م .

والإطار القانونية لاتفاق التحكيم يضعه تحت طائلة المسؤولية المدنية اتجاه أطراف النزاع الفرع الثاني.

الفرع الأول

حدود سلطة المحكم

إن تناول موضوع حدود سلطة المحكم يعني ضرورة الإشارة إلى أغلب المراحل العملية التحكيمية، كونه من سيسيرها ومن يتمتع بصلاحيات واسعة منحت له بموجب الثقة التي وضعت فيه، والتي عليه استغلالها على أحسن وجه حتى لا يخرج عن المنحى الأصلي والهدف الرئيسي المتمثل في الحفاظ على مصلحة الأطراف.

أولا- أساس سلطة المحكم ومجالها

يستمد المحكم سلطته وشرعيته واختصاصه من اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، فباختيارهم هذه الوسيلة تتجه إرادتهم إلى تحميل هيئة التحكيم مسؤولية إيجاد الحل لهذا النزاع، وبالتالي ضرورة منحها مساحة أوسع للعمل في نطاقها، لذا وجب أن يكون اتفاق التحكيم صحيحا، مكتمل الأركان، واضحا ودقيقا في كل بنوده بما فيها الخاصة بهيئة التحكيم، التي عليها دائما أن تلجأ للتفسير الضيق لنطاق سلطتها المستمدة من هذا الاتفاق لتجنب تعرض إجراءاتها للبطلان[1]، ومن جهة أخرى تلعب مراكز وهيئات التحكيم دورا مهما في تحديد الإطار الذي يعمل المحكم في حدوده وتسهيل عملية الاختيار، فلا يكون المحكم طرفا في العقد الاتفاقي الذي يجمع عادة أطراف النزاع والمركز أو الهيئة المعهود لها بالتحكيم، إذ يقوم أطراف النزاع بتفويض إدارة التحكيم بجميع جوانبه بما في ذلك اختيار الهيئة التحكيمية، حسب خبرة هذا المركز التحكيمي[2].

1- طارق فهمي الغنام، مرجع سابق، ص 170.

2- يرجع في ذلك إلى التحكيم المؤسساتي.

وفي ذات السياق حددت مختلف النظم والتشريعات جملة السلطات التي تمنح للمحكم للقيام بمهمته، وعليه نقول أن أساس السلطة الممنوحة للمحكم ولهيئة التحكيم مستمد من مصادر ثلاث أولها اتفاق التحكيم باعتبار نظام التحكيم ككل يرتكز على مبدأ قانون الإرادة، ثم اللوائح والهيئات المتخصصة التي ما فتأت تضع القواعد وتعدلها جليا للمتعاقدين، الذين يبحثون عن التخصص والسهولة والسرعة، وأخيرا التشريعات والقوانين الداخلية التي لم تذخر جهدا هي الأخرى في تنظيم وتحديد مهام المحكم وحدود سطلته[1].

ثانيا- مجال سلطات المحكم

أما عن مجال تدخل المحكم أو ما يعرف بنطاق سلطاته فهي عديدة تبدأ من سلطة البث في مسألة اختصاصه (أو ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي سبق وأن تطرقنا إليه) إلى غاية صدور حكم التحكيم.

وعليه فالمحكم يتمتع بسلطات تمنح له بموجب اتفاق التحكيم كالتأكد من صحة شرط التحكيم وصحة تشكيل هيئة التحكيم، وكذا حرية اختيار مكان التحكيم، أو مكان اجتماع هيئة التحكيم، بالإضافة إلى سلطة وقف إجراءات الخصومة أو قطعها وإنهائها[2].

كما أن للمحكم سلطة في اختيار القانون الواجب التطبيق سواء على موضوع النزاع أو على الإجراءات إلا أن هذه السلطة مقيدة باختيار الأطراف، أي أن المحكم لا يختار القواعد الواجبة التطبيق إلا إذا لم يقم الأطراف بذلك عمدا أو إغفالا.

وتعتبر القواعد المختارة من قبل الأطراف أولى بالتطبيق لدرجة أن بعض اللوائح جعلت مخالفتها من أسباب رفض الاعتراف بحكم التحكيم[3] وهو ما أشار إليه المشرع

1- ضياف سارة، حدود سلطة المحكم دفاتر الساسة والقانون، مجلد 12 عدد 02، جوان 2020، ص 181، 182.

2- محمود مختار البربري، مرجع سابق، ص 125، طارق فهمي غنام، مرجع سابق، ص 178، 186. ضياف سارة، مرجع سابق، ص 183.

3- يرجع للمادة 115/ج من اتفاقية نيويورك 1958:" مجاوزة الحكم في قضائه حدود اتفاق شرط التحكيم"، وكذا المادة 09 من القانون النموذجي:" يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها لدى السير في التحكيم".

الجزائري بضرورة ضبط اتفاقية التحكيم للإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة[1]، ومصطلح الواجب إتباعها المذكور، يقصد به جميع الأطراف على السواء بما فيهم هيئة التحكيم، ولا يختلف الأمر بين شرط ومشارطة التحكيم في منح المحكم سلطة اختيار القانون الواجب التطبيق، كما أن لهيئة التحكيم اللجوء إلى إعداد وثيقة مستقلة، تضع فيها الإجراءات المزمع إتباعها وتوقع من قبل الأطراف أو تودع مع الحكم، وتحدد سلطة هيئة التحكيم بالالتزام بعدم تعارض أحكام القانون الواجب التطبيق المختار مع قانون مقر التحكيم ولا قانون منحل إجراء معين من إجراءات التحكيم ولا قانون دولة التنفيذ (فإن وجد تعارض تمنح الألوية للقواعد الآمرة في كل من هذه المقرات).

أما القواعد الواجبة التطبيق على الموضوع فإن حدود سلطة هيئة التحكيم مقيدة بجملة من الشروط أهمها عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة[2]، ومراعاة ملاءمة هذه القواعد المختارة لموضوع النزاع، فيختار الأكثر اتصالا به، فإن أخطأ التفسير في القانون

1- المادة 1041 ق إ م إ.

2- يرجع لقانون الواجب التطبيق،يرجع كذلك للحكم الصادر عن محكمة التمييز الأردنية التالي:" **إن عدم تطبيق المحكمين لشروط العقد لا يعتبر استبعاد للقانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه ولا يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم**

هناك فارق كبير بين استبعاد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، وبين مراعاة هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع.

إن عدم تطبيق المحكم أو المحكمين شروط العقد لا يعتبر استبعادا للقانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه (أي قانون دولة معينة أو نظاما قانونيا معينا) وإنما المقصود بها قواعد قانونية خاصة معينة اتفق الأطراف على إخضاع العقد لحكمها إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، ويبدو الأمر واضحتا بمقارنة نص الفقرة (ج) من المادة 36 من قانون التحكيم الأردني بنص الفقرة (أ) منها، فالفقرة ألأولى نصت على أن تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة أتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ومن ذلك يتضح أن المقصود بالقواعد التي يتفق عليها الطرفان يختلف عن المقصود بشروط العقد المنصوص عنها بالفقرة (ج) المشار إليها واليت توجب على هيئة التحكيم مراعاتها.

محكمة التمييز الأردنية (بصفتها الحقوقية)- القضية رقم 267 لعام 2020. (http://www.aifica.com/2020/10/17/3155/).

المختار فلا يعد مخلا بالتزاماته ولا متعسفا في سلطة، على خلاف ما إذا لم يقم باختيار القانون الواجب التطبيق فإنه يكون مخلا بالتزاماته[1].

ومعيار الملاءمة الذي أشرنا إليه يقيد المحكم في اختياره فلا يسعى لاختيار القانون الأسهل، ولا يعتمد على مزاجه الشخصي لأن حريته وظيفية وليست شخصية وغير متروكة لرغبته[2].

وفي اتجاه آخر تجدر الإشارة إلى أن سلطة المحكم لا تتوقف عند عدم اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات أو الموضوع، وإنما يتعدى ذلك إلى إمكانية قيامه باستبعاد القانون المختار من قبل الأطراف، إذا تبين أنهم أساءوا الاختيار، وإن القواعد المختارة لا تنطبق على النزاع، وذلك بعد تنبيه الأطراف ومنحهم فرصة اختيار قانون آخر بدل المستبعد[3].

وفي سلطات أخرى يتمتع المحكم باتخاذه ما يراه مناسبا من إجراءات تساعده على الوصول للحقيقة كاستدعاء الشهود وسماعهم، أو تعين خبراء، وله الاستعانة في ذلك بالقضاء لما يملكه من سلطة الإلزام الذي تفتقر إليها هيئة التحكيم[4]، وتمتد سلطة المحكم إلى ما بعد إصدار حكم التحكيم فله تصحيح ما يقع في منطوقه من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية، وله أيضا سلطة تفسير حكمه على ألا يتخذ من التصحيح والتفسير ذريعة لتعديل قضائه أو العدول فيه[5].

1- محمود مختار البريري، مرجع سابق، ص 137. طارق فهمي غنام، مرجع سابق، ص 183.

2- أحمد السمدان، مرجع سابق، ص 201.

3- محمد سليم العوا، القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد 10، سبتمبر 2007، ص 72، 73.

4- ضياف سارة، مرجع سابق، ص 183، 184.

5- وإن كان الفقه يختلف في هذا الشأن بين من يمنح هذه السلطة للمحكم وبين من يرجعها للمحكمة المختصة في أصل النزاع، يرجع في تلك الآراء وتفسيرها لأحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 310، 311.

ثالثا- سلطة المحكم في اتخاذ التدابير المؤقتة

تعتبر سلطة اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية من أهم السلطات الممنوحة للمحكم، لذا كان لزاما أن نفرد لها عنونا نناقشها من خلاله.

واختلفت التسميات في هذه السلطة الممنوحة للمحكم، لكن لا خلاف في أنها من ضمن الإجراءات المستعجلة وتظم التدابير المؤقتة والتحفظية، وإن كان الاستعمال الشائع لعبارتي الإجراءات التحفظية والوقتية لا يفرق بينهما من حيث المعنى، أي مترادفين، وهما من الإجراءات الاستعجالية، وقد اختلفت التعاريف إذ حاول الفقهاء تعريف الاستعجال بصفة عامة، على أنه الحالة التي تنشأ عن الخطر الحقيقي المحدق بالحق المطلوب المحافظة عليه، والذي يلزم درأه منه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده، ويتوافر في كل حالة إذا قصد من الإجراء المستعجل فيها منع ضرر مؤكد لا يمكن جبره وتعويضه، إذا جدت وينشأ من طبيعة الحق المطلوب حمايته ومن الظروف المحيطة به لا من عمل الخصوم أو اتفاقاتهم[1].

أما التدابير التحفظية فعرفت على أنها إجراء تأمر به هيئة التحكيم للمحافظة على الحق ودرء الخطر عنه تمهيدا لتحقيقه في المستقبل، وهي تستبقي إمكانية الحصول على الحق وتثبيت المركز القانوني مستقبلا، فهي تسمح بانتظار الحل النهائي دون خشية على الحق أو المركز القانوني (كالحراسة القضائية والحجز التحفظي، وبيع البضائع محل العقد الدولي المعرفة للتلف).

أما التدابير الوقتية فهي التي تؤدي إلى تحقيق فوري للحق ولكن بصفة مؤقتة[2]، فالهدف من هذه الأوامر الوقتية والتدابير التحفظية هو منح حماية للحق تصدر في شكل

1- محمد جارد، الضمانات الإجرائية، مرجع سابق، ص 30.

2- عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 930، 936.

أحكام تحوز حجية مؤقتة، وتتسم هذه الإجراءات بالطابع التبعي، حيث لا توجد إلا بصدد نزاع موجود أو سيوجد حول الموضوع الأصلي الذي اتفق بشأنه على التحكيم[1].

وقد اختلف الفقه في مدى اختصاص المحكم بإصدار هذه الإجراءات الاستعجالية، وحدود سلطته في ذلك إن ثبت له الاختصاص.

أما الرأي الأول فيتجه إلى اختصاص قاضي الأمور المستعجلة دون غيره بهذه الإجراءات محتجين في ذلك بأن اتفاق التحكيم ليس وسيلة لاستبعاد قضاء الدولة مطلقا، وإنما لاستبعاد قضاة الموضوع دون قضاة الاستعجال، كما أن حالة الاستعجال قد تنشأ قبل انعقاد محكمة التحكيم وبدء عملها أو في الفترة بين جلساتها، خصوصا وأن جلسات محكمة التحكيم عادة ما لا تكون بصفة منتظمة ولا في أوقات متقاربة، إضافة إلى أحكام التحكيم لا تكون نافذة إلا بعد إمهارها بالصيغة التنفيذية من طرف القضاء[2].

وبينما يرى اتجاه آخر وفي تأييد جزئي للرأي الأول أن محكمة التحكم لا تختص بالبث في الطلبات الوقتية والتحفظية إلا في حالتين، الأولى: إذا قدم الطلب المستعجل قبل انعقاد وتشكيل هيئة التحكيم، والثانية: إذا كانت تلك التدابير ينوى تنفيذها خارج حدود الدولة التي يجري فيها التحكيم[3].

أما الاتجاه الثالث فيرى أن هيئة التحكيم هي المخولة باتخاذ هذه الإجراءات دون سواها طالما تم تفويضها بموجب اتفاق التحكيم لحل النزاع، وقد استند أنصار هذا الرأي إلى أن اختيار هيئة التحكيم للفصل في النزاع يشمل كل المسائل المتعلقة بهذا النزاع، بما فيها ما يثور من حالات طارئة تستدعي التدخل بموجب أحد الإجراءات المؤقتة أو التحفظية، خصوصا وأن هذه الإجراءات لا تمس بأصل الحق، وبالتالي فهي أولى باختصاص هيئة

1- طاق فهي غنام، مرجع سابق، ص 200.

2- حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 1996 ص 19،20.

3- معتز نابع كنعان، دراسة في أحكام القرارات المستعجلة والوقتية في النزاعات المعروضة على التحكيم وفق قانون التحكيم الأردني، رقم 31 لسنة 2001، منشور على mohamah.net بتاريخ 2016/07/04 ص 05.

التحكيم، إضافة إلى أن تمكين المحكم من سلطة اتخاذ هذه التدابير سيوفر على الأطراف من الجهد والمال والوقت[1].

أما الاتجاه الرابع فيرتكز على فكرة اشتراك القضاء والتحكيم في سلطة اتخاذ الإجراءات الوقتية، مؤسسين رأيهم على الاختصاص الأصيل بها يبقى للقضاء، لكن يجوز للخصوم الاتفاق على منح هذه السلطة لهيئة التحكيم[2]، وهو الرأي الذي مالت إليه مختلف اللوائح والتشريعات بحيث أكدت على الطابع التعاوني والتكاملي بين القضاء والتحكيم، نذكر من ذلك مثلا الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961[3] ، وكذا القانون النموذجي لسنة 1985[4]، ولائحة المحكمين البحريين بلندن[5] بينما لم تتناول اتفاقية نيويورك 1958 مسألة الإجراءات الوقتية والتحفظية.

أما بالنسبة للتشريعات الوطنية، فإنها اشتركت في جواز اتخاذ هذه التدابير من قبل المحكمة المختصة بناء على طلب أحد طرفي التحكيم قبل أو أثناء سير إجراءات التحكيم[6].

1- إلا أن هذا الرأي باستبعاده لدور القضاء كليا يعد خروجا على الطابع التكاملي الذي يجمع بين التحكيم والقضاء، وإن كانت بعض القرارات القضائية المستشهد بها في هذا المجال أقرته إلا أنها تأتي استثناء، يرجع في ذلك إلى معتز نابغ كنعان، مرجع سابق، ص 08

2- معتز نابغ كنعان، مرجع سابق، ص 10.

3- المادة 04/06 من الاتفاقية الاوروبية لسنة 1961

4- المادة 09 من القانون النموذجي لسنة1985

4- المادة 03/26. من لائحة المحكمين البحريين بلندن

5- المادة 24 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، والمادة 22 من قانون التحكيم السعودي رقم34 لسنة 2012، والفصل 1/327 من المسطرة المغربية رقم 08/05 للتحكيم والوساطة لسنة 2007، والمادة 17 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017 ،والمادة 20 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، والفصل 31 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1997، والمادة 11 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، والمادة 66 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لعام2000 المعدل في 2004

6- المادة 1046 ق إ ج إ . د. لمزيد من التفاصيل يرجع إلى محمد كولا، مرجع سابق، ص 232، 235. بودالي خديجة، مرجع سابق، ص 222، 230

أما المشرع الجزائري فقد منح سلطة اتخاذ هذه التدابير مباشرة لهيئة التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم يخالف ذلك اتفاق التحكيم، كما منح القضاء التدخل بما له من سلطة الإلزام في حال عدم تنفيذ الإجراء المتخذ طواعيه.

الفرع الثاني

مسؤولية المحكم

تبعا لكل ما سبق ذكره من التزامات وسلطات وشروط تخص هيئة التحكيم، فإن هذه الأخيرة يمكن متابعتها عن الأضرار التي قد تلحق بالأطراف جزاء أخطائها أو إخلالها بالتزاماتها أو تعديها حدود السلطة الممنوحة لها.

واختلف الفقه في نقطتين جوهريتين تخصان مسؤولية المحكم هما أساس هذه المسؤولية وطبيعتها، وهو ما سنناقشه تباعا لنتوصل بعد ذلك للجزاءات التي يمكن توقيعها عليه.

أولا- أساس مسؤولية المحكم

اختلف الفقه بداية في تقرير مسؤولية المحكم أساسا بين رافض للفكرة ومؤيد، أما أنصار الاتجاه الرافض للفكرة فيستندون إلى عدة أسباب منها:

- إن السماح للأطراف إقامة دعوى المسؤولية ضد المحكم يفتح الباب لإعادة مناقشة حكم التحكيم، وبالتالي خرق لمصداقيته، واستقلاليته، خصوصا وأن أحكام التحكيم لا تقبل طرق الطعن العادية (فيما عدى الطعن بالبطلان)[1].
- متابعة المحكم بدعوى المسؤولية يجعله يعمل في جو مضغوط، وهو يستشعر إمكانية قيام مسؤوليته في كل لحظة، مما يؤثر سلبا على حسن إدائه لمهمته إضافة إلى هيبة التحكيم واحترامه، وما يوفره من مزايا تحول دون إمكانية قيام مسؤولية المحكم[2].

1- goldmant et, op cit, P

2- نوال زروق، مسؤولية المحكم، مجلة العلوم الاجتماعية ، العدد رقم 18/ جوان 2014، ص 201.

- ومن الناحية العملية فإن إثبات خطأ المحكم وإقامة المسؤولية عليه يعد من المسائل الصعبة نظرا لما يتمتع به المحكم من سلطات وسرية العملية التحكيمية[1].

وعلى العكس من كل ذلك يذهب أنصار الاتجاه الذي ينادي بمسؤولية المحكم إلى مقارنته بالقاضي الذي رغم الحصانة التي يتمتع بها إلا أنها لا تمنع قيام مسؤوليته عند الإخلال التزامه، وبالتالي فالمحكم أولى ، فهو يتقاضى أتعابا مقابل المهمة التي يقوم بها وبالتالي من الضروري مساءلته في حال تقصيره وإهماله، وارتكابه خطأ جسيما في حال إخفائه وجود سبب محتمل لرده، لما يسبب ضررا للأطراف، أقله إهدار الوقت والمال، إذ لا يكف إبطال الحكم كجزاء عن إهمال المحكم، لأن إبطاله لا يعوض جميع الأضرار التي أطالبت الطرف المتضرر[2].

كما أن مهنة التحكيم تدر على المحكم أرباحا كبيرة ، يتحمل في مقابلها مغبة أي تقصير أو إهمال في أداء عمله، ولا شك أن المحكم الحريص سيكون بمنأى عن تحمل أي مسؤولية.

إن الصلاحيات الواسعة الممنوحة للمحكم تفوق أحيانا تلك ممنوحة للقاضي وبالتالي يجدر تقرير قواعد للمسؤولية تكون بمثابة الحاجز الذي يقف عنده المحكم تفاديا للتجاوزات، واستكمالا لصورة العدالة التي تأبى وجود خطأ من دون عقاب[3].

وبين الرأيين الرافض والمقر لمسؤولية المحكم فإن الراجح أنه يشغل مركزا خاصا بين الفرد العادي والقاضي، تربطه مع أطراف النزاع علاقة عقدية، وبالتالي لا يرتب خطأه انعقاد مسؤولية الدولة، كما هو الشأن بالنسبة للقاضي وإنما يسأل طبقا للقواعد العامة للمسؤولية[4].

1- Emanuel

2- ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص 156.

3- مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 579.

4- جعفر مشيمش، مرجع سابق، ص 116، 117.

وعليه فإن مسؤولية المحكم لا يجب أن تكون مطلقة – وهو الرأي الذي نميل إليه– لأن في ذلك إعاقة سير الحسن للخصومة التحكيمية وبالتالي يجب وضع قواعد لهذه المسؤولية تشكل نطاق عمل المحكم عليه احترامها وعدم تعديها وإلا سئل، وفي المقابل تكون هذه القواعد مرنة بما يكفي يمارس المحكم عمله في أجواء مناسبة وغير مقيدة.

وقد اختلفت اللوائح والتشريعات في مسألة تقنين وتنظيم مسؤولية المحكم، فنجد مثلا اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعة الاستثمار تنص على تمتع هيئة التحكيم بالحصانة، وعدم جواز مساءلتها[1]، وهو نفس ما أقرته جمعية المحكمين الأمريكية[2] وكذلك لائحة نظام التحكيم لمحكمة لندن[3]، فيما أغفلت معظم التشريعات النص على مسؤولية المحكم بما فيها المشرع الجزائري، بينما رتبت أخرى مسؤوليته عما يسببه من ضرر لطرفي لتحكيم[4]

ثانيا– طبيعة مسؤولية المحكم

تختلف طبيعة مسؤولية المحكم بحسب الزاوية التي ينظر إليه منها في علاقته بالأطراف، فهي عقدية باعتباره طرف في عقد التحكيم، وهي تقصيرية إذا كان العمل يشكل انتهاكا لقواعد القانون المدني، وهي أيضا جزائية إذا كان الخرق يتعلق بقاعدة جزائية[5].

1– مسؤولية المحكم المدنية: كما سبقت الإشارة أن مسؤولية قد تكون مدنية، إما ناتجة عن إخلال بالتزام تعاقدي فهي عقدية، أو ناتجة عن إهمال أو تقصير فهي تقصيرية.

أ– مسؤولية المحكم العقدية: يذهب جانب من الفقه في إقراره مسؤولية المحكم إلى البحث في العلاقة التي تربطه بأطراف النزاع والتي أساسها عقد التحكيم، وتكيف مسؤوليته بناء

1– المادة 01/21 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

2– المادة 03/01 من نظام جمعية المحكمين الأمريكية.

3– المادة 31 من نظام التحكيم لمحكمة لندن.

4 – منها المادة 2/17 من القانون السوري للتحكيم رقم 04 لسنة 2008

5– نوال زروق، مرجع سابق، ص 210.

عليه بأنها عقدية، وتخضع للقواعد العامة في القانون المدني، ولقيام مسؤولية المحكم العقدية يشترط:

- وجود عقد التحكيم، وهو العقد الذي يربط المحكم بأطراف النزاع، يتم فيه تعين هيئة التحكيم وتحديد المهمة المطلوبة بدقة، ويوقع عليه المحكم من جهة إذانا بقبوله هذه المهمة والأطراف من جهة أخرى، وأن اختلف الفقه في تسمية الوثيقة بين سند المهمة أو العقد أو غيرها، إلا أنهم أجمعوا على أن مجرد قبول المحكم لمهمته كتابة يعد عقدا، وأن إعداد خطة سير لإجراءات التحكيم والتوقيع عليها من الأطراف والمحكم أيضا يعد عقدا[1]، وكذلك في حالة تعين المحكم من قبل القضاء المختص.

- وعليه من المفروض أن لا يسأل المحكم قبل إبرام اتفاق التحكيم بين الأطراف أو في مرحلة التفاوض- إلا استثناء تتحقق معه مسؤولية المحكم العقدية، يتمثل في تسبب المحكم في عدم إبرام اتفاق التحكيم، مما يلحق ضرر بطرفي العقد[2].

- أن يكون العقد صحيحا مكتمل الأركان، حتى يمكن الاعتداد بهن وترتب المسؤولية على أطرافه في حالة إخلالهم بالتزاماتهم الواردة فيه أو المعين من قبل زملائه.

أما مسؤولية المحكم المعين من قبل المؤسسات التحكيمية فإنها لا تختلف من حيث قيامها عن مسؤولية المحكم المعين من قبل الأطراف[3]، أما عن أركان الواجب توافرها لقيام مسؤولية المحكم العقدية فهي الأركان العامة، الإخلال بالالتزام التعاقدي، الضرر والعلاقة السببية بينهما.

فالإخلال بالالتزام التعاقدي للمحكم ينشأ إذا تجاوز المحكم سلطاته، أو أخل بالالتزامات الواردة في العقد الذي يربطه بالأطراف كليا أو جزئيا أو كان تنفيذه لالتزاماته

1- جارد محمد، أساس المسؤولية المدنية للمحكم في إطار تسوية مناعات التجارة الدولية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 03، ديسمبر 2018، ص 107.

2- فتحي الوالي مرجع سابق، ص 277. العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 266.

3- جارد محمد، أساس مسؤولية المحكم، مرجع سابق، ص 103.

خارج الأجل المتفق عليه والمحدد في العقد، مما يعد مساسا بأحد أهم ميزات التحكيم وهي السرعة في الفصل[1]، ويستوي الأمر إذا كان إخلال المحكم بالتزامه التعاقدي عمدا أو ترتب عن إهمال وتقصير، إلا إذا أثبت المحكم أن الخطأ المؤدي إلى عدم تنفيذ التزامه ناتج عن قوة قاهرة خارجة عن إرادته[2]، ويعد تضرر الأطراف من هذا الخطأ ثاني ركن لقيام المسؤولية العقدية للحكم، وهو الأساس ، فيمكن أن يخطأ المحكم دون تضرر الأطراف فلا تقوم المسؤولية، وقد يتضرر الأطراف دون خطأ المحكم، لذا كان لزاما التأكد أن الضرر اللاحق بهم نتيجة خطأ المحكم، ويشترط فيه أن يكون حالا، أما المستقبلي فمحقق الوقوع، وأن يمس الضرر حقا خاصا بالأطراف وثابتا يحميه القانون ولم يتم تعويضهم عنه من قبل، أما العلاقة السببية بين الخطأ العقدي أو الإخلال بالالتزام التعاقدي وبين الضرر اللاحق بالأطراف فهي حلقة الوصل التي تؤكد ارتباطهما، ويقع عبء إثباتها على الطرف

1-نوال زروق، مسؤولية المحكم، مرجع سابق، ص 204.

2- محمد جارد أساس مسؤولية المحكم، مرجع سابق، ص 110، ويستشهد كذلك في هذا المقام بالحكم التالي:

هيئة التحكيم تماثل هيئة المحكمة الجماعية، فلا يحق للمحكم المرجح اتخاذ القرارات بمفرده دون تحقق الإجماع أو الأكثرية تحت طائلة البطلان:

تبين من استقراء أوراق الملف التحكيمي أنه تم تفويض المرجح لتحليف لطالب التحكيم في لبنان، وانتقل المحكم المرجح إلى لينان وتم تحليف طالب التحكيم اليمين الحاسمة اليت صورت بضبط الانتقال... كما تم تفويض المحكم المرجح سماع الشاهدة (B) في لبنان، وبعد سماعه طلب وكيل طالب التحكيم سماع الشاهد (X) اللاذقية وقرر المحكم المرجح بمفرده على ضبط الانتقال سماع الشاهد وحدد موعدا لذلك في اللاذقية...دون تفويض من المحكمين الآخرين، وإن ذلك يؤكد بلا شك تجاوز المحكم المرجح لما فوض به من باقي أعضاء. وإن هيئة التحكيم تماثل المحكمة الجماعية ولا يجوز لها إصدار قراراتها الإعدادية أو النهائية إلا بالإجماع أو الأكثرية وإذا تمن مخالفة ذلك اتصفت قراراتها بالانعدام... إن ما تم الإشارة إليه يؤكد قطعا أن الإجراءات التي تمت أمام هيئة التحكيم هي إجراءات باطلة وإن ذلك سلبا على قرار المحكمين الواجب الإبطال.

الهيئة العامة لمحكم النقض السورية – القرار 159- صدر بتاريخ 2019/06/25.
(/http://www.aifica.com/2019/12/26/2340).

المتضرر، وقد عالج المشرع الجزائري مختلف المسائل المتعلقة بالقواعد العامة للمسؤولية في القانون المدني.

ب- مسؤولية المحكم التقصيرية: اتجه جانب من الفقه بخلاف الرأي السابق إلى تكييف مسؤولية المحكم على أنها تقصيرية، ولكن كاستثناء في حالة عدم وجود عقد يربط الأطراف أو في حالة بطلان العقد، فلا يمكن محاسبة المحكم على التزامات ناشئة عن عقد باطل، كما لا يمكن أن يبقى الخطأ لمرتكب المتسبب في الضرر من دون جزاء.

وتقوم المسؤولية التقصيرية أيضا على أركان وفقا للقواعد العامة أولها الخطأ الجسيم والضرر ثم العلاقة السببية بينهما ونناقش في هذه الحالة الركن الأول فقط تفاديا للتكرار، ويكون الخطأ الجسيم إذا كان ناتجا عن إهمال أدى إلى الإضرار بأطراف النزاع، أي ينحرف المحكم عن السلوك المعتاد دون قصد تحقيق النتيجة التي وقعت، ولا تتجه إرادته إلى الإضرار بالأطراف[1].

ويختلف تقدير الخطأ بحسب شخصية المحكم وثقافته ومدى علمه، فما يتطلب في محام عند كتابة حكمه وتحديد بياناته، غير يطلب من مهندس أو طبيب، كما يسأل المحكم إذا تسبب في صرف مبالغ كبيرة عند إجراء التحقيقات لا تتناسب البتة مع قيمة النزاع، ويسأل إذا أخفى عن أحد طرفي النزاع علاقته القوية بالطرف الآخر وقرابته له مما يرتب رده وبالتالي ضياع الوقت والجهد والمال[2].

ولما كانت المسؤولية التقصيرية هي المسؤولية الناشئة عن الفعل الضار، فإنه من المتصور أن يسأل المحكم عن حالة الخطأ الشخصي الجسيم، وحالة الغش ونية الإضرار بأحد الأطراف، والتواطؤ، أو عند تنحيه في وقت غير مناسب أو دون سبب مشروع[3].

1- يرجع إلى مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 578.

2- أحمد الوفا، مرجع سابق، ص 232، جعفر مشميس، مرجع سابق، ص 116، 117.

3- ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص 165.

فمسألة المحكم عن الأخطاء التي يرتكبها في أدائه لمهمته خارج التزاماته المنصوص عليها في الاتفاق بينه وبين الطرفين تخضع للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، سواء في ما يتعلق بشروط قيام هذه المسؤولية، أو فيما يتعلق بالمسؤولية ذاتها[1].

2- المسؤولية الجنائية للمحكم: إن المحكم شخص عادي قد يقوم بتصرف يعرضه للمساءلة الجنائية، ويكون هذا التصرف متعلق بالخصومة التحكيمية الذي هو بصدد الفصل فيها، كأن يزور وثائق تخصها، أو يزور وثائق تتعلق بمؤهلاته وعضويته[2].

ثالثا- الجزاءات المترتبة على قيام مسؤولية المحكم

يترتب على قيام المسؤولية المحكم عدة جزاءات تختلف باختلاف المسؤولية المتابع بها، فإن كانت مسؤولية مدنية (عقدية أو تقصيرية)، فإنه الجزاء الموقع يكون بحسب ما يقره القانون المدني، وإن كانت جزائية فإن الجزاء يكون بحسب ما يقره قانون العقوبات، إضافة إلى بعض الجزاءات الخاصة التي تتعلق بالمحكم والخصومة التحكيمية.

أما الجزاء المدني فيتمثل في دعوى التعويض المقررة في القانون المدني كأصل عام طبقا للقاعدة العامة "كل ضرر مجبور" مهما كان الضرر معنويا أو ماديا، فالعبرة -كما سبقت الإشارة- في إثبات العلاقة السببية بينها وبين التصرف الذي قام به المحكم، وترفع هذه الدعوى ولو أثناء قيام خصومة التحكيم، إذا كان الخطأ المتسبب للمسؤولية حدث أثناءها وقبل صدور الحكم المنهي للخصومة[3].

1- مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 579. ولأن قواعد المسؤولية المطبقة على المحكمة هي نفسها، تلك الخاصة بالقواعد العامة للمسؤولية العقدية والتقصيرية، يرجع لمزيد من التفاصيل لعبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 735، 785.

2- وهو ما حدث في قضية Tronic Bel التي ترجع تفاصيلها إلى قيام هيئة تحكيمية وهمية بخداع الأطراف وبعد متابعتهم جزائيا تم الحكم على هذا المحكم بثلاث سنوات سجن يرجع لمزيد من التفاصيل نوال زروق، مسؤولية المحكم مرجع سابق، ص 205.

3- فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 254.

أما الجزاء الجزائي فيتمثل في الدعوى العمومية التي تحرك ضده لاقترافه أفعال مجرمة قانونا كالتزوير، وتلقي الرشوة، أو النصب، أو الاستغلال، أو أي من الأفعال الأخرى التي يعاقب عليها قانون العقوبات.

أما الجزاء التأديبي، فقد اختلف الفقه في وجوده أصلا، لارتباطه بالمسؤولية التأديبية التي ترتبط عادة بنظام معين لمهنة معينة، كما هو الشأن لنقابة الأطباء أو المحامين أو الصيادلة أو المهندسين أو غيرها من أصحاب المهن، الذين ينتمون إلى تنظيم معين ولهم قانون خاص يرتب على عاتقهم عقوبات تأديبية في حالة مخالفته[1].

إلا أن قيام هذا النوع من المسؤولية والجزاء الذي يمكن أن يرتب عنها من توقيف أو حرمان لممارسة التحكيم لمدة معينة أو شطب، عادة ما يطبق على المحكمين التابعين للهيئات والمؤسسات والمراكز الخاصة بالتحكيم، وإن كانت هذه الأخيرة تسعى دوما إلى التهرب من تحريك دعوى المسؤولية ضدها عن طريق إدراج شرط الإعفاء من المسؤولية، والذي يعد مخالفة للقواعد العامة ومن قبيل الغش، وبالتالي فإن التحكيم المؤسساتي يعمل من خلال المراكز والهيئات على استبعاد تقرير المسؤولية الخاصة به، فإن تقررت فإنها تكون تأديبية بتنظيمها في إطار مهني، تفاديا للتعويضات التي قد تطلب إذا تقررت المسؤولية المدنية[2].

1- محمد الحبيب، مسؤولية المحكم على ضوء التشريع المغربي والتشريع المقارن، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، المغرب 2008، ص 66.

2- رزوق نوال، مسؤولية المحكم، مرجع سابق، ص 207.

الباب الثاني

الأحكام الخاصة بالتحكيم

التجاري الدولي

الباب الثاني

الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي

أما الباب الثاني من هذا البحث فسنناقش في (الفصل الأول منه) اتفاق التحكيم الذي كان له حظ وافر في هذه الدراسة، ذلك أنه جوهر التحكيم وتطبيقه، فتناولناه من بداية إبرامه، والشروط والأركان الواجب توافرها، مرورا بالقانون الواجب التطبيق (مبحث أول) ثم استقلالية اتفاق التحكيم والآثار المترتبة عنه(مبحث ثان) بينما نخصص الفصل الثاني منه للجانب الإجرائي بالتعرض للانطلاق الخصومة التحكيمية (مبحث أول) ثم السير في الخصومة التحكيمية وانقضاؤها (مبحث ثان)

الفصل الأول

اتفاق التحكيم

الفصل الأول

اتفاق التحكيم

خلصنا مما سبق ذكره أن التحكيم نظام قضائي من نوع خاص أساسه اتفاق الأطراف وقوامه الإرادة، لكن مصطلح التحكيم لا يكف إن لم يترجم في شكل اتفاق يضم توجه إرادة أطرافه لاختياره كوسيلة لحل نزاع نشب بينهم أو يحتمل،لذلك يعد اتفاق التحكيم نقطة البداية في مسيرة التحكيم،بل هو جوهر العملية التحكيمية ، وأساسها لأنه سبب إصدار الحكم، الذي يعد مجرد عنصر تبعي فيها، فالعملية التحكيمية تشبه العرمى، قاعدته اتفاق التحكيم ، وقمته الحكم ، وهما معا يشكلان كلا لا يتجزأ ، مما يميزه عن غيره من الوسائل البديلة وعن القضاء[1].

1- بليغ حمدي، مرجع سابق، ص 28-29.

المبحث الأول

مفهوم اتفاق التحكيم وأركانه

يختلف اتفاق التحكيم بوصفه عقدًا عن باقي العقود من حيث طريقة إبرامه، وسريانه، وأركانه، وهو ما سنحاول التطرق إليه من خلال هذا المبحث، متعرضين لتعريف اتفاق التحكيم وصوره في (المطلب الأول) ثم أركانه الموضوعية والشكلية في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تعريف اتفاق التحكيم وصوره

عكس مصطلح التحكيم الذي عرفه الفقه بإسهاب،ولم تتطرق له التشريعات والقوانين الوضعية بالتعريف إلا قليلا منها، فإن اتفاق التحكيم تناولته مختلف النصوص والقوانين بالتعريف،مما سهل على الفقهاء استخلاصها ، نتناولها بشيء من التفصيل (فرع أول) ثم نعرض صوره (فرع ثانِي)

الفرع الأول

تعريف اتفاق التحكيم

أولا- اتفاق التحكيم عند الفقهاء

عُرف اتفاق التحكيم بأنه:" عقد يتفق أطرافه على عرض نزاع معين بينهما على محكمين بدلا من عرضه على قضاء الدولة، ولا يعرض النزاع على محكمين إلاّ إذا اتجهت إرادة الأطراف المتعاقدة له، وتواصت عليه واتفق ذوو الشأن اتفاق واضحًا وصريحًا على الفصل فيه بطريق التحكيم[1].

1- نريمان عبد القادر،اتفاق التحكيم والطبيعة النموذجية له وأنواع عقود البنوك التي يمكن أن يدرج فيها،المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي،العدد 4، 1996 ،ص 37 وما يليها .

وفي تعريف آخر:"يعد اتفاق التحكيم ذاك الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه أطراف العلاقة التجارية بأن يتم الفصل في المنازعات التي تنشأ بينهما، أو التي تنشأ من خلال التحكم،إذا كانت هذه المنازعات.تتعلق بمصالح التجارة الدولية[1].

وعرفه جانب آخر من الفقه على أنه:« اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة،عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعات التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تثار عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين، ويتولى الأطراف تحديد الأشخاص كمحكمين ،أو على الأقل يضمنون اتفاقهم على التحكيم بيانا لكيفية اختيار المحكمين، أو أن يعهدوا لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة، لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقا للقواعد واللوائح الخاصة بهذه الهيئات والمراكز"[2].

بينما عرفه فريق آخر بأنه:" اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما، بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"[3].

وفي تعريف لفقيه آخر:"هو اتفاق الأطراف على تسوية بعض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بينهم باللجوء إلى التحكيم، وينتج بصدوره الاتفاقي أثارا قضائية، ويخضع بموجب الأطراف لعدالة وقضاء آخر غير القضاء الوطني، ويمثل نقطة الإلتقاء بين العقد والإجراءات"[4].

وفي تعريف آخر:"هو عقد خاص يتم باتفاق الطرفين ويعتبر مظهر لسلطان إرادتهم" [5].

---

1 – محسن جميل جريح، مرجع سابق، ص 55.

2 – مصعب ثائر عبد الستار العبيدي، مرجع سابق، ص 91–92، محمد عبد النبي إبراهيم مصطفى التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2011ص 4 .

3– عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 52 .

4– مصعب ثائر عبد الستار العبيدي: عن الفقيهluc mayaux هامش 3 مرجع سابق، ص 92.

5– فتحي الوالي،مرجع سابق، ص 942 .

ويعرفه فريق آخر بأنه:" اتفاق يلتزم بمقتضاه جميع الأطراف بالامتناع عن الالتجاء إلى قضاء الدولة وطرح منازعاتهم على محكم أو أكثر للفصل بحكم ملزم، ويترتب على إبرام اتفاق التحكيم التزام أطرافه بموضوع الاتفاق من لحظة إبرامه"[1].

و الملاحظ على هذه التعريفات وغيرها مما وجدنا بمختلف المراجع أن تعريف اتفاق التحكيم فيها يتشابه ويشترك في عدة عناصر، وإن كان الانطباع الأوّل عند قراءتها يوحي بالاختلاف، أمّا عن العناصر التي اشتركت فيها نذكر:

- أجمعت على تضمن الاتفاق ترجمة لإرادة أطرافه للخروج بالنزاع عن ولاية القضاء.
- الفصل في النزاع الناشئ أو المحتمل أن يكون من قبل محكمين يتم اختيارهم من قبل الأطراف،أو يعهد باختيارهم.

أما عما اختلفت فيه هذه التعاريف فهو استعمال لفظة "اتفاق" تارة، ولفظة "عقد" تارة أخرى، وفي هذا السياق يرى جانب من الفقه أن اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يتم بين أطراف المنازعة للجوء إلى التحكيم، أمّا عقد التحكيم فيعني تولي المحكم مهمة إجراء عملية التحكيم، وعليه فإن الاتفاق يضم أطراف النزاع بينما يضم العقد أطراف النزاع من جهة والمحكم أو هيئة التحكيم من جهة مقابلة، وبهذه الصفة يخضع لأحكام النظرية العامة للعقود، من شروط وأركان، كما أن وجود عقد التحكيم ضروري ، فمن خلاله يعرب المحكم أو هيئة التحكيم عن قبولها لمهمة التحكيم، وهذا القبول هو الذي يؤدي إلى إبرام عقد التحكيم الذي يختلف عن اتفاق التحكيم [2].

وإن كنا نتفق مبدئيا مع طرح الأساتذة الكرام في هذا الرأي، فالعملية التحكيمية تتم بناء على عقدين منفصلين هما اتفاق التحكيم من جهة وعقد التحكيم من جهة أخرى، وإن كان الشائع بالحديث هو اتفاق التحكيم الذي يعد بحد ذاته عقدا، ويكون ملازمًا لعقد آخر

---

1 - أحمد إبراهيم عبد التواب: اتفاق التحكيم و الدفوع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص 39 .

2- مصطفى ناطق صالح مطلوب، مبدأ استقلال اتفاق التحكيم التجاري، مجلة الرافدين للحقوق، المجلة 12، العدد 43 ، 2010 ، ص 117-118 وكذلك عبد المنعم زمزم . مرجع سابق، ص 53 .

ربط الطرفين بمناسبة معاملة تمت بينهما أو لاحقا له، نتيجة نشوء نزاع حول تلك المعاملة، فإن عقد التحكيم الذي يربط الأطراف مع الهيئة التي ستولى التحكيم، إذانا بقبولها إدارة العملية التحكيمية، وقبول الأطراف لهذه الهيئة، وعليه فإننا مع هذا الرأي الذي يقول أن اتفاق التحكيم عقد مهما كان شكله أو صورته التي أبرم عليها، وإن كانت جانب آخر من الفقه يرى أن اتفاق التحكيم أو سع من العقد، لأنه عبارة عن توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله، أو تعديله أو إلغائه، أما العقد أخص من الاتفاق، فهو عبارة عن توافق إرادتين عن إنشاء إلتزام أو نقله، فكل عقد اتفاق وليس كل اتفاق عقد، إلا إذا كان منشئا للالتزام أو ناقلا له، فإذا كان الاتفاق معدلا للالتزام أو منهيا له فهو ليس بعقد[1].

وقد انتقد هذا الرأي، وإن كان يبدو سليما خصوصا وان الغرض من التمييز يكمن في تحديد الأهلية، وهي النقطة ذاتها التي كانت محل انتقاد، لأن الأهلية لا تختلف فقط بين الاتفاق والعقد، بل تختلف باختلاف العقود ذاتها، ليخرج منتقدو هذا الرأي برأي آخر مفاده أن التمييز بين الاتفاق والعقد ليس له أهمية، وإذا كان الاتفاق أوسع من العقد لأن المعاهدة بين دولة ودولة اتفاق، والنيابة اتفاق بين النائب ناخبيه.[2].

أما بخصوص التسميات الأخرى عدا مصطلح الاتفاقية أو عقد التي وردت للدلالة على اتفاق التحكيم فقد كانت محل خلاف فقهي بين مؤيد ومعارض، ومن ذلك استعمال مصطلح وثيقة التحكيم، أو اتفاقية التحكيم[3].

ثانيا- اتفاق التحكيم في النصوص واللوائح

لم تتعد النصوص التشريعية خاصة العربية التعاريف الفقهية التي أوردناها، فذكر المشرع المصري مثلا أن اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض النزاعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة

---

1 – إبراهيم عبد التواب: مرجع سابق، ص 238 وكذلك بلباقي بومدين: مرجع سابق ص47.48.

2- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط – مرجع سابق مصادر الالتزام ج 1 من 36، ص137 ومابعدها.

3- لمزيد من التفاصيل يرجع إبراهيم عبد التواب: مرجع سابق، ص 233-241.

عقدية كانت أو غير عقد عقدية[1]، وهو التعريف الذي أوردته أغلب التشريعات العربية[2]، وهو مستوحى من روح قواعد القانون النموذجي للأمم المتحدة اليوسترال[3]، وكذا اتفاقية نيويورك 1958[4]، كذلك الأمر القانون الفرنسي[5].

ولكن المشرع الجزائري في تعريفه للاتفاق التحكيم كان غير موفق، فالتعريف الوارد في القسم الثاني الموسوم اتفاق التحكيم يخص مشارطة التحكيم، إذ ينص على اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم[6] وهو بذلك يستثني الاتفاق على التحكيم المرتبط بالعقد الأصلي الخاص بنزاع محتمل (شرط التحكيم) ، والذي افرد له نصا آخر في القسم الأول الموسوم بشرط التحكيم[7]

1- المادة 10 من قانون 27 التحكيم المصري لعام 1994.

2- المادة 1/3 من قانون التحكيم السوري 04 لسنة 2008، والمادة 2،و3 و4 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993، والمادة 1/1 قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012، والفصل 306 من قانون التحكيم المغربي رقم 08/05 لسنة 2007، والمادة 1 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لعام 2017 ، والمادة 09 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000 المعدل في 2018، والمادة 02من قانون التحكيم رقم 42 لسنة 1993، المادة 01 من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، والمادة 4 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016 .

3 – المادة 7 منه.

4- المادة 02 من اتفاقية نيويورك

5 – كالقانون الانجليزي لعام 1996 في المادة 1،/6 والقانون الفرنسي المادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل بموجب المرسوم 2011/48 ، وإن كانت المادة 1506 لم تحل في مجال التحكيم التجاري الدولي على المادة 1442 التي تتضمن تعريف اتفاق التحكيم الداخلي، مما جعل اتفاق جانب من الفقه يستبعد الاستشهاد بهذه المادة ، يرجع إلى امانويل غايار emmanuel Gaillard والقاضي بيار دو لاباس Pierre de Lapasse ، القانون الفرنسي الجديد حول التحكيم الداخلي والدولي، دراسة منشورة بمجلة دالوز ، مترجمة إلى العربية من طرف الاستاذ هادي سليم ، منشورة بمجلة التحكيم العالمية ، عدد10،أبريل 2001، ص 44 .

6 – المادة 1011 ق ا م ا ج

7- المادة 1007، والقسم الأول والثاني من الفصل الأول بعنوان اتفاقيات التحكيم التي قصد بها المشرع في هذا المعنى صور اتفاق التحكيم.

وبالرجوع للفصل السادس الخاص بالتحكيم التجاري الدولي، فإن المشرع لم يورد تعريفا لاتفاق التحكيم الذي أسماه في هذا القسم "اتفاقية التحكيم"، واكتفى بتبيان وتوضيح نطاق سريانها على النزاعات القائمة والمستقبلية[1].

الفرع الثاني

صور اتفاق التحكيم

خلصنا إلى أن اتفاق التحكيم هو الوجه الثاني لمصطلح التحكيم، لكن هذا الاتفاق قد يتخذ أشكالا، بحسب وقت إبرامه، وإن لم تحدده مختلف التشريعات وقت اتفاق التحكيم بزمن معين تاركة ذلك لإرادة الأطراف باعتبارها العنصر الفاعل في اللجوء إلى التحكيم، إلا أن اختيار زمن محدد من شأنه إضفاء صيغة أول شكل أو تسمية مختلفة على اتفاق التحكيم، ونتناول في هذا الفرع اتفاق التحكيم في صور ثلاث:

أولا- شرط التحكيم

سمي شرط التحكيم (la Clause compromissoire) أو الشرط المحكم clause d'arbitrage[2]، وسمي أيضا الشرط التحكيمي la clause arbitral أو الاتفاق التحكيميlaconvention arbitral أو الشرط الخاص condition privé،أو البند التحكيمي .

ويعرف شرط التحكيم على أنه:" اتفاق يلتزم بمقتضاه الطرف على اللجوء إلى التحكيم دون قضاء الدولة" [3].

---

1 - المادة 1040 ق ا م ا ج

2- عبد الحميد الأحدب، مرجع سابق، ص73 . نور الدين الشيخ، مرجع سابق، ص 17.

3- أحمد صدقي محمود، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ط1، 2004، ص 13.

ويعرف أيضا أنه:" اتفاق التحكيم الذي يواجه منازعات مستقبلية ومحتملة غير قائمة بالفعل، ولكنها قد تنشأ في المستقبل، وقد استمد هذا الاتفاق تسميته من كونه يشكل جزءًا أو شرطًا من شروط العقد الأصلي، لاحتمال نشوء نزاع بسبب تنفيذه أو تفسيره" [1].

سمي شرط التحكيم كذلك لوروده وإدراجه في صلب العقد الأصلي كبقية الشروط أي بند من بنود العقد، أو مادة من مواده، أورقما من أرقامه، عادة ما يكون في أخر المحرر الخاص بالعقد، لكن لا مانع من وروده في محرر مستقل عن العقد إذا كان هذا المحرر أعدّ قبل أن يختلف الطرفان ويتنازعان، بمعنى أننا نكون أمام شرط التحكيم كلما كنا أمام اتفاق على اللجوء إلى التحكيم قبل نشوب النزاع، بغض النظر عن كونه بندًا من بنود العقد أو محرر مستقل [2].

يمكن لشرط التحكيم أن يكون عاما يتعلق بكل نزاع يخص العلاقة بين الطرفين، بداية من تفسير العقد إلى غاية تنفيذه، وإما خاصا يتعلق بالإحالة على التحكيم في بعض المسائل، وهي الحالة الأكثر شيوعا لأن موضوع النزاع غالبا ما يحدد من الطرفين .

وفي حالة أخرى قد يتضمن العقد الأصلي شرط التحكيم، ولا ينص إلاَّ على نية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم دون ذكر التفاصيل، فيصبح أمر اللجوء إلى الاتفاق اللاحق لابد منه.[3]

1- أحمد محمد عبد الصادق،المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، دار القانون للإصدارات القانونية، مصر، ط7، 2014، ص76.

2 – عبد الكريم سلامة،مرجع سابق، ص246، يرجع كذلك للمادة 7 من القانون النموذجي لجنة الأمم المتحدة اليونسترال 1985 .

3- عبد العزيز قادري، الاستثمارات الدولية، دار هومة، ط01، 2000، ص 60-61.

يؤد شرط التحكيم خاصية استقلالية اتفاق الحكم عن العقد الأصلي، حتى لو ذكر كبند أو مادة في العقد، ليُعتد به كعقد تحكيم داخل العقد الأصلي له كامل الأثر، بدليل أن شرط التحكيم قد يستمر ويمدد العمل به لما بعد انتهاء العقد، وهي الميزة التي لا تتصف بها بنود العقد الأخرى[1].

لم تتبن القوانين القديمة نسبيا فكرة الاستقلالية، إذ كان ينظر لشرط التحكيم على أنه عقد تمهيدي أو مقدمة أو وعد لا ينتج أثره كاملا، إلا إذا أبرم بعد عقد تحكيم مستقل عند تشوب النزاع، لكن الانتقادات التي وجهت لهذا الرأي فعلية يتلاشى تدريجيا خصوصا بعد الحرب العالمية الأولى وبداية تطور العلاقات التجارية الدولية، إذ لا فائدة ترجى من شرط التحكيم إذا كان لا يكفي ولا يفي بالغرض قبل نشوب النزاع، ولابد من اتفاق آخر وقت المنازعة، ولا داعي إذن لإدراجه أصلا ضمن بنود العقد[2] .

تناولت عدة تشريعات إشارة إلى شرط التحكيم وإن اختلفت الصياغة إلا أن المعنى تقريبا واحد، فالقانون المصري مثلا تناول شرط التحكيم في نفس النص الذي تناول فيه اتفاق التحكيم فنص على أن اتفاق التحكيم يكون سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين، بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين[3]، وهو النهج الذي سارت عليه أغلب التشريعات العربية والغربية[4]، بما فيها المشرع الجزائري،

1- عبد الكريم سلامة،مرجع سابق، ص 255.

2- عبد العزيز قادري، مرجع سابق، ص 255، نور الدين بن شيخ، مرجع سابق، ص 22.

3- الفقرة 1 من المادة 10 من قانون 27 لسنة 1994.

4- ا لم 11 القانون الأردني رقم 31 لعام 2001 ، المادة 1/04 القانون السوداني تحكيم لسنة 2016، المادة 1/07 قانون السوري 08/04 ، المادة 06 من القانون التونسي 42 لسنة 2017 ، الفصل 30 من القانون التحكيم المغربي المعدل رقم 08/05 لعام 2007 ،وكذا المادة 1/9 من القانون السعودي رقم 34 لعام 2012، والمادة 07 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017،والمادة 19 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة 2000، والمادة 04 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016.

أما بالنسبة للتشريعات الغربية فنذكر القانون الفرنسي الذي نظم شرط التحكيم في المواد 1442 إلى غاية 1446 من المرسوم 2011/48 المعدل لقانون الإجراءات المدنية، بينما لم يفرق المشرع الانجليزي خلال قوانين التحكيم المتعاقبة بين شرط التحكيم و المشارطة وادمجها تحت بند اتفاق التحكيم بداية من قانون التحكيم الصادر في 1950 مرورا =بقانون

حيث عرف شرط التحكيم بأنه الاتفاق الذي يلتزم بموجبه أن الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم[1]، والملاحظ أن هذا التعريف لا يتفق من حيث التقسيم و العنونة مع التعريف الوارد في المادة 1040 التي لم يفرقها المشروع في ظهرها بين صور اتفاق التحكيم وإنما أشار إلى أن اتفاقية التحكيم تسري على النزاعات القائمة والمستقبلة[2].

وإن كان في الواقع لا يوجد تعارض بين هذه النصوص سواء المتعلق منها بالتحكيم الداخلي أو بالتحكيم الدولي، فبالرجوع إلى التقسيم الذي اعتمده المشروع، نجده فرق فيه بين الشرط والمشارطة التي اسماها اتفاق التحكيم[3] في التحكيم الداخلي من حيث وقت إبرامهما لكنه أخضعهما لنفس الأحكام[4].

بينما لم يتطرق لهذا التمييز في النصوص الخاصة بالتحكيم الدولي حيث أشار إلى أن اتفاقية التحكيم تسري على النزاعات القائمة والمستقبلية، أي جمع الصورتين معا.

ثانيا- مشارطة التحكيم : le compromis

هي اتفاق التحكيم الذي يتم بعد نشوء النزاع، يعبر فيه الطرفان عن رغبتهما وإرادتهما في اللجوء لمحكمين، وتتم المشارطة وفق أشكال ومعالم يقرها القانون[5].

الصادر في 1975 لغاية قانون 1996 الساري وهو نفس المسار الذي اتخذه المشرع الأمريكي في المادة 2 من قانون التحكيم الفدرالي لسنة 1925، يرجع كذلك لبلباقي بومدين، مرجع سابق ص 39-40.

1- الم1007 ق ا م ا ج جاءت هذه المادة في القسم الأول المعنون بشرط التحكيم من الفصل الأول في اتفاقيات التحكيم من الباب الأول في التحكيم والملاحظ من خلال عنوان الفصل أن المشرع يرى أن للتحكيم عدة اتفاقات وأن شرط التحكيم أحدها ونظمه في أربع مواد من 1007 إلى 1010.

2 – المادة تقع في الفصل السادس من الباب الثاني (التحكيم – بعنوان: في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي – القسم الأول . أحكام عامة.

3 – المادة 1011 وما يليها.

4 – يرجع للقسم الثالث من الفصل نفسه المواد 1044-1018 ثم باقي الإجراءات المتعلقة بالخصومة و تنفيذ حكم التحكيم

5- Mentalachter .Med :o cit p -32 «c'est une convention postérieur à la naissance du litige par la quelle les parties affirment leur volonté de s'adresser à des arbitres, le compromis doit étre établi selon certaines formes et renferme les conditions exigées par la loi ».

والملاحظ أن هذا التعريف أطلق على مشارطة التحكيم لفظ اتفاق التحكيم، وهو نفس المصطلح الذي أورده فقهاء آخرون[1]، ولهم في ذلك مغزى ،فالمشارطة في حقيقة الأمر هي الاتفاق الحقيقي على التحكيم، فهي لا تكتفي بالنص على اللجوء للتحطيم وحسب، بل يذكر فيها كلّ ما يتعلق بهذا التنظيم، أي أنها تضم مجموعة من البنود أو المواد تتطرق فيها إلى كل الجوانب التنظيمية من إجراءات ونطاق وضوابط..إلخ

تتخذ المشارطة عدّة أشكال، فتكون في عقد رسمي acte authentiqu، أو محضر un procès verbal، وحتى شكل عقد عرفي acte sous-sing privé، لكنها في كل هذه الأحوال تقع في محررّ مستقل عن العقد الأصلي، وبعد نشوء النزاع وهو وجه الاختلاف الجوهري بينها وبين شرط التحكيم، إذ يتم اللجوء إليها إذا خلى العقد الأصلي من بند التحكيم [2].

وإذا كان هذا البند غير مفصل ولا يحمل كل البيانات يلعب موضوع النزاع دورًا مزدوجًا في مشارطة التحكيم، من حيث توضيح طبيعة النزاع والأطراف من جهة،وإعطاء فرصة لمراقبة عمل المحكمين المختارين وعدم خروجهم عن الإطار المرسوم للمهمة المسندة إليهم، من جهة أخرى ، كما أن اللجوء إلى إبرام مشارطة التحكيم ممكن، وإن كان النزاع طرح على القضاء،إذ تقضي المحكمة في هذه الحالة بترك الخصومة لإتاحة الفرصة للأطراف الذين فضلوا التحكيم لحل نزاعهم، شرط أن يكون اختيار نزع الاختصاص من ولاية القضاء الذي تم رفع الدعوى أمامه لتحويله إلى التحكيم، قبل أن تجهز القضية للحكم فيها وتدخل المداولة ، وقبل أن يفصل فيها القضاء بحكم نهائي، إذ لا يكن في هذه الحالة اللجوء إلى التحكيم لأن ذلك سيعد تهربا من تنفيذ أحكام العدالة مما سيتسبب في مشاكل

1- نور الدين بن شيخ: مرجع سابق، ص 29 الذي يعرف اتفاق التحكيم أنه العقد الذي يحيل تسوية الخلافات للتحكيم بعد ظهور المنازعة

2- Mentalachter .Med :o cit p 33 ، نريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 331.

أهمها المساس بمصداقية النظامين (القضاء والتحكيم) ،وعليه فإن مشارطة التحكيم هي تجسيد لشرط التحكيم[1]

يشترط في مشارطة التحكيم وإن اختلفت صياغتها ونماذجها أن تشتمل على كل الأمور التفصيلية التي تساعد على تعيين أنواع بدقة، بيان أسماء أطراف النزاع وعناوينهم ووسائل الاتصال بهم، عدد المحكمين وطريقة اختيارهم وتعينهم، القانون الواجب التطبيق، مقر التحكيم ولغته، نوع التحكيم المراد اللجوء إليه[2].

تناولت مختلف التشريعات في العالم مشارطة التحكيم منها التشريعات العربية[3]، بينما أفرد لها القانون الفرنسي مجموعة من المواد[4]، ولم يخرج المشرع الجزائري عن نهج التشريعات الأخرى، حيث نص على أنها الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم[5]، كما أشار إلى الشروط الواجب توافرها[6] وإمكانية اللجوء إلى التحكيم وإن كان النزاع طرح على القضاء– والمقصود هنا هو التحكيم الداخلي–

بينما لم يميز المشرع الجزائري بين المشارطة والشرط في مجال التحكيم التجاري الدولي،وجمعهما في نص واحد أكد فيه أن اتفاقية التحكيم تسري على النزاعات القائمة والمستقبلية[7].

---

1 – اعتبرها جانب من الفقه ترجمة له أكثم أمين الخولي بدء التحكيم وسيره طبقا لنظام التحكيم لغرفة تجارة وصناعة دبي، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم التجاري المنعقد في دبي، يومي 28.29 ماي 1995، ص45.

2 عبد المنعم زمزم مرجع سابق ص 80–86.

3 – لم 11 القانون الأردني رقم 31 لعام 2001 ، المادة 1/04 القانون السوداني تحكيم لسنة 2016، المادة 1/07 قانون السوري 08/04 ، المادة 06 من القانون التونسي 42 لسنة 2017 ، الفصل 30 من القانون التحكيم المغربي المعدل رقم 08/05 لعام 2007 ،وكذا المادة 1/9 من القانون السعودي رقم 34 لعام 2012، والمادة 07 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017،والمادة 19 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة 2000، والمادة 04 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016،

4 – المواد 1442 و 1445 و1446 ق ا م فرنسي جديد

5 – المادة 1011 ق ا م ا ج.

6 – المادة 1012 ق ا م ا ج

7 – المادة 1040 ق ا م ا ج.

ثالثا– التحكيم الإحالة la clause d'arbitrage par référence

يرد هذا الشرط في عقد يكون مرتبطا بعقد آخر يحيل إلى تنظمه[1]،وتعد هذه الصورة من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم، ويفترض فيها أن العقد المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرط التحكيم، لكن أطرافه يكتفون بالإشارة إلى عقد سابق بينهم أوعقد نموذجي (contrat type) ويشيرون إلى الشروط العامة التي دأبوا العمل بها[2].

---

1 – ناصر ناجي جمعان، مرجع سابق ص31.

2– عبد الكريم سلامة مرجع سابق ص 264 ظهرت العقود النموذجية إلى حيز الوجود إثر قيام تجمعات مهنية بتنظيم تجارة مهنية، كجمعية لندن لتجارة الحبوب وجمعية لندن لتجارة المطاط وذاعت هذه العقود النموذجية لتشمل أنواعا عديدة من السلع، وتغطي مناطق جغرافية أوسع، ولم يعد يقتصر استخدامها على الجماعة أو الاتحاد الذي وضعها، وإنما تحولت إلى عادات دولية تحكم التجارة الدولية.

وتعرف هذه العقود على أنها:" مجموعة من الشروط النموذجية في صيغة مكتوبة يتفق عليها تجار سلعة معينة في منطقة جغرافية معينة، ويلتزمون بإرادتهم الحرة بإتباعها فيما يبرمونه من صفقات تتعلق بهذه السلعة" نغم حنا رؤوف العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوربية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية العدد 6 المجلد 14 أفريل 2007، وعرفتها الم 19 فقرة 2 من مبادئ الينيدروا unidroit على أنها:"الإحكام والشروط المعدة منها من قبل أي من الطرفين للاستخدام العام والمتكرر وغالبا يتم استخدامها دون التفاوض مع الطرف الآخر".

يلجأ الأطراف عادة للتعاقد وفق النماذج الخاصة بالعقود النموذجية تفاديا للوقوع في الأخطاء، خاصة في الاتفاقيات التحكيمية كالخطأ في تسمية التحكيمية،أو القواعد الواجبة التطبيق، وكما أن الجمعيات المهنية المتخصصة،وضعت شروطا نموذجية لتضمن تنظيم قطاع معين أو تجارة خاصة ببيع السلع،فإنّ العديد من غرف التحكيم والمحاكم التحكيمية الدولية سعت كذلك لوضع شروط تحكيمية نموذجية، ومن أمثلة ذلك:غرفة التجارة الدولية بسويسرا التي وضعت الشرط التحكيمي نموذجي يدرج في العقود الدولية كالآتي:" أي منازعة أو دعوى تكون على صلة بالعقد، أو إنهاء أو خرق العقد يتم تسويتها من خلال غرفة التجارة بسويسرا" وقد اشتهر هناك أن العديد من شروط التحكيم، مثل شرط الملاحة الأطلنطي – ومقتضى هذا الشرط امتناع القضاء عن نظر أي دعوى قضائية يوجد فيها الشرط السابق وهو شرط scotte Avery clause وهو شرط يتم إبرامه قبل دخول الدعوى التحكيمية إلى حوزة المحكمة القضائية، كما أن هناك شرط تحكيمي يسمى شرط calvo clause وهو من الشروط المشهورة والمعمول في مجال التعاقدات البترولية على أن تتم التسوية وفقا لقانون دولة البيرو، ومن المسائل المعتاد اللجوء إلى النموذج المطبوع في العقود المتعلقة بنوع معين من أنواع التجارة الدولية، حيث يخصص الاتفاق لمنازعة معينة مثل منازعات البن أو السكر أو القطن، بحيث يدخل الأطراف إلى التحكيم وفقا لقواعد الغرفة المتخصصة في نوع معين من أنواع التجارة السابقة، وقد اجتهدت كذلك محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة البولندية بأن كل المنازعات التي نشأت عن العقد أو تكون على صلة بالعقد ،إضافة إلى الأسئلة التي تتعلق بالوجود أو الأداء أو التفسير أو الإنهاء، يتم تسويتها عن طريق التحكيم من خلال محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة البولندية، وقد اجتهدت غرفة التجارة الدولية في ابتكار شرط تحكيمي =نموذجي، يقتضي الأطراف به في تعاقداتهم، وتم

يشرط لقيام شرط التحكيم بالإحالة صحيحا أن يكون العقد المحال إليه والمتضمن بند التحكيم مكتوبا، كما يشرط أن تكون الإحالة صريحة وواضحة، بالإضافة إلى ضرورة وجود صلة وارتباط بين العقد الأصلي المحال إليه، العقد المتضمن للإحالة.[1]

لم تحظ هذه الصورة بنفس الاهتمام الذي حظيت به الصورتين الأوليتين إذا لم تشر إليها التشريعات الوطنية كثيرا[2]،ولا اللوائح والمؤسسات[3]

أما المشرع الجزائري فقد أشار إليه أول مرة في قانون الإجراءاتالمدنية 09/08 بان أكد أن شرط التحكيم يثبت بالكتابة في الاتفاقية أوفي الوثيقة التي تستند إليهاو إلا كان باطلا[4]، ومن أمثله شرط التحكيم بالإحالة نذكر مثلا: في عقود الأشغال العامة أو العقود المقاولاتية، إذ يتم اللجوء غالبا إلى إعمال القواعد العامة لعقد الفيديك، التي تنظم العلاقات الثقافية بين رب العمل والمقاول والمهندس، فمجرد الإشارة إلى العقد الذي سيبرم بين الطرفين سيكون وفق قواعد عقد الفيديك، فإن ذاك تضمين شرط التحكيم بالإحالة الذي تنص عليها المادة 67 من عقد الفيديك[5].

ترجمته إلى العديد من اللغات ونصه كالآتي: " كل المنازعات التي تنشأ أو تكون على صلة بالعقد الحالي يتم تسويتها من خلال قواعد التوفيق والتحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية بباريس مثل المحكم أو أكثر المعنيين من قبل الأطراف– يرجع إلى محمد كامل المنايلي ، مرجع سابق ، ص255–256، كذلك شرح مبادئ الاونيدروا unidroit لعقود التجارة الدولية2010 ج1 منشورات الحلبي الحقوقية ط1 ، 2017 ص 58

1– عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 264، ناصر ناجي جمعان ، مرجع سابق ،ص72 ، ناريمان عبد القادر ، مرجع سابق ص 338

2 – من بين التشريعات التي أشارت إليها : المادة 10 /3 من قانون التحكيم المصري 27 لسنة 1994، المادة 10 /ب من القانون الأردني رقم 31 لسنة 2001 ،و القانون السوري 04 / 08 ،والفصل 6 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 93 ، وكذلك الم 1443 من قانون الإجراء الفرنسي المعدل بالمرسوم 48 لعام 2011.

3 – فنجد مثلا من اللوائح الم 7/2 من القانون النموذجي لسنة 1985 و المادة 2/1 من اتفاقية نيويورك 1958

4 – 1008 ق ا م ا ج

5– فعقد الفيديك هو معيار عالمي للاستشارات الصناعية، تم تطويره على مدار50 سنة، ويتم التعرف عليه واستخدامه عالميا بالسلطات القضائية، ويعتبر مرجعا لجميع أنواع المشاريع، يرمز اختصار الفيديك إلى: الاتحاد الدولي للاستشارات الهندسية:Federation international des ingenieurs conseils

=حيث استخدمت شروط الفيديك من قبل الاتحاد العالمي للصناعات الدوانية، بالإضافة للعديد من الشروط الدولية لأعمال البناء والهندسة المدنية، يحتوي عقد الفيدرالي على جزأين جزء أول يظم الشروط العامة وجزء ثاني يظم التطبيق الخاص

ومن الأمثلة كذلك إحالة الأطراف عند إبرام عقود تتعلق ببناء منشآت صناعية ونقل التكنولوجيا إلى الشروط الواردة في العقد النموذجي رقم 1/198 الذي أعدته اللجنة الأوربية الاقتصادية سنة 1957[1] ،أو إحالة الأطراف إلى الشروط العامة الواردة في العقد النموذجي رقم 1/574 للجنة نفسها[2].

