جامعة عبد الرحمان ميرة ـ بجاية ـ

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: القانون الخاص

سلطات المحكم في التحكيم التجاري الدولي (دراسة في القانون الجزائري والقانون النموذجي للأمم المتحدة)

مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق

قسم: القانون الخاص/ تخصص: القانون الخاص الشامل

إعداد الطالبة:

ـ بلغول دنيازاد

تحت إشراف الأستاذ:

ـ تعويلت كريم

لجنة المناقشة:

.....رئيسا

تعويلت كريم.....مشرفا

.....ممتحنا

السنة الجامعية: 2012/ 2013

شكـــر وعرفـــان

الحمد لله رب العالمين الذي أقر له الكون بتمام الوحدانية، على توفيقه وإحسانه بما من علي من صبر حتى أتممت هذا العمل البحثي، وأصلي وأسلم على رسوله الكريم الذي أوصانا بعرفان الجميل وتقديره فقال: " من لم يشكر الناس لم يشكر الله ".

أما بعد:

أتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى أستاذي المشرف :
"تعويلت كريم"
الذي قبل الإشراف على هذه المذكرة وسهر على تصويبها.

دنيازاد

إهـــــــداء

أهدي هذا العمل المتواضع
إلى جدتي "عائشة" وجدي "على" أطال الله في عمرهما.
وإلى أمي وأبي حفظهما الله.
وإلى أخي "حليم" و"هشام" و"شريف".
وإلى روحي أخويه "أنوار و"جيلالي" رحمهما الله وأسكنهما فسيح جنانه.
وإلى كل أعمامي وعماتي وأخوالي وخالتي كل واحد باسمه.
وخاصة إلى خالتي "دليلة" شفاها الله.
وإلى "حياة و"ليدية".
وإلى زميلتي ورفيقتي الحميمة "فلفل سميرة" و"ناتوري سميرة و"قجالي صديق" الذن ساعدوني في إنجاز هذا العمل.
دون أن أنسى طبيباي الدكتور "شرفاوي" والدكتورة "تافكت".

دنيازاد

الإهـــــــــــــــداء

إلى روح كل عزيز فقدناه، أسكنه الله فسيح جنانه.
إلى كل عزيز في هذه الحياة، الوالدين الكريمين، الإخوة والأخوات، الزملاء و الأصدقاء.
إلى كل الأساتذة الذين تتلمذنا على أيديهم، نخص بالذكر الأستاذ **تريكي فريد**، جازاه الله خيرا على نصائحه القيمة، فنعم المرشد ونعم المعين.
إلى كل من ساندنا بقلب طيب وروح أطيب.

قائمة المختصرات

أولا: اللغة العربية

- **ج ر ج ج** : الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية
- **ط**: طبعة
- **م**: المادة
- **ق.إ.م.إ:** قانون الإجراءات الإدارية

ثانيا: اللغة الفرنسية

P : page
Ed : Edition
Op.cit : Ouvrage précité
C.C.I : Chambre de Commerce international
C.N.U.D.C.I : Commission Des Nations Unies Pour Le droit Commercial International

إن القوة لم تعد الوسيلة الوحيدة لاقتضاء الحقوق وحمايتها، وذلك بواسطة تدخل الدولة لحل النزاعات حيث أخذت على عاتقها واجب إقامة العدالة عن طريق القضاء.

ولكن مع مرور الوقت أصبح الأمر يتغير تدريجيا في ظل عولمة وتطور اقتصاد العالمي إذ برزت الحاجة إلى تفعيل وسائل فض النزاعات الناشئة عن العلاقات ذات العنصر الأجنبي من بين هذه الوسائل التحكيم التجاري الدولي.

ولقد أخذ التحكيم مكانته لدى البشرية منذ القديم قبل أن تلجأ إلى القضاء إلى أن أصبح الطريقة الأساسية التي تستند إليها الدول في تشجيع علاقتها على الصعيد الدولي[1].

ويرى "أبو زيد رضوان" في مؤلفه: "أن التحكيم قد ارتبط بالتجارة الدولية والتبادل التجاري بين الشعوب وازدهر بازدهار هذه التجارة حيث كانت التجارة الدولية هي المرجع الخصب لإنماء وتطوير قواعد التحكيم التجاري الدولي"[2].

واختلفت تعاريف الفقه للتحكيم التجاري الدولي وانصبت في معظمها على أنّه: "تعبير عن رفض الأطراف عرض نزاع قائم أو مستقبلي على المحاكم الوطنية لدولة واتفاقهم على إقامة محكمة خاصة تتشكل من محكمين مؤهلين يختارهم بأنفسهم وتعمل وفق الإجراءات المتفق عليها [3].

أما الفقيه الفرنسي "RENE DAVID" فقد عرف التحكيم التجاري الدولي على أنّه: "تقنية تهدف إلى إعطاء حلول لمسألة تهم العلاقة بين شخصين أو أكثر من طرف شخص آخر، أو آخرين ـــ المحكم أو المحكمين ـــ الذين يستمدون اتفاق خاص ويؤسسون على أساس هذا الاتفاق دون أن يكون مكلفين بهذه المهمة من طرف الدولة".

ويعرفه "JEAN ROBERT" التحكيم هو إرساء للعدالة خاصة بفضلها تحل النزاعات من قضاء القانون العام ليفصل فيها من قبل الأفراد[4].

والتحكيم على نوعين: داخلي ودولي، ويمكن أن يأخذ صورة تحكيم حر أو مؤسساتي وهذا حسب اتفاق الأطراف حيث يمكن أن يظهر إما على شكل شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم[5].

---

(1) ـــ مولوج لامية، النظام القانوني للمحكم على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011، ص. 02.

(2) ـــ كراش ليلى، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2002، ص. 01.

(3) ـــ نفس المرجع ، ص. 02.

(4) ـــ كراش ليلى، المرجع السابق، ص. 09.

(5) ـــ لتحديد دولية أتفاق التحكيم يعتمد الفقه علة معيارين: المعيار القانوني أو المعيار الاقتصادي.
والمعيار القانوني يُعتمد فيه على ضوابط الإسناد التقليدية كالجنسية والموطن ومحل إقامة الأطراف. أما المعيار الاقتصادي فيعتبر التحكيم دولياً إذا تعلقت المنازعات التي يهدف إلى تسويتها بمصالح التجارة الدولية. ولقد أخذ المشرع الجزائري بالمعيارين في مرسوم التشريعي 93 ـــ 09 حين حدد دولية أتفاق التحكيم حيث تنص المادة 458 مكرر على أنّه: "يُعتبر دولياً بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أحد الطرفين على الأقل في الخارج".
أنظر تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 09 ـــ 93 والقانون المقارن، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص. 14 ـــ 15 ـــ16 ـــ17 ـــ18.أما بعد

وما يؤكد اللجوء الدولي المتزايد بخصوص التحكيم التجاري الدولي ظهور مراكز متخصصة في هذا المجال مثل: الغرفة التجارية الدولية لباريس، الجمعية الأمريكية للتحكيم[6].

وعلى الصعيد العربي نجد المركز العربي لتحكيم ومركز الخبرة الهندسية بالسعودية.

ومن بين المزايا التي جعلت التحكيم التجاري الدولي يحتل مكانة عالمية:

1 ـــ تبسيط إجراءات الفصل في النزاع والتحرر من شكليات التي يفرضها اللجوء إلى القضاء.

2 ـــ السرعة في الفصل في النزاعات وقلة النفقات.

3 ـــ عرض النزاع على أشخاص مؤهلين قانونياً واقتصادياً ومعرفة علمية بارزة.

4 ـــ توفير السرية في جلسات التحكيم.

5 ـــ تفادي مشكلة تنازع في اختصاص القضاء الدولي[7].

وبخصوص موقف المشرع الجزائري من التحكيم التجاري الدولي قد عرف عدة مراحل فكانت نظرته سلبية دامت ثلاثون (30) سنة ولكن الواقع العملي ـــ على عكس ذلك ـــ.

وتحت الضغط المزدوج الذي فُرض عليها بسبب الأزمة الاقتصادية والضغط الأجنبي، رضخت الجزائر لأمر الواقع وبدأت تتفتح على التحكيم التجاري الدولي بانضمامها إلى كل من اتفاقية عمان سنة 1987 المنشأة للمركز العربي للتحكيم التجاري الدولي،لإتفاقية نيويورك لعام 1988 المتعلقة باعتراف وتنفيذ أحكام التحكيمية الأجنبية[8].

والمنعرج المهم الذي أكّد لجوء الجزائر إلى هذه الوسيلة صدور المرسوم التشريعي رقم 93 ـــ 09 الذي عدل المادة 442 وأدخل فصلاً خاصاً بالتحكيم التجاري الدولي[9]، وظل الأمر قائما إلى أن صدر قانون 08 ـــ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أين خصص بموجبه الباب الثاني من الكتاب الخامس لتنظيم التحكيم الداخلي والدولي[10].

ولا يمكن الحديث عن التحكيم التجاري الدولي دون التطرق إلى "المحكم" باعتباره العنصر الفعال في العملية التحكيمية حيث تعهد له مهمة الفصل في النزاع المطروح أمامه بناء

التعديل فأخذ بمعيار الاقتصادي أثناء تحديده دولية اتفاق التحكيم حيث تنص المادة 1039 من قانون 09 ـــ 08: "يعد التحكيم دولياً بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

التحكيم المؤسساتي هو الذي يتم في إطار أحد مراكز التحكيم ومؤسسته الدائمة وهي مؤسسات مهمتها الإشراف على حل النزاعات عن طريق التحكيم واللجوء على هذه المؤسسات يكون اختيارياً يطبق قواعد واللوائح قائمة بها.

التحكيم الحر هو التحكيم الذي يتم خارج إطار أي مؤسسة أو مراكز التحكيم.

أنظر عمر عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، 2002، ص. 17.

ولقد اعترف المشرع لكلتا صورتي التحكيم شرط أو مُشارطة التحكيم وذلك من خلال المادة 1040 من قانون 09 ـــ 08 التي تنص: "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية.

(6) ـ تعويلت كريم،المرجع السابق، ص. 05.

(7) ـــ تعويلت كريم،المرجع السابق، ص. 06.

(8) ـــ تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص. 05.

(9) ـــ نفس المرجع ، ص. 06.

(10) ـــ مولوج لامية، المرجع السابق، ص. 04.

على السلطات الممنوحة له قانونا أو اتفاقا بعد تشكيل محكمة التحكيم.[11]

وعليه فيما تتمثل سلطات المحكم في التحكيم التجاري الدولي؟.

وللإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا إلى دراسة سلطات المحكم من الناحية الإجرائية (الفصل الأول) وسلطات المحكم من الناحية الموضوعية (الفصل الثاني).

وقد اعتمدنا في دراسة هذا الموضوع على المنهج التحليلي والمقارن والوصفي.

[11] ـــ تشكيلة محكمة التحكيم: تنص المادة 1041: "يُمكن للأطراف مُباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم في غياب تعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز لطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الجزائر واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر". قانون 08-09المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.رج.ج عدد 21 الصادرة في 23 أفريل 2008.

الفصل الأوّل
سلطات المحكم من الناحية الإجرائية

تُعتبر إجراءات المحاكمة الخاصة في دعوى التحكيم التجاري الدولي بمثابة الخطوة الرئيسية التي تمر بها العملية التحكيمية، وذلك أنّها المرحلة الأولى التي يتصل بها المحكم بالقضية كي يتسنى له إصدار حكماً يحسم في النزاع المعروض أمامه، ولحسن سير إجراءات التحكيم، حرصت التشريعات الداخلية والدولية على ضبط قواعد تسمح بالسير الحسن لمهمة المحكمين.

وفي دراستنا لسلطات المحكم من الناحية الإجرائية تناولنا في (المبحث الأوّل) تحت عنوان سلطة المحكم في إدارة الخصومة وتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات أما في (المبحث الثاني) تناولنا سلطة المحكم في تحديد اختصاصه ـــ مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

المبحث الأوّل
سلطة المحكم في إدارة الخصومة وتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات

تظهر سلطة المحكم في إدارة الخصومة في ثلاث عناصر: أولها تحديد لغة ومكان التحكيم وثانيها تنظيم الجلسات وثالثها تحديد ميعاد التحكيم ولإتمام هذه العناصر يجب أن يحدد القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة وذلك إما أن يكون التحديد من قبل أطرف الخصومة وإذا غابت إرادة الأطراف تكون لهيئة التحكيم سلطة تحديده.

وفي دراستنا لهذا المبحث تطرقنا إلى سلطة المحكم في إدارة الخصومة في (المطلب الأوّل) وسلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل
سلطة المحكم في إدارة الخصومة

حتى يتسنى للمحكم استصدار الحكم التحكيمي فيما يخص النزاع المعروض أمامه هناك مراحل أولية تمر بها العملية التحكيمية وسنتناول في الفرع الأوّل (تحديد لغة ومكان التحكيم) أما في الفرع الثاني (تنظيم الجلسات) وفي الفرع الثالث (تحديد ميعاد التحكيم).

الفرع الأوّل
تحديد اللغة ومكان التحكيم

للغة التحكيم أهمية بالغة في التحكيم التجاري الدولي، حيث تأثر على الجانب النفسي والقانوني لذا يجب أن تأخذ بعين الاعتبار سواء من طرف المحكمين أو من قبل أطراف النزاع[16].

إذا اتفق أطراف الخصومة التحكيمية على لغة التحكيم فما على المحكم إلا الأخذ بهذه اللغة، أما إذا غابت إرادة الأطراف فيما يخص هذه اللغة، على المحكم أن يتدخل ويحدد اللغة التي تمر بها العملية التحكيمية.

والسؤال الذي يمكن طرحه على أي معيار يعتمد المحكم أثناء تحديده للغة التحكيم؟

أما مكان التحكيم فلا يقل شأن على اللغة وقد منحت حرية مطلقة للأطراف في تعيينه فإذا لم يحدد في اتفاق التحكيم المكان الذي يجرى فيه التحكيم هنا الأمر يختلف إذا كان التحكيم مؤسستي أو تحكيم حر "AD HOC" في هذه الحالة نكون في وضعين[17]:

* إما أن يعطي النظام الذي يحيل إليه العقد التحكيمي للمحكمين سلطة تعيين مكان التحكيم وإما أن يتغاضى عنها، ففي هذه الحالة لأي جهة قضائية يتجه إليها أطراف التحكيم حتى يتسنى لهم تعيين مكان التحكيم[18].

* أما إذا كان عقد التحكيم يجيز للمحكم تعيين مكان الذي تجرى فيه المحاكمة فعلى أي أساس سيحدد بموجبه مكان التحكيم؟

أولا: موقف المشرع الجزائري

لقد تضاربت الآراء حول المعايير التي يأخذ بها المحكم أثناء تحديده لغة ومكان التحكيم إذا ما غابت إرادة الأطراف، فهناك من يعتد بلغة العقد أو لغة المستندات المتبادلة قبل نشوء النزاع، وكل المؤشرات المعبرة عن إرادة الطرفين حول اللغة التي اختارها، أما الفقه الغربي فيرى أن لغة العقد ليست لغة عادلة ولا تشكل مؤشراً صحيحاً.

والطرفان اختارا لغة العقد لغة ثالثة لأن كل منهما لا يعرف لغة الآخر، ويرى الفقه الغربي أنه تحقيقاً للعدالة على المحكم أن يترك الأطراف تتحدث بلغتها ويمكن اعتماد لغة أخرى واحدة رسمية لإجراءات التحكيم والحكم التحكيمي.

أما مكان التحكيم فلم تتفق جل القوانين على معيار واحد إذ يأخذ بعين الاعتبار جنسية أطراف النزاع لأنه من المستحسن أن يكون بلد التحكيم غير جنسية أحد الطرفين (حيادي)، ويأخذ في الحسبان محل إقامة الدائم للمحتكمين أو مكان العمل من أجل اختصار المسافات ومصاريف الانتقال وكذلك يأخذ بعين الاعتبار الظروف السياسية بحيث يكون المكان يرتاح له كل من الطرفين إذ يجب أن لا تكون هناك عراقيل تحد من حرية الانتقال من بلد إلى آخر ويأخذ

16- الأحدب عبد الحميد، "القواعد المنظمة لإجراءات التحكيم"، المحكمة العليا أيام 15- 16جوان، الجزائر، 2008، ص. 40.

17 - المرجع نفسه، ص. 33.

18 - الأحدب عبد الحميد ، المرجع السابق، ص . 33.

كذلك عامل اقتصادي حرية التحولات النقدية واعتبارات عملية (الفنادق، المطارات، القطارات...)[19].

وفيما يخص موقف المشرع الجزائري لم ينص صراحة على لغة ومكان التحكيم سواء في المرسوم التشريعي 09 ـــ 93 (الملغى)[20] أو في القانون 09 ـــ 08 المتضمن قانون الإجراءات

المدنية والإدارية[21].

وإنما أشار إليها بطريقة ضمنية حيث تنص المادة 1043 منق.إ.م.إ: "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استناداً على نظام تحكيم كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الذي يحدده الأطراف اتفاقية التحكيم إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استناداً إلى قانون أو نظام التحكيم"[22].

وإذا تمعنا في فحوى نص المادة 1043 نجد أن المشرع الجزائري أعطى لهيئة التحكيم سلطة تعيين مكان ولغة التحكيم إذا ما غابت إرادة الأطراف في تحديدها ولم يعتمد على أي معيار لتحديدها.

ثانيا: موقف القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة

تنص المادة 20 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة أنه: "لطرفين حرية الاتفاق على مكان التحكيم فإذا لم يتفق على ذلك، تولت هيئة التحكيم تعيين المكان على أن تأخذ في الاعتبارات ظروف القضية بما في ذلك راحة الطرفين.

استناداللفقرة الأولى من هذه المادة يجوز لهيئة التحكيم أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً للمداولة بين أعضاءها، ولسماع أقوال الشهود أو الخبراء أو طرفين النزاع أو لمعاينة البضائع أو غيرها من الممتلكات أو لفحص المستندات ما لم يتفق الطرفين على خلاف ذلك".

لقد منح القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة الحرية للأطراف لتحديد مكان التحكيم في حين غابت إرادتهما في تعيينه كان لهيئة التحكيم تحديده مراعاة لظروف مناسبة[23].

ولم تغب هذه السلطة فيما يخص لغات التحكيم حيث تنص المادة 22 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة: "للطرفين حرية الاتفاق على اللغة أو اللغات التي تستخدم في إجراءات التحكيم فان لم يتفقا على ذلك بادرت هيئة التحكيم إلى تعيين اللغة أو اللغات التي تستخدم في هذه الإجراءات ويسري هذا الاتفاق أو التعيين على أي بيان مكتوب يقدمه أي من

---

19 ـ المرجع نفسه، ص. 34.