وفي مثال آخر قد يرد شرط التحكيم في عقد مرتبط بعقد آخر يحيل تنظيمه إليه،وتوجد هذه الحالة كثيرا في عقود النقل البحري، فنجد مشارطة إيجار تتضمن شرط التحكيم موقعة من طرفيها، وإلى جانبها سند شحن لا يتضمن شرط التحكيم، بمعنى أن يتم النص في العقد الأصلي (سند الشحن) على الاحالة على عقد يتضمن شرط التحكيم (مشارطة الإيجار، ويلزم في الإحالة أن يتضمن ما يفيد اعتبار شرط التحكيم الذي يتضمنه العقد جزء من العقد الأصلي)[3].

رابعا- الفرق بين صور اتفاق التحكيم

يتفق شرط التحكيم و المشارطة والتحكيم بالإحالة على اللجوء للتحكيم بدل القضاء سواء في نزاع قائم أو ستقوم، كما أن هذه المصطلحات كلها صورة لاتفاق التحكيم، لكن تختلف من حيث:

- شرط التحكيم يبرم قبل حصول النزاع، في مرحلة إبرام العقد الأصلي،وكذلك التحكيم بالإحالة عكس المشارطة التي يتم إبرامها بعد نشوب النزاع .

- تكون المشارطة أكثر وضوحًا ودقة من حيث تحديد كل عناصر العملية التحكيمية، عكس شرط التحكيم الذي لا يمكن أن يكون بالدقة نفسها لتعلقه بنزاع محتمل.

لهذه الشروط، كما شمل عقد الفيديك على عدة إصدارات حديثة ساعدت على إثراء متطلبات الأطراف المتعلقة بمجال إدارة العقود – مراد شوابكة ما هو عقد الفيديك منشور على2018/04/08 w.w.w.mawdoo3.com.

1 – المادة 1/28 منه تنص على شرط التحكيم لتسوية النزاعات الناشئة عنها بواسطة غرفة التجارة الدولية بباريس

2 – محمد جارد، مدى مشروعية شرط التحكيم بالإحالة في عقود التجارة الدولية، مجلة القانون الدولي للدراسات البحثية، العدد الأول 2019، ص 131، وكذلك عبد الكريم سلامة مرجع سابق ص 232.

3 – ناصر ناجي جمعان: مرجع سابق ص 71 – نريمان عبد القادر مرجع سابق ص 338.

– عادة ما يتم شرط الشرط التحكيم في أجواء أكثر هدوءًا و ثقة بين الأطراف لعدم وجود نزاع بينهم، بينما تتم المشارطة في أجواء أقل ما يقال عنها أنها اختصامية .

– يعد شرط التحكيم أكثر انتشارًا من المشارطة إذ لا يكاد يخلوا عقد دولي منه إلاّ نادرًا[1]

المطلب الثاني

شروط صحة اتفاق التحكيم

ولأن اتفاق التحكيم هو تطابق إرادتين على إخراج النزاع من اختصاص القضاء وتوليته لمحكمين يختارونهم، فإن هذا الاتفاق وجب أن ينشأ صحيحًا مستوفيا للأركان اللازمة لانعقاد أي عقد.

اختلف الفقه في تسمية هذه الأركان وفي تقسيمها كذلك، فذهب جانب منهم وهم الغالبية إلى إطلاق مصطلح الشروط الموضوعية والشروط الشكلية على اعتبار الرضا والمحل والسبب هي الشروط الموضوعية، بينما اعتبر الكتابة والقانون الواجب على شكل اتفاق التحكيم من الشروط الشكلية [2].

في حين ارتأى فريق آخر تقسيم هذه الأركان لشروط خاصة وأخرى متعلقة بالشكل وإن قصد بالخاصة الأهلية والرضا،والمحل والسبب [3].

بينما قسمها آخر إلى شروط عامة لصحة شرط التحكيم وقسمها إلى رضا ومحل، وشروط خاصة قسمها إلى الكتابة، تعين المحكمين،تجديد موضوع النزاع[4].

1– لمزيد من التفاصيل يرجع إلى محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط01، 1997، ص 172.أحمد أبو الوفاء،مرجع سابق، ص 109 . حمزة حداد، مرجع سابق، ص 08، ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص 73 – 75.

2 – يرجع في ذلك عبد الحميد علي زيادة،اتفاق التحكيم التجاري، دار المطبوعات الجامعية،مصر، ط01، 2014، أحمد عبد الكريم سلامة،مرجع سابق،ص348/341. محمد عبد الفتاح،مرجع سابق،ص400 . محسن شفيق،المرجع السابق،ص 174، محمود سمير الشرقاوي،مرجع سابق،ص69، نريمان عبد القادر ،مرجع سابق،ص342. مصعب ثائر عبد الستار العبيدي،مرجع سابق،ص 126. هاني محمد كامل المنايلي،مرجع سابق،ص 163.

3 – فوزي محمد سامي، ص 113.

4– ناصر ناجي محمد حمدان.

لكن فريقا آخر ميز بين الأركان وشروط الصحة، فاعتبر الرضا والمحل ركنين والأهلية شرط شكلي لصحة الاتفاق، بينما يعتبر عدم تعارض المحل في اتفاق التحكيم مع النظام العام ، وعدم تعلق اتفاق التحكيم بموضوع لا يجوز الصلح فيه، من الشروط الموضوعية [1].

وإن كان هذا التمييز لم يعره المشرع الجزائري ولا غيره عبر مختلف الدول أهمية بما كان، خصوصًا وأنه جمع في أسباب دعوى البطلان بين حالات الانعدام وحالات البطلان[2]. ونحن في هذا الصدد نؤيد الرأي الذي اعتمده أغلب الفقهاء في تقسيم أركان اتفاق التحكيم إلى شروط موضوعية، وأخرى شكلية .

الفرع الأوّل

الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم شأنه شأن أي اتفاق لا يعدو أن يكون إلاّ تعبيرًا عن إرادتين تراهنتا على اختيار التحكيم وسيلة لتسوية منازعات ثارت أو قد تثور[3].

لكن هاتين الإرادتين المتراضيتين لا تكفيان بأي حال من الأحوال لصحة اتفاق التحكيم، لذا كان لزامًا توفر أركان أخرى نناقشها تباعًا متطرقين للرضا والأهلية ثم المحل والسبب.

---

1 – أحمد ابراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص410.

2– المادة 1056 ق ا م ا ج .،والمادة 1/53 من القانون المصري رقم 37 لسنة 1994، و المادة 49/أ/1 القانون الأردني رقم 31 لعام 2001 ، المادة 1/04 القانون السوداني تحكيم لسنة 2016، المادة 50 قانون التحكيم السوري 04 لسنة2008، المادة 78/أ من قانون التحكيم التونسي 42 لسنة 2017 ، الفصل 48/327 من القانون التحكيم المغربي المعدل رقم 08/05 لعام 2007 ،وكذا المادة 50/أ من القانون السعودي رقم 34 لعام 2012، والمادة 33/أ من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017،والمادة 76 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة 2000، والمادة 42 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016 والمادة 1502 ق ا م فرنسي جديد التي تحيل على المواد 601،597،596،594،و603 من نفس القانون التي تخص الطعن وحلاته وكل ما يتعلق به .

3– محمد عبد الفتاح،مرجع سابق، ص 400.

أولاً – التراضي

ويعبر عن التراضي بأنه تطابق إرادتين واتجاههما إلى ترتيب أثار قانونية تبعا لمضمون ما اتفق عليه، ويجب أن تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، وهذا الأثر هو إنشاء الالتزام[1].

والإرادة هي الدفاع الذاتي المحرك لإبرام العقد، ويقصد بالإرادة أن يعي الشخص أمر التعاقد الذي هو مقدم عليه، والذي يقصده بأن يكون مدركا ماهية التصرف الذي يجريه، والحقوق والالتزامات المترتبة له أو عليه فيه، وأن يقصد ذلك كله[2].

وبناء على ذلك إذا كان الرضا صوريا انتفى اتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني الذي يرتبه العقد[3].

إن تطابق الإرادتين معناه التقاء التعبير عن إرادة أحد المتعاقدين وتسمى الإيجاب مع التعبير عن إرادة المتعاقد الأخر وتسمى القبول[4]، وتطابق الإيجاب والقبول في اتفاق التحكيم يكون باختيار طريق التحكيم للفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ بدلا من اللجوء إلى القضاء، فالأثر القانوني المقصود على هذه الحالة هو التحكيم[5].

وبتالي فإن الإيجاب في اتفاق التحكيم يكون بعرض أحد أطراف العقد الأصلي على الطرف الآخر اللجوء إلى التحكيم بدل القضاء في حالة نشوب نزاع محتمل، ويشترط فيه

---

1 – عاطف شهاب، مرجع سابق، ص 62. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 172، ناصر ناجي محمد جمعان ، مرجع سابق، ص 134.

2– ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص 135.

3 – أسامة أحمد الحواري، مرجع سابق، ص74.

4– وهو المعنى الذي جاء به المشرع الجزائري في المادة 59 من القانون المدني يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية.

5– يعرف الإيجاب بأنه العرض الذي يتقدم به شخص معين إلى آخر بالنسبة إلى إبرام عقد ما بغية الحصول على قبوله إياه، بينما القبول هو ارتضاء الإيجاب ممن وجه إليه– عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص332.يرجع كذلك للمزيد من التفاصيل إلى محمد عبد الرزاق السنهوري، =الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص255، عبد المجيد الحكيم، نظرية الالتزام في القانون العراقي، الجزء الأول مصادر الالتزام ، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي 1980، ص38 وما يليها.

أن يكون باتا ونهائيا وكاملا، يشمل على العناصر الأساسية والجوهرية في اتفاق التحكيم، وان يصل إلى علم من وجه إليه، فينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه[1].

أما القبول فيشرط فيه مطابقة الإيجاب، بالموافقة التامة على كل المسائل التي حدث في الإيجاب،[2] وأن يكون القبول قبل سقوط الإيجاب[3].

وفي هذا الصدد يجدر التمييز بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد إذ لا يتم الإيجاب والقبول في كل العقود دفعة واحدة، فعادة ما يسبق العقود المهمة بمفاوضات تبدأ بدعوة يقدمها الطرف الذي يسعى إلى إبرام العقد، يقابلها الطرف الآخر بعرض يعتبر إيجابا، فإما أن يقبله الطرف الأول (صاحب الدعوة) فيعد ذلك قبولا، وإما أن يعدل عنه فيعد رفضا للإيجاب، وكل ما يدخل في نطاق المفاوضات يعتبر دعوة للتعاقد وليس إيجابا، ولا يعتبر صالحا لأن يقترن به قبول يؤدي إلى انعقاد العقد، وعلى ذلك يكون الفرق بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد هو وجود النية القاطعة في الارتباط بالعرض، فإن وجدت كان إيجابا، وان لم توجد كنا أمام دعوة التعاقد، ويكشف عنها باشتمال العرض على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه[4].

1- طارق سمير طليبة دويدار،الأبعاد القانونية الامتداد شرط التحكيم، مركز الدراسات العربية، مصر، ط1، 2017، ص58-59، محمود السيد التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات والقانون التحكيم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنوفية، سنة 1994، ص399.

1- دون تعديل، وإلا عد التعديل إيجابا جديدا، وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 66 من القانون مدني التي جاء فيها: "لا يعتبر القبول الذي يعتبر الإيجاب إلا إيجابا جديدا"

3- ومن التطبيقات العملية في مسألة ضرورة توفر القبول، ما قضت به المحكمة الفدرالية في الحكم الصادر بتاريخ 3 أفريل سنة 1973 بخصوص الدعوى التي أقيمت من شركة مؤسسة في إمارة (ليشتنسين) تطالب فيها إجبار شركة الايطالية على الخضوع بدعوى وجود شرط التحكيم بخصوص شراء صفقة قمح، وبالتحليل المعمق للوقائع خلصت المحكمة إلى أن التلكسات التي أرسلت، أوضح أحدها أن يكون التعاقد وفق العقد النموذجي الذي من بين بنوده شرط التحكيم ،لم يتم الرد عليه بالقبول من قبل الشركة الايطالية، إذ اعتبرت المحكمة هذا التلكس إيجابيا يحتاج إلى قبول حتى يتم الدفع بوجود اتفاق تحكيم، وفي حالة عدم وجود قبول صريح (كما هو الحال عليه في هذه القضية) يتعذر القول بوجوب اتفاق تحكيم-سامية راشد، مرجع سابق، ص 305-306.

4- طارق سمير دويدار، مرجع سابق، ص59-60.

وكي يكون التراضي كاملا يجب أن لا يشوب الإرادتين المتطابقتين أي عيب من عيوب الإرادة، وإن كان اتفاق التحكيم ليس من العقود المالية التي ترتب التزامات متقابلة بين الأطراف، وإنما ينشأ التزاما وحيدا هو اللجوء إلى التحكيم، أي أنه اتفاق يخص الإجراءات، وعليه فإن بعض صور عيوب الإرادة غير متصورة في اتفاق التحكيم[1].

فالنسبة للغلط في اتفاق التحكيم فإنه مستبعد في محل التعاقد، لأن جوهر الاتفاق بسيط وواضح هو إخراج النزاع من ولاية القضاء ومنح الاختصاص به لهيئة تحكيمية، كما أن الغلط مستبعد في القيمة المالية لأن المحل هنا لا قيمة مالية له، أما الغلط المحتمل فقد يكون في شخص المتعاقدين وصفاتهم، إذا كانت هذه الصفة هي السبب في التعاقد، كأن يتم التعاقد مع شخص بصفته وكيلا، ثم يتبين أنه ليس كذلك وإنما تعاقد بصفته أصيلا، أو أن يكون وارثا ثم يتبين عكس ذلك[2]، أما الغلط الأكثر احتمالا فيقع في شخص المحكم ، كأن يتم تعيين شخص على أنه مستشار من قبل طرف في العقد، في حين يقصد الآخر تعيينه كمحكم،أو يكتشف أحد الأطراف أن المحكم له علاقة مع الطرف الآخر (قرابة، مصلحة)[3].

1- عبد الحميد علي زيادة، مرجع سابق، ص115، أما عيوب الإرادة هي الغلط، هو الاعتقاد بغير الحقيقة، أي تصور غير صحيح لأمر من الأمور، أشار إليه المشرع الجزائري في المواد 81-84 ق م ج ، أما التدليس فهو استعمال الحيلة لتضليل الغير يجعله يفهم أمرا على غير حقيقته وحمله بذلك على التعاقد، ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة وملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة، أشار إليه المشرع الجزائري في المادتين 86-87 ق م ج أما الإكراه فهو ضغط ينزل بالشخص فيدخل في نفسه رهبة أو خوف يدفعه إلى إبرام العقد، والإكراه كواقعة مادية من شأنها أن تنزل الأذى بالشخص أو تهديده بإنزال الأذى به، نص عليه المشرع الجزائري في المادتين 88-89ق م ج ، أما الاستغلال: فهو حالة معينة من الضعف النفسي تقوم لدى شخص فيتخذها غيره ذريعة لإبرام عقد معه، يجحف به إجحاف شديدا دون تعادل بين ما يأخذ منه وما يعطيه في المقابل،نص عليه المشرع الجزائري في المادة 90 ق م ج ، بينما نص على الغبن في المادة 91 وهو تفاوت الالتزامات في بعض العقود بما يتجاوز الخمس يرجع كذلك للمادتين 358-359 ق م ج لبيع العقار والمادة 732 ق م ج للقسمة

2 - هي من المسائل التي يمكن تفاديها بالتدقيق قبل توقيع العقد.

3- عبد الحميد علي زيادة، مرجع سابق، ص 115-117 - هاني محمد كامل المنايلي، مرجع سابق، ص164.

بينما أثار جانب من الفقه مسالة الغلط في القانون كعيب في الرضا، موضحا أنه لا يعتد به بمجرد الادعاء به من قبل الشخص الواقع فيه، بل لابد من توافر مجموعة من الشروط العامة، والتي نص عليها القانون صراحة بأن يكون الغلط في القانون جوهريا، دفع المتعاقد إلى الارتضاء بالتعاقد، وأن يتصل الغلط في القانون بالمتعاقد الأخر، كما يشترط في الغلط بالقانون أن يكون المتعاقد المغالط معذورا على غلطه، وأن يهدف إلى تطبيق القانون لاستبعاده، وألا تكون القاعدة القانونية محل الغلط في القانون مختلف في تفسرها، أو أن تقضي باستبعاد الغلط في القانون، فإذا تحقق الغلط على هذه الصورة وتوافرت شروطه، فإنه يرتب إعطاء المتعاقد الواقع فيه الحق في التخلص من العقد الذي أبرمه تحت تأثيره[1].

أما التدليس في اتفاق التحكيم فهو من المسائل الواردة والمحتملة، لإمكانية لجوء الأطراف إلى إخفاء حقيقة ما، أو اللجوء إلى الغش والتحايل من اجل إبرام العقد الأصلي ومن ورائه اتفاق التحكيم (شرطا أو مشارطة)،وتقديم معلومات كاذبة ومغلوطة كثيرا ما تأثر على الطرف الآخر، فيكون التدليس مولدا للغلط الجوهري في ذهن المتعاقد الآخر، الذي يقدم على التعاقد وهو مغلط بسبب التدليس، إذ يعتبر الكذب وكتمان حقائق كان يستوجب على المتعاقد الإفصاح عنها من قبل التدليس.

أما الإكراه في اتفاق التحكيم فيختلف عنه في الصورة العامة، ذلك أن الالتجاء للتحكيم ليس حقا لأي طرف يستطيع منازعة خصمه فيه، وإنما هو سبيل لحل النزاع يتم اختياره طوعا ولا يمكن التنازع حوله، إلا إذا كان الاتفاق منشؤه منشأ سليما، فإن قام احد

1- مصعب ثائر عبد الستار العبيدي، مرجع سابق، ص129.

الأطراف بإكراه الخصم على قبول التحكيم، مهددا إياه برفض العقد، أو اتخاذ إجراءات من اجل إفلاسه، يكون ذلك إكراها[1].

أما الاستغلال فإنه يلزم لقيامه توافر شرطين هما: وجود التفاوت بين الالتزامات المقررة لكل طرف، وأن يكون هذا التفاوت نتيجة استغلال طرف لآخر بسبب ضعف بيِّن، وهما الشرطان اللذان من الصعب توافرهما في اتفاق التحكيم لأن محله ليس عوضا ماديا، لذا فإن الاستغلال الذي يقع في العقد الأصلي المتضمن بند التحكيم، لأن محله سمح بذلك، بينما يمكن تصور الاستغلال لطرف المتضرر من النزاع وإرغامه على اللجوء إلى التحكيم في المشارطة، عندما يكون النزاع قد نشا فعلا والطرف المتضرر لم يصبح أمامه حل أخر، أما الغبن الذي هو نوع من الاستغلال فأمره مستبعد في مجال التحكيم لأنه مرتبط بعقود معينة يكون المحل فيها عوضا ماديا[2].

وقبل أن نختم هذا العنصر المتعلق بالرضا تجدر الإشارة إلى ن التعبير في الإرادة عادة ما يقع صريحا، لكنه قد يقع –استثناء– ضمنيا وهو ما يثير كثير من الصعوبات في تفسيره[3].

وعليه فإن توافر الرضا وحده لا يكفي لانعقاد اتفاق التحكيم، ولكن يلزم قيامه صحيحا، سليما، قائما على إرادة حرة خالية من العيوب كالغلط والتدليس والإكراه

1– مصطفى الجمال وعكاشة عبد العالي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1998،01،ص404–405. عبد الحميد علي زيادة مرجع سابق، ص120 – مصعب ثائر عبد الستار العبيدي، ص128.

2– عبد الحميد علي زيادة، مرجع سابق، ص121.

3– كأن يرسل أحد الطرفين إلى الآخر رسالة يعرض فيها التحكيم ويحدد فيها ميعادا لرد، ثم ينقضي هذا الميعاد دون أن يصل الرد معتبرا سكوت المخاطب رضاء بالتحكيم، وفي مقام آخر قد يتفق الطرفان مبدئيا على التحكيم صراحة لكنهما يحيلان المشاكل المتعلقة بإجراءاته إلى لائحة احد المنظمات الدائمة، ويرى البعض أن الصعوبة تثور بمناسبة تعديل لائحة التحكيم في الفترة بين اتفاق التحكيم وافتتاح إجراءاته...لمزيد من التفاصيل يرجع إلى عاطف شهاب،مرجع سابق، ص91. تيسير عصام داؤود سليمان، الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة، دار الفكر الجامعي ط1، 2014،ص97،طارق سمير طلبة دويدار، مرجع سابق، ص51–57، أحمد إبراهيم عبد التواب، ص380.

والاستغلال، وإلا اعترى الفساد العقد، وأصبح مهددا بالزوال، أو قابلا للإبطال حسب القانون الواجب التطبيق[1].

وقد نصت مختلف التشريعات واللوائح على هذا الركن[2] وإن لم تكن الإشارة بالتعبير الصريح عن الرضا، لكن في تعريف اتفاق التحكيم في أغلب التشريعات جاء النص مباشرة على انه اتفاق يتعهد أو يلتزم من خلاله الأطراف بعرض النزاع على التحكيم، وهي العبارة التي ضمّت كل أركان العقد من رضا ومحل وسبب.

والمشرع الجزائري هو الآخر حذا حذو التشريعات المقارنة سواء عند تعرضه لتعريف شرط التحكيم بأنه الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف[3]، وعند تعريفه لاتفاق التحكيم (المشارطة) بأنه الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض النزاع سبق نشوؤه على التحكيم[4] ، وتعرض المشرع الجزائري أيضا لصحة اتفاقية التحكيم التجاري الدولي من حيث الموضوع إذا استجابت لشروط التي يضعها القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره، أو القانون المنظم لموضوع النزاع، أو القانون الذي يراه المحكم ملائما[5]، فالعبرة في ما جاء به المشرع الجزائري في تطابق إرادة الأطراف كشرط لصحة اتفاق التحكيم من حيث الموضوع، ثم أن يستجيب اتفاق التحكيم لشروط الواردة في القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره[6].

1- تيسير عصام داوود سليمان، مرجع سابق. نجيب أحمد الجبلي، ص113

4- ومن أمثلة ذلك أنظر المادة 4 المادة 1/10 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، و المادتين 01 و04 من قانون التحكيم السوري رقم 04 سنة 2008، و الفصل 1، 2 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993، والمادة 01 من قانون التحكيم القطري 02 لسنة 2017، و الفصل 7 من قانون التحكيم المغربي رقم 05-08 لعام 2007،المادة 01 من القانون السعودي رقم 34 لعام 2012، و المادة 04 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.والمادة 1442 ن قانون الاجراءات المدنية افرنسي الجديد

3 – المادة 1007 ق ا م ا ج

4 –المادة 1011 ق ا م ا ج

5- المادة 1040 ق ا م ا ج

6 – سواء كانوا اختاروا قانونا ليطبق على إجراءات التحكيم أو فوضوا ذلك للمحكم- سنرجع لذلك لاحقا في الجزء الخاص في القانون الواجب التطبيق.

ثانيا–الأهلية

إن التعبير عن الإرادة بقبول التحكيم أو بما يفيد الاتفاق على التحكيم كوسيلة لحل النزاع الحالي أو المستقبلي يصدر عن أشخاص معينين هم أطراف الاتفاق، لذلك لابد من تأكد من أهليتهم لإبرام هذا النوع من التصرفات، فبانعدام هذه الأهلية أو نقصانها يكون اتفاق التحكيم باطلا أو قابلا للإبطال، لا يرتب أثره، ومن حيث أن المراد هو أهلية الأداء[1]،فيجب أن يكون لدى كل طرف في اتفاق التحكيم أهلية التصرف في حقوقه، فكل من يملك التصرف في حقوقه المالية أصلا، أو بإذن المحكمة أو بحكم القانون في الولاية والوصاية والقوامة، أو اتفاقا بموجب الوكالة، يكون أهلا لإبرام اتفاق التحكيم، ولا يكفي أهلية اللجوء إلى القضاء ولا أهلية التعاقد ولا تكفي أيضا أهلية القيام بأعمال الإدارة[2].

واشتراط أهلية التصرف في الحق موضوع اتفاق التحكيم أساسه ما يترتب عليه من حكم على الشخص أو لصالحه، ومراعاة لاحتمالية أن ينصرف التحكيم إلى الحكم ضد الشخص ما قد يعتبر تصرفا في أمواله، وهو من الأعمال الضارة ضررا محضا يستلزم أهلية الأداء[3]

تتحدد القواعد الخاصة بالأهلية بموجب القانون الشخصي[4].

---

1 – وتعرف أيضا بأهلية التصرف: وهي صلاحية الشخص لاستعمال الحق والقدرة على تحمل التزامات، وترتبط بالإدراك والتمييز ، ويكتسبها الشخص ببلوغ سن الرشد، وهي تختلف عن أهلية الوجوب التي يقصد بها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق، وتثبت لكل إنسان وترتبط بالحياة وجودا وعدما، فكل إنسان مهما كان سنه وحاله له أهلية وجوب، لمزيد من التفاصيل في مسألة الأهلية يرجع إلى مصطفى عبد الحميد عدوي، نظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول مصادر الالتزام، مطبعة حمادة الحديثة، القاهرة ،مصر 1996، وكذلك عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 222.

2– عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص349، محسن جميل جريح، مرجع سابق، ص 63، نجيب احمد عبد الله ثابت جبلي، مرجع سابق ص 316، عاطف شهاب مرجع، سابق، ص93.

3– أحمد إبراهيم عبد التواب،مرجع سابق، ص408، حمزة أحمد حداد، مرجع سابق، ص72، أسامة أحمد الحواري، مرجع سابق، ص 76، عبد المنعم زمزم مرجع سابق، ص 54، نريمان عبد القادر، مرجع سابق ص 356، طارق سمير طلبة دويدار، مرجع سابق، ص 78.

4 – وقد اختلف الفقه في القانون الشخصي بين من يرى أنه القانون الذي يحمل الشخص جنسيته فقط، وبين من يرى أنه القانون الذي يحمل الشخص جنسية أو قانون البلد الذي يقيم فيه ويزاول نشاطه الاعتيادي، وهو الرأي الذي انتقد

أهلية الشخص الطبيعي: إن القاعدة التي اعتمدها الفقه وأيدتها التشريعات أن من يملك حرية التصرف في حقوقه يملك حق الالتجاء إلى التحكيم، وعليه لا يملك هذا الحق إلا الشخص كامل الأهلية الذي يملك حرية التصرف في الحق المتنازع عليه، لأن اتفاق التحكيم يرتب التنازل عن حق رفع النزاع إلى قضاء الدولة، مما قد يعرض هذا الحق المتنازع عليه للخطر[1].

وقد اشترطت مختلف التشريعات الأهلية الكاملة لإبرام التصرفات القانونية وإن اختلف في تحديد سن الرشد المتعلق بها[2].

وقد أوضح المشرع الجزائري أن الشخص الذي يبلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، مستأنفا بالتأكيد على أن سن الرشد هو 19 سنة كاملة[3]

والأمر كذلك بالنسبة لاتفاق التحكيم فإن أغلبها أفردت نصوصا تؤكد ضرورة تمتع طرف في التحكيم بالأهلية الكاملة من أجل إبرام اتفاق التحكيم[4] والمشرع الجزائري الذي أيضا لم

=على أساس أنه من غير المعقول أن يقوم بلد الإقامة بتحديد أهلية الأجانب المقيمين فيه، راجع في ذلك مصعب ثائر عبد الستار العبيدي،مرجع سابق، ص 130. ومحسن جميل جريح مرجع سابق ص 64 –هاني محمد كامل المنايلي، مرجع سابق ص 160.

1– عاطف شهاب، ص 93–94. نريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 353

2 –وقد حددها المشرع المصري بـ 18 سنة في الم 44 من القانون المدني المصري وهو نفس ما أخذ به المشرع الفرنسي في المادة 513 ق مدني، وكذلك القانون التونسي رقم 39 سنة 2010 الفصل 07 المنقح لمجلة الالتزامات وهو أيضا في المادة 209 من مدونة الأسرة بالقانون المغربي، المادة 2059 من قانون المدني الفرنسي رقم 626 لعام 1954

3 – الم 40 من القانون المدني وأكد المشرع الجزائري بذات السياق على أن لكل شخص أهل لتعاقد ما لم تطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون .

4 – الم 1/11 ق تحكيم مصري رقم 27 لسنة 1994– المادة 9 من القانون الأردني رقم 31 لسنة 2011، الفصل 10 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993، والمادة 1/9 من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، والمادة 2/2 من القانون السعودي رقم 34 لسنة 2012، والمادة 5/190 من القانون القطري رقم 02 لسنة 2017 وكذلك المادة 1450 من ق ا م فرنسي التي تحدد أن المحكم يجب أن يتمتع بكل الحقوق حتى يمارس مهمته.

يخرج على هذا النهج إن نص على أن كل شخص يملك مطلق التصرف في حق ما يمكنه اللجوء بخصوصه للتحكيم[1].

إن اشتراط الأهلية الكاملة من أجل إبرام اتفاق التحكيم يرتبط بمسائل عدة نلخص منها ما يلي:

- لا يجوز للقاصر ولا المحجور عليه ولا من اعترضت أهليته إحدى عوارض الأهلية أن يبرم اتفاق التحكيم، وإنما يرجع الأمر للولي أو الوصي أو القيم الذي يتقيد بالقيود الواردة في القانون، وحسبما جاء في الحكم المعين فيه، غير أنه يجوز لهذا المحجور عليه أو القاصر إجازة ما أبرمه من اتفاقات تحكيم متى زال السبب الموجب للولاية أو الوصاية وطالما كان ممثلا في خصومة التحكيم تمثيلا صحيحا[2].
- لا يجوز للدائن إبرام اتفاق التحكيم بشأن الحقوق التي لمدينه في ذمة الغير، لا يمكن اقتضاؤها إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة طبقا للقواعد العامة[3]
- كما لا يجوز للمفلس بمجرد صدور حكم إشهار إفلاسه أن يبرم اتفاق التحكيم، لعدم قدرته وفقدانه حق التصرف في أمواله، إلا أن الحكم بالإفلاس لا يمتد ولا يسري على اتفاقية التحكيم المبرمة قبل إفلاسه، لكن لا يمكنه مباشرة إجراءاته، وإنما يباشرها عنه وكيل التفليسة، أما إذا كان اتفاق التحكيم أبرم في فترة الريبة –وهي فترة بين تاريخ توقفه عن الدفع وتاريخ صدور حكم الإفلاس– فإن للمحكمة التي حكمت بالإفلاس أن تحكم بعدم نفاذ اتفاق التحكيم في مواجهة جماعة الدائنين شرط

---

1 – المادة 1006ق ا م ا ج

2 – نريمان عبد القادر، مرجع سابق،ص356 – عاطف شهاب مرجع سابق ص 96. طارق سمير طلبية دويدار، مرجع سابق، ص 78. وتعرف عوارض الأهلية بأنها "علل أو نقص يطرأ على الإنسان فتؤثر على السلامة لديه، أو على اكتمال رشده وحسن تدبيره ، راجع عبد الحميد علي الزيادة مرجع سابق ص 134 عن ثروت حسين و حشمت اوستيت هامش 03، وعوارض الأهلية هي: الجنون، الغفلة، العته، السفه راجع في ذلك عبد الرزاق السنهوري الوجيز المرجع السابق، ج 1، ص 104، وأيضا محمدي زواوي فريدة المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق،المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية الرغاية، الجزائر ط1،2002، ص 79–80

3 – نريمان عبد القادر، المرجع سابق، ص351

أن يطلب منها ذلك، وان يكون الاتفاق ضارا بهم، وأن يكون الطرف الآخر على علم بتوقف تاجر عن الدفع وقت إبرام اتفاق التحكيم[1].

وإن كان المشرع الجزائري لم ينص على المسائل المتعلقة بالإفلاس فيما يخص اتفاق التحكيم، لكن تطبيق القواعد العامة الواردة في القانون التجاري يفي بالغرض، ولا يطرح إشكالا خصوصا فيما يتعلق بعدم جواز قيام من أشهر إفلاسه بأي تصرف قانوني، والذي يعد اتفاق التحكيم أحدها[2]، غير أن الإشكال يثور على فترة الريبة التي يرى البعض أن التصرفات التي يمنع على التاجر القيام بها في تلك الفترة جاءت على سبيل الحصر[3]، وبتالي لا ينطبق على اتفاق التحكيم الذي يروه تصرفا غير ضار، ولا يحمل معنى التصرف في الحق محل النزاع[4].

وإن كنا نختلف مع هذا الرأي من حيث أن اتفاق التحكيم وإن كان لا يحمل معنى التصرف في الحق محل النزاع فعلا، إلا أنه يمكن –باللجوء إليه– أن يحكم على التاجر المفلس فيه، مما يضر بمصلحة الدائنين، واشتراط الأهلية الكاملة لإبرام اتفاق التحكيم كان من أسبابها أن التنازل عن حق اللجوء إلى القضاء من المشاكل الخطيرة، التي يحتاج فيه

1– نريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 357. طارق سمير طلبة دويدار، مرجع سابق، ص 179.

2 – المادة 244 من القانون التجاري" يترتب بحكم القانون على الحكم بإشهار الإفلاس، ومن تاريخه ، تخلي المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها بما فيها الأموال التي قد كسبها بأي سبب كان....."

3 – المادة 247 من القانون التجاري:"لا يصح التمسك قبل جماعة الدائنين بما يلي من التصرفات الصادرة من المدين منذ تاريخ التوقف عن الدفع:1– كافة التصرفات الناقلة للملكية المنقولة أو العقارية بغير عوض،2– كل عقد معاوضة يجاوز فيه التزام المدين بكثير التزام الطرف الآخر،3– كل وفاء مهما كانت كيفيته لديون غير حالة بتاريخ الحكم المعلن بالتوقف عن الدفع،4– كل وفاء لديون حالة بغير الطريق النقدي أو الأوراق التجارية أو بطريق التحويل أو غير ذلك من مسائل الوفاء العادية،5– كل رهن عقاري اتفاقي أو قضائي، وكل حق احتكار أو رهن حيازي يترتب على أموال المدين لديون سبق التعاقد عليها

ويجوز لمحكمة علاوة على ذلك الحكم التمسك قبل جماعة الدائنين بالعقود بغير عوض المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة والمحررة في ظرف الستة أشهر السابقة للتوقف عن الوفاء.

تاريخ التوقف عن الوفاء تحدده المحكمة التي قضت بالتسوية القضائية أو بشهر الإفلاس، ولا يكون هذا التاريخ سابقا لصدور الحكم بأكثر من ثمانية عشر شهرا".

4– بلباقي بومدين، مرجع سابق، ص 143.

المرء إلى كل وعيه وإدراكه ومؤهلاته، أما تفويض المحكمة التي حكمت بالإفلاس مع اشتراط علم الخصم بأن التجار توقف عن الدفع، وكذا طلب جماعة الدائنين فإن في ذلك مراعاة للتاجر المفلس حتى لا يتم استغلاله وهو في هذه الظروف[1]

- لا يجوز أيضا للمحكوم عليه بعقوبة جنائية إبرام اتفاق التحكيم، ذلك لأنه فاقد أهلية التصرف في إدارة أمواله، ليس بسبب نقص في الأهلية لكن لتقييد المشرع لهذه الأهلية[2]
- أما الوكالة في اتفاق التحكيم فيجب أن تكون خاصة بذلك الاتفاق، فلا تكفي الوكالة العامة، لأن اتفاق التحكيم من أعمال التصرف، ويصبح للوكيل الصفة الإجرائية بمقتضى تلك الوكالة، وفي حالة تخلفها يعد اتفاق التحكيم باطلا نسبيا لمصلحة الأصيل الذي يعود إليه الحق في التمسك بالبطلان أو إجازة الاتفاق (صراحة أو ضمنيا) [3].

وبهذا الخصوص تجدر الإشارة إلى أن توكيل محامي لإقامة الدعوى التحكيمية والمرافعة فيها لا يجوز له أن يتفق مع الخصم على التحكيم، لأنه وكيل في الخصومة فقط، لكن إذا طلب منه يبرم اتفاق التحكيم فانه يلزمه وكالة خاصة تختلف عن التوكيل للخصومة[4]

ويشترط في الوكيل أن يكون متمتعا بأهليته الكاملة، كما يلزمه التقيد بحدود الوكالة وما جاء فيها،و يشترط في الوكالة أن تكون مكتوبة.

وإن كانت القاعدة العامة في الوكالة تقتضي أن يحوز الوكيل على توكيل خاص من اجل إبرام اتفاق التحكيم، فإن لهذه القاعدة استثناء مناطه ما جرى عليه العرف التجاري

1- أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق،ص68، محمود محمد هاشم، مرجع سابق، ص 132. عبد الحميد علي زيادة،مرجع سابق ص 132.

2- عبد الحميد علي زيادة، مرجع سابق، ص 139

3- نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، مرجع سابق، ص 323-324، و نص المشرع الجزائري على أن الوكالة الخاصة في كل تصرف أو عمل ليس من أعمال الإدارة، وذكر من بين التصرفات القانونية التي تستلزم وكالة خاصة، التحكيم، يرجع للمادة 574 قانون مدني.

4- فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 112، بلباقي بومدين، مرجع سابق، ص 145، نريمان عبد القادر، مرجع سابق ص 348.

الدولي، من عدم اشتراط الوكالة الخاصة لإبرام اتفاق التحكيم، خصوصا إذا كان الوكيل له وكالة من اجل إبرام العقد الأصلي الذي عادة ما يكون وفق أحد النماذج التعاقدية التي تتضمن شرط التحكيم كبند من بنودها[1].

أهلية الأشخاص الاعتبارية الخاصة (الشركات): يقصد بالأشخاص الاعتبارية الخاصة الشركات المدنية والتجارية التي يجوز لها إبرام اتفاق التحكيم، شأنها شأن الأشخاص الطبيعيين لكن الاختلاف هنا في مسألة الأهلية التي يجب أن تتوفر، وتكون كاملة لدى الممثل القانوني الذي يعبر على إرادة الشخص الاعتباري الخاص، سواء كان مديرا أو رئيسا لمجلس الإدارة.

ويستلزم الأمر في البداية التحقق من مدى اكتساب واستيعاب الشركة للشروط المنصوص عليها في القانون، لتنشأ لها الشخصية الاعتبارية التي تتعامل بها مع الغير.

وفي هذا الصدد يجب التمييز بين الشركات المدنية التي لا يملك مديرها سلطة إبرام اتفاق التحكيم دون تفويض أو توكيل خاص[2]، وبين الشركات التجارية التي نتميز فيها أيضا بين الشركات الأشخاص (كشركات التضامن) حيث تكون للمدير سلطة واسعة في التصرف في أموال الشركة، وبالتالي يمكنه إبرام اتفاق التحكيم باسم الشركة، وان لم يفوض صراحة، لأنه في الأساس شريك متضامن، فإن لم يكن كذلك (كالشريك الموصى أو المدير غير الشريك المتضامن) فإنه لا يتمتع بهذه السلطة الواسعة في التصرف.

أما شركات الأموال (كشركات المساهمة) فإن المدير يملك صلاحية إبرام اتفاق التحكيم، طالما كان يتمتع بصلاحية الإدارة وحق التصرف في أموال الشركة التي يمثلها،

1- بلباقي بومدين، ص 146.

2- عاطف شهاب، مرجع سابق، ص 96-97. محمود سمير الشرقاوي، ص70.

والمخولة له من قبل مجلس الإدارة، إلا إذا تضمن العقد التأسيسي للشركة شرط الحصول على إذن من مجلس الإدارة[1].

أما فروع الشركات فإن مدراءها ليس لهم سلطة إبرام اتفاق التحكيم، لان الفرع ليس له شخصية معنوية مستقلة عن الشركة الأم، إلا إذا كان مدير الفرع قد وكل لإبرام اتفاق التحكيم باسم الشركة، والأمر ذاته بالنسبة للشركات التي تكون قيد التأسيس، فلا يجوز لمديرها إبرام اتفاق التحكيم، فالشركة لم تكتسب الشخصية المعنوية بعد[2].

بينما اختلف الفقه بشأن مصفي الشركة بين من يراه وكيلا عاما لا يمكنه ابرام اتفاق التحكيم، حسب ما أكده حكم لمحكمة النقض الفرنسية[3]، وبين من يرى أن بإمكانه إبرام اتفاق التحكيم لأنه من التصرفات التي تستلزمها أعمال التصفية دون أن يجاوز المصفي ذلك بالقيام بأعمال جديدة بعد التصفية[4].

أما الشخص الاعتباري الأجنبي فيطبق عليه قانون مركز إدارته الفعلي والرئيسي باعتباره بلدا للجنسية التي يحملها (شأنها شأن الشخص الطبيعي)[5]

أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة: يقصد بالأشخاص الاعتبارية العامة "الدولة " كأحد أشخاص القانون العام وكذا أجهزتها ومؤسساتها العامة، لما لها من شخصية اعتبارية مستقلة عن الدولة التابعة لها، وإن كان من البديهي أن تخضع المسائل المتعلقة بأهلية الأشخاص الاعتبارية العامة وفقا لنظرية السيادة للقوانين السارية في كل دولة، إلا أن هذه المسألة طالما كانت محل خلاف ومحل فقهي حول التكييف القانوني لطبيعة هذا اللجوء.

1- محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق ص 74. طارق سمير طلبة دويدار، مرجع سابق، ص 80.عاطف شهاب مرجع سابق، ص 98-99.

2- عاطف شهاب، مرجع سابق، ص 98.

3 - حكم التحكيم الصادر عن محكمة التحكيم الفرنسية بتاريخ 1963/01/30 المشار إليه بمقال:

andré d'alsace, les pouvoirs d'un conseil d'administration en matière d'arbitrage revu arab 1985 ,p38.

4 - سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 71. نريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 35.

5 - عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 56.

حيث ذهب فريق إلى اعتبار الأمر يتعلق بأهلية الدولة في إبرام اتفاق التحكيم من بينهم motulsky ،في حين ذهب فريق أخرى اعتباره هذه لمسالة تتعلق بمدى توافر السلطة لدى الدولة في اللجوء إلى التحكيم ومن بينه J.de Boissésson و Veaux بينما ذهب فريق ثالث إلى ربط المسألة بالنظام العام على أساس أن القواعد التي تقرر لجوء الدولة للتحكيم تعتبر كلها من النظام العام، ومن بينهم Fouchard et Gaillard.ويذهب فريق رابع لربط أهلية الدولة بالحصانة التي تتمتع بها الدولة أمام قضاء دولة أخرى وأمام التحكيم بصفة أولى، منقسمين بين مؤيد لهذه الفكرة مطلقا، وبين من يرى ضرورة التمييز بين الأعمال الخاصة بالسيادة والمتعلقة بالقانون العام، والأعمال التجارية والأنشطة الاقتصادية التي تمارسها الدولة والتي لا يمس التحكيم فيها الحصانة القضائية للدولة[1].

إن الانتقادات التي توجه إلى هذه النظريات والآراء، مصبها أن الدولة لديها الأهلية بصفة دائمة، ولا يمكن القول بنقص أهليتها لأن القانون يمنعها من اللجوء للتحكيم في أحوال معينة، وبالتالي فالأمر يتعلق بإمكانية لجوء الدولة إلى التحكيم، أو لا من جهة[2]، ومن جهة أخرى فإن الدولة تعد متنازلة عن حصانتها القضائية، إذا قبلت شرط التحكيم في العقود التي تبرمها مع أشخاص القانون الخاص الأجانب، لأن التحكيم باعتباره قضاء خاصا ليس له دولة ولا موطن فلا ينتمي لسلطة أي دولة أجنبية، ويتم بإرادة الدولة الحرة[3].

وقد تباينت مواقف التشريعات المقارنة بخصوص مسألة أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام اتفاق التحكيم بين معارض مطلق[4]، وبين معترف بالأهلية دون قيد أو شرط

---

1 – يرجع لهذا الرأي بالتفصيل إلى عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان مشكلة الحصانة القضائية و الحصانة ضد التنفيذ في القانون الدولي الخاص المقارن، مكتبة النصر، القاهرة، مصر، 1991 ص 117 وما بعدها. وكذلك أحمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم ، دار النهضة العربية ،2002ص 125

2- abdelmoneem zamzam; les lois étatiques et arbitral. étude comparée Franco- égyptienne, thèse dijon 2003, p312

3 جارد محمد، أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة في اللجوء إلى التحكيم، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6/5 العدد 01 جانفي 2020 ص56.

4 – وهي خصوصا الدول التي لا زالت تتبع النظام الاسترالي كفنزويلا والأرجنتين.

[1]،وبين تشريعات أخرى فرقت بين الأهلية الخاصة بالمعاملات الداخلية فحظرت التحكيم على الأشخاص الاعتبارية العامة، وبين الأهلية الخاصة بالمعاملات الدولية فسمحت لها[2]، بينما اتجهت تشريعات أخرى إلى تقييد هذه المسألة عن طريق ضرورة الحصول على موافقة معينة[3]، في حين اعترفت أغلب اللوائح والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم بأهلية الدولة لإبرام اتفاق التحكيم[4].

وبالرجوع للمشرع الجزائري فإن فكرة التحكيم الدولة سبق أن تناولناها بشيء من التفصيل[5]، لذا سنركز فقط على مسالة الأهلية وإن كانت مرتبطة بما سبق ذكره.

أشرنا أيضا إلى أن التحكيم في الجزائر مر بعدة مراحل أهمها مرحلة الحظر الكلي، وهي المرحلة التي لم تكن فكرة للجوء إلى التحكيم بجميع أنواعه مرحبا بها، لكن المواقف تغيرت بما فرضه الواقع العملي، الذي ألزم الجزائر اللجوء إلى التحكيم، في الوقت الذي كانت قوانينها تتضمن نصوصا تحظره، ولتلافي ذلك التناقض أصدرت الجزائر أول نص صريح خاص بالتحكيم[6]،ومن خلاله مكنت الأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام طلب

---

1 – القانون الانجليزي واليوناني.

2 – المادة 3 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، والفصل 08 من مجلة التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993 ،وبعض الدول الأخرى كالعراق والكويت ومجموعة الدول الاسكندنافية ، يرجع بالتفصيل لسراج أبو زيد،مرجع سابق، ص 304-310.

3 – كالقانون المصري في المادة 11 من قانون 27 لسنة 1994 ثم التعديل رقم 03 لسنة 1997 الذي أضاف شرط مراجعة الوزير المختص، و المادة 10 من قانون التحكيم السعودي رقم 34لسنة 2012، والقانون اللبناني رقم 440 لسنة 2002 لأصول المحاكمات الم ،782 وكذا وكذلك المشرع الفرنسي في المادة 2/2060 قانون مدني فرنسي، يرجع بالتفصيل إلى غالب غانم، الدولة بين الخضوع للتحكيم والتحرر منه مجلة التحكيم العالمية العدد 13 يناير 2012 ص 18-28.

4 – من ذلك المادة 2/1 الاتفاقية الأوروبية لتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961، وكذلك الم 1/25 من اتفاقية واشنطن 1965، و اتفاقية نيويورك سنة 1958 التي لم تشر مباشرة لأهلية الأشخاص والاعتبارية العامة النص على الأشخاص المعنوية الواردة في المادة 1/1 جاء عاما مما ترك الباب للفقه من اجل ترجيح فكرة تطبيقها بخصوص أهلية الأشخاص المعنوية العامة.

5 – يرجع إلى التحكيم في الجزائر.

6 – من خلال تعديل المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية بموجب المرسوم 99/93 المذكور سابقا.

التحكيم في علاقاتهم التجارية الدولية فقط، ثم أكد المشرع الجزائري هذا الموقف من خلال قانون الإجراءات المدنية الجديد 09/08[1] ووسع من مجال تطبيقه، فبعد أن كان يسمح لمؤسسات الدولة العامة باللجوء إلى التحكيم بمناسبة تعاملاتها التجارية، أصبح بإمكانها ذلك بمناسبة تعاملاتها الاقتصادية[2]،وكذلك أضاف مجالا آخر هو الصفقات العمومية [3].

أما مسألة الأهلية في الاتفاقيات واللوائح الخاصة لتحكيم فإنها لم تنص عليها صراحة لكنها اتفقت في مجملها على ترك المسألة للقانون الذي يطبق على الأطراف[4].

---

1 – بموجب المادة 3/1006 "لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة إن تطلب التحكيم ما عدا في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

2 – المصطلح أوسع ومجالاته كثير.

3 – إلا أنه وفي تعديل قانون الصفقات الجديد 245/15 قيد لجوء المؤسسات العامة للتحكيم شرط الموافقة المسبقة للحكومة باقتراح الوزير.

إن كان هذا الشرط الوارد في قانون الصفقات العمومية فتح المجال لعدة تساؤلات أولها ما مصير الصفقات الدولية التي أبرمت قبل صدور قانون الصفقات العمومية 15/458 وتضمنت شرط التحكيم، خصوصا وأن هذا القانون صدر بعد قانون الإجراءات المدنية 09/08 بسبع سنوات ، فهل تعد الصفقات المبرمة بهاته الصفة قد تضمنت شرط التحكيم المريض(القابل للإبطال)، ويرى جانب من الفقه في هذه المسالة بالذات أن صياغة المادة 153/ فقرة أخيرة من قانون الصفقات العمومية تنص على اتفاق التحكيم وليس شرط التحكيم لأنها تتكلم على النزاع الذي نشب وفي إطار التنفيذ وليس الانعقاد، وعليه فإن رأى الوزير يكون مطلوبا في اتفاق التحكيم وليس مطلوبا عند الانعقاد في شرط التحكيم ، (يرجع في ذلك إلى مداخلة الدكتور شبة سفيان، التحكيم في صفقات الأشغال العمومية الدولية بين القانون الجزائري والقواعد النموذجية الدولية للفدرالية الدولية للمهندسين والاستشاريين fidic في الملتقى "الدولي الطرق البديلة لتسوية النزاعات، الحقائق والتحديات كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية يوم2016/04/26)، وإن كانت المادة 975 ق ا م ا ج لم تحدد ذلك إذ نصت على أنه "لا يجوز للأشخاص المذكورة في الم 800 أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية "،ففي هذه المادة أشارت إلى مصطلح تحكيم فقط، و بصفة نكرة، مما يفتح متسعا لأنواع التحكيم، وصور اتفاق التحكيم، بينما ربطت المادة 976 ق ا م ا ج اللجوء إلى التحكيم بشرط مبادرة من الوزير المعني أو الوزير المعنيين، إذا كانت الدولة طرف وهو الشرط الذي كرسته فيما بعد المادة 153 من قانون الصفقات العمومية.

4 – راجع في ذلك المادة 5/1 من اتفاقية نيويورك 1958 ،و المادة 5/1 من القانون النموذجي لسنة 1985،بينما أفردت لها الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري لسنة 1961 نصا في الم32 أقرت فيه بأهلية الأشخاص المعنوية العامة.

رابعا- محل اتفاق التحكيم

لأيّ التزام محل ينصب عليه، والمقصود بمحل الالتزام الشيء الذي يلتزم المدين القيام به[1].

وفي اتفاق التحكيم فإن المحل هو التزام الأطراف باللجوء للتحكيم دون قضاء الدولة، ويعبر عنه بأنه المنازعة التي يراد حسمها عن طريق التحكيم[2]، فيختلف عن محل التحكيم نفسه الذي يتغير حسب نوع العقد، وقد أعطى الفقه أهمية لهذا التمييز لما يثيره من تشابك، إذ لا يستوي –حسبهم- القول بأن المنازعة هي محل اتفاق التحكيم مع الاعتراف بوجود اتفاق التحكيم أو شرطه، في الحالات التي لا يحدد فيها الأطراف المنازعة محل الشرط، إذ يترتب على عدم تحديد المنازعة محل الاتفاق استلزام التسليم بعدم وجود اتفاق التحكيم، ولتلافي النتائج غير الايجابية –حسبهم- دائما، لهذا التمييز يتعين التسليم بأن موضوع اتفاق التحكيم يمثل المحل في اتفاق التحكيم في الحالات التي يحدد فيها الأطراف المنازعة محل التحكيم[3].

وفي تعريف آخر للمحل في اتفاق التحكيم هو:"ما انعقد رضا الطرفين عليه من نزاع قائم أو محتمل حول حق متنازع فيه أو مشكوك في مصيره"[4].

وهو أيضا المنازعة التي يراد حسمها عن طريق التحكيم الذي يوجد بوجودها، وهو موضوع المنازعة التي يطرحها اتفاق التحكيم على هيئة التحكيم[5].

أما عن الشروط الواجب توفرها في هذا المحل فنذكر:

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، البند 213، ص 375... قد نص المشرع الجزائري على المحل وما يتعلق به في المواد من 92 إلى 94 من القانون المدني، وإن كان لم يقدم تعريفا للمحل فإنه عدد الشروط الخاصة به من وجود و عدم وجود ومخالفة النظام العام والآداب العامة وتعيين إلخ.

2 – عاطف شهاب، مرجع سابق، ص 145.محسن شفيق: مرجع سابق، ص 181.

3 – أحمد إبراهيم عبد التواب،مرجع سابق، ص 383.

4 – أسعد فاضل منديل، مرجع سابق، ص 90. طارق سمير طلبة دويدار، مرجع سابق، ص 35.

5 – ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 366.

1- أن يكون محل الاتفاق التحكيم ممكنا وغير مستحيل: والمقصود به أن يكون المحل مما يستطيع المدين تنفيذه وأداءه (حسب التزامه) فإن كان محل الالتزام مستحيلا يقع الاتفاق باطلا[1].

ويشترط أن يكون المحل ممكنا في شرط التحكيم وان كان النزاع لم ينشب بعد، فلا يكون محل الالتزام غير مقدور عليه، و وكذلك الأمر بالنسبة للمشارطة.

وتكون الاستحالة مطلقة إذا رجعت للالتزام في حد ذاته (موضوعه)، فيها الطبيعية، كأن يلتزم الشخص القيام بعمل ما يتطلب فنيات وتخصص لا يملكهما، فيكون مستحيلا بالنسبة له، وإن كان ممكنا لشخص آخر، وفي هذه الحالة سيلزم المدين بالتعويض لاستحالة التنفيذ المطلقة، ولوقوع المحل صحيحا، وفيها القانونية كأن يتعهد محام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانوني[2]

2- أن يكون محل اتفاق التحكيم معينا أو قابلا للتعيين: تعيين المحل في الالتزام، وإن كان من الشروط العامة إلا أنه حظي باهتمام خاص في اتفاق التحكيم الذي أجمعت أغلب التشريعات على تخصيص نص له.

ونميز هنا بين شرط التحكيم الذي يصعب فيه تعيين المحل بالذات لأن النزاع لم يثر بعد، فنكتفي في هذه الحالة بالإشارة إلى أن النزاع يحل عن طريق التحكيم حتى يكون المحل معينا، بينما في المشارطة فالمسألة أبسط لأن النزاع بنشوبه يجعل الأطراف يعرفون ما يريدون من بعضهم، وبالتالي يحددون التزاماتهم[3].

---

1 – أسعد فاضل منديل: مرجع سابق، ص 90، وهو ما أكدته المادة 92 من القانون المدني الجزائري

2 – عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 385. طارق سمير دويدار، مرجع سابق، ص 38.

3 – أسعد فاضل منديل، مرجع سابق، ص 91. وبالنسبة لمسألة التعيين فقد نصت المادة 94 ق مدني على:"إذا لم يكن محل الالتزام معينا بالذات وجب أن يكون معينا نوعه، ومقداره وإلا كان العقد باطلا، في مادة التحكيم أشار المشرع الجزائري لضرورة تعيين المحل وذلك بأن نص في المادة 1007 على أن "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم" فمصطلح عرض النزاع يقصد به محل الالتزام الوارد في الاتفاق وكذلك الأمر بالنسبة للمادة 1012 ق ا م ا

3- أن يكون محل اتفاق التحكيم مشروعا: والمقصود بالمشروعية هنا أن يكون قابلا للتعامل فيه، وهذا الشرط يحدد نطاق اتفاق التحكيم من حيث الموضوع، والبادي من اشتراط محل النزاع القابل للتسوية عن طريق التحكيم كون هذا الأخير لا يزال يعتبر استثناء عن قضاء الدولة بوصفه هو الأصل، وبالتالي يتحدد نطاق التحكيم بمنازعات محددة لا يتعداها[1].

ومن المسلم به أن كل دولة تتولى بحرية تحديد المسائل التي يجوز أو لا يجوز الاتفاق على تسويتها بطريق التحكيم[2].

ويكون المحل غير قابل للتعامل لأسباب أهمها:

- أن يكون غير مخصص لغرض التحكيم، كالملكية العامة التي لا يصح الاتفاق على بيعها ولا التصرف فيها[3].
- أن يكون غير مشروع لمخالفة نص في القانون أو لمخالفة النظام العام والآداب العامة[4]، كالنصوص القانونية التي تمنع التعامل في الشركة المستقبلية، وتجارة

ج :"... يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع، وأسماء المحكمين أو كيفية تعينهم ..." وقد تضمنت هذه المادة إشارة صريحة إلى ضرورة تضمين الاتفاق لموضوع النزاع

1 – عبد الكريم سلامة، مرجع سابق،ص 388.

2 – إذ جعلت بعض الدول الأصل هو جواز التحكيم في كافة المسائل، والاستثناءات أوردتها على سبيل الحصر، في حين ذهبت أخرى إلى عكس ذلك باتخاذ موقف حذر عن طريق اعتبار التحكيم طريقا استثنائيا، وأخرى اتخذت موقفا وسطا من خلال تحديد المسائل التي يجوز فيها التحكيم إما عن طريق التشريع أو عن طريق الاجتهاد ، عاطف شهاب، مرجع سابق، ص 146.

3 – طارق سمير دويدار، مرجع سابق، ص 41.

4 – وهنا يجب التمييز بين مخالفة النظام العام، والمحل غير قابل للتحكيم لأن الكثير يجعلهما مترادفين – بمعنى أن المحل الذي لا يقبل التحكيم فيه ،هو المحل المخالف للنظام العام – وإن كان هذا المعنى صحيح لكنه ليس كاملا، فمخالفة النظام العام ليست السبب الوحيد حتى يكون المحل غير قابل للتحكيم وإنما مخالفة النظام العام أحد الأسباب إضافة إلى أسباب أخرى كالمسائل المتعلقة بأهلية الأشخاص وحالتهم حسب المشرع الجزائري كمثال ... يرجع لهذه النقطة بالتفصيل لاحقا، وقد سبق أن أشرنا أن النظام العام من المفاهيم التي أرهقت الفقهاء في تعريفها، ونضيف تأكيدا على ذلك ما قاله أحد القضاة الانجليز :" إذا حاولت تعريف النظام العام فإنما هو المغامرة في رمال متحركة، وإرهاق للفكر ، أو امتطاء لجواد جامح لا تدري بأي أرض سيلقي بك "(سامي بديع منصور، النظام العام كعقبة أمام تنفيذ القرارات التحكيمية في لبنان، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ،كلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، لبنان ،عدد 2004،01،ص 55) ، وقال فيه الأستاذ

المخدرات، والاتفاقيات الخاصة بالمراهنة والمقامرة، وبيوت الدعارة، كلها تخالف الآداب العامة في المجتمع[1].

قد سبقت الإشارة إلى أن فكرة النظام العام هي فكرة مرنة معيارية، تقوم على المعيار الموضوعي الذي هو المصلحة العامة من جهة، وفكرة نسبية تقوم على ارتباط النظام العام بحدود معينة تختلف من دولة إلى أخرى، ومن زمن لآخر، من جهة أخرى.

وقد اختلف الفقه فيما إذا كان المقصود ليس النظام العام الوطني أو الدولي، فذهب جانب منه إلى أن المقصود ليس النظام العام الوطني الذي لا يتم إعماله إلا في الحالات التي يكون فيها التحكيم داخليا بحثا،لا تتوفر فيه معايير الدولية بل المقصود هنا هو النظام العام الدولي الحقيقي الذي يضم القواعد المشتركة بين كل المجتمعات دولا وشعوبًا، كما هو الحال بالنسبة لتجارة الرقيق الأبيض والأسود[2]، والمسائل المتعلقة بأعمال السيادة أو المتاجرة بالذخائر، أو المنازعات المتعلقة بديون القمار، كما لا يجوز التحكيم بين المتهم والنيابة على شأن قيام الجريمة أولا، وكذلك المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ الجبري من حيث الصحة والبطلان [3].

JAPIOT:"النظام العام يستمد عظمته من ذلك الغموض الذي يحيط به، فمن مظاهر سموه أنه ظل متعاليا على كل الجهود التي بذلها الفقهاء لتعريفه" (نعيمة كمال علي، المسائل غير الخاضعة للتحكيم، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان ط2020،01، ص154).

1- عرف الفقيه السنهوري الآداب العامة بأنها:" مجموع القواعد التي وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية، وهذا الناموس الأدبي وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة، وما جرى به العرف والتقاليد" عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي،ج03، ط02،منشورات الحلبي، بيروت ،لبنان 1998،ص91.

2- مصطفى تراري ثاني، مرجع سابق، ص 53.

3- عبد الكريم سلامة،مرجع سابق ،ص 391-392 من التعاريف الخاصة بالنظام العام ،نورد تعريف الأستاذ سليمان مرقصبأنه:" تلك القواعد الملزمة التي لا يجوز للأفراد مخالفتها لأنها تمثل إرادة المجتمع في تنظيم نشاط معين على وجه خاص، فهو إذن جعل للقواعد الآمرة والناهية مزية خاصة، وهي أنه لا يجوز مخالفتها) يرجع إلى نعيمة كمال علي ، مرجع سابق ،ص 157، هامش 02 ، وترى الدكتورة ناريمان عبد القادر في هذه المسألة بالذات ضرورة التمييز بين عدم جواز أن يكون محل اتفاق التحكيم أمرا من الأمور المتعلقة بالنظام العام ،وحالة مخالفة حكم التحكيم لقواعد النظام العام

ورغم اختلاف الآراء المتعلقة بالنظام العام الداخلي والدولي إلاّ أن هذا لا يعني إهمال النظام العام الداخلي، خصوصا إذا كانت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم قد ربطت التزام الدول بالاعتراف بهذه الاتفاقيات بأن يكون متعلق بمسألة تقبل التسوية عن طريق التحكيم دون وضع حدود لذلك، ودون وضع قاعدة موضوعية تلتزم بها الدول كافة[1].

في أمر من الأمور التي يجوز للأفراد الاتفاق على حلها بطريقة التحكيم. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق،ص 374 – 375 ، يرجع كذلك لقريقر فتيحة مرجع سابق ، ص

1 – راجع في ذلك المادة 1/23 من بروتوكول جنيف 1923، وكذا المادة 1/2 من اتفاقية نيويورك، والمادة 05 من اتفاقية البنك الدولة لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965، و المادة 5/1 من القانون النموذجي لسنة85.، وكذلك يرجع إلى الحكم :

عرض النزاع على التحكيم لا يعني تخلي المحكم عن تطبيق القواعد الآمرة وتغليبها على غيرها من القواعد باعتبارها تشكل قيد قانونيا لا يجوز تعطيله أو تجاوزه

إن تطبيق القواعد الآمرة، ولو كانت من النظام العام، ليس حكرا على القضاء الرسمين فعرض نزاع على التحكيم وقابليته للتحكيم ليس معناه الاستغناء أو تهميش أي قواعد آمرة أو قيود استبعادية، أو تجريدها من مضمونها وإلا انحلت العملية التحكيمية عبثا.

لا خلاف على ضرورة مراعاة المحكم لمضمون القواعد الآمرة التي تحكم موضوع النزاع المطروح وتغليبها على غيرها، إذا كان مقتضى. فإن كانت سلطة المحكم تمتد – كالحال بالنسبة لقاضي الموضوع– بحيث يمكنه النظر في المنازعات الخاضعة لأحكام تتعلق بالنظام العام ولو كانت من قواعد البوليسي "الحمائية أو الاستبعادية" فإنه ملزم دائما باحترامها وعدم خرقها، باعتبارها قيدا قانونيا لا يجوز تعطيله أو تجاوزه.

=محكمة استئناف القاهرة (جنوب)– الدائرة التجارية الأولى– الدعوى رقم /48/ لسنة /137/ قضائية– صدر بتاريخ 2020/12/09 (http://www.aifica.com/2020/12/18/3300/

وكذلك الحكم الصادر عن محكمة ريف دمشق في ذات السياق، إذ جاء فيه:" **إعفاء المحكمين من التقيد بالأصول والقانون لا يعني منحهم مطلق التصرف للحكم بأهوائهم لأن الإعفاء مقصور على القواعد غير الإلزامية ولا تشمل القواعد المتعلقة بالنظام العام:**

إن المشرع أجاز للمتعاقد اللجوء إلى التحكيم وأناط بالمحكمين أمر القضاء بين الناس إنما قيدهم عند إصدار حكمهم بأصول بينها لهم وأوجب عليهم مراعاتها بعد أن أعطى لأحكامهم قوة مماثلة للأحكام الصادرة عن المحاكم العادية، وإن تلك الواجبات التي حرص عليها المشرع ترتدي طابع النظام العام، وعليه فإنه يجب ألا يفهم من الإعفاء الذي نص عليه المشرع لجهة أنهم معفون من التقيد بالأصول والقانون كونهم مفوضون بالصلح من أن المحكم بات مطلق التصرف وغير مقيد بأي قيد وإلا أصبح الحكم بأهواء المحكم ورغباته لا بقواعد العدالة والإنصاف، حيث أن حق

4 . أن يتعلق بمسائل الحالة الشخصية والأهلية: أما مسألة الأهلية فقد تمت مناقشتها في ركن التراضي، أما الحالة الشخصية فالمقصود بها المسائل المتصلة بالحالة القانونية للشخص، ويخص بها مسائل الأحوال الشخصية، فلا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالجنسية من حيث إقرارها أو نفيها، وكذا مسألة ذكورة الإنسان وأنوثته، أو حياته أو موته، أو عمره أو زواجه أو طلاقه (بما يتضمن من مسائل تخص الصحة والبطلان)، أو نسبه أو نسب ينسب إليه أو حق الانتخاب، إذ كانت المسائل المالية الناتجة عن هذه الحقوق الشخصية يجوز التحكيم فيها[1].

ويرى جانب من الفقه أن التحكيم لا يجوز إلا في المصالح المالية، وهي المصالح التي يمكن تقديرها بالنقود، دون الحاجة إلى معايير غامضة تحتاج في حد ذاتها إلى ما يكشف غموضها مثل فكرة النظام العام و الصلح، والحالة الشخصية [2].

وإن كان جانب آخر من الفقه قد ذهب إلى محاولة تعداد المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها ونذكر منها على سبيل المثال :

- المسائل المتعلقة بأعمال السلطات الثلاث للدولة .
- المسائل المتعلقة بالتجريم والعقاب، كل ما يتعلق بالفعل المجرم وتحديد المسؤول عنه طبقا لقانون العقوبات، والمخالفات المرتبطة بالقوانين الأخرى كتقليد العلامات التجارية، والإفلاس.
- المسائل المتعلقة بمنازعات التنفيذ، من صحة وبطلان كدعاوى رفع الحجز، وصحة الحجز أو تثبيته، أو رسو المزاد العلني.

المفوض بالصلح والإعفاء على القواعد غير الإلزامية، أما تلك القواعد المتعلقة بالنظام العام فهي تفرض على الخصوم كما تفرض على المحكم نفسه الذي يتوجب عليه التقيد بها ولا يجوز له مخالفتها.

محكمة الاستئناف المدنية في ريف دمشق- القرار رقم 39 لعام 2018- صدر بتاريخ 2018/12/17. (/http://www.aifica.com/2021/3/12/3467).

1- نريمان عبد القادر، ص 376 .

2-Abdelmomen zamzam o cit- p 340 ets

– مسائل الملكية الفكرية والصناعية ،كل ما تعلق فيها بالنظام العام أو ما يقع عليها من جرائم[1]

تعرضت مسألة القابلية للتحكيم العديد من التشريعات العربية كالقانون المصري الذي ربطها مباشرة بمسألة الصلح، وهو الأمر الذي أسال الكثير من الحبر[2]، وإن كان الصلح لا يجوز في المسائل الخاصة بحالة الأشخاص وأهليتهم، ولا بما يتعلق بالنظام العام، وهو ما نص عليه المشروع الجزائري صراحة بأن أشار أن التحكيم يكون فيها كل الحقوق التي يملك الشخص التصرف فيها، ما عدا ما تعلق بها النظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم، وإن كان النصين يبدوان مختلفين إلاّ أن المعنى المؤدى واحد تقريبا، وهو ما اشتركت فيه معظم النصوص لتشريعات الدول العربية[3] والقانون الفرنسي كذلك ناقش هذه المسألة[4].