20 ـ المرسوم التشريعي رقم 93 ـ 09 المؤرخ في 23 أفريل 1993 المعدل المتمم للأمر 154/66 مؤرخ في 08-06-1966 متضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر، عدد27.

21 ـ القانون 08 ـ 09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

22 ـ المادة 1043 من القانون 08 ـ 09، المرجع السابق.

23 ـ المادة 20 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة. wwwkenanaonline

الطرفين وأي مرافعة شفوية أو أي قرار تحكيم أو قرار بلاغ آخر يصدر من هيئة التحكيم ما لم ينص الاتفاق على غير ذلك لهيئة التحكيم أن تأمر بأن يرفق بأي دليل مستندي ترجمته إلى اللغة أو اللغات التي اتفق عليها الطرفين أو عينتها هيئة التحكيم"[24].

الفرع الثاني
تنظيم الجلسات

أولا: إدارة الدعوى

تنص المادة 21 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة أنّه: "تبدأ إجراءات التحكيم في نزاع ما في اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلب بإحالة ذلك النزاع إلى التحكيم ما لم يتفق الطرفين على خلاف ذلك".

وحسب نص المادة أنّ هيئة التحكيم بمجرد اتصالها بملف الدعوى يمكن لها أن تبدأ بإجراءات التحكيم وذلك أن تحدد تاريخ الجلسة وتاريخ تقديم الدفوع المؤيدة لأطراف الدعوى[25] ومراعاة لسير الحسن للدعوى، منح للمحكم سلطة إنهاء إجراءات التحكيم إذا لم يكن هناك اتفاق مخالف بين الأطراف وحدث دون عذر كافٍ أن:

ـــ تخلف المدعى عن تقديم بيان دعواه وفقاً للمادة 1/23 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة.

ـــ تخلف المدعى عليه عن تقديم بيان دفاعه وفقاً للمادة 1/22، تواصل هيئة التحكيم الإجراءات دون أن تعتبر هذا التخلف في حد ذاته قبولاً لإدعاءات المدعى.

ـــ إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور جلسة أو عن تقديم أدلة مستندية يجوز لهيئة التحكيم مواصلة الإجراءات وإصدار قرار التحكيم بناء على الأدلة المتوافرة لديها[26].

أما المشرع الجزائري فاكتفى بالإشارة إلى تطبيق الأوضاع والآجال المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك.

فيمكن للمحكم أن يقوم بإدارة الدعوى في جميع مراحلها في حالة غياب إرادة الأطراف، حيث تنص المادة 1019 من ق.إ.م.إ "تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"[27].

أما المادة 1022 من ق.إ.م.إ منحت للمحكم سلطة إصدار الحكم التحكيمي بناء على ما قدم إليه من مستندات إذا ما انقضت مدة خمسة عشر (15) يوماً على الأقل[28].

ثانيا: تحديد طريقة المرافعة

---

24 ـ المادة 22 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة.
25 ـ المادة 21 من القانون النموذجي للهيئة الأمم المتحدة.
26 ـ المادة 25 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة.
27 ـ المادة 1019 من القانون 08 ـ 09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
28 ـ المادة 1022 من القانون 08 ـ 09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

إنّ مرافعة الخصومة التحكيمية يمكن أن تجرى إما بطريقة شفوية أو كتابية ولقد اختلفت مواقف التشريعات الوطنية والدولية حول كيفية إجراء المرافعات والسؤال الذي يمكن طرحه هل للمحكم الدولي سلطة تحديد طريقة المرافعة وإن كان يتمتع بهذه السلطة فمتى يتسنى له ذلك؟

1 ـــ موقف المشرع الجزائري:

إن المشرع الجزائري لم يلزم إجراء مرافعات الخصومة التحكيمية بطريقة كتابية أو شفوية وإنما منح للأطراف سلطة تحديدها وإذا ما غاب اتفاق المحتكين بخصوصها، فيمكن للمحكم تحديد طريقة المرافعة أما خارج هذا الاتفاق فأي تحديد من قبل هيئة التحكيم فيعتبر إجراء باطل وهذا ما يمكن استخلاصه من المادتين 1019 و1043 من ق.م.إ[29].

2 ـــ **موقف القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة:**

إن المرافعات الشفوية ليست إجبارية في التحكيم الدولي وإن كانت أساسية في نظام إجراءات المحاكمة في الأعراف الأنجلو أمريكية[30]، حيث فرق القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة بنصه في المادة 24 على أنّه: "تقرر هيئة التحكيم ما إذا كانت ستعقد جلسات المرافعات شفاهية لتقديم البيانات أو لتقديم الحجج الشفاهية أو أنّها ستسير في الإجراءات على أساس المستندات وغيرها من الأدلة، مع مراعاة أي أتفاق مخالف لذلك بين الطرفين على أنّه "يجب على هيئة التحكيم ما لم يتفق الطرفين على عقد أي جلسات لمرافعات شفوية أن تعقد تلك الجلسات في مرحلة مناسبة من الإجراءات إذا طلب ذلك منها أحد الطرفين.

ـــ يجب إخطار الطرفين بموعد أي جلسة مرافعة شفوية وأي إجماع لهيئة التحكيم لأغراض معاينة البضائع أو ممتلكات أخرى أو لفحص المستندات.

ـــ جميع البيانات والمستندات والمعلومات الأخرى التي يقدمها أحد الطرفين إلى هيئة التحكيم تبلغ إلى الطرف الآخر، ويبلغ أيضا إلى الطرفين أي تقرير يضعه خبير أو أي دليل مستندي قد تستند إليه هيئة التحكيم في اتخاذ قرارها"[31].

نستنتج من خلال نص المادة أنّ القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة جعل فقط المرافعات الشفوية التي بإمكان هيئة التحكيم أن تقر بها في حالة واحدة فقط إذا لم يكن هناك اتفاق بين المحتكمين حول طبيعة المحاكمة، وفي حالة عدم تحديد شفاهية المرافعات من قبل المحتمكين فإذا طلب أحدهم من المحكم من إجراء مرافعة شفاهية في مرحلة مناسبة فما على هذا الأخير إلا أن يستجيب لطلبه.

الفرع الثالث
تحديد ميعاد التحكيم

29 ـ المادة 1019 و1043 من القانون 08 ـ 09، المرجع السابق.
30 ـ الأحدب عبد الحميد ، المرجع السابق، ص. 53.
31 ـ المادة 24 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة.

أولا: تحديد ميعاد التحكيم

لقد حدد المشرع الجزائري ميعاد التحكيم بمدة أربع (04) أشهر تبدأ من تاريخ إخطار محكمة التحكيم[32]، إلا أنّه أجاز تمديد مدة التحكيم بموافقة الأطراف أو من قبل هيئة التحكيم وفي غياب هاتين الحالتين يمكن للمحكمة المختصة أن تحدد مدة التحكيم[33]، أما القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة فلم يضع المدة التي ينهي بها المحكم مهمته وإنما تركها للأطراف وفي حالة عدم وجود اتفاق، يحدد الميعاد من طرف المحكم وذلك بإلزام الأطراف لتقديم بيان دعواهم في المدة المحددة وأي تخلف عن ذلك تصدر المحكمة التحكيمية حكمها في موضوع النزاع على أساس الأدلة الموجودة بحوزتها[34].

ثانيا: الاستثناءات الواردة على ميعاد التحكيم

قد تحدث قوة قاهرة فيتعذر على المحكم بدء إجراءات التحكيم أو مواصلتها فيكون بغير مقدوره إتمام المهمة المخولة له في الميعاد المحدد وفي كلتا الحالتين يكون أثر القوة القاهرة وقف ميعاد التحكيم، فإذا أزالت القوة القاهرة عاد الميعاد إلى السريان بحيث تضم المدة السابقة على قيام القوة القاهرة إلى المدة اللاحقة على انتهائها لتحديد التاريخ الذي ينتهي فيه الميعاد المذكور[35].

المطلب الثاني

سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات

تلعب إرادة أطراف النزاع دور كبير في تحكيم التجاري الدولي فلا تحكيم بدون اتفاق فيمكن لهذا الاتفاق أن يتسع إلى أحكام الخاصة بالتحكيم، مثل المنازعات التي يشملها التحكيم، كيفية تعيين هيئة التحكم وغيرها من الإجراءات، والقيد الوحيد الذي يعترض هذه الإرادة هو النظام العام[36].

وإذا كانت قاعدة خضوع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف لا جدال فيها فالإشكال يظهر عندما تغيب إرادة الأطراف عن تحديد قواعد الإجراءات المطبقة على الخصومة

---

32 ـ المادة 1018 من القانون 08 ـ 09، المرجع السابق.

33 ـ المادة 23 25 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة.

34 ـ مصطفى الجمال عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص. 655.

35 ـ المرجع نفسه، ص. 655.

36 ـ سامي محمد سعيد سليمان مريان، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، مذكرة ماجستير، جامعة أل البيت، الأردن، 2002، ص. 15.

التحكيمية أو عدم كفاية القانون المختار، فهنا يظهر دور المحكم في اختيار القواعد الإجرائية[37].

وسنتناول في الفرع الأول (تطبيق المحكم قانون الإرادة كأصل) أما في الفرع الثاني (تحديد المحكم القانون الواجب التطبيق على الإجراءات كاستثناء).

الفرع الأول

تطبيق المحكم قانون الإرادة كأصل

لقد ساد مبدأ خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة في من الفقه والقضاء والقانون المقارن والمعاهدات الدولية واللوائح مراكز التحكيم[38] ونتيجة لذلك يمكن إيراد ثلاث (03) فرضيات من اجل التأكيد على هذا المبدأ كالتالي:

1 ـــ تولي الأطراف تحديد إجراءات التحكيم من خلال الإفصاح بينهم عن الإجراءات الواجب إتباعها في حال حدوث نزاع فيما بينهم.

2 ـــ ترك المهمة لمحكمة التحكيم في كل ما يتعلق بالإجراءات بغض النظر عن أي تفصيل لهذه الإجراءات ، فيعتبر الأطراف أن ما تتخذه هيئة التحكيم أمر متفق عليه بإرادتهم ابتداء.

3 ـــ قد يتفق الأطراف على اختيار قانون وضعي معين.

4 ـــ إتباع الأطراف الإجراءات المنصوص عليها في لائحة مركز التحكيم بحيث توكل لهذا المركز مهمة النظر في المنازعة بين الأطراف في حالة نشوءها[39].

وقانون الإرادة المُختار من قبل الأطراف يمكن أن يكون قانون وطني (أولا) أو قانون مقر التحكيم (ثانيا).

أولا: تطبيق المحكم القانون الوطني المختار من قبل الأطراف

إنّ الطرفين لديهما حرية واسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم الدولي باعتبار أنّ التحكيم في جوهره يرتبط بأكثر من نظام قانوني ارتباطاً يجعل كل منهما مدعو لتطبيق على إجراءاته ومن بين حقوق المحتكمين اختيار القانون الواجب التطبيق عملاً بمبدأ قانون الإرادة المعمول به في العقد الدولي[40].

ولقد كرس هذا المبدأ في غالبية التشريعات الوطنية والدولية ومن بين هذه التشريعات المشرع الجزائري حيث نصت المادة 458 مكرر 6 من المرسوم التشريعي رقم 93 ـــ 09 (الملغى) على أنّه: "يمكن اتفاقية التحكيم أن تضبط الإجراء اللازم إتباعه في الهيئة التحكمية مباشرة أو بناء على نظام تحكيمي"[41] وتقابلها المادة 1043 من قانون 09 ـــ 08 المتضمن

---

37 ـ مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان، 2005، ص. 22.

38 ـ سامي محمد سعيد سليمان مريان، المرجع السابق، ص. 15.

39 ـ سامي محمد سعيد سليمان مريان المرجع السابق، ص. 15.

40 ـ جمال محمود الكردي ، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2003، ص. 51.

41 ـ المادة 458 مكرر 6 من المرسوم التشريعي 93 ـ 09، المرجع السابق (ملغى).

ق.إ.م.إ حيث تنص المادة على أنّه: "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استناداً على نظام التحكيم كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم"[42].

وهكذا نجد أنّ المشرع الجزائري لم يضع أي معيار جديد في ق.إ.م.إ الذي يعتمده الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وإنما اعتمد على ضابط واحد وهو ضابط الإرادة.

أما المشرع المصري فإن موقفه لم يكن صريحاً بخصوص مجال الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق وإنما يمكن استخلاصه من مختلف النصوص القانونية التي جاء بها قانون التحكيم.

ومن بين هذه النصوص نص المادة 25 التي تنص على ما يلي: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في الإخضاع هذه الإجراءات لقواعد النافذة في أي منطقة أو مركز التحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها..."[43].

أما هيئة الأمم المتحدة في قانونها النموذجي في المادة تسعة عشر (19) التي تنص على أنّه: "مع مراعاة أحكام هذا القانون، يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم...".

وبناء على ما تقدم نجد غالبية التشريعات أخذت بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات دعوى التحكيم التجاري الدولي، ولكن هل المحكم ملزم فقط بالإرادة الصريحة؟

ذهب الفقه الفرنسي إلى وجوب بحث المحكمة التحكيمية على الإرادة الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات إذا لم يحدد بصفة صريحة من قبل المحتكمين حيث أكد على هذا الموقف في الحكم الصادر في 10 أكتوبر 1973 المتعلق بالنزاع بين الحكومة الليبية وشركة البترول الإنجليزية حيث طبق القانون الدانمركي على إجراءات التحكيم باعتباره القانون الذي اتجهت إليه إرادة الطرفين الضمنية المستقاة من الاتفاق على إجراء التحكيم في هذه الدولة[44].

وما تجدر الإشارة إليه هنا أنّ حرية المحتكمين في تحديد القواعد الإجرائية مقيدة إذا ما كان التحكيم مؤسساتي لأن غالباً ما يكون لهذه المراكز قواعد خاصة بها، وبما أنّ الأطراف قد ارتضوا بتسوية النزاع عن طريق هذه المؤسسة يكون بذلك عبروا عن تطبيق قواعدها عليهم[45].

ثانيا: تطبيق المحكم قانون مقر التحكيم

---

[42] ـ راجع المادة 1043 من القانون 08 ـ 09، المرجع السابق.

[43] ـ نفلا عن حسين نورة، تكريس التحكيم التجاري كضمان للاستثمارات الأجنبية، الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بين التكريس والممارسة التحكيمية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2006، ص. 199.

[44] ـ سامي محمد سعيد سليمان مريان، المرجع السابق، ص. 128.

[45] ـ المرجع نفسه، ص. 15

إنّ أهمية قانون مقر التحكيم تكمن حينما يغيب اتفاق الأطراف بشأنه.

وقانون مقر التحكيم، قد يكون قانون ارادة صريحة أو ضمنية فاختيار المحتكمين إجراء التحكيم في مكان معين يعد قرينة على اتجاه نيتهم إلى تطبيق قانون هذه الدولة على إجراءات الخصومة التحكيمية وأعتبر قانون مقر التحكيم في القانون الفرنسي بمثابة تطبيق تلقائي لقاعدة إسناد احتياطية[46].

ووفقاً لنظرية المؤشرات (Théorie de indices)التي قال فيها الأستاذ " Sousser Hall" "إذا كان أطراف الخصومة قد اختاروا قانوناً وطنياً ليحكم النزاع، فإنّ ذلك يعني بالضرورة اختيار دولة هذا القانون مكاناً لإجراء التحكيم ومن ثمة سريان قانونها على إجراءات التحكيم حتى يخضع مجموع التحكيم لقانون واحد، أما إذا كان الاختيار ينصب فقط على مكان التحكيم، فإنّ ذلك يعني بالضرورة اختصاص قانون دولة، مكان التحكيم ليحكم المسائل الإجرائية"[47].

فقد جسد هذا الموقف في العديد من الأحكام التحكيمية ومن هذه الأحكام الحكم الذي أصدره "Lagerron" في 10 أكتوبر عام 1973 في النزاع القائم بين الحكومة الليبية وشركة B.P exploration حيث طبق القانون الدانمركي باعتباره قانون محل التحكيم[48].

الفرع الثاني

تحديد المحكم للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات كاستثناء

قد يحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق على إجراءات دعوى التحكيم التجاري الدولي، لكن يمكن أن تكون هذه القواعد غير كافية بإلمام بموضوع النزاع أو لا يمكن لمحكمة التحكيم تطبيقها، وهناك حالات التي تغيب فيها إرادة المحتكمين في تعيين القانون الإجرائي وأمام هذا الموقف يتدخل المحكم في تحديد القواعد التي يطبقها على النزاع المعروض أمامه.

وستناول في دراستنا لهذا العنصر استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف (أولا) وسكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات(ثانيا).

أولا: استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف

هناك حالات أين تستبعد المحكمة التحكيمية القانون المختار رغم اتجاه ارادة الأطراف إلى تطبيقه على نزاعهم وذلك لتصادم قانون الإرادة مع فكرة النظام العام ويسمى "بالنظام العام الإجرائي"[49].

وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

ـــــ التعارض بين أحكام القانون الواجب التطبيق وقانون مقر التحكيم.

ـــــ التعارض بين أحكام القانون الواجب التطبيق وقانون دولة التنفيذ.

---

46 ـ سامي محمد سعيد سليمان مريان، المرجع السابق، ص. 15.

47 ـ المرجع نفسه، ص. 31.

48 ـ سامي محمد سعيد سليمان مريان، المرجع السابق، ص. 30.

49 ـ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص. 98.

ـــ التعارض بين أحكام القانون الواجب التطبيق وقانون محل اتخاذ إجراء معين من إجراءات التحكيم[50].

ثانيا: سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات

فقد اتجه الفقه والمعاهدات الدولية وقضاء التحكيم نحو إبعاد إجراءات التحكيم الخاصة في مجال المعاملات الدولية، من النظم الإجرائية الوطنية المعمول بها في الدول المختلفة سواء في النظم السائدة في دولة مقر التحكيم أو في أي دولة أخرى، حيث يستعين في القواعد الاحتياطية للدولة التي يجرى فيها التحكيم، في حين غابت إرادة الأطراف حول تحديد القواعد الإجرائية.