أما القانون الواجب التطبيق على مسألة القابلية للتحكيم، فقد اختلفت بشأنه الآراء كذلك إلى ثلاث:

1– مصطفى الجمال،وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 153 – عبد المنعم زمزم، مرجع سابق،ص 66 ، نريمان عبد القادر: مرجع سابق، ص 377– 380.

2– جاء في المادة 11 الأخيرة لا يجوز التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح.

3 – راجع ذلك المادة 9 من القانون الأردني رقم 31 لسنة 2011، والفصل4/7 من مجلة التحيم التونسية رقم 42 لسنة 1993 ،والمادة 2/9 من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008 ،والمادة 1/2 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012 والمادة 190 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017 ،والفصل 309 من المسطرة المغربية للتحكيم والوساطة رقم 08/05 لسنة 2007 ، والمادة 03 من القانون السوداني لسنة 2016.

4– المادة 1463 و1510 ق ا م ف، وكذلك المادة 1843/4 قانون مدني فرنسي.

ولمزيد من التفاصيل في مسألة القابلية للتحكيم في فرنسا يرجع إلى:

Gueasse .Gbagouehi – L’arbitrabilité des litiges dans l’arbitrage commercial international – thèse doctorat – école doctorale de droit .Bordeaux 01/02/2018.

-Lidia SoKoloueska : L’arbitrabilité des litiges de droit privé. prespective.comparatiste –faculté de droit –paris 14/11/2018.

-Bérard audit –louis D’avout droit international privé. Extensions .spt.2018 –chapitre 3 .paragraphe 3695 ets .

رأي يتجه إلى أعمال قواعد قانون الدولة محل إبرام اتفاق التحكيم، باعتباره القانون المختار ضمنيا من قبل الأطراف في حالة غياب قانون الإرادة[1]، وانتقد هذا الرأي بعدم وجود صلة بين مكان التحكيم وموضوع النزاع ولا بالمسائل المتعلقة به.

في حين،اتجه فريق آخر إلى الأخذ بقانون البلد الذي تختص محاكمة بنظر النزاع إن لم يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم[2]، وانتقد هذا الرأي لعدم كفايته، فالنزاع غالبًا ما يدخل في اختصاص محاكم أكثر من دولة، وبالتالي قوانين عدة دول مما يصعب الأمر لمعرفة القانون الواجب التطبيق.

أما الفريق الثالث فيرى أن مسألة القانون الواجب التطبيق على القابلية تحكمه نقطتين:

الأولى عندما تثار مسألة القابلية أمام المحكم أو القاضي الوطني في المرحلة السابقة على صدور حكم التحكيم، فيدعي أحد الأطراف عدم صحة اتفاق التحكيم، وفي هذه الحالة تعتبر القابلية شرطا لصحة الاتفاق، وتخضع للقانون الذي يخضع له الاتفاق.

الثانية عندما تثور مسالة القابلية أمام القاضي الوطني في مرحلة الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه، وفي هذه الحالة تعتبر القابلية شرطا للاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه[3].

لم يسلم هذا الرأي من الانتقادات كونه يزيد من حالات تدخل القاضي وقانون دولة التنفيذ، كما أنه يخضع مسألة القابلية لأكثر من قانون، مما يؤدي لتضارب الحلول، ومع ذلك بقي هو الرأي الأرجح ، الذي اعتمدته الكثير من الاتفاقيات الدولية[4]

1- عاطف شهاب، مرجع سابق، عن الدكتور أحمد قسمت الجداوي .

2 -PH .FOUCHRAD L'arbirage international en France après le décret du 12/05/1981 .cl-unet p. 111.

3- سراج حسين أبوزيد، مرجع سابق، ص 290 – 293. قريقر فتيحة، مرجع سابق.

4- اتفاقية نيويورك 1958 في مواد 1/05، واتفاقية الأوروبية،1961 في المادة 2/6 ، والقانون النموذجي لسنة 1985 في المادة 34 و 36 وسنرجع بالتفصيل لمسألة القانون الواجب التطبيق لاحقا في المبحث الموالي.

خامسا- السبب

يرى البعض أن هذا الركن لا يثير صعوبة في مجال التحكيم،لأن اتفاق التحكيم يجد سببه في إرادة الأطراف استبعاد طرح النزاع على القضاء وعرضه المحكمين، وهو سبب مشروع دائما، فلا يتصور عدم المشروعية إلاّ ثبت أن المقصود بالتحكيم هو التهرب من أحكام القانون الذي كان سيتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء، نظرًا لما يفرضه ويتضمنه هذا القانون من قيود والتزامات يراد التحلل منها،الأمر الذي يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون، فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها قيام الأطراف أو المحكم باختيار القانون الواجب التطبيق بناء على حريتهم[1] .

ومن الشروط الواجب توفرها في السبب :

- **أن يكون السبب حقيقيا:** أي أن يكون سبب التعاقد غير كاذب، أو صوري أو موهوم، (المعنى غير موجود في الواقع) ويعد صوريًا إذ علم كلا المتعاقدين بعدم وجوده حقيقة وتعمدا إخفاء السبب الحقيقي[2].

-**أن يكون مشروعًا:** ومعنى ذلك أن يكون السبب ممّا لا يجرمه القانون، ولا يخالف النظام العام والآداب العامة، ويجدر التمييز هنا بين السبب غير المشروع والمحل غير المشروع، فالأوّل يقتضي البحث عن إجابة السؤال لماذا لجأ لأطراف للتحكيم، والثاني يتعلق بتحديد الموضوع المراد تسويته بطريق التحكيم، فالمسألتين مختلفتين وغير متطابقتين، فقد يكون محل التحكيم مشروعًا، ولكن قصد الأطراف من اللجوء للتحكيم للتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أمام القاضي، فيبطل الاتفاق لعدم مشروعية السبب[3].

1- سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق،ص13. عاطف شهاب،مرجع سابق، ص 181. عن الدكتور محسن شفيق ، مختار البريري: مرجع سابق، ص 58 نبذ 22 – طارق سمير طلبة دويدار، مرجع سابق، ص 45.

2- كأن يتعاقدا على القرض وهما في الحقيقة يردان دين قمار ،عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 415.

3- مختار البريري، مرجع سابق، ص 41. عاطف شهاب مريم، مرجع سابق، ص182، عبد المنعم زمزم ، مرجع سابق ، ص وقد أشار المشرع الجزائري لهذه الفكرة في المادة 98 من القانون المدني،إذ جاء فيها:" كل التزام مفترض أن له

كما يجدر التمييز من جهة أخرى بين السبب غير الموجود، والسبب غير المشروع فانعدام السبب يترتب عليه انعدام وجود اتفاق التحكيم من الأساس، بينما يترتب على عدم مشروعية السبب بطلان الاتفاق[1].

وفي الأخير نشير إلى أن معظم الحالات التي يكون السبب فيها غير مشروع في اتفاق التحكيم تنطوي على غش نحو القانون، كأن يلجأ للتحكيم تهربًا من القانون الواجب التطبيق – كما سبقت الإشارة إليه– بالتهربً من مبدأ العلنية وضمانات إعلانات الخصوم التي توفرها إجراءات التقاضي أمام المحاكم، أو الإحتيال على الإجراءات الواجبة لإثبات ملكية الأشياء أو التصرف فيها، بطريق التواطؤ بغية الاعتماد على ملكية الغير، أو قصد التهرب من بعض القيود والالتزامات كالضرائب والأرباح التجارية[2] .

الفرع الثاني

شرط الكتابة في اتفاق التحكيم

يقصد بالكتابة في اتفاق التحكيم وروده في محرر مكتوب، وإن كنّا قد وصلنا إلى أن اتفاق التحكيم عقد يستلزم لانعقاده مجموعة من الشروط الموضوعية فصلنا فيها، في الفرعين السابقين، إلاّ أنها لا تكفي وحدها إذ يجب إفراغها في شكل معين، فلا يجوز الاتفاق على اتفاق التحكيم إلا بالكتابة حتى لو تعلق الأمر بالمواد التجارية، فلا يجوز إثباته بشهادة الشهود، وإن كان يكفي الإقرار واليمين الحاسمة[3].

لا يشرط في المحرر شكل معين، وكشرط شكلي يقررها ويضع قواعدها المشرع، فقد اتفقت مختلف التشريعات على ضرورة توفر الكتابة من حيث المبدأ، ولكنها اختلفت في طبيعتها، هل هي للانعقاد أم للإثبات.

سبب مشروع ،ما لم يقدم الدليل على غير ذلك " وكذلك المشرع الفرنسي في المادة 1131 ق مدني فرنسي، والمادة 94 والمادة 148 ق مدني مصري .

1 – أحمد إبراهيم عبد التواب،مرجع سابق، ص391.

2 – بلباقي بومدين، مرجع سابق، ص185.أحمد السيد الصاوي، مرجع سابق،ص 86 .

3 – محمد عبد الفتاح ترك، مرجع سابق،ص 401.

أولا- الكتابة شرط للإثبات

ويقصد بها في هذه الحالة أن شرط التحكيم لا يبطل أو ينعدم لتخلفها، ولكن اتفاق التحكيم يصبح غير ذي فاعلية إذا أنكره أحد الأطراف، وحسب هذا الاتجاه فإن اتفاق التحكيم يمكن إثباته من خلال تبادل الرسائل والخطابات بين الأطراف، كأن يرفع المحتكم طلبه للتحكيم ولا يعترض المحتكم ضده، ومثاله أن لا يعترض المشتري على ما جاء بخطابات البائع من رغبة في المنازعات الناشئة عن المعاملات التجارية بينهما على قضاء التحكيم[1]، ولم تجد بعض التشريعات مانعا من اعتماد هذا المبدأ[2]، وكذا اتفاقية هامبرج لسنة 1978[3].

ثانيا- الكتابة شرط للانعقاد

ويقصد بها أن الكتابة ركن في اتفاق التحكيم مما يكرس فكرة شكلية العقد، فإذا سقط هذا الشرط لا يجوز إثبات اتفاق التحكيم ولو بالإقرار واليمين .

والمحرر المكتوب يكون مكتوبا كتابة رسمية أوعرفية، شرط أن تكون الكتابة واضحة بحيث يستطيع الشخص العادي قراءتها[4].

وإن كانت الكتابة شرطا للانعقاد، فإن أي تعديل لاحق لاتفاق التحكيم يشترط أن يكون مكتوبا أيضا (كتعديل مدة التحكيم أو محل النزاع أو سلطة المحكمين، أوغيرها من المسائل، كما تكون الكتابة صحيحة ومنتجة لأثرها سواءً وردت كشرط أو بند في عقد أو في وثيقة مستقلة (مشارطة)[5].

1عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 418 -423.

2 – الفصل 6 من مجلة التحكيم التونسية رقم 42 لسنة 1993، المادة من 4 من قانون التحكيم اليمني رقم 32 لسنة 1997 ، والمادة 2/19 من قانون التحكيم القطري 02 لسنة 2017

3 – المادة 22من الاتفاقية

4 – نريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 388، طارق سمير طلبة دويدار، مرجع سابق،ص 92.

4- مختار البربري، مرجع سابق، ص 85، وفي ذلك أكد القضاء المغربي هذا الرأي من خلال الحكم الصادر في 2007 الدي جاء فيه:" **إن شرط الكتابة المطلوب لانعقاد اتفاق التحكيم ليس له شكل محدد سوى أن يعبر بشكل واضح عن إرادة الطرفين في اللجوء للتحكيم**

واعتمدت العديد من التشريعات الكتابة كركن شكلي في اتفاق التحكيم[1]، بينما اختلف الفقه في القانون الانجليزي إن كان ممن يعتبر الكتابة للإثبات[2]، أو ممن يعتبرها للانعقاد[3].

وتناولت الاتفاقيات الدولية واللوائح هذا الركن وأدرجته ضمن نصوصها[4].

أما المشرع الجزائري فقد ميّز بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي في مسألة الكتابة، وميّز في التحكيم الداخلي بين اعتبارها للإثبات في شرط التحكيم[5]، وبين اعتبارها للانعقاد في المشارطة[6]، وإن كان الجزاء المترتب على تخلف الكتابة لشرط التحكيم أثار الكثير من الجدل، وأدى لطرح عديد التساؤلات ذلك أن ترتيب البطلان كجزاء يكون لتخلف ركن من الأركان، لكن المشرع الجزائري رتبه على تخلف الكتابة في شرط التحكيم مع أنه أشار بداية إلى أن هذا الأخير يُثبت بها عوض مصطلح ينعقد، مما يجعل المشرع متناقضا مع ذاته في النص الواحد[7].

إنه وإن كانت الكتابة شرطا في عقد التحكيم فإنه لا يشترط فيها شكلا معينا، ويكفي لانعقاده تبادل الطرفين للكتابات والمراسلات... إن الاتفاق على التحكيم يعد استثناء، والاستثناء يؤول بشكل ضيق، أي أنه لا يمكن اللجوء للتحكيم إلا إذا كان هناك شرط تحكيمي أو اتفاق على التحكيم حرر بشكل معبر عن إرادة الطرفين من خلال عقد مكتوب أو خطابات متبادلة.

محكمة النقض المغربية– القرار رقم /291/ تجاري– لعام 2007.2561/2020/05/07/http://www.aifica.com/).

1– المادة 12من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، المادة 09 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012، والمادة 10 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، والمادة 2/09 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 ، والمادة 08 من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، والمادة 15 من قانون التحكيم اليمني رقم 23 لسنة1997 ، والمادة 2/05 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة 2000، والمواد 1449،1448،1443 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

2– عبد الفتاح ترك، مرجع سابق،ص 402.

3– عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 421.

4– المادة 25 01/02 من اتفاقية نيويورك لسنة 158، والمادة 25 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965، والمادة 37 من اتفاقية الرياض لسنة 1983 والمادة 2/07 من القانون النموذجي لسنة 1985، والمادة 01 من اتفاقين عمان لسنة 1987، والمادة 12 من نظام مركز القاهرة للتحكيم .

5 – المادة 1008،" يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي تستند إليها"

6 – (المادة 1012 : " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيًا)

7 – وهي الفكرة التي طرحها وناقشها،الدكتور بلباقي بومدين في أطروحته،مرجع سابق ونحن من هذا المنبر نشاطره الرأي

وإن كان تميز المشرع الجزائري في هذه المسألة مما يحمد عليه لأن الهدف كان تلافي الإشكالات العملية، إلاّ أن مشكل الصياغة الذي يطرح في كل مرة، هو الذي يزيد من هذه الإشكالات عوض حلها، فالمصطلحات القانونية تتسم بالدقة، ووضعها في أماكنها الصحيحة يزيد من دقتها، بينما اختيار المصطلح الصحيح ووضعه في المكان " الخطأ " يجعل من النص القانوني نقمة لما يثيره تطبيقه في الواقع من صعوبة وإشكالات[1]

أمّا في مجال التحكيم التجاري الدولي فإن المشرع الجزائري كان أكثر دقة ووضوح بجعل الكتابة ركنا في الشرط و المشارطة[2] ورتب جزاء البطلان على تخلفها في اتفاقية التحكيم.

ثالثا- صور كتابة اتفاق التحكيم

ينعقد اتفاق التحكيم بعدة أشكال أهمها:

اتفاق التحكيم بالصورة التقليدية،لا يمكن أن تكون الكتابة شرطًا للانعقاد في غياب محرر مكتوب، ويقصد به أن يرد الاتفاق في وثيقة مكتوبة و موقع عليها من الأطراف أنفسهم[3]، ويعد التوقيع على عقد يتضمن شرط التحكيم كافيا لإثبات وجود اتفاق التحكيم دون الحاجة إلى توقيع مستقل بجوار شرط التحكيم، وغالبا ما يرد الشرط التحكيمي في عقد نموذجي معد مسبقا من أحد الأطراف أو الهيئات الدولية المتخصصة، أما إذا ورد الاتفاق التحكيمي في وثيقة مستقلة فإنه من غير المعقول أن يحررّ ولا يوقع،وبالتالي فإن الأشكال غير مطروح [4].

---

1 – فمثلا بالرجوع للمادة 1008 التي تجعل الكتابة في التحكيم لإثبات وترتب على تخلفها البطلان، كيف العمل إذا كنا أمام طلب تحكيم قدمه أحد الأطراف حول نزاع لم يشر في عقده الأصلي للتحكيم ،وتم قبول الطرف الآخر للتحكيم هل يعتد بهذا الإقرار على أنه وسيلة أخرى للإثبات في غياب الكتابة أم يقرّر البطلان ولا يعتد به ؟؟

2 – المادة 1040 ق ا م ا ج:" تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية، يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة".

3- مختار أحمد بريري، مرجع سابق، ص 85، أحمد صدقي محمود مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، 2004 ص 39.

4- نريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 394 – 399،عبد الكريم سلامة،مرجع سابق، ص 418.

اتفاق التحكيم بصورة تبادل المستندات الكتابية: وتوسع هذه الصورة من مصطلح الكتابة ليتعدى المحرر التقليدي إلى مفهوم أوسع يتضمن أجهزة ووسائل أخرى، تشجيعا على التحكيم، فاعتد بذلك بكل الأجهزة التي تترك أثرًا كتابيا كالتلغراف والفاكس، والتليكس، شرط أن تكون هذه الكتابة متبادلة حتى يتم التأكد من توافر الإيجاب والقبول، دون أن نتجاهل أيضا الخطابات التي تتم دون تلك الأجهزة، كالرسائل العادية والبرقيات المرسلة عن طريق البريد، من باب أولى.

واختلف الفقه على ضرورة توقيعها، فذهب جانب منه إلى أن التوقيع في هذه الصورة غير ضروري ويستشهد على الإيجاب و القبول بالخطابات المتبادلة، التي يشرط فيها أن تحمل تعبيرا صريحا عن اتجاه الإرادة لاعتماد التحكيم وسيلة لفض النزاعات[1].

بينما اتجه فريق آخر إلى أن توقيعها ضروري، وإن خلت من التوقيع لا يرتقي لتكون اتفاق تحكيم، بل تعتبر من وسائل الإثبات تستكمل بالشهود[2].

وقد اعتمد المشرع الجزائري هذه الوثائق بأن أشار إلى أن الاتفاقية يجب أن تبرم كتابة وبأية وسيلة اتصال تجيز الإثبات بالكتابة[3]، فاعتمد في هذا النص ما هو متعارف عليه من طرق تحرير اتفاق التحكيم فأجاز تحريره دون أن يشترط شكلا معينا، وأجاز الاستعانة بالأجهزة التي تترك أثرا مكتوبا، فألم بالصور التي تم ذكرها[4]

الفرع الثاني

القانون الواجب تطبيقه على شكل اتفاق التحكيم

نشير بداية إلى أنه جرى العمل على إخضاع العقد لقانون محل إبرامه من حيث الشكل والموضوع وذلك تطبيقا لقاعدة " المحل يحكم التصرف "، وقد استمر الحال على

---

1 – نريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 402.

2– أحمد الصاوي، مرجع سابق، ص 90.

3 – المادة 1040 ق ا م ا ج.

4– أيسر عصام داؤود سليمان، مرجع سابق، ص113.

ذلك إلى أن جاء الفقيه الفرنسي (Dumoulin) بنظريته الخاصة بإخضاع موضوع التصرف لقانون إرادة المتعاقدين ، وبذلك أصبحت قاعدة إخضاع التصرف لقانون محل إبرامه على شكل التصرف فقط .

وقد ثار الخلاف حول طبيعة هذه القاعدة،لكن الاتجاه الغالب هو أن قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه من **طبيعة اختيارية وليست إلزامية**، وأن هذه القاعدة تقررت أساسا بهدف التيسير على المتعاقدين، عندما لا يكون بمقدورهم إبرام التصرف في غير الشكل المقرر في قانون محل الإبرام.

وعليه ليس هناك ما يبرر جعل هذه القاعدة إلزامية، وإجبار الأطراف على الخضوع لقانون محل الإبرام، إذا كان من السهل عليهم إخضاع التصرف للأشكال المقررة في قانون آخر.

ورغم أخذ غالبية القوانين الوطنية بقاعدة خضوع الشكل العقد عموما لقانون محل الإبرام، ورغم اعتبارها قاعدة اختيارية وليست ملزمة، إلا أن الآراء اختلفت بشأن شكل اتفاق التحكيم[1]، فاتجه جانب من الفقه إلى القول بجواز اختيار الأطراف بين قانون دولة محل الإبرام وقانون دولة مقر التحكيم [2]، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى إخضاع شكل اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية لهذا الاتفاق أولا ثم لقانون دولة محل إبرام العقد[3].

ويرى هؤلاء أن إعطاء الأولوية للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، لا يعني استبعاد و تجاهل قانون الدولة محل الإبرام كلية، فقد يكون من شأن تطبيق قانون الإرادة اعتبار اتفاق التحكيم باطلا من حيث الشكل، وذلك لعدم توافر الشروط الشكلية التي يتطلبها هذا القانون.

1- الدكتور سراج حسين أبو زيد،مرجع سابق، ص 283 .

2- الفقيه G.SAUSSER HERLL

3- الفقيه P H-FOUCHARD

وفي هذه الحالة يتعين اللجوء إلى قانون الدولة محل الإبرام والذي يمكن أن يؤدي تطبيقه إلى اعتباره اتفاق التحكيم صحيحا من حيث الشكل.

بالإضافة إلى القانون الدولي الخاص النافذ في الدولة مقر التحكيم، أو في دولة القاضي المعروض عليه المنازعة في شكل اتفاق التحكيم قد يأخذ بقاعدة خضوع الشكل لقانون الدولة محل الإبرام[1].

وخلاصة هذه الآراء أن القانون واجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم هو قانون محل إبرام التصرف تطبيقا لقاعدة المحل يحكم التصرف (Le principe LOCUS REGIT ACTUM) غير أن الطابع التخييري لهذه القاعد يجعل اتفاق التحكيم صحيحا من حيث الشكل الذي يفرغ فيه،والمفروض بموجب قانون الإرادة للقانون واجب التطبيق على موضوع الاتفاق، أو بموجب القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي.

إلا أن هناك رأي من الفقه يذهب إلى استبعاد منهج تنازع القوانين كلية مع ضرورة الاعتراف بصفة وسلامة اتفاق التحكيم من حيث الشكل،وذلك استقلالا عن العقد الأصلي[2].

المبحث الثاني

مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وآثاره

سبق وأن توصلنا إلى أن اللجوء إلى التحكيم يكون بعدة صور، وخلصنا إلى أن هذه الصور (الشرط و المشارطة والتحكيم بالإحالة)، تشكل اتفاق التحكيم، والذي يرتبط أساسا بعقد يربط طرفي العلاقة القانونية التي نشأ أو سينشأ بشأنها النزاع المراد حسمه عن طريق التحكيم.

1- سراج حسين أبو زيد،مرجع سابق، ص 254-285.

2 - أحمد عبد الكريم سلامة،مرجع سابق، ص416-417.

وقد تبادر إلى الذهن مباشرة أن اتفاق التحكيم يرتبط بالعقد الأصلي من حيث البطلان والزوال مثل ارتباطه به من حيث إنشائه...لكن خصوصية التحكيم جعلت من هذا الاتفاق مستقلا عنه، بل إن هذه الاستقلالية أصبحت من مبادئ التحكيم التجاري التي تحظى بأهمية كبيرة على صعيد المعاملات الداخلية والدولية، لما توفره من اقتضاء للوقت والإجراءات، فلم يعد المحكم ملزما بوقف السير في الإجراءات إلى أن يفصل قضاء الدولة في صحة العقد الأصلي[1].

نحاول من خلال هذا المبحث أن نتناول مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم من حيث تعريفه والآثار المترتبة عنه (المطلب الأول)، ثم الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم و القانون الواجب التطبيق عليه (مطلب ثاني).

المطلب الأول

تعريف مبدأ الاستقلالية والآثار الناجمة عنه

إن مسألة ما قد يدور حول صحة العقد الأصلي من نزاعات حول صحتة أو بطلانه أو حتى فسخه، تجعل التساؤل حول مصير اتفاق التحكيم يثور تلقائيا، فهل يتبع اتفاق التحكيم العقد ألأصلي وجودا وعدما، أم أنه يبقى صحيحا ونافذا إذا توافرت شروطه حتى وإن أبطل العقد الأصلي؟

يظهر هذا التساؤل قيمة استقلالية اتفاق التحكيم، لما يمكن أن يترتب عن بطلان العقد الأصلي أو فسخه من حقوق تستلزم رفع دعوى لتصفيتها، فإذا وجد اتفاق تحكيم، فإنه يظل قائما ويغني عن اللجوء للقضاء، ويمكن الطرفين من تسوية ما كان عالقا بينهما بعد انقضاء العقد الأصلي (البطلان أو فسخ أو انتهاء)[2].

1- محمود مختار البربري، مرجع سابق، ص 269،. أيسر عصام داؤود سليمان، مرجع سابق، ص 121.

2- محمد عبد الفتاح ترك، مرجع سابق، ص 441، 442.

وعليه نحاول من خلال هذا المطلب تناول التعريفات الخاصة بمبدأ الاستقلالية والأساس القانوني لها (فرع أول) ثم نتائج هذا المبدأ (فرع ثاني).

الفرع الأول

تعريف مبدأ الاستقلالية وأساسه القانوني

أولا- تعريف مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

أجمع الفقه تقريبا على تعريف مبدأ الاستقلالية بأنه عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم (بصوره) مع العقد الأصلي الذي يتضمنه، أي عدم تأثر مصير اتفاق التحكيم وجودا و عدما بمصير العقد الأصلي، مما يمنح اتفاق التحكيم ذاتية مميزة ومستقلة[1].

وعرفه جانب من الفقه أنه استقلال اتفاق التحكيم الذي وجد لحل منازعات العقد الأصلي عن حكم هذا العقد، بحيث يحظر دائما في تقدير صحة اتفاق التحكيم إلى وجود شروط هو ذاته، لا إلى حكم العقد الذي قد يكون باطلا أو منسوخا ومنتهيا أو منقضيا[2].

ويرى في ذات السياق فريق أخر أنه من المناسب استخدام عبارة انفصال اتفاق التحكيم بدل استقلالية عن العقد الأصلي[3].

ويرى جانب من الفقه أن مبدأ الاستقلالية يقصد به أحد المنعيين، الأول استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، ويتمثل في مبدأ استقلال شروط التحكيم الوارد في أحد العقود عن العقد موضوع النزاع، والذي يتضمن شرط التحكيم كوسيلة لحل النزاع الناشئة عن تنفيذ أو تفسير العقد، والمعنى الثاني استقلال اتفاق التحكيم عن جميع القوانين الوطنية،

1- أيسر عصام داؤد سليمان، مرجع سابق، ص 121.

2- نريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 504.

3- وهو الرأي الذي تناوله الدكتور أحمد شرف الدين، محاضرة اتفاق التحكيم الدولي، هل ما زال الأمل قائما في توحيد نظامه القانوني، مركز القاهرة، 2015/06/10.

لكن هذا لا يعني أن يصبح اتفاق التحكيم عقدا بلا قانون، وإنما يحدد منهجا للقواعد القانونية الواجبة التطبيق على اتفاق التحكيم[1].

وإن كان مبدأ الاستقلالية يخص اتفاق التحكيم بصفة عامة، إلا أنه يطرح بشكل أكبر بخصوص شرط التحكيم لوروده ضمن بنود العقد الأصلي، أو حتى الوارد في محرر مستقل أو شرط التحكيم بالإحالة[2]، لأن المعنى الاستقلالية هنا ينصرف إلى المعنى القانوني وليس المادي.

يستمد اتفاق التحكيم استقلاليته من اختلاف موضوعه عن موضوع العقد الأصلي، فهو عقد يرد على الإجراءات، ولا يهدف إلى تحديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية التي يتضمنها العقد الأصلي، بل ينصب محله على الفصل في المنازعات عن الشروط الموضوعية التي يتضمنها العقد[3].

إن استقلالية اتفاق التحكيم لا يقصد بها استقلاله عن العقد الأصلي فقط، وإنما عن أي عقد آخر مرتبط به، ويمتد أيضا ليشمل استقلال شرط التحكيم عن المشارطة، فلا يترتب عن صحة شرط التحكيم صحة المشارطة، ولا يترتب على بطلان المشارطة بطلان شرط التحكيم، وفي المقابل فإن الاستقلالية لا تعني نفي كل صلة بين العقد الأصلي وبين شرط التحكيم، لأن محل هذا الشرط هو المنازعات التي تنشأ عن العقد الأصلي[4].

و استقلالية اتفاق التحكيم لا تحصنه من البطلان الذاتي أو الفسخ أو الانقضاء بوجه عام، وإنما تحصنه من تبعيته للعقد الأصلي وحسب، فإعمال مبدأ الاستقلالية لم

1- محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابقن ص 96، 97.

2- نريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 503. عبد الباسط محمد عبد الواسع، مرجع سابق، ص 336.

3- حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، 2001، ص 282.

4- أحمد إبراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص 258.

يقرر من أجل جعل اتفاق التحكيم الباطل صحيحا، وإنما من أجل حماية وتفعيل اتفاق التحكيم الصحيح من أن يكون اتفاقا باطلا[1].

ثانيا– الأساس القانوني لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

إن استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي تستلزم توافر شروط وتقوم على عدة أسانيد.

أما الشروط فهي:

- أن يكون اتفاق التحكيم أبرم صحيحا متكامل الأركان – التي سبقت دراستها–.
- عدم اتفاق الأطراف على ارتباط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي، بحيث يعتبر شرط التحكيم جزء لا يتجزأ من هذا الأخير، ففي هذه الحالة يجب احترام اتفاق التحكيم، ومن ثم عدم تطبيق مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي[2].

أما الأسس والأسانيد فنذكر:

- المحكم وإن كان قاضيا خاصا إلا أنه يقوم بعمل قضائي من الناحية الفنية، فهو يحسم الخصومة بحكم ملزم يتم تنفيذه جبرا على من صدر في مواجهته، بتلك المثابة لا ينبغي أن يوضع المحكم في وضع أدنى من وضع قاضي الدولة بربط مصيره ومهمته المستمدة من اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، بحيث يزول المحكم ومهمته بزوال ذلك العقد.
- اتفاق التحكيم هو عقد حقيقي له تفرده الذاتي، وله موضوعه وسببه، وليس ظلا للعقد الأصلي ولا يختلط بموضوع وسبب العقد، فموضوع اتفاق التحكيم هو تسوية نزاع بين الطرفين مما يجعله أمرا إجرائيا، وأما سببه فهو رغبة الأطراف في حل هذا

---

1 – نريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 506. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 493. فتحي والي مرجع سابق، ص 96. هاني محمد كامل المنايلي، مرجع سابق، ص 289، 290.

2– أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، ط 02، دار النهضة العربية، القاهرة 2005، ص 124. تيسير عصام داؤد سليمان، مرجع سابق، ص 122.

النزاع بعيدا عن قضاء الدولة، بينما موضوع العقد الأصلي هو تنظيم حقوق ومراكز قانونية للأطراف، أما سببه هو الغاية المتعاقد عليها والتي تقاس بمعيار شخصي.

- هدف الأطراف الرامي لتحقيق الاقتصاد في الوقت والإجراءات يعزز الأساس القانوني للتحكيم، فمن غير المقبول أن توقف هيئة التحكيم الفصل في الدعوى عندما يكون العقد الأصلي باطلا ومنحلا، وتحيل الأمر لقضاء الدولة للبث في صحة العقد أولا، فتحكم باختصاص هيئة التحكيم في حال ثبوت صحة العقد، ثم تواصل الهيئة عملها، أو تحكم بعدم اختصاص الهيئة في حالة ثبوت عدم صحة العقد الأصلي[1].

بينما يذهب جانب من الفقه إلى أن أساس استقلالية اتفاق التحكيم مبني على نظرية البطلان الجزئي للتصرفات القانونية المعروفة في القانون المدني[2].

ثالثا- موقف مختلف التشريعات والمعاهدات من هذا المبدأ

أما عن موقف التشريعات الوطنية فإن أغلب التشريعات العربية تبنت هذا المبدأ بصفة صريحة[3]، بينما لم تتخذ أخرى الموقف صريح ذاته (كالمشرع الإماراتي واللبناني).

1- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق ص 480، 481. نريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 507. تيسير عصام داؤود سليمان، مرجع سابق، ص 123. محي الدين علم الدين، اتفاق التحكيم واستقلاليته وصياغته، مجلة التحكيم العالمية وملحق العدد 08، 2010، ص 335، 337. هاني محمد كامل المنايلي، مرجع ساق، ص 290. جعفر مشيمش، مرجع سابق، ص 45. محسن جميل جريح، مرجع سابق، ص 62.

2- مفاد هذه النظرية أن التصرف القانوني يمكن أن يكون صحيحا رغم بطلان أحد شروطه أو أجزائه، وهو ما يعرف بنظرية إنقاص العقد، والتي كرسها المشرع الجزائري في المادة 104 من القانون المدني التي جاء فيها:" إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا ،أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".

تعويلت كريم، محاضرة بعنوان "استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في المرسوم 09/93، الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، سطيف 2006/06/15، زهيرة كسي، مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد رقم 08، جامعة تمنراست، الجزائر 2015، ص .54

3- كالمادة23 من القانون المصري رقم 27 لسنة 1994، والمادة 11 من القانون السوري رقم 04 لسنة 2008، والمادة 22 من القانون الأردني رقم 31 لسنة 2000، و الفصل 318 من القانون المغربي رقم 05/08 لسنة 2007 و المادة 06 فقرة 02 من القانون السوداني، و المادة 21 من القانون السعودي رقم 34لسنة 2012 و المادة 16من

بينما اتجه المشرع الفرنسي لاعتماد هذا المبدأ من خلال تعديل قانون الإجراءات المدنية في 2011 [1]. أما القانون الإنجليزي فإن مجلس اللوردات طالما كان من مناصري فكرة عدم الاستقلالية اتفاق التحكيم إلى أن غير موقفه بمناسبة قضية (V. Heyman) و(Parvins L.B.)، ثم تبنى القانون الإنجليزي هذا المبدأ[2].

أما اللوائح والهيئات الدولية الخاصة بالتحكيم فقد تباينت مواقفها ولم تتضمن أغلبها نصا صريحا يقر هذا المبدأ، ومن المعاهدات فنجد برتوكول جنيف لسنة 1923 واتفاقية جنيف لعام 1927، واتفاقية نيويورك لعام 1958 لم تتضمن نص صريح بذلك رغم توجه بعض الفقهاء إلى تفسير المادة الثانية من هذه الأخيرة على أنها إقرار صريح بهذا المبدأ كونها تقضي بإلزام الدول الأعضاء بالاعتراف باتفاق التحكيم المكتوب ومنع محاكمها من نظر المنازعات التي اتفق الأطراف بشأنها على اللجوء إلى التحكيم وإحالتهم عليه للفصل فيها[3]، بينما أثرت أخرى إدراج نص صريح يكرس هذا المبدأ[4].

أما المشرع الجزائري فإنه لم يخرج عن النموذج الدولي في تكريسه مبدأ الاستقلالية[5]، وإن لم ينص عليه صراحة إلا أنه فصل بين بطلان اتفاقية التحكيم وبطلان العقد الأصلي، وإن كان عدم ارتباط العقدين في البطلان يشكل أحد نتائج مبدأ الاستقلالية فقط.

=القانون اليمني و الفصل 06 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993، والمادة 05/05 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة 2000

1- المادة 01/1447. وكذلك المادة 1464من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي الجديدد

- L'article: 1447: la convention d'un arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapport. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci. Lorsque elle et nulle , la clause compromissoire est réputé non écrite.

رغم أن القضاء الفرنسي كان السباق لإقرار هذا المبدأ إلا أن المرسوم 81/582 الصادر بتاريخ 1981/05/12 المتعلق بالتحكيم الدولي لم يتناول هذه المسألة، وأوكلها للقضاء. عبد الفتاح ترك، مرجع سابق، ص 445.

2- المادة 07 من قانون 1996.

3- سراج حسين أبو ريد، مرجع سابق، ص 194. عاطف شهاب، مرجع سابق، ص 230.

4- منها مثلا: المادة 05 من الاتفاقية الأوروبية 1961، والمادة 21 من قواعد اليونسترال لسنة 1976، والمادة 15 من لائحة الجمعية الأمريكية للتحكيم، والمادة 10/14 ما لائحة التحكيم لمحكمة لندن الدولية، والمادة 08 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس

5- المادة 1040، ق. إ. م. إ لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي.

كما أن المشرع الجزائري قصر تطبيق هذا المبدأ على التحكيم التجاري الدولي، وهو في ذلك يتأسى بالمشرع الفرنسي، وعليه كان الأجدر بالمشرع الجزائري أن يعتمد صراحة مبدأ الاستقلالية، شأنه شأن مختلف التشريعات واللوائح التي أشرنا إليها، عوض اعتماد نص يكتنفه الغموض، وترك المسألة للتفسير وما تثيره من جدل فقهي[1].

الفرع الثاني

نتائج مبدأ الاستقلالية

إن الأهمية التي حظي بها مبدأ الاستقلالية تأتت له نتيجة ما يترتب عنه من آثار تخص العقد والأطراف وهيئة التحكيم، ومن هذه الآثار ما أصبح مبدأ مستقلا بذاته – كمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وهو ما سنتناول بالشرح رفقة نتائج أخرى.

أولا- إمكانية خضوع شرط التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي

إن إقرار مبدأ الاستقلالية قد يؤدي إلى إخضاع اتفاق التحكيم لقانون غير الذي يحكم العقد الأصلي من جهة، وإن كان في العادة يتم إخضاعها للقانون نفسه لتجنب التيه في عدة قوانين، إلا أن إمكانية إخضاعه لقانون آخر يتفق عليه الأطراف، أمر وارد[2].

ومن جهة أخرى فإن شرط التحكيم يكون مستقلا عن قانون أي دولة[3]، بالتالي فللأطراف والقضاء الذي يعرض عليه الأمر للفصل في مسألة وجود وصحة شرط التحكيم ،إخضاعه لقانون يختلف عن القانون الذي يخضع له باقي العقد، سواء تم إخضاع الاتفاق

1- وهو الرأي نفسه الذي أشار إليه عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 34.

2- Thomas La pierre; Sens et porté du principe d'autonomie de la clause compromissoire international en droit Français et droit américain: "L'indépendance juridique de la clause compromissoire par rapport au contrat dans lequel elle est insérée permet de soumettre la clause compromissoire à une loi différente de celle qui régit le contrat principal. Souvent la clause et le contrat seront soumis à la même loi toute fois – le principe d'autonomie permet d'envisager deux lois différentes…".

- Article soumis le 17/12/2015- MBDE/ arbitrage ADR sur blogs Paris nanterre. fr.

3- The thomas la pierre, op cit.

إلى قانون محدد بإعمال قواعد الإسناد التقليدية، أو على نحو ما ذهب إليه القضاء الحديث في إخضاع الاتفاق إلى قواعد مادية تتماشى مع الطابع الدولي للتحكيم[1].

ثانيا- عدم ارتباط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي

ومن أهم النتائج كذلك أن العقد الأصلي لا يؤثر على الشرط التحكيمي إذا كان مستوفيا كل الشروط، وبالتالي فإن الادعاء بعدم إبرام العقد الأصلي في الفرض الذي يتضمن فيه العقد شرط التحكيم تم توقيعه، ولكن لم يدخل في مرحلة النفاذ،أو تبين أنه باطل أو تم فسخه، وأن الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي تم تجديدها،لا يؤدي إلى عدم فعالية اتفاق التحكيم أو المساس به[2].

والواقع أن نطاق القاعدة المتقدمة بشأن عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي قد أثار الكثير من الجدل، خصوصا ما ذهب إليه الفقيه Pietter Sanders الذي يرى أن اتفاق التحكيم وإن لم يتأثر ببطلان العقد فإنه يتأثر بانعدامه[3].

ثالثا- مبدأ الاختصاص بالاختصاص[4]

يعتبر تمكين المحكم من الفصل في مسألة اختصاصه بالفصل في النزاع نتيجة حتمية لمبدأ الاستقلالية، فهي ملازمة له، بل ويعد مبدأ الاستقلالية الركيزة الأولى في

1- عاطف شهاب، مرع سابق، ص 310. حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 48.

2- عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 470، 472. عاطف شهاب، مرجع سابق، ص 310.

أنظر مشيل نصر حكيم، مبدأ استقلال شرط التحكيم في ضوء العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، طنطا 2015، مصر ، ص 100 وما بعدها.

- Peter Edouard Nygh; Autonomy in international contrats- publier par clarenden press, P 74-75.

3- وقد فصل الفقيه في هذا الرأي في:

- Pietter Sanders 'autonomy de la clause compromissonoire, in hommage à F. Eisemann, Liber Amicorum. CCI 1979, P 31.

- أنظر أيضا/ نريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 520.

4 - يختلف الفقه فيما إذا كان مبدأ الاختصاص أثرا ناتجا عن مبدأ الاستقلالية، أو مكمل له أو مستقل عنه كليا، و فصل الدكتور بلباقي بومدين في هذه الآراء، في المرجع السابق، ص 218. وإن كان يميل للرأي الذي يرى باستقلال هذا المبدأ عن مبدأ الاستقلالية، نختلف معه في هذه النقطة، ذلك أننا لم نكن لنتحدث عن اختصاص محكمة التحكيم للفصل في اختصاصها لولا استقلال شرط التحكيم.

المنطق الذي سمح للمحكم الفصل في اختصاصه، ومفاد هذا المبدأ أن من سلطات المحكم النظر في موضوع اختصاصه، ولو كان الاعتراض على اختصاصه يعود للنزاع في وجود أو صحة اتفاق التحكيم في إحدى صوره الواردة في العقد الأصلي[1].

وبمعنى آخر أن لهيئة التحكيم الحق في أن تنظر هي ذاتها في الإدعاءات التي يتقدم بها الأطراف، حتى ولو كان أحد الأطراف ينازع في مدى اختصاصها، فيمتنع عن قضاء الدولة نظر النزاع محل الاتفاق، فهيئة التحكيم التي تشكل لنظر النزاع تكون مختصة فضلا عن الفصل في موضوعه بالفصل في الدفوع التي تتعلق باختصاصها، ولها وحدها الحق في أن تفصل وتبث أولا في جميع المسائل المتصلة به ،مع استمرار الهيئة في أداء مهمتها، حتى لو أنكر طرفي التحكيم وجود، وصحة اتفاق التحكيم ذاته، ولأسباب تتعلق بشكل مباشر بهذا الاتفاق، وليس فقط في الأحوال التي يكون الأمر متعلق فيها باحتمال بطلان العقد الأصلي[2].

وتجدر الإشارة إلى أن اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في صحة أو إبطال أو بطلان العقد الأصلي وفقا لمبدأ استقلال شرط التحكيم، ولا يعتبر اختصاص الحكم في صحة أو بطلان العقد، بل هو اختصاص نظر أو بحث فقط في مدى صحة العقد الأصلي أو بطلانه، فلا يجوز لهيئة التحكيم الحكم ببطلان أو صحة العقد الأصلي، ويقتصر دور الهيئة في نظر تلك المسائل لحسم النزاع، فإذا تحققت هيئة التحكيم من صحة العقد الأصلي وصحة شرط التحكيم، كان لها الاستمرار في الفصل في موضوع النزاع، أما إذا انتهت إلى بطلان العقد الأصلي فإن هذا لا يمنعها من الاستمرار في عملية التحكيم لترتيب آثار

1- سراح حسين، مرجع سابق، ص 361. حمزة أحمد حداد، مرجع سابق، ث 261.

2- نريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 522، 528.

البطلان، أما إذا انتهت الهيئة إلى بطلان اتفاق التحكيم ذاته فإنها تحكم بعد الاستمرار في التحكيم[1].

يبرر هذا المبدأ استنادا إلى ميزة السرعة في الإجراءات باعتبارها من أهم أسباب اللجوء للتحكيم، ومن ثم سرعة البث في النزاع، فلو أعطينا الصلاحية في البث والدفع بعد الاختصاص للقضاء، لأدى ذلك في كثير من الأحيان إلى سلب التحكيم هذه الميزة الأساسية فيه، مما يفقد معه أحد أهم أسباب اللجوء إليه خاصة عندما يرغب أحد الأطراف بإطالة أمد النزاع لسبب أو لآخر[2].

وهو يساعد أيضا على سد طريق الغش والتحايل أمام الطرف سيئ النية الذي يرغب في تعويق سير عملية التحكيم برفع دعوى النزاع أمام قضاء الدولة للفصل في مسألة الاختصاص[3].

يترتب على هذا المبدأ أثرين مهمين:

الأول إيجابي: يتمثل في اختصاص هيئة التحكيم دون سواها بالفصل في كل المسائل المتعلقة باختصاصها، بغض النظر عن صحة اتفاق التحكيم أو لا، وتعتبر قاعدة إجرائية أساسية.

الثاني سلبي: يتمثل في منع قضاء الدولة من البث في مسألة الاختصاص قبل هيئة التحكيم- أي طالما لم يبث المحكمون في مسألة اختصاصاهم من عدمها، فإن قضاء الدولة لا يتصدى لها بالفصل، وإن لجأ إليه أحد الأطراف متمسكا ببطلان الاتفاق، بل إن

1- وهو ما نصت عليه المادة 06 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس، أنظر أحمد إبراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص 260. - محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 116.

2- حمزة أحمد حداد، مرجع سابق، ص 261.

3- أيسر عصام داؤود سليمان، مرجع سابق، ص 2011، عبد الحميد الأحدب، مرجع سابق، ج02 ، مرجع سابق، ص 250.

قضاء الدولة سيقضي بعدم اختصاصه وإن كان لجوء الأطراف له قبل تشكيل هيئة التحكيم[1]. يسمى هذا الأثر الذي يمتنع فيه قضاء الدولة من النظر في الدعوى التي يوجد بشأنها اتفاق التحكيم بالأثر المانع، أو الأثر الفذ، وينقسم الفقه بشأن هذا الأثر وفي طبيعته إلى آراء ثلاث[2].

الرأي الأول: يرى أن سبب الامتناع يعد من قبيل عدم اختصاص قضاء الدولة وهو النهج الذي اختاره المشرع الفرنسي[3]، وكذا المشرع الجزائري[4]، بأن أوجب على المحكمة التي ترفع دعوى أمامها، تخص نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم اختصاصها.

بينما اتجهت كل من اتفاقية نيويورك 1958 وكذا القانون النموذجي لسنة 1985 إلى إقرار عدم اختصاص محاكم الدولة ضمنيا، من خلال النص على إحالة الأطراف على محكمة التحكيم لوجود اتفاق التحكيم[5].

الرأي الثاني: يرى أن امتناع الدولة عن نظر الدعوى المتعلقة بشأن اتفاق التحكيم يعد دفعا بعدم القبول، مؤسسين هذا الرأي على أنه دفع إجرائي وليس دفعا بعدم القبول الموضوعي، وبالتالي يجب إثارته قبل الخوض في الموضوع، ويثيره الأطراف ولا تثيره المحكمة من تلقاء

1- أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص 151. أيسر عصام داؤود، مرجع سابق، ص 218. هاني محمد كامل المنايلي، مرجع سابق، ص306. مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية بالوسائل الودية و القضائية، الكتاب الأول، دار الكتب القانونية، 2016، ص 33.

2- نشير فيها أيضا اختلاف الفقه في إذا ما كان مستقلا أو أثرا

3- المادة 1448ق ا م ف

- Art 1448:"Lorsque un litige relvant d'une convention d'arbitrage est porte devant une juridiction de l'Etat, celle – ci se declare incompétente- sauf"

4- المادة 02/1044 ق ا م ا ج

- المادة 02/1044:" تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع".

5- المادة 03 من اتفاقية نيويورك، والمادة 01/08 من القانون النموذجي،

يرجع إلى محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 105. مصطفى محمد الدسوقي، مرجع سابق، ص 36. 39. وقد انتقد الفقيه تكييف الأثر المانع على أنه عدم اختصاص ،لأن ذلك –حسب رأيه– لا يتفق مع الأصول القانونية بشأن اختصاص المحاكم، حيث تتعلق مسألة الاختصاص بالنظام العام، ومن ثم فإنه يجب على المحكمة البث في مسألة اختصاصها من تلقاء نفسها، بينما تملك محاكم الدولة في المقابل إحالة الأطراف على محكمة التحكيم".

نفسها، كما أن المحكمة ليست لها أية سلطة تقديرية في هذا الشأن طالما تأكد لها وجود اتفاق التحكيم مكتمل الشروط وغير باطل[1].

الرأي الثالث: فيذهب إلى اعتبار الأثر المانع أثرا موقفا للدعوى القضائية، ومفاده أن للمدعي عليه أن يطلب من المحكمة التي رفع أمامها دعوى تخص اتفاق التحكيم أن توقف إجراءات الدعوى[2].

أما ما جاء في التشريعات الوطنية واللوائح والاتفاقيات بخصوص مبدأ الاختصاص بالاختصاص، والأثرين الناتجين عنه الإيجابي والسلبي، فإن مختلف القوانين واللوائح والأنظمة اجتمعت على إقرار هذا المبدأ، وإن اختلفت الصياغة أو بعض الجزئيات العربية منها[3]،و الغربية نذكر القانوني الفرنسي[4]، والقانون الإنجليزي[5]، أما الاتفاقيات واللوائح فمنها من ذكر صراحة ومنها من ذكرها ضمنا[6].

أما المشرع الجزائري فإنه سار على النهج ذاته في تكريس مبدأ الاختصاص بالاختصاص، من خلال تأكيد الأثر المانع لاتفاق التحكيم، إذ أكد المشرع الجزائري أن محكمة التحكيم تفصل في الاختصاص الخاص بها معتبرا هذا دفعا بعدم الاختصاص (أي عدم اختصاص قضاء الدولة بالفصل في نزاع يخص اتفاق التحكيم) مؤكدا أنه دفع

1- محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 131، 132. فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 190.

2- وهو الاتجاه الذي اعتمده المشرع الإنجليزي في المادة 09. وكذا الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961 في المادة 06 منها. يرجع أيضا/ لمصطفى محمد الدسوكي، مرجع سابق، ص 44.

- ولمزيد من التفاصيل حول هذا الأثر يرجع إلى تسير عصام داؤود سليمان، مرجع سابق، ص 131 وما يليها.

3- المادة 22 من القانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة1994،والفصل 26 من مجلة التحكيم التونسية رقم 42 لسنة 1993 ،والمادة 21 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، والمادة 20 من قانون التحكيم السعودي رقم34 لسنة 2012، والمادة 21 من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، والفصل 327 من المسطرة المغربية للتحكيم والوساطة رقم 08/05 لسنة 2007، والمادة 01/06 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016

4- المادة 1466 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي الجديد

5- المادة 09 من القانون الانجليزي

6- المادة 03/05 اتفاقية جنيف لعام 1961 وكذا المادة 03/02 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965اللتان نصتا صراحة على هذا المبدأ، بينما اكتفت اتفاقية نيويورك لعام 1958 بالإحالة على محكمة التحكيم لتأكيد الأثر المانع ضمنيا وإشارة إلا مبدأ الاختصاص بالاختصاص دون النص صراحة على ذلك.

إجرائي شكلي يستلزم إثارته قبل أي دفع موضوعي ويفصل فيه بحكم أولي، إلا إذا كان مرتبطا بموضوع النزاع فيكون الفصل فيه بحكم بات مباشرة[1].

والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري حذا حذو المشرع الفرنسي الذي اعتبر الأثر المانع دفعا بعدم الاختصاص مخالفا بذلك المشرع المصري الذي اعتبره دفعا بعدم القبول. والمشرع الإنجليزي الذي رتب عنه وقفا للإجراءات كما أن المشرع والقضاء الجزائريين أقرّا عدم اختصاص محتاكم الدولة[2] بالفصل بالنزاع الذي يثور بين أطراف تربطهم اتفاقية التحكيم، سواء كانت الخصومة التحكمية قائمة أو لا، لكن عدم اختصاص القاضي ليس تلقائيا وإنما مشروط بإثارته من أحد الخصوم[3].

المطلب الثاني

الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق

يقصد بالدفع بصفة عامة سبل الدفاع التي يجوز للخصم مدعى أو مدعي عليه أو مدخلا، اللجوء إليها والتمسك بها ليرد على إدعاءات خصمه، قاصدا تفادي الحكم عليه بما يطلب خصمه، فهو ما يجيب به الخصم على طل خصمه بقصد تفادي الحكم له بما يطلبه[4].

تكون الدفوع إما موضوعية توجه إلى ذات الحق بغرض الحكم برفض الدعوى كليا أو جزئيا، فهو ينازع في نشوء الحق أو بقائه أو مقداره، وإما شكلية تواجه شكل الطلب في الخصومة، أو إجراءاته دون التعرض للحق المدعى به، من أجل تفادي الحكم في الموضوع

1- المادة 1044. ق إ م إ د.

2- يرجع في ذلك إلى قرار المحكمة العليا ملف رقم 42187 بتاريخ 2008/04/09 العدد 04/ أكتوبر 2009، ص 246- 247.إذ جاء فيه:" من اتفق على التحكيم لا يمكنه اللجوء إلى القضاء العادي وإن الاجتهاد مسقر في هذه الحالة".

3- المادة 1045:" يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة أ, إذا تبين له وجود اتفاقية التحكيم على أن تثار من أحد الأطراف".

4- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر ط 01، 2009، ص 120.

ولو بصفة مؤقتة[1]، كما يمكن أن تكون دفوعا بعدم القبول، إذ ينكر من خلال هذا الدفع الخصم حق خصمه في رفع الدعوى، فهو لا يتعرض بها لحق المدعي به، ولا يطعن في صحة الخصومة وإجراءاتها، وإنما ينازع في قبول الدعوى من حيث المبدأ[2].

أما في مجال التحكيم فإن الدفوع التي تخصه منها ما يتعلق باتفاق التحكيم ومنها ما يتعلق بالخصومة التحكيمية، إلا أن هذا التقسيم يحوي من التداخل ومن اختلاف الفقهاء، ما يجعل الخوض حتمية من أجل دراسة مفصلة، ومحايدة وسلمية، وهو ما سنحاول التطرق إليه في (الفرع الأول).

إن مسألة القانون الواجب التطبيق هي الأخرى تعتبر من أعقد مسائل بالتحكيم التجاري الدولي كون العملية التحكيمية تمر بعدة مراحل، بداية من اتفاق التحكيم لغاية صدور الحكم مرورا بتشكيل الهيئة، لذا فإن التعامل مع هذا الموضوع سيكون من خلال التعرض للقانون الواجب التطبيقي على اتفاق التحكيم ثم إجراءاته ثم موضوعه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم

أولا- الدفع بوجود اتفاق التحكيم

يعرف الدفع بوجود اتفاق التحكيم بأنه الوسيلة الفنية التي يستخدمها المدعى عليه ويتمسك بها أمام القضاء، طالبا من المحكمة عدم السير في الدعوى لوجود اتفاق تحكيم، وينشأ الحق في إبداء الدفع بوجود التحكيم من لحظة توافر المصلحة الحالّة من استعمال

1- فريحة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط02/ 2013، ص 45- 46.

2- فريحة حسين، المرجع السابق، ص 53.

نظم المشرع الجزائري الدفوع من المواد 45 إلى 69 من ق إ م إ د. راجع كذلك: شعاشعية لخضر، قانون الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء الممارسة القضائية، دار موفم للنشر، الجزائر ط01/ 2017، ص 35- 43.

الحق، وهو ما يتحقق بلجوء الطرف لآخر للقضاء بالمخالفة لاتفاق التحكيم، وفي هذه الحالة يتولد الدفع بوجود اتفاق التحكيم[1].

فهو بذلك الدفع الذي يبديه الخصم قصد إلزام خصمه بالالتجاء للتحكيم دون قضاء الدولة، وسبب هذا الدفع وجود اتفاق التحكيم بين الطرفين، ويعد دفعا إجرائيا يترتب على مخالفة أحد الأطراف، للأثر السلبي لاتفاق التحكيم، والمتمثل في الالتزام بعدم الالتجاء للقضاء[2].

وبالتالي لا يتصور وجوده إلا بمناسبة خصومة قضائية مطروحة على القضاء، وهو لا يتعلق بالنظام العام، ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمنا ويسقط الحق فيه بالكلام في الموضوع أي قبل طلب أو دفاع في الدعوى.

إلا أن التمسك به من المدعى عليه يكون قبل بداية التحكيم أو بعده، ويترتب عن تمسك الخصم بالدفع التزام الخصم الآخر باتفاق التحكيم الذي لا يجوز العدول عنه بالإرادة المنفردة، إلا أن هذا الدفع يسقط في حال عدم تمسك المدعى عليه به[3].

كما أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم يتخلف عن الدفع بعدم الاختصاص، لأن الأخير يبدي أمام هيئة التحكيم ويخص اختصاصها الذي يتعلق بعدة مسائل منها وجود اتفاق التحكيم أو لا[4].

أما عن طبيعته القانونية فقد اختلف الفقه والقضاء والتشريع في تكييفه إلى عدة اتجاهات.

1- تيسير داؤود سليمان، مرجع سابق، ص 184.

2- أحمد إبراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص 12.

3- فتحي الوالي مرجع سابق، ص 184. أحمد السيد الصاوي، مرجع سابق، ص 68. أحمد إبراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص 22.

4- فقد يرجع عدم الاختصاص لبطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه أو عدم شموله للنزاع، كما سبق الإشارة إليه سابقا، يرجع أيضا: فتحي الوالي مرجع سابق، ص 88.

الاتجاه الأول: فيرى أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص، يؤسس رأيهم على اعتبار اتفاق التحكيم لا يمس حق أطراف الدعوى، ولا حقهم في الالتجاء للقضاء. لكنهم اختلفوا في نوع هذا الاختصاص إن كان عدم اختصاص نوعين أو وظيفي يتعلق بولاية المحاكم، لكن الانتقادات التي وجهت إلى هذا الرأي جعلته مستبعدا وإن اختارت بعض التشريعات، وجانب من القضاء أخذ به[1].

وفي ذات السياق يرى منتقدو هذا الاتجاه أن توزيع الاختصاص يتعلق بالهيئات القضائية المكونة للنظام القضائي، مما يجعل هذا التوزيع غير ممكن بين محاكم الدولة وهيئات التحكيم، كما أن هذا التكيف لا يستقيم، لأن عدم الاختصاص يعني أن المحكم هو المختص بالنزاع، وأن هيئة التحكيم تصبح جهة قضائية، وأن هذا الدفع يتعلق بالنظام العام، وهي من المسائل المستبعدة في اتفاق التحكيم[2]. لأن التحكيم يجوز التنازل عنه بينما لا يمكن لأطراف الخصومة القضائية التنازل عن الاختصاص القضائي[3].

الاتجاه الثاني فيرى أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع ببطلان المطالبة القضائية، أي أنه دفع إجرائي محض، مؤسسين رأيهم بأن هذا الدفع لا صلة له بموضوع الدعوى، بل يخص إجراءات الخصومة القضائية، استنادا إلى الالتزام الذي يرتبه اتفاق التحكيم على عاتق طرفيه بعدم اللجوء للقضاء[4].

1- يرجع في ذلك مثلا للمادة 1458 ق إ م ف جديد، وكذا المادة 05/173 من قانون المرافعات الكويتي، وكذلك المادة 1045 من ق إ م جزائر والمادة 02/19 من مجلة التحكيم تونسية، والمادة 21 من قانون التحكيم الأردني. أما الفقهاء الفرنسيين الذين اعتبروه دفعا بعدم الاختصاص نذكر .Piere jullien et natali fricero- Philippe le Boulanger أ أما الفقه العربي فنذكر: محسن شفيق، مرجع سابق، ص 199. محمود هاشم، مرجع سابق، ص 288. أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص 154 وأحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 445.

2- يرجع في ذلك إلى كل من:.Jean Vinent et Serge Guinchard, Procédure civil, Dalloz 1999 -وكذا فتحي الوالي مرجع سابق، ص 90، ومحمود مصطفى يونس، النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تمييز دبي، ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة، مجلة الأمن والقانون، السنة 13، العدد 02/ جويلية 2005، ص 146.

3- مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 218- 519.

4- أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 478، عن الدكتور وجدي راغب، هامش 01.

لاقى الرأي استحسانا لدى بعض الفقهاء لانسجامه مع طبيعة الأثر السلبي بعدم اللجوء للقضاء[1]، إلا أنه لم يسلم من النقد، فالقول ببطلان المطالب القضائية معناه أن الالتجاء إل القضاء شرطه عدم الاتفاق التحكيم، وهو أمر صعب التصور، كما أن البطلان من قواعده أن يستند لسبب في المطالبة محل البطلان، ولا يستند لسبب خارجي (اتفاق التحكيم) الذي قد يبرم في مرحلة لاحقة على قيام الخصومة، وبالتالي كيف نطالب ببطلان الخصومة القضائية مستندين لوجود اتفاق التحكيم، وهو لم يبرم بعد؟[2].

الاتجاه الثالث فيرى أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع بعدم القبول[3]، مؤسسين هذا الرأي على أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم يمنع المحكمة من سماع الدعوى، وبالتالي فإن الدفع يمس سلطة الخصم في اللجوء للقضاء بسبب العائق المؤقت الذي ينشؤه.

اختلف أنصار هذا الرأي في نوع عدم القبول الذي تحكم به المحكمة، إلى من يرى أن عدم قبول الدعوى ناتج عن وجود اتفاق التحكيم يمنع المحكمة من سماع الدعوى دون سحب الاختصاص منها، وأنه في هذه الحالة دفع موضوعي يمكن التمسك به في أي مرحلة من مراحل الدعوى[4]، بينما كيفه فريق آخر على أن هذا الدفع يعد دفعا بالتنازل عن الخصومة وليس بعدم الاختصاص، وبالتالي هو من الدفوع بعدم القبول المتعلقة بالإجراءات[5].

تعرض هذا الرأي للنقد أيضا فتكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم القبول فيه خلط بين حق اللجوء للقضاء والحق في الدعوى، أما حق اللجوء إلى القضاء

1- مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 522.

2- محمود هاشم، مرجع سابق، ص 262.

3- وهو الرأي الذي أشار إليه العديد من الفقهاء ذكرهم: الأستاذ أحمد إبراهيم عبد التواب، في المرجع المشار إليه، اتفاق التحكيم، ص 470، هامش 01، نذكر منهم: أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق، ص 864. فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 181. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 220. محمد مصطفى يونس، مرجع سابق، ص 146.

4- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 122.

5- فتحي الوالي مرجع سابق، ص 182. يرجع كذلكم لمحمود هاشم، مرجع سابق، ص 256.

فهو من الحقوق العامة التي لا يجوز التنازل عنها، وأما الحق في الدعوى فهو حق شخصي يتعلق بالمصلحة الشخصية، بينما لا يمس اتفاق التحكيم هذا الحق والذي يبقى قائما رغم اتفاق التحكيم، كما أن الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي ينكر به الخصم حق خصمه في رفع الدعوى، فهو يرمي إلى عدم توفر الشروط اللازمة لقيامها، كانعدام الصفة، والمصلحة أو لانقضاء المدة المحددة في القانون وحجية الشيء المقضي فيه.

بينما لا يخص اتفاق التحكيم والدفع المتعلق به، الحق في الدعوى ولا شروط قبولها[1].

الاتجاه الرابع في محاولة لرد على الانتقادات الموجهة للتكييف السابق، خرج فريق آخر من الفقهاء يرى أن الدفع المتعلق باتفاق التحكيم هو دفع بوقف الدعوى، فالدفع ببطلان الدعوى قد يتم في مرحلة لاحقة بعد انطلاق الخصومة القضائية، لذا أثاروا تكييفه على أنه دفع بوقف الدعوى[2].إلا أن هذا الرأي أيضا انتقد لأن الاتفاق على التحكيم لا يعد أبدا اتفاقا على وقف الدعوى أمام القضاء.

الاتجاه الخامس اتجه فيه فريق آخر إلى تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم كدفع إجرائي، واكتفوا بذلك دون الخوض في الكثير من الجزئيات[3].

1- فريحة حسين، مرجع سابق، ص 53. وفي هذا السياق فإن المشرع الجزائري نص في المادة 68 ق إ م إ ج على أن الدفع بعدم القبول يقدم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تقديم الدفوع الموضوعية، كما يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه إذا كان من النظام العام، وهي النقاط التي نجدها في الدفع بوجود اتفاق التحكيم، إذ لا بد من إثارته قبل الموضوع حسب ما تنص عليه المادة 1044 ق إ م إ ج. التي سبقت الإشارة إليها، وإن كان كل من المشرع المصري في المادة 13 والسوري في المادة 10 كيفا هذا الدفع بأنه من قبيل عدم القبول مما أثار حفيظة العديد من الفقهاء المصريين الذين لم يوافقوا المشرع فيما ذهب إليه. يرجع إليها بالتفصيل عن مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 222. محمود هاشم، مرجع سابق، ص 262.

2- وهو ما ذهب إليه المشرع في المادة 09 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016 و المادة 10 من قانون التحكيم السوري 04 لسنة 2008، و المادة 01/12 من القانون الأردني للتحكيم رقم 31 لسنة 2000، والفصل 329 من القانون المغربي رقم 05/08 لسنة 2007.

3- يرجع هذا الرأي عند، أحمد إبراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص 482.

والأرجح من كل هذه الآراء والتجاذبات والانتقادات الموجهة من البعض للغير أن الدفع بالتحكيم أو بوجود اتفاق التحكيم يبقى دفعا مستقلا بذاته (خصوصية اتفاق التحكيم ولطبيعة التحكيم الخاصة).

تناولت مختلف التشريعات الدفع بوجود اتفاق التحكيم [1] بما فيها المشرع الجزائري الذي تبنى موقفا واضحا باعتباره دفعا بعدم الاختصاص، فجعل من الدفع بوجود اتفاق التحكيم أثر للأثر المانع لاتفاق التحكيم، فعدم اختصاص المحكمة ناتج عن وجود اتفاق التحكيم[2].

ثانيا- الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم

يظهر من الصياغة أن هذا الدفع هو بالأساس عكس الدفع السابق، وإن كان من الناحية اللغوية طرح سليم إلا أنه في الواقع يختلف عنه من نواح عدة.

فالدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم حسب رأي جانب من الفقه يقوم على أساس عدم وجود هذا الاتفاق، سواء كان راجعا لعدم تعلق المسألة محل النزاع بالتحكيم، أو باتفاق التحكيم أو لانتفاء ركن من أركان هذا الاتفاق أوبطلانه[3].

بينما يتجه جانب آخر من الفقه إلى أن هذا الدفع لا يبدى إلا أمام هيئة التحكيم[4]، لكن هذا الاحتمال يتخذ أكثر من صورة، إذ يمكن الدفع بانعدام اتفاق التحكيم أمام الهيئة ذاتها التي تفصل فيه منفردا أو تظمه إلى الدفوع الموضوعية، كما يمكن إثارته أمام القضاء في حالة طرح النزاع أمامه مع وجود دفع بالتحكيم، وللمحكمة في هذه الحالة إما القضاء

1- عدا التشريعات المشار إليها أعلاه ، نضيف المادة 1/13 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، والفصل 19 من مجلة التحكيم التونسية رقم 42 لسنة 1993،والمادة 1/8 من القانون البحريني للتحكيم، والمادة 192من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017 ، والمادة 1/11 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012

2- وهوما أكدته المادة 1045 ق إ م وكذا قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 415468 بتاريخ 2007/12/05، العدد 04/ أكتوبر 2009. المشار إليه سابقا. والذي جاء في مبدئه:" أن التحكيم ينزع اختصاص القضاء...".

3- أحمد إبراهيم عبد التواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 177.

4- مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 260.

بصحة اتفاق التحكيم وبالتالي عدم اختصاصها، أو القضاء بانعدام اتفاق التحكيم وبالتالي انعقاد الاختصاص لها.

ولم تنص اللوائح الدولية والاتفاقيات على هذا الدفع بصفة مباشرة وواضحة إلا أنها أشارت إليه مرتبطا بدفع آخر أو إجراء آخر[1].أما التشريعات الوطنية فنشير إلى أن المشرع المصري تناول هذا الدفع من الناحية الإجرائية، فاعتبره سببا من الأسباب التي يبني عليها عدم اختصاص هيئة التحكيم[2]، وهو المنهج ذاته الذي اعتمده المشرع الجزائري لكن مع اختلاف السبب ،إذ جعل الدفع بانعدام اتفاق التحكيم أحد أوجه الطعن عن طريق الاستئناف والبطلان والنقض للأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ كحكم التحكيم[3].

ثالثا- الدفع ببطلان اتفاق التحكيم

يختلف الدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم عن بطلان اتفاق التحكيم، في أن الأول غير موجود من الأساس ولكن الثاني موجود لكنه باطل لتخلف أحد أركانه (كأن يكون المحل غير قابل للتحكيم أو أن يكون الرضا معيب أو تخلف شرط الكتابة أو....الخ)[4].

وقد أشار المشرع الجزائري لهذه المسألة بمناسبة مناقشة أسباب الطعن في حكم التحكيم[5]، وهو في ذلك يتشارك مع نظيره المصري[6]، وكذلك اللوائح الدولية أشارت إيه، نذكر قواعد اليونسترال لعام 1985 المعدل سنة 2006[7].

1- وهو ما ذهب إليه قواعد اليونسترال لسنة 1985 المعدلة في 2006، المادة 16 منها إذ جاء فيها:" يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، كما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته". وهو نفس النص المعتمد في الصيغة الجديدة لقواعد اليونسترال لسنة 2010 في المادة 23.