وسند هذا الاتجاه فيما يخص تحرير هيئة التحكيم من الارتباط لقانون إجرائي وطني أو آخر أنّ الارتباط بمثل هذا القانون لا يمكن أن تأتي إلا عن طريق نظام إسناد معين ملزم به وليس في قواعد القضاء الدولي أو في قواعد التجارة الدولية حتى الآن مثل هذا النظام.

إنّ هيئة التحكيم أثناء توليها تحديد القواعد الإجرائية تتمتع بنفس الحرية التي كانت مُتاحة للأطراف، وبذلك يُمكن لها أن تضع القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة لظروف النزاع في كل مسألة من المسائل الإجرائية التي تصادفها أثناء السير في الخصومة التحكيمية.

ويمكن أن تكون هذه القواعد مستمدة من لائحة أحد مراكز التحكيم أو قانون دولة معينة[51] ومن بين التشريعات الداخلية التي منحت لهيئة التحكيم سلطة تعيين القواعد الإجرائية، نجد المشرع الجزائري في المادة 458 مكرر 6 من المرسوم التشريعي 09 ـــ 93 (الملغى) [52]، التي تقابلها المادة 2/1043 من ق.إ.م.إ: "إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مُباشرة أو إسناد إلى قانون أو نظام التحكيم"[53].

وعلى المستوى الدولي نجد القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة في المادة 19 منه أين سمح لهيئة التحكيم السير في إجراءات التحكيم بالكيفية التي تراها مُناسبة في حالة غياب اتفاق بين الأطراف حول تحديد القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق من قبل المحكم[54].

وبناء على ما تقدم نجد أنّ المحكم لا يتدخل في تعيين القانون الذي يُطبق على إجراءات دعوى التحكيم التجاري الدولي إلا إذا لم يكن ثمة اتفاق بين المحتكمين أو أنّ القواعد المُختارة من قبل أطراف النزاع غير قابلة للتطبيق أو عدم كفايتها.

وسهرت غالبية التشريعات الدولية والداخلية على تحديد حالات تدخل المحكم وذلك حمايةً لمبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي وضمان فعاليته.

المبحث الثاني

50 ـ المرجع نفسه، ص.ص. 98- 99- 100.

51 ـ مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 217.

52 ـ المرسوم التشريعي 93 ـ 09 (الملغى)، المرجع السابق.

53 ـ القانون 08 ـ 09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

54 ـ المادة 19 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة.

سلطة المحكم في تحديد اختصاصه "مبدأ الاختصاص ـــ بالاختصاص ـــ

يمكن لأحد الأطراف المنازعة التحكيمية رغبة منه في المماطلة أو التحايل على خصمه أن يتذرع بعدم اختصاص هيئة التحكيم بالنظر في النزاع لسببين:

ـــ عدم صحة العقد الأصلي أو عدم وجود اتفاق حول حل النزاع عن طريق التحكيم التجاري الدولي، وأمام هذا التفنيد الذي يهدد اختصاص هيئة التحكيم اتجهت كل التشريعات الوطنية والدولية إلى منح الاختصاص للمحكم للنّظر في مدى اختصاصه.

المطلب الأول

مضمون مبدأ الاختصاصبالاختصاص

إنّ مبدأ الاختصاص بالاختصاص ما يعرف بالفرنسية "compétence - compétence" تعود جذوره إلى القانون الألماني الذي أطلق عليه "Kompetenz - Kompetez" الذي يخول للقاضي دون غيره سلطة النظر في اختصاصه أين أصبح هذا المبدأ يحتل مكانة وأهمية واسعة في قوانين التحكيم والاتفاقيات الدولية وقواعد مراكز التحكيم[55].

وبغض النظر عن سلطة المحكم في الفصل في اختصاصه فإن قضاء التحكيم قرر له هذا الاختصاص سواء ورد اتفاق التحكيم صحيحاً أم باطلاً أو منعدماً.

ورغم إعطاء لهيئة التحكيم صلاحية النظر في مدى اختصاصها إلا أنّه تركت الرقابة اللاحقة على ما يصدره من قرارات وأحكام، وذلك تفادياً لانحراف وتعسف في استعمال هذه السلطة[56].

والهدف من مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو الوقوف أمام أعذار أحد المحتكمين إذا ما أنكر عدم وجود العقد الأصلي أو صحة اتفاق التحكيم.

الفرع الأول

الاحتجاج بعدم وجود العقد الأصلي

أحياناً يتزعم أحد المحتكمين أمام محكمة التحكيم بعدم صحة العقد الأصلي الذي من خلاله أدرج اتفاق التحكيم على أساس أنّه إذا بطل العقد الأصلي زال معه اتفاق التحكيم وبالتالي تنعدم ولاية هيئة التحكيم بالنظر في موضوع النزاع[57].

لما كانت تستمد من سلطة من هذا الاتفاق، وأمام هذا الخطر الذي يهدد اختصاص هيئة التحكيم اعترفت العديد من الدول بمبدأ الاستقلالية حيث أعتبر شرط التحكيم ـــ عقد داخل العقد

---

55 ـ بطاش فاطيمة، شكور كاتية، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في التحكيم التجاري الدولي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع قانون العام للأعمال, كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011، ص. 13.

56 ـ المرجع نفسه، ص. ص. 13 - 14.

57 ـ بطاش فاطيمة، شكور كاتية، المرجع السابق، ص. 14.

ـــ ينفصل عن العقد الأصلي المدعى انعدامه أو بطلانه، ولا يرتبط مصيره بمصيره مما يبقي على اختصاص المحكم [58].

وعلى سبيل المثال في فرنسا الدفع الذي أبدته شركة "Scheider" بخصوص بطلان اتفاقها مع شركة " Marine- Firming" بتاريخ 20 مارس 1970 على إنشاء شركة وليدة مشتركة،وكذلك الدفع الذي أبدته إحدى شركات في فرنسا أمام محكمة التحكيم بأنّ عقد التوريد الذي درج من خلال اتفاق التحكيم لا وجود له في الأصل مما يستبعد ولاية المحكمة بالنظر في النزاع[59].

وأمام هذه الإدعاءات اتخذت محاكم استئناف فرنسا حددت بموجبه مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي[60]، ولقد أكدت هذه المحاكم أنّ شرط التحكيم تجسد مادياً في العقد الأصلي إلا أنّه ينفصل عنه قانونياً، وإن كان هناك ارتباط إلا أنّه لا ينفي الازدواج الناشئ عن وجوب شرط التحكيم إلى جانب العقد التجاري بحيث لا يمكن التأكيد على أنهما يعبران على عمل ذهني واحدإنما عملان ذهنيان يستقل كل واحد عن الآخر فالأوّل يتمثل في العمل المُنصب على العقد الأصلي أما الآخر فهو العمل الذهني المنصب على شرط التحكيم ولذلك يكون الفصل في صحة شرط التحكيم يستقل تماماً عن الفصل في شرعية العقد الأصلي[61].

وبما أنّه المحتكمين اتجهوا حول خلق ولاية محكمة التحكيم فإنّ هذه الإرادة تنتج آثارها لما كان العقد الأصلي تضمن شرط التحكيم، وبالتالي فإنّ بحث محكمة التحكيم في مسألة ولايتها بالنزاع يعد مسألة فرعية وليست مسألة أولية تختص بها فقط المحاكم العادية[62]، ولقد تبنى المشرع الجزائري مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وذلك بنصه في المادة 1040 ق.إ.م.إ على أنّه: "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاق التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي"[63].

الفرع الثاني

الاحتجاج بعدم وجود أو صحة اتفاق التحكيم

إن الخطر الثاني الذي يهدد اختصاص المحكم هو عدم وجود أو صحة اتفاق التحكيم ذاته الذي يستمد منه المحكم أو هيئة التحكيم الاختصاص، أو النزاع حول تجاوز المحكم اختصاصه نتيجة عدم شمول اتفاقية التحكيم للمنازعة المنظورة.

---

58 ـ عاطف محمد الفقي، سلطة المحكم وهيئة التحكيم الدولية في الفصل حول اختصاصها، المؤتمر الدولي لإعداد المحكمين الدوليين في التمويل العقاري وعلاقة المحاكم الاقتصادية، مركز التحكيم الدولي لإتحاد المحامين الدوليين والإفريقي، دورة مارس 2009، مصر الجديدة، 2009، ص. 06.

59 ـ بطاش فاطيمة، شكور كاتية، المرجع السابق، ص. 15.

60 ـ المرجع نفسه، ص. 15.

61 ـ بطاش فاطيمة، شكور كاتية، المرجع السابق، ص. 15.

62 ـ المرجع نفسه، ص. ص. 15 - 16.

63 ـ المادة 1040 من القانون 08 - 09، المرجع السابق.

وهذه المنازعة قد يتمسك بها أطراف النزاع قبل تشكيل محكمة التحكيم أو بعد السير في الإجراءات أو أثناء إصدار الحكم التحكيمي، لإنكار صحته والإدعاء ببطلانه[64].

حيث يمكن أن يدعي أحد أطراف أن اتفاق التحكيم ليس سوى خطاب متبادل بين الطرفين أو أنّه كان مجرد تفاوض بين، ولم يصل لمرحلة الاتفاق النهائي الملزم[65] ومثال ذلك إدعاء إحدى الشركات رغبة منها بالإفلات من التحكيم أنّ الأوراق المقدمة إلى هيئة التحكيم لا تدل على إقدامها على إبرام اتفاق التحكيم أو أنّها قبلت تسوية منازعات التي قد تنشأ بينهما وبين الشركة بخصوص بناء العقار، أضافت تلك الشركة إلى دفعها أنّ مشاركتها كتابة الخطاب إلى هيئة التحكيم لتقديم رأي حول مهمة التحكيم المحتملة لم تكن سوى على سبيل المجاملة لوضع ملحق ينظم عملية التحكيم لأنّه لم يوقع من قبل الطرفين[66]، ورفضت محكمة استئناف باريس الطعن في حكم المحكم المذكور بالبطلان استناداً في ذلك على أنّ الأطراف قد عبروا عن رضائهما بشرط التحكيم تعبيراً تاماً لما تضمنه الملحق من عبارات تفيد أنّ هناك شرط التحكيم وتحديد موضوع النزاع، وتعيين المحكم الذي أصدر الحكم.

والنقطة الإيجابية من تكريس مبدأ الاختصاص بالاختصاص كما عبر عنها الفقيه "David Réney" "هي الوصول إلى اتفاق التحكيم في أسرع وقت ممكن ومتى تحقق لقضاء التحكيم هذا الاختصاص فإنّ المحكم يستطيع بعد ذلك أن يبحث وبحرية كاملة حقيقة اختصاصه فإذا تبين له صحة اتفاق التحكيم فإنّه يعلن اختصاصه بالنظر في النزاع الموضوعي، وأما إذا تبين له العكس فيقضي بعدم اختصاصه فهناك إذا اختصاص أصيل يكسبه المحكم في جميع الأحوال بصرف النظر عن حكم الاتفاق وهو اختصاص من أجل البث في اختصاصه ثم هناك بعد ذلك الاختصاص الموضوعي، الذي يتعلق بالفصل في النزاع الناشئ عن العقد، هذا لا يكتسبه المحكم إلا بناء على اتفاق صحيح"[67].

الفرع الثالث

أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص

أولا: استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

من بين المبادئ المهمة في النظام التحكيم مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وتمثل القاعدة الحاسمة التي تمنح للمحكم سلطة الفصل في اختصاصه الذي يطلق عليه مجازاً مبدأ الاختصاص بالاختصاص[68] حيث يذهب المبدأ بعيداً بأثره وذلك بسماح لنا لتبرير سلطة المحكم في تصريح بعدم صحة العقد "L'invabilité" دون أن يمتد إلى عدم صحة اتفاق التحكيم الذي يتقرر بموجبه إلى المحكم باختصاصه وبعدها يتقرر صحة أو عدم صحة العقد

64 ـ عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص. ص. 6 - 7 - 8.
65 ـ بطاش فاطيمة، شكور كاتية، المرجع السابق، ص. 16.
66 ـ المرجع نفسه، ص. 15.
67 ـ بطاش فاطيمة، شكور كاتية، المرجع السابق ، ص. 07.
68 ـ نور الدين باكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996، ص. 97.

الأصلي وهذا نتيجة مبدأ الاستقلالية ويعتبره الأستاذ العلامة (JEAN Robert) أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص النتيجة الحتمية لمبدأ أكثر استقرارا في نظام التحكيم وهو مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي[69].

إلا أن هذا الموقف لم يسلم من الانتقادات وذلك أنه مجال تطبيق كل مبدأ يختلف عن الآخر، فمبدأ الاستقلالية يجد مجاله عند تقدير صحة اتفاق التحكيم التجاري الدولي، ومبدأ الاختصاص بالاختصاص يجد مجاله عند البدء في إجراءات التحكيم وقبل الوصول إلى تقدير مدى صحة هذا الاتفاق وبهذا فمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يأتي في المرحلة اللاحقة لتقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص ، وبهذا فلا يمكن القول أن هذا المبدأ هو من آثار مبدأ الاستقلالية[70].

" ومبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يتعلق بمسألة موضوعية والهدف منه هو تمييز اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، ومبدأ الاختصاص بالاختصاص يتعلق بمسألة إجرائية تسعى إلى منح المحكم سلطة تقرير اختصاصه خاصة عندما يثور شك في مدى صحة اتفاق التحكيم ليبدو أن البطلان راجع لهذا الاتفاق بحد ذاته، وليس من العقد الأصلي"[71].

ورغم الجدل القائم على أساس سلطة هيئة التحكيم بالنظر في اختصاصها، إلا أنه في غالبية التشريعات تبنت هذا الموقف، وذلك لتفادي الرجوع إلى إجراءات التقاضي العادية والذي قد يمس بفعالية التحكيم التجاري الدولي[72].

ثانيا: المبادئ العامة لقانون الإجراءات الداخلية والقاعدة المادية للقانون الدولي

هناك من أسند أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص إلى المبادئ العامة لقانون الإجراءات الداخلية لأنه عندما يطرح عدم اختصاص المحلي أو النّوعي للجهة القضائية فهي التي تنظر في مدى صحة هذه الدّفوع.

ورغم أن التحكيم التجاري الدّولي يغلب عليه الطابع الاتفاقي، ولا يمكن مقارنته بقضاء الدّولة إلا أنه للمحكمة التحكيمية نفس الصلاحيات التي تتمتع بها المحاكم الوطنية والتي تمثل احداها هي النظر ومدى اختصاصها، وفي النهاية إن التحكيم لا يعتبر طريق بديل للقضاء وإنما بديل العدالة، حيث يصدر حكم يفصل في النزاع وملزم لطرفين وذلك أن الخصومة التحكيمية تخضع لنفس إجراءات التقاضي ومبادئ التقاضي في أمام القضاء الوطني، أي يجد المحكم نفسه ملزم بتطبيق مبدأ المواجهة، المساواة...نفس التقاضي.

وهناك من يرجع أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص إلى القاعدة العرفية. قبل أن تخضع قاعدة قانونية، في التحكيم الداخلي والدولي وهي قاعدة من صنع الفقه الفرنسي للتطبق على المستوى الدولي والوطني، ولهذا فإنها تعد قاعدة مادية من قواعد التحكيم التجاري ويعمل بها

---

[69] ـ تعويلت كريم، المرجع السابق، ص. 113.

[77] ـ بطاش فاطيمة، شكور كاتية، المرجع السابق، ص. 34.

[71]- بطاش فاطيمة، شكور كاتية، المرجع السابق،ص.ص. 32-33.

[72]- مجلة الفقه و القانون Www majdalah.new.ma

بغض النظر عن وجود أو صحة اتفاق التحكيم أوعن وجود أو صحة العقد الأصلي، وبالتالي لا تستدعي الضرورة العودة إلى قانون دولة معينةلاعتراف به.

أماالبعض الآخر فقد أسندت الأساس هذا المبدأ هو النص القانوني المعمول به في دولة مكان التحكيم[73].

المطلب الثاني

آثار مبدأ الاختصاص بالاختصاص والاتجاهات الخاصة به

نتج عن الأخذ بمبدأ الاختصاص بالاختصاص أثر مزدوج أثر إيجابي الذي يمنح الاختصاص لمحكمة التحكيم دون غيرها. أما الأثر السلبي فيتمثل في إبعاد القضاء الوطني مادام الاتفاق قائم. وقد كرست غالبية التشريعات هذا الموقف بما فيها الدّاخلية والدولية.

الفرع الأول

آثار مبدأ الاختصاص بالاختصاص

أولا: الأثر الإيجابي

يتمثل الأثر الايجابي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص في اختصاص قضاء التّحكيم في البت في مسألة اختصاصه دون غيره.حيث لا ينتظر أن يمنح له قضاء الدولة هذه السلطة،أين تقرر له بصفة تلقائية كقاعدة إجرائية جوهرية[74].

والمحكم عند البت في اختصاصه إما أن يعلن اختصاصه بنظر النزاع أو يعلن عدم اختصاصه بنظر النّزاع، وإذا أقر بفض النزاع يكون قد أقر بصحة اتفاق التحكيم وفي هذه الحالة يكون بمقدوره المضي في النزاع الموضوعي.

ويستطيع المحكم أن يعلن اختصاصه بحكم تمهيدي أو يؤجله إلى غاية صدور الحكم النهائي بخصوص النزاع، وقد فرضت بعض التشريعات أن يفصل المحكم في مسألة اختصاصه كمسألة أولية يجب حسمها في وقت مبكر قبل صدور الحكم النهائي[75].

وقد يجد المحكم أن اتفاق التحكيم غير صحيح في حد ذاته فيعلن عدم اختصاصه بفصل النزاع.والسؤال الذي يطرح نفسه هو إمكانية الطعن في هذا القرار؟ فلقد أجازت التشريعات الطعن في القرار إذا أعلنت اختصاصها بطريق الخطأ وقد أيّد أحمد مخلوف هذا الموقف.

وفي حالة ما إذا أيّد قضاء الدولة عدم الاختصاص يلزم الأطراف بإبرام اتفاق تحكيم جديد، أما إذا حكم قضاء الدولة بصحة الاتفاق ،فيتعين على المحكم النظر في موضوع النزاع وإلا يكون ناكرا للعدالة إن رفض المضي في حل النزاع الموضوعي،بالتالي يتولى محكم آخر بديل تلك المهمة.

ثانيا: الأثر السلبي

---

[73] ـ بطاش فاطيمة، شكور كاتية، المرجع السابق، ص. 34.

[74]ـ بولحية سعاد، استقلالية إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة بوسف بن خدة، الجزائر، ص. 95.

[75]ـ بولحية سعاد ، المرجع السابق، ص.95.

أما الأثر السلبي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص هو إبعاد اختصاص المحاكم الوطنية بالبت في النزاع مادام ان قضاء التحكيم لم يبت فيها بعد ،وإذا سارع أحد أطراف النزاع إلى قضاء الدّولة لعرض النزاع اعتماد على أساس بطلان اتفاق التحكيم قبل تقرير ذلك من قبل المحكمة التحكيمية، فإن ذلك لا يحول دون تطبيق الأخير لقاعدة الاختصاص بالاختصاص[76]. وذلك يعني أنه إذا كانت هيئة التحكيم لم يتم تشكيلها بعد فإن ذلك لا يؤثر على موقف قضاء الدولة في الإعلان عن عدم اختصاصه وبالتالي فهي ليست قاعدة أسبقية يتمسك بها القضاء الذي يتصل به النزاع أولا وإنّما هي قاعدة أساسية مقررة لقضاء التحكيم دائما لا يجوز لغيره أن يتمسك بها، وقد أكدت الاتفاقية الأوروبية هذا المغزى حينما نصت المادة 3/6 على إلزام محاكم الدولة المتعاقدة بوقف الفصل في الدّفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم حتى تصدر الأخيرة قرارها في هذا الشأن[77].

الفرع الثاني

الاتجاهات الخاصة بمبدأ الاختصاص بالاختصاص

نظرا للخطر الذي يهدّد اختصاص المحكم عندما يعترض أحد المختصمين بعدم اختصاصه استنادا إلى عدم وجود العقد الأصلي أو عدم وجود اتفاق التحكيم؛ عمدت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية إلى تبني مبدأ الاختصاص بالاختصاص.ولم يغب هذه الموقف في كل من الفقه والقضاء.

أولا: موقف الاتفاقيات الدولية والهيئات الدّولية من مبدأ الاختصاص بالاختصاص

1 ـــ موقف الاتفاقيات الدولية:

أكدت الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 المتعلقة بالتحكيم التّجاري الدّولي في مادتها الخامسة على جواز فصل هيئة التحكيم في اختصاصها إذا نوزع في وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو شموله لموضوع النّزاع وقد انصب اهتمامها على أمرين، حيث منحت لهيئة التحكيم سلطة النظر في الدّفوع المتعلقة بعدم الاختصاص وعدم وقفها للإجراءات التحكيمية وإذا ماقبلت الدّفع انتهى أمر التحكيم، وفي حالة رفضها ذلك استمرت في حل النّزاع مع منح صاحب الدّفع حق الطّعن في الحكم الخاص بالدّفع أمام القضاء الوطني إذا كان قانونها يجيز ذلك . أما النقطة الثانية تحديد الوقت الذي يتم فيه الدّفع.حيث إذا كان الدّفع متعلق بعدم وجود

[76]- المرجع نفسه، ص.96.
[77]- بولحية سعاد ، المرجع السابق، ص.96.

اتفاق التحكيم أو صحته وجب تقديمه أثناء بدء المرافعة حول الموضوع، أما إذا كان الدفع يتعلق بتجاوز المحكم حدود اختصاصه وجب تقديمه أثناء عرض النزاع المدعى خروجه[78].

2 ــ موقف القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة:

أما القانون النّموذجي لهيئة الأمم المتحدة فقد أكد على مبدأ الاختصاص بالاختصاص في المادة 16 منه، على أن يثار الدّفع في موعد أقصاه تقديم بيان الدّفاع. ومنحت للهيئة التحكيمية كيفية الفصل في اختصاصها إما مسألة أولية أوفي حكم نهائي، وإذا فصلت المحكمة بخصوص اختصاصها بحكم تمهيدي فما على الطرف المدعي إلا الطعن فيه في غضون 30 يوم من تاريخ إعلانه[79].

ثانيا: موقف التشريعات الوطنية من مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

لقد كرّس المشرع الجزائري مبدأ الاختصاص بالاختصاص في المرسوم التشريعي رقم 93-09 (الملغى) في المادة 488 مكرر[80] والتي تقابلها المادة 1044 من القانون رقم 08-09 [81] المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث تنص المادة على أن "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدّفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع في الموضوع.

تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها بحكم أولي إلاّ إذا كان الدّفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النّزاع" [82].

إنّ هذا المبدأ يهدف إلى إعطاء فعالية لهذا الطريق البديل لحل النزاع وذلك من خلال منح حرية لهيئة التحكيم النظر في صلاحية التحكيم الذي من خلاله سيفصل في النّزاع وهذا ما يؤكده الاتجاه الليبرالي الذي اتخذه المشرع نحو التحكيم التجاري الدولي[83].

وما يجب الإشارة إليه أنّ المشرع الجزائري لم يثر مسألة ميعاد الطعن في الحكم الأولي الذي يصدره المحكم بخصوص اختصاصه.

أما المشرع الفرنسي فقد أقرّ بهذا المبدأ في المادة 1366 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد بشأن التّحكيم الداخلي ولكن استقر الفقه والقضاء الفرنسي بإقرار مبدأ الاختصاص

78 ـ عاطف محمد الفقي، المرجع السابق،ص.4.
79ـ المادة 16 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة.
80ـ المادة 488 مكرر 7 من المرسوم التشريعي 93 ـ 09، المرجع السابق.
81 ـ المادة 1044 من القانون 08 ـ 09، المرجع السابق.
82ـ عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004، ص.44.
83ـ عليوش قربوع كمال ، المرجع السابق، ص. 30.

بالاختصاص في التحكيم التّجاري الدّولي لعدة أسباب منها اتفاق أطراف التحكيم التجاري الدّولي على تطبيق أحكام المادة 1366 على تحكيمهم، وهذا بموجب المادة 1395 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الدّولي[84].

ثالثا: موقف الفقه والقضاء

لقد حدث جدال فقهي حول مدى صلاحية المحكمة التحكيمية بالفصل في مسألة اختصاصها.فهناك اتجاه يرى أنّه إذا أثير الدّفع بعدم اختصاص المحكمة التحكيمية في النظر في النزاع لبطلان العقد الأصلي أو اتفاق التحكيم ،فيجب وقف إجراءات التحكيم إلى غاية الفصل في المسألة من طرف قضاء الدّولة ؛فإذا أيّد الدّفوع المقدمة يستبعد القضاء التحكيمي وتنظر فيه المحاكم الوطنية، أما إذا ثبت لقضاء الدّولة أنّ الدفوع غير مؤسسة فيسترد المحكم سلطة النظر في النّزاع[85].

وقد أخذ بهذا الاتجاه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر سنة 1953 في قضية **courtiou** عندما أنكرت على المحكمين سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة باختصاصهم وذلك عند إقرارها " بطلان الشركة موضوع الدّعوى يدخل في اختصاص المحكمة التجارية وأنّ شرط التحكيم يندرج في أنظمة هذه الشركات لا أثر له لأنّ النزاع أثار الشك حول مشروعية هذه الأنظمة"[86].

أما الاتجاه الأخر من الفقه فهو يرى أنّ لهيئة التحكيم السلطة في الفصل في اختصاصها مستندين في ذلك على أنّ المحكم الذي يعيّن تعيينا صحيحا يعدّ قاضيا وبهذه الصحة يملك السلطة في النظر في مدى صحة اختصاصه ولا يحرم المحكم من هذه السلطة بمجرد الادعاء أنّ اتفاق التحكيم باطل لأن البطلان لا يثبت بمجرد الادعاء وإنّما يظل التحكيم قائما إلى غاية الإقرار ببطلان اتفاق التحكيم بصفة نهائية.

ولقد انتهجت محكمة النقض السورية هذا الموقف في حكمها الصادر في 1 فيفري 1973 حيث قضت أنه"لدفوع التي تتعلق بمدى ولاية المحكمين في نظر النزاع على ضوء شرط التحكيم وأحكام العقد تثار أمام المحكمين..."[87].

---

[84]- عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص.6.

[85]- بطاش فاطيمة، شكور كاتية، المرجع السابق، ص ص.29-30.

[86]- بطاش فاطيمة، شكور كاتية، المرجع السابق، ص30.

[87]- المرجع نفسه،ص.31.

أمام هذه الاتجاهات التشريعية والفقهية نجد أنّ مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو الذي يحقق مصير اتفاق التحكيم من حيث الاستقلالية اتجاه القضاء الوطني وعدم تبنيه يؤدي بنّا إلى الرّجوع لهذا الأخير وإن كان الهدف من التحكيم إبعاد النّزاع عن المحاكم الوطنية؛ نظرا للمزايا التي يمتاز بها التحكيم .وللوقوف أمام مزاعم أحد المحكمين بخصوص تفنيده للعقد الأصلي أو اتفاق التحكيم. هكذا تم تكريس مبدأ الاختصاص بالاختصاص في أنظمة التحكيم التجاري الدّولي.

الفصل الثاني
سلطات المحكم من الناحية الموضوعية

بعد قبول هيئة التحكيم الفصل في القضية ينشأ على عاتقها التزام بفصل في موضوع النزاع، ولا تفصل هذه الأخيرة في موضوع النزاع، إلاّ بموجب سلطات تمنح لها سواء باتفاق الأطراف، أو بقوة القانون، في حالة غياب الإدارة.

وسنتعرض في دراستنا لهذا الفصل على سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (المبحث الأول).

ويليها بعد ذلك (سلطة المحكم في الفصل في موضوع النزاع) (المبحث الثاني).

المبحث الأول
سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

إنّ مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي المسلم به في غالبية الفقه والتشريعات الوضعية، لكن هناك حالات أين يضطر المحكم في حالة ما إن غابت إرادة الأطراف أو تم استبعاد هذه الإرادة فيتدخل المحكم للوصول إلى القانون الواجب التطبيق على الموضوع النزاع، وتمحور دراستنا في هذا المبحث على عنصرين لتطبيق المحكم قانون الإرادة (المطلب الأول) وهذا كمبدأ وفي المطلب الثاني نتطرق إلى الاستثناءات الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

المطلب الأول
تطبيق المحكم قانون إرادة الأطراف كأصل

لقد استقر الفقه والقضاء على حرية الأطراف من إمكانية اختيار قانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

وكان الفقه مستقرا في بداية القرن العشرين على تأييد ما جرى عليه قضاء هيئات التحكيم وسانده رجال القانون السابقين خلال القرن التاسع عشر [94] ورست عليه غالبية التشريعات الوطنية وهيئات التحكيم الدولية.

الفرع الأول
موقف القانون الوضعي من إمكانية اختيار القانون الوطني

أولا: التشريعات الوطنية

يظهر موقف المشرع الجزائري من خلال المادة 458 مكرر 14 [95] من القانون التحكيم التي تقابلها المادة 1050 من القانون الجديد، أين أعطى للأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

---

[94] ـ صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين (دراسة في أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص. 18.

[95] ـ مادة 458 مكرر 14 من المرسوم التشريعي 0993 (الملغى)، المرجع السابق.

حيث تنص المادة 1050 من ق.إ.م.ج: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة[96].

وبناء على ما تقدم نجد المشرع الجزائري كرس مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي وذلك بمنحه بحرية للأطراف وباختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

أما المشرع المصري فقد ساير هذا الموقف وذلك من خلال المادة 39 من قانون التحكيم حيث كرس الحرية الكاملة للأطراف في القواعد التي تطيق على موضوع النزاع حيث نصت في فقرتها الأولى: "عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك[97].

ثانيا: دور هيئات التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

لم يعد هذا المبدأ مكرسا فقط في التشريعات الوطنية بل اتسعت مكانته إلى ابعد من ذلك.

ونجد بهذا الصدد مثلا المادة 3/13 من لائحة محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية التي نصت على ما يلي: "للأطراف حرية اختيار القانون الذي يتعين على المحكمة تطبيقه على موضوع النزاع"[98].

ومنها أيضا المادة 1/33 من قواعد لجنة قانون التجارة الدولية لليونسترال على أنّه: "تطبيق محكمة تحكيم القانون الذي يختاره الطرفان على موضوع النزاع، فإذا لم يحدد هذا القانون تطبق المحكمة القانون الذي يشير إليه قواعد الإسناد الواجبة التطبيق"[99].

وكذلك قد انتهجت هذا الموقف المادة 28 من قانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة حيث نصت: "تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع"[100].

ثالثا: مدى التزام محكم بقانون الإرادة

المبدأ هو إعطاء الأولوية لقانون الإرادة في هذا الشأن وتفسر ذلك بانّ مجال نظام التحكيم يستمد وجوده من اتفاق الإطراف على اللجوء إليه[101].

---

[96] ـ المادة 1050 من قانون 09 ـ 08، المرجع السابق.

[97] ـ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص. 133.

[98] ـ المادة 1044 من قانون 08 ـ 09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[99] ـ حسين نورة، المرجع السابق، ص. 20.

[100] ـ راجع المادة 28 من القانون النموذجي لهيئة الممم المتحدة.

[101] ـ عكاشة محمد عبد العال، "القانون الذي يحكم موضوع النزاع لتحكيم التجاري الدولي"، المجلة اللبنانية لتحكيم العربي والدولي، العدد 23، 2002، ص. 05.

إنّ أطراف الخصومة التحكيمية لهم مطلق الحرية في اختيار القواعد القانونية التي تحكم التصرفات المبرم فيما بينهم وبمعنى آخر أن الأطراف هم الذين يساهمون في إنشاء هذه القاعدة ولقد أصبح هذا المبدأ مستقر في قواعد القانون الدولي الخاص ذات الطابع الدولي في اختيار القانون الواجب التطبيق على نزاعهم، ما يعني في مجال عقود التجارة الدولية ليس هناك قاعدة وضعت مسبقا في تحكم العقد[102].

وبذلك يكون المحكم ملزم بتطبيق قانون الإرادة وهذا ما أخذت إليه معظم التشريعات بما فيهم المشرع الجزائري مادة 1050 ق.إ.ج[103]و المادة 28 من قانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة[104].

وقد يحدث أنّه لا يعبر الأطراف صراحة في اتفاق التحكيم عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فيتعين في هذه الحالة على المحكم البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف كي يتسنى له الوصول إلى القاعدة القانونية الملائمة[105].

وهذا الموضوع لا يطرح إشكالا في التحكيم بالصلح حيث يكون المحكم ليس ملزم بمرور بأي قاعدة قانونية لأنّه يفصل في القضية محل النزاع بناء على قناعته وضميره الشخصي على أنّ لا يتعدى حكمه المنطق وما تمليه العدالة[106].

رابعا: استبعاد الإحالة عند تطبيق قانون الإرادة من طرف المحكم

نصت المادة 1/28 من قانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة الذي أقيم سنة 1985 أنّ هيئة التحكيم تطبق قانون الموضوعي لدولة المختارة دون النظر في قواعد الإسناد لذلك البلد وذلك على النحو التالي: "تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يأخذ إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"[107].

وهذا ما نصت عليه المادة 39 من القانون المصري: "تطيق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة، اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك"[108].

---

[102] ـ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص. 85.

[103] ـ المادة 1050 من القانون 09 ـ 08، المرجع السابق.

[104] ـ المادة 28 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة.

[105] ـ أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص. 85.

[106] ـ مناعة أمال، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي والمؤسساتي، المدرسة العليا للقضاء، 2009، ص. 49.

[107] ـ المادة 1/28 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة.

[108] ـ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص. 133.

أما المشرع الجزائري فقد سكت عن هذا الموقف ولم يبين بصفة صريحة عن استبعاد الإحالة سواء في المادة 1050 ق.إ.م[109] الجديد أو في المادة 458 مكرر 14 من المرسوم التشريعي 04/93 (الملغى) [110].

يرى جانب من الفقه أنّه لا يمكن الاستغناء على نظام الإحالة وبالتالي الحاجة إليه تبقى قائمة، رغم أنّ حرية الأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع واسعة غذ تبقى هذه القاعدة ذو أهمية في أمرين:

1 ـــ المسائل التي تخرج بحكم طبيعتها عن سلطان الإرادة مثل: الأهلية، النيابة في التعاقد، وكذلك في الشكل اللازم للإفراغ التصرف فيه...الخ.

2 ـــ يتمثل الأمر الثاني في حالات استبعاد القانون المختار من طرف هيئة التحكيم مثل مخالفة لنظام العام، تحايل نحو القانون[111].

الفرع الثاني
اختيار الأطراف قواعد التجارة الدولية

عرف القرن العشرون ملامح منهج جديد في القانون الدولي الخاص فحواه: "الاستعاضة عن إسناد حكم المعاملات الدولية لنظم القانونية الوطنية من خلال ضوابطها مستمدة من عنصرها، بإخضاع هذه المعاملات مباشرة لنظام خاص، بها تشكل معطيات العراف والعادات والممارسات السائدة في التجارة الدولية والمبادئ القانونية العامة المسلمة بين الدول، وقد تمثل هذا المنهج في بداية ظهوره في تمييز المعاملات الدولية بنظم خاصة بها في إطار النظم القانونية الوطنية"[112].

ومثال ذلك التصحيح للشرط الدفع بالذهاب في المعاملات الدولية خلافا للأصل من بطلانه في كثير من النظم الوطنية، أو في تسوية بين شرط التحكيم ووثيقة التحكيم، من حيث القوة الملزمة، في هذه المعاملات، خلافا للمفارقة بينهما، في النظم المذكورة، ثم لم يلبث هذا المنهج ، أن سلم إلى تصور آخر أكثر تطورا هو إخضاع المعاملات الدولية، على اختلاف أطرافها واختلاف مجالها، لنظام دولي موحد، مستقل عن النظم الوطنية، صار يعرف بقانون التجارة الدولية[113].

وتعرف هذه الأخيرة بأنّها: "قواعد تنشأ ويترتب الجزاء على مخالفتها خارج نطاق أجهزة الدولة الرسمية، وبمعنى أدق داخل مجموعات بشرية تتميز بالتوسع والضيق في آن

---

109 ـ المادة 1050 من القانون 09 - 08، المرجع السابق.

110 ـ المادة 458 مكرر 14 من المرسوم التشريعي 09 - 93 الملغى.

111 ـ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص. ص. 129 - 130.

112 ـ مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص. 255.

113 ـ المرجع نفسه، ص. ص. 255 - 256.

واحد، وإذا كانت لا تتكون في رحاب أمة بعينها، لكنها تتكون في أحضان حرفة أو مجموعة حرفية، وبشكل أوسع في أحضان أسرة التجار على الصعيد الدولي"[114].