2- المادة 22 من قانون 27 لسنة 1994.

3- المادة 1056:" لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية: 1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية..." وكذلك المادة 1058.

4- سبق مناقشة هذه الأركان في موضع سابق من البحث.

5- في المادة 1056 السالفة الذكر.

6- في المادة 01/53/ أ قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994

7- المادة 16.

رابعا- الدفع بسقوط اتفاق التحكيم

يعد السقوط إجراء يخص سير الخصومة، ويشرط فيه أن يقف سير الخصومة لمدة معينة[1]، ويعتبر عارضا من عوارض الخصومة، يقوم بناء على طلب صاحب المصلحة، ويترتب نتيجة تقاعس من كان مكلف باتخاذ إجراء من قبل القضاء.

لكن فكرة السقوط على اتفاق التحكيم تختلف عنها في الخصومة العادية، لأن اتفاق التحكيم باستقلاليته عن العقد ألأصلي لا يسقط ولا ينتهي إلا بتنفيذه أو بطلانه، أو إلغائه أو صدور حكم في الموضوع[2]، إلا أن اتفاق التحكيم قد يتضمن ميعادا محددا أوأجلا يحدد ضمن الاتفاق أو بموجب القانون الواجب التطبيق[3]. وبالتالي فالحكم الصادر بعد هذه الآجال والمهل يعد باطلا، ولأن اتفاق التحكيم يسقط بعد انقضاء هذه المدة.

وعليه فإن انقضاء الأجل لا يعني بطلان اتفاق التحكيم ، وإنما يجعله غير صالح لإصدار حكم التحكيم بناء عليه، وتجدر الإشارة في حالة التمديد للمهلة المحددة للتحكيم سواء من قبل مركز التحكيم أو من المحكمة القضائية، أن الحكم في هذه الحالة لا يعتبر خارج الأجل ولا يمكن الدفع بسقوط اتفاق التحكيم[4].

أشار المشرع الجزائري لمسألة السقوط بذكر المصطلح بالذات، من خلال نصه على انقضاء مدة الاتفاقية وجعلها دفعا وسببا للطعن[5].

1- حددها المشرع الجزائري بسنتين في المادة 233 ق. إ م إ ج.

2- أحمد إبراهيم عبد التواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 205.

3- محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص185.

4- نريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 560.

5- طبقا للمادة 1056 ق ا م ا ج,

- وبالرجوع للمراجع المختلفة نجد أن الفقه قد اختلف في تقسيم الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، ذلك أن هذه الدفوع هي في الغالب ما تشكل أسباب الطعن في أحكام التحكيم، لذا يتم تناولها والتطرق إليها بمناسبة مناقشة طرق الطعن في أحكام التحكيم أكثر من تناولها كدفوع، وبصفة مستقلة.

- وكذلك اختلف الفقه في تسمية هذه الدفوع وتعدادها، وقد اكتفينا بهذه الأمثلة من الدفوع، ولمزيد من التفاصيل يرجع لأحمد إبراهيم عبد التواب، في مرجعيه السابقين، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، وكذلك الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، الذي أضاف الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع.

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق

إن المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية من أهم المسائل التي تثور بمناسبة دراسة هذه العقود، لأن اختيار القانون الواجب التطبيق لا يقوم على أساس تفضيل نص على أخر وإنما يقوم على معايير ودراسة عملية ترتب نتائج وآثار تتفاوت من حيث الأهمية والتأثير، خصوصا فيما يتعلق بتنفيذ العقد من عدمه، وتحديد الالتزامات المتقابلة للأطراف، وإمكانية تعديل شروطه، وبنوده[1].

تدخل دراسة القانون الواجب التطبيق ضمن ما يعرف بتنازع القوانين[2]، وهي من المواضيع التي طالما أثارت جدلا واسعا بين دارسي القانون (فقها وقضاء وتشريعا)، بسبب التطور السريع الذي يلازمها، مما يعجز القانونين على مجاراتها.

والمقصود بالقانون الواجب التطبيق في هذا المجال القانون المتعلق باتفاق التحكيم الدولي، وليس الداخلي، الذي لا يطرح هذه المسألة لاعتبارها محسومة لصالح القانون

1- مصعب ثائر وبعد الستار العبيدي، مرجع سابق، ص 205.

2- وهي فكرة قديمة ترجع لتصنيف القرن 13 ميلادي وكان أول من استعملها الفقيه الهولندي "هوبر" في شمال إيطاليا. بعد تظافر ثلاث عوامل هي العامل السياسي إذ كانت هذه المدن تتمتع باستقلال نسبي، وعامل قانوني مبعثه وجود اختلاف قانوني بين هذه المدن، وعامل اقتصادي يتمثل في ازدهار التجارة بين الأفراد في هذه المدن، مما أدى إلى نشوء علاقات قانونية مختلفة أثارت جدلا حول أي من قوانين هذه المدن الأصلح للتطبيق عليها.

- اختلفت المصطلحات الدالة على تنازع القوانين فاقترح الإنجليز مصطلح اختيار القوانين بدل التنازع على أساس المفاضلة في اختيار القانون المناسب، بينما اقترح الهولنديون مصطلح تسابق القوانين وكأن القوانين تتزاحم وتتسابق ليتم اختيار من منها يطبق على العلاقة محل النزاع، إلا أن مصطلح تنازع القوانين بقي هو السائد والراجح، ويقصد به تزاحم واختلاف قانون دولتين أو أكثر بمناسبة علاقة قانونية تنتمي بعنصر أو أكثر من عناصرها لهذه الدول. وعلى نحو ينتهي إما بتوزيع الاختصاص التشريعي بين القوانين المتنازعة أو ينحصر بأحدها بحسب طبيعة العلاقة.

- عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، تنازع القوانين، محاضرة ألقيت على طلبة كلية الحقوق، جامعة الموصل، لسنة 2013، المرحلة 04،ص 03، منشور على الموقع: www. babylon. Edu. iq>lecture.

- راجع أيضا حسن المهداوي، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة، ط02، الأردن 1997، ص 35. وكذلك أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، نسخة PDF متاحة على الموقع:www pdf. Factory. Com، ص 244-266.

الوطني[1]. وعلى صعيد التحكيم التجاري الدولي فإن الصعوبة تكمن عند إثارة هذه النقطة أمام المحكم، فكما هو معروف فإن المحكم ليس له قانون اختصاص(أو ما يسمى قانون القاضي) يرجع إليه ليحدد القانون الواجب التطبيق، وعليه سنتناول هذا الموضوع من جوانب ثلاث وهي:

أولا- القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

يعرف القانون الواجب التطبيق بأنه مجموعة القواعد القانونية التي يصل المحكم إلى أنها المناسبة التطبيق على النزاع، سواء كان مصدرها قانونا وطينا أو كانت مشتقة من مجموعة قوانين وطنية، أم أنها قواعد متعارف عليها في محيط التجارة الدولية، بعيدا عن القوانين الوطنية للدول[2].

و تثور مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم أمام المحكم، عن دفع أحد الخصوم بعدم اختصاصه، استنادا لعدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه، لوردوه على مسألة غير قابلة للتحكيم، كما تثار هذه المسألة أمام القاضي الوطني، قبل الفصل في النزاع أو بعد صدور حكم التحكيم، وإن كانت غالب المراجع تتجمع بين هذه المسألة وبين القانون الواجب التطبيق على الموضوع.

1- اختيار الأطراف لقانون الواجب التطبيق: تعتبر إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد هي ضابط الإسناد الأصيل في قاعدة التنازع الخاصة بعقود الدولية[3]، ولأن اتفاق التحكيم لا يختلف عن غيره من العقود ذات الطابع الدولي، فإن معظم التشريعات أخضعته لقاعدة سلطان الإرادة التي تعتبر أهم العناصر التي يعتمد عليها نظام

1- عبد الحميد زيادة، مرجع سابق، ص 275. جعفر مشيمش، مرجع سابق، ص 176.

2- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 205. عن أحمد السمدان، هامش 02.

3- حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي ، بيروت، لبنان، سنة 2002،ص 484. كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 220.

التحكيم ككل وليس فقط اتفاق التحكيم[1]. إلا أن قانون الإرادة يحكم كل المسائل المتصلة بالعقد بالضرورة.

يذهب غالب الفقه إلى الأخذ بقانون الإرادة المستقلة في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، فلا يتصور وجود أي اتفاق أو عقد له قوة إلزامية ذاتية، بل لا بد أن يرتبط الاتفاق بنظام قانوني معين يمده بقوته الملزمة، وينظم وجوده وصحته وآثاره ومصيره[2].

وبالتالي فإن القانون الذي يحكم اتفاق الأطراف لا يتعين تحديده في ظل مبدأ قانون الإرادة، فالأطراف أحرار في اختيار القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، وعلى المحكم ,أو هيئة التحكيم أو القاضي في حالة رقابته على حكم التحكيم إذا ما طعن فيه أمامه، أو أثناء نظر الاستئناف على القرار الذي أصدر الأمر بتنفيذ حكم التحكيم أن يحترم هذا الاختيار[3].

وبالرغم من كون قاعدة إعمال قانون الإرادة هي السارية في مجال العقود الدولية الخاصة وفي مجال التحكيم أيضا، إلا أن هذا لا يعني أنها لا تنطوي على صعوبة في التطبيق، فنجاح هذه القاعدة مرتبط بشرط أساسي ومهم، هو أن يكون لاختيار القانون التطبيق وفق إرادتهم صريحا وواضحا، عند تحرير اتفاق التحكيم أو بعده، حيث يتم تضمينه بندا أو مادة يحدد فيها القانون المختص.

نشير أيضا في هذا السياق أن هناك جانب من الفقه يرى أن حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يرونه مناسبا مطلقة، بينما يرى فريق آخر ضرورة وجود صلة جوهرية بين اتفاق التحكيم والقانون المختار، وفي محاولة للتوسط يرى فريق آخر أن حرية الاختيار

1- أسامة الحواري، مرجع سابق، ص 80.

2- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 222.

3- حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 01، 2004، ص 154.

ليست مطلقة، لكن الصلة بين الاتفاق والقانون المختار يكفي أن تكون فنية تربط القانون الذي اختاره والعقد الأصلي أو موضوع النزاع[1].

وقد جرى في مرحلة سابقة اتجاه فريق من الفقهاء للقول بأن القانون الواجب التطبيق ليس هو قانون الإرادة، وإنما هو قانون دولة مقر التحكيم أخذا بمبدأ خضوع الإجراءات لقانون محل القاضي[2]، استند هذا الرأي إلى أن التحكيم مجرد صورة من صور التقاضي، وهو نظام تقاضي طليق، لا يرتبط بدولة معينة، وبالتالي يجب ربطه بقانون أساسي ينطلق منه، هو القانون دولة مقر التحكيم، كما يرى أن نظام التحكيم يختلف عن نظام العقود الدولية مما يجعل إعمال مبدأ قانون الإرادة أمرا صعبا، إضافة إلى دولة مقر التحكيم تعد الأكثر ارتباطا بنظام التحكيم لتركزه فيها تطبيقا للنظرية الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق، وقد لاق هذا الرأي نقدا وهجرانا كون اتفاق التحكيم يبرم في مرحلة سابقة على تشكيل هيئة التحكيم وعلى تحديد مقر التحكيم، وبالتالي فإنه يجب أن يعرف مقدما القانون الذي يحكم الاتفاق، ولا يتم ذلك إلا بتطبيق مبدأ قانون الإرادة[3].

اتجهت العديد من الاتفاقيات واللوائح الدولية لتقنين مبدأ اختصاص قانون الإرادة بحكم كل ما يتعلق باتفاق التحكيم أيا كانت صورته، ومن أمثلة ذلك نذكر بروتوكول جنيف لعام 1923 الخاص بشروط التحكيم الذي أشار إلى اخضاع إجراءات التحكيم وتشكيل الهيئة لما يقرره الأطراف بإرادتهم الحرة[4]،وكذلك اتفاقية نيويورك 1958 كانت صريحة عندما نصت على أنه يمكن رفض الاعتراف بحكم التحكيم وعدم تنفيذه، إذا أثبت الطرف المحكوم ضده أن اتفاق التحكيم لم يكن صحيحا طبقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف، أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم[5].

1- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 303- 309

2- مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 304. خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 223.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 392

4- المادة 01/02 من بروتوكول جنيف.

5- المادة 02/05 من اتفاقية نيويورك.

أما الاتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري لعام 1961 فقد وضعت نصوصا صريحة خاصة بتنازع القوانين، في شأن تقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم الذي قد يثار أمام قضاء إحدى الدول الأطراف فيها، وجعلت من أسباب بطلان قرار التحكيم ألا يكون اتفاق التحكيم صحيحا طبقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف[1]، وكذلك القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985 لم يخرج عن هذا الاتجاه، إذ قررت اللجنة أنه لا يجوز إلغاء أي قرار تحكيم إلا إذا كان الاتفاق التحكيمي غير صحيح بموجب القانون الذي أخضع الطرفان الاتفاق له[2].

أما التشريعات فنشير إجمالا أنها طبقت هذا المبدأ مع اختلاف في كونه إقرارا ضمنيا أو صريحا [3]، والمشرع الجزائري أيضا نص على مبدأ قانون الإرادة بالإشارة إلى أن اتفاقية التحكيم تكون صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع، أو القانون الذي يراه المحكم ملائما[4].

2- عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق: قد يحدث وأن لا يقوم الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق، أو تكون إرادتهم ضمنية وغير صريحة، مما يثير الكثير من الصعوبات العملية، حاول الفقه اقتراح مجموعة من الحلول لها نذكر من بينها:

أ- إخضاع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد موضوع النزاع: أي اختصاص القانون الذي يحكم العلاقة الأصلية، ويرى أنصار هذا الحل أن اتفاق التحكيم يبرم من أجل تسوية

1- المادة 02/07 والمادة 09 من الاتفاقية الأوروبية.

2- المادة 28/ 02 من القانون النموذجي، وكذا المادة 01/23.

3- المادة 39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، والفصل 19/327 من المسطرة المغربية رقم 05/08 لسنة 2007، المادة 01/21 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016،والمادة 3/أ من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000 ، والمادة 22 و المادة 38 من قانون التحكيم رقم 04 لسنة 2008 و الفصل 64و 73 من مجلة التحكيم التونسية رقم 42 لسنة 1997 ، والمادة 02و03 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017 و المادة02 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012 و المادة 1464 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي

4- المادة 1040 ق إ م إ ج.

النزاع الناشئ عن عقد أو عن علاقات قانونية معينة، فبين اتفاق التحكيم والعلاقة القانونية رابطة موضوعية ووظيفية وعضوية[1]، وفي تبرير هذا الاختيار يرى بعض الفقهاء أنه يحقق وحدة النظام القانوني لعلاقات الأطراف، كما أنه يحد من إمكانية حدوث تنازع القوانين وتعقيداتها، إضافة إلى كونه منطقي لذا اختارت العديد من التشريعات الوطنية هذا الحل، بما فيها المشرع الجزائري الذي ربط صحة اتفاقية التحكيم بمطابقتها للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره، أو القانون المنظم لموضوع النزاع[2].

إن تبني المشرع الجزائري لهذا الحل ينطوي على محاولة ضمان صحة أكبر عدد من اتفاقات التحكيم، إذ لم يقم بالإحالة على قانون واحد، وإنما عدد المصادر القانونية التي يستمد منها اتفاق التحكيم شرعيته[3].

لم يسلم هذا الحل من النقد من حيث اختلاف موضوع كل من اتفاق التحكيم والعقد الأصلي من جهة، ورغم ذلك خضوعهما للقانون نفسه من جهة أخرى، مع أن الاتفاق ذا طبيعة إجرائية بينما العقد ذا طبيعة موضوعية، كما أن تطبيق القانون الذي يحكم العلاقة الأصلية يؤدي إلى تشتيت الحلول، إذ يخضع كل اتفاق تحكيم لقانون مختلف حسب نوع العلاقة الأصلية (كأن تكون هذه العلاقة بيعا أو مقاولة أو غيرها) وإن كان اتفاق التحكيم يتعلق دائما بمسائل إجرائية واحدة[4].

ب- اختصاص قانون دولة مقر التحكيم: قد يكتفي الأطراف بتحديد مقر التحكيم في دولة معينة، دون الإفصاح صراحة عن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وهو الفرض الذي دفع البعض إلى رؤية أنه من المناسب أن نستخلص في هذه الحالة أن إرادة الأطراف

1- سراج أبو زيد، مرجع سابق، ص 240.

2- المادة 1040 ق إ م إ د.

- وهو الحل الذي كان قد اعتمده المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية في 2008.

3- مصطفى تراري ثاني، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مجلة الدراسات القانونية، العدد الأول، جوان 2002، دار النشر والتوزيع ، ص 40.

4- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 317.

اتجهت نحو اختيار قانون هذه الدولة ليطبق على اتفاق التحكيم، وبعبارة أخرى الدولة التي يجري على إقليمها عملية التحكيم.

أما عن الاتفاقيات والتشريعات تبنت هذا الرأي فهي نفسها التي تبنت الحلين السابقين (قانون الإرادة كمبدأ، وقانون العقد الأصلي في حالة غياب قانون الإرادة)، إلا أن المشرع الجزائري لم يعتمد هذا الحل وإنما أوكل المهمة للمحكم كي يختار القانون الذي يراه مناسبا من أجل البث في صحة اتفاق التحكيم[1].

ويرى جانب من الفقه أن الأخذ بقانون دولة مقر التحكيم لا يعمل إلا في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف، مما يعني أنه لا يؤخذ به دائما كضابط اسناد، كما لا يدل دائما على الاختيار الضمني للأطراف، بل هو أحد الضوابط التي يمكن للمحكم اللجوء إليه، والاستناد عليه بالتنسيق مع الضوابط الأخرى[2].

وخلاصة القول أن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو قانون الإرادة، تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة عند وجود التعبير الصريح عنها، باختيار القانون المراد تطبيقه أما في حالة غياب هذا التصريح فقد تفرق الفقه بين ضابطين هما قانون العقد الأصلي وقانون دولة مقر التحكيم، مع وجود ضوابط أخرى لم تلق نفس الانتشار والرواج[3].

ثانيا- القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

بعد تشكيل هيئة التحكيم، وقبولها النظر في النزاع يقع على عاتقها تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، وهنا ينبغي البحث عن القانون الذي تطبقه على المسائل

1- يرجع للمادة 1043 ق إ م.

2- وهو رأي الاستاذ Goldman. أشارت إليه الدكتورة حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 64.هامش 04

3- سراج أبو زيد، مرجع سابق، ص 241.

- ومن الضوابط الأخرى التي أشار إليها الأستاذ: محل إبرام التحكيم، أو المقر المشترك للأطراف، وكذا الضابط الذي ذكره المشرع الجزائري، وهو اختيار المحكم للقانون الذي يراه مناسبا. أنظر كذلك/ خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 235.

المتعلقة بالإجراءات، وكذا القانون الواجب التطبيق على الموضوع[1]. ولا تخرج المسائل الإجرائية عما سبق قوله بخصوص القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من حيث أن تطبيق قانون الإرادة هو الأصل، إلا أن إرادة الأطراف قد تختلف أو يشوبها القصور، فكان من الضروري إيجاد ضوابط أخرى يتم الاستعانة بها لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات.[2]

أ-خضوع إجراءات التحكيم للقانون الذي يختاره الأطراف: تجد هيئة التحكيم نفسها مطالبة بتلبية إرادة طرفي النزاع فيما يختارونه من قانون ليطبق على إجراءات الخصومة التحكيمية، ويختلف الأمر باختلاف نوع التحكيم، فإن كنا أمام تحكيم حر فإن لإرادة الأطراف فيه حرية ومتسع، فبإمكانهم الاتفاق على أجزاء متفرقة مأخوذة من قواعد دولية متعارف عليها في مجال التحكيم التجاري الدولي، كأن يختاروا قسم من القواعد الصادرة عن لجنة القانون التجاري الدولي، وقسم آخر عن قواعد غرفة التجارة الدولية وآخر من قواعد مركز التحكيم[3].

أما إذا كنا أمام تحكيم مؤسسي فإن إرادة الأطراف تكون قد اتجهت إلى اختيار الإجراءات التي تعمل وفقها أو المعتمدة لدى مؤسس التحكيم، أو المركز الذي غالبا ما لا يقبل تطبيق قواعد إجرائية غير قواعده[4].

1- محمد كولا، مرجع سابق، ص .187

2- والمقصود بإجراءات التحكيم طبقا لقانون اليونسترال النموذجي ،تلك الإجراءات التي تبدأ من اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلبا بإحالة النزاع إلى التحكيم(المادة 21 من قواعد اليونسترال) فهي تلك المسائل المتعلقة بولاية القضاء التحكيمي، بداية من تشكيل محكمة التحكيم واختصاصها إلى غاية صدور الحكم ،مرورا بمدة التحكيم ومكانه ولغته ،وتداول المستندات والمداولة والحكم وما يتعلق به والطعن فيه...بلباقي بومدين ، مرجع سابق ص 370

3- أحمد رشاد سلام، مرجع سابقٌ، ص 138. أحمد السمدان، ص 190.

4- مصطفى محمد الدسوكي، مرجع سابق، ص 86. وإن كان الفقه قد اختلف في هذه النقطة بين من يرى أن مجرد اختيار مركز تحكيم معين يعني اتفاق الأطراف على إتباع قواعده الإجرائية، وبين من يرى خلاف ذلك أي إمكانية اختيار القواعد الإجرائية وتعديلها رغم إسداء مهمة التحكيم لمركز ما، يرجع في ذلك إلى محسن شفيق، مرجع سابق، ص 177. وفتحي الوالي، مرجع سابق، ص 385. رضوان أبو زيد، مرجع سابق، ص 92. محمود مختار البريري، مرجع سابق، ص 95.

تجدر الإشارة إلى أن حرية الأطراف في اختيار القانون الإجرائي من شأنه أن يضعهم أمام إشكال الاتفاق على جملة من الإجراءات التي لا يستند فيها إلى قواعد أي مركز أو لائحة ، ولا قانون داخلي لأي دولة، وبالتالي الأجدر بهم، تفويض ذلك لمن يملك الخبرة القانونية اللازمة تفاديا للوقوع في إشكالات تعيق سير العملية التحكيمية [1].

وإذا كان مبدأ استقلال الإرادة في تحديد القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم هو السائد عند الفقه، إلا أنه يثير بعض التساؤلات عند وضعه موضوع التنفيذ، خصوصا التساؤل عن مدى حرية الأطراف في اختيار هذه القواعد، هل هي مطلقة أو مقيدة؟[2].

وفي هذا الصدد ذهب الاتجاه الغالب في الفقه إلى الاعتراف بالحرية المطلقة في اختيار القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق، حيث يجوز لهم اختيار قانون دولة ليس له أي صلة بأطراف التحكيم، مع مراعاة القواعد الآمرة والنظام العام في الدولة التي يجري فيه التحكيم[3].

اتجهت أغلب التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية واللوائح إلى تكريس مبدأ قانون الإرادة في وضع الإجراءات اللازم إتباعها من قبل هيئة التحكيم[4]، والمشرع الجزائري هو الآخر أشار إلى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

1- وإن كان البعض يعيب هذا الاختيار، فوضع الأطراف للقواعد المادية للإجراءات قد يسبب عراقيل تحول دون إتمام الإجراءات بسبب قصورها وعدم إلمام الأطراف بكل الجوانب الإجرائية. محمد كولا، مرجع سابق، ص 188.

2- خالد إبراهيم التلاحمة، الموقف الفقهي من تحديد القانون الواجب التطبيق على خصومه التحكيم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد 9، العدد 02، جوان 2018، ص 21.

3- خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص 250. محسن شفيق، مرجع سابق، ص 292.

4- المادة 25 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، وكذا المادة 29 من القانون الأردني رقم 31 لسنة 2001 والمادة 64 من مجلة التحكيم التونسية رقم 42 لسنة 1997 ، وكذا الفصل 10/327 من المسطرة المغربية رقم 08/05 لسنة 2007، والمادة 21 من القانون السوداني لسنة 2016 ، وكذا المادة 1464، من ق إ م الفرنسي ، ومن اللوائح : المادة 05/ د من اتفاقية نيويورك والمادة 04 مكن الاتفاقية الأوروبية والمادة 01 من اتفاقية واشنطن والمادة 33 من قواعد اليونسترال وكذا المادة 28 من القانون النموذجي، كما أن هناك بعض مراكز التحكيم اتفقت على إجراءات التحكيم.

دون تمييز بين التحكيم الداخلي والدولي، إلا أنه ميز بينهما في حال غياب قانون الإرادة، عندها أوكل مهمة اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في التحكيم التجاري إلى هيئة التحكيم، بينما لم يمنحها هذه السلطة في التحكيم الداخلي، حيث نص على تطبيق الآجال والأوضاع المقرر أمام الجهات القضائية[1].

ب- عدم اختيار الأطراف للقانون الإجرائي الذي تتبعه هيئة التحكيم: قد تغفل إرادة أطراف النزاع عن تحديد القواعد الإجرائية واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم، وفي هذه الحالة نقف أمام عدة خيارات:

- **اختيار قواعد معمول بها لدى دولة:** قد يتفق الأطراف على اختيار قواعد إجرائية معمول بها لدى الدولة، وتحث أغلب اللوائح والقوانين أن تكون هذه القواعد لدولة مقر التحكيم أو للدولة التي يطبق قانونها على موضوع النزاع.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن تطبيق قانون دولة مقر التحكيم يستند إلى الإرادة الضمنية للأطراف[2]، ويرى أنصار هذا الرأي أنه إذا كانت عملية تحديد مقر التحكيم في دولة معينة ذات دلالة أو قرينة على اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون دولة مقر التحكيم ليحكم الإجراءات، فليس معنى ذلك أن هذه القرينة قاطعة ولا يمكن إثبات عكسها، إذ هناك أخرى دالة على الإرادة الضمنية للطرفين[3].

1- يرجع في ذلك للمادة 1019- الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الداخلي والتي جاء فيها:" تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"،وكذلك المادة 1043 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي والتي جاء فيها:" يمكن أن نضبط اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب اتباعها 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".

2- أبو العلا النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، ط 01، دار النهضة العربية، القاهرة 2003، ص 03 و04.

3- اختيار محكمين من جنسيات مختلفة أو اتفاق الطرفين على قواعد غير معروفة في البلد مقر التحكيم، أو توطين العلاقة محل النزاع في بلد معين. خالد إبراهيم التلاحمة، مرجع سابق، ص 25، رضوان أبو زيد مرجع سابق، ص 482.

وإن كان هذا المبدأ قد لاق الكثير من الانتقادات، خصوصا وأن القول بأن قانون دولة مقر التحكيم هو الأنسب للتطبيق على الإجراءات الخصومة التحكيمية دون تحديد الأساس والرابطة الجدية بين موضوع النزاع وقانون دولة مقر التحكيم يعد من العيوب التي وجهت له، إضافة إلى العقبات القانونية والمادية التي تواجه إعماله في الواقع، مما يجعله حسب البعض، حلا غير عملي لما يكتنف القوانين الوطنية من غموض وإيجاز فيما يخص الإجراءات[1].

وفي ظل اختلاف الآراء المتعلقة بقانون دولة مقر التحكيم فإنه يبقى حلا من الحلول التي يمكن اللجوء إليها في ظل سكوت إرادة الأطراف عن اختيار القواعد الإجرائية المناسبة، وقد اعتمدت العديد من التشريعات.

وإن كان المشرع الجزائري لم يتطرق لهذا الحل صراحة إلا أنه لم يشر إلى ما يدل على استبعاده، مما يجعل إمكانية اللجوء إليه ممكنة، خصوصا وأن الأطراف وهيئة التحكيم عادة ما يحتاجون لتدخل قضاء الدولة التي يجري التحكيم على إقليمها (أي مقر التحكيم)[2].

كما نص المشرع على محكمة التحكيم أن تتولى ضبط الإجراءات في حالة عدم نص الاتفاق عليها، إما مباشرة أو بالاستناد إلى قانون أو نظام تحكيم، ومصطلح قانون الوارد بصيغة النكرة في النص يحتمل أكثر من معنى، إذ يمكن أن تختار محكمة التحكيم قانون دولة ما، أو قانون دولة مقر التحكيم أو القانون الذي تراه الأنسب والأقرب لموضوع النزاع[3].

– **اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:** وهو من بين الحلول التي قد تلجأ إليها هيئة التحكيم في حالة عدم اتفاق الأطراف على اختيار القواعد الإجرائية المناسبة، إلا أن المحكمين ليسوا ملزمين بالتقيد بهذا الحل خصوصا وأن اتفاق التحكيم يتمتع باستقلالية

1– خالد إبراهيم التلاحمة، مرجع سابق، ص 26.

2– كالتدابير المؤقتة والأمور المستعجلة.

3– يراجع المادة 1043/ 02.

اتجاه العقد موضوع النزاع، كما ان هذا الاختيار يقتضي معرفة القانون الذي يحكم موضوع النزاع مسبقا حتى تتمكن هيئة التحكيم من تطبيقه على الإجراءات[1].

- **تطبيق قواعد الجزائية ذاتية:** ويقصد بها القواعد الإجرائية اللائحية، أي التابع لهيئة التحكيم وذلك إن لم ترى هيئة التحكيم ملاءمة تطبيق قانون مكان إجراء التحكيم، أو القانون واجب التطبيق على الموضوع، فإنها تلجأ إلى تطبيق القواعد الإجرائية المنصوص عليها في لوائحها وأنظمتها.

لكن ليست كل هيئات التحكيم تعمل وفق هذا المبدأ الذي لا تفرض فيه قواعدها الإجرائية على كل تحكيم يعهد به إليها، إلا عند تخلف اتفاق طرفي التحكيم على تطبيق قانون إجرائي مخالف، بل وعلى العكس فإن غالبية هيئات ومراكز التحكيم لا تطبق إلا القواعد الإجرائية المنصوص عليها في لوائحها[2]، وفي حالة خلو اللائحة أو النظام الذي تم اللجوء إليه من قواعد الإجرائية، فإن الهيئة تتدبر أمرها وتبحث عن القاعدة الإجرائية[3].

وأخيرا نشير إلى أن الاتفاقيات الدولية واللوائح – عدا تلك التي تفرض قواعدها الإجرائية – وكذلك التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم أشارت إلى حرية الأفراد في اختيار القواعد الإجرائية المراد تطبيقها كمبدأ عام، ثم أشارت إلى وسائل بديلة أخرى، إذ اشتركت هذه الاتفاقيات في أن قانون الأفراد هو القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم كأصل عام بينما يكون قانون مكان التحكيم هو المختص احتياطيا.

1- علما بأنه لا يوجد أي التزام يفرض على الطرفين أن يحددا مقدما في اتفاق التحكيم القانون الذي يحكم موضوع النزاع، بل يجوز الاتفاق عليه في وقت لاحق أثناء إجراءات التحكيم، خالد إبراهيم التلاحمة، مرجع سابق، ص 27.

- وإن كان ظاهر الأمر يوحي أن فكرة توحيد النظام القانوني المطبق على كل من الإجراءات والموضوع تعتبر فكرة إيجابية لعدم تشتيت الخصومة التحكيمية بين أكثر من قانون إلا أن الواقع العملي أثبت العكس. عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 336.

2- المادة 15 من لائحة CCA، والمادة 1/01 من لائحة مركز القاهرة، والمادة 06 من اتفاقية عمان، والمادة02 من نظام التوفيق والتحكيم لغرفة دبي، والمادة 44 من اتفاقية البنك الدولي لفض منازعات الاستثمار.

3- المادة 13 فقرة "أ" من نظام مجلس الخليج للتعاون.

وهو ما ذهبت إليه لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1976 والقانون النموذجي الصادر عن اللجنة نفسها عام 1985، وكذلك بروتوكول جنيف لعام 1927 المتعلق بتنفيذ أحكام التنفيذ، واتفاقية نيويورك لسنة 1958[1].

بينما ذهبت لائحة التحكيم النافذة لدى محكمة لندن للتحكيم،على الأخذ باختيار الأطراف للقواعد الإجرائية المراد إتباعها في المقام الأول، ثم القواعد الواردة في اللائحة في المقام الثاني، ثم القواعد التي تختارها محكمة التحكيم في المقام الثالث، وهو أيضا ما أخذت به الجمعية الأمريكية للتحكيم[2].

أما الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 فقد اختلف الفقه بشأنها، بين من يرى أنها أخذت بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القواعد الإجرائية، وبين من يرى أنها اعتمدت على القواعد الإجرائية الواردة فيها[3].

أما عن القوانين الوطنية فمجمل القول أنها أخذت من حيث المبدأ بالقانون المختار من قبل الأطراف كأساس، ومنحت في المقام الثاني للمحكمين سلطة تحديد هذه القواعد[4]،والمشرع الجزائري بدوره منح لهيئة التحكيم هذه المكنة من اختيار القواعد الواجب التطبيق على الإجراءات[5].

1- د/ أحمد عبد الكريم سلامة مرجع سابق، ص 583 إلى 612.

2- د/ سراج حسن أبو زيد، مرجع سابق، ص 485 إلى 509.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، فيما ذكره عن تفسير المادة 04 من الاتفاقية، مرجع سابق، ص 598، وسراج حسن أبو زيد، فيما ذكره عن تفسير المادة 09 من الاتفاقية.

4- المادة 25 من قانون رقم 27 لسنة 1994 ، والفصل 13 من مجلة التحكيم التونسية، والمادة 03 من قانون التحكيم القطري ، والمادة 22 من قانون التحكيم رقم 04 لسنة 2008،والمادة 05 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2000، والمادة 11 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، والفصل 327 من المسطرة المغربية للتحكيم والوساطة رقم 08/05 لسنة 2007، وكذلك المادة 1494 من ق ا م ف

5- قد سبقت الإشارة إلى ذلك/ يرجع للمادة 1043 ق إ م إ ج، وبالرجوع إلى الاتفاقيات الثنائية المبرمة في مجال الاستثمار نجد هذا الخيار مكرسا بصدد قانون الإرادة والإحالة على نظام تحكيمي لدى هيئة متخصصة ويمكن الرجوع في ذلك إلى عدة أمثلة منها نظام التحكيم الجزائري الفرنسي لسنة 1983، وكذا بعض الاتفاقيات التي تحيل إلى نظام CNUCID. لمزيد من التفاصيل حول هذه الاتفاقيات يرجع: محمد كولا، مرجع سابق، ص 190، هامش 36.

ثالثا- القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

إن هدف المحكمين، تحرير خصومة التحكيم من القيود الإجرائية التقليدية وما تفرضه من شكليات معقدة، وإن كان تحديد القانون من المسائل الصعبة والشائكة، والتي تتطلب من المحكمين اهتماما خاصا وتدقيقا، خصوصا وأن المحكم ليس له قانون اختصاصي أو ما يسمى قانون القاضي (Lexfori) كما سبقت الإشارة إليه آنفا.

لا تخرج فكرة القانون الواجب التطبيق عن الإطار العام الذي سبق أن تناولناه فيما يخص الاتفاق والإجراءات، فقانون الإرادة كمبدأ هو دائما المنهج المعتمد في كل ما تخص التحكيم التجاري[1]

أ - **تطبيق قانون إرادة الأطراف:** أصبح من المسلم به في مجال التجارة الدولية ككل أن للأطراف المتعاقدة الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم التعاقدية، وأنه في الحالة التي يختار فيها الخصوم قانونهم فإن المحكمة المعروض عليها نزاع يخص هذا العقد تلتزم بتطبيق هذا القانون المختار، طالما لا يتعارض مع النظام العام في الدولة ذات الشأن، أو غير مشوب بالغش نحو القانون الذي كان من المفروض أن يحكم العقد[2].

1- وإن كانت الفكرة تبدو مكررة إلا أن الأمر ليس كذلك، لأن كل نقطة تحمل من الخصوصية ما يجعل دراستها على حدا أمرا لازما حتى نلم بكل جوانبها.

2- أما مسألة النظام العام فإننا سبق وأن تناولنها بمناسبة دراسة المبادئ الخاصة بالتحكيم، وكذا أركان اتفاق التحكيم،

- أما مسألة الغش نحو القانون فتتم لتغيير ظرف الإسناد بهدف نقل الاختصاص من قانون الآخر، يتفق مع رغبة الشخص و يجنبه تطبيق القواعد الآمرة والمختصة أصلا، إذ يتعمد تغيير ضابط الإسناد لمجرد التوصل إلى تطبيق قانون معين، والتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا، ومثال ذلك: السفر إلى بلد معين للاتفاق فقط على إبرام عقد معين، للاستفادة من محل انعقاد العقد كمحل لتطبيق قانونه على العقد أو عملية التحكيم، إذا كان هذا العقد يعتبر باطلا في بلد آخر، ويشترط لتطبيق الدفع بالغش نحو القانون أن يكون التغير في ضابط الإسناد إرادي مع توفر نية التهرب من القانون الواجب التطبيق، وفي حال توفر هذين الشرطين يكون على كل من القاضي والمحكم عن طريق عدم الاعتداد بالتغيير الذي طرأ على ضابط الإسناد وانحلال القانون الواجب التطبيق أصلا حسب قاعدة الإسناد الوطنية، يرجع في ذلك: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين وتنازع الاختصاص الدوليين، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، ط07/ 1997، ص 555 إلى 570، أحمد الحواري، مرجع سابق، ص 106-109.

وقد أخذت غالبية الاتفاقيات والقوانين بهذا المبدأ مع اختلاف في مدى استقلالية هذه الأداة وحدودها، إذ يرى جانب من الفقه أن استعمال مصطلح Le droit بدلا من مصطلح La loi في الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961 تعبير عن إرادة واضعي الاتفاقية في الاعتراف للأطراف ليس فقط باختيار قانون وطني بل أيضا للقواعد المهنية والعادات والمبادئ المشتركة في قانون التجارة الدولية[1]، وترتيبا على ذلك فإنه يجوز للأطراف الاتفاق على اتباع القواعد الموضوعية في قانون أجنبي، حتى ولو كان التحكيم منصبا على علاقة وطنية بكافة عناصرها ولا أثر فيها للقانون الأجنبي[2]، كما يمكن للأطراف يختاروا ضمن القانون الواحد بعض الأحكام دون البعض الآخر، أو اختيار أكثر من قانون، وإن كان من المستحسن الاكتفاء بقانون واحد لأجل تأمين الانسجام وتسهيل مهمة المحكم[3].

ومنحت اتفاقية نيويورك لسنة 1958[4] الأطراف هذه الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق وأيضا اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965[5]، والقانون النموذجي لسنة 1985[6]، أكد هذا المبدأ بحظره اللجوء للإحالة[7]، بالإضافة للتشريعات الوطنية التي أكدت هي الأخرى على هذا المبدأ[8].

1- سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 514. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 01/ 1995،ص 792.

2- مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 267

3- عبد الحميد علي زيادة، مرجع سابق، ص 207- 268.

4- المادة 01/05.

5- المادة 01/42.

6- المادة 28.

7- سراج أبو زيد، مرجع سابق، ص 266.

8- يرجع للنصوص التي استندنا إليها آنفا.

المشرع الجزائري[1] حذا حذو باقي التشريعات في هاته المسألة، لكن استعماله لعبارة "قواعد القانون" عوض "القانون الواجب التطبيق" أوله البعض على أنه فتح المجال للأخذ بالمبادئ العامة للقانون أو ما يعبر عنه اليوم بقانون التجار Lex Mercatoria[2].

إلا أنه أصبح اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أمرا مسلما به، غير أن المقصود به هو الاختيار الصريح أو على الأقل اختيار مستفاد من نصوص العقد ذاتها، فإذا لم يكن اتفاق الفرقاء صريحا ومباشرا على اختيار قانون معين، ولم يكن هناك دلالة من نصوص العقد، فلا محل لتلمس إرادتهما الضمنية في الاختيار من خلال بعض المؤشرات، والقرائن العرضية، كمكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه أو لغته أو مصطلحاته، فالأمر ليس مجرد إسناد إلى قانون معين، وإنما أمر تبني مباشر لقواعده الموضوعية على نحو يتطلب أن تكون هذه القواعد محل تفكير من الفرقاء يترجمه الاختيار الصريح والواضح للقانون الذي يتضمنها[3].

ب- قيام هيئة التحكيم بتحديد القانون المطبق على النزاع: في حالة عدم اتفاق أطراف العلاقة التحكيمية على اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، تقوم هيئة التحكيم باختيار القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالموضوع.

ونلاحظ أن الواقع العملي يكشف عن ميل قضاء التحكيم على المستوى الدولي إلى إعمال قانون محل إبرام العقد أحيانا، وقانون محل التنفيذ استنادا للإرادة الضمنية للأطراف والتي تكشف عنها ظروف التعاقد، كاستخدام قانون الدولة التي استعملت لغتها في العقد، أو ترجيح قانون الدولة إذا كانت طرفا في العقد، أو الاستناد إلى اختيار مكان التحكيم كمؤشر على اختيار قانون هذا البلد الذي يجري فيه التحكيم.

9- في المادة 1050 ق ا م ا ج.

2- يرجع لها لاحقا.

3- مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 270. عبد الحميد علي الزيادة، مرجع سابق، ص 269.

كما يمكن للمحكم التحرر من التقيد بأي نصوص تشريعية أو أي قواعد قانونية أيا كان مصدرها، ليجري المحكم نوعا من التسوية للنزاع المعروض عليه مستلهما ما يراه محققا للعدالة وما يرضي ضميره طالما أنه حقق مبدأ المساواة، وأتاح للأطراف مكنة إبداء أوجه دفاعهم[1].

لقد منحت غالبية القوانين المحكمين سلطة التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إما عن طريق قيام المحكم بتحليل عناصر العقد الموضوعية والقانونية، ثم يطبق القانون الأكثر صلة بالعقد من غيره، وإما أن يفحص المحكم قواعد تنازع القوانين في مختلف الأنظمة القانونية الوطنية ذات العلاقة بموضوع النزاع، فإذا اجتمعت هذه القواعد على قانون داخلي معين فإنه يقرر تطبيق هذا القانون، وهو ما يعرف طريقة التطبيق الجامع (L'application Cumulative)، وإما أن يلجأ المحكم إلى قاعدة تنازع القوانين التي تحظى بقبول واسع من قبل الجماعة الدولية، – وبعبارة أخرى– قاعدة التنازع المعترف بها من قبل أنظمة القانون الدولي الخاص في مختلف بلدان العالم[2]. وهي الحالات أو الخيارات التي سنحاول تناولها فيما يلي:

– **تطبيق قانون دولة أحد الطرفي العقد:** وتعد هذه الحالة الأكثر تطبيقا، وهنا يطبق إما قانون دولة مقر التحكيم أو قانون مكان التنفيذ، ويسود في الدول الأنجلوساكسونية، على أن القانون الإجرائي الواجب التطبيق على الخصومة هو قانون دولة مقر التحكيم، وهنا يعتبر قانون المحكم سواء اتفق الأطراف أو لم يتفقوا، وإذا اتفقوا على قانون إجرائي آخر، تبقى لقانون دولة المقر السيادة، ويمكن استبعاد القانون المتفق عليه إذا خالفت القواعد الإجرائية النظام العام في قانون دولة المقر[3].

1– د/ محمد عبد الفتاح ترك، مرجع ساق، ص 434 إلى 445.

2– د/ سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 584 إلى 596.

3– نبيل صالح العرباوي، القانون الواجب التطبيق على المنازعات التحكيمية، مجلة الحقيقة، مجلد 18، عدد01،مارس 2019، ص 279، 280

ب- تحديد القانون الواجب التطبيق بواسطة قواعد التنازع: يستطيع المحكم أن يلجأ إلى نظام تنازع القوانين في الدولة التي يحمل جنسيتها أو التي يوجد بها محل إقامته، وبرر جانب من الفقه هذا الاختيار بحجة أن هذا النظام يكون للمحكم أكثر إلماما به من غيره، ويعد النظام المختار ضمنيا من قبل الأطراف الذين فضلوا هذا المحكم دون غيره، مما بشكل غير مباشر على رغبة هؤلاء في تطبيق نظام تنازع القوانين في دولة المحكم المختار.

غير أن هذا الحل وجهت له العديد من الانتقادات أهمها أنه قد يؤدي إلى تطبق قانون لا يمت بصلة لموضوع النزاع، كما أن المحكم ربما لا يكون مختارا من قبل الأطراف، إضافة إلى هذا الحل يتعذر الأخذ به عندما تتشكل محكمة التحكيم من أكثر من محكم واحد، ويكون المحكمين من جنسيات مختلفة أو يقيمون في بلدان مختلفة.

وفي حالة ثانية فإن المحكم إذا لم يلجأ إلى نظام تنازع الدولة التي يحمل جنسيتها، فإنه يلجأ إلى قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص للدولة التي يحمل الأطراف جنسيتها أو التي يوجد بها موطنهم المشترك.

لكن هذا الحل أيضا واجه مجموعة من الانتقادات، كون الأطراف غالبا ما لا يحملون الجنسية نفسها ولا يقيمون بالموطن ذاته[1].

وفي حالة ثالثة يمكن للمحكم أن يلجأ إلى قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص في الدولة التي كان من المفروض أن تختص محاكمها القضائية بالفصل في النزاع، لو لم يتفق الأطراف على اللجوء للتحكيم، وهذا الحل أيضا أعيب عليه تعارضه مع الهدف الذي وجد لأجله اتفاق التحكيم المتمثل في الاستقلالية، وتفادي تعقيدات وصعوبات مشكلة تنازع الاختصاص القضائي الدولي.

1- La live: Les règles de conflit de loi appliquées au fond de litige par l'arbitrage international, Revue d'arbitrage, T 3, Paris 1976, P 162.

وفي حالة رابعة يمكن للمحكم اللجوء إلى قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص في الدولة التي سوف يطلب فيها تنفيذ حكم التحكيم بعد صدوره، وانتقد هذا الرأي أيضا، لأن المحكم ليس له التحديد المسبق للدولة التي سيجري تنفيذ حكم التحكيم فيها[1].

وهناك العديد من الحلول الأخرى التي لم تسلم من النقد، لذا فإن الرأي الغالب في الفقه ذهب للاعتراف للمحكمين بالحرية في اختيار قواعد تنازع القوانين، التي يستعان بها في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع المعروض عليهم[2].

وهو الحل الذي أخذت به مختلف الاتفاقيات الدولية كالاتفاقية الأوروبية لسنة 1961، والقانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري سنة 1985[3]، وكذا اتفاقية نيويورك 1958[4]، ولائحة التحكيم لدى الغرفة التجارية الدولية CCI[5] ونظام التحكيم للمركز الدولي لمنازعات الاستثمار CNUCID[6] واتفاقية واشنطن 1965[7].

نظرا لاختلاف الآراء الخاصة بالمعايير السابقة الذكر في حالة اللجوء إلى تطبيق قواعد التنازع، اتجه بعض الفقه إلى استخلاص القانون الأكثر ملاءمة مع استبعاد قاعدة تنازع لنظام قانوني وطني أو غير وطني، ولجأ قضاء التحكيم لهذا الحل في أكثر من قضية[8].

1- د/ سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 578، 580. كمال إبراهيم، التحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي، القاهرة 1991، ص 147، 148.

2- من الفقهاء الذين أخذوا بها الرأي Batifol- Lalive- Ph. Fouchard- Kentgen.

3- المادة 07 فقرة 01 من الاتفاقية الأوروبية لعام 1961. المادة 28 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985.

4- المادة 01/05 بند "ب".

5- المادة 13/ 01

6- المادة 01/33.

7- المادة 01/03/42.

8- لمزيد من التفاصيل يرجع كمال إبراهيم، مرجع سابق، ص 150، 151. ورضوان أبو زيد، مرجع سابق. محمد كولا، مرجع سابق، ص 217، 220.

تطبيق هيئة التحكيم للمبادئ العامة للقانون: يعتبر اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون من الحلول التي تستعين بها هيئة التحكيم[1]، إن اعتماد مبادئ القانون تؤكد مدى أخذ المحكم بالقاعدة الدولية وعدم حصر النزاع في القانون الوطني فقط، وإن كان هذا الرأي قد واجه عدة انتقادات أهمها عدم كفايته كحل، وعدم إمكانية توحيد هذه المبادئ بين الدول بسبب اختلاف الأنظمة[2].

وبالنسبة للتشريعات والقوانين الوطنية وكذا الاتفاقيات واللوائح، فإنها اعتمدت هذه المبادئ في نصوصها، خصوصا وأن المحكم عادة ما يقع أمام حالات لا يختار فيها الأطراف القانون الواجب التطبيق، إما سهوا أو عمدا من أجل تفويض ذلك لهيئة التحكيم التي لا يمكنها الاعتماد على قانون وطني، في كل الحالات التي تصادفها، وبالتالي يلزمها أكثر من خيار حتى تعمل في أريحية ومصداقية ودقة.

وبالرجوع للنصوص فإنها ذاتها التي اعتمدت مبدأ قانون الإرادة فالنص الذي يتناول القانون الواجب التطبيق يتناوله بمبدئه واستثنائه[3]. وكذلك الأمر للمشرع الجزائري الذي منح هيئة التحكيم صلاحية اختيار القانون الواجب التطبيق في غياب اختيار الأطراف، وإن كان الجدل قائم حول استعمال المشرع الجزائي لمصطلح قواعد القانون règle de droit التي تحمل أكثر من تفسير، يمكن أن ينطوي تحت مضمونها قواعد التنازع التي سبق وأن أشرنا

1- وهو ما حدث في أكثر من قضية، نذكر منها على سبيل المثال: قضية أرامكو الشهيرة بين الشركة العربية الامريكية أرامكو، وبين الحكومة السعودية، حيث صدر الحكم في 1958/08/23، توصلت فيه هيئة التحكيم إلى استبعاد القانون الوطني السويسري (مكان إجراء التحكيم) احتراما لسيادة الدولة الطرف، وبالتالي اختارت تطبيق القانون الدولي. وكذلك قضية تكساكو، هي الأخرى تخص مجموعة من التأمينات قامت بها ليبيا ضد شركات بترولية أجنبية، فاقترح المحكم الفرد المعين للتحكيم في هذه القضية حلين :- إما الاقتداء بقضية أرامكو، تطبيق مبادئ القانون الدولي، وإما تطبيق قانون مكان إجراء التحكيم كما حدث في قضية Saphir، لكنه عاد وطبق الخيار الأول تطبيقا لمبدأ السيادة للدولة الطرف.

وكذلك قضية أبو ظبي في الحكم الصادر بتاريخ 1951/08/28 التي اختار فيها المحكم تطبيق قواعد القانون الدولي مستبعدا القانون الوطني لأ بوظبي (مكان الإبرام) لاستبعاده هذه المرة قواعد الشريعة، وليس مبدأ السيادة

2- كمال إبراهيم، مرجع سابق، ص 162، 164.

3- يرجع في ذلك للمواد السالفة الذكر.

إليها، والمبادئ المشتركة، وكذا نص قانون وطني أو قواعد قانونية خاصة بمركز أو لائحة[1]، وهو المصطلح ذاته الذي استعمله المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية، متماشيا مع المشرع الفرنسي[2] وكذا اللوائح التي سبقت الإشارة عليها آنفا[3].

تطبيق هيئة التحكيم للقواعد والأعراف الدولية: عادة ما يلجأ المحكمون إلى تطبيق الأعراف الدولية لمرونتها ولسهولة تقبلها من الأطراف لعدم مساسها بالسيادة وحيادها لبعدها عن القوانين الوطنية.

تعرف هذه الأعراف بما يسمى بداية قانون الشعوب– لكنها حاليا تعرف بـ Lex Mercatoria، وقد تم ترجمة هذا المصطلح إلى قانون التجارة الدولية حيث ينطوي على عادات, وأعراف التجارة الدولية، والعقود النموذجية والشروط العامة، والمبادئ العامة للقانون المشتركة بين الأمم المتمدنة، وقواعد العدالة والإنصاف متى تم تفويض المحكم بالحكم بمقتضاها[4]، كما يمتد ليشمل أيضا الاتفاقيات الدولية الموحدة في شأن التجارة الدولية سواء بالنسبة للقواعد العامة والموضوعية، أو قواعد الإسناد، وكذلك التشريعات الوطنية المختلفة في شأن تنظيم التجارة الدولية، وهذا القانون من طبيعة مهنية أساسا لتنظيم علاقات المجتمع الدولي للتجار، فهو تكوّن خارج الدول[5].

قواعد Lexmercatotia في الأصل عبارة عن نظام قوامه القواعد والمبادئ التي وضعها مجموع من التجار (Les Marchands) لتسير معاملاتهم، تعتمد هذه القواعد في

1– يرجع للمادة 105 ق إ م ا ج.

2– المادة 1496 ق إ م ف.

3– نبيل صالح العرباوي، مرجع سابق ، ص 282

4- La dico du commerce international- glossaire international. Com.

5- de nature essentiel extra étatique. Emmanuel Gaillard, Trente ans de lex mercatoria pour un application sélective des principes généraux de droit journal du droit international N° 01, Paris 1995, P 05 et s.

- La lex Mercatoria est un système juridique Utilisé par les marchands dans l'Europe média vale plutôt qu'être le résultat de l'état d'une ou autorité final elle a évolué en se fondant sur l'usage.

تكوينها على الأعراف والعادات المشتركة بين التجار في أوروبا مع بعض الاختلافات المحلية[1].

إن ما يمنحها القبول والشرعية هو أن تطبيقها يحظى برضا الأطراف الذين لا يخرجون عن إطار قانونهم الوطني لعدم تعارضه مع هذه القواعد من جهة بل تبنيه لها[2].

أما عن إلزاميتها فإن الفقه اختلف بين من يراها احتياطية تكميلية، وبين من جعلها في نفس المنزلة مع الحلول الأخرى[3].

أما عن الانتقادات التي واجهت لها فأهمها افتقارها للأساس القانوني كونها مستمدة من أعراف وعادات تولدت لدى التجار من الممارسة، وبالتالي فهي غير مستقرة وثابتة، كما أنها لا يمكن أن تشكل نظاما قانونيا، لعدم تغطيتها لكل النزاعات، بالإضافة إلى عدم انتظامها وتنظيمها[4].

أما بالنسبة لاعتمادها في القوانين واللوائح فإن معظمها جعلتها كحل بالنسبة لهيئة التحكيم اللجوء إليه في حالة عدم اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق[5]، بما فيها المشرع الجزائري[6].

---

1 - Lex Mercatoriaété à l'origine un corps de règle et principes posé par les marchands eux même pour régi leur transaction. Elle consistait d'usage et de coutumes commun aux marchands en Europe avec Quelque différence locales.

2- André Slatkin, Etude de la lex mercatoria et de son application en droit français et en common lawe, mémoire de deux Universités, Montpelier et Serbrook 2008, P 45 et s.

3- يرجع لهذه الآراء بالتفصيل عند كمال إبراهيم، مرجع سابق، ص 155، عبد الله ناصر أبو جما العجمي،الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي وتسوية منازعاتها،منشورات زين الحقوقية،بيروت، لبنان،ط2016،01،ص203-204

4- محمد كولا، مرجع سابق، ص 226. ونحن إذ نشاطر أستاذ الرأي عندما حث المتعاملين الاقتصاديين الاحتياط وتوخي الحذر ومن اللجوء لهذه القواعد عند صياغة عقودهم لما تنطوي عليه متن مبادئ تعد غريبة عن مجتمعنا واقتصادنا الذي لا يزال منغلقا نوعا ما.

5- يرجع إلى النصوص إلى سبقت الإشارة إليها فيما يخص القانون الواجب على الموضوع.

6- المادة 1050 ق إ م إ.

- لمزيد من التفاصيل الخاصة بالقانون الواجب التطبيق، يرجع إلى :

- العرباوي نبيل، مرجع سابق، ص 140، 155. رضوان أبو زيد، مرجع سابق، ص 139، ومايليها. جعفر مشيمش، مرجع سابق، ص 175، 1858. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 179، 196. أسامة أحمد الحواري، مرجع سابق، ص 121، 161.خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 220، 24.

وعليه ومن خلال الشرح السابق نخلص إلى أن اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع تقع مسؤولية على طرفي عقد التحكيم،إذا اتفقا على اختيار قانون معين ليطبق على النزاع طبقا لمبدأ قانون الإدارة، أما في حالة عدم اتفاقهم صراحة أو ضمنا انتقلت هاته الحرية لهيئة التحكيم التي قد تطبق قانونا وطنيا أو غير وطني تراه مناسبا للحكم في النزاع.

الفصل الثاني

الخصومة التحكيمية

الفصل الثاني

الخصومة التحكيمية

يقصد بالخصومة التحكيمية إجراءات تحريك الدعوى التحكيمية ، وتقديم الطلبات والدفوع والبيانات و المرافعات أمام هيئة التحكيم، وتسيير هذه الإجراءات من قبل الهيئة من حيث تنظيم الجلسات ومكانها ولغة التحكيم إلى أن يتم قفل باب المرافعة، وتهيئة القضية لإصدار الحكم المنهي للخصومة [1]تتشابه الدعوى التحكيمية والدعوى القضائية في العديد من النقاط أهمها أنهما تفتحان بطلب وتنتهيان بحكم يفصل في نزاع قائم، لكنهما تختلفان في كل الجزئيات بداية من اختلاف الطلب الذي تفتح به كل منهما وصولا إلى الحكم الصادر فيهما.

لذا سنحاول في هذا الفصل تناول آليات انعقاد الخصومة التحكيمية من خلال التعرض لإجراءات تحريكها ونطاقها (المبحث الأول)، ثم عوارض الخصومة وكيفية انقضائها (المبحث الثاني).

1- أحمد عبد الحي السيد، التحكيم الدولي في إطار العقود التجارية الدولية وسوق الأوراق المالية، مكتبة الوفاء القانونية، ط01، 2018، ص 53

المبحث الأول

انطلاق الخصومة التحكيمية

تعد الخصومة التحكيمية الحلقة الختامية في العملية التحكيمية ككل، منذ اتفاق الأطراف على اللجوء للتحكيم بدل القضاء في حال نشوب نزاع بينهم، وهي تشترك مع الخصومة القضائية في عدة نقاط ،منها كيفية افتتاح الدعوى وتبادل المذكرات والجلسات، والأطراف وقواعد الحضور والغياب، وهو ما سنتناوله في (المطلب الأول)، كما تشتركان في كيفية سير الإجراءات، والمرافعات وقواعد الحضور والغياب وكذا قواعد الإثبات (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

إجراءات تحريك الخصومة التحكيمية ونطاقها

إن الخصومة التحكيمية كمجموع إجراءات متسلسل تنعقد بتقديم طلب التحكيم وتسير وفق قواعد قانونية مختارة بعناية، وتضم أطرافا يرغبون في الوصول إلى حل لنزاع قائم بينهم.

وعليه كان لزاما علينا التطرق لكيفية تحريك الخصومة التحكيمية (الفرع ألأول)، ثم تناول أطرافها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تحريك الخصومة التحكيمية

بداية وقبل الخوض في إجراءات الخصومة التحكيمية يجدر التنبيه إلى أن جانب من الفقه قدم تعريفا لها، جاء فيه هي: "مجموعة الأعمال الإجرائية التي يتفق الخصوم أو

يحددها المحكم، والتي تهدف إلى إصدار حكم يفصل في موضوع الحق المتنازع عليه بين الخصوم[1].

وفي المقابل تعرف الخصومة القضائية بأنها: مجموعة من الأعمال الإجرائية التي يقوم بها القاضي وأعوانه والخصوم وممثليهم وأحيانا الغير، والتي ترمي إلى إصدار قضاء يحقق حماية الحق، فهي الوسيلة التي يجري بواسطتها التحقق من توافر الحق في الدعوى للمدعى[2].

وبمقارنة التعريفين يظهر جليا أن الخصومتين تتشابهان إلى حد بعيد وتشتركان في العديد من النقاط، وكلاهما عبارة عن مجموعة من الأعمال الإجرائية، وكلاهما يهدفان إلى إصدار حكم، تهدفان إلى حل نزاع، إلا أنهما تختلفان في القواعد المطبقة ومصدرها، فبينما نجد القواعد التي تنظم الخصومة القضائية مصدرها في القانون الإجرائي الذي ينظم أحكامها منذ بدايتها مرورا بسيرها وانتهائها بالفصل فيها و انقضائها، فإن القواعد التي تنظم الخصومة التحكيمية تجد مصدرها – كأصل عام – في اتفاق التحكيم[3]. وأول إجراء يتعلق انعقاد الخصومة التحكيمية هو تقديم طلب التحكيم.

أولا– طلب التحكيم

يعادل طلب التحكيم عريضة افتتاح الدعوى في الخصومة القضائية فهو الطلب الذي يوجهه أحد الطرفين للطرف الآخر، أو إلى مركز التحكيم المنظم المتفق عليه، يخطره فيه برغبته في عرض النزاع للحل بواسطة التحكيم[4].

1– محمد ماهر أبو العينين، عاطف محمد عبد اللطيف، قضاء التحكيم، الكتاب الأول، المجمع العربي القانوني 2010، ص 827.

2– محمد ماهر أبو العينين، عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع نفسه، ص 827.

3– جارد محمد، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2018، ص 20.

4– مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 616. عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 765. لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 272.

أما عن وقت تقديم الطلب فيرتبط به في الواقع وقت بدء إجراءات التحكيم، حسب اتفاق الأطراف الذين يمكنهم التفاهم على تعديله وتحديده، بجعله مثلا مرتبطا باليوم الذي يتسلم فيه الطرف الثاني طلب التحكيم، أو من تاريخ الانتهاء من تشكيل محكمة التحكيم، ويرتبط وقت بدء إجراءات التحكيم بعدة إجراءات أخرى، كأن يتم الاتفاق على ضرورة استكمال هذه الإجراءات خلال مدة معينة، يشرع في حسابها من تاريخ بداية الإجراءات، أي أن المواعيد الخاصة بتبادل المذكرات، والأجل المحدد للخصومة ككل يشرع في حسابه من بداية تقديم الطلب[1].

أما عن الآثار المترتبة عن تقديم الطلب نذكر منها: قطع التقادم وسريان الفوائد التأخيرية، وانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدنى في حال وفاة المدعى[2]، وقد اختلفت التشريعات المقارنة، ولوائح التحكيم في تحديد الوقت الذي تبدأ فيه إجراءات الخصومة التحكيمية، ففي التحكيم المؤسسي، اتجهت أغلب اللوائح والهيئات إلى اعتماد يوم تقديم الطلب إلى أمانة الهيئة أو المركز المخول أو المكلف بإدارة الخصومة، وهو يتولى بدوره إخطار الطرف الآخر[3].

وفي التشريعات الوطنية نجد بعضها خالف ما جاء باللوائح السابقة إذ اعتد باليوم الذي يصل فيه الإخطار إلى المدعى عليه[4]، في حين اختارت أخرى حساب بدية الإجراءات

وقد اختلفت التسميات التي تطلق على طلب التحكيم أهمها بيان الدعوى ، كما أشارت إليه المادة 01/23 من القانون ا=لنموذجي، وكذا المادة 30 من قانون التحكيم المصدري 91/27، وكذا صحيفة الدعوى، خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص 261.

1- محمود مختار البريري، مرجع سابق، ص 108. لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 268.

2- جارد محمد، الدعوى التحكيمية، مرجع سابق، ص 25.

3- وهو النهج الذي اعتمدته عرفة التحكيم بباريس المادة 01/04، وكذا جمعية التحكيم الأمريكية المادة 02/20، ولائحة محكمة للندن المادة 01، واتفاقية واشنطن لسنة 1965 المادة 36، محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 285.

4- نذكر منها المادة 21 من القانون المصري رقم 27 لسنة 94، و المادة 09 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لعام 1993، والمادة 26 من قانون التحكيم السعودي رقم34 لسنة 2012، والمادة 21 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017، والفصل 31 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1997، والمادة 22 من قانون التحكيم =السوداني

من يوم تشكيل هيئة التحكيم[1]، أما المشرع الجزائري فإنه لم ينص صراحة على وقت بدء الإجراءات، إلا أنه حدد أجلا لانتهائها يحسب إما من تاريخ تعيين المحكمين أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم[2]، بعد أن كان قد نص على ضرورة قبول هيئة التحكيم للمهمة[3].

وعليه فإن المشرع الجزائري يكون قد اتخذ موقفا وسطا في ما يخص التحكيم الداخلي، بأن اعتبر وقت بداية الإجراءات من تاريخ قبول المحكمين للمهمة المسندة إليهم، إذ لا يمكن الشروع في الإجراءات، أو تقديم الطلب قبل أن يتحدد موقف المحكمين، بينما اتخذ في التحكيم التجاري الدولي موقفا أكثر ليونة وسلاسة بأن أوكل الأطراف مكنة الاتفاق حول كل المسائل الإجرائية دون استثناء، أو تخويل ذلك لهيئة التحكيم[4]، ولأن تقديم طلب التحكيم هو أول إجراءات الخصومة التحكيمية، فإنه ينضوي تحت النص المشار إليه، وبالتالي يمكن للأطراف الاتفاق على وقت محدد تحسب منه المواعيد، كأن يكون وقت قبول مهمة التحكيم، أو وقت حصول الإخطار للمدعى عليه، أووقت تسلم هيئة التحكيم الطلب...الخ[5]. ويجب التنويه أيضا أن جانبا من الفقه ميز بين وقت بدأ الإجراءات وبين وقت انعقاد الخصومة، فإن كان هذا الأخير مرتبط بتقديم طلب الإجراءات، فإنه لا يعني بدء الإجراءات لأن الإجراءات تبدأ قبل ذلك، بتشكيل هيئة التحكيم وقبولها لتنعقد بهد ذلك الخصومة[6].

لسنة 2016،والمادة 26 من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008،إضافة إلى بعض اللوائح الأخرى التي اعتمدت هذا المبدأ مثل لائحة اليونسترال 76، المادة 03.

1- يرجع إلى الفصل 10/327 من المسطرة المغربية رقم 08/05 للتحكيم والوساطة لسنة 2007، والمادة 26 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000

2- يرجع للمادة 1018 ق إ م إ ج.

3- المادة 1015 ق إ م إ ج.

4- المادة 1043 ق ا م ا ج

5- بلباقي بومدين، مرجع سابق، ص 424، 425.

6- يرجع لعبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 458. يرجع كذلك محمود مختار البريري، مرجع سابق، ص 108، 109. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 621.

ثانيا- البيانات اللازمة في طلب التحكيم

يتعين على الطرف الذي شرع في إجراءات التحكيم بتقديم الطلب أن يضمنه مجموعة من البيانات عادة ما يكون الأطراف قد اتفقوا على ذكرها، تختلف باختلاف أطراف النزاع وموضوعه.

أما البيانات الشخصية لأطراف الخصومة، فإنه يشترط في الطلب أن يظم أسماءهم الكاملة وعناوينهم وممثليهم القانونيين إن وجدوا وطبيعتهم إن كانوا أشخاصا طبيعية أو اعتبارية، وكلما يخص الأهلية، في حين تخص البيانات الأخرى موضوع النزاع بشرح وقائع الدعوى وتحديد المسائل المختلف عليها بين الأطراف وموضوع النزاع بدقة ليختتم بالطلبات، شأنه في ذلك عريضة افتتاح الدعوى في الخصومة القضائية، وإن كانت أغلب التشريعات لم تشترط شكلا معينا للطلب أو طريقة خاصة[1].

ويوجه الطلب إلى المدعى عليه أو المدعى عليهم وإلى هيئة التحكيم، وتختلف طريقة الإخطار بين التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر، أما الأول فإن المركز أو الهيئة هي من تتكفل بذلك، بينما يتفق الأطراف في التحكيم الحر على الطريقة الأنسب لهم للتبليغ والتسليم.

ويستحسن أن يرفق طلب التحكيم بجميع المستندات والوثائق التي تدعم ملف الموضوع المرفق التي من شأنها تأكيد وإثبات ما جاء في طلب التحكيم.

وعلى المدعي أن يقدم العريضة المكتوبة في الوقت المتفق عليه وإلا أصدرت محكمة التحكيم حكما بانتهاء إجراءات التحكيم، فإن لم يقدمها في الوقت المتفق عليه يكون ملزما بالتبرير وتقديم العذر المقبول، إلا أن أمر انهاء الإجراءات ليست من النظام العام إذ يمكن للأطراف الاتفاق على جزاء آخر غيره[2].

1- فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 249. فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 423.

2- فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 328.

والمشرع الجزائري على غرار أغلب التشريعات لم يورد البيانات الواجب ذكرها في الطلب، مكتفيا بما اتفق عليه الأطراف[1]، إلا أن بعض التشريعات أوردت تفصيلا للمسألة[2].

ثالثا- مذكرة الرد على طلب التحكيم

من حق المدعى عليه تقديم أوجه دفاعه في مذكرة يقدمها في الميعاد المحدد لذلك، وتقابل هذه المذكرة طلب التحكيم وتشمل هي الأخرى جميع البيانات الخاصة بالأطراف، بالإضافة إلى عرض لموضوع النزاع وموجز الوقائع، حسب وجهة نظر المدعى عليه ثم طلباته، كل ذلك خلال الأجل الممنوح له، والذي يشترط فيه أن يكون معقولا وكافيا مراعاة لحجم النزاع وحجم ما قدمه المدعي من وثائق وما آثاره من وقائع.