ويذهب جانب من الفقه إلى وجوب إعمال قواعد التجارة الدولية من طرف المحكم كلما اتجهت إرادة المحتكمين إلى ذلك[115] وإذا تخلفت الإحالة الصريحة فيمكن استخلاص الإرادة الضمنية للطرفين وذلك من خلال بعض المؤشرات كما هو الحال عند اختيار مركز من مراكز التحكيم الدولي، ومن هذه المؤشرات تفويض هيئة التحكيم بالصلح [116]، ولم يغب موقف الاتفاقيات والعقود الدولية أين أكدت على وجوب إعمال قواعد التجارة الدولية نزولا عند إرادة الأطراف [117].

المطلب الثاني

تحديد المحكم قانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع كاستثناء

سبق أن تعرضنا في دراستنا أنّه إذا لم يحدد الأطراف القواعد الإجرائية أو إذا حددوها وكانت غير كافية وذلك لاستحالة تطبيقها، تولت هيئة التحكم سلطة تحديدها حيث يملأ بها الفراغ القانوني الذي اصطدمت به الخصومة التحكيمية والشيء نفسه بالنسبة للقواعد الواجبة التطليق على موضوع النزاع والمحكم يتدخل إما لاستبعاد تلك القواعد أو لعدم تحديدها من قبل المحتكمين وبالتالي يتولى سلطة تحديد القواعد الموضوعية.

الفرع الأول

استبعاد القواعد الموضوعية من قبل المحكم

إن المحكم في منازعات التجارة الدولية يتعين عليه الالتزام باعتبارات النظام العام وأن لا يتجاهله سواء في الدولة التي ينفذ فيها الحكم التحكيمي أو الدولة التي اختارها الطرفان مقر بها بالنسبة لإجراءات التحكيم وبذلك منح للمحكم سلطة استبعاد هذا القانون الذي اختاره الأطراف لحكم اتفاقهم، وذلك استبعاد الأحكام المستخدمة من بعض الشروط المتفق علها، إذا تبين للمحكم تعارض هذه الأحكام مع اعتبارات النظام العام المشترك المتعارف عليها دوليا.

وقد يتعمد أحد المحتكمين إلى تغير ضابط الإسناد رغبة إلى الوصول إلى قانون معين.

وذلك تهربا من أحكام القانون الواجب التطبيق في الأصل[118] في هذه الحالة إذا تحقق شرط الدفع بالتحايل نحو القانون "التغيير الفردي في ضابط الإسناد، نية التهرب من القانون الواجب التطبيق أو تحايل نحو القانون[119]، للمحكم سلطة التدخل وبالتالي يعد للقانون الذي تم

---

[114] ـ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص. 135.

[115] ـ المرجع نفسه، ص. 85.

[116] ـ منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص. 199 ص.، 200.

[117] ـ كولا محمد، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008، ص. 206.

[118] ـ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص. 106.

[119] ـ المرجع نفسه، ص. ص. 107 - 108.

التحايل عليه سلطانه ونفوذه ويطبقه على موضوع النزاع ويسلك طريق القاضي الوطني بوقوفه أمام هذا الغش حتى وإن كان اختيار أطرافه المنازعة ينصب على هيئة دائمة لتحكيم التجاري الدولي، للفصل في منازعاته، ومن بين أمثلة على ذلك رفض محكمة التحكيم في براق، تطبيق القانون الإنجليزي الذي اختاره الأطراف في المنازعة بين باكستان وشيكوسلافكيا ومصدرها عقد نموذجي لتنفيذ أحد المشاريع بدعوى عدم وجود أي علاقة بين هذا القانون والنزاع المطروح[120].

الفرع الثاني

عدم تحديد القواعد الواجبة التطبيق من قبل الأطراف

سلفنا الذكر في دراستنا أنّ المبدأ هو إعمال الأولوية لقانون الإرادة سواءا كانت هذه الإرادة صرحية أو ضمنية، فإذا لم يتضمن اتفاق التحكيم هذه الإرادة أي اتجاه إرادة المحتكمين إلى تطبيق قواعد قانونية معينة على نزاعهم، فيستوجب الأمر على هيئة التحكيم، البحث على الإرادة الضمنية وذلك بناء على مؤشرات معينة.

ولكن أحياناً تغيب هذه الإرادة سواء كانت إرادة الصريحة أو الضمنية، فيجد المحكم نفسه أمام فراغ قانوني.

ومن أجل سد هذا الفراغ اتجهت غالبية التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وكذلك الفقه والقضاء إلى منح سلطة تقديرية واسعة لمحكمة التحكيم في تحديد القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، دون تقيد بقانون أو قوانين معينة، مع شرط أن يكون الأقرب والمناسب موضعيا تسوية النزاع[121].

ولقد تعددت اتجاهات فيما يخص الطريقة التي يحددها المحكم القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، فهناك من ألزم بمرور بقاعدة تنازع القوانين، أما البعض الآخر منح سلطة التحديد المباشر للقاعدة القانونية.

أولا: إعمال منهج تنازع القوانين لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

يرى أنصار هذا الاتجاه إلى وجوب الاعتماد على منهج تنازع القوانين لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فمنهم من اعتد بنظام تنازع القوانين التي يحمل جنسيتها المحكم لكن هذا الموقف يثير صعوبات وذلك حينما يتعدد أعضاء هيئة التحكيم، أما البعض

120 ـ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص. 109.

121 ـ بقة حسن، الأمن القانون للاستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010، ص. 52.

الآخر أنّه يكون الاعتماد بنظام تنازع مقر التحكيم، لكن يمكن أن يكون مقر التحكيم ليس له أي صلة بالموضوع[122].

وهناك اتجاه آخر دعى إلى فرض قاعدة تنازع على المحكم وهذا الاتجاه يحدّ من حرية المحكم أثناء تحديده قاعدة التنازع التي يمكنه تطبيقها وذلك بتحديدها ضابط الإسناد الأقرب ويعمل بها الاتجاه في بعض أنظمة التحكيم مثل نظام غرفة التجارة في ميلانو، نظام المعهد الألماني لتحكيم[123].

وسار نفس المسار القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة حيث تنص المادة 2/28 منه على أنّه: "...إذا لم يعين الطرفان أية قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنّها واجبة التطبيق"[124].

ثانيا: **التحديد المباشر لقانون الواجب التطبيق على موضوعا النزاع**

جرت العادة في الممارسات العملية لتحكيم وكما أجمعت غالبية الفقه على ترك مهمة اختيار القاعدة القانونية الواجبة التطبيق للمحكم التي تراها ملائمة ليبنى على أساسها حكمه بخصوص موضوع محل النزاع، وذلك بإتباع طريق آخر أو منهج آخر غير ذلك الذي يدعو إلى إعمال نظام الإسناد مفاده أن المحكم له الحرية في اختيار قاعدة قانونية مباشرة ملائمة التطبيق على موضوع النزاع [125].

ومن بين التشريعات الوطنية التي أخذت بهذا الاتجاه المشرع الجزائري حيث تنص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وغياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والعراف والتي تراها ملائمة[126].

المبحث الثاني

سلطة المحكم في الفصل في موضوع النزاع

إنّ الهدف الوحيد الذي من أجله يلجأ أطراف النزاع إلى التحكيم كطريق بديل لحل نزاعهم بحيث يستعينون بهيئة مستقلة لتبت فيه, ولا تفصل هذه الأخيرة في النزاع إلا بعد أن تصل إلى قاعدة قانونية واجبة التطبيق (سواء باتفاق الأطراف أو تعيين محكم).

فالمحكم شأنه شأن قاضي الوطني ملزم بإصدار حكم تحكيم فاصل في القضية المعروضة أمامه ولا يصدر هذا الحكم إلا بناءا على إجراءات كي يصل إلى حقائق معينة منحت له سلطة البحث عن الأدلة (استدعاء الشهود، إطلاع على المستندات، وإن اضطر الأمر يمكن أن يأمر بتدابير التحفظية والمؤقتة.

---

122 ـ خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في المنازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة للأحداث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، القاهرة، ص. ص. 264، 265.

123 ـ مناعة أمال، المرجع السابق، ص. 47.

124 ـ المادة 28 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة.

125 ـ سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في القانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، 1999، ص. 687.

126 ـ المادة 1050 من القانون 09 ـ 08، المرجع السابق.

وفي دراستنا لسلطة المحكم في الفصل في موضوع النزاع تفضلنا إلى دراسة سلطة المحكم في الأمر بتدابير المؤقتة والتحفظية (المطلب الأول) وتعرضنا إلى سلطة المحكم في مجال الإثبات (المطلب الثاني)، وتطرقنا في إلى سلطة المحكم في إصدار الحكم التحكيمي (المطلب الثالث).

المطلب الأول

سلطة المحكم بالأمر بتدابير مؤقتة وتحفظية

قد يحدث طارئ حائل أثناء النظر في النزاع المعروض على هيئة التحكيم فيكون على هذه الأخيرة بضرورة اتخاذ إجراء من إجراءات الوقتية والتحفظية.

مثل سماع شاهد على وشك الموت، أو الرحيل، إجراء معاينة أو تعيين حارس على موجودات الشركة[127]، ويمكن أن تكون هذه التدابير أثناء انعقاد الخصومة أو قبلها، أو أثناء سير الخصومة[128].

وسنتطرق إلى المقصود بالإجراءات الوقتية والتحفظية (الفرع الأول) والجهة المختصة بهذا لإجراء (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المقصود بالإجراءات التحفظية والوقتية

يقصد بالتدابير المؤقتة تلك الحماية البديلة، تحل مؤقتا محل الحماية القضائية والتنفيذية العادية كصدور حكم بغرامة تهديدية مؤقتة أما التدابير التحفظية فهي تهدف إلى حماية الحق في المستقبل، فهي تكفل وجود الحق عند صدور الحكم في الموضوع ومثالها الحجز التحفظ الذي يهدف إلى المحافظة على أموال المدنية وتزداد الحاجة إلى هذه التدابير عند وجود مبررات ويمكن تبيان بعضها على النحو التالي:

1 ـــ الحاجة إلى السرعة في بعض القضايا التي تتطلب إجراء فوري وسريع، لتفادي أبقاء الذي قد يصادف إجراءات التحكيم إلى أن يتم الفصل يتم الفصل في موضوع النزاع.

2 ـــ الغاية منها تهدف إلى حماية الطالب في ضرر محتمل وليس إلى إزالة ضرر الحال.

3 ـــ بأي طلبها إلى اقتصاد الوقت والنفقات[129].

الفرع الثاني

---

[127] ـ حدادن طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص. 70.

[128] ـ حسن حماد، المشكلات العملية في التحكيم والتقاضي، المؤتمر الأول لتحكيم، الإتحاد العربي لمراكز التحكيم الهندسي خلال فترة 22 /2007/03إلى 2007/03/23، مصر، ص. 10.

[129] ـ حدادن طاهر، المرجع السابق ص. 70

السلطة المختصة بشأن اتخاذ إجراءات الوقتية والتحفظية

لقد ثار جدال حول السلطة المختصة بالأمر بتدابير المؤقتة والتحفظية فمنهم من منح الاختصاص للمحكم وهناك من اتجه إلى منح الاختصاص للقاضي الوطني.

أولا: اختصاص القاضي الوطني

يستمد هذا الاتجاه أساسه من فكرة مستقرة في الفقه والقانون وذلك أنّ بوجود اتفاق التحكم، يستبعد اختصاص القاضي الوطني، غير أن هذا الأثر يقتصر فقط على موضوع النزاع ولا يمتد إلى الأمور التبعية، كالإجراءات الوقتية والتحفظية والتي يبقى الاختصاص بشأنها للقضاء.

ويبرر هذا الاتجاه موقفه بالضرورة العملية التي تنتج عن وجود حالة الاستعجال التي تتطلب إجراءات خاصة والتي يكون المحكم بغير مقدوره توفيرها للخصوم كما أنّه لا يمكنه تقديم ضمانات كافية، لاسيما إذا ما طالت مدة النزاع، ولقد أخذ بهذا الموقف المشرع الليبي، وقد نال مكانته في الأحكام القضائية حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأنّ وجود اتفاق التحكيم لا يمنع القضاء المستعجل من أن يأمر بأي إجراء وقتي طالما وجدت حالة الاستعجال[130].

ثانيا: اختصاص المحكم

يعتمد أنصار هذا الاتجاه على الطابع الإرادي للاتفاق التحكيم، ويرون على خلاف الاتجاه السابق أنّه يحوز لهيئة التحكيم أن تتخذ بناء على طلب أحد الطرفين ما تراه من تدابير مؤقتة ويرجع تخويل المحكم سلطة اتخاذ هذا لإجراء لدى مناصري هذا الاتجاه إلى فكرة الفعالية والنفاذ التي يتعين أن تتحقق للتحكيم وما يصدر عنه من أحكام [131].

ولقد خول المشرع الجزائري بموجب نص المادة 1046 /1 من ق.إ.م.إ سلطة أمر باتخاذ إجراءات مؤقتة وتحفظية، حيث تنص المادة: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية..."[132].

ويتخذ هذا الإجراء متى كان متعلقاً بالنزاع محل التحكيم، وذلك بموجب طلب يقدمه أحد الأطراف الخصومة التحكيمية إلى هيئة التحكيم سواء أثناء الفصل في النزاع أو بعده، ويمكن القيام بهذا الإجراء حتى وإن لم يتم بعد الفصل في النزاع، ولا يمكن للمحكم اتخاذ هذا الإجراء من تلقاء نفسه[133].

أما على المستوى الدولي نجد نص المادة 17 من القانون النموذجي لهيئة المم المتحدة قد منحت هذه السلطة للمحكم حيث تنص المادة: "يجوز لهيئة التحكيم أن ...أيا من الطرفين بناء

130 ـ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص. ص. 104 - 105.
131 ـ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص. ص. 107 - 108.
132 ـ المادة 1046 من القانون 09 - 08، المرجع السابق.
133 ـ ملوج لامية، المرجع السابق، ص. 72.

على طلب أحدهما باتخاذ أي تدبير وقائي مؤقت تراه ضروريا بالنسبة إلى موضوع النزاع ما لم يتفق على خلاف ذلك[134].

ثالثا: اختصاص مشترك

حسب مؤيدي هذا الرأي أنّ العلاقة بين القضاء والتحكيم علاقةاشتراك وليس إقصاء.والتشريعات الحديثة أخذت نفس مسار القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة لتحكيم لسنة 1985 الذي أقر بمنح الاختصاص لهيئة التحكيم باتخاذ الإجراءات التحفظية والمؤقتة.

وهناك بعض التشريعات أعطت السلطة للمحكم بمخاطبة القضاء من أجل ضمان فعالية ما يصدره من قرارات، وقتية وتحفظية ولا يعد هذا الإجراء مناقضة للاتفاق التحكيم ولأنّه لا يمس بأصل الحق وإنّما يتعلق فقط بالقضاء الوقتي[135].

أما المشرع الجزائري فقط خول هذه السلطة للمحكم حيث نصت المادة 1046: "يمكن لهيئة التحكم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناءا على طلب أحد الأطراف ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك ...إذا لم يقوم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير جاز للمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي"[136].

وبناء على ما تقدم نجد أن القضاء يتدخل في حالتين:

ـــ عدم وجود اتفاق بين الأطراف.

ـــ طلب المحكم تدخل القضاء.

حيث أنّ ما عدا هاتين الحالتين يبقى الاختصاص لهيئة التحكيم.

المطلب الثاني

سلطة المحكم في مجال الإثبات

إنّ المحكم شأنّه شأن القاضي الوطني وقبل أن يصدر حكما فاصلا في الموضوع المطروح أمامه عليه أن يمر بإجراءات التي يقوم بواسطتها بالتحقيق حتى يؤسس عليها حكمه.

ومن أجل ضمان فعالية التحكيم منحت له غالبية التشريعات سلطة الإثبات حيث أن بموجبها يتلقى المستندات ويطلع عليها، وإذا ما ستدعه الضرورة طلب هي مساعدة قضائية أو إنابتها، واستدعاء الشهود، أو يأمر بتعيين خبير.[137].

ولقد ثار جدال فقهي حول وظيفة هيئة التحكيم بالبحث عن الأدلة، حيث يرى البعض منهم أنّ وظيفتها لا تعدى إصدار الأحكام والسماع إلى الشهور وتفحص الأدلة[138].

وسنبين وظيفة هيئة التحكيم في مجال الإثبات على النحو التي:

---

134 ـ المادة 17 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة.

135 ـ حدادن طاهر، المرجع السابق ص. ص. 72 - 73.

136 ـ المادة 1046 من القانون 09 - 08، المرجع السابق.

137 ـ فتحي ولى، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص. 2058.

138 ـ عجايمي الياس، "النظام القانوني لتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مسيلة، ص. ص. 68 - 69.

الفرع الأول
الإطلاع على المستندات

يعتبر حق الإثبات من حقوق الدفاع الأصلية التي تشكل المراكز القانونية للأطراف الخصومة التحكيمية، حيث منح لكلاهما لبيان دفاعه بكل وسائل الإثبات عملا بمبدأ المساواة بينهما الذي يتعين على هيئة التحكيم احترامه[139].

ولقد حولت مختلف التشريعات الداخلية والأنظمة الدولية المتعلقة بالتحكيم سلطة هيئة التحكيم طلب من الأطراف بتقديم المستندات للفصل في الدعوى[140].

ومن بين هذه التشريعات المشرع المصري حيث نص في مادة 3/30 من قانون التحكيم المصري، على حق هيئة التحكيم، في أي مرحلة من مراحل الدعوى الطلب من أحد الخصوم بتقديم مستندات[141].

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 1047 ق.إ.م.إ أن تتولى هيئة التحكيم البحث عن الأدلة[142].

فمن خلال المادة نجد أنّ المحكم منح له المشرع سلطة الإطلاع على المستندات وتقديرها، حسب قوة حجيتها للإثبات.

ففي الأصل أنّه هيئة التحكم هي التي تتولى مهمة البحث عن الأدلة بتعين وإعطاء الأطراف إثبات إدعاءاتهم بكل وسائل الإثبات[143].

وبناء على ما تقدم نجد أنّ المشرع الجزائري لم ينص صراحة على الإثبات أمام هيئة التحكيم الإجراءات على غرار التشريعات المقارنة وذلك ما يستدعي القول أنّ المحكم يرجع إلى طرق الإثبات في القواعد العامة.

ولقد نصت المادة 1048: "إذا اقتضت الضرورة طلب مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة**...**جاز لمحكمة التحكيم...أن يطلبوا...بموجب عريضة تدخل القاضي المختص وفي هذا الشأن قانون بلد القاضي"[144].

---

[139]- طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دراسة في التشريعات العربية ومراكز التحكيم والتشريعات الوطنية العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص. 173.

[140] - مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص. 109.

[141] - المرجع نفسه، ص. 109.

[142] - المادة 1047 من القانون 08 - 09- المرجع السابق.

[143] - تعويلت كريم، "دور القاضي الوطني في تحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010، ص. 148.

[144] - المادة 1048 من القانون 08 - 09، المرجع السبق.

أما المادة 23 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة، فقد ألزمت الطرفان تقديم الأدلة والمستندات خلال المدة المحددة، المتفق عليها، وأي تخلف بشأنها، أجاز لهيئة التحكيم الفصل في الموضوع بناء على ما توفر لديه من أدلة[145].

وإذا طعن أحد الأطراف بأنّ أحد المستندات مزورة، فعلى هيئة التحكيم التحقيق في مدى ضرورية المستند في إصدار الحكم من يوقف إجراءات الخصومة التحكيمية إلى حين الفصل بقضية التزوير من طرف الجهة القضائية المختصة[146].

وتلزم هيئة التحكم بمنح نفس حظوظ الإثبات للمحتكمين وإلا أعتبر سب لرفض التنفيذ أو الاعتراف بالحكم التحكيمي[147].

الفرع الثاني
تعيين الخبير

يحوز لهيئة التحكيم الاستعانة وعند الاقتضاء سواء من تلقاء نفسها أو بطلب الطراف الاستعانة بخبرة خبير لتطلب منه تقرير فني بشأن بعض المسائل المنتجة في الدعوى التي

يصعب على هيئة التحكيم تقديرها[148].

والخبرة تعد نوعاً من المعاينة التي لا تتم بواسطة هيئة التحكيم وإنّما بواسطة خبير مختص في المسألة أو الواقعة المراد طرحها على الخبير[149].

وتتميز الخبرة بأنّها من أهم طرق الإثبات، خاصة إذا توقف الفصل في النزاع على ما يقدره الخبير، أو لم يكن هناك غيرها من وقائع الدعوى ما يكون وسيلة إثبات أخرى[150].

حيث منحت غالبية التشريعات الوطنية والدولية سلطة المحكم بتعين خبير ولقد نصت المادة 27 من قانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة "تطلب من المحتكمين توفير الوسائل الملازمة للقيام بالخبرة الإطلاع على المستندات، مشاهدة بضاعة، وأموال أخرى لمعاينتها"[151]. وقد أخذ المشرع المصري بنفس المسار في المادة 36 من قانون التحكيم المصري فيما يخص الخبرة[152].

---

145 ـ القانون النموذجي للهيئة الممم المتحدة.

146 ـ ملوج لامية، المرجع السابق، ص. ص. 106 - 107.

147 ـ المادة 5 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958، المتعلقة بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجانب الموقع عليها في نيويورك بتاريخ 1958/06/10 التي انضمت إليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 1988/11/15 ج ر ج ج عدد 48.

148 ـ زهير عبد الله علي الجابر القرني، دور القضاء في التحكيم، مذكرة ماجستير، جامعة نايف للعلوم القانونية والأمنية، السعودية، 2008، ص. 108.

149 ـ المرجع نفسه، ص. 108.

150 ـ زهير عبد الله علي الجابر القرني، المرجع السابق، ص. 108.

151 ـ المادة 27 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة.

152 ـ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص. 115.

أما المشرع الجزائري فلم ينص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الأحكام الخاصة بالتحكيم مما يستدعي الرجوع إلى القواعد العامة في الإثبات صراحة على الخبرة الإثبات وقياسا بالمادة 1047 من ق.إ.م.إ أن لهيئة التحكيم استعمال كل الوسائل الإثبات من أجل الوصول إلى حقائق معينة في موضوع النزاع[153].

وقد أفادت، التجارب في قضاء التحكيم، أنّ نجاح الدور الإيجابي للمحكمين في إدارة مهمة الخبراء، يتعين تحديد المهمة المسندة إليهم، بحيث يبقى الفصل في النزاع، لهيئة التحكيم وعليه لا يحوز لهيئة النزاع، تعيين خبير في مسائل أسند إليها حلّها، ولا يمكن اعتماد تقرير خبرة من جانبها القانوني إلا بعد مناقشتها من طرف المحتكمين والمحكم[154].

الفرع الثالث

طلب المساعدة القضائية للحصول على الأدلة

الأصل أنّ هيئة التحكيم تتولى البحث عن الأدلة، لكن تحدث ظروف أين يستدعي تدخل القضاء[155]، ذلك أنّه المحكم فرد عادي لا يملك يملكون سلطة على الغير أو الخصوم لإلزامهم على تقديم الأدلة مثلا تحت طائلة غرامة تمهيدية كما هو مقرر للقاضي الوطني.

وتعتبر وجه من أوجه التعاون المهمة بين القضاء والتحكيم، للحصول على الأدلة، حيث تعتبر الفقهاء أنّ مساهمة المحكمة في التحكيم للقرارات الإجرائية التحكيمية، هذا وقد خولت معظم التشريعات سلطة المحكم بطلب مساعدة قضائية في إحضار شاهد، أو تكليف الغير بإبراز مستند وثيقة بحوزته ضرورية للإصدار الحكم[156].

ولقد منح المشرع الجزائري للحكم سلطة طلب المساعدة القضائية للحصول على الأدلة أو بعد الاتفاق مع المحتكمين أو للأحد الأطراف بعد الترخيص له من المحك أن يطلب بموجب عريضة تدخل القاضي المختص ويطبق هذا الشأن قانون بلد القاضي[157].

ونجد في نفس السياق المادة 27 من قانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة أين أجازت لمحكمة التحكيم أو الأطراف طلب من المحكمة المختصة المساعدة القضائية للحصول على الأدلة، وأن تنفذ في حدود سلطتها وفقا للقواعد الخاصة للحصول على للأدلة [158].

وبناءا على ما تقدم نجد غالبية لتشريعات سواء كانت دولية أو داخلية احتفظت بمبدأ سلطة تولي الإثبات لهيئة التحكيم واستثناء في حالة ضرورة تدخل القضاء وهذا ليس لسبب إلا لضمان فعالية التحكيم.

---

153 ـ المادة 1047 " تتولى هيئة التحكيم البحث عن الأدلة" من القانون 08 ـ 09 ، المرجع السابق.

154 ـ أحمد شرف الدين، المزج بين وسائل الإثبات وعقود الإنشاءات، المؤتمر العربي لمركز التحكيم الهندسي من 14 إلى 15 مارس 2009، ص. ص. 55 ـ 56.

155 ـ بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثالثة، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008، ص. 552.

156 ـ المرجع نفسه، ص. 542.

157 ـ المادة 1047 من القانون 08 ـ 09 ، المرجع السابق.

158 ـ المادة 27 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة.

الفرع الرابع
طلب الإنابة القضائية

الإنابة القضائية عمل بموجبه تفوض محكمة أخرى للقيام مكانها، وفي دائرة اختصاصها بأحد أو بعض إجراءات التحقيق أو للإجراءات القضائية أخرى قد تقتضيها لفصل في الدعوى المرفوعة أمامها التي تعذر عليها مباشرتها، بنفسها بسبب بعد المسافة أو أي مانع آخر، كأن يكون المال المراد معاينة في مكان بعيد عن مقر المحكمة المبنية[159].

وطلب هيئة التحكيم الإنابة القضائية يعد نوعا من المساعدة يقدمها القضاء لتحكيم، مما يؤكد أهمية القضاء الوطني كدور مكمل ومساعدة لقضاء التحكيم، ولا يعتبر مساس بسلطان إرادة وإنّما ضمانا لفعالية نظام التحكيم التجاري الدولي[160].

ولا يقدم على الإنابة القضائية إلا بموجب شروط:

ـــــ اتفاق الأطراف.

ـــــ طلب هيئة التحكيم.

ـــــ سرعة إجراءات التي يقتضيها التحكيم.

الفرع الخامس
استدعاء الشهود واستجواب الخصوم

إن مواصلة التحقيق في موضوع النزاع من طرف هيئة التحكيم وتحليل جزئياته تستوجب أحيانا استدعاء الشهود(أولا) واستجواب الخصوم (تانيا) لاعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات التي يبني عليها حكمه وهي الوسائل الجائزة أمام هيئة التحكيم.

أولا: استدعاء الشهود

يقصد بشهادة الشهود" قيام شخص من غير أطراف الخصومة بإدلاء بتصريحات حول وقائع الخصومة تصلح محلا للإثبات" [161].

والشاهد أثناء الإدلاء بشهادته يقوم بسرد الوقائع دون إعطاء تكييف قانوني لها و استخلاص النتائج المترتبة عنها و شهادة الشهود من الأدلة ذات الحجية النسبية، بمعنى أن الأخذ بها يخضع لتقدير القاضي إذ يمكن له رفضها إذا ما وجد أنها متناقضة مع أدلة أخرى[162]

---

[159] ـ حدادن طاهر، المرجع السابق، ص. 88.

[160] ـ المرجع نفسه، ص. 88.

[161]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.699.

[162]- تياب نادية، المرجع السابق، ص. 145.

والمشرع الجزائري لم يتناول فيما يخص إمكانية المحكم بإتحاد هذا الإجراء في أحكام التحكيم التجاري الدولي ولكن بالرجوع إلى نص المادة 1047 التي تنص " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة " من خلال هذه المادة نستنتج أنه يمكن للمحكم أن يتخذ إجراء استدعاء الشهود[163]

ثانيا: استجواب الخصوم

الأصل أنه هيئة التحكيم تكتفي بما توفر لديها من أدلة كتابية ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك ومع ذلك فلهيئة التحكيم أن تطلب حضور أطراف النزاع لاستجوابهم بشأن المسائل التي يثيرها النزاع و يتم الاستجواب من تلقاء الهيئة نفسها و بطلب أحد المحتكمين[164].

المطلب الثالث

سلطة المحكم في إصدار الحكم التحكيمي

تعرضنا فيما سبق إلى مختلف السلطات التي تنتج عن قبول المحكم حله للنزاع سواء كانت سلطات إجرائية أو موضوعية تهدف في مجملها إلى إصدار قرار تحكيمي حول النزاعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية.

ويعتبر قرار التحكيمي الذي تصدره هيئة التحكيم قرار منهي لنزاع المطروح أمامها(165).

ولضمان فعالية أكثر يجب على المحكم احترام مبادئ المتعارف علها في القضاء الوطني, رغم الحرية الممنوحة للأطراف وهيئة التحكيم فيما يخص التحكيم التجاري الدولي(166)والحكم التحكيمي الذي يصدره المحكم يحوز قوة الشيء المقضي فيه إلا أن المشرع منح بعض الطرق الطعن للأطراف الخصومة(167).

وسنتعرض في دراستنا في سلطة المحكم في إصدار الحكم التحكيمي.

التعريف بحكم التحكيمي، أنواع الأحكام التحكيمية شكليات إصدارها وسلطة المحكم في تصحيح وتفسير الحكم التحكيمي.

الفرع الأول

إصدار الحكم التحكيمي

أولا: التعريف بالحكم التحكيمي

لتعريف القرار التحكيمي نتعرض إلى التعريف التشريعي (أ) الفقهي (ب).

1 ــ التعريف التشريعي:

[163]- المادة 1047 من قانون 08-09، المرجع السابق.

[164]- تياب نادية، المرجع السابق، ص 146.

[165] - ALLIOUCH- KERBOUA né MEZIANI NAIMA, l'Arbitrage commercial international en Algérie, ed 4, office des publication universitaires, Alger, 2000, P 61.

[166] - CHRISTIAN GAVALA , CLAUDE LUCAS DELEEYSS, l'arbitrage (connaissance du droit), DALOS, 1993, P 60.

[167]- MARIE CAROLINE, la pratique de l'arbitrage au service de l'entreprise, « conomia » Paris, 2002, P 75.

لم تتعرض النصوص التشريعية في غالبية الدول التي تبنت نظام التحكيم التجاري الدولي، ‘إلى تعريف القرار التحكيمي وذلك لصعوبة المسألة، ودليل ذلك أن واضعوا القانون النموذجي لتحكيم (Unistral), (رجال القانون) حاولوا وضع تعريف له ولكنهم, تراجعوا عن ذلك وكان النص المقتر ح لتعريف القرار التحكيمي هو أن " كلمة قرار تحكيمي يجب أن تفهم على أنها حكم نهائي يفصل في كل المواضيع المطروحة على المحكمة التحكيمية"[168].

وبالنسبة للاتفاقية نيويورك لعام 1959 الخاصة باعتماد وتنفيذ القرارات الأجنبية ذكرت أنّ "المقصود بقرارات المحكمين ليست القرارات الصادرة عن المحكمين المعينين للفصل في حالات محددة بل أيضا القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم دائمة يحتكم إليها الأطراف".

2 ــ التعريف الفقهي:

انقسم الفقه حين عرف القرار التحكيمي إلى اتجاهين اتجاه الأول ما يعرف بالتعريف الموسع يمثله (E. Gaillrd) أما الاتجاه الضيق الذي يمثله (Lalive, Pouderet, Reymond).

ــــ التعريف الموسع:

عرف الأستاذ E. Gaillrd القرار التحكيمي أنه "القرار الصادر عن المحكم الذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلي أو جزئي في المنازعة المعروضة عليه سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص أو بمسألة تتصل بالإجراءات أدت بالمحكم إلى إنهاء الخصومة".

ــــ التعريف الضيق:

لقد اتجه جانب الفقه السويسري الذي يمثله كل الأساتذة(Lalive, Pouderet, Reymond)إلى أن "القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم هي تلك المتصلة بموضوع المنازعة، والتي تفصل في طلب محدود لا تعد قرارات تحكيمية إلا إذا أنهت بشكل كلي أو جزئي منازعات التحكيم"[169].

فحسب هذا الاتجاه أن كل هذه القرارات التي تفصل في المسائل المتصلة بالموضوع، كصحة العقد الأصلي، مبدأ المسؤولية، لا تعد قرارات تحكيمية وهي بالتالي ليست سوى مجرد قرارات تحضيرية أو أولية وبهذه المثابة لا يمكن أن تكون هذه القرارات محل لطعن بالبطلان تحكيمي الذي سوف يصدر بناءا على الطلبات المقدمة من الأطراف[170].

يرى الأستاذ E. Gaillrd أنّ مثل ذلك التحليل يستند إلى مفهوم ضيق لفكرة الطلب التي تهدف على سبيل المثال الحصول على التعويض والفوائد وليس على التقرير المبدئي لانتهاك العقد كسبب للمسؤولية.

---

168 ـ مجذوب كوثر، الدفع بنظام العام في تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، مذكرة ماجستر، جامعة جيجل، 2008، ص. 16.

169 ـ مجذوب كوثر، المرجع السابق، ص 16.

170 ـ المرجع نفسه، ص. 17.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن هذه النظرة الضيقة لفكرة هذا الطلب أحكام المحكم يمكن أخذ بها على الأقل بنسبة للقانون الفرنسي، فالقرار الصادر من المحكم بشأن الاختصاص أو بشأن القانون الواجب التطبيق، أو بتقرير، أو بعدم تقرير مبدأ المسؤولية يفصل بشكل قاطع بجزء من المنازعة وبهذا يتعين اعتباره قرارا تحكيميا حقيقيا صالحا لأن يكون محل الطعن بالبطلان مباشرة".

فاعتبارات الملائمة تقتضي عدم الحيلولة بين الأطراف وبين الطعن بالبطلان على القرار التحكيمي إذا فصل المحكمون بقرار يبدو قرار قطعي يفرض على الأطراف(.

وترى حفيظ السيد الحداد "أنه من الضروري عند لاختيار تعريف معين أو ترجيحه على التعريفات الأخرى لابد أن نبين الأساس والاعتبارات التي ينصب عليها الاختيار، وهي اعتبارات ترتبط بالضرورة بالغاية المراد تعريفها، والهدف الذي تسعى إلى تحقيقه ترى من الأمور التي لا تقبل الجدل بشأن نظام تحكيم كقضاء خاص، أن هذا النظام يهدف إلى سرعة الفصل في المنازعات الناشئة بين الأطراف التي عهدت إلى المحكم للفصل فيها وبالتالي يؤدي هذا إلى تبني تعريف موسع للقرار التحكيمي"[171].

ويمكن تعريف" القرار التحكيمي أنه يشمل جميع القرارات الصادرة عن المحكم والتي تفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة على المحكم سواء كانت قرارات كلية تفصل في موضوع المنازعة ككل أو قرارات جزئية تفصل في شق منها سواء تعلقت هذه القرارات بموضوع المنازعة ذاتها أو باختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة، ترتيب على هذا أن تكون القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم أو تأجيل نظر الدعوى للإطلاع والاستعداد كذلك القرارات التي تستهدف إعداد الخصومة في فصل فيها مثل قرار ندب الخبير أو بمعاينة المكان أو سماع الشهود كلها قرارات لا تستنفذ بها محكمة التحكيم ولايتها"[172].

ثانيا: أنواع الأحكام التحكيمية:

يمكن للمحكم إصدار أحكام تحكيمية أولية أو أحكام تتعلق بموضوع النزاع ولكن أوجبت التنظيمات الداخلية بما فيها المشرع الجزائري والأنظمة الدولية على هيئة التحكيم شكليات ومبادئ إصدار الحكم التحكيمي.

1 ـــ الحكم التحكيمي الأولي:

يمكن لهيئة التحكيم إصدار الحكم التحكيمي أولي ويتخذ المحكم هذا القرار أثناء فصله باختصاصه [173] ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 1044 على أن تفصل محكمة التحكيم في اختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع.

---

171 ـ مجذوب كوثر، المرجع السابق، ص. ص. 17 - 18

172 ـ مجذوب كوثر، المرجع السابق، ص. 18.

173 - ALLIOUCH- KERBOUA, MEZIANI NAIMA,Opcit, P 65.

تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها في حكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص متعلق بموضوع النزاع"[174].

وتقابلها المادة 16 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة[175] ويمكن لمحكمة التحكيم أن تصدر قرار أولي أثناء اتخاذها التدابير المؤقتة والتحفظية[176].

2 ـــ الحكم التحكيمي الإتفاقي:

حسب الفقيه M. David أن للمحكم سلطة إصدار قرار تحكيمي اتفاقي وذلك إذا ما طلب منه أطراف الخصومة التحكيمية.

والحكم التحكيمي الإتفاقي يمكن أن يأخذ صورتين:

الأولى: عندما يتفق الأطراف بفض النزاع ويصدر المحكم قرار اتفاقي بإنهاء إجراءات التحكيم.