وتجسيدا للمبادئ الخاصة بالمساواة بين الخصوم وكذا احترام حق الدفاع والوجاهية، فإن المدعى عليه يمكنه هو الآخر أن يرفع مع مذكرة الرد ما يعينه من وثائق ومستندات تعزز موقفه وتدحض ادعاءات الخصم،إلا أن تأخر المدعى عليه في تقديم مذكرته وتقاعسه، يمنح محكمة التحكيم الحق في مواصلة نظر الدعوى، دون أن تفسر ذلك إقرار منه بحق المدعي، وتسليما بطلباته، كما لمحكمة التحكيم أن تمنح للمدعى عليه أجلا إضافيا لتدارك الأمر وتقديم مذكرة دفاعه إذا اقتنعت بالأسباب التي قدمها والأعذار[3].

1- المادة 1043 ق إ م ا ج.

2- المادة 30 قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، و المادة 30 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لعام 1993، والمادة 30 من قانون التحكيم السعودي رقم34 لسنة 2012، والمادة 23من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017، والفصل 31 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1997، الفصل 14/327 من المسطرة المغربية رقم 08/05 للتحكيم والوساطة لسنة 2007، والمادة 25 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016،والمادة 27 من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، والمادة 29 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، والمادة 36 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة 2000 المعدل في 2004إضافة إلى بعض اللوائح الأخرى التي اعتمدت هذا المبدأ مثل لائحة اليونسترال 76، المادة 03.

3- جارد محمد، الدعوى التحكيمية، مرجع سابق، ص 36. بلباقي بومدين، مرجع سابق، ص 427.

رابعا- الجلسة الأولى أو التمهيدية

تعد هذه الجلسة بمثابة حلقة تعارف وتعريف، يقدم المحكمون أنفسهم للأطراف ويوضحون لهم كيفية سير الإجراءات، ويتفقون على المواعيد والآجال، كما تستمع الهيئة للأطراف في عرض لآرائهم وطرح أسئلتهم حول كيفية سير الخصومة.

ومن أهم المواضيع التي يتم طرحها في الجلسة الأولى ومحاولة الاتفاق عليها، لغة التحكيم، ومكانه ومواعيد الجلسات، وطرق التبليغ والقانون الواجب التطبيق على الإجراءات، تحديد المسائل التي تتحاج لخبرة فينة وكل ذلك يصب في محضر يوقع عليه الأطراف والمحكمين[1].

الفرع الثاني

نطاق الخصومة التحكمية

تكملة للإجراءات تحريك خصومة التحكيم يجب التعرض بالتوضيح لباقي معالم الدعوى التحكمية، بداية من أطرافها أو ما يعرف بالنطاق الشخصي (أولا) ثم الطلبات والدفوع التي يقدمها المتخاصمون أو مايعرف بالنطاق الموضوعي (ثانيا).

أولا- النطاق الشخصي للخصومة التحكمية

يقصد بالنطاق الشخصي لخصومة التحكيم، تحديد الأشخاص الذين لهم علاقة بها، وهم عادة أطرافها ومن يمتد إليهم أثر الاتفاق من الخلف ومن الغير.

أما المدعي في خصومه التحكيم فهو طالب التحكيم أو المحكم، أما المدعى عليه فهو المتحكم ضده، ويحدد أطراف خصومة التحكيم وفق الاتفاق المبرم بينهما فخصومة التحكيم هي خصومة خاصة، تنشأ عن اتفاق التحكيم، فلا يجوز أن يكون طرفا فيها سوى من يلزمهم هذا الاتفاق، وهم أطراف عقد التحكيم أو من يمتد إليهم أثره، ولا يتصور أن يكون طرفا في خصومة التحكيم أشخاص لا يرتبط بهم اتفاق التحكيم.

1- جارد محمد، الدعوى التحكيمية، مرجع سابق، ص 37. فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 422.

ويشترط في الخصوم تمتعهم بأهلية التقاضي سواء كانوا أشخاص طبيعية أو اعتبارية أو ممثلين أو موكول عنهم[1].

1- تعدد أطراف الخصومة التحكمية: عادة ما تنشأ أي الخصومة بين طرفين (كأصل عام)، والخصومة التحكمية ليست بمنأى عن ذلك، إلا أن الواقع العملي قد يفرض أحيانا تضارب أو تشابك مصالح أكثر من طرفين مما يؤدي إلى وقوفهم خصوما لبعضهم في الوقت نفسه، فتصبح الخصومة التحكيمية متعددة الأطراف.

وقد يحدث هذا التعدد منذ البداية فترفع الدعوى التحكمية من شخصين أو أكثر، أو ضد شخصين أو أكثر، كما أن هذا التعدد قد يكون اختيار من البداية بحسب ما تم الاتفاق عليه، أو إجباريا بحسب ما يتطلبه النزاع والأطراف الفاعلة فيه.

وقد يكون بعد انطلاق الخصومة التحكمية، ويأخذ في ذلك عدة أشكال أما تدخلا في الخصام أو إدخالا، أو ضما[2].

أ- التدخل في خصومة التحكيم: يعرف التدخل في الخصومة بأنه نوع من الطلبات العارضة يتسع به نطاق الخصومة من حيث أشخاصها بدخول شخص ثالث فيها من تلقاء نفسه، أو بتكليف شخص ثالث من الغير بالدخول فيها ،وهو ما يسمى باختصام الغير[3]

ويكون التدخل إما انضماميا أو اختصاميا.

أما الإنضمامي هو أن يتدخل هذا الغير ليعزز موقف أحد الطرفين المتخاصمين، أي يأكد ما جاء في ادعاءاته دون أن يقدم طلبات تخصه، أما الاختصامي، فيتدخل فيه الطرف الراغب فيه من أجل المطالبة بحق لنفسه، فلا يوجه أي طرف ولا يدعم أي ادعاءات،

1- يرجع لمزيد من التفصيل إلى المطلب الخاص بأهلية أطراف اتفاق التحكيم.

2- أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص 255.

3- نبيل صقر ، مرجع سابق ص225

وإنما يقدم أدلة تعزز موقفه ولمصلحته هو، فيصبح طرفا أصليا في الدعوى ويصبح كل من المدعى والمدعى عليه،مدعى عليهما بالنسبة إليه[1].

أما الإدخال فهو تكليف لشخص من الغير خارج عن الخصومة، بالدخول فيها، ومن ثم يصبح خصما، أو ماثلا على الأقل، بناء على طلب أحد الخصوم الأصليين أو بناء على أمر يصدر من تلقاء نفس المحكمة دون طلب من أحد الخصوم[2].

يقوم أحد الأطراف عادة بالإدخال ليؤكد مزاعمه أو يعزز موقفه، غير أن الإدخال في التحكيم التجاري يجب أن يتم بموافقة الخصم والغير المراد إدخاله، لكن إذا تم إدخاله من طرف الخصوم ولم يدفع بعدم نفاذ الدعوى التحكيمية في مواجهته وبقي مستمرا في الإجراءات، فإن ذلك يعد موافقة ضمنية منه، أما هيئة التحكيم رغم تمتعها بالسلطة التقديرية في قبول إدخال الغير أو لا، إلا أن سلطتها محدودة فيه، إذ لا يجوز لها ذلك، وإن كان المراد إدخاله يساعد في الوصول إلى الحقيقة، ما لم يكن ممن تنصرف إليه آثار العقد[3]، ويحتفظ الأطراف الأصلية في خصومة التحكيم بحق الاعتراض على ذلك.

ويعتبر إدخال ضامن المدعى عليه الذي يكون أجنبيا عن اتفاق التحكيم المبرم بين المدعى والمدعى عليه، أبرز مثال عن إدخال الغير، الذي لم يكن طرفا في اتفاق التحكيم، ويثير إدخال الغير في خصومة تحكيم مشكلة تتعلق باختيار المحكمين، لأن ذلك سيخل بمبدأ المساواة بين الأطراف بعدم تمكن المدخلين في الخصام من اختيار المحكم، لذا يفضل أن يتم الإدخال قبل تشكيل محكمة التحكيم تفاديا لتعطيل الإجراءات[4].

1- علاء النجار حسانين، التدخل والإدخال في خصومة التحكيم في ضوء أراء الفقه وأحكام القضاء وأثره على مبدأ السرية، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، مصر 2020.، ص 10.

2- علاء النجار حسانين، نفس المرجع، ص 08.

3- ماهر أبو العينين، عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 960.

4- صفاء تقي عبد النور العيساوي، التحكيم متعدد الأطراف كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية،مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية ، المجلد 15، العدد 01 مارس 2008ص 19

وعن جواز التدخل والإدخال في التحكيم التجاري فقد اختلف الفقه بين منكر ومؤيد، أما المنكرون لهذا الرأي فيدعمون موقفهم بعدم نص أغلب التشريعات واللوائح على التدخل أو الإدخال في مجال التحكيم، أما المؤيدون لفكرة التدخل في مجال التحكيم فيؤسسون قناعتهم أن فكرة التدخل أو الإدخال هي من الإجراءات التي وضعت من أجل اقتصاد الوقت وتفادي تعدد الخصومات في الموضوع الواحد، وهو ما يتوافق تماما مع طبيعة التحكيم، إضافة إلى قيام التحكيم على قانون الإرادة يجعل من رفض إعمال ما اتفق عليه الأطراف على تطبيق قانون إجرائي ما على الخصومة التحكيمية، فكيف نستثني منه الإدخال والتدخل[1]

وعليه فإن التدخل و الإدخال في خصومة التحكيم يبقى ممكنا، لكن بإعمال وتوفر جملة من الشروط:

- توافر المصلحة في المتدخل، ويكون بإثبات الضرر الذي سيلحقه في حالة الحكم
- ارتباط طلب التدخل أو الإدخال بموضوع الخصومة.
- قيام الخصومة التحكيمية، فلا يمكن التدخل أو الإدخال بعد الفصل فيها.
- قبول المدخل في الخصام، وتقديما طلب التدخل من الغير، وقبول هيئة التحكيم لتدخل أو إدخال هذا الغير[2].

وإن كان موقف الفقه متباين بين مؤيد ومعارض، فإن الأمر لا يختلف في التشريع المقارن، إذ لم تتطرق لها أغلب التشريعات، لاعتبارها من صميم المسائل الإجرائية التي ينظمها اتفاق التحكيم في الجانب الإجرائي والقانون الإجرائي الواجب التطبيق، إلا أن بعض القوانين فضلت تنظيمها تفاديا لأي موقف يعيق سير الخصومة التحكيمية[3]، وكذلك الأمر

2- أحمد هندي، التحكيم ،دراسة إجرائية في ضوء قانون التحكيم المصري وقوانين الدول العربية والأجنبية، دار الجامعة للنشر ، الاسكندرية،2013، ص36، وكذلك علاء النجار حسنين، مرجع سابق، ص 12

3- مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال، مرجع سابق ص636

4- منها القانون اللبناني لسنة 1985 في المادة 786، والقانون الهولندي في المادة 1045 لمزيد من التفاصيل يرجع لصفاء تقي عبد النور العيساوي ،مرجع سابق ص21.

للوائح والهيئات فإنها هي الأخرى لم تنص على تنظيم هذه المسألة ،إلا عدد قليل منها[1]، والمشرع الجزائري صمت هو الآخر ولم يتطرق لمسألة التدخل والإدخال.

ب- ضم الخصومة التحكيمية: يحدث أحيانا أن تتعدد التحكيمات، عندما تختص أكثر من هيئة تحكيم بنظر النزاع الناشئ بين الأطراف، إما أمام هيئتين تحكيميتين مختلفتين(مركزين أو مؤسستين)، أو داخل المؤسسة ذاتها[2]، مما قد يؤدي إلى تعارض الأحكام الصادرة الفاصلة في الموضوع ، وبالتالي صعوبة تنفيذها، لذا يعد اللجوء إلى ضم الخصومات التحكيمية، لطرحها أمام هيئة واحدة حلا لتفادي هذا التشتت[3]، ولا يختلف من حيث المبدأ والهدف عن الضم في القضاء العادي كون هذا الإجراء نظم أساسا لتوفير الوقت والجهد، ولتفادي صدور الأحكام المتضاربة.

أما الفقه فإنه اتفق عموما على أهمية الضم في مجال التحكيم، لتناسبه مع طبيعته المرنة والسريعة، وإن كان الاختلاف حول سلطة الآمرة بالضم، بين من لا يرى فرقا في اسنادها لمحكمة التحكيم أو محكمة القضاء،و بين من يحبذ محكمة التحكيم تضيقا لمجال تدخل قضاء الدولة في التحكيم التجاري[4].

2- مثل قواعد محكمة لندن (المادة 22) ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي المادة 17 وكذا قواعد اليونسترال المادة 17

2 -E.Gaillard:L'affaire sofidif ou les difficultés de l'arbitrage multiparties, Rev,arb ,1987,p276

تتلخص وقائع قضيةSOFIDIF في اتفاق بين الحكومتين الإيرانية والفرنسية سنة 1976 على توقيع بروتوكول تعاون في مجال الاستخدام السلمي للطاقة النووية،يظم سبعة أطراف أبرمت فيما بينها ستة عقود، تضمن بعضها شرط التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس،التي لجا إليها بعض الأطراف إثر قيام الحكومة الإيرانية بفسخ العقود من جانب واحد مما كبدهم أضرارا جسيمة، بينما اتجه فريق أخر لغرفة التجارة الدولية بجنيف حسب شرط التحكيم المدرج في عقودهم، فقضت غرفة التجارة الدولية بباريس باختصاصها ، وإلزام الجانب الإيراني بالتعويض، الذي طعن أمام محكمة استئناف باريس التي ألغت حكم التحكيم لعدم اختصاص غرفة التجارة الدولية بباريس بالنظر في كل العقود،مما دفع الشركات الفرنسية إلى الطعن بالنقض الذي قضي فيه بإلغاء حكم محكمة استئناف باريس وإحالة القضية على محكمة فرساي التي قضت في حكمها الصادر في 1990 بإلغاء حكم التحكيم لعدم اختصاص محكمة التحكيم بالنظر في كل العقود ،وعدم تخويلها سلطة الحكم بحكم موحد دون إرادة الإطراف، المرجع السابق

3 - صفاء تقي عبد النور العيساوي، مرجع سابق ، ص 20

4- عاطف محمد الفقي، مرجع سابق،ص 183.

إذ يمكن لأحد الأطراف تقديم طلب الضم للمحكمة المختصة من أجل استصدار أمر بضم الخصومات التحكيمية في حالة رفض الخصم ذلك، وقد يمس الضم خصومتين تحكيميتين أو أكثر، يطلب ضمها لبعضها حتى يصدر فيها حكم واحد، أو أن يخص الضم عدة جلسات للتحكيم في دعاوى مختلطة وفي كلتا الصورتين لا بد من توافر مجموع من الشروط أهمها:

- وجود ارتباط بين الخصومات المراد ضمها (وحدة الموضع والأطراف والطلبات ...الخ).
- عدم إلحاق الضرر بالأطراف نتيجة الضم.
- تحقيق الضم لمصلحة العدالة من حيث حسب سيرها وعدم تعارض أحكام التحكيم[1].

أما الخلاف الآخر الذي أثاره مجموعة من الفقهاء فيخص إمكانية الضم مباشرة بمجرد توافر الشروط السالفة الذكر، ودون الرجوع إلى إرادة الأطراف من جهة، أو ضرورة اشتراط موافقة الأطراف، وجعله اختياريا مما يتناسب مع طبيعة التحكيم القائمة على سلطان الإرادة من جهة أخرى، واتجه أغلب الفقه إلى اعتماد فكرة اختيار الضم على أن يكون إجباريا أو تلقائيا أو بقوة القانون لما يتماشى مع خصوصية التحكيم وطبيعته[2].

ويرى فريق آخر أن تأييد فكرة ضم التحكيمات يجب أن لا يكون مطلقا، تفاديا لاستغلال الأطراف لهذه الأداة قصد التملص من التحكيم أو تعطيل إجراءاته، أما وجه التقييد الذي يراه أنصار هذا الرأي فيكمن في منح سلطة الأمر بضم التحكيمات إلى المحكمة التحكيمية التي تنظر النزاع بناء على موافقة الأطراف جميعا، فإن رفضت طلب الضم، يمكن لأحد الأطراف اللجوء للقضاء الوطني لمعالجة هذا الأمر[3].

1- عاطف محمد الفقي، نفس المرجع، ص 184.

2- محمد نور شحاتة، مرجع سابق، ص 127.

3- جارد محمد، الدعوى التحكيمية، مرجع سابق، ص 66.

وإن كنا نتفق مع هذا الرأي في إقرار إجراء ضم الخصومات التحكيمية لما يوفره من اقتصاد الوقت والجهد وتفادي صدور قرارات تحكمية متناقضة، إلا أننا نرى أن إعماله في أرض الواقع يعد من المسائل النادرة لرفض الأطراف ضم التحكيمات خوفا من تفشي أسرارهم.

لم تشر أغلب التشريعات إلى إجراء الضم في الخصومة التحكيمية، والمشرع الجزائري هو الآخر لم يفرد له نصا خاصا ن وهو بذلك يلحقه بباقي الإجراءات والقانون الذي يطبق عليها، حسبما تمت الإشارة إليه سابقا[1].

ثانيا- النطاق الموضوعي للخصومة التحكيمية

يتحدد النطاق الموضوعي للخصومة التحكيمية بالوسائل المعتمدة لسيرها وهي الطلبات والدفوع التي يتبادلها الخصوم على مدار مراحل هذه الخصومة:

1- الطلبات: يعد الطلب محور الخصومة التحكيمية فيه يتحدد موضوع النزاع، والحق المطالب به[2]، وتنقسم الطلبات إلى أصلية يقدمها رافع الدعوى يجيب عنها المدعى عليه بطلبات مقابلة، في حين يمكن كل من المدعى والمدعى عليه تقديم طلبات لتعديل الطلبات المقدمة سابقا على ضوء مستجدات جرت أثناء سير الخصوم تسمى هذه الأخيرة بالطلبات الإضافية.

أ- **الطلبات الأصلية:** الطلب الأصلي هو الإجراء الذي تفتتح به الخصومة القضائية أو التحكيمية على حد سواء -وكما سبقت الإشارة إليه- يهدف إلى عرض النزاع على الهيئة التحكيمية بغرض الوصول إلى تقرير حماية قانونية لحق قائم، أو المطالبة بحق للمدعى لدى الخصم، يشترط في الطلب الأصلي أن يكون مرتبطا بموضوع النزاع وموضوعيا[3].

---

1 - أما بالنسبة للضم في قانون الاجراءات المدنية كإجراء ، فقد نظمه المشرع الجزائري في المادة 207 .

2- يرجع لإجراءات تحريك خصومة التحكيم.

3- يرجع إلى نبيل صقر، مرجع سابق ، ص 104.

ويرفق الطلب بكل الوثائق التي تدعمه والمستندات التي يحوزها المدعي من أجل إقناع هيئة التحكيم بمطالبه.

ب- الطلبات العارضة: تعرف الطلبات العارضة بأنهاأدوات فنية يتم بواسطتها إدخال تفاعلات على الطلب الأصلي، فيضفي المزيد من المرونة على مبدأ ثبات الطلب القضائي، الطلبات العارضة هي الطلبات التي تعرض أثناء سير الخصومة من المدعى عليه فتسمى طلبات مقابلة لأنها تقابل الطلب الأصلي الذي قدمه المدعي، أو طلبات إضافية يقدمها المدعى أو المدعى عليه بغرض تعديل ما قدمه سابقا[1]

- **الطلبات المقابلة:** إذن الطلبات المقابلة هي ما يقدمه الخصم ردا على الطلبات الأصلية ويشترط فيها أن تكون دقيقة ومحددة ،لا تخرج عن موضوع النزاع وضمن المسائل التي حددها اتفاق التحكيم، إذ لا يمكن للمدعى عليه تقديم طلبات تخص عقدا آخر وإن كان العقد الآخر يجمعه بالمدعي، ويتشابه مع العقد محل الخلاف في المحل.

وعليه لا يكفي لقبول الطلب المقابل أن يترتب على قبوله عدم الحكم للمدعى بطلباته الأصلية (كلها أو بعضها)[2].

2- الطلبات الإضافية: يعد الطلب الإضافي هو التعديل الذي يقدم من المدعى أو المدعى عليه على الطلبات الأصلية والمقابلة في مرحلة لاحقة على تحريك الخصومة.

يقدم الطلب الإضافي عادة بعد ظهور معطيات جديدة أثناء سير الخصومة وأثناء تبادل المقالات والملفات، تدفع أحد الأطراف لتعديل الطلب الأول الذي قدمه (الأصلي أو المقابل).

فالطلبات الإضافية قد تغير الطلب الأصلي أو المقابل لكن هذا التغيير أو التعديل يجب أن يبقى ضمن الإطار العام لاتفاق التحكيم، سواء كان الاتفاق قد حدد الطلبات التي

1- يرجع إلى مالكي روزة ، الطلبات الأصلية والطلبات العارضة، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء2008، و أيضا عمر زودة محاضرات في قانون الإجراءات المدنية ألقيت على الطلبة القضاة الدفعة 14و16.

2- فتحي الوالي، التحكيم في المنازعات الوطنية، مرجع سابق، ص 450.

يستطيع الخصوم تقديمها تفاديا لعنصر المفاجأة ،أو لم تحدد الطلبات، ويرجع الأمر في ذلك لهيئة التحكيم التي تتمتع بسلطة تقديرية في قبول الطلبات الإضافية أو رفضها، مع تعليل وتسبيب الرفض، فيقوم بذلك حق الأطراف في اللجوء للقضاء المختص[1].

وبالرجوع للوائح والتشريعات المقارنة، فإن أغلب اللوائح لم تنص عليها بصفة مباشرة وإنما اكتفت بالإحالة على القواعد العامة المطبقة على الخصومة بشكل عام لتشابه وتطابق الإجراءات[2]، لكن الأمر يختلف كثيرا في التشريعات الوطنية، إذ نجد بعض القوانين أجازت تقديم الطلبات الإضافية[3]، بينما احالت النصوص في قوانين أخرى للقواعد العامة المتعلقة بالطلبات الأصلية والعارضة[4]، وهو تقريبا نفس النهج الذي اعتمده المشرع الجزائري،غير أن هذا الأخير لم يتضمن إحالة صريحة وإنما إحالة عامة بتطبيق المبادئ الأساسية المقررة في الخصومة القضائية[5].

ثانيا- الدفوع في خصومة التحكيم

إن الدفوع في مجال الخصومة هي الوسيلة التي يعتمدها الخصم من أجل تفادي الحكم عليه بالطلبات والادعاءات المقدمة من قبل الطرف الآخر، وقد كنا تطرقنا لتعريف الدفوع بمناسبة الحديث حول الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم.

أما الدفوع التي نناقشها هنا فهي بالإضافة إلى تلك الخاصة باتفاق التحكيم، كل دفع يوجه إلى الحق موضوع الدعوى (دفوع موضوعية) أو إلى إجراء أو إجراءات من الخصومة التحكيم (دفوع شكلية) أو إلى شرط من شروط قيام الدعوى ووسائلها (دفعا بعدم

1- يرجع في ذلك: محمد ماهر أبو العينين، عاطف محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص980.

2 – ومن ذلك نذكر عل سبيل المثال: اتفاقية واشنطن لسنة1965 التي أجازت صراحة تقديم الطلبات الإضافية والعادية(المادة 64)، بينما أوردت لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس استثناء حول إمكانية تقديم الطلبات الإضافية والمعارضة فقط قبل توقيع وثيقة المهمة(المادة6/4).

3- المادة 32 من القانون المصري 27 لسنة 1994.

4- المادة 02/1464 ق. إ. م. فرنسي التي تحيل على المادة 04 من نفس القانون.

5- المادة 1015 ق. إ. م. جزائري:" تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

القبول) ، وبصفة عامة فإن مسألة الدفوع شأنها شأن الطلبات تخضع للقواعد العامة في الإجراءات ويشترط فيها:

- تعلق الدفع بموضوع الدعوى أو أحد إجراءاتها وتأثيره في صحة الفصل في الخصومة.
- توافر شروط رفع الدعوى كالصفة، والتي تعتبر من الدفوع المتعلقة بالنظام العام، والتي يمكن للهيئة التحكيمية إثارتها من تفاء نفسها[1].

لكنها تختلف عن الدفوع في الدعوى القضائية من حيث مرونة اللجوء إليه وتخليصها من بعض القيود كعدم اشتراط الترتيب والبدء بالدفوع الشكلية تحت طائلة البطلان.

أ- **الدفوع الموضوعية:** توجه الدفوع الموضوعية إلى موضوع الدعوى التحكيمية، فتستهدف الحكم برفضها كليا أو جزئيا، فهي جواب الخصوم على بعضهم، إذ يمكن أن من تقدم المدعى عليه ردا على طلبات المدعى الأصلية أو العارضة، كما يمكن أن تقدم من المدعى ذاته ردا على طلبات المدعى عليه المقابلة[2].

والدفوع الموضوعية أيضا تخضع لمجوعة من القواعد سواء كانت مقدمة أمام القضاء الوطني أو أمام هيئة تحكيمية أهمها:

- عدم ارتباطها بترتيب معين أي لا يشترط تقديم دفع عن آخر ولا يتأثر بها أبدا، كما لا يسقط الحق في تقديمها بسبب الرتيب.
- تعتبر الحكم الفاصل في الدفوع الموضوعية حكما فاصلا في الموضوع حائزا لقوة الشيء المقضي فيه.

1- مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 645.

2- بلباقي بومدين، مرجع سابق، ص 435.

- يستنفذ الحكم الصادر في الدفوع الموضوعية سلطة هيئة التحكيم، فإذا ألغي هذا الحكم فيما بعد بسب بطلانه، فإن الهيئة التي أصدرته لا يمكنها إعادة النظر في النزاع[1].

ب- الدفوع الشكلية: توجه الدفوع الشكلية إلى الجانب الإجرائي للخصومة بوجود عيب في الإجراءات، مما يؤدي إلى عدم إكمال الخصومة قبل النظر في الموضوع، ومن المعروف أن الدفوع الشكلية تبدى قبل الدفوع الموضوعية، وبعدم القبول إلا أن هذه القاعدة لا تطبق على الخصومة التحكيمية التي لا تستلزم هذا الترتيب، فهاته القيود لا تتلاءم والطبيعة المرنة لإجراءات التحكيم، ولا يستقيم العمل معها في ظل تقديم سلطان الإرادة، وعليه فإن إثارة أي دفع موضوعي لا يمنع إثارة دفع شكلي من بعده، إلا في بعض الحالات المستثناة بنص قانوني،مثلما ذهب إليه المشرع الجزائري في ضرورة تقديم الدفع بعدم الاختصاص قبل الدفوع الأخرى تحت طائلة السقوط ،إلا إذا قدرت هيئة التحكيم قبول سبب التأخير[2].

إضافة إلى ذلك فإن الدفوع الشكلية تخضع لقواعد أخرى غير التي ذكرناها، تجعلها تتميز عن الدفوع الشكلية في الخصومة القضائية منها:

- أن الدفوع الشكلية تبدى دفعة واحدة، في الميعاد المتفق عليه من أجل دفع مذكرة الرد من المدعى عليه في الخصومة التحكيمية.

- إن هيئة التحكيم إذا قضت برفض الدفع الشكلي على وجه منفصل قبل النظر في الموضوع، فإن هذا الحكم لا يكون قابلا للطعن إلا عن طريق رفع دعوى البطلان ضده.

وأهم الدفوع الشكلية التي يمكن إثارتها أمام هيئة التحكيم نجد الدفع بعدم الاختصاص،و الدفع بالبطلان، وعدم الشمول وغيرها[3].

1- محمد حسني حسانين عتيق، الدفوع في التحكيم، أطروحة دكتوراه، كليه الحقوق عين شمس ، مصر ، 2019،بلباقي بومدين، مرجع سابق89، ص 232، فتحي إسماعيل الوالي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ص 489.

2- يرجع للمادة 1044 ق. إ. م. إ .ج وكذلك الدفع بعدم الاختصاص كأثر من آثار اتفاق التحكيم المشار إليه آنفا.

3- يرجع إليها كلها في آثار اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به.

ج- الدفع بعدم القبول: لطالما كان الدفع بعدم القبول من المسائل التي اختلف في تصنيفها بين الدفع الشكلي أو أول ما يثار في الدفوع الموضوعية، لتعلقه بشروط قبول الدعوى من صفة ومصلحة، وهي من المسائل الموضوعية التي يمكن للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه لتعلقها بالنظام العام، وكذلك الأهلية وتقادم الحق الموضوعي، وإن كان المشرع الجزائري قد أفرد لها فصلا مستقلا عن الفصل المتعلق بالدفوع الموضوعية، وعن الفصل المتعلق بالدفوع الشكلية، وفي ذلك دلالة على أن الدفع بعدم القبول، مستقل يمكن أن يكون دفعا بعدم القبول شكليا أو موضوعيا بحسب طبيعة المسألة المراد استبعادها أو إنكارها، وبالتالي الوصول إلى عدم قبول الدعوى[1].

وعليه فالدفع بعدم قبول هو الدفع الذي لا يوجه إلى موضوع الدعوى للإجراءات وإنما يوجه إلى الحق في الدعوى.

تتفق الدفوع الشكلية مع الدفع بعدم القبول في أنه لا يستهدف إصدار حكم برفض طلب المدعى، وهي بذلك تختلف عن الدفع الموضوعي، وإنما تفادي التعرض لموضوع الطلب، لأن الغرض منها هو التوصل إلى عدم صحة الإجراء دون مناقشة الموضوع[2].

يخضع الدفع بعدم القبول إلى جملة من القواعد أهمها أنه يجوز إبداؤه في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، فلا يسقط بالكلام في الموضوع، ولا يحوز الحكم فيه حجية الأمر المقضي فيه، وإن الحكم الصادر فيه لا يستنفذ سلطة مصدره بالنسبة لموضوع الدعوى، كما ذهب جانب من الفقه إلى ضرورة الفصل فيه مستقلا عن الدفوع الأخرى وعن الموضوع نظرا لأهميته[3].

1- يرجع للمادة 67 ق إ م إ ج.

2- بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 97. سامي بلعابد، انعقاد الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري مجلة الحوار الفكري مجلد 12،العدد 14، ديسمبر 2017،ص 145.

3- سامي بلعابد، مرجع ساق، ص 146.

وبالرجوع للمشرع الجزائري فإنه لم يخص هذا الدفع بنص خاص مثلما فعل بالدفع بعدم الاختصاص[1]، وإن كانت الإحالة شاملة للإجراءات المنصوص عليها في اتفاقية التحكيم (أي يتم النص على كل الإجراءات في اتفاق التحكيم بما فيها تقديم الطلبات والدفوع) أو إخضاع هذه الإجراءات للقانون الإجرائي الذي يحدده الأطراف، وبالتالي تطبق القواعد العامة المتعلقة بالدفوع والخاصة بالدفوع في دعوى التحكيم إن وجدت[2].

المطلب الثاني

مراحل سير الخصومة التحكيمية وقواعد الاثبات فيها

تناولنا في المطلب السابق طلب التحكيم كأول خطوة في الخصومة التحكيمية كما تعرضنا لنطاق الخصومة الشخصي والموضوعي من الأطراف إلى الطلبات والدفوع المقدمة، لنواصل دراسة هذه الإجراءات حسب الترتيب الذي تسير وفقه بداية من الجلسات والقواعد التي تحكمها (الفرع الأول) ثم إجراءات التحقيق (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نظام الجلسات في الدعوى التحكيمية

تختلف الجلسات في الخصومة التحكيمية عن الخصومة القضائية من حيث أن الثانية تخضع لقواعد محددة في قوانين الإجراءات المدنية، بينما تخضع الأولى بصفة أساسية لإرادة الأطراف حسب ما سبق التطرق إليه في القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، وكذا السلطة المخولة للهيئة التحكيمية من أجل إدارة الخصومة، وإن كنا في هذا الفرع سنركز على أهم القواعد التي تضمن السير الحسن للخصومة.

أولا- قواعد الحضور والغياب في الجلسات التحكيمية

1- المادة 1044 ق. م. إ. ج.

2- المادة 1043 ق. إ. م. د

بعد الإعلان عن انعقاد الخصومة التحكيمية إثر تقديم طلب التحكيم تشرع هيئة التحكيم في مهمتها بداية بدعوة الأطراف، وتعتبر دعوة الأطراف لحضور جلسة التحكيم مسألة إجرائية تخضع كغيرها من الإجراءات لاختيار الأطراف أو هيئة التحكيم أو القانون الواجب التطبيق، تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة الذي أشرنا إليه في أكثر من موضع بخصوص الإجراءات الواجبة التطبيق على اتفاق التحكيم.

وعليه لا يشترط حضور الأطراف ولا ممثليهم جلسات التحكيم، فيمكن لهيئة التحكيم الفصل في النزاع المعروض عليها مكتفية بما وصل إليها أو قدم لها من وثائق ومستندات تحوي من الأدلة ما يمكن الهيئة من تكوين رأيها وقناعتها، شريطة أن تكون راعت المبادئ الأساسية للتقاضي، وعدم الإخلال بحقوق الدفاع ومبدأ المواجهة[1].

1- حضور الأطراف جلسة التحكيم: إن حضور الأطراف – كما سبقت الإشارة – ليس ضروريا إذا توصلت هيئة التحكيم بكل ما يلزمها لتصدر حكمها، لكن هذه الأخيرة قد ترى غير ذلك، إذا لم تقتنع أو تستكفي بما قدم لها من وثائق ومستندات تدعم ادعاء الأطراف، وفي هذه الحالة تكون هيئة التحكيم ملزمة بإخطارهم بضرورة الحضور أمامها، وإعلامهم بمواعيد الجلسات والاجتماعات التي تقرر عقدها قبل التاريخ المحدد لها بوقت كاف، حتى يتمكن المبلغ لهم من تحضير دفوعهم وأسانيدهم، وفي حالة تخلف أحد الأطراف عن القدوم بسبب عدم تبليغه، فإن الجلسة تؤجل لتاريخ لاحق بغرض التبليغ مراعاة لمبدأ تكافؤ الفرص، واحترام حقوق الدفاع والوجاهية، كما أن هذا التبليغ يكون ملزما في هذه الحالة للجلسة الأولى فقط، فإن تأجلت لجلسة لاحقة فإنه لا يشترط إعادة تبليغ الأطراف بذلك لسبق علمهم بها[2].

1- عاشور مبروك، مرجع سابق، ص 213. (وإن كان حضورهم أجدى وأفيد للقضية كونهم الأدرى والأعلم بكل الجزئيات والجوانب التي تساعد هيئة التحكيم في اتخاذ قرار سليم).

2- عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 493، 494. مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 662.

أما تمثيل الأطراف فيكون إما بواسطة محامين أو غيرهم ممن يرى فيهم الأطراف صلاحية إنابتهم[1]، إذ يكفي التعيين الصحيح للوكيل أو الممثل القانوني للأطراف مهما كانت مهنته، قانونيا كان أو غير ذلك من أصحاب المهن والخبرات، من المهندسين أو الصيادلة لما قد يروا فيهم من خصائص وميزات تساعدهم على التقدير الأفضل للمعطيات[2].

2- غياب الأطراف كلهم أو بعضهم عن جلسات التحكيم: شأن الخصومة التحكيمية في ذلك شأن الخصومة القضائية من حيث حضور وتخلف الأطراف، رغم التبليغ الصحيح، إذ قد يحدث أن يتغيب المدعي أو يتغيب المدعى عليه، أويتغيب كلاهما، فهل سيأثر ذلك على مآل الدعوى التحكيمية؟ اختلف الفقه في مصير هذه الدعوى بحسب الطرف المتغيب وحسب الحالات.

- **الحالة الأولى افتراض تغيب المدعى رافع الدعوى التحكيمية:** يقصد به غياب طالب التحكيم أو ممثله بعد تقديم طلب التحكيم، إلى غاية صدور الحكم بما في ذلك المرافعة الشفوية، ولم يجد الفقه ولا التشريعات حرجا في استكمال إجراءات الخصومة التحكيمية في هذه الحالة، على أساس أن طالب التحكيم يكون قد أودع طلبه كل ما في جعبته[3].

1- وهو عكس قضاء الدولة في هذه النقطة حيث يشترط تمثيل الأطراف بمحام، وفي ذات السياق نستشهد بالحكم التالي: **إن القواعد الخاصة بتمثيل الأطراف أمام التحكيم لا تتعلق بالنظام العام، ولهذا لا يوجد ما يمنع الأطراف من تمثيل أنفسهم أمام هيئة التحكيم أو توكيل من يمثلهم من غير المحامين.**

إن القواعد الخاصة بتمثيل الأطراف أمام التحكيم لا تتعلق بالنظام العام... إن قانون التحكيم الحالي والصادر عام 1994- لم يرد به أو بشأنه أي قيد على حرية الأطراف في تمثيل أنفسهم أمام هيئات التحكيم أو في توكيل من يمثلهم أمامها ولو كانوا من غير المحامين، أو من المحامين الأجانب الذين يعدون في نظر قانون المحاماة من غير المحامين، **محكمة النقض المصرية- الطعن رقم /18309/ اقتصادي لسنة 89 قضائية – صدر بتاريخ 2020/10/27.(/http://www.aifica.com/2020/12/19/3302**.

2- و إن كنا نرى أن التمثيل بمحام وخبير قانوني أدعى لضمان سلامة الإجراءات والسير الحسن للخصومة، فإن كان ذلك بموجب الميول بسبب التخصص إلا أنه أيضا من باب التجربة العملية، لأن المحامي في مجال القضاء يمثل كل فئات المجتمع مهما كان طبيعة النزاع، وإن كان لا يفقه فيه شيء فإنه يضمن متابعة الإجراءات من جهة، وبخوض بالدراسة في الموضوع من جهة أخرى.

3- عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 498.

لكن الأمر يختلف إذا عبر المدعي عن رغبته في عدم مواصلة إجراءات التحكيم، فإن ذلك يعد تركا الخصومة [1]، وهو في هذه الحالة لا يستطيع إعادة طرح النزاع نفسه على ذات الهيئة لكن يمكنه الطعن في حكمها أمام القضاء، إذا تم استكمال الإجراءات من دونه رغم تقديمه طلب ترك الخصومة.

- **الحالة الثانية افتراض تغيب المدعى عليه في التحكيم:** ونقصد بها انعقاد خصومة التحكيم سليمة بناء على تقديم طلب التحكيم، وتشكيل هيئة التحكيم وتبليغ المدعى عليه تبليغا صحيحا، فيمتنع عن المشاركة في إجراءات الخصومة، فلا يقدم ردا على طلب التحكيم ولا يحضر الجلسات، وفي هذه الحالة نكون أيضا أمام فرضين أولهما أن عدم الحضور وعدم الرد عمدي مغزاه التهرب من الالتزامات التي على عاتقه بموجب اتفاق التحكيم، وبالتالي فإن محكمة التحكيم إن تأكدت من هذا الفرض فإنها ستواصل عملها بشكل عادي، وتنظر في الدعوى ولو في غياب المدعى عليه، والفرض الثاني أن غياب المدعى عليه يكون لأسباب خارجة عن لإرادته كعدم توصله بالتبليغ، ووجود ظروف قاهرة أو طارئة كالمرض، فإذا ثبت لها توافر أحد هذه الأسباب فإنها تؤجل نظر الخصومة لجلسة أخرى، حتى لا يكون قرارها معيبا ومخلا بحقوق الدفاع[2]، أما إذا قررت مواصلة السير في الخصومة رغم عدم حضور المدعى عليه، فإن ذلك يجب أنم يتم بصفة حيادية فلا يكون الحكم مسبقا لصالح المدعى بسبب غياب المدعى عليه، وإنما عليها العمل بشكل عادي ودراسة الوثائق والمعطيات بما يتماشى مع وقائع وموضوع الدعوى[3].

- **الحالة الثالثة افتراض غياب كل الأطراف:** قد تتغيب الأطراف عن حضور جلسات التحكيم عمدا أو عن غير عمد بعد ثبوت تبليغهم تبليغا صحصحا، فتجد محكمة التحكيم نفسها أمام حلين، إما التأجيل وإعادة التبليغ إذا كانت الوثائق والمستندات التي تحوزها غير

1- أحد العوارض المنهية للخصومة التي سنتطرق إليها لاحقا.

2- عاشور مبروك، مرجع سابق، ص 231.

3- جارد محمد، الدعوى التحكيمية، مرجع سابق، ص 211.

كافية، وإما السير فيها بما لديها من وثائق إذا كانت كافية لتكوين قناعتها، ولكن في حال لجوئها للحل الأول بإعادة التبليغ والتأجيل، قد تصطدم أيضا بعدم حضور الأطراف، وفي هذه الحالة ستصدر حكما بأنها إجراءات التحكيم، واعتبره البعض حكما برفض طلب التحكيم على الحال لعدم كفاية الوثائق، كنوع من الجزاء ضد الطرف الذي يتخلف عن الحضور، خصوصا وإن تخلفه ذاك، وإن كان لا يعيق هيئة التحكيم في بعض الأحيان عن مواصلة مهمتها، إلا أنه قد يفوت عليه فرصة في كسب الدعوى، كما قد يؤدي للحكم عليه بسبب عدم تقديم دفوعه ووثائقه[1].

أما عن تناول التشريعات الوطنية واللوائح لمسألة حضور وغياب الأطراف عن جلسات التحكيم، فإن أغلب التشريعات لم تفرق في ذلك بين الحالات الثلاث السالفة الذكر، معتمدة على عدم تأثير الغياب على سير خصومة التحكيم[2]، وكذلك الأمر بالنسبة للوائح والهيئات[3]، في حين تبنى المشرع الجزائري موقفين، حيث أشار إلى إلزام الأطراف تقديم دفاعهم ومستنداتهم قبل انقضاء أجل 15 يوم، وإلا فلمحكمة التحكيم الفصل بناء على ما

1- فتحي الوالي، مرجع سابق، ص .337.

3- ومن أمثلة نذكر: المادة 34،35 من القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 الذي كان أكثر وضوحا بتحديد دور هيئة التحكيم على حالة غياب المدعى أو المدعى عليه، وهو النهج الذي سار عليه كل من المشرع المغربي(الفصل 327/14)، و المادة 70 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لعام 1993، والمادة 35 من قانون التحكيم السعودي رقم34 لسنة 2012، والفصل 31 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1997، الفصل 14/327 من المسطرة المغربية رقم 08/05 للتحكيم والوساطة لسنة 2007، والمادة 27 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، والمادة 33/ج من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، والمادة 47 و48 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة 2000 المعدل في 2004، وأيضا المشرع الفرنسي الذي أحال إلى تطبيق المبادئ العامة في الدعوى القضائية إلا أنه أكد أن غياب الخصوم لا يؤثر على سير الدعوى التحكيمية(المادة 2/1464 ق ا فرنسي التي تحيل إلى المواد 1/04،05،06،07،08،09،10،11،و02/12و03، والمواد 13إلى 23 من نفس القانون)

3- من ذلك نذكر: اتفاقية نيويورك لسنة 1958 لم تخرج عن هذا المبدأ(المادة 01/05)، وكذا اتفاقية واشنطن لسنة 1965 (المادة 45)، وكذلك الأمر بالنسبة لقواعد الونسترال لسنة 1976(المادة1/28) والقانون النموذجي لسنة 1985(المادة 25)، وكذلك لائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس (المادة 3/6) وكذا لائحة جمعية المحكمين البحريين بنيويورك(المادة 22).

قدم إليها آنفا[1]، وهو الموقف الذي تناوله المشرع بالنسبة للتحكيم الداخلي،والذي لا يختلف عما جاء في نصوص التشريعات الوطنية واللوائح السابقة، إذ ساوى بين حضورهم وعدمهم إذا كانت الوثائق والمستندات قدمت لهيئة التحكيم، أما فيما يخص التحكيم التجاري الدولي فإن المشرع الجزائري لم يشر لحضور الأطراف أو غيابهم وبالتالي يرجع فيها حسب تقديرنا لما يطبق على الإجراءات بصفة عامة، سواء تلك المتفق عليها في اتفاق التحكيم، وبالاستناد إلى نظام تحكيم معين أو قانون الإجراءات يختاره الأطراف، وتختاره هيئة التحكيم[2]،لأن ترك هذه المسألة دون الإشارة إليها يجعل باب التأويل مفتوحا وبالتالي يصبح الطعن في حكم التحكيم بسبب عدم حضور الطرف ذريعة للطرف المتغيب في حال كان الحكم في غير صالحه، ولهذا فإن المشرع الجزائري أوكل الأطراف وهيئة التحكيم مسألة تنظيم حضور الأطراف وغيابهم،والنص على ذلك ضمن بنود اتفاق التحكيم.

ثانيا- زمان ومكان التحكيم

جلسة التحكيم شأنها شأن جلسة القضاء، أو جلسة الصلح أو غيرها من الطرق البديلة لحل النزاع، عبارة عن لقاء بين الخصوم والهيئة التي ستحاول الفصل في النزاع في مكان وزمان محددين، يختلف الأمر فيما بينهم إلى أن الجلسة أمام قضاء الدولة محددة الأماكن حسب الاختصاص المحلي، ومحددة الزمان وفق رزنامة وجدول سير، لتنظيم مرفق القضاء، بينما جلسات التحكيم تنعقد في المكان الذي يتراضى عليه الأطراف و/ أو هيئة التحكيم في الزمان الذي يتماشى مع انشغالاتهم.

1- مكان التحكيم: يقصد به بالمكان الذي سيصدر فيه حكم التحكيم، والذي تمت فيه أغلب الإجراءات[3]، بعد تحديد مكان التحكيم لا يشترط أن ترتبط به الهيئة والأطراف على وجه الإلزام، لأن هيئة التحكيم تحتاج للتنقل لأكثر من مكان من أجل جمع المعلومات

1- المادة 1022 ق ا م ا ج

2- حسب المادة 1043 ق. إ. م ا ج

3- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 214.

الخاصة بالنزاع والأدلة، إذا ارتأت عدم كفاية ما قدم لها وضرورة الانتقال[1]، عادة ما يتم اختيار المكان بما يتناسب مع عناوين الأطراف (الخصوم وهيئة التحكيم)، وكذا الأشخاص الذين يمكنهم المساهمة في الوصول إلى حل النزاع من خبراء وفنيين، لكن مراعاة الجوانب القانونية يحضى بالأهمية القصوى لاختيار مكان التحكيم، لأننا نضطر أحيانا إلى اختيار مكان ربما يبدو ظاهريا بعيدا عن الأطراف ويضطرون تحمل تكاليف التنقل، وهم في الواقع اختاروا الدولة التي ارتأوا أن قانونها يتناسب واتفاقهم، فاختيار القواعد الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم والأكثر سلامة و ملاءمة لموضوع النزاع من أهم ما يركز عليه الأطراف وهيئة التحكيم عند اختيار مكان التحكيم[2] خصوصا المسائل المتعلقة بالنظام العام، ومن جهة أخرى فإن اختيار مكان التحكيم تنجر عليه عدة متلازمات من بينها المحكمة المختصة التي يلجأ إليها الأطراف إذا اضطروا (الطعن في أحكام التحكيم، وتشكيل محكمة التحكيم وغيرها...)، وإضفاء الصفة الدولية على التحكيم، وإضفاء الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم[3].

وإن كان اختيار مكان التحكيم يعود لإرادة الأطراف أو هيئة التحكيم، فإن لجوؤهم لمؤسسة تحكيمية أو مركز لا يلزمه إجراء التحكيم في مقرها، وإنما تبقى حريتهم في اختيار المكان قائمة، وإن كان في الواقع لا يلجأ الأطراف لمؤسسة تحكيمية إلا وقد اتفقوا مسبقا اختيار مقر المؤسسة مكانا للتحكيم، لما يوفر رمن سهولة وانسجام وتفاديا للتعارض بين الإجراءات الخاصة بالمؤسسة أو المركز وبين قانون دولة مقر التحكيم.

1- لذا اتجه جانب من الفقه إلى فكرة أن مكان التحكيم هي فكرة قانونية أكثر من مادية، وبالتالي العبرة في تحديده يكون حسب المكان الذي تجري فيه أغلب الإجراءات (ألأساسية خاصة). أنظر في ذلك، صابر غلاب، إدارة إجراءات التحكيم، الجوانب القانونية والعملية في قضاء التحكيم، الدعوى التحكيمية، دار الفكر والقانون، مصر، ط 02/ 2017، ص 32. موجود على : www. Library. Kfnl- gov. Sa.

2- عاشور مبروك، مرجع سابق، ص 188. جارد محمد، الدعوى التحكيمية، مرجع سابق، ص 181.

3- يرجع لكل هذه التفاصيل إلى محمود مختار البريري، مرجع سابق، ص 104، عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص

ومن جهة أخرى يمكن لهيئة التحكيم أن تعقد جلساتها في أكثر من مكان إذا دعت الضرورة، وفي هذه الحالة يجب اختيار مكان واحد يصدر حكم التحكيم فيه، على أن تراعي المكان الأنسب للأطراف سواء من حيث تكاليف التنقل والإقامة لمكان التحكيم، فلا تختار الأماكن الباهظة أو الرخيصة جدا التي لا تضمن أدنى شروط العمل من وسائل الاتصال على الأقل،و يراعي فيه علاقة الأطراف بمحل النزاع كمكان تواجد البضاعة والمنشأة محل النزاع، أو يتم اختيار بلد معروف بتعقيدات في مجال منح التأشيرة أو عدم إمكانية أحد الأطراف الدخول إلى البلد الذي تم اختياره، وبالتالي حرمانه من حقه في الدفاع.[1]

أما بالنسبة للقوانين واللوائح فإنها تقريبا أجمعت على حرية الأطراف في اختيار مكان التحكيم، وإن كان بعضها قد نص على ذلك صراحة [2]،إلا أن دولا أخرى لم تشر إلى

---

1 – **إن التحكيم ابتعد تدريجيا عن فكرة التوطين والارتباط بإقليم جغرافي، فالمقر القانوني للتحكيم لا يرتبط بمكان انعقاد الجلسات خاصة مع انعقاد تلك الجلسات بوسائل الاتصال الحديثة.**

أن التحكيم أخذ يتبعد تدريجيا عن فكرة التوطين أي ارتباط التحكيم بشكل وثيق جغرافي بعينه، بعد اتفاقية نيويورك لعام 1958ن وفي ظل العولمة التي طالت مجال المحاماة، بات من الشائع الاعتماد على المحامين الأجانب لتمثيل الأطراف في دعاوى التحكيم التي يكون مقرها القانوني في مصر، دون أن يستلزم ذلك عقد أي من جلسات التحكيم، داخل الإقليم المصري، لعدم ارتباط مفهوم المقر القانوني كفكرة مجردة seat of arbitration بالمكان الفعلي لعقد جليسات التحكيم venue، لا سيما مع ازدياد الإقبال على عقد جلسات التحكيم بواسطة وسائل الاتصال الحديثة virtualhearings...وأن حق المحتكمين في حرية اختيار ممثليهم أو وكلائهم إنما ينبع من قانون التحكيم ذاته، ولا يتوقف على اختيارهم لقواعد تحكيم تنص صراحة على إمكانية تعيينهم لغير المحامين كممثلين عنهم.

محكمة النقض المصرية– الدائرة التجارية– الطعن رقم /18309/ لسنة 89 قضائية– صدر بتاريخ 2020/10/27.

.(/http://www.aifica.com/2021/04/21/3524

2–المادة 28 من القانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، والمادة 28 من قانون التحكيم السعودي رقم34 لسنة 2012، والفصل 31 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1997، والمادة 23 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، والمادة 27 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، والمادة 23من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، وأيضا المشرع الفرنسي الذي أحال إلى تطبيق المبادئ العامة في الدعوى القضائية إلا أنه أكد أن غياب الخصوم لا يؤثر على سير الدعوى التحكيم

ذلك صراحة واكتفت بالقواعد العامة في ذلك مثل فرنسا والجزائر، عكس اللوائح والهيئات فأغلبها نصت على حرية الأطراف في ذلك[1].

2- زمان التحكيم: يقصد بزمان التحكيم الوقت الذي تعقد فيه هيئة التحكيم جلساتها، وهو في الأصل غير مقيد وبالتالي لمحكمة التحكيم عقد جلساتها في الوقت الذي يناسب تشكيلتها والخصوم، وإن كان أيام العطل أو خارج أوقات العمل الرسمية ما لم يتفق الخصوم على خلاف ذلك.

كما أن هيئة التحكيم يمكنها تغيير التوقيت وإن كان متفقا عليه من قبل، إذا جدّ ما يمنع انعقاد الجلسة، ويكون تعيين التوقيت الجديد بنفس الطريقة، وباتفاق الأطراف، ولو كان خارج أجل التحكيم[2].

اتفقت أغلب التشريعات على هذه المسألة[3]، بينما لم يشر المشرع لذلك في مجال التحكيم التجاري الدولي لاعتباره من الإجراءات التي يتفق الأطراف بشأنها طبقا لنص المادة 1043 ق إ م وإن كان أشار إلى ذلك في نص سابق إلى أجل 15 يوم لتقديم مذكرة الدفاع[4]، كما أشار إلى أن التحكيم ينتهي بانتهاء المدة المقررة له، وهي أربعة أشهر[5].

2- منها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 (المادة 5/د)، والاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة1961 (المادة04)، واتفاقية واشنطن (المادة 63)، وكذلك اليونسترال لسنة 1976 (المادة 16)، ونظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس(المادة 14) ونظام التحكيم لمحكمة لندن (المادة1/7).

2- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري، مرجع سابق، ص 220.

3- يرجع للمادة 33 من قانون التحكيم المصري رقم 27لسنة 1994 ،والفصل 20/327 من المسطرة المغربية للتحكيم رقم 08/05 لسنة 2007، والمادة24 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017، والمادة 40 من قانون التحكيم السعودي رقم34 لسنة 2012، والمادة 32 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، والمادة 45 و 51 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة2000 المعدل سنة 2004،والمادة 37من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008 والمادة 1510 ق ا م فرنسي.

4- المادة 1022 ق إ م إ ج.

5- المادة 1024 ق. إ. م. إ ج. وتجدر الإشارة إلى أن هناك فرق بين زمان التحكيم ومدة التحكيم وإن كان المصطلحين يستغرقان في الزمن، إلا أن الأول يخص وقت انعقاد الجلسات والتقاء الأطراف وهيئة التحكيم بينما يعني الثاني الوقت اللازم للفصل في الخصومة التحكيمية من بداية تقديم طلب التحكيم إلى صدور حكم التحكيم.

ثالثا- المرافعة في الخصومة التحكيمية

تعد المرافعة ضمن الإجراءات التسلسلية التي تسير عليها الخصومة التحكيمية وهي المرحلة التي تلي تقديم المقالات والمستندات لهيئة التحكيم، التي تقدم بدورها نسخا للأطراف في الجلسات التي سبقت الإشارة إليها، أو عن طريق إرسالها حسب ما اتفق عليه، وتكتسي المرافعة أهمية نوعية شأنها شأن المرافعة في القضاء العادي، فالغرض منها مواجهة الأطراف لبعضهم كل بادعاءاته ودفوعاته، في محاولة لإقناع هيئة التحكيم بما لديه، ومن جهة أخرى هي فرصة لتدارك بعض الجزئيات التي سُهِي عن تقديمها، أو التركيز على أهم النقاط التي يرى الطرفين أنها تشكل قوة الملف المقدم.

وعليه نناقش في هذا الفرع أهم العناصر المرتبطة بالمرافعة وهي تبادل المستندات والمرافعة الشفوية ولغة المرافعة.

1- تبادل المستندات والمرافعة الشفوية: تعتبر المرافعة الشفوية من الوسائل الدفاعية التي يلجأ إليها الأطراف لإقناع هيئة التحكيم (في الخصومة التحكيمية، والمتقاضين أمام القضاء) بما لديهم أو بما تم تقديمه، ويشترط في المرافعة الناجحة، تركيز المرافع سواء كان أحد الأطراف بنفسه أو من يمثله قانونا، أن يكون ملما بموضوع النزاع – محددا للنقاط التي سيركز عليها مرافعته- حتى يجلب انتباه الهيئة ويقنعها، ويحدد أجل لهذه المرافعة، فلا تأخذ من الزمن وقتا طويلا يؤثر على السير الحسن للخصومة، شرط أن يكون الوقت المحدد لها كافيا لإعدادها والتحضير لها، وكافيا لعرضها بعد إخطار الأطراف مسبقا بزمانها، لتصدر محكمة التحكيم قرارا بإقفال باب المرافعة.

عادة ما تتضمن المرافعة عرضا موجزا عن الوقائع والادعاءات والدفوع التي سبقت الإشارة إليها بإسهاب في طلب التحكيم وفي الوثائق المتداولة بين الأطراف، مع تركيز المرافع على أهم النقاط الدفاعية، وتقديم كل جديد يفيد هذه الدعوى، خصوصا ما طرأ أو

حل بعد تبادل المستندات وقبل وصول الدعوى للمرافعة، فتكون هذه الفرصة لتحيين الطلب حسبما جدّ، وتقديم المستندات الجديدة التي تدعم ذلك.

ولا يشترط في الأطراف المرافعة بنفس الطريقة ولا بنفس التوقيت وإن كانت هيئة المحكمة التحكيمية ملزمة بتوفير الظروف نفسها، مراعاة لمبدأ تكافؤ الفرص ومبدأ الوجاهية، إلا أن الأطراف أحرار في استغلال هذه الفرصة، إذ يمكن أن يكون لأحد الأطراف ما يرافع فيه وما يقدم، في حين يكتفي الطرف الآخر بنفي ذلك فقط، أو لا يرافع أصلا.

كما قد لا يرافع الطرفان إذا كانا مقتنعين بكافية ما قدم مكتوبا، إلا أن المحكمة تحدد جلسة للمرافعة وتعلم بها، وللأطراف الترافع أولا[1].

ويشرع في جلسة المرافعة بتقديم هيئة التحكيم لمدخل موضوع القضية المعروضة أمامها، توضح من خلاله النزاع المعروض، والوثائق المقدمة من الطرفين وادعاءاتهم و دفوعهم، وكل ما توصلت إليه هيئة التحكيم من خلال سعيها وتحقيقها ودراستها للموضوع، وإن كان الغالب أن المرافعة تحدث شفاهة إلا أنه لا يضار تقديم ملف مستندات يدعم ما جاء خلالها، أو يوضح أمورا استجدت، مع إرفاق هذه المستندات بمقال يلخص كل ما جاء خلال المرافعة، مع تفادي التكرار والإطالة،أي اقتصار المرافعة على المستندات والوثائق التي تضمن عنصرا جديدا (دفعا أو دليلا).

عادة ما تلجأ هيئة التحكيم إلى تدوين كل ما يحدث في الجلسات بما فيها جلسة المرافعة ، من تاريخ ومكان الانعقاد والإجراءات التي حصلت من تبادل للمستندات أو طلب للآجال، أو طلب لتعين خبير أو غيرها مما يحدث خلالها ، إذ يحرر محضر بذلك يكون مرجعا عند الحاجة ووسيلة من وسائل الإثبات، وإن كان تحرير هذا المحضر من

1- هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997 ص 216. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 505.

الأمور المستحبة، لما يضمنه من شفافية وعدم ادعاء الأطراف بالباطل، إلا أن أغالب التشريعات لم تشر إليه إلا نادرا[1].

فإذا انتهى الأطراف من الإدلاء بما في جعبتهم، ولم يبق ما يضيفونه، تقرر هيئة التحكيم حجز القضية للمداولة وإصدار القرار التحكيمي بعد إقفال باب المرافعة، وفي هذه المرحلة لا يستطيع الأطراف تقديم دفوع جديدة أو تقديم مستندات، إلا في حال اتفاق مسبق بينهم.

2- اللغة في الخصومة التحكيمية: تتباين العناوين التي يدرج تحتها عنصر اللغة عند الحديث عن التحكيم عموما وعند الوصول للخصومة التحكيمية خصوصا، فمن الدراسات من تناولها في بداية الإجراءات وتنظيم المرافعات[2]، ومنها من تناولها ضمن القواعد التي تحكمها الجلسات[3]، وإن كنا نرى أن عنصر اللغة من المسائل المهمة التي تساعد على إمداد الأطراف بالطمأنينة والثقة، إذا كان التحكيم يسري بلغة يتقنونها، كما أن اللغة هي وسيلة التواصل الأولى، وبالتالي تعدد اللغات التي تسير العملية التحكيمية تجعلها معقدة، وقد اخترنا تناولها ضمن عنصر المرافعة لبروزها في هذه المرحلة أكثر من المراحل السابقة.

ولأن كل ما يتعلق بالتحكيم يرتكز على اتفاق الأطراف من حيث المبدأ، فإن اختيارهم للغة ثابت (عكس الإجراءات القضائية التي تخضع للغة الرسمية الواقعة بها محاكم الدولة).

وإن كان اختيار اللغة منذ البداية يبدو سهلا إلا أنه ينشر من الصعوبة بما كان الوجود العنصر الأجنبي دائما في التحكيم الدولي، فتتعثر العملية التحكيمية لعدم معرفة

1- راجع في ذلك المادة 03/33 من قانون المصري رقم 27لسنة 1994، وأيضا المادة 33 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012 ،والفصل 14/327 من المسطرة المغربية للتحكيم رقم 08/05 لسنة 2007، والمادة24 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017، والمادة 32 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، والمادة 69 من قانون التحكيم التونسي رق 42 لسنة 1997، والمادة 45 و 51 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة2000 المعدل سنة 2004،والمادة 29من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، والمادة 49 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة 2000، والمادة 26 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، والمادة 1510 ق ا م فرنسي

2- بلباقي بومدين، مرجع سابق، ص 445.

3- جارد محمد، الدعوى التحكيمية، مرجع سابق، ص 192.

أحد الأطراف اللغة المتفق عليها، وبالتالي يتفق معها على ترجمة الوثائق، مما يثير مصاريف إضافية، وربما تحتاج لأكثر من ترجمة واحدة إذا تعددت لغات الأطراف.

وإن اتفقوا على اللغة التي يسري بها التحكيم، إلا أنهم مجبرين على ترجمة الوثائق ليتمكنوا من مواكبة الإجراءات وفهمها.

فلغة التحكيم عموما هي اللغة المتفق عليها بين الأطراف منذ تحرير اتفاق التحكيم إلى غاية صدور الحكم مرورا بالمستندات المتبادلة، والمرافعات الشفوية والمكتوبة[1].

ويراع في اختيارها عند الاتفاق الأول أن تكون مما يجيده أغلب الأطراف أو كلهم إن تم اختيار اللغة أولا، ويحبذ اختيار الهيئة والخبراء فيما بعد ممن يتقنون اللغة المتفق عليها، توفيرا للجهد والوقت والمال، وضمانا مما تحمله الترجمة من مخاطرة (Risque) لعدم الوصول المعلومة الدقيقة أو الخطأ في ترجمة بعض المعاني التخصصية في مجال معين (إذا كان النزاع يخص عتاد طبيا، أوإنشاء هندسيا أوآلات تخص مجال معين..)[2]، ويفضل أن تكون اللغة مرتبطة بعناصر التحكيم، فلا يكون الاختيار عشوائيا أو بعيدا عن التحكيم ومكوناته، كأن تكون اللغة المختارة هي التي حرر بها العقد الأصلي أو اتفاق التحكيم، أو التي يجيدها الأطراف، أو مكان إجراء التحكيم لتفادي ترجمة الحكم للحصول على الصيغة التنفيذية[3].

وإن كان الواقع دائما يفرض التعامل مع أكثر من لغة في الخصومة التحكيمية الواحدة، وإن تم الاتفاق على لغة معينة تسري بواسطتها الإجراءات إلا أن هيئة التحكيم عادة ما تصادف وثائق ومستندات بلغة أخرى لأي سبب من الأسباب (الاستيراد مثلا)، فتكون ملزمة بترجمتها أو الاستعانة بمترجم لتسهل عملها، فهي من صميم مهمتها[4].

1- لا تثير مسألة اللغة صعوبة إذا كنا أمام التحكيم الداخلي، لتوجه الأطراف مباشرة للغة الدولة التي يجري التحكيم على إقليمها.

2- عاشور مبروك، مرجع سابق، ص 195.

3- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 266.

4- www.arabarbtrators.org تاريخ الاطلاع2021/05/05 .

أما التشريعات الوطنية ولوائح التحكيم فقد تباينت مواقفها بين من نص عليها صراحة[1]، والمشرع الجزائري لم يقدم أيضا نصا صريحا يخص لغة التحكيم ،و أوكل الاختيار للأطراف وهيئة التحكيم ضمنيا، باعتبار اللغة من المتعلقات باتفاق التحكيم وبالإجراءات[2]، والأمر ذاته في التحكيم الداخلي حيث أحال إلى تطبيق الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية[3].

الفرع الثاني

قواعد الإثبات في الخصومة التحكيمية

تنظم وسائل الإثبات كغيرها من الإجراءات الأخرى من قبل الأطراف بداية من القانون الواجب التطبيق عليها إلى كيفية إعمالها ونطاقها، وتتعدد وسائل الإثبات التي تساعد الأطراف على تأكيد الوقائع المقدمة من طرفهم ودعم مواقفهم، منها المكتوبة ومنها غير ذلك نتناول بعضا منها فيما يلي:

أولا- الوثائق المكتوبة

تعد المستندات المكتوبة أهم وسائل الإثبات التي تعتمد عليها الأطراف للظفر بقناعة القاضي لما تكتسيه من حجية تختلف طبعا باختلافها، إذ يسعى كل طرف إلى تقديم كل

1- المادة 29 من قانون التحكيم المصري رقم27 لسنة 1994، وأيضا المادة 29 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012 ،والفصل 13/327 من المسطرة المغربية للتحكيم رقم 08/05 لسنة 2007، والمادة22 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017، والمادة 28 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، والمادة 67 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1997، والمادة 45 و51 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة2000 المعدل سنة 2004،والمادة 24من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، والمادة 41 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة 2000، والمادة 24 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، وكذا المادة 1015من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي،أما اللوائح والهيئات فقد كانت أكثر دقة من التشريعات الداخلية فأشارت إليها اتفاقية نيويورك لسنة 1958(المادة 04)، اتفاقية واشنطن لسنة 1965(المادة44)، وكذا قواعد اليونسترال لسنة 1976 (المادة17) والقانون النموذجي لسنة 1985 (المادة22)، ونظام غرفة التجارة الدولية بباريس CCA(المادة 16) ،ونظام غرفة تحكيم محكمة لندن LCIA (المادة1/2)، والمادة 23 من اتفاقية عمان العربية

2- المادة 1043 ق إ م إ ج.

3- المادة 1019 ق إ م إ ج.

المستندات التي تؤكد ادعاءاته والوقائع المقدمة باعتبار وقوع عبء الإثبات على الأطراف تطبيقا لقاعدة البيئة على من ادعى من جهة، ومن جهة أخرى فإن عبء الإثبات محله الواقعة القانونية، فلا يلزم الأطراف مثلا بإثبات القانون، لكن يمكنهم اللجوء لقاعدة قانونية يرون ملاءمتها للواقعة القانونية، فيسعون لإثبات هذه الملاءمة بتفسير هذه القاعدة ونطاق تطبيقها، خصوصا وإن المحكمين ليسوا دائما قانونيين مثل القضاة[1].

ولا يجوز لمن يحوز وثائق منتجة في الدعوى احتجازها وعدم تقديمها للهيئة، وإلا جاز للخصم المطالبة بها، إما مباشرة أو عن طريق الهيئة، فإن رفض رجع الأمر لتقدير محكمة التحكيم[2]، قد يكون المسند المقدم للإثبات محل تجريح من الطرف الآخر في محاولة لاستبعاده، إما عن طريق الطعن في الخط إذا كان المحرر عرفيا، أو عن طريق الطعن فيه بالتزوير (فغالبا في المحررات الرسمية).

أما الطعن في الخط بإنكار المحرر من قبل من نسب إليه ،أنه ليس من حرره أو من وقعّه، فإن للمحكم في هذه الحالة اللجوء إلى تحقيق الخطوط (مضاهاة) والتأكد من صحة المستند المقدم، باتخاذ الإجراءات التي يراها مناسبة بما فيها تحديد جلسة للأطراف من أجل الحضور، ومطالبة الخصم الذي أنكر الوثيقة بالكتابة حتى يكتمل تحقيق الخطوط، فإن تغيب أو رفض الحضور دون عذر اتخذت الهيئة ما تراه مناسبا[3].

أما إذا طعن في المستند بالتزوير فالأمر يختلف[4] لأن هيئة التحكيم لا تتعامل مع هذا الدفع بنفس الطريقة الأولى، فالتحقيق في مدى وجود التزوير من عدمه ومدى صحة

1- عبد الحميد الأحدب ، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلاد العربية،ج1، مرجع سابق ،ص46، رولا عمر جبرائيل الصليبي،إجراءات الإثبات أمام المحكمين وفق قانون التحكيم الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا ، جامعة القدس ،2013، ص77

2- أحمد السيد الصاوي، مرجع سابق، ص 235.

3- كما يمكنها الاستعانة بخبير خطوط للقيام بمضاهاتها وتحرير محضر بذلك، فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 358.

4- مع الإشارة إلى أن انكار المستند من طرف من نسب إليه لعدم مطابقة الخط أو التوقيع يرد على المحرر عرفي الذي قد ينشأ كليا أو يتم حشوه ,إضافة عبارات عليه أو تغيير التوقيع فيعد تزوير، أما الغالب وقوع التزوير على المحرر

الوثيقة المقدمة أولا، يخرج من اختصاص المحكم، فإن ثبتت أهمية المستند في تحديد مجريات القضية فإن الخصومة توقف لحين فصل القضاء في مسألة التزوير، أما إذا ارتأت محكمة التحكيم أن الوثيقة غير ذات أهمية ويمكنها استبعادها، وتكوين قناعتها من دونها، فإنها تكتفي بذاك الاستبعاد ومواصلة الإجراءات، أما إذا حكمت المحكمة بصحة الدفع بالتزوير فإن محكمة التحكيم تكون ملزمة باستبعاد هذه الوثيقة[1].

اشارت بعض التشريعات واللوائح لهذه المسألة ، ولم تشر إليها أخرى كونها تدخل في اختصاص محكمة التحكيم وفي نطاق عملها[2]، إلا أن الادعاء بالتزوير أشارت إليه العديد من التشريعات ومن بينها المشرع الجزائري، ولكن فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي[3]، واكتفى في التحكيم الدولي بترتيب بطلان حكم التحكيم على وجهين: أن حكم التحكيم الصادر بناء على وثيقة محل دعوى تزوير يكون صادرا عن محكمة التحكيم المخالفة للمهمة المسندة إليها، كون الفصل في هذا الدفع ليس من اختصاصها،من جهة، والفصل قبل أن تقوم الجهة المختصة بمهمتها يخرجها أيضا خارج حدود سلطتها من جهة ثانية، إضافة إلى أن هذا التزوير قد يمس أي وثيقة مما فيها اتفاق التحكيم فتكون أمام محكمة التحكيم التي أصدرت حكمها بناء على اتفاقية باطلة[4].

الرسمي المحرر من قبل ضابط عمومي مختص وفي شكلية معينة يشترطها القانون بغرض تغيير جزئي أو كلي يهدف إلى دحض الدليل.

1- مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 637.

2 – المادة 30 و31و33 من قانون التحكيم المصري رقم27 لسنة 1994، وأيضا المادة 3/30 و31 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012 ،والفصل 14/327 من المسطرة المغربية للتحكيم رقم 08/05 لسنة 2007، =والمادة 23 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017، والمادة 29 و30 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، والمادة 68 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1997، والمادة 45 و51 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة2000 المعدل سنة 2004،والمادة 34/3 من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، والمادة 25 و26 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، وكذا المادة 1501من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي،

3- المادة 1021 التي جاء فيها:" إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة أو إذا حصل عارض جنائي، يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة".

4- يرجع في ذلك إلى المادة 1056/ 01 و03 ق إ م إ ج والمادة 1058.

ثانيا- شهادة الشهود

تلجأ هيئة التحكيم إلى شهادة الشهود عند الاقتضاء سواء من تلقاء نفسها أو بطلب من الأطراف، ويقصد بالشهود في الخصومة التحكيمية قيام شخص أو أكثر من غير أطراف الخصومة، بالإدلاء بتصريحات وتقديم معلومات مرتبطة بموضوع النزاع أمام هيئة التحكيم، ودون أداء اليمين، وهو العنصر الفاصل في شهادة الشهود في الخصومة التحكيمية وشهادة الشهود في الخصومة القضائية التي لا تقبل قبل أداء اليمين القانونية[1].

وتستعين هيئة التحكيم بالشهود عند عدم كفاية الوثائق التي بحوزتها، فتدعوهم لموعد محدد لسماعهم بعد تبليغ الأطراف، يتم سماع الشهود من قبل هيئة التحكيم على محضر وبحضور الأطراف أو ممثليهم يوقع عليه الشاهد بعد أن تتلى عليه تصريحاته، فإذا رفض التوقيع يتم ذكر ذلك في المحضر مع سبب الامتناع، أما إذا رفض الشهود الحضور فإن لهيئة التحكيم الاستعانة بالقضاء[2].

اختفت التشريعات واللوائح بخصوص شهادة الشهود، فمنها من نص عليها مباشر تفاديا لأي أشكال[3] ،بينما لم يشر المشرع الجزائري لهذه المسألة صراحة، واكتفى بإمكانية لجوء هيئة التحكيم للقضاء من أجل مساعدتها في تقديم الأدلة[4]، ولأن شهادة الشهود من أدلة الإثبات، فإنها تدخل في نطاق هذا النص.

1- فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 534.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص .529

2- المادة 37 من قانون التحكيم المصري رقم27 لسنة 1994، وأيضا المادة 28 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012 ،والفصل 327/ 11 و12 من المسطرة المغربية للتحكيم رقم 08/05 لسنة 2007، والمادة20 و 24 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017، والمادة 27 و 32 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، والمادة 59 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة2000 المعدل سنة 2004،والمادة 33 من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، والمادة 28 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، وكذا المادة 1015من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي،.

4- المادة 1048 ق إ م إ ج.

ثالثا- تعيين الخبراء

الخبرة من الأدلة المهمة والمساعدة للوصول إلى حل لنزاع قائم لما تتضمنه من معلومات يقدمها أشخاص مختصون وفنيون في شكل تقارير مكتوبة أو شفوية - حسب ما تم الاتفاق عليه- بشأن واقعة أو مسألة فنية وتقنية لا تملك هيئة التحكيم التخصص الكافي للفصل فيها (كمسائل المحاسبة أو الهندسة أو كيميائية أو صيدلانية...الخ).

قد يكون الخبير المنتدب فردا أو أكثر تمنح لهم مدة معينة لإنجاز المهمة المطلوبة منهم، على أن لا تحتسب هذه المدة من ميعاد التحكيم إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، أو إذا اتفقوا على تمديد ميعاد التحكيم بمدة تعادل تلك الممنوحة للخبراء[1].

والخبير ليس طرفا في خصومة التحكيم، وإنما هو شخص من الغير مكلف بمهمة محددة النطاق في قرار تصدره هيئة التحكيم، وقد اختلف الفقه بخصوص انتداب محكمة التحكيم للخبراء في نقطتين هما الأولى حدود المهمة المسندة للخبير التي تفرقت فيها الآراء إلى من يرى أن حدود الخبير لا يجوز أن تتعدى إبداء رأيه في الوقائع المفصلية للنزاع والمسائل الفنية، وبين يوسع منها لتشمل المسائل القانونية باعتبار أن المحكمة التحكيمية يمكن أن تتشكل من غير القانونيين وتحتاج لاستشارة قانونية[2]، أما الثانية رد الخبراء كونهم ممن يتوسم فيهم النزاهة والحياد مثل المحكم والقاضي، وبالتالي فإن الأطراف ردهم طبقا للقواعد العامة في الإجراءات إلا أن الخلاف بين الفقهاء ورد حول السلطة المخولة للفصل في طلب رد الخبير - هل هي المحكمة المختصة بنظر النزاع أم هيئة التحكيم المطروح النزاع أمامها، أما الرأي الأول فيتجه إلى اختصاص هيئة التحكيم باعتبارها صاحبة اختصاص انتداب الخبير، بينما يتجه الرأي الثاني إلى سلبها هذا الاختصاص ومنحه

1- فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 370.

2- فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 477. جارد محمد، الدعوى التحكيمية، مرجع سابق، ص 261، 262. ويمثل الأستاذ جارد محمد الرأي الثاني باعتبار المحكم يختلف عن القاضي صاحب الاختصاص القانوني وبالتالي لا يستطيع انتداب خبير قانوني وإنما خبراء فنين حساسين. مهندسين، أطباء....الخ.

للمحكمة المختصة، كون هيئة التحكيم محددة النطاق في اتفاق التحكيم، إلا أن هذا الرأي انتقد لما فيه من تعقيدات وإجراءات إضافية قد تعطل مسار الخصومة التحكيمية، لذا رجح الرأي الأول، الذي خول محكمة التحكيم بما لها من سلطة ،رد الخبراء وبالتالي هي الأحرص والأجدر على متابعة ومراقبة نزاهته وحيدته، خصوصا وأن التقرير المنجز من قبله سيعرض عليها وعلى الأطراف، وهو الرأي الذي نؤيده من منطلق أن التحكيم غرضه التيسير وتفادي كل ما هو معقد، وبالتالي ليس من المنطق أن نرجع للمحكمة المختصة في كل مرة أو في كل إجراء[1]، وقد أكدت مختلف التشريعات على امكانية انتداب الخبير وان اختلفت في الطريقة[2]

رابعا- المعاينة

تعتبر المعاينة من أدوات التي يستعملها المحكم أو (القاضي) من أجل الوصول إلى الحقيقة، وتعتمد على قيام هيئة التحكيم بالتحقق من الادعاءات الواردة في المقالات بنفسها ومشاهدتها ومعايشتها[3]، سواء عن طريق الانتقال للهيئة كاملة أو بعضها أو عن طريق معاينة من تنتدبهم من خبراء[4].

وتعرف المعاينة بأنها:

تحتل المعاينة أهمية بالغة في مجال التحكيم التجاري لما توفره للهيئة التحكيمية من إمكانية الاطلاع المباشر على الحقيقة، خصوصا إذا كان التحكيم يخص عقود المنشآت

1- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري، مرجع سابق، ص 254.

2-المادة 36 من قانون التحكيم المصري رقم27 لسنة 1994، وأيضا المادة 28 من قانون التحكيم السعودي رقم 36 لسنة 2012 ،والفصل 327/ 11 و12 من المسطرة المغربية للتحكيم رقم 08/05 لسنة 2007، والمادة26 و 27 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017، والمادة 34 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، والمادة 71 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1997، والمادة 60 إلى63 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة2000 المعدل سنة 2004،والمادة 32 من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، والمادة 29 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، وكذا المادة 1015من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

3- فأساس مصطلح المعاينة هو الرؤية بالعين.

4- عاطف محمد الفقي، مرجع ساق، ص 436.

الكبيرة أو بعض السلع التي يدعى فسادها أو عدم صلاحيتها أو عدم مطابقتها للعقود، أو في مجال التحكيم البحري في عقود إنشاء السفن وكذا في مجال التحكيم الجوي في مجال اقتناء الطائرات أو إنشاء المطارات أو نقل بعض السلع عن طريق الجو...الخ.

تبادر الهيئة لمعاينة الشيء المتنازع عليه إما من تلقاء نفسها إن ارتأت ذلك، أو بعد طلب يقدمه أحد الأطراف قصد تأكيد ادعاءات، فيطلب من هيئة التحكيم الانتقال للمعانية، وهو بطلبه ذلك يؤكد صحة موقفه ويسعى لتأييده.

وتتم المعاينة في مقر التحكيم إذا كان الشيء المتنازع عليه مما يمكن نقله أو نقل عينة منه دون أن يلحقه تلف، أو بانتقال الهيئة إلى مكان تواجد الشيء المتنازع عليه إذا كان نقله يسبب تلفا أو يستحيل أصلا كبانية مصنع أو طريق، على أن توجه الهيئة استدعاء للأطراف من أجل حضور المعاينة مع تبليغهم بالزمان والمكان[1].

ثم تحرير محضر يرفق في الملف يتضمن كل حيثيات المعاينة يناقش هذا المحضر فيما بعد، بين الأطراف وأعضاء هيئة التحكيم[2].

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن معظم التشريعات واللوائح لم تتناول مسألة المعاينة بنص خاص، وإنما يتم اخضاعها للقانون الذي يحكم الإجراءات باعتبارها إجراء.

وفي ذات السياق ننوه أن هيئة التحكيم يمكنها اللجوء لوسائل أخرى تستدل بها على الحقيقة، وهي تلك المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية كاستجواب الخصوم ومضاهاة الخطوط واليمين.

1- أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق، ص 437. فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 472، 473.

2- فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 473. جارد محمد، الدعوى التحكيمية، مرجع سابق، ص 257.

المبحث الثاني

عوارض الخصومة التحكمية وكيفية انقضائها

لا تختلف الخصومة التحكيمية عن القضائية من حيث سيرانها في إمكانية اعتراضها بعض الظروف والمعوقات التي تحول دون السير العادي لها، رغم أن الخصومة التحكيمية تتميز بالمرونة والبساطة في الإجراءات، إلا أنها ليست في منآى من هذه العوارض، وهي ما سنحاول التطرق إليه بشيء من التفصيل في (المطلب الأول).

واستكمالا لإجراءات المتعلقة بالخصومة التحكيمية فإننا سنتناول كيفية انقضائها وانتهائها وطريق صدور حكم تحكيمي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

عوارض الخصومة التحكمية

إن أي طرف يلجأ لطرح النزاع على التحكيم فإنه يأمل الوصول إلى حل لهذا النزاع بصدور حكم التحكيم، إلا أن الخصومة التحكيمية خلال سيرها، قد تعترضها بعض العقبات أو المستجدات تجعلها إما تتوقف نهائيا أو مؤقتا تسمى بعوارض الخصومة التحكيمية التي تتميز عن عوارض الخصومة القضائية بأنها أضيق من حيث التطبيق، وهو ما سنتعرض له بالشرح من خلال الفرعين الآتيين، فنبين العوارض المؤقتة للخصومة التحكيمية (الفرع الأول) ثم العوارض المهنية للخصومة التحكيمية(الفرع الثاني)

الفرع الأول

العوارض المؤقتة للخصومة التحكمية (العوارض المانعة)

يقصد بعوارض الخصومة كل الظروف والمسائل الطارئة التي تعترض السير العادي للخصومة، فتؤدي إلى وقفها أو انقطاعه أو إنهاؤها قبل صدور الحكم في النزاع[1].

1- فاضلي ادريس ، مرجع سابق، ص 135-144

أما العوارض المؤقتة فيقصد بها ما يعترض الخصومة فيعطل سيرها مؤقتا فتوقف وتنقطع لتواصل الهيئة عملها بعد زوال ذلك العارض.

أولا- الوقف

وقف الإجراءات في الخصومة التحكيمية يعني عدم السير فيها لمدة معينة بسبب عامل خارج عن نطاق الأطراف، قد يقدرونه هم أو تقدره هيئة التحكيم، والقانون الواجب التطبيق وتبقى الخصومة قائمة طيلة مدة الوقف مع احتفاظ الأطراف بمراكزهم القانونية حتى إعادة السير فيها بعد زوال سبب الوقف مع عدم القيام بأي إجراء فيها[1].

يختلف الوقف من حيث الجهة التي قدرته فهو:

1- إما بتقدير من الأطراف فيسمى اتفاقيا، إذا ارتأوا ضرورة لذلك فيتفقوا على وقف إجراءات التحكيم في أي مرحلة كانت عليها وإن كانت جاهزة للحكم فيها[2].

إن منح الأطراف هذه سلطة وصلاحية وقف إجراءات التحكيم نابع أصلا من مبدأ سلطان الإرادة التي يرتكز عليه التحكيم منذ البداية، وبالتالي من الطبيعي أن يخول الأطراف هذه الصلاحية، فلهم الاتفاق على حالات الوقف و مدته، شريطة عدم تعارض هذه الحالات مع النظام العام، كما أن موافقة الأطراف كلهم على الوقف شرط لا بد منه[3].

2- إما بتقدير هيئة التحكيم حيث تضطر هيئة التحكيم وقف إجراءات الخصومة إذا اعترض عملها عائق يخرج عن نطاق الاختصاص المسموح لها سواء بموجب اتفاق

-يرجع لخليل بوصنبورة، مرجع سابق، ص

1- فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 379. محمد ماهر أو العينين، وعاطف محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 1102.

2- وإن كان جانب من الفقه يخالف هذا الرأي، إذ يرى أن الوقف الاتفاقي يكون قبل أن تجهز الدعوى للحكم، يرجع لذلك: بلباقي بومدين، مرجع سابق، ص 458، أحمد السيد الصاوي، مرجع سابق، ص 276.

3- أحمد السيد، الصاوي، مرج سابق، ص 277. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 779، أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 551.

الأطراف أو بموجب القانون الواجب التطبيق[1]. فتصدر أمرا بوقف الإجراءات لحين البث فيها من قبل المحكمة المختصة[2]. دون أن تنتظر موافقة الأطراف عليه.

ولا يمكن حصر الحالات التي قد تقدر هيئة التحكيم وقف الإجراءات من أجلها، وإنما يذكر على سبيل المثال: المسائل التي لم يتفق الأطراف على عرضها على التحكيم لكنها مؤثرة في الخصومة التحكيمية، فتضطر محكمة التحكيم وقف الإجراءات لحين فصل القضاء فيها، ثم مواصلة الإجراءات حسب ما تبين لها، أو أن يتم الطعن بالتزوير في مستند مقدم للنقاش، بموجب شكوى مقدمة أمام الجهة القضائية المختصة، فمباشرة إجراءات الدعوى العمومية الخاصة بالتزوير من المسائل التي تضطر هيئة التحكيم لصدار قرار الوقف، شرط أن يكون لذلك المستند أهمية محورية في الخصومة التحكيمية، أو في حالة القوة القاهرة أو حالة تتطلب تدخل أو الاستعانة بقضاء الدولة[3].

في كل هذه الحالات وغيرها يجب توافر شرطين مهمين، حتى يتم إقرار وقف الإجراءات من قبل هيئة التحكيم هما:

- وجود مسألة أولية تخرج عن ولاية هيئة التحكيم، ولا تستطيع التصدي لها، فهي ليست ضمن السلطة المخولة لها، أو بمعنى آخر وجود مسألة ذات أهمية وتأثير في خصومة التحكيم، الفصل فيها يؤثر في الخصومة التحكيمية مما يتعين معه وقف هذه الأخيرة وتعليقها لأجلها، حتى يتم الفصل فيها أولا من قبل الجهة القضائية المختصة.
- أن تكون المسألة الأولية مرتبطة بموضوع النزاع المعروض على التحكيم، والفصل فيها ابتداء أمر حتمي حتى يتم السير في الخصومة التحكيمية، أي أن المسائل الأولية التي لا علاقة لها بموضوع النزاع، والتي لها علاقة لا تؤثر في الخصومة التحكيمية، ويمكن لمحكمة التحكيم الاستغناء عنها، وتكوين قناعتها من دونها، لا

1- وقد سبق لنا تناول مسألة نطاق السلطات الممنوحة للمحكم.

2- محمود مختار البريري، مرجع سابق، ص 119.

3- يرجع لهذه الحالات بالتفصيل، أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 56.

تكون سببا في وقف الدعوى التحكيمية، فتقدر هيئة التحكيم هذه الأهمية وهذا الارتباط حتى تتخذ قرارها[1].

وعلى عكس ما ذهب إليه الفقه من حرية الأطراف في تحديد مدة الوقف في حالة الوقف الاتفاقي، فإن الأمر يختلف في هذه الحالة لأن الوقف الذي تقرره محكمة التحكيم عادة ما يرتبط بالحكم الصادر عن المحكمة المختصة في المسألة العارضة مما يجعله غير مرتبط بمدة معينة لكن بإجراء معين– في أغلب الأحيان – فيصدر قرار الوقف عن هيئة التحكيم دون تحديد للوقت، ولكن للإجراء المنهي للوقف (لحين صدور الحكم الفاصل في دعوى التزوير مثلا)[2].

3– إما وقف الخصومة بقوة القانون، ويتم في هذه الحالة وقف إجراءات الخصومة التحكيمية دون حاجة لطلب يقدمه الأطراف أو قرار تصدره هيئة التحكيم، وعادة ما نكون أمام وقف بقوة القانون في حالة وجود ظرف يتعلق بهيئة التحكيم (أو أحد أعضائها حسب التشكيلة).

فعلى فرض أن المحكم تم رده أو عزله أو استبداله فإنها تقف أمام استحالة مواصلة الإجراءات، فيكون الوقف هنا تلقائيا وبقوة القانون لعدم اكتمال التشكيلة في الفترة الممتدة بين توافر أحد هذه الأسباب (رد، عزل، استبدال، استقالة...الخ) وبين تعيين المحكم البديل واستكمال التشكيلة[3].

وننوه في ذات السياق أن وقف إجراءات الخصومة التحكيمية ينتهي بانتهاء المدة المتفق عليها أو ببلوغ الإجراء المنتظر (كصدور الحكم مثلا)، وقد ينتهي قبل المدة المتفق عليها في حال مثلا منح أجل شهر لاستبدال المحكم ثم يستبدل في 15 يوم وبعد الوقف يتم استئناف السير في الخصومة بطلب الطرف الذي يهمه التعجيل من حيث توقفت، أو قد تنتهي الخصومة دون استئنافها إذا أثبت أن إعادة السير فيها من غير فائدة.

1– ماهر أبو العينين، وعاطف محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 1104.

2– يرجع أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 557.

3– يرجع في ذلك إلى فتحي الوالي مرجع سابق، ص 389، مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 778، 779. أحمد السيد الصاوي، مرجع سابق، ص 275.

لم تشر مختلف التشريعات لما يترتب عن وقف الخصومة التحكيمية، ولا حتى كيف يتم، لاعتباره كغيره من العوارض من الإجراءات الخاضعة للقانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، فهي إحالة (وإن كانت في الغالب غير صريحة) للقواعد العامة في قوانين المرافعات إلا أن بعض التشريعات فضلت الإشارة إلى ذلك في محاولة لتلافي الإشكالات القانونية التي من شأنها عرقلة السير الحسن للخصومة التحكيمية[1]، بينما لم يشير المشرع الجزائري صراحة إلى ذلك عدا ما أحال فيه إلى الجهة المختصة في حال وجود دعوى تزوير، ليشير إلى أن أجل التحكيم يستأنف من تاريخ الحكم في المسألة العارضة[2]، وكأن المسألة العارضة الوحيدة التي يمكن أن تعيق السير الحسن للخصومة التحكيمية هي التزوير، ولا يوجد غيرها وهو تقصير من المشرع الجزائري إذ كان الأجدى به الإشارة إلى استئناف الأجل بعد زوال المسألة العارضة، وانتهاء المدة المتفق عليها للوقف دون تحديد ذلك بحالة التزوير فقط.

4- *شطب الدعوى*: يترتب على الحكم القاضي بشطب الخصومة إلغاء كل إجراءاتها بما في ذلك صحيفة افتتاح الدعوى، فتعتبر الخصومة كأن لم تكن وتزول كافة آثارها التي نشأت عنها، وتبقى العلاقة بين الخصوم كما كانت قبل رفع الدعوى، ويتبع شطب الخصومة سقوط جميع الطلبات التي تقدم بها الخصوم أثناء نظر الدعوى، ولا يترتب على الشطب أي مساس بأصل الحق الذي رفعت به الدعوى، ويكون للمدعى الحق من جديد في رفع دعواه ما لم يكن الحق قد سقط بسبب من الأسباب[3].

1- المواد 19، 21، 49 قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، وأيضا المادة17 و19 و 40 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012 ، والمادة 27 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017، والمادة 35 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، والمادة 27 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1997، والمادة 33 =من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة2000 المعدل سنة 2004،والمادة 40من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، والمادة 17 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، وكذا المادة المواد 1472، 1473 ق. ا. م. ف من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

2- المادة 02/1021 ق. م. إ. ج.

3- فريحة حسين،مرجع سابق، ص 90، بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 167.

وإن كان إعمال قواعد الشطب على الخصومة التحكيمية صعبا على الواقع العملي، فالطابع الاتفاقي للتحكيم يشمل كل مراحله وبالتالي فإن الآجال والمواعيد التي يتفق عليها الأطراف يؤدي انقضاؤها إلى زوال أثر اتفاق التحكيم، وبالتالي زوال الخصومة من أساسها، وزوال الأثر المانع للمحاكم[1].

ثانيا- انقطاع إجراءات خصومة التحكيم

إن الانقطاع هو من العوارض التي قد تؤثر في سير الخصومة التحكيمية أو القضائية ويقصد به عدم السير في الإجراءات لأحد الأسباب المحددة بنص القانون.

يتشابه الانقطاع والتوقف في أن كل منهما يؤدي لعدم السير في الخصومة مدة معينة، ويختلفان من حيث أسباب وحالات كل منهما إذ تتوقف الخصومة لوجود حائل خارج عن الأطراف (عامل خارجي) بينما تنقطع لوجود حائل يخص أطراف الدعوى (حالتهم الشخصية أو تمثيلهم)[2].

تخضع حالات الانقطاع وأسبابه وشروط إعماله وما يترتب عليه من آثار للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات، فيصبح الحكم الصادر عن هيئة التحكيم بانقطاع الإجراءات كاشفا ومقررا لحالة الانقطاع وليس منشأ لها[3]، أي سبب الانقطاع يحدث أولا، فتقرر الهيئة عدم السير في الإجراءات لغاية زواله، ولا تختلف كثيرا الحالات المقررة للانقطاع باختلاف التشريعات، لكنها اختلفت بشأن الخصومة التحكيمية بين من أحالت إلى القواعد العامة في القوانين الإجرائية [4]، أو لم تشر لها، بما فيها القانون الجزائري إلى

---

1 – عزمي عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص 279

2- يرجع إلى نبيل صقر ، مرجع سابق ، ص 234.

3- بلباقي بومدين، مرجع سابق، ص 463.

4- المادة 38 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، وأيضا المادة 18 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012، والمادة 35 من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، وكذا المادة 1431 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي أحالت للماد من 369 إلى 372

تلك الإحالة، مكتف بالإحالة العامة المتعلقة بكل ما هو إجرائي كما سبق الإشارة إليه، أما الحالات المقررة للانقطاع فهي[1]:

1- تغير في أهلية التقاضي لأحد الخصوم: تنقطع الخصومة إذا تغيرت أهلية التقاضي عند أحد الأطراف سواء كان طالب التحكيم أو المطلوب، وتتغير أهلية التقاضي إذا فقدها الخصم لأي سبب من الأسباب كالجنون والعته أو سفه أو غفلة تصيبه، أو إفلاس، مما يستدعي عدم السير في الإجراءات لغاية تعيين قيم على هذا الطرف الذي تغيرت أهليته[2].

2- وفاة أحد أطراف الخصومة إذا كانت الخصومة قابلة للانتقال: يؤدي وفاة أحد الأطراف إلى انقطاع الإجراءات لغاية حلول الورثة محل مورثهم إذا كان الحق محل النزاع قابلا للانتقال في العموم، إلا أنه في مجال التحكيم تعد الحقوق المتنازع عليها دائما مما يقبل الانتقال عن طريق الإرث لأنها ليست لصيقة بالشخص وإنما تتعلق بالأموال، أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية فإن حله أو زواله يأخذ حكم الوفاة ويؤدي للانقطاع، ومن جهة أخرى إذا كان الحق المتنازع عليه مما يقبل القسمة وتعدد الخصوم فإن وفاة أحدهم لا تؤدي للانقطاع في الإجراءات بالنسبة لهم، بل بالنسبة للمتوفى فقط لحين حلول ورثته بدلا عنه إذا كان موضوع الدعوى مما يقبل التجزئة[3]. ومما يجدر التنويه إليه إن هذا الانقطاع يقع بقوة القانون كنتيجة حتمية للوفاة ولو لم يعلم بها الخصم، في حين تبقى مسألة الخصومة بسبب وفاة المحامي أو شطب إسمه من جدول المحامين أو استقالته أو انسحابه من المسائل التي طالما شكلت خلافا بين الفقهاء، إذ اتجه الرأي الغالب إلى عدم انقطاع الخصومة لهذا السبب وإنما يكتفي بتأجيل الخصومة لمنح الطرف الذي توفي وكيله أو انسحب أو استقال أن يختار وكيلا أو محاميا آخر[4]، إلا أن المشرع الجزائري كان له رأي

1- وذلك بالرجوع للقواعد العامة حسب قوانين المرافعات المشار إليها، وكذلك بالرجوع للمادة 210 من ق. إ. م. إ. ج.

2- مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 783.

3- https://justice-academy.com تاريخ الاطلاع 2021/05/20.

4- عاشور مبروك، مرجع سابق، ص 344. نبيل إسماعيل عمر

مغاير بأن عد ذلك سببا للانقطاع ورتبه على وفاة المحامي أو شطبه، جاعلا منه في نفس المنزلة مع زوال الصفة عن أطراف الدعوى، ويتجه جانب من الفقه إلى اعتبار ذلك من بين سقطات المشرع الجزائري لخلطه بين الصفة في التقاضي والصفة في الوكيل[1].

كما أن أسباب انقطاع الخصومة يجب أن تتوافر أثناء سيرها وقبل جاهزيتها للفصل فيها، أي قبل حجزها للحكم، فإن كانت سبب الانقطاع قبل بداية الخصومة فلا مجال للحديث عن الانقطاع أصلا لعدم الوجود، وإن كان يعد حجز القضية للفصل فيها يعني أنه تم استنفاذ كل الإجراءات من تبادل الوثائق والمذكرات بما يكفي لتشكيل قناعة القاضي.

وبالرجوع للخصومة التحكيمية فإنها تنقطع وفق الشروط المقررة في القواعد العامة، إلا أنه في حالة قيام أحد أسباب الانقطاع بعد تهيئة الدعوى التحكيمية للحكم فيها، فإن لهيئة التحكيم الخيار بين إصدار الحكم أو إعادة فتح باب المرافعة، سواء من تلقاء نفسها أو بطلب أحد الأطراف، فتصبح الدعوى في هذه الحالة في حالة انقطاع بقوة القانون[2].

يترتب عن انقطاع الخصومة جملة من الآثار أهمها:

- توقف كل الإجراءات المتعلقة بالخصومة بمجرد قيام أحد أسباب الانقطاع ومن ذلك مثلا: توقف سريان المواعيد القانونية والاتفاقية من مواعيد تقديم المذكرات والوثائق، وآجال إصدار الحكم والطعن فيه، وكذا يمنع على هيئة التحكيم القيام أو اتخاذ أي إجراء كعقد جلسة أو القيام بخبرة أو استدعاء...
- بطلان كل الإجراءات المتخذة خلال فترة الانقطاع سوى تلك المتعلقة بإزالة سبب الانقطاع كتبليغ الأطراف، وإدخال الورثة، ويعد هذا البطلان بطلانا نسبيا مقررا لمصلحة المستفيد من الانقطاع، الذي يمكنه إجازة وتصحيح التصرفات والإجراءات التي اتخذت دون علمه[3].

1- بلباقي بومدين، مرجع سابق، ص 464. نبيل صقر، مرجع سابق، ص 35.

2- https://justice-academy.com تاريخ الاطلاع 2021/05/20..

3- محمود مختار البريري، مرجع سابق، ص 124.

- إن خصومة التحكيم تبقى قائمة رغم الانقطاع، هي لم تزل ولم تنقض بل تعطلت إجراءاها لحين زوال سبب الانقطاع، كما تحضى كل الإجراءات التي كانت قبل الانقطاع سلمية وصحيحة[1].

تستأنف الخصومة سيرها بتكليف بالحضور، ويعلن من يقوم مقام الخصم الذي توفي أو فقد أهليته، وقد تستأنف الدعوى سيرها بغير حاجة لهذا الإعلان إذا حدث الانقطاع أثناء فترة تأجيل الدعوى وحضر الجلسة وارث المتوفى، وتعتبر الإجراءات الجديدة التي تحصل بعد الانقطاع مكملة للإجراءات السابقة، ويصدر الحكم بناء على ذلك، إذا قدم أحد الخصوم الذي حضر الجلسات سبب من أسباب الانقطاع ثم أعلن من يقوم بمقامه بقيام الخصومة، وبتاريخ الجلسة تخلف عن الحضور، فإن الحكم في الدعوى في حقه يكون حضوريا، أما إذا لم يحضر الخصم المكلف بالحضور بعد إعادة السير في الخصومة يفصل في النزاع غيابيا، وعند إصدار الحكم يعتمد القاضي على ما في ملف الدعوى من مستندات، سواء قدمت قبل انقطاع الخصومة أو بعدها[2].

الفرع الثاني

العوارض المنهية للخصومة التحكيمية

يقصد بالعوارض المنهية للخصومة تلك العوارض تنتهي بها الدعوى وتزول آثارها، دون أن تصل إلى غايتها المتمثلة في صدور الحكم الفاصل في الموضوع، لأسباب تختلف باختلاف القضايا أو الخصومات.

ولأن التحكيم نظام اتفاقي بالأساس، يرجع إلى سلطان الإرادة في إنشائه وفي انقضائه كذلك في الحالات الآتية:

1- عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 566.

2- فريحة حسين، مرجع سابق، ص 88.

أولا- التسوية الودية

يمكن للأطراف في الخصومة التحكيمية أو العادية أن يتوصلوا لتسوية النزاع القائم بينهم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، تفاديا لخلاف يستمر بينهم قد يؤدي إلى إنهاء علاقة تجارية، وهو ما لا يتناسب ومصالحهم، فيختاروا التسوية تفضيلا لاستمرار العلاقة التجارية عوض الظفر بنزاع وخسارة لهاته العلاقة.

تتشابه التسوية الودية مع الصلح في أن كل منهما يتضمن تنازلا ما بغرض الوصول إلى حل يرضي الأطراف، إلا أن الاختلاف بينهما يكمن في قيام الصلح من طرف شخص خارج عن العلاقة يحاول تقريب وجهات النظر، ويتم إقراره على محضر يسمى محضر الصلح، في حين تعتمد التسوية الودية على إرادة الأطراف في إنهاء الخلاف وإقرار ذلك على وثيقة تقدم لهيئة التحكيم التي تصدر قرار بانقضاء الخصومة لتسوية النزاع وديا بين الأطراف[1].

وحتى تنتج هذه التسوية أثرها وتكون سببا لانقضاء الخصومة التحكيمية يجب أن تتم باتفاق كل الأطراف، سواء كانت بمبادرة منهم أو بسعي من هيئة التحكيم التي تقترحها، إذا ارتأت أن مصلحة الأطراف تستدعي ذلك مع الإشارة إلى أن الحكم الصادر عن هيئة التحكيم الذي يقرر تسوية النزاع بين الأطراف بصفة ودية يتمتع بنفس الحجة والقوة للقرار الصادر لأسباب أخرى.

لم ينص المشرع الجزائري عن التسوية الودية لإنهاء الخصومة بمفهومها هذا، ولم يدرج لها نصا وإن كانت من ضمن الإجراءات التي قد تعترض سير الخصومة التحكيمية فإنه يرجع فيها إلى تطبيق قانون إرادة الأطراف أو القانون الذي تختاره هيئة التحكيم، شأنه في ذلك شأن باقي الإجراءات التي أشرنا إليها آنفا.

1- عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 567، 571.

ثانيا- اتفاق الأطراف على إنهاء إجراءات التحكيم

بخلاف ما هو منتظر من الخصومة التحكيمية من وضع حل للخلاف القائم بين الأطراف الذين اختاروا التحكيم وسيلة لحله، فإنهم قد يقرروا إنهاء هذه الإجراءات في أي مرحلة كانت عليها الخصومة، ويتشابه هذا الإجراء مع التسوية الودية في اتفاق الأطراف عليه وارتضائه، بينما يختلف عنها في أنه لا يقدم حلا ولا تنازلا للوصول للحكم بل لإنهاء الخصومة التحكيمية وكفى.

يشترط في اتفاق الأطراف على إنهاء إجراءات التحكيم أن يكون بموافقتهم، والأصل فيه أن يكون مكتوبا وصريحا[1].

لا يشترط في هذا الاختيار الوصول إلى حل أو تسوية ولا تبرير، وكل ما على هيئة التحكيم إصدار قرار بانتهاء الإجراءات لا يرق للحكم الفاصل في الخصومة، ولا يرتب أثره، فإن واصلت هيئة التحكيم عملها وفصلت في النزاع بحكم تحكيمي فإنه سيعرض هذا الحكم للبطلان بمجرد تقديم الأطراف، ما يثبت أنهم طلبوا من الهيئة إنهاء الإجراءات قبل الفصل في الموضوع[2].

لم يتطرق المشرع الجزائري لهذه الطريقة في انقضاء الخصومة لاعتبارها أيضا من الإجراءات التي يتفق عليها الأطراف أو يفوض تنظيمها لهيئة التحكيم.

ثالثا- ترك الخصومة

يعد إجراء ترك الخصومة من الإجراءات التي تعترض سيرها، فتنهيها ولكن خلافا للإجراءات الأخرى التي تناولناها، فإن ترك الخصومة يمكن أن يتم بإرادة المدعي المنفردة، ويقصد بترك الخصومة أو التنازل عنها إعلان المدعى إرادته في الانسحاب من الدعوى

1- عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 572. ويرى الأستاذ عبد الكريم سلامة أنه يمكن أن يكون ضمنيا يستخلص من بعض تصرفات الأطراف كإهمالهم لإجراءات الخصومة وعدم متابعتها، ويشاطره في ذلك الرأي الأستاذ أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري، مرجع سابق، ص 143.

2- مختار البريري، مرجع سابق، ص 125. محمد جارد، الدعوى التحكيمية...،مرجع سابق، ص 32.

بغير حكم في موضوعها، فهو عدول عن الخصومة ينهيها دون أن يرتب تخليا عن الحق، ويشترط في ترك الخصومة أن يكون مكتوبا وصريحا[1].

يعد ترك الخصومة أحد الوسائل التي يلجأ لها المختصم أو المتحكم لعديد الأسباب، كأن يقدر عدم كفاية أدلته لإقناع هيئة التحكيم (أو المحكمة العادية) فيقرر ترك الخصومة، أو يكتشف أنه تسرع في تقديم طلب افتتاح الدعوى، أو يتبين له أنه لم يصب في تحديد موضوع الطلب، أو أنه ليس من صلاحيات ولا من ولاية هيئة التحكيم أو غيرها من الأسباب[2].

ولأن ترك الخصومة إجراء قانوني فإنه من البديهي أن يخضع للقواعد العامة من توافر الأهلية والتي كانت مشترطة أصلا لرفع الدعوى، وخلو الإرادة من العيوب، وكذا يشترط في الوكيل وكالة خاصة ليقوم بترك الخصومة التحكيمية، فلا تفي بالغرض الوكالة العامة في التحكيم[3].

إن ترك الخصومة ليس دائما بتلك البساطة التي يظهر بها[4]، لأن تحريك الخصومة يعني وجود طرف آخر يرتبط المحكم معه بعلاقة ومصلحة جدية، ولهذا الطرف أيضا مصلحة يجب مراعاتها ويمكن أن تتضرر من ترك الخصومة.

لذا يتجه جانب من الفقه إلى تقييد مسالة ترك الخصومة بشرط عدم اقترانه بمعارضة الخصم، فإن اعترض فلهيئة التحكيم التصدي لهذا الطلب وتقدير مدى جدية هذه المعارضة،

1- بوكموش سرور، محاضرات في الإجراءات المدنية، طلبة السنة الثانية حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02، سنة 2020/2019، ص 16.

2- عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 573.

3- فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 389.

4- أي البساطة المستمدة كون الخصومة التحكيمية تتحرك بإرادة طالب التحكيم وبالتالي هو من له الحق في إنهائها متى ارتأى ذلك.

ومن ثم البث إما باستمرار إجراءات التحكيم، وإذا توصلت إلى أن مصلحة المعترض على الترك قد تتضرر وإما برفض طلب المعارضة وبالتالي قبول طلب الترك[1].

وإن كان هذا الشرط غير مطلق إذ لا يمكن للمتحكم ضده الذي لم يقدم دفوعها أو طلبات الاعتراض على طلب ترك الخصومة، كما أن المحتكم الذي قدم طلب الترك يمكنه العدول عنه صراحة أو ضمنا، إذ تبين له أن الاستمرار في إجراءات الخصومة التحكيمية أفيد له وأصلح، وذلك قبل أن يقدم المحتكم ضده قبوله أو اعتراضه على هذا الإجراء.

يؤدي ترك الخصومة إلى انقضائها وبالتالي إلغاء كل الإجراءات الخاصة بها والآثار الناتجة عنها، مما يؤدي إلى عودة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل انطلاقها، إلا أن انقضاء الخصومة عن طريق تركها لا يمس بأصل الحق ولا بموضوع النزاع ولا بحق المحتكم في إعادة تحريك الخصومة التحكيمية طالما لم ينقض هذا الحق لسبب آخر، ولا يمس الترك أيضا باتفاق التحكيم الذي يبقى دائما هو مرجع العلاقة التي تحكم الأطراف[2].

رابعا- سقوط الخصومة وانقضاء أجل التحكيم

لطالما كان سقوط الخصومة في القضاء العادي محل جدل فقهي خصوصا وأن الآثار المترتبة عن السقوط قد تجعلنا أحيانا في منتصف الطريق، نضطر بعدها خوض غمار قضايا أخرى لتوضيح مواقف ووضعيات نتجت عن القضايا التي تم الحكم فيها بسقوط الخصومة.

1-يرجع في هذا الرأي إلى عاشور مبروك، مرجع سابق، ص 376.ومصطفى محمد الجمال، وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 802.

2- https://justice-academy.com الدرس الرابع، عوارض الخصومة، وأيضا عبد الله خليل حسين الفرا ،مدى انطباق عوارض الخصومة القضائية على الخصومة التحكيمية، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، العدد 02 ، 2017،ص 850.

ويعد السقوط حقا ممنوحا للطرف المدعى عليه مقابل الحق الممنوح للمدعى بالترك، وإذ يمكن للمدعى عليه طلب سقوط الخصومة في حال تقاعس المدعى وإهماله في مواصلة الإجراءات خلال مدة معينة حددها المشرع الجزائري بسنتين[1].

ويعد هذا الإجراء جزاء لإهمال الطرف المتقاعس حتى لا يستغل حقه في اللجوء للقضاء بإعماله كل ما أراد أن يهدد شخصا أو يضغط عليه، وكأن هذا الإجراء تقييد لأحد مبادئ التقاضي المتمثل في حق اللجوء للقضاء.

وإن كانت أغلب الإجراءات المطبقة في الخصومة التحكيمية يرجع فيها للقواعد العامة كما سبقت الإشارة إليه، إلا أن التمسك بسقوط الخصومة لا يستقيم في مجال التحكيم التجاري الدولي، لأن الخصومة التحكيمية منذ بدايتها تكون مرتبطة بميعاد التحكيم الذي يفقد هيئة التحكيم ولايتها على موضوع النزاع بانقضائه[2]، إلا أن جانب من الفقه يرى أن انتهاء أجل أو ميعاد التحكيم الذي يفضي إلى انقضاء الخصومة يعد بمثابة السقوط[3]، إلا أن هيئة التحكيم لا تبث في هذا السقوط وإنما يرجع فيه إلى المحكمة المختصة طبقا للقواعد العامة[4].

خامسا- استحالة الاستمرار في الإجراءات أو عدم جدواها

ويعد هذا العارض منهيا للخصومة التحكيمية تقدره هيئة التحكيم، إذا ارتأت أن الاستمرار في الإجراءات غير ذي جدوى إذا كانت نهاية الخصومة إصدار حكم لن ينفذ، أو أصلا عدم إمكانية الوصول لاستصدار حكم، كأن يسلم المحتكم ضده بطلبات المحتكم ويقبل بها، وأن تقف هيئة التحكيم أمام الأطراف الذين لا يبدون تعاونا، فلا هم يقدمون

1- المادة 222 ق. إ. م. إ. ج

2-عزمي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 278، 279.

3- يرجع لباقي بومدين، مرجع سابق، ص 472. عن فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 414، 415.

4- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري، مرجع سابق، ص 235.

مستنداتهم ولا طلباتهم ولا دفوعهم، ولا هم يتعاونون مع الخبير المعين لذات الغرض، فتضطر هيئة التحكيم لإنهاء الإجراءات بعد توفر الشروط التالية[1]:

- أن تحدد الهيئة الأسباب الحقيقية والجدية التي تبرر لها الحكم بإنهاء الإجراءات.
- عدم اعتراض الأطراف على هذا الإجراء إذ يمكن للطرف الذي يرى في استمرارية التحكيم مصلحة له، أن يثبت ذلك بما لديه من دفوع ووثائق، يعترض بها قرار هيئة التحكيم بإصدار حكم بعدم الجدوى أو استحالة الاستمرار[2]، وإن كان المشرع الجزائري لم يشر لهذه الحالة صراحة إلا أن بعض القوانين الأخرى قد أشارت إليها[3]، وكذا قواعد اليونسترال لسنة 1976[4].

لكن إشارة المشرع الجزائري إلى أن التحكيم ينتهي بفقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه يمكن إدراجها تحت هذا العنوان، فهيئة التحكيم ستضطر في هاتين الحالتين لإنهاء إجراءات التحكيم لعدم الجدوى من استمرارها، مما يعد تقييدا للهيئة، لوجود أسباب الأخرى تجعل هيئة التحكيم لا تستطيع الاستمرار في الإجراءات[5].

المطلب الثاني

انقضاء الخصومة بصدور الحكم التحكيمي

يعد حكم التحكيم النتيجة المقصودة منذ البداية، فالتحكيم أساسا غايته صدور حكم ينهي الخصومة بين الأطراف، واتفاق التحكيم يبرم أصلا للوصول لهذا الهدف، وعليه سنتناول في هذا المطلب تعريف حكم التحكيم، أنواعه وطبيعته في الفرع الأول، ثم شروطه والآثار المترتبة عنه في الفرع الثاني.

1- مختار البريري، مرجع سابق، ص 127.

2- مختار البريري، مرجع سابق، ص 128. عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 581.

3- المادة 48 قانون 97- 27.

4- المادة 01/34.

5- يرجع للمادة 1024/ 03 ق. إ. م. إ

الفرع الأول

تعريف حكم التحكيم طبيعته وأنواعه

أولا– تعريف حكم التحكيم

ولأن المعروف عن التشريعات الوطنية عدم وضع التعاريف والمفاهيم –إلا نادرا – فإن حكم التحكيم هو الآخر لم يحظ بتعريف واضح وصريح في أغلب القوانين والنصوص التشريعية وبالتالي فإن الفقه من تولى المهمة، خصوصا وأن حكم التحكيم يكتسي ويتمتع بأهمية بالغة في الخصومة التحكيمية، وإن كان آخر إجراءات الدعوى إلا أن المسعى منذ البداية بل مند إبرام اتفاق التحكيم كان مشدودا إليه.

ولهذا الغرض حاولنا جمع عدد من التعاريف الفقهية التي إن اشتركت في بعض العناصر فأنها اختلفت في أخرى حسب النظرة والزاوية التي عُرّف منها.

فاتجه جانب من الفقه إلى اعتماد تعريف موسع للحكم التحكيمي بأنه:« القرار الصادر عن المحكم، والذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلي أو جزئي في المنازعة المعروضة عليه، سواء تعلق القرار بموضوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص أو بمسألة تتصل بالإجراءات أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة»[1]، وهو تعريف الفقيه Emanuel Gaillard الذي إلتفّ حوله الفقه لإلمامه بكل جوانب الحكم التحكيمي من السلطة أو الجهة التي تصدر الحكم موضوع النزاع ووجوده، إلى غاية الإجراءات ثم المنطوق[2].

1- les décision des arbitres qui tranchent, de manière définitives, en tout ou en partie le litige qui leur a été soumis que ce soit sur le fonds, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui conduit à maitre fini à l'instance".
Sh Seraglini et J. Ortscheidt. Op, cit, P 782.

2– يرجع لذلك لحفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 234، وكذلك محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، دار النهضة العربية ،1999، ص 08. وأيضا خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، دار النهضة القاهرة، 2010،ص 49.

وعليه يدخل في زمرة الحكم التحكيمي القرارات الفاصلة في مسألة الاختصاص والإجراءات وكذا القرارات التي توقف تدابير مؤقتة أو تحفظية مدة الدعوى التحكيمية[1].

ويترتب عن تعريف التحكيم على الوجه السابق عدم اعتبار الأحكام غير الفاصلة في الموضوع أحكاما، فلا يطلق على الإجراءات التي من شأنها تسهيل عمل هيئة التحكيم فقط كالقرارات الخاصة بترتيب الجلسات من تحديد زمان ومكان انعقادها، أو طريقة تبادل المذكرات والوثائق، أو إجراء تحقيق أو سماع شهود، فهي قرارات لا تستنفذ ولاية هيئة التحكيم على موضوع النزاع[2]، دون أن يتعارض ذلك مع ما سبقت الإشارة إليه في المطلب السابق من إمكانية انقضاء الخصومة دون أن يصدر فيها حكم بات في الموضوع[3].

وفي اتجاه آخر مغاير يفضل جانب من الفقه تضيق مفهوم حكم التحكيم فيقصره على القرارات الفاصلة في موضوع النزاع كليا أو جزئيا، فلا تعد حسب هذا الرأي من قبيل أحكام التحكيم القرارات الفاصلة في الاختصاص أو في الإجراءات كما سبقت الإشارة[4]، كذلك القرارات التي تخص بعض المسائل المتصلة بموضوع النزاع كصحة العقد ومبدأ المسؤولية تعد أحكاما أولية غير قابلة للطعن بالبطلان، وقد تعرض هذا الرأي للنقد لما يتضمنه من تعارض وفكرة التحكيم المرنة، إذ يجد المتحكمون أنفسهم أمام قرارات تكتسي طابع الحكم لكنها غير قابلة للطعن، فمثلا صدور قرار يفصل في صحة العقد من عدمه

1- وهو ما أيده الفقه واتجه إليه القضاء الفرنسي في القرار الصادر في باريس بتاريخ 2004/1/07 حيث قررت محكمة الاستئناف أن " محكمة التحكيم نطقت نهائيا بتاريخ 2002/04/04 فيما يخص طلب اتخاذ تدبير تحفظي مقدم من قبل شركة كارليل، إن أجل التدبير المؤقت مرتبط بأجل الدعوى التحكيمية.

Paris 07/10/2004 prec, il s'agissait d'injonction de faire assorties d'une astreindre et la cour d'appel a relevé que:" le tribunal arbitral s'est définitivement prononcé le 04/04/2002 sur la demande de mesures conservatoires qui lui avait été présentée par les sociétés Carlyle. La limitation des mesures ordonnées à durée de l'instance ne remettent pas en cause l'autorité de la chose de sa décision, que les arbitres sont pu exprimes sous forme de sentence- choix de procédure au quel aucune des partie ne s'est apposée, leur pouvoir de juger d'une demande d'urgence qui participe à la résolution du litige ".
Sh- Seraglini et J. Ortscheidg. Op cot, P 783.

2- حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 300.

3- يرجع للمطلب السابق، عوارض الخصومة.

4- ومن أنصار هذا الرأي الفقيه Claude Reymond - Pierre lalives

ويكون غير قابل للطعن، يجعل الأطراف يعيدون النظر منذ البداية في اللجوء للتحكيم أو لا، لذا كان اتجاه الفقه إلى اعتماد التعريف الموسع لحكم التحكيم.

ومن التعاريف الأخرى لحكم التحكيم :« الحكم النهائي الذي تصدره هيئة التحكيم في موضوع النزاع، سواء كان الحكم شاملا لكل النزاع أو لجزء منه، وسواء قبلت هيئة التحكيم طلبات أي من الطرفين كلها أو رفضتها كلها، أو قبلت جزء منها ورفضت الجزء الآخر»[1].

وفي تعريف آخر:« الحكم النهائي الذي تصدره هيئة التحكيم في موضوع النزاع سواء كان الحكم شاملا لكل النزاع أو لجزء منه، وسواء قبلت هيئة التحكيم طلبات أي من الطرفين كلها أو رفضتها كلها، أو قبلت جزء منها ورفضت الجزء الآخر»[2].

ونميل بدورنا للتعريف الموسع لحكم التحكيم، لما يتلاءم مع طبيعة التحكيم المرنة، ولما له من خصوصية، كون الغاية الأساسية منه هي الوصول لفض النزاع خارج أروقة قضاء الدولة، فإن نحن ضيقنا من نطاق الحكم التحكيمي فإننا نزج بالنزاع في كل مرة إلى المحاكم وبالتالي الحياد عن الهدف والمغزى من اللجوء للتحكيم.

وبالرجوع للنصوص القانونية والتشريعات فإننا نجدها تشير إلى حكم التحكيم مباشرة دون تعريف، بما فيهم المشرع الجزائري الذي لم يقدم تعريفا صريحا لحكم التحكيم إلا أنه ومن خلال الإشارة إلى أحكام التحكيم، يمكن أن يستشف أنه اعتمد على المفهوم الموسع، وذلك بمنحه محكمة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها بحكم أولي، وكذا سلطة إصدار أحكام اتفاق الأطراف أو أحكام جزئية[3]، أما اللوائح واتفاقات التحكيم فإنها هي الأخرى لم تقدم تعريفا لحكم التحكيم.

1- حفيظة السيد حداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادر في المنازعات الدولية الخاصة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،1997 ص 24.

2- حمزة أحمد حداد، مرجع سابق، ص 341.

3- المادتين 1044 و1049 ق. إ. م. إ. ج.

أما عن طبيعة حكم التحكيم فقد كانت محل خلاف وجدل فقهي شأنها في ذلك شأن الطبيعة القانونية للتحكيم، وللاتفاق الخاص به[1]، واقتسموا في ذلك إلى أربعة اتجاهات، بين مؤيد للطبيعة العقدية لحكم التحكيم وله في ذلك حجج وأسانيد وبين رافض لها من أنصار الطبيعة القضائية لحكم التحكيم وله كذلك حجج وأسانيد، وآخر يمزج بينهما مؤيدا بذلك الطبيعة المختلفة لحكم التحكيم، وفريق رابع ينتقد كل ذلك، ويرى أن حكم التحكيم من طبيعة خاصة مستقلة عن كل ما سبق من آراء، وإن كان رأي الفقه الغالب (والذي نميل معه في هذا الشأن) أن حكم التحكيم ذا طبيعة مستقلة كونه نتاج اتفاق التحكيم ذا الطبيعة المستقلة، الذي يمزج بين الطبيعة التعاقدية لما يوفره للأفراد من حرية الاختيار والتعاقد، وبين الطبيعة القضائية لما يمنحه لهيئة التحكيم من سلطة من أجل الوصول لحل النزاع القائم بين الأفراد، ولما يتمتع به من خصوصية تجعله مختلفا عن حكم القضاء من حيث الإصدار والطعن والتنفيذ[2].

ثانيا- أنواع الأحكام التحكيمية

بعد قفل باب المرافعة وتملك هيئة التحكيم للدعوى لانقطاع صلة الخصوم وممثليهم بها، تستعد هذه الهيئة لإصدار حكمها بناء على ما اقتنعت به، مما وصل إليها من مستندات ومرافعات وأدلة، ولا تصدر هذه الهيئة حكما واحد، أو بالأحرى نوعا واحدا من الأحكام وإنما تختلف حسب ما يتطلبه موضوع النزاع وما يتصل به من مواضيع[3].

1- الأحكام التحضيرية أو قبل الفصل في الموضوع:

وإن كنا في القضاء العادي نفرق بين الأحكام التحضيرية والأحكام التمهيدية من حيث أن الحكم التمهيدي هو الحكم الذي يستشف منه الاتجاه الذي تميل إليه المحكمة،

1- يرجع في ذلك لهذه العناوين في الباب الأول من هذه الدراسة.

2- لمزيد من التفاصيل فيما يخص هذه النظريات يرجع إلى محمد ماهر أو العينين، ومحمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 27. محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص 263. عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سلبق، ص 22، 24، جارد محمد، الخصومة التحكيمية، مرجع سابق، ص 351.

3 - الأحكام التحضيرية أو التحضيرية أو التمهيدية أو قبل الفصل في الموضوع

عكس الحكم التحضيري الذي يقضي باتخاذ إجراء أو استفاء تحقيق للاستشارة به في الدعوى، بينما يختلفان في أن الحكم التمهيدي قابل للاستئناف في حين لا يمكن استئناف الحكم التحضيري كونه لا يحوز حجية الشيء المقضي فيه، وبالتالي يمكن القول أن الحكم التمهيدي يخص التدبير الذي يأمر به القاضي لإثبات واقعة دقيقة، لا يمكن أن ينتفع بها إلا الطرف الذي طلبه، أما الحكم التحضيري فيخص التدبير الذي يهدف إلى إظهار كل واقعة من شأنها إفادة الطرفين[1].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد ألغى هذا التمييز عند تعديل قانون الإجراءات المدنية في 2008، فأصبح الحكم ما قبل الفصل في الموضوع أو فاصلا في الموضوع، حيث لا يمكن الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع إلا مع الحكم الفاصل فيه بينما تجوز المعارضة فيه.

وفي مادة التحكيم فإن الحكم التمهيدي له نفس خصائص الحكم التمهيدي التحكيمي من حيث تعريفه وتنفيذه وإن كان المشرع الجزائري لم يشر صراحة إلى ذلك، إلا أنه استعمل مصطلحات تدل على إمكانية إصدار حكم تحكيمي قبل الفصل في الموضوع، وميز في ذلك بين التحكيم الداخلي أين نص على أن حكم التحكيم يكون نهائيا وجزئيا أو تحضيريا قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة التي صدر بدائرة اختصاصها[2]. وإما حكما أوليا عند ما يتعلق الأمر باختصاصها[3] في مجال التحكيم التجاري الدولي، وإن كان مصطلح حكما أوليا تفتح المجال للتفسير والتأويل، إن كان المقصود به حكما تمهيديا أو تحضيريا، أو جزئيا، وعليه كان من الأجدر بالمشرع الجزائري استعمال مصطلحات أدق خصوصا عندما يتعلق الأمر بإجراءات دقيقة من شأنها تغيير مسار الخصومة.

1- الفرق بين الحكم التحضيري والحكم التمهيدي WW. Tribunal dz. Com. >forum

2- المادة 1035 ق. إ. م. إ. ج.

3- المادة 1044 ق. إ. م. إ. د.

2- الأحكام والأوامر الوقتية:

سبق وأن تناولنا بالدراسة التدابير الوقتية والمستعجلة، وسنسلط الضوء في هذه النقطة على الأحكام الصادرة بشأن هذه التدابير، والمقررة أصلا لاتخاذ إجراء معين بصفة مؤقتة لحماية حق أو مركز قانوني من خطر محدق، لا يسمح بانتظار الفصل في الدعوى بحكم منهي للخصومة.

ويدخل إصدار الأوامر الوقتية والتدابير التحفظية ضمن اختصاص هيئة التحكيم لما تتمتع به من سلطة في تسيير الخصومة واتخاذ كل الإجراءات المناسبة، بناء على طلب أحد الخصوم الذي يرى أن حقه أو مركزه القانوني مهدد، وساير المشرع الجزائري الموقف الدولي في ذلك بأن نص صراحة على أن لهيئة التحكيم الأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف[1].

إلا أن هيئة التحكيم لا تملك سلطة إجبار الخصوم على تنفيذ التدبير الاحترازي المتخذ، إذ تنحصر سلطتها في اتخاذ هذا التدبير والأمر به، فإن لم يلتزم الأطراف فإن لهيئة التحكيم الرجوع للقاضي المختص كي يتدخل ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

وعليه فإن إصدار أمر باتخاذ تدبير وقائي أو إجراء تحفظي في حالة استعجال يستلزم توافر مجموعة من الشروط حصرها المشرع الجزائري في نص قانوني ضمنه إياها، وركز فيه على هيئة التحكيم لا تتخذ هذا النوع من الإجراءات إلا إذا توفرت حالة الاستعجال بمعناها القانوني، كما أوضحنا سابقا، إضافة إلى الطلب الصريح المقدم من أحد الخصوم حسب ما هو متفق عليه، مع جواز رجوع هيئة التحكيم للقاضي المختص في حال تعنت

1- المادة 1046 ق. إ. م. إ. ج وهو في ذلك يجاري كل من المشرع المصري في المادة 42 قانون التحكيم المصري وكذلك ما نصت عليه لوائح وهيئات التحكيم الدولية كغرفة التجارة الدولية بباريس CCI في المادة 01/23 والقانون النموذجي في المادة 17.

الطرف الآخر وعدم تنفيذه للتدبير المتخذ، كل ذلك دون الخروج عن قانون الدولة التي ينتمي إليها القاضي المختص[1].

3- الأحكام الجزئية:

يعد الحكم الجزئي ضرورة تستلزمها طبيعة بعض القضايا، ويعرف بأنه الحكم الموضوعي الفاصل في جزء من النزاع المعروض على هيئة التحكيم، فهو حكم لا تستنفذ به محكمة التحكيم ولايتها إلا على جزء من النزاع المفصول فيه، لحين استكمال الإجراءات وإصدار حكم فاصل في كل الموضوع[2].

وقد يتفق الأطراف صراحة على عدم إصدار هيئة التحكيم أحكاما جزئية في النزاع[3]، بينما تجد مجالها الخصب في العقود المركبة والمتداخلة خصوصا العقود المتعلقة بالبناء، وكذا عقود المتعلقة بصناعة السفن والطائرات التي تستلزم بدورها عدة عقود مشتركة من أجل إنشاء طائرة أو سفينة.

وعلى غرار الأحكام التمهيدية والتحضيرية فإن أغلب التشريعات في مجال التحكيم اكتفت بالإشارة إلى هذا النوع من الأحكام[4]، وكذا المشرع الجزائري[5]، وكذا هيئات ولوائح التحكيم كغرفة التجارة الدولية بباريس (في المادة 01/23) وقواعد اليونسترال (المادة 32) بينما لم يشر المشرع الفرنسي لهذا النوع من الأحكام في التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

1- يرجع للمادة 1046 ق. إ. م. إ. ج.

2- محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص ة391. حمزة أحمد حداد، مرجع سابق، ص 381. فتحي إسماعيل الوالي، مرجع سابق، ص 397، 398.

3- جارد محمد، الدعوى التحكيمية، مرجع سابق، ص 370.

4- المادة 42 قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، وأيضا المادة 39 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012 ، والمادة 17 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017، والمادة 40 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، والمادة 31 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1997،وكذا المادة ف من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

5- المادة 1035 والمادة 1049 ق. إ. م. إ. ج.

4- أحكام التحكيم المنهية للخصومة:

وهي الأحكام التي تضع نهاية للخصومة القائمة بين الأطراف، وتعد بمثابة إفراغ لاتفاق الحكيم، وتنقسم بدورها إلى نوعين:

-أحكام التحكيم المنهية للخصومة الفاصلة في الموضوع: وهي على عكس الأحكام الجزئية أو التمهيدية، لأنها أحكام تصدر للفصل في موضوع النزاع برمته فهو القرار الذي يصدر عن هيئة التحكيم، استنفاذا لولايتها على النزاع وإكمالا لمهمتها بالفصل في النزاع[1]، إذ يعتبر هذا الحكم حلا للنزاع المطروح على هيئة التحكيم، وهو أيضا الحكم القابل للطعن فيه أو الحكم النهائي وبمجرد صدوره تكون هيئة التحكيم قد أنهت المهمة الموكلة إليها بموجب اتفاق التحكيم، وفصلت في الخصومة المرفوعة إليها[2].

-أحكام التحكيم المنهية للخصومة باتفاق الأطراف: وتجدر الإشارة في ذات السياق أن الخصومة قد تنتهي بحكم لا يفصل في موضوع النزاع وإنما قد يتوصل الأطراف إلى اتفاق لتسوية الخلاف فيطلب من الهيئة إقراره في شكل حكم يبين ما تم الاتفاق عليه، فيتخذ شكل الحكم الاتفاقي، وهو ما يجسد الطبيعة الخاصة للتحكيم[3]، ولم يغفل المشرع الجزائري كغيره من التشريعات كالمشرع المصري[4]، وكذلك اللوائح والتنظيمات[5]. وإن كان التشريعات واللوائح

1- يرجع لحفيظة السيد حداد، بطلان أحكام ..المرجع السابق، ص 305. حمزة أحمد حداد، مرجع سابق، ص 381.

2- وقد أوضحت المادة 02/32 من القانون النموذجي هذا المعنى بأن نصت على حكم التحكيم النهائي هو الذي ينهي الإجراءات التحكيمية.

3- جارد محمد، مرجع سابق، ص 376.

4- يرجع إلى المادة 1049 ق. إ. م. إ. ج والمادة 41 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، وأيضا المادة 45 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012 ، والفصل 19/327 من القانون المغربي للتحكيم والوساطة المغربي رقم 08/05 لسنة 2007 والمادة30 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017، والمادة 3/44 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، والمادة 45 من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، والمادة 32 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، وكذا المادة المواد 1458، 1473 ق. ا. م. ف من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

5- يرجع للمادة 26 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس وكذلك المادة 30 من القانون النموذجي والمادة 01/03 قواعد تحكيم مركز القاهرة.

اختلفت فيما بينها في مدى تمتع هيئة التحكيم بالسلطة التقديرية في إصدار هذا النوع من الأحكام أو أنها ملزمة بذلك طالما اتفق الطرفين على تسوية النزاع بينهم وديا.

5- أنواع أخرى من أحكام التحكيم:

نشير في الأخير إلى وجود أنواع أخرى من أحكام التحكيم كتلك التي تصدر استثناء بعد أن يتم الفصل في الموضوع كتمديد عمل هيئة التحكيم بعد أن تكون قد استنفذت ولايتها على النزاع ومن ذلك نذكر:

-**الأحكام التفسيرية:** وهي التي تصدر بناء على طلب أحد الأطراف أو كلاهما من أجل توضيح جزئية ما أو مصطلح ما وظف بطريقة مبهمة، وطلب التفسير أو التوضيح من هيئة التحكيم لا يعد طعنا في الحكم ولا طلب مراجعة وإصدارها للحكم التفسيري لا يعد مراجعة للحكم ولا تعديلا له وإنما تتمة له، يرافقه فلا ينفذ الحكم الأصلي دون الحكم التفسيري[1].

وقد اختلفت التشريعات بين من أكدت على تحديد أجل معين لإصدار الحكم التفسيري كالمشرع المصري[2]، وكذا قواعد اليونسترال[3]، في حين اكتفى المشرع الجزائري إلى إمكانية تفسير أحكام التحكيم دون تحديد أجل لذلك.

ب- الأحكام التصحيحية:

وهي الأحكام التي تخص تصحيح أخطاء مادية اكتنفت الحكم الأصلي أدت إلى تغير معناه أو أعاقت تنفيذه، كأن يمس الخطأ أسماء الأطراف أو تسمية بعض المواد أو

1- إبراهيم رضوان الجغبير، بطلان حكم التحكيم،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2009 ص 70.

2- المادة 49 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، وأيضا المادة 48 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012 ، والفصل 28/327 من قانون التحكيم المغربي رقم 08/05 لسنة 2007، والمادة 32 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017، والمادة 45 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، والمادة 34 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1997، والمادة 74 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة2000 المعدل سنة 2004،والمادة 47من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، والمادة 40 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، وكذا المادة المواد 1458، 1473 ق. ا. م. ف من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

3- المادة 35 منها حددت الأجل بـ 45 يوم.

خطأ في بعض الأرقام، وشأن الحكم التصحيحي في ذلك شأن الحكم التفسيري في عدم المساس بمنطوق الحكم الأصلي أو تعديله، فلا يعد مراجعة له، ولا طعنا فيه ويرافقه في التنفيذ والطعن، وبالنسبة للتشريعات الوطنية وكذا اللوائح عالجت هذا النوع من الأحكام بنفس الطريقة التي عالجت بها الأحكام التفسيرية وفي كثير من الأحيان بنفس النص ومثال ذلك المشرع الجزائري الذي أشار إلى أن هيئة التحكيم يمكنها تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات[1].

-**أحكام التحكيم الإضافية:** تعد الحكام الإضافية طريقة استدراكية عند إغفال هيئة التحكيم الفصل في بعض الطلبات المقدمة من الأطراف، والتي من شأنها تغيير مسار الدعوى، فهيئة التحكيم ملزمة بالفصل في الطلبات المقدمة أمامها سواء بالقبول أو بالرفض، وإنما عدم الفصل أو الإشارة إليها يعد إغفالا يستلزم تداركه، وقد أشارت كذلك مختلف التشريعات إلى هذه المسألة لما تحمله من أهمية، خصوصا وأن حكم التحكيم الصادر عن هيئة أغفلت طلبا او أكثر للأطراف يجعله ناقصا، ولا يمكن تنفيذه، إلا أن جانب من الفقه في الجزائر يرى أن المشرع الجزائري أغفل النص على هذا النوع من الأحكام،وأن عليه تدارك وذلك من خلال تعديل النص المتعلق بها[2]، إلا أنه بالرجوع للقانون الجزائري نجد أن المشرع نص على ذلك لكن بطريقة غير مباشرة، من خلال تمكين هيئة التحكيم من تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات، فمصطلح الإغفالات يخص الأحكام الإضافية[3].

الفرع الثاني

شروط إصدار حكم التحكيم و آثاره

إن حكم التحكيم هو الحلقة الختامية للدعوى التحكيمية، وإن كنا أشرنا من قبل أن التحكيم يتمتع بطبيعة خاصة فلا هو من طبيعة عقدية خالصة ولا من طبيعة قضائية

1- المادة 1030 ق. إ. م. إ. ج.

2- المادة 1030 ق. إ. م. إ. ج. يرجع في ذلك إلى بومدين بلباقي، مرجع سابق، ص 483، 484.

3- يرجع للمادة 1030 ق. إ. م. إ. ج.

خاصة ولا هو مختلط بينهما، فإن هذا الوصف ينطبق على حكم التحكيم الفاصل في الخصومة التحكيمية[1]. ولأنه مستقل ومن طبيعة خاصة فإن إصداره يستلزم شروط وإجراءات يتشارك فيها مع حكم القضاء العادي، وأخرى يختلف فيها عنه.