ثانية:اتفاق الأطراف بإصدار حكم إضافي لكن لا يمس بأصل النزاع[177].

وتجدر الإشارة في هذا المجال أن النظام Cnudci، يترك الخيارات لطرفان في إصدار قرار تحكيمي اتفاقي، أما نظام CCI يلزم على وجود اتفاق حتى يمكن إصدار هذا نوع من الأحكام[178]، ولقد نص المشرع الجزائري على إمكانية إصدار حكم تحكيمي اتفاقي في المادة 1049 من ق.إ.م.إ حيث نصت على أنّه: "يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام اتفاق باتفاق الأطراف أو أحكام جزئية ما لم يتفق الأطراف خلاف" ذلك".

من خلال المادة نستنتج أنّه لا يمكن إصدار حكم اتفاقي بدون اتجاه إرادة الأطراف إلى ذلك.

3 ـــ الحكم الجزئي:

لم يعطي المشرع الجزائري تعريفا للقرار الجزئي لكنه في كل الأحوال القرار الجزئي لا يبث في الاختصاص مثل القرار الأولي.

وإنّما يمكن أن يتعلق بالمسائل المالية مثل التكاليف وأتعاب المحكمين وفي كل الحالات فإن القرار الجزئي يكون نهائي بنسبة للمسألة التي تولى دراستها.

4 ـــ القرار النهائي:

هو القرار الذي ينهي مهمة المحكمة التحكيمية ويحسم النزاع القائم بين الطرفين كما أنّه بجرد صدوره يكسي حجية الشيء المقضي فيه[179].

---

174 ـ المادة 1044 من القانون 09 ـــ 08، المرجع السابق.

175 ـ راجع المادة 16 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة.

176 ـ المرجع نفسه.

177 - ALLIOUCH- KERBOUA, MEZIANI NAIMA,Opcit, P 65.

178 ـ عقون كهينة، مسيس سليمة، النظام القانوني للاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة، 2012، ص .08.

179 ـ المرجع نفسه ، ص 07.

5 ـــ القرار التحكيمي الغيابي:

قد يحدث في التحكيم التجاري الدولي أن يتغيب أحد الأطراف عن المحاكمة سواء منذ البداية أو أثنائها مما يصّعب المهمة التحكيمية، والقرار الصادر في غياب أحد الأطراف يكون في مواجهته[180].

ثالثا: مبادئ وشكليات إصدار الحكم التحكيمي

إنّ الحكم التحكيمي الذي يصدره المحكم يحوز قوة الشيء المقضي فيه ولكن هذه الصفة لا يمتاز بها إلاّ إذا صدر وفقا لشكليات والمبادئ المعتمدة قانونا وإلا يكون قابلا لعدم التنفيذ وهذا ما اتجهت إليه الأنظمة الداخلية والدولية.

1 ـــ مبادئ إصدار الحكم التحكيمي:

تعد مرحلة إصدار الحكم التحكيمي المرحلة الحاسمة في النزاع وأهم مراحل التحكيم التجاري الدولي وذلك باعتبارها الغاية التي يرغب أطراف الخصومة التحكيمية الوصل إليها وهو الحصول على الحكم التحكيمي يبت في النزاع المطروح [181].

وباعتبارها مرحلة مهمة في النزاع أحيطت من قبل التشريعات الداخلية والدولية لمجموعة من الإجراءات والمبادئ التي تعتبر كضمانة لضمانات التقاضي.

أ ـــ مبدأ المساواة بين الخصوم:

إنّ ضمان وجود العدالة يتوقف إرسائها بين أطراف الخصومة يستوجب احترام مبدأ المساواة [182].

وهي ومن بين المبادئ التي يقوم عليها نظام التقاضي وتعتبر من النظام العام سواء في بلد مقر التحكيم أو بلد تنفيذ الحكم التحكيمي[183].

ومن بين مظاهر إخلال بمبدأ المساواة:

ـــ الإذن لأحد الأطراف الحضور في غيبة الآخر.

ـــ إجرام المحكم اتصالات شخصية مع أحد الأطراف.

ـــ الاستماع لعدد من الشهود المقدمين من أحد الأطراف دون السماع لنفس العدد من الجانب الطرف الآخر.

ـــ أن تكون لغة التحكيم هي لغة أحد الطرفين دون اتفاق[184].

---

180 ـ عقون كهينة المرجع السابق، ص .07.

181 ـ مولوج لامية، المرجع السابق، ص. 80.

182 ـ بقة حسن، المرجع السابق، ص. 49.

183 ـ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص. 192.

ولقد نص المشرع على هذا المبدأ في الدستور 96 حيث نص في المادة 29 أن جميع الأطراف سواسية أمام القانون[185].

وتنص المادة 2/03 من ق.إ.م: "...يستفيد أطراف الخصومة القضائية من فرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم"[186].

أم المادة 18 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة فجاءت على النحو التالي: "يجب أن يعامل الأطراف على قدم المساواة وأن تمنح لكل منهما الفرصة الكاملة لعرض قضيته"[187].

وبناء على ما تقدم نجد أن مبدأ المساواة كرس في التشريعات الداخلية والاتفقيات الدولية وجعل ضمانة من ضمانات التقاضي أمام هيئة التحكيم رغم قيام التحكيم التجاري الدولي على مبدأ سلطان الإرادة.

ـــ احترام مبدأ المواجهة:

يعد هذا المبدأ من أهم المبادئ المميزة للخصومة, والذي يجب على المحكم احترامه أثناء السير في إجراءات التحكيم, ويقصد بمبدأ المواجهة ضرورة مواجهة المحتكمين بعضهم بعضا بإدعائهم ودفاعهم، وحق كل محتكم في أن يعلم أو يمكن من العلم بما لدى المحتكم الأخر من وسائل دفاع وبيانات وذلك في وقت مناسب وكافي يمكنه من الرد على ما قدمه خصمه فلا يجوز للمحتكم اتخاذ أي إجراء في مواجهة المحتكمين وعلى المحكم أن يمكن كل أطراف الخصومة التحيكيمة الإطلاع على الأوراق والمستندات التي يقدمها المحتكم الآخر ويمنح للمحتكمين المدة الكافية للأداء والدفاع على تلك الآراء والمستندات، فلا يجوز للمحكم الفصل في الدعوى دون إخطار المحتكم الآخر وبعد التحقق من ذلك كما يجب اتخاذ إجراءات التحقيق بحضور جميع أطراف الخصومة وإلا كانت إجراءات باطلة.

وقد حددت محكمة استئناف باريس المقصود من واجهية الإجراءات في التحكيم بقولها "هو حق كل طرف في تلقي معاملة تقوم على المساواة مع الطرف الآخر وذلك في الاستماع إلى قضية ووسائل دفاعه وتقديم أدلته وإتاحة الفرصة له لكي يناقش الطرف الآخر في صحيفة إدعاءاته ووسائل إثباته وهذا المبدأ ينبع من النظام العام الدولي والحكم الذي يتجاوز عن مقتضيات هذا المبدأ يستحق الإبطال".

وبناء على ما تقدم نجد أنّ مبدأ المواجهة ضرورة حتمته العدالة لبعث الطمأنينة لدى المحتكمين.

---

184 ـ بقة حسن، المرجع السابق، ص. 49.

185 ـ دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية 2، 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96 - 438، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج.ر.ج.ج، عدد 76، المؤرخ في 08 ديسمبر 1996، المتمم بقانون رقم 03 - 02، المؤرخ في 10 أفريل 2002، ج.ر.ج.ج، عدد 25، المؤرخ في 14 أفريل 2002، المعدل بقانون رقم 19 - 08، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج.ج، عدد 63، المؤرخ في 16 نوفمبر 2008.

186 ـ المادة 03 من القانون 09 - 08، المرجع السابق.

187 ـ المادة 18 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة.

ـــ الالتزام بالسرية:

من بين المحفزات اللجوء إلى التحكيم تميزه بطابع سري الذي يتحوذ على إجراءات حل النزاع إلى غاية صدور الحكم التحكيمي فليس بمقدور المحكم النطق بالحكم التحكيمي عالنية كما هو الحال في القضاء، فعلى المحكم المحافظة على المستندات وسرية الجلسات.

ب ـــ شكليات إصدار الحكم التحكيمي:

إنّ المحكم أثناء إصدار الحكم التحكيمي لا يتوجب عليه فقط احترام مبادئ التقاضي التي تمليها العدالة وإنّما هناك شكليات التي يجب أن يلتزم بها قبل استصداره الحكم التحكيمي.

1 ـــ سرية المداولة:

عندما يقفل باب المرافعات يجتمع المحكمون للمداولة سواء كانت كتابة أو شفوية لا يحضرها إلاّ المحكمون حيث يتبادلون الآراء والنتائج[188] التي يتوصلون إليها لحسم نزاعهم، حيث تنص المادة 1025 ق.إ.م.إ على أنّه: "تكون المداولات المحكمين سرية"[189]وتمتد هذه السرية إلى الحكم التحكيمي حيث لم ينص المشرع على النطق بالحكم التحكيمي علنياً، لأنّ هذا المبدأ لا يطبق إلاّ في القضاء المادة 7 من ق.إ.م.إ[190].

2 ـــ إصدار الحكم التحكيمي بالأغلبية:

يلتزم المحكمون أثناء إصدارهم القرارات التحكيمية بأنّ يصدرونها بالأغلبية إذا كانت مشكلة من أكثر من محكم[191].

وألزم المشرع أن يوقع الحكم التحكيمي من قبل جميع المحكمين وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك ويرتب الحكم التحكيمي أثره باعتباره موقع من قبل جميع المحكمين[192].

وما يمكن أن نستخلصه أن الحكم التحكيمي الذي يصدر بدون أغلبية الأصوات لا يكتسب حجية على الأطراف, أما المادة 29 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة أخذت بنفس القاعدة حيث نصت في إجراءات التحكيم التي يشترط فيها أكثر من محكم واحد يتخذ قرار هيئة التحكيم أغلبية جميع أعضائها ما لم يتفق الطرفين على خلاف ذلك، على أنه يجوز أن تصدر القرارات في المسائل الإجرائية من المحكم الذي يرأس الهيئة إذا أذن له بذلك الطرفان أو جميع أعضاء هيئة التحكيم[193].

188 ـ مولوج لامية، المرجع السابق ، ص.80.
189 ـ المادة 1025 من القانون 09 -8، المرجع السابق.
190 ـ راجع المادة 07 من القانون 09 - 08، المرجع السابق.
191 ـ مولوج لامية، المرجع السابق، ص. 88.
192 ـ راجع المادة 1029 من القانون 08 - 09، المرجع السابق.
193 ـ راجع المادة 29 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة.

نلاحظ أنّ القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة رغم أنّه أخذ بقاعدة إصدار الحكم التحكيمي بالأغلبية إلا أنّه رجح إرادة الأطراف في ذلك كما سمح إصدار الحكم التحكيمي إذا ما تعلق الأمر بمسائل إجرائية وخارجا من هذه القاعدة لا أثر للحكم التحكيمي الذي يصدر بدون أغلبية المحكمين.

3 ـــ كتابة الحكم التحكيمي:

إنّ كتابة الحكم التحكيمي لا تعتبر وسيلة الإثبات، وإنّما لصحة وجود الحكم التحكيمي وهي من الشروط التي لا يستوجب النص المشرع عليها, وقد أشار المشرع إلى شرط الكتابة بصفة ضمنية حينما ألزم طالب التنفيذ تقديم الحكم التحكيمي لدى المحكمة المختصة من أجل إمهاره بالصيغة التنفيذية[194].

ويتم تحرير الحكم التحكيمي باللغة التي اتفق الأطراف عليها, وفي حالة غياب ذلك يكتب باللغة المختارة من قبل هيئة التحكيم، ويمكن أن تكون الكتابة بخط اليد أو بالآلة الكاتبة[195].

4 ـــ تسبيب الحكم التحكيمي:

من بين الالتزامات التي تقع على عاتق المحكم أثناء إصداره الحكم التحكيمي هو تسبيب ذلك الحكم.

ويقصد بتسبيب الحكم التحكيمي بيان الحجج والأدلة القانونية الواقعة التي اعتمد عليها المحكم في إصدار حكمه[196] حيث بين للخصوم مدى احترام المحكم القواعد القانونية والأدلة التي بحوزته حتى وصل إلى ذلك الحكم وقد نص المشرع عن شرط التسبيب في المادة 2/1027 أين اعتبره وجه من أوجه إبطال الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر[197].

5 ـــ بيانات الحكم التحكيمي:

لقد حدد المشرع البيانات الواجب توافرها في الحكم التحكيمي في المادة 1028 ق.إ.إ حيث حددها على سبيل الحصر ـــ يتضمن الحكم التحكيمي البيانات الآتية:

1 ـــ اسم ولقب المحكم أو المحكمين.

2 ـــ تاريخ صدور الحكم.

3 ـــ مكان إصداره.

4 ـــ أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي.

5 ـــ أسماء وألقاب المحكمين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء.

---

194 ـ مولوج لامية، المرجع السابق، ص. 82

195 ـ المرجع نفسه، ص. 82.

196 ـ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص. 177.

197 ـ المادة 1027 من القانون 08 ـ 09، المرجع السابق.

رغم اشتراط المشرع هذه البيانات في الحكم التحكيمي ولكنه لم يشر إلى الأثر المترتب عن خلو أحد هذه البيانات في الحكم التحكيمي[198].

الفرع الثاني

سلطة المحكم في تصحيح وتفسير الحكم التحكيمي وسد اغفلاته

إنّ المحكم بعد أن يصدر الحكم التحكيمي يتخلى عن النزاع [199] لكن أحيانا أن تمتد سلطته بعد صدور الحكم التحكيمي, وهذا في حالة إذا ما صدر الحكم وشابه خطأ أو غموض فيلتزم المحكم بتصحيح ذلك الخطأ أو تفسير الغموض أو يمكن أن يصدر الحكم دون أن يتطرق المحكم لبعض طلبات الخصوم في هذه الحالة يكون المحكم ملزم بإصدار حكم إضافي يتعلق بهذه الطلبات.

أولا: سلطة المحكم في تصحيح الحكم التحكيمي

1 ـــ المقصود بتصحيح الحكم التحكيمي:

بعد إصدار الحكم التحكيمي قد تشوبه بعض الأخطاء المادية التي لا تصل إلى بطلان الحكم ومن بين مميزات التحكيم التجاري الدولي بالسرعة والبساطة في الإجراءات، لذلك خول المشرع للمحكم سلطة تصحيح الحكم التحكيمي المادة 1030ق.إ.م.إ أينما وجد خطأ مادي تسرب إلى الحكم كخطأ في الحساب أو الكتابة ويمكن أن يصحح الحكم بطلب أحد الخصوم أو معا ويعتمد المحكم أثناء تصحيحه للحكم التحكيمي على نفس الشكليات وإجراءات إصدار الحكم التحكيمي[200].

سبق وأن أشرنا أن أحكام المحكمين أحيانا يشوبها بعض الأخطاء الحسابية أو المادية ومن المستقر أنّ الأحكام القضائية عندما يشوبها الأخطاء للقضاء ولاية تكميلية في تصحيح ذلك الخطأ ولا ينبغي لها تجاوزها للعدول عن الحكم أو المساس به فهي ولاية ضرورية تقدر بقدرها احتراما لقاعدة عدم المساس بالحكم[201].

غير أنّ هذه الولاية للمحكمين ليس مسلم بها من قبل الفقهاء فهناك من يرى ان المحكم يحرم تماما من ولاية تصحيح الخطأ المادي الذي وقع فيه حكمه، حيث يتجرد من كل سلطة بعد صدور الحكم، وتمنح هذه السلطة للمحكمة، وقد تأثر بهذا الموقف المشرع الليبي والسوداني.

---

198 ـ المادة 128 من القانون 08 ـ 09، المرجع السابق.

199 ـ المادة 1030 من القانون 08 ـ 09، المرجع السابق.
"يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه".

200 ـ ملوج لامية، المرجع السابق، ص. 67.

201 ـ طلعت محمد دويدار،المرجع السابق، ص. ص. 69 ـ 70.

أما الاتجاه الثاني فقد منح للمحكم الولاية في تصحيح الحكم التحكيمي ولكن على أن تكون هذه الولاية ولاية مشروطة، فذهب الرأي إلى أن للمحكم سلطة تصحيح و لكن أن لا يكون قد تم إيداع الحكم قلم كتاب المحكمة المختصة بنظر في النزاع[202].

أما الاتجاه لآخر منح الولاية التكميلية التلقائية للمحكم وذلك لم يرتبط المحكم بميعاد التحكيم وبعدم إصدار الأمر بالتنفيذ أو بمجرد إيداع الحكم[203].

أما الأخطاء التحكيمية فهي تشمل أخطاء السهو وأغلاط القلم التي تظهر بمقتضاها في أرقامها وأسماء وبيانات غير تلك التي يجب ظهورها، أو تؤدي إلى نقض أو إغفال ما ذكر منها، وذلك إما خطا في ذكر رقم العقار الموضوع النزاع الصادر بشأنه الحكم.

والخطأ الحسابي هو الخطأ في إجراء العمليات الحسابية كالجمع والطرح والضرب عند حساب المبالغ المستحقة للدائن.

2 ــ شروط تصحيح الحكم التحكيمي:

أ ــــ وجود أخطاء في الحكم ذاته:

إذ يجب أن يمتد التصحيح إلى الأخطاء المادية الواردة في محاضر الجلسات أو طلبات التحكيم أو المذكرات وتقارير الخبراء أو ورقة من أوراق الدعوى، وهذا شرطا منطقي.

ب ــــ مباشرة التصحيح في الميعاد المنصوص عليه قانونا:

ولقد حددت المادة 33 من القانون النموذجي المدة التي يباشر فيها المحكم التصحيح سواء كان الطلب من قبل أطراف الخصومة أو من قبل هيئة التحكيم والتي تقدر بـ 30 يوما إلى تاريخ صدور القرار التحكيمي[204].

وما تجدر الإشارة إليه أنّ المشرع الجزائري لم يتطرق ما إذا كان طلب تصحيح الحكم التحكيمي يكون من قبل الأطراف فقط أو هيئة التحكيم ولم يقيد الأطراف بمدة طلب التصحيح أو مدة إصدار الحكم التحكيم الذي من خلاله تم التصحيح[205].

ثانيا: تفسير الحكم التحكيمي

1 ــــ المقصود بتفسير الحكم التحكيمي

---

202 ـ المرجع نفسه، ص. 270.