أولا- إجراءات إصدار حكم التحكيم

قبل تحديد تاريخ للنطق بالحكم التحكيمي يجب التمهيد لذلك باتخاذ إجراءات معينة وهي:

أ- غلق باب المرافعة وحجز الدعوى للحكم:

وهو التاريخ الذي تتخذه هيئة التحكيم بألا تستلم أي مذكرة أو وثيقة بعده ويتحدد عند انتهاء الأطراف من تبادل المذكرات والمستندات، وسماع المرافعات وإجراء التحقيقات والخبرات، وبتحديد تاريخ قفل باب المرافعة، يعني جاهزية الدعوى للحكم فيها واستفائها كل إجراءاتها، وبعد أن منح للأطراف الوقت الكافي والفرص المتكافئة للإدلاء بما لديهم، لذا لا يمكنهم بعد ذلك تقديم مستندات أخرى،لا يحتاج قفل باب المرافعة إلى إجراء خاص أو قرار استثنائي، وإنما يكفي توجه الدعوى للحكم فيها حتى يفهم أن باب المرافعة أقفل[2].

وقد يحدث استثناء كما في القضاء العادي أن تعيد الهيئة بسلطتها التقديرية الدعوى للجدول سواء من تلقاء نفسها أو بطلب من أحد الأطراف، إذا كان السبب جديا والواقعة أو المستند من شأنها التأثير على مسار الدعوى، أو في حالة تغيير التشكيلة لأحد الأسباب السالف ذكرها كوفاة أو استقالة أحد المحكمين[3].

1- يرجع لمزيد من التفاصيل بخصوص الطبيعة القانونية لحكم التحكيم إلى أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري، مرجع سابق، ص 19 ومصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 49، وكذلك ما أشرنا إليه سابقا بخصوص طبيعة التحكيم.

2- محمود مختار البريري، مرجع سابق، ص 172. فتحي الوالي مرجع سابق، ص 426. عزمي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 235.

3- عزمي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 296.

ب- المداولة: تعد المداولة من المراحل المهمة التي تمر بها الدعوى التحكيمية، فهي مرحلة الفحص والتدقيق واتخاذ القرار بشأن ما هو معروض على الهيئة التحكيمية من مذكرات ومستندات، فيتبادل المحكمون الرأي بينهم ويتناقشون في كل التفاصيل، ويمحصون كل الوثائق للوصول إلى قناعة مشتركة بينهم تفضي إلى الحكم الذي سينطق، وتعد المداولة إجراء جوهريا انتفاؤها يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم وهي من التزامات المحكمين الذي يجوز لهم رفض إجرائها، وفي الوقت ذاته هي من حقوقه، فلا يجوز استبعاد أي محكم عن التداول معهم[1]، ويشترط في المداولة أن تكون سرية[2] ولا تعني هذه السرية ضرورة الاجتماع في مكان واحد بباب موصد، بل قد يتداول أعضاء الهيئة بأي الطرق التي يرونها مناسبة سواء عن طريق الهاتف أو الإيميل أو المراسلات أيا كان نوعها، شرط أن لا تسرب هذه المراسلات[3].

وقد اشتركت مختلف التشريعات واللوائح على ضرورة إجراء المداولة وسريتها، وأن اختلفت في تحديد الأثر المترتب عن عدم إجرائها[4]، بينما أشار المشرع الفرنسي صراحة

1- يرجع كمزيد من التفاصيل: محمد جارد، مرجع سابق، ص 392، 397.

2- وتختلف هذه السرية عن السرية التي ناقشها كإحدى مميزات التحكيم، والتي تخص كل المعاملة التحكيمية، فالسرية في المداولة يقصد بها عدم نشر ما تم بين أعضاء هيئة التحكيم من مناقشات وتبادل للآراء، وعدم حضور أطراف النزاع هذه المداولة، وهي بذلك تقابل السرية في المداولات الخاصة بإصدار الأحكام في مجال القضاء العادي مع أن هذا الأخيرة تختلف عن قضاء التحكيم بكونه جلساته علنية، حيث تعد العلنية مبدأ من مبادئ التقاضي أكده المشرع في المادة 07 ق ا م ا ج

3- مختار البريري، مرجع سابق، ص 172، 173.

4- المادة 40 قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، وأيضا المادة 39 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012 ، الفصل 16/327 من قانون التحكيم المغربي رقم 08/05 لسنة 2007، والمادة 29 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017، والمادة 30 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1997، والمادة 2/69 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة2000 المعدل سنة 2004،والمادة 41 من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، وكذا المادة المواد 1458، 1473 ق. ا. م. ف من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

إلى ضرورة إجراء المداولات وبصفة سرية[1] وهو نفس الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري[2]، مما يرجح الرأي الذي يجعل من انعدام سرية المداولات سببا لبطلان حكم التحكيم.

ثانيا- شروط إصدار حكم التحكيم

يصدر حكم التحكيم الفاصل في النزاع في شكل معين ووفق شروط موضوعية وشكلية محددة بموجب نصوص قانونية أجمعت عليها مختلف التشريعات الوطنية واللوائح والهيئات الخاصة بالتحكيم.

أ-الشروط الشكلية لحكم التحكيم

تميز الشروط الشكلية لإصدار حكم التحكيم بأهميتها وترتيبها حتى نكون أمام حكم قابل للتنفيذ يتضمن جميع البيانات الخاصة بالأطراف والهيئة المصدرة له، وموضوع النزاع وبهذا الصدد نحاول تناول هذه الشروط كالآتي:

1- كتابة حكم التحكيم:

تعد الكتابة هنا من أهم الشروط التي تظم جميع الشروط الأخرى فلا يستطيع أي طرف الطعن في حكم تحكيم إلا إذا كان مكتوبا، حتى يتمكن من بسط الرقابة عليه، فلا يتصور أن يصدر حكم التحكيم وينفذ شفاهة، ولا يمكن مواصلة الإجراءات بعد صدور حكم التحكيم إلا إذا كان مكتوبا، وبهذه المكانة تصبح الكتابة شرطا لوجود الحكم التحكيمي وليست شرطا لإثباته، مهما كان نوع هذه الكتابة سواء تمت بخط اليد أو بالآلة الراقنة أو عن طريق الحاسوب[3]، وتشمل كتابة حكم التحكيم العناصر الآتية:

- **البيانات الأساسية في حكم التحكيم:** لا يمكن أن يصدر حكم تحكيم دون أن نعرف في حق من صدر وممن صدر، لذا تعد البيانات المتعلقة بالأطراف وبهيئة التحكيم من أهم

1- المادة 1479 ق. إ. م. إ. ف

2- المادة 1025 ق. إ. م. إ. ج.

3- محمد ماهر أبو العينين، وعاطف محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 39.

البيانات الجوهرية البديهية التي أشارت إلى ضرورة توافرها معظم التشريعات واللوائح ومن أهم البينات نذكر:

- **البيانات المتعلقة بالأطراف:** وتشمل أسماء الخصوم وعناوينهم وصفاتهم ووظائفهم وجنسياتهم، ويقصد بالأطراف كل من المدعى والمدعى عليه، مهما تعددوا والمدخلين والمتدخلين في الخصومة، كما أن العنوان الصحيح أمر لا بد منه حتى يوجه للخصوم التبليغات والإعلانات الخاصة بالدعوى، لذا يشترط فيه أن يكون سليما،حسب ماذكره أطراف الدعوى.

إن صحة البيانات المتعلقة بالأطراف له بالغ الأثر على حسن إتمام تنفيذ الحكم التحكيم، وتمكين القضاء من بسط رقابته على الحكم في حالة الطعن فيه، أو عند تنفيذه[1].

- **البيانات المتعلقة بالمحكمين:** وتشمل أسماء المحكمين وعناوينهم وصفاتهم وجنسياتهم، ويقصد بالمحكمين هنا أعضاء هيئة التحكيم سواء كانت مشكلة من محكمة فرد أو من تشكيلة حسب اتفاق التحكيم، والغاية من ذكر هذه البيانات بما فيها جنسية الأطراف هي من أجل التأكد من مدى مطابقتها لما تم الاتفاق عليه.

إن إغفال أحد البيانات المتعلق بالمحكمين لا يؤدي إلى بطلان الحكم التحكيمي، ما لم يكن من البيانات التي تم الاتفاق عليها بالذات كاشتراط جنسية المحكم الرئيسي أو اشتراط اختلاف جنسية المحكمين المشكلين لهيئة التحكيم[2].

1- أحمد رشاد محمود سلام، مرجع سابق، ص 60. محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 439.

2- فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 556. حمزة أحمد حداد، مرجع سابق، ص 392، وهو أيضا ما أكده الحكم التالي: **إغفال ذكر جنسية المحكمين لا أثير له على صحة حكم التحكيم، إن دعوى البطلان محصورة بالبحث في النواحي الشكلية أو مخالفة النظام العام ولا يمكن تجازها للبحث في الموضوع.**

وحيث أغفل جنسية المحكمين لا تأثير لها على ديباجة الحكم طالما أن أحدا لم يشر في الدفوع لكون أحدهم جنسية أجنبية، وجرى اقتران اسم المحكمين مترفقا مع اسم الوكيل القانوني مما يتوجب معه الالتفات عن هذا السبب... **محكمة النقض السورية – غرفة المخاصمة- القرار رقم 17 لعام 2020.** **.(/http://www.aifica.com/2020/09/26/2959)**

– **موجز لطلبات الخصوم ودفوعهم:** يجب أن يتضمن حكم التحكيم – شأنه في ذلك شأن الحكم القضائي–موجزا كما تبادله الأطراف من أقوال وإشارة للمستندات التي قدمت، كما يتضمن حكم التحكيم موجزا عن تقرير الخبرة وخلاصته إن وجد، أو عن المعاينة التي قام بها المحكمون أو المكلفون بذلك، وكذلك كل الإجراءات التي اتبعت لغاية الوصول، وذلك بغية تسهيل العمل الرقابي على الحكم التحكيمي، والتحقيق من إلمامه بكل الوقائع المتنازع عليها، والتأكد من عدم تجاوز المحكمين للسلطة المخولة لهم والتزامهم بالرد على الدفوع المقدمة من الخصوم[1].

وبالرجوع للتشريعات الوطنية ولوائح التحكيم فإن كتابة حكم التحكيم والبيانات الواجب توافرها به كانت محط نصوص خاصة بذلك[2]، وهو ما انتهجه المشرع الفرنسي الذي لم ينص صراحة على الكتابة، لكن يفهم ذلك من خلال النص القانوني الذي يوجب ذكر البيانات وملخص الوقائع وأن يكون الحكم مسببا[3]، والمشرع الجزائري هو الآخر أشار إلى هذه المسألة لكن لم يكن النص على الكتابة مباشر، بل اكتفى كنظيره الفرنسي بوجوب تضمين الحكم التحكيم للبيانات الخاصة[4]، كدليل على وجوب الكتابة إذ من غير المنطقي أن تساق كل هذه البيانات شفاهة، كما أن اشتراط تقديم أصل الحكم التحكيمي مرفقا باتفاق التحكيم لإثباته دليل آخر على وجوب الكتابة[5].

1– حمزة أحمد حداد، مرجع سابق، ص 50. محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابقن ص 442.

2– المادة 01/43 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، والمادة 43 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012 ، والفصل 23/327و 24 من قانون التحكيم المغربي رقم 08/05 لسنة 2007، والمادة 3/31 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017، والمادة 41/ج من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، والمادة 30 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1997، والمادة 73 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة2000 المعدل سنة 2004،والمادة 42 من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، والمادة 34 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016.

3– المادة 1480 و1481، 1482ق. إ. م. فرنسي جديد

4– المادة 1027، 1028، 129 ق. إ. م.إ.ج.

5– المادة 1052 ق. إ. م. إ. ج.

أما اللوائح والتنظيمات فنذكر على سبيل المثال ما جاء في قواعد اليونسترال لسنة 1976 التي أكدت صراحة على ضرورة كتابة حكم التحكيم[1]، وعلى نحوها كذلك ما أورده القانون النموذجي لسنة 1985[2]، وقبلها اتفاقية نيويورك لسنة 1958[3]، واتفاقية واشنطن لسنة 1965[4]، وأيضا ما نص عليه نظام التحكيم لغرفة التجارية الدولية بباريس[5]. وتجدر الإشارة إلى أن هذه التشريعات والتنظيمات واللوائح وإن اشتركت في ضرورة كتابة حكم التحكيم (سواء نصت عليه صراحة أو ضمنا)، وكذا في ضرورة تضمينه مجموع البيانات اللازمة، إلا أنها اختلفت في هذه البيانات، والجزاء المترتب عن تخلفها حسب أهميتها والتزاماتها، إلا أنها اشتركت تقريبا في أن البيانات المتعلقة بأسماء الأطراف وصفاتهم وتاريخ الحكم وتوقيعه من البيانات الجوهرية التي ترتب البطلان عن تخلفها، بينما تبقى البيانات المتعلقة بالعناوين ومكان إصدار الحكم التحكيمي وأسماء المحكمين ومساعدي الأطراف وممثليهم، ليست من البيانات الجوهرية رغم أهميتها لكنها لا ترتب البطلان[6].

2- تاريخ ومكان إصدار حكم التحكيم

- **بالنسبة للتاريخ:** يجب أن يضمن المحكمون حكمهم التاريخ الذي تم فيه النطق به، إذا تترتب على ذكر التاريخ عدة مسائل مهمة من بينها مراقبة مدى التزام هيئة التحكيم بالمهلة المحددة له ، وكذا بدء سريان احتساب المواعيد كميعاد الطعن في الحكم، إضافة إلى أن ولاية هيئة التحكيم على النزاع تنتهي بصدور الحكم التحكيمي.

1- المادة 02/32.

2- المادة 01/31.

3- المادة 01/04.

4- المادة 02/48.

5- المادة 02/26.

6- يرجع لمزيد من التفاصيل محمد جارد، المرجع السابق، ص 450، 454.

ويثبت تاريخ الحكم في النسخة الموقعة من المحكمين، فإن لم يوقعوا في اليوم نفسخ فالعبرة بآخر من وقع والتاريخ المسجل أمام توقيعه، وعليه فإن إغفال ذكر التاريخ يرتب البطلان كونه من البيانات الجوهرية، إلا إذا كان هناك تاريخ قاطع يؤكد أن هيئة التحكيم أصدرت حكمها خلال الميعاد المقرر[1]. أو إذا تم الاتفاق على تمديد أجل التحكيم[2].

- **بالنسبة للمكان:** يعد ذكر المكان الذي صدر فيه حكم التحكيم من البيانات المهمة التي يترتب عنها عدة مسائل أهمها معرفة الدولة التي يلجأ لقضائها، وبالتالي تطبيق قانونها على دعوى البطلان[3]، وكذا إشكالات الخاصة بتشكيل هيئة التحكيم. وتغيير أعضائها، وعلى أساس مكان صدور الحكم يتحدد تكييفه إن كان وطنيا أو أجنبيا، أي إما أن ينفذ داخل إقليم الدولة التي صدر فيها أو أن ينفذ في إقليم دولة أخرى غير التي صدر فيها، كما تتحدد معه سلطة هيئة التحكيم في اختيار قواعد الإجراءات الواجبة التطبيق، وحق اللجوء لقضاء الدولة لاتخاذ التدابير التحفظية أو الوقتية[4].

ومع كل ذلك يرى جانب من الفقه أن إغفاله لا يؤدي لبطلان الحكم التحكيمي إذ يمكن معرفته بالاطلاع على محضر الجلسة أو من اتفاق التحكيم[5].

1- محمد سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 444. فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 442. محسن شفيق، مرجع سابق، ص 162. فوزي محمد سامي مرجع سابق، ص 305.

2- مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 676.

3- وإن كان جانب من الفقه يرى غير ذلك، كون المقصود بالمحكمة المختصة هو ذات الاختصاص أصلا بنظر النزاع في غياب اتفاق التحكيم، بصرف النظر عن مكان التحكيم أو مكان صدور حكم التحكيم.

4- عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 443 وما بعدها. حمزة أحمد حداد، مرجع سابق، ص 46.

5- محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 444. فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 442، 443،وهو عكس ما اتجه اليه القضاء في سوريا إذ جاء في حكم محكمة النقض في 2018 ما يلي:"**يعتبر مكان صدور حكم التحكيم من البينات الإلزامية التي يؤدي غيابها لبطلان ذلك الحكم حتى لو وافق الأطراف على ذلك**

إنه لدى الرجوع وتدقيق حكم المحكمين تبين أنه لم ينص صراحة على مكان صدوره، ومن حيث أن شرط التحكيم هو من الشروط المحددة بنص القانون لصحة حكم المحكمين وبانتفاء أي شرط من تلك الشروط يشكل خللا وعيبا جوهريا لحكم المحكمين وبالتالي يكون باطلا... وحيث أن تحديد مكان صدور حكم المحكمين يجب أن يأت

3- توقيع الحكم:

يعد توقيع الحكم من قبل الهيئة المصدرة له وسيلة لإضفاء المصداقية عليه سواء كان حكم تحكيم أو حكم قضائي، وتوقيع المحكم على الحكم دليل على أنه كان حاضرا في المداولة، وقبلها كان حاضرا في المرافعة، وشارك في دراسة الملف، وشارك الهيئة الرأي في القرار الصادر عنها.

وتظهر أهمية التوقيع في الهيئة التي تتشكل من عدة محكمين فيتبين دور المحكم المرجح في هذه الحالة، وكذلك عند رفض المحكمين التوقيع، هل يعتد بهذا الحكم أم أنه يعد باطلا، ويختلف الأمر بين عدم الموافقة على الحكم وعدم التوقيع، فعدم الموافقة على الحكم من قبل محكم أو أكثر لا يؤثر على صحة الحكم بل يكفي فيه رأي الأغلبية، كما أن الحكم غير الموافق عادة ما لا يمتنع عن التوقيع، لأنه يكون قد شارك في الإجراءات الأخرى في الخصومة من دراسة الملف، وسماع المرافعة ومناقشة المستندات والتداول مع المحكمين الأخيرين لكنه، لم يصل إلى نفس قناعتهم، لكن من المحكمين من تصل بهم المخالفة في الرأي وعدم الموافقة لدرجة رفض التوقيع، كوسيلة للضغط على الهيئة عن طريق تعطيل الإجراءات فيذكر في حيثيات الحكم وتسبيبه رأي المحكم الذي رفض التوقيع، وسبب رفضه ويمكن أن يكون سببا الرفض وجيها وسديدا ، يتبين من خلاله أحد أسباب رفع دعوى البطلان، كأن يشير المحكمة غير الموقع في معرض تسببيه إلى أن الهيئة خالفت ما جاء في اتفاق التحكيم بأن طبقت قانونا آخر غير المتفق عليه، أو أن الأطراف لم يعاملوا على قدم المساواة[1].

=صراحة بمتن الحكم وليس استنتاجا، وإن كانت الجهة المتحكم معها لم تصر هذا الدفع فإن هذا لا يعطي الصفة القانونية والسلامة لحكم معتل يفقد شرطا من شرائط صحته وهو تحديد مكان صدوره صراحة بشكل مكتوب بالحكم كبقية الشروط. **محكمة النقض السورية- غرفة المخاصمة- إقرار رقم 04 لعام 2019،(http://www.aifica.com/2020/04/8/2937/)**

1- فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 431، 433. لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 344.

وكنتيجة لذلك فقد رتبت أغلب التشريعات إجراء البطلان على تخلف التوقيع بالأغلبية أعضاء هيئة التحكيم على الحكم التحكيمي، إلا إذا تبين أن المحكم أو المحكمين الذين رفضوا التوقيع حضروا المداولة، ولم يقدموا تقريرا عن الأسباب التي دفعتهم لرفض التوقيع[1]، وكذلك المشرع الجزائري مشى على نهجهم لكنه لم يشترط ذكر سبب عدم التوقيع واكتفى بالإشارة إلى المحكم أو المحكمين الذين رفضوا التوقيع[2].

4- منطوق التحكيم

هو خلاصة ما توصل إليه المحكم كحل للنزاع المعروض عليه أو جزء منه، والمنطوق يصدر على هيئة التحكيم في شكل قرار، تفصل فيه إما في الموضوع ككل فتقدم الحكم البات، أو في جزء منه أو قد تصدر قرار قبل الفصل في الموضوع.

=وفي ذات السياق نستشهد بالحكم التالي: **إن توقيع حكم التحكيم من قبل كافة أعضاء هيئة التحكيم يعتبر دليلا لإثبات تمام المداولة القانونية على الوجه الصحيح بين أعضاء الهيئة**

إذا كان الثابت بالأوراق أن الهيئة التي أصدرت حكم التحكيم المكونة من ثلاثة أعضاء أحدهم عن الشركة المحتكمة والآخر عن الشركة المحتكم ضدها وثالثهم معين محكما مرجحا ورئيسا للهيئة قد وقعوا ثلاثتهم على هذا الحكم، وهو ما يكفي وحده لإثبات أن المداولة قد تمت بينهم على الوجه الصحيح، .....، وإذ رتب الحكم المطعون فيه على ما تقدم قضاؤه ببطلان حكم التحكيم، فإنه يكون معيبا بالقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال اللذين استجراه إلى مخالفة القانون.

محكمة النقض المصرية – الدائرة التجارية – الطعن 10177 لسنة 78 قضائية- صدر بتاريخ 2013/02/14.

=النص الكامل للحكم (PDF http://www. aifica. Com/wp-content/uploads.2010/07/10166 pdf الموقع : **(http:/www.aifica.com/2021/07/03/359/**

1- المادة 43 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، و المادة 42 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012 ، و الفصل 25/327 من قانون التحكيم المغربي رقم 08/05 لسنة 2007، والمادة 31 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017، والمادة 41 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، والمادة 30 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1997، والمادة 72 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة2000 المعدل سنة 2004،والمادة 2/41 من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، والمادة 34 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، وكذا المادة 1513 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

2- المادة 1029 ق. إ. م. إ. ج.

يكون المنطوق آخر وثيقة الحكم بعد البيانات السابقة من ذكر أسماء والأطراف والمحكمين، وهوياتهم وعناوينهم ومكان التحكيم وتاريخ وملخص الوقائع وحيثيات التسبيب والمناقشة القانونية، ويكون قبل التوقيع، ويشترط فيه الوضوح والدقة، والإجابة على كل طلبات الأطراف سواء إيجابا أو رفضا دون تناقض وفي حدود موضوع النزاع.

يعد تخلف المنطوق في حكم التحكيم تخلفا للغاية التي أبرم من أجلها اتفاق التحكيم أصلا، فلا حكم دون منطوق وإلا ما الغاية من إصدار وثيقة تظم البيانات السالفة الذكر، ولا تتضمن منطوقا يقدم الحل المنتظر للنزاع المطروح على الهيئة، وبالتالي فإن حكما بدون منطوق يترتب عنه بطلان هذا الحكم، مما يجعله من البيانات الجوهرية.

5- تسبيب حكم التحكيم

يعد التسبيب في الأحكام بصفة عامة وأحكم التحكيم بصفة خاصة من المواضيع المعقدة، ذلك أن التسبيب يعتمد على قدرة القاضي أو المحكم في تقديم الترتيب الملائم للوقائع والتأسيس عليها والاحتجاج بها لتبرير الحكم الذي توصل إليه فكان انعدام التسبيب أو النقص فيه أو التناقص من أسباب إثارة البطلان وتقديم الطعون.

وعليه فالتسبيب هو ما يبنى عليه المحكم منطوقه مما قدم إليه من وثائق ووقائع يستشف من خلالها موضوع النزاع وحقيقته، وما هي النصوص القانونية الملائمة، وليكون التسبيب في أحكام التحكيم مؤسسا، يجب على هيئة التحكيم أن تتحرى اختيار الوقائع التي تبنى عليها حكمها، فلا تعتمد على الوقائع غير الثابتة أو غير الدقيقة أو غير المهمة، أو المفترضة، فتكون تلك الوقائع المعتمدة عليها إحدى البيانات التي يستند إليها في تأسيس الحكم[1].

1- حمزة أحمد حداد، مرجع سابق، ص 402.

ومن جهة أخرى فإن التسبيب يجب أن يكون ملما ومحيطا بكل ما قدم ودار في جلسات التحكيم، وبالتالي كافيا ومبررا للموقف الذي اتخذته هيئة التحكيم بقبولها طلبات خصوم دون خصوم، لكن الهيئة غير ملزمة بتسبيب كل واقعة على حدا أو رفض أو قبول كل وثيقة أو مستندا أو طلب على حدا، لأن ذلك يعد مبالغة في التسبب يفقد الحكم مكانته[1].

وقد اتخذت القوانين واللوائح والتنظيمات موقفا موحدا بضرورة تسبيب أحكام التحكيم، مع بعض الاختلافات والاستثناءات التي تتعلق بخصوصية الدعوى التحكيمية من جهة، وخصوصية التحكيم ككل، إلا أن بعض التشريعات لم ترتب جزاء على تخلف التسبيب في أحكام التحكيم طالما كان ذلك تجسيدا لاتفاق الأطراف ورغبتهم[2]،

بينتما اتخذ المشرع الجزائري نفس موقف القانون الفرنسي بضرورة تسبيب الأحكام التحكيمية النهائية، وإن اتفق الأطراف على خلاف ذلك مرتبا أثر البطلان في حال المخالفة[3]، بينما اختلف موقف الاتفاقيات الدولية واللوائح في هذا الشأن فنذكر مثلا اتفاقية

1- جارد محمد، مرجع سابق، ص 408.

2- المادة 02/43 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، والمادة 42 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012 ، والمادة 23/327 /2 من قانون التحكيم المغربي رقم 08/05 لسنة 2007، والمادة 2/31 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017، والمادة 41/ب من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، والمادة 30 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1997، والمادة 73 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة2000 المعدل سنة 2004،والمادة 3/42 من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، والمادة 34 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، وكذا المادة 1482، 1483 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

3- المادة 1027و المادة 05/1056 ق. إ. م. إ. ج، إلا أن المشرع الجزائري أخلط الأوراق نوعا ما عندما جمع بين الآراء.،فهو في نص المادة 1027 ق. إ. م. إ. ج يجعل من التسبيب وجوبيا، إلا أن إخضاع الإجراءات في المادة 1043 ق. إ. م. إ من حيث ضبطها وتحديدها لاتفاق الأطراف، (بما فيها إصدار الأحكام التحكيمية وما تشمل عليه) ثم الرجوع في المادة 05/1056 التي تضع انعدام التسبيب أو قصوره أحد أوجه الطعن بالبطلان في حكم التحكيم، فالملاحظ هنا أن المشرع الجزائري لم يشر صراحة إلى الاستناد الذي اعتمده المشرع المصري – وجود اتفاق بين الأطراف على الإعفاء من التسبيب– وهو ما جعل من القاضي الذي يعرض عليه الحكم التحكيم هنا في صراع بين تطبيق المادتين 1027 و1056 ق. إ. م. إ. ج، وبالتالي عدم الأخذ باتفاق الأطراف.

أو اعتماد المادة 1043/ ق. إ. م. ج باعتبار التسبيب بصفة عامة أحد المسائل الإجرائية وبالتالي اصطدام هذه المادة بالمادتين 1027 و 1056 ق. إ. م. إ.

واشنطن لسنة 1965 التي أوجبت تسبيب أحكام التحكيم[1]، ورتبت البطلان أيضا في حالة المخالفة[2]، وكذلك الأمر بالنسبة لقواعد اليونسترال لسنة 1976[3]، إلا أن هذه الأخيرة لمن ترتب البطلان في حالة المخالفة إذا كان بناء على اتفاق الأطراف، وهو نفس الاتجاه الذي اعتمده القانون النموذجي[4]،بينما لم تشر اتفاقية نيويورك لسنة 1958 لهاته المسألة كونها تخص الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها أي المرحلة التي تلي إصدار الحكم التحكيمي، في حين اختلفت لوائح التحكيم لبعض المراكز الدولية في طريقة الإشارة لاشتراط التسبيب في الحكم التحكيمي، فرجحت لائحة التحكيم لمحكمة لندن ضرورة التزام هيئة التحكيم بتسبيب الأحكام ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك[5] في حين لم تشر لائحة غرفة التحكيم بباريس لهاته النقطة في البداية إلا أنها تراجعت فيما بعد بنصها على وجوب تسبيب حكم التحكيم[6].

وعليه يبقى تسبيب الأحكام التحكيمية هو المبدأ ضمانا لحقوق الأطراف ودرء لتعسف الهيئة التحكيمية وتحديدا لسلطتها، إلا أن اتفاق الأطراف على إعفاء الهيئة من تسبيب قراراتها كاستثناء،لا يحول دون تحقيق مصالحهم، لكنه يحملهم مسؤولية التنازل عن هذا المبدأ ويسقط حقهم في الطعن بناء عليه.

ب- الشروط الموضوعية لإصدار حكم التحكيم

لا تكفي الشروط الشكلية السالفة الذكر لوحدها لإصدار حكم تحكيمي سليم قابل للتطبيق، بل ينبغي إلى جانب ذلك توافر شروط موضوعية أهمها أن يتضمن حكم التحكيم

1- المادة 02/48 من الاتفاقية.

2- المادة 01/52 من الاتفاقية.

3- المادة 03/32 من الاتفاقية.

4- المادة 31 من القانون النموذجي.

5- المادة 01/26 من لائحة لندن للتحكيم.

6- المادة 05/25 من لائحة علاقة التجارة الدولية بباريس.

للنزاع المطروح على الهيئة التحكيمية، وكذلك ألا يخرج الحكم التحكيمي في مضمونه على النصوص القانونية والموضوعية محل اتفاق التحكيم.

1- أن يفصل حكم التحكيم في النزاع المطروح:

إن لجوء الأطراف للتحكيم مرده حاجتهم لمن يفصل في النزاع القائم بينهم أو استشرفا لنزاع محتمل، وعليه فإن يشترط في حكم التحكيم أن يلم بكل الجوانب الموضوعية المعروضة على هيئة التحكيم، وأن يبتّ في كل الطلبات والدفوع على نحو فاصل، ولا يستقيم لهيئة التحكيم أن تفصل بأكثر مما طلب منها، أو تناقش مسائل غير المعروضة عليها، وإن كانت تراها متصلة بالنزاع، كأن تناقش صحة العقد المبرم بين الطرفين، بينما لم يكن لذلك أثر في النزاع القائم بين الطرفين[1].

2- أن تلتزم هيئة التحكيم بما أسند إليها ووفق القواعد القانونية المختارة:

ذلك أن اتفاق التحكيم منذ البداية يتضمن إشارة للنصوص القانونية الموضوعية والإجرائية التي تلتزم الهيئة بالعمل وفقها، وبالتالي فإن عدم التزام الهيئة بذلك يعد تجاهلا لإرادة الأطراف التي هي قوام العملية التحكيمية ككل.

وفي ذات السياق فقد أشارت معظم القوانين وكذا اللوائح والتشريعات إلى ضرورة التزام هيئة التحكيم بالقانون المختار من قبل الأطراف في اتفاق التحكيم وهو ما سبقت الإشارة إليه بالتفصيل[2]، كما يرى جانب من الفقه أن الفصل في تكاليف التحكيم يعد من قبيل المسائل الموضوعية التي ينبغي إدراجها ضمن الحكم[3].

1- مختار البريري، مرجع سابق، ص 179، 181.

2- يرجع في ذات المعنى إلى القانون الواجب التطبيق المشار إليه في الباب الأول.

3- بلباقي بومدين، مرجع سابق، ص 520.

الفرع الثاني

آثار حكم التحكيم

إذا تحققت الشروط الشكلية والموضوعية لإصدار حكم التحكيم، فإنه بذلك يكون منتجا لأثاره القانونية، وتعد حجية الأمر المقضي فيه أهم أثر ينتج عن الحكم بمجرد صدور مستوفيا لشروط السالفة الذكر، وبالتالي تكون هيئة التحكيم قد اكتملت مهمتها واستنفذت ولايتها على النزاع المعروض أمامها.

أولا- حيازة حكم التحكيم حجية الأمر المقضي فيه

إن حجية الأمر المقضي فيه مصطلح إجرائي محض يرتبط بأحد أشكال العمل القضائي، المتمثل في الحكم الفاصل في النزاع سواء كان نزاعا معروضا على القضاء أو على التحكيم.

لم يختلف الفقه كثيرا في التعريفات الواردة بشأن حجية الأمر المقضي فيه، فعرفها جانب من الفقه بأنها:"ما يتصف به الحكم من قوة وقرينة قانونية لا تقبل اثبات العكس، تشهد على أن الحكم قد صار صحيحا شكلا وموضوع، ولا يجوز إهدار هذه الحجية إلا عن طريق الطعن المقرر قانونا"[1].

وفي تعريف أخر هي:"الحرمة التي يتمتع بها الحكم أمام أطرافه، والتي تمثل قرينة على أن الحكم صدر صحيحا من حيث إجراءاته وأن ما قضى به هو عين الحقيقة من حيث الموضوع"[2].

1- يرجع إلى نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 334.

2- إسماعيل الزيادي: حكم التحكيم وحجيته وقوته التنفيذية، مجلة التحكيم العالمية عدد 13. منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2012،ص 123. لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 361. أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 45. محمد ماهر أبو العينين، وعاطف عبد اللطيف، قضاء التحكيم، مرجع سابق، ص 106.

أن يكتسي حكم التحكيم هذه الحجية منذ صدوره يعني أن هيئة التحكيم وأطراف الدعوى ملزمين بعدم طرح النزاع مرة أخرى بخصوص ذات الموضوع، فلا الهيئة لها الحق في إعادة الفصل في الموضوع، ولا الأطراف لهم الحق في طرحه أمام ذات الجهة أو أمام جهة أخرى، إلا بالطرق القانونية وإلا عد ذلك من قبيل نقض هذه الحجية[1]، وحتى في حالة القابلية للطعن، وفي حالة عدم التنفيذ فإنه لا يجوز المجادلة في هذه الحجية طالما أنها لم تنقض بسبب من أسباب الانقضاء القانونية[2].

ويجدر التمييز هنا بين الحجية المؤقتة التي تمنح للحكم بمجرد صدوره، وبين الحجية المطلقة التي تمنح للحكم بعد أن يصبح باتا غير قابل للطعن بأي من طرق الطعن، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى التمييز بين حجية الشيء المقضي فيه التي تتعلق بحجية الحكم المؤقتة، وقوة الشيء المقضي فيه التي تتعلق بحجية الحكم بعد استنفاذه طرق الطعن، وإجراءات التنفيذ ووضع الصيغة التنفيذية عليه[3].

– **مدى تعلق حجية حكم التحكيم بالنظام العام:** اختلف الفقه في هذه المسألة من يرى أن حجية الحكم التحكيمي من النظام العام، تثيرها محكمة التحكيم من تلقاء نفسها، وبين من يرى أنها ليست من النظام العام لتعلقها بإرادة الأطراف.

وقد اتجه مؤيدو فكرة تعلق الحجية في أحكام التحكيم بالنظام العام إلى أن حكم التحكيم ورقة رسمية، يحوز على الحجية بمجرد صدوره، ولا يجوز للأطراف إعادة النزاع أمام القضاء أو أمام هيئة أخرى ما دام تم الفصل فيه، إلا إذا اجتمعت إرادة جميع الأطراف على ذلك، إذ ترفض المحاكم القضائية الدعوى في حالة اللجوء إليها لعدم اختصاصها إذا

1– محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 454.

2– إلياس ناصيف، العقود الدولية، مرجع سابق، ص 268.

3– يرجع إلى: بن حاجة أحمد،آثار القانونية المترتبة على حكم التحكيم التجاري الدولي ،رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ،جامعة البليدة،2016–2017،ص167، وأيضا أحمد محمد أحمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة 2012،ص 12.

كان حكم التحكيم لم يصدر، وترفضها لسبق الفصل إذا تم اللجوء إليها بعد صدور حكم التحكيم[1].

إلا أن مؤيدي فكرة عدم تعلق الحجية بالنظام العام ينتقدون الرأي الأول من الاستثناء الوارد بتعليلهم، إذ يرون أنه لا يجوز إعادة طرح النزاع إلا إذا اجتمعت إرادة جميع الأطراف على ذلك، فبمفهوم المخالفة، يجوز إعادة طرح النزاع على قضاء الدولة، أوعلى هيئة تحكيم أخرى، أو إعادة بدء إجراءات خصومة تحكيمية أخرى عند اتفاق الأطراف، ولأن التحكيم أصله اتفاقي رضائي في الأساس، فإن أغلب إجراءاته تتم بهذه الطريقة، وإمكانية الاتفاق على إعادة طرح النزاع أمام هيئة تحكيم أخرى قائمة، وليس لهيئة التحكيم الجديدة الدفع بحجية الحكم الأول ما لم يتمسك به المحكوم له،و يضيف أنصار هذا الرأي أن الحجية المقررة للأحكام القضائية تتعلق بالنظام العام لتعلقها بالمصلحة العامة ولحسن سير مرفق القضاء، بينما الحجية المقرر للأحكام التحكيمية مقررة لصالح الخصوم ولا علاقة لها بالمصلحة العامة[2].

وإن كنا نرى أن الرأي الثاني هو الأصوب كون أطراف الخصومة التحكيمية يلجؤون إلى التحكيم كخيار شخصي بناء على أسباب موضوعية يرونها، فإن لم تتوفر الأسباب التي لجأوا من أجلها للتحكيم، فإنه يمكنهم الاتفاق على اعتباره كأن لم يكن، والاتفاق من جديد على تحكيم آخر، أواللجوء إلى القضاء.

لكن لا يمكن للمحكوم عليه وحده رفض هذا الحكم واعتباره كأن لمك يكن، ويتجه بمفرده إما لهيئة تحكيم أخرى أو يتجه للقضاء، لأن ذلك سيعد تهربا منم التزام الواقع على عاتقه نتيجة الحكم الصادر، وقد وقفنا على قضايا طرحت أمام القضاء، لم يتمسك فيها المحكوم عليه بسبق الفصل، فلم تتدفع المحكمة بسبق الفصل، بل وأكثر من ذلك فإنه في عديد الأحيان يكون الأطراف متفقين على عرض النزاع أمام القضاء كما في حالة الخروج

1- عبد الحميد الأحدب،موسوعة التحكيم ، ج4، مرجع سابق، ص 323. فتحي الوالي، مرجع سابق، ص 590، 591.
2- بن حاجة أحمد، مرجع سابق، ص 170.

من الشيوع – ثم يأتي الحكم بما لا يعجب الأطراف، فيتفقوا فيما بينهم على إعادة طرحه دون الدفع سبق الفصل، خصوصا وأن القاضي لا يمكنه الاطلاع على الدعاوى المطروحة أكثر من مرة بخصوص نفس النزاع إلا إذا تمسك بذلك أحد الأطراف.[1]

أما بخصوص التشريعات الوطنية واللوائح والتنظيمات فقد تباينت مواقفها لكنها أجمعت على الإشارة إليها[2]، وهو الموقف ذاته الذي اتخذه المشرع الجزائري[3] الذي اعتبر حكم التحكيم حائز الحجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدوره.

أما الاتفاقات الدولية فقد أشارت هي الأخرى إلى منح الأحكام التحكيمية حجية الشيء المقضي فيه فور صدورها، ومن ذلك اتفاقية نيويورك لسنة 1958[4] واتفاقية واشنطن لسنة 1965[5].

---

1 – **وفي هذا الشأن نستشهد بالحكم الصادر بالبحرين و الذي جاء فيه: إن لجوء الأطراف للتحكيم مع سبق وجود حكم قضائي بذات الموضوع والمحل يعتبر مخالفة للنظام العام ويؤدي لبطلان حكم التحكيم:**

وإنه ولئن كانت حجية الأمر المقضي والتي أناط المشرع أن تقضى بها المحكمة من تلقاء نفسها فإنه يكون قد أطلق قرينة الصحة في حكم القاضي رعاية لحسن سير العدالة واتقاء لتأبيد الخصومات وضمان الاستقرار من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية فإنها تعد من قبيل النظام العام وبالتالي تدخل في مفهوم السياسة العامة للدولة التي لا يجوز أن يتعارض قرار التحكيم مع حكم نهائي سابق في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلا وسببا.

محكمة التمييز في البحرين– الطعن رقم 590 لسنة 2020 مدني– صدر بتاريخ 16 نوفمبر سنة 2020،(/http://www.aifica.com/2021/05/22/3537).

2– المادة 55 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، وأيضا المادة 52 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012 ، والمادة 26/327 من قانون التحكيم المغربي رقم 08/05 لسنة 2007،والمادة 34 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017، والمادة 52 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، والمادة 79 و80 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1997، والمادة 53 من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، و وكذا المادة 01/1484 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

3– المادة 1031 ق. إ. ج. م. إ. ج.

4– المادة 03 من الاتفاقية.

5– المادة 54 من الاتفاقية.

- **نطاق حجية حكم التحكيم:** إن حجية أحكام التحكيم هي حجية نسبية ترتبط بموضوع النزاع المفصول فيه وبأطراف العلاقة في الخصومة التحكيمية، أما من الجانب الموضوعي فحجية حكم التحكيم محددة بالنزاع المفصول فيه، والطلبات المقدمة لهيئة التحكيم، وبالتالي يمكن أن يكون محل تحكيم آخر، أو محل عرض على القضاء المسائل التي لم يفصل فيها، والطلبات التي لم يرد عليها وذلك بالرجوع لحكم التحكيم وتسبيبه[1].

كما أنه لا يمكن أن تحتج بحكم تحكيمي فاصل في موضوع معين، ضد دعوى تحكيمية أخرى جاءت نتيجة نزاع أخر، وإن كان بين نفس الأطراف إلا في حالة وجود اتفاق بينهم لذلك.

أما عن الحدود الشخصية لحجية الحكم التحكيمي فالمقصود بها أن الحكم لا يحوز حجية الشيء المقضي فيه، إلا في مواجهة أطراف الدعوى ولا يمتد أثره للغير[2].

وتجدر الإشارة هنا أن مفهوم الطرف في اتفاق التحكيم ليست بالضرورة هو الخصم في الدعوى التحكيمية، إذ يشترط في الخصم أن يكون طرفا فعليا في الاتفاق، وساهم في تشكيل هيئة التحكيم وتداعت الإجراءات في مواجهته[3].

ومن جهة أخرى فإن الطرف في اتفاق التحكيم وصف يطلق على الموقع عليه، وينتقل إلى خلقه العام والخاص في حدود ما يسمح به الاتفاق، والقانون الواجب التطبيق، وبالتالي تمتد حجية أحكام التحكيم إلى خلف طرف الاتفاق الموقع عليه[4].

ويعد نطاق الحدود الشخصية لحجية التحكيم من المسائل التي تثير العديد من الإشكالات في الواقع العملي لما تتضمنه من تداخل في الصفات، كتداخل صفة المدير العام للشركة ممثلا لها في اتفاق التحكيم وفي الخصومة التحكيمية، ثم اعتبار الشركة التي

1- آمال أحمد الفزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم،منشأة المعارف، 1990، ص 113وأيضا الحسين السالمي، مرجع سابق، ص 461.

2- عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، دراسة تحليلية، دار النهضة العربية، 2007،ص 158.

3- بليغ حمدي، مرجع سابق، ص 107.

4- مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 459.

يمثلها من الغير الذي لا يحتج بحكم التحكيم في مواجهته، وكذا ما تثيره صفة الشركات التجارية ذات الفروع من إشكالية مواجهتها بالأحكام التحكيمية ومدى امتداد الحجية بالنسبة للفروع أو لا، وغيرها من الحالات[1].

ثانيا- استنفاذ هيئة التحكيم لولايتها

يقصد باستنفاذ الولاية أن هيئة التحكيم لم تعد لها سلطة على النزاع بعد أن أتمت المهمة المسندة إليها بخصوصه، فلا يمكنها الرجوع عن حكمها أو إعادة الفصل في النزاع إلا في حدود ما يلزم تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء، كما سبق تناول ذلك، فالمحكم الذي استنفذ ولايته فقد صفته بالنسبة للنزاع الذي فصل فيه، شأنه شأن القاضي، بغرض ضمان استقرار المعاملات بين الناس والحفاظ على المراكز القانونية المكتسبة وكذا الحقوق والالتزامات المقررة[2].

ويستنفذ المحكم ولايته على الأحكام القطعية التي تضع حدا للنزاع في جملة أو جزء منه في مسألة متفرعة عنه بشكل حاسم لا رجوع فيه من جانب المحكم، وقطعيته تعرف من تحليله وبيان طبيعته واتجاه إرادة المحكم، والاستنفاذ هو أثر للقطعية وليس سببها، والقطعية والاستنفاذ لا يحولان دون إمكانية الطعن في الحكم وفقا للقانون.

يؤدي الحكم القطعي لاستنفاذ الولاية سواء صدر في مسألة موضوعية أو إجرائية أو سواء صدر بالإيجاب أو الرفض، مع ملاحظة أن الأحكام الصادرة في الموضوع كله أو جزء منه تستنفذ الولاية، وتجوز الحجية في الوقت ذاته وتفتح الباب لحيازة قوة الشيء

1- يرجع في ذلك جارد محمد، مرجع سابق، ص 467، 468 يرجع كذلك إلى السيد عبد الماجد ،حجية حكم التحكيم،منشور على https://taqadom2030.blogspot.com بتاريخ 2016/09/08، تاريخ الاطلاع 2020/12/20

2- نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، 314 وما يليها.

- أما بالنسبة للوائح والاتفاقيات نذكر مثلا: المادة53 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965، المادتين 31، 32 من القانون النموذجي لسنة 1985.

المقضي فيه على خلاف الأحكام القطعية الصادر في مسألة إجرائية فهي تستنفذ الولاية، ولا تحوز حجية الشيء المقضي فيه[1].

لم تختلف النصوص واللوائح عند الإشارة لهذا المبدأ بل أجمعت على استنفاذ المحكم لولايته على النزاع بمجرد النطق بالحكم، وأفردت لذلك نصوصا صريحة[2]، بما فيها المشرع الجزائري[3].

وتجدر الإشارة أن إعمال مبدأ استنفاذ ولاية المحكمة بصدور الحكم القطعي لا يمتع الأطراف عن الطعن فيه[4].

ونشير في الأخير إلى أن التحكيم باعتباره نظاما اختياريا إراديا للتقاضي، فإن الأولى فيه بعد وصوله لمرحلة التنفيذ أن يتم كذلك بصفة تلقائية وإرادية، فحسن النية مفترض في الأطراف الذين يؤكدون من خلال سعيهم ومبادرتهم في إجراءات التنفيذ بمجرد صدور الحكم التحكيمي، ومن أسباب التنفيذ الاختياري للقرارات التحكيمية ارتباطه بأطراف دولية بينها علاقات اقتصادية ومعاملات ومجاملات، يفرضها التعايش السلمي، وبالتالي فإن التنفيذ الاختياري هو أحد أوجه هذا التعايش ضمانا لاستمرار العلاقات الاقتصادية، وتجنبا للمشاكل التي قد تنجم عن رفض التنفيذ، من ركود في العلاقات الاقتصادية فرفض التعامل والسمعة السيئة والجزاءات المالية[5] وفقدان ثقة المصارف، مما ينعكس سلبا على الائتمان المالي[6].

1- بشير سليم، مرجع سابق، ص 177.

2- نذكر منها المادة 01/48 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، وأيضا المادة41 من قانون التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012 ، المادة 28/327 من قانون التحكيم المغربي رقم 08/05 لسنة 2007، والمادة 9/31 من قانون التحكيم القطري رقم 02 لسنة 2017، والمادة 44 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2000، والمادة 76 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1997، والمادة 45 من قانون التحكيم السوري رقم 04 لسنة 2008، والمادة 36 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، وكذا المادة المواد 1458، 1473 ق. ا. م. ف من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي هو الآخر أشار لهذا المبدأ في المادة 1475 ق. إ. م فرنسي.

3- في المادة 130 ق. إ. م. إ. ج التي جاء فيها:" يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه".

4- نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 318، 319.

5- جارد محمد، مرجع سابق، ص 599.

6- كاوة محمد عمر، مرجع سابق، ص 167.

ويثبت الواقع العملي إن ما نسبته 90 إلى 95% من أحكام التحكيم تنفذ بدون صعوبات، وبشكل ودي، فلا يحتاج المحكوم له في حكم التحكيم استصدار أمر بالتنفيذ[1]. ورغم ارتباط التحكيم بالطابع الاتفاقي إلا أن حكم التحكيم لا يرضي جميع الأطراف دائما، فيسعى خاسر الدعوى إلى التهرب والتماطل في التنفيذ مما يجعل التنفيذ الجبري حتمية يلجأ إليها رابح الدعوى من خلال الاستعانة بالسلطة القضائية.

فالتنفيذ الاختياري –إذن– هو القاعدة احتراما للقرار التحكيمي ورفض التنفيذ والمماطلة هو الاستثناء... وفي كلتا الحالتين (التنفيذ الاختياري أو الجبري) يمر أطراف الخصومة التحكيمية على القضاء (قضاء الدولة محل التنفيذ) لبسط رقابتها على الحكم التحكيمي.

فاختيار التحكيم كبديل للقضاء لحل النزاعات الناشئة أو التي تنشأ بين الأطراف، يتم بإرادتهم وبحريتهم إلا أن هذه الإرادة لا تكفي وحدها لمنح هذه الأحكام القوة التي تمكنها من التنفيذ، وهو ما لا يتأتى إلا بعد المرور على قضاء الدولة المراد التنفيذ بها، فالرقابة القضائية غايتها التثبت من صحة الأحكام التحكيمية، وخلوها من العيوب الجوهرية، وعدم وجود ما يمنع تنفيذها، فهي إذن رقابة خارجية لا علاقة بها بموضوع التحكيم، تقررت كوسيلة لحماية هذه الأحكام من تسييرها حسب الرغبات الشخصية للمحكمين أو الأطراف، مما يجعلها بمنآى عن العب بها وبنظام التحكيم، وتدخل القضاء بالرقابة ليس ضرورة حتى يستكمل نظام التحكيم أركانه الأساسية عن طريق سد النقص الاضطراري في الاختصاص القضائي للتحكيم بالاعتراض للقضاء بحق التدخل[2].

فالمحكم يحكم ويقرر والقضاء يضع تلك القرارات والأحكام موضع التنفيذ، وبالتالي فإن تدخله ليس قاصرا على مجرد مساعدة المحكم على أداء مهمته بإعطاء الصفة الإلزامية

1– عماد مصطفى فتميناسي، مرجع سابق، ص 36.

2– عبد الله محمد أبا الخيل، الرقابة القضائية على التحكيم في المملكة العربية السعودية، مجلة القضاء، العدد 01 ديسمبر 2012، ص 159 وما يليها.

لقراراته وأحكامه، ولكنه يمتد ليشمل رقابة حكم التحكيم المهني للنزاع عند فحصه إجرائيا من أجل وضع الصيغة التنفيذية عليه[1].

إن بسط الرقابة من القضاء على أحكام التحكيم تابع من التزام الدولة أصلا بإقامة العدل على إقليمها وبين مواطنيها، خصوصا وإن التحكيم بعد تنازلا جزئيا عن هذا الالتزام، توازنه هذه الرقابة التي احتفظت بها الدولة، إضافة إلى ما تكرسه هذه الأخيرة من هيبة الدولة، وسيادتها على إقليمها وحفاظ على النظام العام والآداب العامة، كما أنها تقلل من أخطاء المحكمين وتجدد حرصهم أثناء أدائهم لمهمتهم. باستحضار وجود الدولة كرقيب على ما يصدر عنهم من أحكام، فيستشعرون رقابتها عليهم وحمايتها لهم، وللأطراف المتخاصمين[2]، ولتحقيق هذه الرقابة على أرض الواقع، اجتهدت اللوائح والاتفاقيات الدولية والخاصة بالتحكيم وكذا التشريعات الداخلية المقارنة في وضع أسس وقواعد تسهل تنفيذ حكم التحكيم، وتبسط إجراءات، وفي نفس الوقت تمكن الدولة محل التنفيذ من بسط رقابتها بما يتلاءم مع النظام العام بها، ولا يمس سيادتها، فاتفقت معظمها على تمكين رابع الدعوى من تنفيذ الحكم بعد حصوله على الاعتراف والأمر بالتنفيذ، مما يمكنه من إمهاره بالصيغة التنفيذية، وخولت له كذلك الطعن بالاستئناف في أمر التنفيذ من جهة، ومكنت خاسر الدعوى من الطعن بالبطلان وفق شروط وأوجه محددة على سبيل الحصر، فيكون بذلك متكافئا مع خصمه في الفرص.

لم تسمح لنا الدراسة الحالية التعمق في هذه الإجراءات والخوص في الرقابة القضائية على أعمال المحكمين عموما وعلى أحكام التحكيم خصوصا لما تتضمنه من جزئيات ومسائل إجرائية دقيقة تستدعي التمحيص[3].

1- عبد الله محمد أبا الخيل، المرجع السابق، ص 174، 176. رضوان أبو زيد، مرجع سابق، ص 34.

2- آمال الفزايري، مرجع سابق، ص 163.

3- لذا فقد تناولها جانب كبير من الأساتذة بالدراسة منفصلة، حتى يعطوها حقها من البحث والتدقيق، راجع في ذلك: نوال زرق ، مرجع سابق، حوت فيروز، مرجع سابق، بن حاجة أحمد، مرجع سابق، عماد مصطفى فميساتي، مرجع سابق، آمال بدر، مرجع سابق، بليغ حمدي محمود، مرجع سابق، عامر فتحي البطاينة، مرجع ساق وغيرهم كثير.

الخاتمة

إن خاتمة أي بحث هي خلاصة ما وصل إليه الطالب وجال في ذهنه طيلة إعداده لهذا البحث، وإن كانت أصعب ما يكتب خصوصا في موضوع كموضوعنا هذان وما يتسم به من المرونة والخصوصية والاتساع، فمناقشة جزئية ما في موضوع أطروحة دكتوراه قد يبدو للأغلبية أنه من المسائل الصعبة– حقيقة لا ننكرها– فكل عمل بحثي ينطوي على صعوبات، لكن أن تحمل موضوعا يحمل بين دفتيه كل المواضيع الجزئية وتحاول جمعه شتاتها وتناقشها دون أن تطيل أو تخل فذاك الأصعب.

إن كل عنوان جانبي، كل مبحث كل مطلب كل فرع كان يصلح أن يناقش في أطروحة لحله، فنرجو أن نكون قد وفقنا ولو بقدر بسيط لإعطاء لمحة عن نظام التحكيم في مجال التجارة الدولة.

استهللنا دراستها في الباب الأول من ماهية التحكيم، فكان لزاما علينا تناول التعريفات الخاصة به من شتى الزوايا بداية من اللغوية إلى غاية الفقهية الأجنبية والعربية، لنبحر بعدها في التاريخ محاولين الوصول إلى جذور هذا المصطلح وبداياته إلى غاية ما وصل إليه حاليا في ظل الانتشار الواسع للمراكز والغرف الدولية التي تعنى به (دراسة وتطبيقا وعملا) ووقفنا عند هذا المصطلح في القوانين الجزائرية المتعاقبة من الموقف الرافض له جملة وتفصيلا إلى غاية تعديل قانون الإجراءات المدنية في 2008، لننتقل بعدها لتميزه عن مختلف المصطلحات الشبيهة به، وكذا طبيعته القانونية والنظريات المختلفة التي تناولته، لنخلص إلى طبيعته الخاصة التي تجعل منه نظاما منفردا متميزا فلا هو بالقضاء المحض ولا بالعقد المحض، ولكن بين هذا وذاك مما منحه جملة من المبادئ والعديد من المزايا، وبعض السلبيات التي عددناها تباعا أهمها السرية التي طالما كانت عامل جذب للمتعاملين الاقتصاديين لما توفره من حماية لمعلوماتهم الشخصية والمهنية، لكمنها في المقابل السبب الرئيسي في عدم وجود دراسات عملية تخص التحكيم بسبب شح المعلومة.

استلزم الأمر كذلك أن تعرض أهم المؤسسات التحكيمية واللوائح – وإن كان عددها يربو عن 4000– إلا أننا تناولنا أشهرها وأكثرها تواجدا على الساحة الدولية بحكم قصدها من طرف المحكمين، وكان أخر مركز تناولناه وهو مركز المصالحة والوساطة والتي يتم في الجزائر، وكنا نتمنى أن نكتب عنه بالقدر اللازم والكافي في مثل باقي الهيئات، إلا أن وجدناه من خلال البحث لم يكن كذلك، فكان ذلك أحد نقاط الضعف التي صادفتنا.

ثم تناولنا أهم مجالات التحكيم التجاري الدولي وإن كانت مجالاته أوسع وأكثر إلا أننا حاولنا التطرق للمجالات التي كان للجزائر نصيبا فيها، وهي كذلك الأكثر شهرة في الاقتصاد الدولي، وحاولنا البحث عن أكبر عدد من القضايا التي كانت فيها الجزائر طرفا (مؤسسات، وأشخاص معنوية...) فلم نقف إلا على أمثلة قليلة، أغلبها خسرت فيها الجزائر ملايين الدولارات، وهي أحد نقاط الضعف الأخرى التي وجدناها، لنعرج بعد ذلك إلى الهيئة التحكيمية أو المحكم وكل ما يتعلق بتعينه والشروط الواجب توافرها به، وطرق عزله ورده، ونطاق السلطة المخولة إليه ومسؤوليته.

الباب الثاني من هذه الدراسة اخترناه عمليا، فكان الفصل الأول لاتفاق التحكيم باعتباره الركيزة الأساسية لنظام التحكيم ومحوره، ففصلنا فيه من التعريف إلى الأركان إلى مبدأ الاستقلالية وما يحويه من خصوصية، والآثار المترتبة عنه والدفوع المتعلقة به وما تنطوي عليه من جزئيات تؤكد خصوصية هذا النظام ، ثم الخصومة التحكيمية في الفصل الثاني، من بداية تقديم الطلب الافتتاحي للتحكيم إلى غاية صدور الحكم التحكيمي وحجيته.

حاولنا من خلال هذه الدراسة أن نتناول هذه المسائل المشار إليها من عدة جوانب، ***النظرية*** منها فجمعنا ما توافر لدينا من اراء فقهية، و***العملية*** بما توصلنا إليه في بحثنا من أحكام وقرارات حاولنا أن نختار منها الأحدث، وإن كان الرجوع لبعض القرارات القديمة لا بد منه و***القانونية*** بالنظر للنصوص القانونية الداخلية واللوائح والاتفاقيات التي استشهدنا بها، فكان اختيار القوانين الداخلية على أساس الأحدث على الصعيد العربي، خصوصا من الدول التي تعرف نشاطا تحكيما بارزا مثل مصر وقطر والسعودية، واخترنا دول الجوار

كتونس والمغرب، إضافة إلى بعض النصوص العربية الأخرى التي تعتبر الأحدث على الساحة الدولية كالقانون السوري والأردني، والفلسطيني والسوداني، أما القانون الفرنسي فيعتبر مرجعا في مختلف الدراسات، لما يتضمن من قواعد وأحكام، وأيضا لاقتباس المشرع الجزائري منه.

أما عن النتائج التي توصلنا إليها فنعدد ما يلي:

- إن نظام التحكيم نظام خاص بطبيعته عرفته البشرية منذ بداية عهدها بالاختصام، إلا أن توجهه الاقتصادي مرتبط بالمفهوم الحديث للدولة وبازدهار التجارة الدولية، وتنامي العلاقات الاقتصادية الدولية.

- إن نظام التحكيم شاع اللجوء إليه، وذاع صيته خصوصا بعدما أصبحت العقود الدولية لا تخلو من بند يشير إليه كوسيلة لحل النزاع، سواء كان في صورة شرط أو مشارطة او حتى بالإحالة إليه من عقد آخر أو في عقد آخر.

- إن نظام التحكيم بالطريقة التي يلجأ بها إليه حاليا أصبح وسيلة ضغط أكثر منه وسيلة لحل النزاعات الناشئة عن تنفيذ عقد دولي، فهو وسيلة تهرب بها الدول المتعاقدة – الطرف المستثمر – من قانون الدولة المضيفة للاستثمار.

- مراكز التحكيم الدولية تعسى جاهدة لتعديل نصوصها ولوائحها بما يناسب تطلعات المستثمرين حتى تجذبهم لاختيارها في حال نشوب نزاع، مما يحول العملية التحكيمية إلى عملية تجارية، وسعي هذه المؤسسات يصبح تجاريا مما يفقدها هيبتها.

- إن كان من أهم مميزات التحكيم السرية والسرعة في الإجراءات وقلة التكاليف فمن مثالبه أيضا أنه أصبح وسيلة وأداة ربح من خلال مكاتب الخبرة المتخصصة في تضخيم الأرقام واصطناع جداول حسابية تبرر الخسائر المزعومة لتحملها على عاتق الطرف المنتمي إلى الدولة النامية، إضافة إلى أن الواقع العملي أثبت أن الخصومة التحكيمية قد يطول أمدها وتتأجل إلى سنوات رغم وجود نصوص تحدد مدة التحكيم.

- إن موقف الجزائر من التحكيم لم يكن ثابتا، إذ تراوح بين الرفض المطلق غداة الاستقلال، في محاولة لفرض الذات، إلا أنها وجدت نفسها مرغمة على قبوله، لا مختارة له كونه الطريق الأكثر اعتمادا لحل منازعات التجارة الدولية، فشرعت بداية بإبرام بعض الاتفاقيات الثنائية التي ضمنتها شرط التحكيم ثم إعادة النظر في بعض النصوص القانونية وتعديلها بما يتلاءم معها كقانون الصفقات 1982/82 وقانون الاستثمار 11/82 (السابق الإشارة إليهما) ليشكل مرسوم 9/93 الخاص بتعديل قانون الإجراءات المدنية نقطة التحول في موقف الجزائر تجاه التحكيم، لكنه لم يكن الوسيلة التي يمكن أن يعول عليها من اجل حماية الاقتصاد الوطني، بتعزيز موقف الطرف الجزائري في حالة اللجوء إلى التحكيم، فنصوصه كانت متناقضة لأنها نقل حرفي لمجموعة من المواد من قوانين مختلفة من القانون المقارن، مما أثر على الأسلوب، وجعل المصطلحات المترجمة بركاكة لا تؤيدي معناها الحقيقي، خصوصا ما تعلق منه بالحرية الكبيرة الممنوحة للمحكم.

- إن صدور قانون الإجراءات المدنية الجديد 08/09 أكد رغبة الجزائر الجديدة في مسايرة الركب الدولي في مواكبة التطور الذي عرفته التجارة الدولية عموما والتحكيم خصوصا، بعد الركود الذي عرفته في فترة العشرية السوداء، رغم ما تضمنه من نقائص.

- توصلنا كذلك أن المشرع الجزائري اعتمد الطبيعة المستقلة من خلال جمعه بين العنصر الاتفاقي والعنصر القضائي، كما أنه اعتمد مصطلح المصالح الاقتصادية لدولتين لإضفاء الصفة التجارية على التحكيم رغم ما يتميز به هذا المصطلح من اتساع وغموض، بينما اعتمد المعيار الاقتصادي لإضفاء الصفة الدولية، وهو عكس ما كان عليه في المرسوم 09/93 الذي كان يتبنى المعيارين الاقتصادي والقانوني وهو أيضا يختلف عن بعض التشريعات الأخرى التي اعتمدت المعيار القانوني فقط (سوري، تونس، السعودية، والمغرب)، والتي اعتمدت المعيار القانوني فقط (كالسودان).

- اتفق المشرع الجزائري مع العديد من التشريعات المقارنة، إلى ضرورة احترام النظام العام الدولي، وعدم مخالفته (المادة 1056 ق. إ. م. إ) وجعل منه سببا لعدم تنفيذ الحكم

التحكيمي، ووجها من أوجه الطعن فيه، وإن كان يعاب على هذا النص عدم الإشارة للنظام العام الداخلي.

– حاولت الجزائر من خلال تعديل قانون المحروقات الجديد في 2019 إدراج التحكيم التجاري في العقود التي تتم في مرحلة الاستكشاف وهو ما لم يكن من قبل في قانون المحروقات لسنة 2005 ولا في 2013، كون هذه المرحلة هي الأهم لما توفره للمستثمر من فرص.

– أما بخصوص اتفاق التحكيم فإن المشرع لم يكن موفقا في تعريفه، ولا تقسيمه فالتعريف الوارد في القسم الثاني من الباب الثاني "اتفاق التحكيم" يخص المشارطة، إذ نص في المادة 1011 على أن الاتفاق الذي يقبل بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم، بينما أفرد نصا آخر في القسم الأول من الباب الثاني لشرط التحكيم، فهو في هذه الحالة أخلط بين صور اتفاق التحكيم (الشرط والمشارطة) فجعل الشرط قبل نشوب النزاع، وربط الاتفاق بمعنى المشارطة عندما حدد سبق نشوئه عن التحكيم، كما أن المشرع الجزائري لم يكن موفقا عندما نص في الفصل الثاني من الباب الثاني على اتفاقية التحكيم وهو يقصد اتفاق التحكيم التجاري الدولي. دون إشارة إلى صوره واكتفى بتبيان نطاق سريانها على النزاعات القائمة والمستقبلية.

– رغم وجود تعارض بين هذه النصوص، وبالرجوع إلى هذا التقسيم نجد أن المشرع الجزائري ميز بين الشرط والاتفاق من حيث وقت الإبرام، وجعلهما خاصين بالتحكيم الداخلي، ولم يميز بين صور اتفاق التحكيم الذي أسماه الاتفاقية فيما يخص التحكيم التجاري الدولي، إلا أنه كان بإمكانه تفادي هذا التداخل في المصطلحات بنهج أسلوب القوانين الأخرى التي سبقت الإشارة إليها آنفا، بينما خطي التحكيم بالإحالة بنص يوثقه إذ أشار المشرع الجزائري في المادة 1008 إلى أن شرط التحكيم يثبت بالكتابة في الاتفاقية أو في الوثيقة التي يستند إليها.

– يقوم اتفاق التحكيم شأنه شأن العقود الأخرى على مجموعة من الأركان منها الموضوعية ومنها الشكلية، من رضا وسبب ومحل وكتابة، إلا أنه يختلف عن العقود الأخرى لما يتميز به من استقلالية، بغض النظر عن الصورة التي أبرم فيهان وهو المبدأ الذي كرسته مختلف القوانين واللوائح والهيئات بما فيها المشرع الجزائري، في نص المادة 1040 ق م إ ج، إلا أن المشرع الجزائري لم يشر إلى ذلك صراحة، وإنما فصل بطلان اتفاقية التحكيم عن بطلان العقد الأصلي كتأكيد لاستقلالية اتفاق التحكيم.

– إن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يعد أهم مبدأ ناتج عن استقلالية اتفاق التحكيم، وينتج عنه هو الآخر أثرين هامين أو لهما إيجابي يتمثل في اختصاص هيئة التحكيم دون سواها بالفصل في كل المسائل المتعلقة باختصاصها بغض النظر عن صحة اتفاق التحكيم، والثاني سلبي يتمثل في منع قضاء الدولة من البت في مسألة الاختصاص قبل هيئة التحكيم، وهو ما يعرف بالأثر المانع وإن اختلف الفقه والقوانين في شأنه بين كونه دفع بعدم الاختصاص بالنسبة لقضاء الدولة أو دفعا بعدم القبول، أو أن له أثر موقفا.

وقد كرست مختلف التشريعات مبدأ الاختصاص بالاختصاص وإن اختلفت في تكييفه، والمشرع الجزائري هو الآخر سار على ذات النهج في تكريس مبدأ الاختصاص من خلال تأكيد الأثر المانع لاتفاق التحكيم معتبرا إياه دفعا بعدم الاختصاص، ومؤكدا أنه دفع إجرائي يستلزم إثارته قبل أي دفع في الموضوع.

– تعد مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من المسائل التي طالما أثارت جدلا، فكان تطبيق قانون الإرادة على موضوع اتفاق التحكيم الإرادة هو المبدأ، وإن كان الاختلاف يثور فيما إذا كانت هذه الإرادة مطلقة أو مقيدة، وما إذا كان الاختيار صريحا أو ضمنيا.

– كذلك الأمر في حال تخلف الاختيار الصريح واتجاه الفقه لمجموعة من الحلول كإخضاع التحكيم للقانون الذي يحكم موضوع النزاع وما يثيره من إشكالات أهمها اختلاف موضوع اتفاق التحكيم عن موضوع العقد الأصلي، أو اعتماد قانون دولة مقر التحكيم.

– أما من الناحية الإجرائية فالأمر كذلك، إذ يعد قانون إرادة الأطراف هو المبدأ، فإن لم يتم الاختيار الصريح للإجراءات يلجأ للحلول الفقهية الأخرى أهمها اختيار قواعد معمول بها لدى الدولة، أو اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، أو تطبيق قواعد إجرائية ذاتية ولائحية ترجع لهيئة تحكيمية أو مركز، وهو الترتيب الذي نهجته معظم التشريعات واللوائح التي أشرنا إليها، وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع الجزائري الذي اعتمد قانون الإرادة كمبدأ، ثم القانون المنظم لموضوع النزاع في محاولة لضمان صحة أكبر عدد من اتفاقيات التحكيم، فلم يقم بالإحالة على قانون واحد وإنما عدد المصادر القانونية التي يستمد منها اتفاق التحكيم مشروعيته.

– يعد المحكم أو هيئة التحكيم حجر الزاوية لنجاح العملية التحكيمية واختياره مسؤولية تقع على عاتق الأطراف بداية أزو من أوكلت لهم هذه المهمة، فالمحكم يقوم بمهمة خاصة لا هي قضائية صرف، ولا هي وظيفية محضة، لذا أوجب أن تتوفر فيه جملة من الشروط أهمها الأهلية الكاملة، والكفاءة والاستقلالية والحيدة وغيرها، وإلا تعرض المحكم لجملة من الجزاءات أهمها الرد والعزل والاستبدال، كما يمكنه أيضا التنحي في حال وجد أسبابا تؤثر على حياده وسيادته.