203 ـ طلعت محمد دويدار،المرجع السابق، ص. ص. 262 - 263.

204ـ طلعت محمد دويدار،المرجع السابق ، ص. ص. 86 - 87.

205 ـ القانون 08 - 09، المرجع السابق.

إذا شاب الحكم التحكيمي غموض أو لبس، فالمحكم بناء على طلب المحتكمين سلطة تفسير الحكم التحكيمي بعد استدعاء الأطراف، وذلك بتوضيح الغموض دون الوصول إلى العدول عن الحكم السابق أو المساس بحجيته[206].

غير أنّ هذا المبدأ بدوره لم يكن محل إجماع من قبل الفقهاء، فحسب الاتجاه التقليدي يرى أن المحكم يجرد من سلطة تفسير الحكم التحكيمي وحتى لو لم ينتهي ميعاد التحكيم، لأن المحكم بمجرد إصداره الحكم التحكيمي تنتهي ولايته تماما، إلاّ إذا اتفق الخصوم بمشارطة تحكيم جديد خاصة بالتفسير[207].

أما الاتجاه الحديث فاعترف بالولاية التفسيرية لهيئة التحكيم دون تقيد بميعاد التحكيم أو استنفاذ ولايته الأصلية وباعتراف للقضاء بنفس السلطة[208].

2 ــ شروط تفسير الحكم التحكيمي :

ا ــ وجود غموض في منطوق الحكم:

بعد أن يصدر المحكم الحكم، قد يشوب منطوقه غموض، فيتعذر فهم حقيقة أو مضمون ما قضي به هذا الحكم إذ يأتي بألفاظ وعبارات صحيحية من الناحية اللغوية إلاّ أنّها لا تدل بدقة عن مضمون القضاء الصادر من الناحية الاصطلاحية البحتة، أو قد يكون راجعا إلى الصياغة المجملة للمنطوق والتي تفتقد إلى التحديد الضروري واللازم[209].

ب ــ تقديم الطلب من أحد المحتكمين أو كلاهما:

يجب أن يكون التفسير بناء على طلب المحتكمين ولا يكون بمقدور هيئة التحكيم تفسير الحكم من تلقاء نفسها حتى ولو كان الحكم مشوبا بغموض[210].

جـ ــ تقديم طلب التفسير في المدة المحددة:

يقدم طلب التفسير في المدة المحددة خلال 30 يوما من تسليم القرار و يعتبر الجزء المفسر جزء من الحكم الأصلي[211].

ثالثا: الفصل فيما أغفله حكم التحكيم (الحكم التحكيمي الإضافي أو التكميلي):

1 ــ المقصود بالفصل فيما أغفله حكم التحكيم:

يقصد به سد إغفالات المحكم أثناء إصداره حكم تحكيمي وذلك بإصدار المحكم الحكم التحكيمي الإضافي يتضمن ما أغفله من طلبات أطراف[212].

ولقد وضع الفقه التقليدي شرطين للاستصدار الحكم التحكيمي الإضافي وذلك أنّه أن لا يكون ميعاد التحكيم قد انقضى, لأن ولاية المحكم تنتهي تماما بانقضاء هذا الميعاد والثاني أن لا يكون قد تم إيداع الحكم الأصلي بقلم المحكمة أما الرأي, الثاني فقد أيد هذا الاتجاه في الشق الأول لأن الإيداع وظيفته مختلفة لا علاقة لها بولاية المحكم و لم يكن لوضع حد لولاية المحكم

---

206 ـ ملوج لامية، المرجع السابق، ص. 68.

207 ـ طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 278.

208 ـ المرجع نفسه ، ص. 280.

209 ـ مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص. 182.

210 ـ المرجع نفسه، ص. 183.

211 ـ المادة 33 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة.

212 ـ ملوج لامية، المرجع السابق، ص. 68.

بل تمكين الخصوم من الإطلاع على الحكم ووضعه تحت يد القضاء لمنحه الصيغة التنفيذية[213].

2 ــ شروط إصدار حكم تحكيمي إضافي تكميلي:

ــ إغفال هيئة التحكيم في الفصل في بعض الطلبات:

لكي يصدر المحكم حكم تحكيمي إضافي لابد أن يغفل عن بعض الطلبات التي قدمها الأطراف ويترتب عن ذلك توفر شرطين:

ـــ وجود طلب تختص به هيئة التحكيم ثبت طرحه عليها.

ـــ صدور حكم تحكيمي نهائي دون الفصل في الطلب.

- تقديم الطلب من المحتكمين لإصدار حكم تحكيمي إضافي:

تقديم طلب من طرف المحتكمين خلال 30 يوما من تسليم القرار ولا يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر قرار إضافي إلاّ بناء على طلب من المحتكمين، وعليها أن تبت في هذا الطلب خلال 60 يوما من تقديم الطلب.(231)

أما المشرع الجزائري لم يبين في أحكام خاصة بالتحكيم التجاري الدولي عن المدة التي يتقيد بها الأطراف أو هيئة التحكيم فيما يخص تقديم الطلب أو تصحيح الحكم التحكيمي.

فاكتفى فقط بمنح سلطة تصحيح وتفسير الحكم التحكيمي للمحكم حيث تنص المادة 1030على أنّه " يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه.

غير أنّه يمكن للمحكم تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية والاغفالات التي تشوبه، طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون".(232)

[213] - طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص. 268.

[214] ـــ المادة 33 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة

[215] ـــ المادة 1030 من قانون 08-09 المرجع السابق

خـــــــــاتمة:

من خلال ما سبق نجد أنّ المشرع الجزائري ساير التّطورات الحاصلة، فيما يتعلق المنازعات الناشئة عن التجارة الدولية واتخذ طريق بديل لحلها وهو التحكيم التجاري الدولي، نظرا للمزايا التي يتمتع بها، فالتحكيم التجاري يستجيب لمتطلبات السّوق ولم يغب هذا الموقف في التشريعات الدّولية ومن هذه التشريعات القانون النّموذجي للأمم المتحدة.

وأثناء دراستنا لسلطات المحكم في القانون الجزائري و القانون النّموذجي للأمم المتحدة نجد أنّ كليهما كرّس مبدأ سلطان الإرادة وهو المبدأ المسلّم به من غالبية الفقه والقضاء وإن كان مبدأ سلطان الإرادة لا يستغنى عنه في اتخاذ التّحكيم كطريق لحل النّزاع حق للمحتكمين، فلا يمكن استبعاده من تطبيقه على الخصومة التحكيمية سواء في الجانب الإجرائي أو الموضوعي، وحاولت سد الفراغ القانوني الذي يصطدم به المحكم بمجرد سيره في الخصومة التحكيمية حيث خولت له سلطات سواء من الناحية الإجرائية والموضوعية وذلك بهدف الوصول إلى حكم تحكيمي يبت في النّزاع المعروض، حيث خولت له سلطة إدارة الخصومة والبحث عن القواعد القانونية في حالة غياب إرادة الأطراف أو استبعاد القواعد المعينة من قبلهم.

وإذا كان سلطان الإرادة المسلم به في فقه التحكيم التجاري الدولي حق للأطراف النزاع ،فيمكن للأحد المحتكيمن أن يتعسف في استعماله، فيقوم بتفنيد اتفاق التحكيم وما ينجر عنه من اختصاص المحكم، وأمام هذا الخطر الذي يهدد اختصاص المحكمة التحكيمية ونظام التحكيم، منحت للمحكم سلطة الفصل في اختصاصه ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص تفاديا من الرجوع إلى القضاء الوطني.

باعتبار أنّ المحكم يفتقد سلطة الجبر التي يتمتع بها القاضي الوطني خولّ له المشرّع سلطة طلب المساعدة القضائية والأمر بتدابير احترازية ومؤقتة إذا ما استدعى الآمر ذلك.إلا أنّ المشرع خوفا من انحراف هيئة التحكيم في استعمال سلطاتها ألزم بدوره احترام مجموعة من المبادئ قبل أن يصدر قراره التّحكيمي، وما يمكن الإشارة إليه أنّ المشرع أثناء وضعه للأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي أشار، بصفة ضمنية لبعض العناصر كلغة ومكان التحكيم وإدارة الخصومة، وهذا على خلاف التشريعات المقارنة التي فصلت في المسألة بصفة صريحة ،ومثالها التشريع المصري، ولعل السبب في ذلك الموقف المتذبذب اتجاه التحكيم التجاري الدّولي.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة.....	01
الفصل الأوّل: سلطات المحكم من الناحية الإجرائية.....	05
المبحث الأوّل: سلطة المحكم في إدارة الخصومة وتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات.....	
المطلب الأوّل: سلطة المحكم في إدارة الخصومة.....	05
الفرع الأوّل: تحديد اللغة ومكان التحكيم.....	
أولا: موقف المشرع الجزائري.....	06
ثانيا: موقف القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة.....	
الفرع الثاني: تنظيم الجلسات.....	06
أولا: إدارة الدعوى.....	07
ثانيا: تحديد طريقة المرافعة.....	
الفرع الثالث: تحديد ميعاد التحكيم.....	08
أولا: تحديد ميعاد التحكيم.....	09
ثانيا: الاستثناءات الواردة على ميعاد التحكيم.....	09
المطلب الثاني: سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات.....	10
الفرع الأول: تطبيق المحكم قانون الإرادة كأصل.....	
أولا: تطبيق المحكم القانون الوطني المختار من قبل الأطراف.....	11
ثانيا: تطبيق المحكم قانون مقر التحكيم.....	11
الفرع الثاني: تحديد المحكم للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات كاستثناء..	
أولا: استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف.....	12
ثانيا: سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات.....	
المبحث الثاني: سلطة المحكم في تحديد اختصاصه "مبدأ الاختصاص ـــ بالاختصاص ـــ...	17
المطلب الأول: مضمون مبدأ الاختصاص بالاختصاص.....	19
الفرع الأول: الاحتجاج بعدم وجود العقد الأصلي.....	
الفرع الثاني: الاحتجاج بعدم وجود أو صحة اتفاق التحكيم.....	19
الفرع الثالث: أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص.....	20
أولا: استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.....	21
ثانيا: المبادئ العامة لقانون الإجراءات الداخلية والقاعدة المادية للقانون الدولي.....	23
المطلب الثاني: آثار مبدأ الاختصاص بالاختصاص والاتجاهات الخاصة به.....	23
الفرع الأول: آثار مبدأ الاختصاص بالاختصاص.....	
أولا: الأثر الإيجابي.....	
	24
	25
	25

ثانيا: الأثر السلبي.....

الفرع الثاني: الاتجاهات الخاصة بمبدأ الاختصاص بالاختصاص.....

أولا: موقف الاتفاقيات الدولية والهيئات الدّولية من مبدأ الاختصاص بالاختصاص.....

ثانيا: موقف التشريعات الوطنية من مبدأ الاختصاص بالاختصاص.....

ثالثا: موقف الفقه والقضاء.....

الفصل الثاني: سلطات المحكم من الناحية الموضوعية.....

المبحث الأول: سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.....

المطلب الأول: تطبيق المحكم قانون إرادة الأطراف كأصل.....

الفرع الأول: موقف القانون الوضعي من إمكانية اختيار القانون الوطني.....

أولا: التشريعات الوطنية.....

ثانيا: دور هيئات التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.....

ثالثا: مدى التزام محكم بقانون الإرادة.....

رابعا: استبعاد الإحالة عند تطبيق قانون الإرادة من طرف المحكم.....

الفرع الثاني: اختيار الأطراف قواعد التجارة الدولية.....

المطلب الثاني: تحديد المحكم قانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع كاستثناء.....

الفرع الأول: استبعاد القواعد الموضوعية من قبل المحكم.....

الفرع الثاني: عدم تحديد القواعد الواجبة التطبيق من قبل الأطراف.....

المبحث الثاني: سلطة المحكم في الفصل في موضوع النزاع.....

المطلب الأول: سلطة المحكم بالأمر بتدابير مؤقتة وتحفظية.....

الفرع الأول: المقصود بالإجراءات التحفظية والوقتية.....

الفرع الثاني: السلطة المختصة بشأن اتخاذ إجراءات الوقتية والتحفظية .....

أولا: اختصاص القاضي الوطني.....

ثانيا: اختصاص المحكم.....

ثالثا: اختصاص مشترك.....

المطلب الثاني: سلطة المحكم في مجال الإثبات.....

الفرع الأول: الإطلاع على المستندات.....

الفرع الثاني: تعين الخبير.....

الفرع الثالث: طلب المساعدة القضائية للحصول على الأدلة.....

الفرع الرابع: طلب الإنابة القضائية.....

الفرع الخامس: استدعاء الشهود واستجواب الخصوم.....

أولا: استدعاء الشهود.....

ثانيا: استجواب الخصوم.....

المطلب الثالث: سلطة المحكم في إصدار الحكم التحكيمي.....
الفرع الأول: إصدار الحكم التحكيمي.....
أولا: التعريف بالحكم التحكيمي..... 51
ثانيا: أنواع الأحكام التحكيمية.....
ثالثا: مبادئ وشكليات إصدار الحكم التحكيمي..... 54
الفرع الثاني: سلطة المحكم في تصحيح وتفسير الحكم التحكيمي وسد اغفلاته.. 56
أولا: سلطة المحكم في تصحيح الحكم التحكيمي.....
ثانيا: تفسير الحكم التحكيمي..... 62
ثالثا: الفصل فيما أغفله حكم التحكيم (الحكم التحكيمي الإضافي أو التكميلي)..... 62 64
خاتمة.....
قائمة المراجع.....
الفهرس..... 65 67 69 73

أولا : المراجع باللغة العربية:

1 ــ الكتب:

1ــ أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

2 ــ بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثالثة، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008.

3 ــ جمال محمود الكردي ، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2003.

4 ــ طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009.

5 ــ كولا محمد، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008.

6 ــ منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.

7 ــ مصطفى الجمال عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

8 ــ مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان، 2005.

9 ــ سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في القانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، 1999.

10 ــ صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين (دراسة في أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

11 ــ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

12 – عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية 2002.

13 – عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2004.

14 ــ فتحي والى، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.

15 ــ خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في المنازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة للأحداث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، القاهرة.

2 ـــ المذكرات:

1 ــ بطاش فاطيمة، شكور كاتية، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في التحكيم التجاري الدولي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011.

2 ــ بقة حسن، الأمن القانون للاستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010.

3 ــ بولحية سعاد، استقلالية إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة يوسف، بن خدة، الجزائر،2008.

4 ـــ زهير عبد الله علي الجابر القرني، دور القضاء في التحكيم، مذكرة ماجستير، جامعة نايف للعلوم القانونية والأمنية، الردن، 2008.

5 ــ حدادن طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012.

6 – كراش ليلى، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر،2002.

7 – تعويلت كريم، إستقلالية إتفاق التحكيم التجاري الدولي (دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 93-09 والقانون المقارن)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2004.

8 - تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2006.

9 ــ مجذوب كوثر، الدفع بنظام العام في تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة جيجل، 2008.

10 – مولوج لامية، النظام القانوني للمحكم على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2011.

11 ــ مناعة أمال، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي المؤسساتي، المدرسة العليا للقضاء، 2009.

12 ــ نور الدين باكلي، إتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية 1996، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر.

13 ــ سامي محمد سعيد سليمان ميريان، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم التجاري الدولي، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أل البيت، 2002.

14 ــ عقون كهينة، مسيس سليمة، النظام القانوني للاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة، 2012.

3 ــ المجالات:

1ــ عكاشة محمد عبد العال، "القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي"، المجلة اللبنانية لتحكيم العربي والدولي، العدد 23، 2002.

2 ــ عجايمي الياس، "النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المسيلة.

3 ــ تعويلت كريم، "دور القاضي الوطني في تحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010.

4ــ الملتقيات:

1 ــ أحمد شرف الدين، المزج بين وسائل الإثبات وعقود الإنشاءات، المؤتمر العربي لمراكز التحكيم الهندسي من 14 إلى 15 مارس 2009.

2 ــ حسين نورة، تكريس التحكيم التجاري كضمان للاستثمارات الأجنبية، الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمي، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2006.

3 ــ حسن حماد، المشكلات العملية في التحكيم والتقاضي، المؤتمر الأول لتحكيم، الإتحاد العربي لمراكز التحكيم الهندسي خلال فترة 22 /2007/03إلى 2007/03/23، مصر، ص. 10.

5 ــ عاطف محمد الفقي، سلطة المحكم وهيئة التحكيم الدولية في الفصل حول اختصاصها، المؤتمر الدولي لإعداد المحكمين الدوليين في التمويل العقاري وعلاقة المحاكم الاقتصادية،

6 ــ عبد الحميد الأحدب، القواعد المنظمة لإجراءات التحكيم، المحكمة العليا 15-16جوان، الجزائر، 2008.

5 ــ النصوص القانونية:

1 ــ دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، المصادق عليه في استفستاء 28 نوفمبر 1996 ، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96 / 438، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج.ر.ج.ج، عدد 76، المؤرخ في 08 ديسمبر 1996، المتمم بقانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أفريل 2002، ج.ر.ج.ج، عدد 25، المؤرخ في 14 أفريل 2002، المعدل بقانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج.ج، عدد 63، الصادرة بتاريخ 2008/11/16.

2- اتفاقية نيويورك الخاصة باعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها الموقع عليها في نيويورك بتاريخ 1958/06/10،التي انضمت إليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم رقم 233/88، المؤرخ في 1988/11/05، ج.ر، عدد 48.

3ـــ المرسوم التشريعي رقم 93 / 09 المؤرخ في 23 افريل 1993 المعدل والمتمم للامر154/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، جريدة رسمية رقم 27 .

4 ـــ قانون 08 - 09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية، ج.ر.ج.ج، عدد21، الصادرة في 23 أفريل 2008.

6 ـــ مواقع الانترنيت:

ـــ القانون النموذجي لهيئة الممم المتحدة www.kenanaonline

ـــ مجلة الفقه والقانون www.majadalah.new.ma

ثانيا ـــ المراجع باللغة الفرنسية:

- ALLIOUCH- KERBOUA, né MEZIANI NAIMA, l'Arbitrage commercial international en Algérie, ed 4, office des publication universitaires, Alger 2010.
- CHRISTIAN GAVALA , CLAUDE LUCAS DELEEYSS, l'arbitrage (connaissance du droit), DALOZ, 1993.
- MARIE CAROLINE, la pratique de l'arbitrage au service de l'entreprise, conomia Paris, 2002.