– يتمتع المحكم بمجرد اختياره وقبوله للمهمة المسندة إليه بعدة سلطات يمنحها له اتفاق التحكيم الذي يعد أساسا لشرعية مهمتهن وتعززها اللوائح والهيئات المتخصصة والقوانين والتشريعات الداخلية التي ما فتئت تنظم وتحدد هذه السلطات، لكن هذا لا يعني إعفاء هيئة التحكيم من مسؤولية إخلالها بالتزاماتها مما يلحق أضرارا بالأطراف، ورغم اختلاف الفقه في أساس هذه المسؤولية وطبيعتها إلا أن ما تم التوصل إليه هو أن مسؤولية المحكم ليست مطلقة وإلا أعاقت السير الحسن للخصومة التحكيمية، كما أن طبيعة هذه المسؤولية تختلف باختلاف الزاوية التي ينظر إليها منها، فهي عقدية باعتباره طرفا في العقد، وتقصيرية إذا كان العمل يشكل انتهاكا للقانون المدني، وجزائية أيضا إذا كان ما قام به مجرم قانونا، وتختلف معها الجزاءات المترتبة عنها من دعوى التعويض المدنية قيد

الضرر إلى العقوبة الجزائية المقررة في قانون العقوبات إلى الجزاءات التأديبية التي قد تؤدي إلى الحرمان من ممارسة التحكيم لمدة معينة، أو للشطب بالنسبة للمحكمين المسجلين بقوائم الهيئات والمراكز الخاصة بالتحكيم.

– أما الخصومة التحكيمية فقد حاولنا تناولها من بداية تقديم الطلب الافتتاحي والبيانات اللازمة إلى نطاقها الشخصي والموضوعي وبتعرضها من طلبات ودفوع، وعوارض الخصومة من قواعد الإثبات وغيرها من الإجراءات، وتوصلنا إلى أن معظم التشريعات بما فيها المشرع الجزائري لم يفصل فيها تفصيلا، وإنما أحال في تطبيقها على الإجراءات التي اتفق عليها الأطراف، أو إلى القانون الإجرائي الذي اختروه أو اختارته هيئة التحكيم.

– توصلنا كذلك إلى حكم التحكيمي هو الغاية من التحكيم، يشترك مع الحكم القضائي في عدة نقاط أهمها الحجية التي تعد الميزة الأساسية إذا صدر هذا الحكم مستوفيا للجميع شروطه الشكلية والموضوعية من كتابة وبيانات صحيحة، وتسبيب، وتوقيع ومنطوق، وكذلك أن يتضمن حلا للنزاع المطروح وجزئيا أو كليا تقدمه الهيئة التحكيمية ملتزمة بما أسند إليها ووفق القواعد القانونية المختارة.

– كان تسبيب أحكام التحكيم من النقاط التي توصلنا خلالها أن المشرع الجزائري جمع فيها بين الآراء المتناقضة للفقه في هذا الشأن فجعل التسبيب وجوبيا في المادة 1027 ق ا م ا ج، وهو من أوجه الطعن في المادة 1053 ق ا م ا ج، لكن ذلك يتعارض مع حرية الأطراف في اختيار القواعد الإجرائية طبقا للمادة 1443 ق ا م ا ج، مما يجعل القاضي الذي يعرض عليه النزاع في صراع بين تطبيق المادة 1027 و1056 وبالتالي عدم الأخذ باتفاق الأطراف أو اعتماد المادة 1043 التي تجعل التسبيب أحد المسائل الإجرائية العادية التي يمكن الاتفاق على خلافها.

– توصلنا كذلك إلى أن عدم مخالفة النظام العام، مسألة حضرت خلال صفحات هذه الدراسة في أكثر من عنوان فهي من أهم مبادئ التحكيم التجاري الدولي، وهي أيضا أهم ما يميز محل اتفاق التحكيم (كركن) والذي يشترط فيه عدم مخالفة النظام العام، وهي أيضا

من شروط تنفيذ حكم التحكيم وأحد أوجه الطعن فيه، إذ يجب أن لا يخالف حكم التحكيم النظام العام الدولي، ولطالما كانت من النقاط التي كثر فيها الجدل واختلف فيها الفقه وطريقة تعامل التشريعات المختلفة معها بما فيها المشرع الجزائري.

– ومن الملاحظات التي وقفنا عليها أن مجمل القوانين التي استشهدنا بها، اشتركت في ترتيب نصوصها على نحو واحد، يتفق وما جاء في اتفاقية نيويورك،والقانون النموذجي،وان اختلفت في بعض البنود،تماشيا مع سياسة بيئة البلد.

– توصلنا كذلك أن التكنولوجيا ألقت بظلالها أيضا على العلاقات التجارية الدولية، كما هو الشأن في باقي مجالات الحياة، وبالتالي أصبح لها نصيب كبير في أغلب التعاملات التجارية الإلكترونية خصوصا في الآونة الأخيرة بعد انتشار وباء كورونا الذي جعل التعامل عن بعد أمر واقع، بعد أن كان اختيارا، وإذ تسعى الدول لمواكبة هذا التطور السريع في المجال التكنولوجي عن طريق سن تشريعات تتلاءم والبنية الرقمية أو تعديل نصوص سارية بإدماج التعامل الإلكتروني ضمن بنودها.

وعليه وإجابة على الإشكالية المطروحة في بداية الدراسة نقول إن التحكيم كنظام يمكنه أن يسهم في حل المنازعات الناشئة عن العلاقات التجارية الدولية، لما يتميز به من مرونة وسلاسة، بل لا بد منه ولا مناص منه، بشرط ألا يساء استغلاله، وأصبح –حقا– حلا بديلا عن القضاء.

أما والأمر عكس ذلك، وفي ظل عدم اكتراث الدول النامية وتقديم الاهتمام اللازم من خلال تعديل النصوص الخاصة بالتحكيم وإجراءاته وتكثيف التكوين للمحكمين، وكيفية إبرام العقود الدولية، فانه يصبح وسيلة في يد الطرف المستثمر الذي يسعى للجوء إلى التحكيم من أجل جني أرباح دون عناء الاستثمار

أما بالنسبة للجزائر فإن صدور قانون الإجراءات المدنية الجديد 08/09 أكد رغبة الجزائر الجديدة في مسايرة الركب الدولي في مواكبة التطور الذي عرفته التجارة الدولية عموما والتحكيم خصوصا، بعد الركود الذي عرفته، وتأكدت هذه الرغبة من خلال تعديل

وسن جملة من القوانين كان أهمها قانون الصفقات العمومية و قانون التجارة الالكترونية وقانون المحروقات،

وعليه نقترح التوصيات الآتية

– تعديل قوانين الإجراءات المدنية التي تجعل للتحكيم فصلا من فصولها ، وتخصيصه بقانون خاص حتى يكون ملما بكل جوانبه ، ولتفادي التداخل بين الإجراءات الخاصة للخصومة التحكيمية والخصومة القضائية، وتفادي تضييق القواعد العامة، وتفادي التناقض أيضا.

– إعادة صياغة النصوص المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي وتوحيد المصطلحات خصوصا تلك المتعلقة باتفاق التحكيم ،المادة 1007 والمادة 1011 المتعلقين بشرط التحكيم واتفاق التحكيم ، وإعادة صياغة عنوان الفصل الأول من الباب الثاني ليصبح اتفاق التحكيم بدل اتفاقيات التحكيم، وإعادة صياغة المادة 1040 بتغير مصطلح اتفاقية باتفاق التحكيم .

– على المشرع الجزائري تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم صراحة دون أن يتجه إلى اعتماده بطريقة غير مباشرة أو الاكتفاء بتطبيقه على التحكيم التجاري الدولي فقط.

– تحديد بعض الإجراءات كتلك المتعلقة بعوارض الخصومة أو عدم الاكتفاء بنص المادة 1044الذي يفتح المجال واسعا امام الأطراف وهيئة التحكيم في اختيار الإجراءات.

– تنظيم مراجعة النصوص المتعلقة بهيئة التحكيم بما فيها تنظيم حالة البتر في حال امتناع المحكم عن قيام بمهامه ومعالجة ما ينشأ عن ذلك من إشكالات، وبالتالي ترتيب مسؤولية المحكم

– تعزيز مكانة النظام العام الداخلي وعدم جعله جوازيا، في نص التعديل ، وعدم الاكتفاء بالنظام العام الدولي، لتفادي رفض الأمر بالتنفيذ، ورفض امهاره بالصيغة

التنفيذية لتعارضه مع النظام العام، أو العكس، امهار حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية لعدم تعارضه مع النظام العام الدولي ،وإن تعارض مع النظام العام الداخلي.

– النص على عدم مخالفة النظام العام الداخلي ، إما مباشرة وبصيغة صريحة ، أو باجتناب التقييد، والاكتفاء بالنظام العام فقط مثلما جاء في المادة 05 من اتفاقية نيويورك 1958.

– تعديل قانون التجارة الالكترونية 18/05، بإضافة نصوص تخص حل النزاعات الناشئة في البيئة الالكترونية، فهذا القانون ضم تعاريف وأحكام تخص التصرفات والتعاملات الالكترونية، لكنه لم يشر إلى طرق حل النزاعات الناشئة عنها، مما يعد قصورا فيه.

– الاستفادة من الدراسات الجامعية في المجال، لما احتوته من جمع للمعلومات، ودراسة، وتحليل ونقد، ولما توصلت إليه من توصيات وحلول من شأنها تقديم مساعدة عملية.

– تفعيل دور مركز الوساطة و التحكيم في الجزائر، من خلال بعث أنشطته، وإثراء برامجه، من خلال الدورات التدريبية، مع تعديل نصوصه بما يتناسب مع نصوص قانون الإجراءات المدنية، ومع الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر.

– تفعيل دور مراكز التحكيم الإقليمية والداخلية خاصة التابعة للدول النامية و الدول العربية حتى لا يتم اللجوء دائما لذات الهيئات التي تسعى إلى الهيمنة على هذا القطاع، من خلال تحديث نصوصها باستمرار مع ما يتماشى مع التطور الدولي المستمر.

– تفعيل التعاون العربي، وتعاون الدول النامية من اجل تبادل الخبرات خصوصا،وأن هذه الدول غالبا ما تكون هي المضيفة للاستثمار.

– التكثيف من الملتقيات والأيام الدراسية، والمؤتمرات الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، ومن أجل تحسين مستوى المحكمين وتفادي الوقوع في الأخطاء أثناء إبرام العقود وبالخصوص البنود المتعلقة بالتحكيم

وفي الأخير أرجو من العلي القدير أن أكون قد وفقت ولو بجزء بسيط في الإحاطة بموضوع الأطروحة والإجابة على إشكالاتها ، وإن كان هذا العمل ليس إلا نقطة في بحر التحكيم الغويص .

وختاما نستشهد بالقول المأثور للأصفهاني "إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد هذا لكان سيستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر."

تم بعون الله و بحمده

قائمة المراجع والمصادر

- **القرآن الكريم**

أولا- باللغة العربية

المراجع العامة

1) ابن منظور الدمشقي، لسان العرب المحيط، مجلد 12، دار صادر للطباعة والنشر، ط 05، سنة 2005

2) أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهدي، كتاب العين، تحقيق د. المخزومي، ود. إبراهيم السامراني، الجزء 03، د س ط، ص 67، موجود على الرابط مجلس الألوكة، Majles.alukh .Net

3) أبو محمد عبد الملك بن هشام، سيرة النبي صلى الله عليه وسلم (سيرة بن هشام) تحقيق مجدي فتحي السيد، دار الصحابة للتراث بطنطا، ج 01 ، ط 01 د.ت.ن.

4) أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، نسخة PDF متاحة على الموقع: www .pdf. Factory. Com

5) حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، ط 04، مكتبة لبنان، بيروت 2002

6) حسن المهداوي، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة، ط02، الأردن 1997.

7) خير الدين الزركلي، الأعلام، قاموس تراجم، دار العالم للملاين، بيروت ط07، 1986،

8) زيد الدين ابن نجيم الحنفي ابن العابدين، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ومعه منحة الخالق، دار الكتب العلمية، ط 1، الجزء 7/ 1997

9) سليمان بن أحمد الطبراني، حديث رقم 765 المعجم الأوسط، دار الحرمين، القاهرة، مصر، ط 01، 1995.

10) سميح دغيم، موسوعة الأديان السماوية والوضعية، أديان ومعتقدات العرب قبل الإسلام ج 04، دار الفكر اللبناني، بيروت ، لبنان ، 1995.

11) سنن أبي داود، للإمام الحافظ أبي داوود سليمان بن الأشعث السجستاني تحقيق محمد عبد العزيز الخالدي: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،ج 4. ط1، 1998.

12) شعاشعية لخضر، قانون الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء الممارسة القضائية، دار موفم للنشر، الجزائر ط01/ 2017

13) الصادق مزهود، تاريخ القضاء في الجزائر من العهد البربري إلى حرب التحرير الوطني ، دار مداد ، قسنطينة، ط02، 2013.

14) صادق مهدي حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، محاضرات ألقيت على المعهد القضائي، ببغداد 1986.

15) صحيح البخاري للإمام أبي عبد الله محمد بن اسماعين البخاري الجعفي، الجزء الثالث، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر 1992.

16) صلاح الدين ناهي، الوجيز في مبادئ التنظيم القضائي والتقاضي والمرافعات، ط 1، دار المهد للنشر والتوزيع، عمان الأردن،1983.

17) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج03، ط02،منشورات الحلبي، بيروت، لبنان 1998

18) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط 2002

19) عبد العزيز الخياط، النظام السياسي في الإسلام، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ط 1، سنة 1999

20) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.

21) عبد الفتاح مراد، المعجم القانوني، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، سنة 2003

22) عبد الكريم زيدان، نظام، القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط02، 1997.

23) عبد المجيد الحكيم، نظرية الالتزام في القانون العراقي، الجزء الأول مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي 1980

24) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية 2001

25) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين وتنازع الاختصاص الدوليين، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، ط07/ 1997

26) علي حيدر، دور الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار عالم الكتب للطباعة، الرياض 2003.

27) فاضلي إدريس، التنظيم القضائي والإجراءات المدنية، ج1، دار بن مرابط للطباعة، ط 1، 2009.

28) فريحة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط02/ 2013.

29) محمد وهبة الزحيلي، القضاء في الإسلام، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة، المملكة العربية السعودية، العدد 31، سنة الثامنة، ديسمبر 1996.

30) محمدي زواوي فريدة المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية الرغاية، الجزائر ط2002،1،

31) محمود المصري، أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم، الجزء الأول، مكتبة الصفا بالقاهرة، ط01، 2005.

32) محمود شاكر الخرساني، التاريخ الإسلامي، الجزء 3، المكتب الإسلامي، ط 08، سنة 2000

33) محمود شكري الآلوسي، بلوغ الأرب في معرفة أحوال العرب، المكتبة الأهلية– مصر– ط2، ج1، د ت ن

34) محمود محمد هاشم، القواعد العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة 1988

35) مصطفى عبد الحميد عدوي، نظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول مصادر الالتزام، مطبعة حمادة الحديثة، القاهرة، مصر 1996

36) منجد الأبجدي دار المشرق، بيروت المؤسسة الوطنية للكتاب، بالجزائر، الطبعة 06، سنة 1986

37) نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر ط 01، 2009، ص 120.

– المراجع الخاصة بالتحكيم

1) إبراهيم رضوان الجغبير، بطلان حكم التحكيم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2009 2008.

2) أبو العلا النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، ط 01، دار النهضة العربية، القاهرة 2003.

3) أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة، 2009

4) أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، 2001

5) أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقا لقانون رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.

6) أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، القاهرة 1993.

7) أحمد صدقي محمود، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ط1، 2004.

8) أحمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم، دار النهضة العربية ،2002

9) أحمد عبد الحميد عشوش وعمر أبو بكر باخشب، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، د.ط، سنة 1998

10) أحمد عبد الحي السيد، التحكيم الدولي في إطار العقود التجارية الدولية وسوق الأوراق المالية، مكتبة الوفاء القانونية، ط01، 2018.

11) أحمد محمد أحمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة 2012.

12) أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، دار القانون للإصدارات القانونية، مصر، ط7، 2014

13) أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكةppp، دار النهضة العربية2013.

14) أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، ط 02، دار النهضة العربية، القاهرة 2005

15) أحمد هندي، التحكيم، دراسة إجرائية في ضوء قانون التحكيم المصري وقوانين الدول العربية والأجنبية، دار الجامعة للنشر، الاسكندرية،2013

16) أحمد هندي، التحكيم، دراسة إجرائية في ضوء قانون التحكيم المصري وقوانين الدول العربية والأجنبية، دار الجامعة للنشر، الاسكندرية، 2013

17) أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة، عمان، ط 01، الإصدار الثاني 2009

18) أسامة حجازي المسدي، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2010

19) أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، منشورات زين الحقوقية، ط 1، 2011.

20) إسماعيل الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998.

21) إسماعيل الزيادي: حكم التحكيم وحجيته وقوته التنفيذية، مجلة التحكيم العالمية عدد 13. منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2012،

22) أكرم ياملكي، التحكيم التجاري، منشورات زين الحقوقية، لبنان ط2019،01

23) آمال أحمد الفزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف، 1990

24) أمير فرج يوسف، الغش الالكتروني وأساليب مكافحته، دار الكتاب الحديث ط1، 2015.

25) أمير فرج يوسف، عالمية التجارة الالكترونية وعقودها، المكتب الجامعي الحديث، مصر 2009،

26) أمير محمد طه، التحكيم في منازعات الحوادث البحرية، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط1، 2017

27) أميرة حسن الرافعي، التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الالكترونية، منشأة المعارف، 2012،

28) أيمن سيد خليل حجر، موسوعة ابن حجر في التحكيم، الكتاب الأول التحكيم الاختياري والإجباري والإداري، دار النهضة للنشر، مصر، ط2016،1.

29) بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية، دار الجامعة الجديدة ،2007.

30) تيسير عصام داؤود سليمان، الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة، دار الفكر الجامعي ط1، 2014.

31) جابر نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، د ط، د ت ن.

32) جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الدولية، منشورات زين الحقوقية، طبعة 2009،01.

33) حسن المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر 2006.

34) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مركز الدراسات القانونية والقضائية، الجمهورية التونسية، ط 1، 2008

35) حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، 1996.

36) حفيظة السيد حداد، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة، دار الفكر الجامعي 2000، ص 06.

37) حفيظة السيد حداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادر في المنازعات الدولية الخاصة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،1997

38) حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، سنة 2002.

39) حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 01، 2004

40) حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 1996

41) خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، دار النهضة القاهرة، 2010

42) خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، دار النهضة القاهرة، 2010،

43) خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة للنشر- عمان، الاردن ط1، 2014.

44) خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، مصر ط 1- 2002

45) خلود خالد، الصادق بيوض، عقد الامتياز النفطي وتطبيقاته، المكتب الجامعي الحديث2012

46) الخير قشي، المفاضلة بين الوسائل التحكيمية وغير التحكيمية لتسوية المنازعات الدولية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط 1999،1.

47) خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، مفهوم المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 2013

48) دليل تنظيم النقل اللجوء الدولي، منظمة الطيران المدني الدولي، DOC 9626، ط2، 2004

49) ذلك أمينة خبابة، التحكيم الالكتروني في التجارة الالكترونية، دار الفكر والقانون، 2014

50) رضوان أبو زيد، أسس التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، 1981.

51) سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، ط 1 / 1998

52) سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، 2004

53) سمير دنون، قانون النفط والعقود النفطية، المؤسسة الحديثة للكتيبات،لبنان، ط 01، 2015

54) سميرة الزعيم المنجد ،التحكيم الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة الثانية 2013

55) سيد المراكبي، التحكيم في مجلس التعاون دول الخليج العربية، دار النهضة العربية، 2005

56) شرح مبادئ الاونيدروا unidroit لعقود التجارة الدولية2010 ج1 منشورات الحلبي الحقوقية ط1 ، 2017 ص 58

57) شهاب فاروق عبد الحي عزت، التحكيم في منازعات المشروعات المقامة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دار النهضة العربية 2001

58) صابر غلاب، إدارة إجراءات التحكيم، الجوانب القانونية والعملية في قضاء التحكيم، الدعوى التحكيمية، دار الفكر والقانون، مصر، ط 02/ 2017.

59) صفاء فتوح جمعة ،منازعات عقود التجارة الالكترونية بين القضاء والتحكيم،مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ط2016،01

60) طارق سمير طلبية دويدار،الأبعاد القانونية الامتداد شرط التحكيم، مركز الدراسات العربية، مصر، ط1، 2017 .

61) طارق فهمي الغنام، التنظيم القانوني للمحكم، مركز الدراسات العربية، مصر، ط 01/ 2014

62) طارق فهمي غنام، دور المحكم في نظام التحكيم السعودي، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط2016،01.

63) طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة، الأردن ، ط2010،07.

64) عادل خير، مقدمة في قانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية ط1، 1995.

65) عاطف محمد الفقي، التحكيم متعدد الأطراف، دار النهضة، مصر 2007

66) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، المكتب الجامعي الحديث،ط2،

67) عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان مشكلة الحصانة القضائية و الحصانة ضد التنفيذ في القانون الدولي الخاص المقارن، مكتبة النصر، القاهرة، مصر، 1991

68) عبد الحميد الأحدب، التحكيم ومصادره، جزء 1، مؤسسة نوفل للنشر، بيروت، لبنان د ط، 1990

69) عبد الحميد علي زيادة،اتفاق التحكيم التجاري، دار المطبوعات الجامعية،مصر، ط01، 2014

70) عبد العزيز قادري، الاستثمارات الدولية، دار هومة، ط01، 2000

71) عبد الكريم سلامة، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2007

72) عبد الله ناصر أبو جما العجمي،الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي، وتسوية منازعاتها، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان،ط2016،01.

73) عبد المجيد إبراهيم سلمان الطائي، عقود التجارة البحرية والتأمين عليها،منشورات الحلبي الحقوقية ط2017،01

74) عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، 2000

75) علاء آبريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية منشورات الحلبي الحقوقية، ط2012،02.

76) علاء النجار حسانين، التدخل والإدخال في خصومة التحكيم في ضوء أراء الفقه وأحكام القضاء وأثره على مبدأ السرية، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، مصر 2020

77) على عوض حسن، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،مصر،ط،1998.

78) عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2004،02

79) عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، دراسة تحليلية، دار النهضة العربية، 2007،

80) غسان رباح، التحكيم التجاري البحري مع مقدمة في حل المنازعات التجارية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 1، سنة 2016

81) غلاب عبد الحق،التحكيم في الصفقات العمومية وفقا للتشريع الجزائري،دار الجامعة الجديدة،2017

82) فادي محمد عماد الدين توكل،عقد التجارة الالكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1،2010.

83) فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة ،عمان،الأردن،ط5 ،2010

84) قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، دار هومة، ط1، 2000

85) قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، –دار الفرقان للنشر والتوزيع،عمان الاردن ،ط2.

86) قدري محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار النشر والتوزيع، الرياض، مملكة العربية السعودية، ط 1، سنة 2009.

87) كاوة عمر محمد،التحكيم في منازعات العقود النفطية،منشورات زين الحقوقية،بيروت ،لبنان ط01،2015

88) كمال إبراهيم، التحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي، القاهرة 1991،

89) لما كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2008.

90) ماهر محمد حامد، النظام القانون للمحكم، دار الكتاب القانونية، مصر، ط 01/ 2011

91) محسن جميل جريح، التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الداخلي، منشورات زين الحقوقية، طبعة2016.

92) محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط01، 1997،

93) محمد إبراهيم موسى، التحكيم في المنازعات الناشئة عن الاستخدام السلمي للطاقة النووية، دار الجامعة الجديدة،2010.

94) محمد أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة، ط2،2011.

95) محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، دار النهضة العربية ،1999

96) محمد سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الداخلي الدولي، دار النهضة العربية 2016.

97) محمد عبد الحميد مسعود ، مرشد الباحثين عن حلول إشكاليات تحكيمات منازعات التجارة الدولية، دار القضاء العالي، القاهرة ، مصر 2016

98) محمد عبد الفتاح ترك ،التحكيم البحري ، دار الجامعة الجديدة لنشر 2005

99) محمد عبد النبي إبراهيم مصطفى التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2011

100) محمد فهمي الجوهري، ملاحظات في التحكيم الدولي، دار الكتب العربية،مصر ،2000.

101) محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، ط1،2008.

102) محمد مأمون سلمان، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة ، ط1 ، 2010.

103) محمد ماهر أبو العينين، عاطف محمد عبد اللطيف، قضاء التحكيم، الكتاب الأول، المجمع العربي القانوني 2010.

104) محمد نور شحاتة، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر 1996

105) محمد هشام، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية،ج1، دار الفكر،القاهرة، مصر ، سنة1990.

106) محمود عارف أرحيل الكفارنة، النظام القانوني للتحكيم التجاري، دار الكتاب الثقافي للنشر والتوزيع والدعاية والإعلان، الأردن، 2019

107) محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي،دار النهضة العربية ،ط04، 2014

108) محمودي مسعود، أساليب وتقيات إبرام العقود الدولية ، ديوان المطبوعات الجامعية، ط01، 2006

109) مصطفى الجمال وعكاشة عبد العالي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1998،01

110) مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية بالوسائل الودية و القضائية، الكتاب الأول، دار الكتب القانونية، 2016

111) مصعب ثائر عبد الستار العبيدي، منازعات التحكيم التجاري في عقود البترول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر ط1، 2018

112) ناجي عبد المومن، الوجيز في قانون الطيران المدني، ط1، المطبعة العصرية، دبي 1999

113) ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة، مصر ، ط 2016

114) ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، المكتب الجامعي الحديث ،ط2، 2008

115) نجلاء حسين سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة، ط2، 2003.

116) نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم قبل الإسلام ، المكتب الجامعي الحديث، مصر،2006

117) نجيب أحمد عبد الله ثابت الحلبي، النظرية العامة للتحكيم، ط 01، مكتبة الوفاء، الإسكندرية،مصر، 2016.

118) نعيمة كمال علي، المسائل غير الخاضعة للتحكيم، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان ط2020،01.

119) نور الدين قارة، قانون التحكيم، مركز النشر الجامعي، ، تونس، ط2 2017.

120) هاني محمد المنايلي، اتفاق التحكيم، وعقود الاستثمار البترولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 01، 2014

121) هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997

122) هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، طبعة 2004.

123) هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 01/ 1995.

124) هيثم عبد الرحمن البقلي، التحكيم الالكتروني كآلية لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار العلوم، ط01، القاهرة ، مصر ،2013،

125) وفاء جلال محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولية لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2001

- أطروحات الدكتوراه

1) بن حاجة أحمد،آثار القانونية المترتبة على حكم التحكيم التجاري الدولي ،رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ،جامعة البليدة،2016-2017،

2) بودالي خديجة، اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2015/2014

3) خليل بوصنورة، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2008/2007

4) الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2018

5) سامي محسن حسين السري، القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي،أطروحة دكتوراه، 2004، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر

6) عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012

7) قريقر فتيحة، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، سنة 2017،

8) كندة جمال عبد الساتر، التحكيم في عقود البترول، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون الأعمال، الجامعة اللبنانية 2017.

9) محمد الحبيب، مسؤولية المحكم على ضوء التشريع المغربي والتشريع المقارن، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، المغرب 2008

10) محمد حسني حسانين عتيق، الدفوع في التحكيم، أطروحة دكتوراه، كليه الحقوق عين شمس ، مصر ، 2019

11)محمود السيد التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات والقانون التحكيم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنوفية، سنة 1994

12)مشيل نصر حكيم، مبدأ استقلال شرط التحكيم في ضوء العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، طنطا 2015.

- ماجستير ومذكرات

1) بوخميس وناسة، النظام القانوني للسفينة في القانون البحري الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق ، جامعة السانية وهران،
2) رولا عمر جبرائيل الصليبي،إجراءات الاثبات أمام المحكمين وفق قانون التحكيم الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا ، جامعة القدس ،2013
3) مالكي روزة ، الطلبات الأصلية والطلبات العارضة، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء2008،
4) ماهر محمد صالح عبد الفتاح، اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، بحث مقدم لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004
5) نساخ سفيان، التحكيم في نزاعات عقود الاستغلال النفطي الجزائري، ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية 2014،

- المقالات

1) عثمان معاوية عثمان الحداد، المبادئ الحديثة لقضاء المحكمة العليا بالسودان، للحد من دعاوى أحكام المحكمين، مجلة التحكيم، عدد 24 يونيو 2015.
2) مصطفى ناطق صالح مطلوب، مبدأ استقلال اتفاق التحكيم التجاري، مجلة الرافدين للحقوق، المجلة 12، العدد 43 ، 2010
3) رضوان أبو زيد، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، دولية التحكيم، قسم 2، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، السنة الثانية العدد 02، لسنة 1978.
4) عبد الله خليل حسين الفرا ،مدى انطباق عوارض الخصومة القضائية على الخصومة التحكيمية، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، العدد 02 ، 2017،
5) أوشن حنان، مساهمة التحكيم الالكتروني في تسوية منازعات التجارة الالكترونية،المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية–جامعة تيزي وزو–المجلد15العدد02، ديسمبر.
6) ضياف سارة، حدود سلطة المحكم دفاتر الساسة والقانون، مجلد 12 عدد 02، جوان 2020
7) محمد سليم العوا، القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد 10، سبتمبر 2007.

8) نوال زروق، مسؤولية المحكم، مجلة العلوم الاجتماعية ، العدد رقم 18/ جوان 2014
9) عبد الله خليل حسين الفرا ،مدى انطباق عوارض الخصومة القضائية على الخصومة التحكيمية، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، العدد 02 ، 2017.
10) معتز نابع كنعان، دراسة في أحكام القرارات المستعجلة والوقتية في النزاعات المعروضة على التحكيم وفق قانون التحكيم الأردني، رقم 31 لسنة 2001، منشور على mohamah.net بتاريخ 2016/07/04
11) مصطفى تراري ثاني، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مجلة الدراسات القانونية، العدد الأول، جوان 2002، دار النشر والتوزيع
12) أحمد السمدان، القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولية، كلية الحقوق، جامعة الكويت، لسنة 17، العدد 01 و02/ 1993
13) غالب غانم الدولة بين الخضوع للتحكيم والتحرر منه مجلة التحكيم العالمية العدد 13 يناير 2012
14) نبيل صالح العرباوي، القانون الواجب التطبيق على المنازعات التحكيمية، مجلة الحقيقة، مجلد 18، عدد01،مارس 2019
15) فاطمة الزهراء ليراتني، حق الدفاع في خصومة التحكيم في البيوع التجارية،مجلة الباحث في العلوم القانونية والسياسية،، كلية الحقوق ، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، العدد الأول، جوان 2019.
16) كروم نسرين، التحكيم المبتور كحل لإنقاذ الخصومة التحكيمية، مقال منشور بمجلة الدراسات القانونية، جامعة المدية، المجلد 04، العدد 02، جوان 2018
17) محمود مصطفى يونس، النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تمييز دبي، ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة، مجلة الأمن والقانون، السنة 13، العدد 02/ جويلية 2005
18) محي الدين علم الدين، اتفاق التحكيم واستقلالية وصياغة، مجلة التحكيم العالمية وملحق العدد 08، 2010
19) نور الدين بوالصلصال، التسوية التحكيمية في كل من نظام الإكسيد ونظام اليونسترال ،مجلة البحوث والدراسات الإنسانية العدد 10، سنة 2015.

20) خالد إبراهيم التلاحمة، الموقف الفقهي من تحديد القانون الواجب التطبيق على خصومه التحكيم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد 9، العدد 02، جوان 2018

21) مقال عن سكريتارية مركز التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون الخليجي،مجلة التحكيم والقانون الخليجي، العدد 47، جوان 2021.

22) بن عمار محمد، مفهوم السفينة والقانون البحري الجزائري، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 01 لسنة 1993.

23) أفراح عبد الكريم خليل، التحكيم في المنازعات البحرية، مقال، مجلة الرافدين، المجلد 14، العدد 50، السنة 16، سنة 2011

24) عمار فيصل، تطبيق القوة القاهرة على الناقل البحري كحالة من حالات إعفاء الناقل البحري من المسؤولية، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، مجلد 05 عدد01.

25) عبد الحميد عيسى الساعدي، السعي لتوحيد قواعد النقل الدولي البحري للبضائع، قراءة في قواعد روتردام، مجلة الفقه والقانون، العدد 06، أفريل 2012

26) مرتضى جمعة عاشور، الالتزام بمنح الحقوق الحصرية في عقود الاستثمار النفطية، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، عدد 2 ، كلية القانون، جامعة ذي قار، الناصرية ، العراق 2012

27) ربحيوي هواري، تطور مبدأ القابلية للتحكيم في التشريع الجزائري للمحروقات، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانة بغليزان ، المجلد 07، عدد 02 الصادر بتاريخ 2019/06/16

28) بوحنية قوي، حمتيس محمد، قانون المحروقات في الجزائر وإشكالية الرهانات المتضاربة، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، جامعة حاج لخضر . باتنة العدد 04، جانفي 2013

29) نريمان عبد القادر،اتفاق التحكيم والطبيعة النموذجية له وأنواع عقود البنوك التي يمكن أن يدرج فيها،المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي،العدد 4، 1996

30) محمد جارد، مدى مشروعية شرط التحكيم بالإحالة في عقود التجارة الدولية، مجلة القانون الدولي للدراسات البحثية، العدد الأول 2019

31) جارد محمد، الضمانات الإجرائية لتشكيل المحكمة التحكيمية في التشريع الجزائري، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 05، العدد 2019/02

32) جارد محمد، أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة في اللجوء إلى التحكيم، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6/5 العدد 01 جانفي 2020
33) جارد محمد، أساس المسؤولية المدنية للمحكم في إطار تسوية مناعات التجارة الدولية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 03، ديسمبر 2018
34) زهيرة كسي، مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد رقم 08، جامعة تمنراست، الجزائر 2015
35) سامي بديع منصور، النظام العام كعقبة أمام تنفيذ القرارات التحكيمية في لبنان، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ،كلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، لبنان ،عدد 2004،01، ص 55.
36) سامي بلعابد، انعقاد الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري مجلة الحوار الفكري مجلد 12، العدد 14، ديسمبر 2017

- الملتقيات والمحاضرات والتظاهرات العلمية

1) أحمد إبراهيم أحمد، اختيار طريق التحكيم ومفهومه، الدورة العامة لإعداد المحكم، مركز تحكيم عين شمس، سبتمبر 2000
2) أحمد شرف الدين، محاضرة اتفاق التحكيم الدولي، هل ما زال الأمل قائما في توحيد نظامه القانوني، مركز القاهرة، 2015/06/10
3) أكثم أمين الخولي بدء التحكيم وسيره طبقا لنظام التحكيم لغرفة تجارة وصناعة دبي، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم التجاري المنعقد في دبي، يومي 28.29 ماي 1995
4) بوكموش سرور، محاضرات في الإجراءات المدنية، طلبة السنة الثانية حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02، سنة 2020/2019
5) تعويلت كريم، محاضرة بعنوان "استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في المرسوم 09/93، الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، سطيف 2006/06/15
6) خالد الشلقاني، الدمج بين الوساطة والتحكيم، ورقة بحث قدمت في ندوة عن الوساطة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مصر 2014/03/05
7) شبة سفيان، التحكيم في صفقات الأشغال العمومية الدولية بين القانون الجزائري والقواعد النموذجية الدولية للفدرالية الدولية للمهندسين والاستشاريين fidic في الملتقى "الدولي الطرق

البديلة لتسوية النزاعات، الحقائق والتحديات كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية يوم2016/04/26

8) عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، تنازع القوانين، محاضرة ألقيت على طلبة كلية الحقوق، جامعة الموصل، لسنة 2013، المرحلة 04

9) عبد الكريم السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين، الطاقة بين القانون والاقتصاد، 20- 2013/05/21

10) عمر زودة محاضرات في قانون الإجراءات المدنية ألقيت على الطلبة القضاة الدفعة 14و16

11) محمد حسونة، الملاحة الجوية، كيف تسير الطائرات في السماء، أوت 2016 .www Tesra.Com

12) محمد مجبر، مستشار الغرفة التجارية والبحرية، مداخلة بالمؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا بالدول العربية، الدوحة قطر 24- 2013/09/26 بعنوان: رقابة القضاء الوطني على أحكام منازعات الاستثمار

13) ناجي الزهراء – مداخلة التجربة التشريعية في تنظيم المعاملات الالكترونية المدنية والتجارية – المؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون المنعقد بين 28-29/ أكتوبر 2008 بأكاديمية الدراسات العليا بطرابلس.

النصوص القانونية

أولا) الاوامر والقوانين

1) القانون 62- 157 المؤرخ في 1962/12/31 المتضمن تمديد العمل بالقوانين الفرنسية السارية المفعول إلى غاية 1963/12/31، ج ر سنة 1963 العدد 02

2) قانون رقم 11/82 المؤرخ في 1982/08/21، يتعلق بالاستثمار الاقتصادي الوطني الخاص، ج ر ج ع 34 بتاريخ 1982/08/24

3) قانون 14/86 المؤرخ في 19 أوت 1986 المتعلق بأنشطة التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب، ج ر عدد 35، بتاريخ 1986/08/27

4) قانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية رقم 01/88 الصادر بتاريخ 1988/01/12ج رع 02 بتاريخ 1988/01/13

5) قانون 21/91 المؤرخ في 1991/12/04 المعدل والمتمم للقانون 86/14 المؤرخ في 19 أوت 1986 المتعلق بأنشطة التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب ج ر ع 63 بتاريخ 1991/12/07

6) القانون رقم 05/98 المؤرخ في 25 يونيو 1996، المعدل المتمم للأمر 76-80 المتضمن القانون البحري ج ر ع 47 لسنة 1998

7) قانون 06/98 المؤرخ في 27 جوان 1998 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر ج عدد 48 لسنة 1998 المعدل والمتمم على التوالي بموجب:

8) قانون 05/2000 المؤرخ في 2000/12/6 يعدل ويتمم قانون 06/98 ج ر ع 75.

9) قانون 2000/03 المؤرخ في 05/ أوت 2000 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية

10) الأمر 10/03 المؤرخ في 2003/08/13 يعدل ويتمم قانون الطيران 06/98 ج ر ع 48.

11) قانون 21/03 المؤرخ في 2003/11/04 يتضمن الموافقة على الأمر 10/03 المؤرخ في 2003/08/13 الذي يعدل ويتمم قانون 06/98 المتعلق بالطيران المدني ج ر ع 67.

12) قانون 07/05 المؤرخ في 2005/04/28 يتعلق بالمحروقات، المعدل والمتمم ج ر ع50 المؤرخ في 2005/07/19

13) قانون 02/08 المؤرخ في 2008/01/23 يعدل ويتمم قانون 06/98 المتعلق بالطيران المدني ج ر ع 04.

14) قانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 بتاريخ 2008/04/23، والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 2009/04/23

15) القانون رقم 04/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 المعدل والمتمم للقانون البحري ج ر ع 46 لسنة 2010.

16) القانون رقم 01/13 الصادر بتاريخ 2013/02/20 ج ر ع 11 الصادرة في 2013/02/24

17) القانون رقم 04/15 الصادر في 2015/02/01 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، ج.ر. عدد 06 الصادرة بتاريخ 2015/02/10.

18) قانون 14/15 المؤرخ في 2015/07/15 يعدل ويتمم قانون 06/98 المتعلق بالطيران المدني ج ر ع 41.

19) قانون 05/18 المؤرخ في 10 ماي 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر ع 28، بتاريخ 16 ماي 2018

20) قانون 19-13 المؤرخ في 2019/12/11 ينظم نشاطات المحروقات ج ر ع 79 المؤرخ 2019/12/22

- ***الاوامر***

1) الأمر 58-111 الصادر في 1958/11/22 المعروف بالقانون البترولي.

2) الأمر 154/ 66 المؤرخ في 08جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية،ج ر ج عدد07 لسنة 1966

3) الأمر رقم 65- 287 المؤرخ في 1965/11/18 المتضمن المصادقة على اتفاق 1966/07/29 الخاص باستغلال الوقود والثروات الهيدروكربونية، ج ر عدد 95 بتاريخ 1965/11/13، ص 380

4) الأمر رقم 391/68 المؤرخ في 1968/10/31 المتضمن الموافقة على الاتفاق الخاص بالبحث عن الوقود واستغلاله في الجزائر. وعن البروتوكول المتعلق بأعمال البحث في الوقود وإنتاجه في الجزائر من قبل شركة جيتي بتروليوم ج ر ع 88 المؤرخة في 1968/11/01، ص 1738.

5) الأمر 09/74 المؤرخ في 1974/01/30 المتضمن مراجعة قانون الصفقات العمومية ج.ر ج ع 13 بتاريخ 12 فيفري 1974

6) الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم المتضمن القانون المدني

7) الأمر 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 يتضمن القانون البحري، ج ر ع 29 لسنة 1976،

8) الأمر 11/03 بتاريخ 26 أوت 2003 المتعلق بالقرض والنقد ج ر ع 52 بتاريخ 27 اوت 2003 ، المعدل والمتمم.

9) الأمر رقم 10- 04 الصادر بتاريخ 26 أوت 2010 المعدل والمتمم للأمر رقم 11/03 المتعلق بالقرض والنقد ج ر ع 50 بتاريخ 01 سبتمبر 2010.

ب) المراسيم

- **المراسيم التشريعية:**

1) المرسوم 145/82 المؤرخ في 10أفريل 1984 المتضمن قانون الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي ، ج ر ج ع 15 بتاريخ 1982/04/13،

2) المرسوم التشريعي09/93 المؤرخ في1993/04/25 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدينة، ج ر عدد 27 بتاريخ 1993/04/27

3) مرسوم تشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 1993/10/05 يتعلق بترقية الاستثمار،ج رع 64 بتاريخ 1993/10/10.

- **المراسيم الرئاسية**

1) المرسوم الرئاسي 259/82 المؤرخ في 1982/08/07 المتضمن المصادقة على البروتوكول التعاون الاقتصادي بين الحكومتين الجزائرية والفرنسية ج ر ع 32 بتاريخ 1982/08/10.

2) المرسوم الرئاسي رقم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05 يتضمن الانضمام بتحفظ للاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك في 1958/06/10 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها

3) المرسوم الرئاسي 346/95 المؤرخ في 1995/10/30 المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى

4) المرسوم رقم 63- 364 المؤرخ في 14 سبتمبر 1963 المتعلق بالاتفاق الجزائري الفرنسي المرتبط بالتحكيم والمكلف الخاص بالتسوية عن طريق التحكيم الموقع بباريس في 1963/06/26، الجريدة الرسمية رقم 07 مكرر المؤرخة في 1963/09/17، ص 966.

5) المرسوم رقم 64- 70 المؤرخ في 07 أفريل 1964، الخاص بمصادقة الجزائر على قواعد بروكسل لسندات الشحن، ج/ر عدد 28 لسنة 1964

- **المراسيم التنفيذية**

1) المرسوم التنفيذي رقم 66-291 مؤرخ في 1966/09/21 يمنح بموجبه نقل الوقود المدعو (النزلة الشمالية) الشركة الوطنية للبحث عن البترول واستغلاله ج ر ع 91 بتاريخ ..1966/09/21

2) مرسوم تنفيذي 10/319المؤرخ في 2010/12/21 الخاص بالغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة.

- ***القوانين الأجنبية***

1) قانون 08/05 للتحكيم والوساطة الاتفاقية بتاريخ 2007/11/30 الجريدة الرسمية 5584 بتاريخ 2007/12/06، جريدة رسمية رقم 5584 بتاريخ 2007/12/06

2) نظام التحكيم السعودي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم 34 المؤرخ في 2012/04/16 والصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ 2012/06/08

3) قانون التحكيم القطري الجديد رقم 17/02 الصادر في 2017/02/17

4) القانون السوري للتحكيم في المنازعات المدنية والتجارية رقم 08/04 المؤرخ في2008/03/25.

5) قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل بموجب المرسوم 48 لسنة 2011 المؤرخ في13 جانفي 2011

6) القانون المصري للتحكيم رقم 27 لسنة 1994 المؤرخ في 18أفريل 1994

7) القانون الأردني رقم 31/ 2001 المؤرخ في 2001/07/16 جريدة رسمية عدد 4496 والذي بدأ العمل به في 2001/08/16. والمعدل بالقانون رقم 16لسنة 2018 جريدة رسمية رقم 5513 بتاريخ 2018/05/02

8) القانون التونسي للتحكيم رقم 42 لسنة 1993 المؤرخ في 1993/04/26الصادر بمجلة الرائد الرسمي العدد 33 بتاريخ 1993/05/01 ص 593.

9) قانون التحكيم الفلسطيني رقم 03 لسنة 2000 المؤرخ في 2000/02/03 المعدل بموجب اللائحة رقم 39 لسنة 2004 المؤرخة في 2004/04/12

10) قانون التحكيم السوداني لسنة 2016

- **هيئات ولوائح وغرف التحكيم**

1) بروتوكول جنيف 1923

2) اتفاقية جنيف 1927

3) اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958 المصادق عليها من طرف الجزائر بموجب المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في1988/11/05

4) الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المؤرخة في 07/04/ 1961

5) اتفاقية الإكسيد للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى المنقحة في 2014 المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 346/95 المؤرخ في 1995/10/30 .

6) لائحة قواعد اليونسترال لسنة 1976 والمعدلة سنة 2010 وفي 2013 بإضافة قواعد الشفافية.

7) القانون النموذجي للأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985

8) قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي التي بدأ العمل بها في 2011/03/01

9) نظام المحكمة الدائمة للتحكيم بلاهاي الذي بدأ العمل به في 1993/07/06

10) قواعد مركز التحكيم التجاري الدولي لمجلس تعاون لدول الخليج العربي

11) نظام للتحكيم لسنة 1994 لغرفة تجارة وصناعة دبي

12) نظام غرفة التجارة الدولية بباريس CCI

13) نظام هيئة التحكيم الأمريكية AAA الذي بدأ العمل به في 1991/03/01.

14) لائحة محكمة لندن للتحكيم LCIA

15) جمعية المحكمين البحريين بلندن

16) قواعد روتردام

17) قواعد هامبرج لسنة 1978

18) قواعد بروكسل لسندات الشحن المصادق عليها من طرف الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 71/64 المؤرخ في 1964/03/02 ج رع 28 لسنة 164

19) المنظمة الدولية للتحكيم البحري

20) غرفة اللويدز للتحكيم البحري

21) اتفاقية شيكاغو للطيران المدني

22) منظمة الطيران المدني الايكاو

23) نظام المنظمة الدولية للملكية الفكرية .wipo

- ***القرارات والأحكام***

- ***من الجزائر***

1) قرار المحكمة العليا ملف رقم 42187 بتاريخ 2008/04/09 العدد 04/ أكتوبر 2009، ص 246- 247

2) قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 415468 بتاريخ 2007/12/05، العدد 04/ أكتوبر 2009

3) المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية رقم الملف 439517، رقم الفهرس 08100576 صدر بتاريخ 2008/04/09، منشور بمجلة التحكيم، منشورات الحلبي، العدد 04، أكتوبر 2009.

4) المحكمة العليا الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 1037542 قرار بتاريخ 2015/10/14، منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2015

- من خارج الجزائر

- من مصر

1) حكم محكمة النقص المصرية ،الدائرة التجارية، الطعن 10177 لسنة 78 قضائية، صدر بتاريخ 2013/02/14،الموقع/http:/www.aifica.com/2021/07/03/359/

2) محكمة النقض المصرية- الطعن رقم /18309/ اقتصادي لسنة 89 قضائية – صدر بتاريخ /http://www.aifica.com/2020/12/19/3302.2020/10/27

3) محكمة النقض المصرية- الدائرة التجارية- الطعن رقم /18309/ لسنة 89 قضائية- صدر بتاريخ 2020/10/27. /http://www.aifica.com/2021/04/21/3524

4) محكمة استئناف القاهرة (جنوب)،الدائرة التجارية الأولى، الدعوى رقم /48/ لسنة /137/ قضائية- صدر بتاريخ /http://www.aifica.com/2020/12/18/3300)2020/12/09

- من البلدان الاخرى

1) الهيئة العامة لمحكم النقض السورية – القرار 159- صدر بتاريخ 2019/06/25. (/http://www.aifica.com/2019/12/26/2340).

2) محكمة النقض السورية – غرفة المخاصمة- القرار رقم 17 لعام 2020. /http://www.aifica.com/2020/09/26/2959

3) محكمة التمييز في البحرين– الطعن رقم 590 لسنة 2020 مدني– صدر بتاريخ 16 نوفمبر سنة 2020، http://www.aifica.com/2021/05/22/3537/

4) محكمة الاستئناف التجارية بمراكش– المغرب– القرار رقم 151 لعام 1999، http://www.aifica.com/2018/12/27/1658/

5) محكمة الاستئناف المدنية في ريف دمشق– القرار رقم 39 لعام 2018– صدر بتاريخ 2018/12/17. http://www.aifica.com/2021/3/12/3467/

6) محكمة النقض المغربية– القرار رقم /291/ تجاري– لعام 2007. http://www.aifica.com/2020/05/07/2561/

7) محكمة النقض السورية– غرفة المخاصمة– إقرار رقم 04 لعام 2019، (http://www.aifica.com/2020/04/8/2937/

8) محكمة التمييز الأردنية (بصفتها الحقوقية)– القضية رقم 267 لعام 2020. http://www.aifica.com/2020/10/17/3155/

9) محكمة الاستئناف في تونس– القرار رقم 40438– صدر بتاريخ 2013/12/10. (http://www.aifica.com/2019/12/21/232/

Les ouvrages:

a- Les ouvrage général

1) le petit l'arrousse, les éditions françaises 1995, P 83.

2) www. la toupie. Org. Dictionnaire

b- les ouvrages spécialis

1) Christophe SERAGLINI, et Jérôme ORTSCHEIDT, droit de l'arbitrage interne et international , lextenso édition, Paris 2013

2) Henri MOTULSKy, études et note sur l'arbitrage, T 2, Dalloz 1974, P 05 (rée- 2007).

3) Mentalachta Mohamed , l'arbitrage commercial, OPU 1986

4) Philippe Fouchar, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman, traité de l'arbitrage commercial international, éditons litec 1996

5) René david : L'arbitrage dans le commerce international Economica

6) Sutoit Knoepfer, la live ,Répertoire de droit international privé suisse, Mercier, T 01 1982.

c- articlesnet cronique

1) Bedjaoui Mohamed, L'évolution des conceptions et de la pratique algérienne en matière d'arbitrage international(necissité ou fatalit&) revueMutation N03,Alger1994

2) Bedjaoui Mohamed, L'évolution des conceptions et de la pratique algérienne en matière d'arbitrage international, op cit, p 60-64.

-Bérard audit –louis D'avout droit international privé. Extensions .spt.2018 –chapitre 3 .paragraphe 3695 ets .

3) Charles jarrosson sur la notion de l'arbitrage, libre générale de droit et de jurisprudence 1987 N° 785, Paris. Commenter par : Alain prujiner, les cahiers de droit, Faculté de droit de l'université haval 1989, volume 30 N° 4

4) Christophe – Juhell: arbitrage en droit, arbitrage en équité- colloque international les modes alternatifs de règlement des conflits, Université d'Alger 1- 06 et 07/05/14 série spéciale colloques et séminaire N° 3/ 2014

5) E.Gaillard:L'affaire sofidif ou les difficultés de l'arbitrage multiparties, Rev,arb ,1987

6) Emmanuel Gaillard, Trente ans de lex mercatoria pour un application sélective des principes généraux de droit journal du droit international N° 01, Paris 1995, P 05 et s

7) Issad- Mohand, Nouveau droit algérien, Revue mutation N° 5 Algérie 1993, P 08- 09.

8) J. c. michel Humbert; L'arbitrage et jugement à rome, Droit et culture N° 28- 1994.

9) La live: Les règles de conflit de loi appliquées au fond de litige par l'arbitrage international, Revue d'arbitrage, T 3, Paris 1976

10) Mebroukine Ali, Le règlement d'arbitrage algérien Français du 27/03/1983, Revue de l'arbitrage bulletin du comité français de l'arbitrage. Paris 1986, P 194.

11) Philippe Fouchard, La levée par la France de sa réserve de commercialité pour la l' application de la convention de New- York ,1990, Rev- ARB- N° 5

Thèses et memoires

1) abdelmoneem zamzam; les lois étatiques et arbitral. étude comparée Franco- égyptienne, thèse dijon 2003
2) André Slatkin, Etude de la lex mercatoria et de son application en droit français et en common lawe, mémoire de deux Universités, Montpelier et Serbrook 2008
3) André Slatkin, Etude de la lex mercatoria et de son application en droit français et en common lawe, mémoire de deux Universités, Montpelier et Serbrook 2008
4) Gueasse .Gbagouehi – L'arbitrabilité des litiges dans l'arbitrage commercial international – thèse doctorat –école doctorale de droit .Bordeaux 01/02/2018.
5) Hocine Farida; L'influence de l'accueil de la sentence arbitral par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international, thèse pour le doctorat en droit – Tiziouzou, juin 2012
6) Lidia SoKoloueska : L'arbitrabilité des litiges de droit privé. prespective.comparatiste –faculté de droit –paris 14/11/2018.

- Ouvrages en anglai

1) David St – John sutton, judith, Gill russell on arbitration, published by sweet and maxwelle, London 2015- 24 th, édition, P 30
2) Derek – Roebuck, arbitartion and mediation in seventerenth contry England - édition – holobook, the arbitration persee 2017.
3) Gill- wH. The law of arbitration, édition Gill: william Henry 1983, thisd by. Marshall Enid. A, London – sweet maxwelle.

- المواقع الالكترونية

1) معاهدة جاي علىsa.leskanaris.com تاريخ الاطلاع 2019/11/23.
2) تعويضات ألباما m.marefa.org تاريخ الاطلاع 2019/11/25
3) وضع الحجر الأسود بالمقال المنشور على :www. El manar. Com 23/07/2013
4) موسوعة النابلسي، متوفر على الرابط الدرس 100/81، artzblue: www- nabulsi. Com العقيدة الإسلامية، 2008.
5) alrashedoon.com، w.w.w الأسماء الحسنى.
6) الدرر السنية – الموسوعة العقدية على الرابط aqradia, http s: // darar. Net
7) معجم المعاني الجامع www. Almaany. Com .

8) www. Uncitral. org> arbitration> Ny. Conv
9) w.ww. newyorkconvention 1958 org> a- cn- 9- 814- add
10) www. Tfig- it cilo- org- unicitral- 2020/12/23
11) www tfig- it cilo- org- centences> org ICC
12) www. Unicitral. Org 1985, mode arbitration
13) www. LCIA. Org. L'histoire
14) www. Lcia. Org- R frequently asked questions
15) www: international. Arbitration- attorney. Com
16) www. Arabic. Aalco. Int
17) www. Commerce. Gov. Dz
18) w.w.w chicago. Convention tfig. Itcilo. Org
19) www. Noqatel. Com‹
20) WWW. Icao. O. int
21) www TSA. Algérie. Com. SMI
22) ww. DZ yer 24. Com
23) www. Alhaath. net– حجز طائرة جزائرية في بروكسل.
24) مدونة التوظيف معلومات عامة عن سوناطراك traveilcity – blogspot. Com لتاريخ 2019/08/15
25) www.arageek.com منظمة آيكان و مفاتيح الانترنيت السبعة
26) مراد شوابكة ما هو عقد الفيديك منشور على2018/04/08 w.w.w.mawdoo3.com

العنوان	الصفحة
مقدمة	01
الباب الأول: ضوابط نظام التحكيم التجاري الدولي	10
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لنظام التحكيم	12
المبحث الأول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي	13
المطلب الأول: ماهية التحكيم	13
الفرع الأول: تعريف التحكيم لغة واصطلاحا	14
أولا) لغة	14
ثانيا) اصطلاحا	15
الفرع الثاني: التطور التاريخي للتحكيم	23
أولا) التحكيم قديما عند غير العرب	23
ثانيا) التحكيم عند العرب قبل الاسلام	26
ثالثا) التحكيم عند العرب بعد الاسلام	29
الفرع الثالث: تاريخ التحكيم في الجزائر	33
أولا) مرحلة ما قبل الاستقلال	34
ثانيا) النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم في الجزائر بعد الاستقلال	36
المطلب الثاني: تكييف التحكيم وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له	43
الفرع الأول: تكييف التحكيم التجاري الدولي	43
أولا) الطبيعة القانونية للتحكيم	43
ثانيا) معيار تجارية التحكيم ودوليته	49
الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له	55
أولا) التحكيم والقضاء	56
ثانيا) التحكيم والخبرة	59
ثالثا) التحكيم والصلح	61
رابعا) التحكيم والتوفيق	63

خامسا) التحكيم والوساطة	65
سادسا) مصطلحات أخرى تشبه التحكيم	67
المبحث الثاني: مبادئ التحكيم، خصائصه وأنواعه	69
المطب الأول: مبادئ التحكيم وخصائصه	69
الفرع الأول: مبادئ التحكيم التجاري الدولي	69
أولا)مبدأ العدالة والإنصاف	70
ثانيا) مبدأ المواجهة	71
ثالثا) مبدأ احترام حق الدفاع ومعاملة الخصوم على قدم المساواة	72
رابعا) مبدأ احترام النظام العام	74
الفرع الثاني: خصائص التحكيم التجاري الدولي	77
أولا) مزايا التحكيم	78
ثانيا) مثالب ومساوئ التحكيم	84
المطلب الثاني: أنواع التحكيم التجاري الدولي	85
الفرع الأول: أنواع التحكيم التجاري الدولي	86
أولا) التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح	87
ثانيا)التحكيم المؤسساتي والتحكيم الحر	90
الفرع الثاني: التحكيم الالكتروني	94
أولا) تعريف التحكيم الالكتروني	94
ثانيا) خصائص التحكيم الالكتروني ومعوقاته	100
ثالثا) هيئات ولوائح التحكيم الالكتروني	102
الفصل الثاني: هيئات ومجالات التحكيم التجاري الدولي	108
المبحث الأول مؤسسات ومجالات التحكيم التجاري الدولي	109
المطلب الأول: أهم اتفاقيات التحكيم التجاري الدولي على المستوى الدولي	109
الفرع الأول: اتفاقيات التحكيم	110
أولا)اتفاقية نيويورك 1958	110

ثانيا) الاتفاقية الأوربية لتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961	111
ثالثا) اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول	113
رابعا) لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي	114
الفرع الثاني: المؤسسات الدائمة للتحكيم مراكز التحكيم الاقليمية	119
أولا) المؤسسات الدائمة للتحكيم	119
ثانيا) مراكز التحكيم الإقليمية والعربية	123
المطلب الثاني: مجالات التحكيم التجاري الدولي	129
الفرع الأول: التحكيم البحري والتحكيم الجوي	129
أولا) التحكيم البحري	130
ثانيا) التحكيم الجوي	138
الفرع الثاني: التحكيم في مجال الاستثمار في عقود البترول	143
أولا) المفاهيم المتعلقة بالاستثمار النفطي	144
ثانيا)خصائص عقود الاستثمار النفطي	147
ثالثا) أنواع العقود البترولية	149
رابعا)عقود الاستثمار في القانون الجزائري	155
المبحث الثاني: النظام القانوني لهيئة التحكيم في التحكيم التجاري الدولي	161
المطلب الأول : مفهوم المحكم والشروط الواجب توافرها فيه	162
الفرع الأول:تعريف المحكم وتمييزه عمن يشابهه	162
أولا) تعريف المحكم	162
ثانيا)المركز القانوني للمحكم	164
ثالثا) تمييزه عمن يشابهه	166
رابعا) الشروط اللازم توفرها في المحكم	170
الفرع الثاني:جزاء تخل الشروط المطلوبة في المحكم	177
أولا) رد المحكم	178
ثانيا) تنحي المحكم	184

ثالثا)عزل المحكم	186
رابعا) استبدال المحكم	189
المطلب الثاني : حدود سلطة المحكم ومسؤوليته	190
الفرع الأول: حدود سلطة المحكم	191
أولا) أساس سلطة المحكم	191
ثانيا) مجال سلطة المحكم	192
ثالثا) سلطة المحكم في اتخاذ التدابير المؤقتة	195
الفرع الثاني: مسؤولية المحكم	198
أولا)أساس مسؤولية المحكم	198
ثانيا) طبيعة مسؤولية المحكم	200
ثالثا) الجزاءات المترتبة على قيام مسؤولية المحكم	204
الباب الثاني: الأحكام الخاصة للتحكيم التجاري الدولي	207
الفصل الأول: اتفاق التحكيم	208
المبحث الأول: مفهوم اتفاق التحكيم وأركانه	210
المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم وصوره	210
الفرع الأول: تعريف اتفاق التحكيم	211
أولا) اتفاق التحكيم عند الفقهاء	211
ثانيا) اتفاق التحكيم في النصوص واللوائح	213
الفرع الثاني: صور اتفاق التحكيم	215
أولا) شرط التحكيم	215
ثانيا) مشارطة التحكيم	218
ثالثا) التحكيم بالإحالة	221
رابعا) الفرق بين صور اتفاق التحكيم	223
المطلب الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم	224
الفرع الأول: الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم	225

أولا) التراضي	226
ثانيا) الأهلية	232
ثالثا) محل اتفاق التحكيم	242
رابعا) السبب	250
الفرع الثاني: شرط الكتابة في اتفاق التحكيم	252
أولا) الكتابة شرط للاثبات	252
ثانيا) الكتابة شرط للانعقاد	253
ثالثا) صور كتابة اتفاق التحكيم	255
رابعا) القانون الواجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم	256
المبحث الثاني: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وآثاره	258
المطلب الأول:مفهوم مبدأ الاستقلالية	259
الفرع الأول: تعريف مبدأ الاستقلالية وأساسه القانوني	260
أولا) تعريف مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم	260
ثانيا) الأساس القانوني لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم	262
ثالثا) موقف مختلف التشريعات والعاهدات من هذا المبدأ	263
الفرع الثاني:نتائج مبدأ الاستقلالية	265
أولا)إمكانية خضوع شرط التحكيم لقانون أخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي	265
ثانيا) عدم ارتباط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي	266
ثالثا) مبدأ الاختصاص بالاختصاص	267
المطلب الثاني: الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، والقانون الواجب التطبيق	271
الفرع الأول: الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم	271
أولا) الدفع بوجود اتفاق التحكيم	272
ثانيا)الدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم	277
ثالثا) الدفع ببطلان اتفاق التحكيم	278

رابعا) الدفع بسقوط اتفاق التحكيم	279
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق	280
أولا) القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم	281
ثانيا) القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم	286
ثالثا) القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع	293
الفصل الثاني: الخصومة التحكيمية	304
المبحث الأول:انطلاق الخصومة التحكيمية	305
المطلب الأول:إجراءات تحريك الخصومة التحكيمية ونطاقها	305
الفرع الأول: تحريك الخصومة التحكيمية	306
أولا) طلب التحكيم	306
ثانيا)البيانات اللازمة في طلب التحكيم	309
ثالثا) مذكرة الرد على طلب التحكيم	310
رابعا) الجلسة الأولى أو التمهيدية	311
الفرع الثاني: نطاق الخصومة التحكيمية والدفوع المتعلقة بها	311
أولا) النطاق الشخصي للخصومة التحكيمية	312
ثانيا)النطاق الموضوعي للخصومة التحكيمية	317
ثالثا) الدفوع في الخصومة التحكيمية	320
المطلب الثاني:مراحل سير الخصومة التحكيمية وقواعد الإثبات فيها	323
الفرع الأول:نظام الجلسات في الدعوى التحكيمية	323
أولا) قواعد الحضور والغياب في الجلسات التحكيمية	324
ثانيا) زمان ومكان التحكيم	328
ثالثا)المرافعة في الخصومة التحكيمية	332
الفرع الثاني : قواعد الإثبات في الخصومة التحكيمية	337
أولا) الوثائق المكتوبة	337
ثانيا) شهادة الشهود	339

ثالثا) تعيين الخبراء	340
رابعا) المعاينة	342
المبحث الثاني: عوارض الخصومة وكيفية انقضائها	343
المطلب الأول عوارض الخصومة التحكيمية	344
الفرع الأول:العوارض المؤقتة للخصومة التحكيمية(العوارض المانعة)	344
أولا) وقف الخصومة	344
ثانيا) انقطاع الخصومة	348
الفرع الثاني: العوارض المنهية للخصومة التحكيمية	352
أولا) التسوية الودية	352
ثانيا) اتفاق الأطراف على انهاء إجراءا التحكيم	353
ثالثا) ترك الخصومة	354
رابعا) سقوط الخصومة	355
خامسا) استحالة الاستمرار في الإجراءات أو عدم جدواها	357
المطلب الثاني:انقضاء الخصومة بصدور حكم التحكيم	358
الفرع الأول: تعريف حكم التحكيم، طبيعته وأنواعه	358
أولا) تعريف حكم التحكيم	359
ثانيا) أنواع الأحكام التحكيمية	362
الفرع الثاني : شروط اصدار الحكم التحكيمي وآثاره	368
أولا)إجراءات اصدار الحكم التحكيمي	369
ثانيا) شروط اصدار الحكم التحكيمي	371
الفرع الثاني:آثار حكم التحكيم	382
أولا) حيازة حكم التحكيم حجية الأمر المقضي فيه	382
ثانيا) استنفاذ هيئة التحكيم لولايتها	386
الخاتمة	393
قائمة المراجع	404

العنوان :"نظام التحكيم في مجال التجارة الدولية"

الملخص:

استطاع التحكيم التجاري الدولي أن يحتل مكانة مميزة في مجال التجارة الدولية لما يوفره للمتعاقدين من ليونة وبساطة في الإجراءات، وسرعة في الفصل، مما دفع بالدول – بما فيها الجزائر– إلى سن القوانين المنظمة له، وتدريسه في المعاهد والجامعات بغية الوصول للتمكن فيه، حفاظا على العقود الدولية المبرمة، والمتضمنة بند التحكيم، وبالتالي الحفاظ من ورائها على الاقتصاد الوطني، إضافة إلى سعي مراكز وهيئات التحكيم الدولية إلى تحديث لوائحها وقواعدها لاستقطاب أكبر عدد من المحتكمين، لما تذره هذه القضايا من عوائد مالية وفوائد.

إن نظام التحكيم بوصفه قضاء من نوع خاص، يعد الطريق الأمثل لحل النزاعات بين المتخاصمين في مجال التجارة الدولية، فطابعه الاتفاقي هو ما يمنحه هذا التميز، إلا إذا حاذ عن ذلك، فتصبح الدولة المضيفة للاستثمار من الدول النامية مرغمة عليه، بما يفرض عليها من الدول المستثمرة عن طريق العقود النموذجية، أو البنود التعسفية التي تضمنتها عقوده

كلمات مفتاحية: التحكيم، تجارة دولية

Title « Arbitration system in the field of international trade»

Abstract ;

International commercial arbitration occupies a special place in the field of international trade in view of what it offers to contractors in terms of flexibility, simplification of procedures and celerity in the treatment of disputes.

Therefore, countries including Algeria, have enforced laws governing arbitration, and teaching it in universities and institutes in order to master it,

in order to preserve the international contracts concluded which provide an arbitration clause. The objective is to protect the national economy.
In addition, international arbitration centers and instances are working to update and modernization their settlement and rules in order to attract more applicants in view of the income and financial benefits generated by these cases.
The arbitration system as a specialized justice is the ideal way for the settlement of disputes in matters of international trade. Its conventional character gives it this particularity unless it moves away from it and thus becomes for the host country of the investment, among the developing countries, a non-choice because of what is imposed on it by the investor countries through standard contracts or by virtue of unfair terms provided for in such contracts.

Keywords;Arbitration , internationl trad

Intitulé « L'arbitrage dans le domaine du commerce internationale »

Résumé ;

L'arbitrage commercial international occupe une place particulière dans le domaine du commerce internationale au vu de ce qu'il offre aux contractants en termes de flexibilité, de simplification des procédures et de célérité dans le traitement des litiges.
Partant, les pays dont l'Algérie, ont mis en place des lois régissant l'arbitrage avec son enseignement dans les universités et les instituts en vue d'acquérir sa maitrise aux fins de préserver les contrats internationaux conclus qui prévoient une clause d'arbitrage. L'objectif étant de protéger l'économie nationale.
Par ailleurs, les centres et instances internationaux d'arbitrage s'attèlent à mettre à jour leurs règlements et règles afin de capter davantage de requérants au vu des revenus et bénéfices financiers générés par ces affaires.
Le système d'arbitrage en tant que justice d'un type particulier, est la voie idéale pour le règlement des litiges en matière de commerce international. Son caractère conventionnel lui confère cette particularité à moins de s'en éloigner et devenir ainsi pour le pays d'accueil de l'investissement, parmi les pays en développement, un non choix en raison de ce qui lui est imposé par les pays investisseurs à travers des contrats types ou en vertu de clauses abusives prévues par de tels contrats.

Mots-clés; **Arbitrage , commerce international**