

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1
كلية الحقوق

المركز القانوني للمحكم في ظل التحكيم الداخلي

أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص - فرع قانون الأعمال -

تحت إشراف
أ. د- بودليو سليم

من إعداد الطالب
قطاف حفيظ

أعضاء لجنة المناقشة

أ.د/ محروق كريمة	أستاذة التعليم العالي	جامعة الاخوة منتوري قسنطينة - 1	رئيسا
أ.د/ بودليو سليم	أستاذ التعليم العالي	جامعة الاخوة منتوري قسنطينة - 1	مشرفا ومقررا
أ.د/ بلعيساوي محمد الطاهر	أستاذ التعليم العالي	جامعة محمد لمين دباغين- سطيف 2	عضوا
أ.د/ باطلي غنية	أستاذة التعليم العالي	جامعة محمد لمين دباغين- سطيف 2	عضوا
د / قرمات أحمد الأمين	أستاذ محاضر- أ-	جامعة الاخوة منتوري قسنطينة - 1	عضوا
د/ شيروف نهى	أستاذة محاضرة- أ-	جامعة 20 اوت 1955 سكيكدة	عضوا

السنة الجامعية 2023 - 2024

شكر وتقدير

اللهم إن كان قيد النعم شكرها، فلك الحمد وحدك على أن وفقتني لاختيار سبيل العلم و المعرفة وأعنتني على إتمام هذا البحث، وأسالك اللهم أن يكون خالصا لوجهك الكريم. ايماننا بفضل الإعراف بالجميل وتقديم الشكر والامتنان لأصحاب المعروف فإني أتقدم بالشكر الجزيل والثناء العظيم لكل من ساعدني في إنجاح هذه الرسالة وأخص بالذكر:

أستاذي ومشرفي الفاضل الاستاذ الدكتور بودليو سليم لتفضله بالإشراف على عملي هذا ولما بذله معي من جهد وما حباني به من فضل النصح وسداد الرأي، ولما لمستته منه من طيب الشمائل ورفعة الأخلاق ..أسأل الله أن يجزيه عني خير الجزاء...

كما أتقدم بالشكر للأساتذة الأفاضل الذين قبلوا مناقشة هذه الأطروحة وإثرائها بالنصائح والتوجيهات التي تساعد في إخراجها بأفضل صورة.

ولا يفوتني أن أنحي لمن رسخوا في روعي حب العلم والمثابرة على النجاح، أساتذة ومعلمي جميع مراحلتي الدراسية ، وعلى رأسهم أستاذ التعليم الابتدائي المحترم بوجناح أحمد، أسأل الله أن يحفظه ويرزقه العفو و العافية في الدنيا والآخرة.

كما أشكر في الأخير عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة قسنطينة 01 ولموظفيها. دون أن أنسى موظفي المكتبات المركزية لجامعات الجزائر، سطيع على مساعدتهم لي وللباحثين من زميلاتي وزملائي وتزويدنا بكل ما نحتاجه بتعاون تام وأمانة وإخلاص.

الإهداء

إلى روح أبي وأمي الطاهرتين
إلى زوجتي وأولادي يوسف طه ، ريتال، لين
إلى إخوتي وأخواتي
إلى أصدقائي
إلى زملائي في العمل

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قائمة أهم المختصرات

1 - باللغة العربية

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ق إ م ف: قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.
ج. ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
ص: صفحة .
ص ص: من الصفحة إلى الصفحة .

2 - باللغة الفرنسية

- Al: Alinéa.
- Art: Article.
- Act : actualité de dernière actualité
- AFA : Association Française d'arbitrage
- ALD : Actualité législative Dalloz
- Arb.inter : Arbitration internationale
- Bull.CIA de la CCI : Bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale .
- Bull. civ: Bulletin des arrêts de la cour de Cassation (chambres civiles).
- C. App: Cour d'appel.
- Ccf: Code civil français.
- CPCF : code de procédure civil français
- CCI: Chambre du commerce internationale.
- Cass: Cour de cassation française.
- Cass. 1ère civ: Première Chambre civile de la Cour de cassation .
- Cass. Com: Chambre commerciale de la Cour de cassation.

- Cass. Req: Chambre des requêtes de la Cour de cassation.
- Cf. (cf.): Confer.
- CNUDCI: Commission des Nations Unies pour le droit du Commerce International Commercial.
- D. S: Dalloz Sirey.
- esp : espèce
- ed: Edition .
- Gaz. Pal: Gazette du palais.
- Gaz. Trib: Gazette du tribunaux
- Ibid: Ibidem.
- JCC: Juris-classeur commercial.
- JDI: Journal du droit international Jurisprudence. (clunet).
- LGDJ: Librairie générale de droit et de jurisprudence (Paris).
- Litec : Librairies techniques.
- N° : Numéro.
- Op.cit : Ouvrage précédemment cité.
- OPU: Office des publications universitaires (Alger)
- P: Page.
- PUF : Presse universitaire de France (Paris)
- RC: Recueil des cours.
- rép. Com: Répertoire commercial.
- rép. D : Répertoire Dalloz.
- Rev. Arb: Revue de l'arbitrage
- Rev. Arb, Crit, Dr Inter : Revue de l'arbitrage critique droit International privé.
- Rev. Dr. Aff. int, Revue droit International des affaires. S suivies
- SJ : Semaine juridique.
- T : Tom

مقدمة

قديمًا قال الفيلسوف اليوناني أرسطو أن أطراف النزاع يستطيعون تفضيل التحكيم على القضاء، ذلك أن المحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع. واليوم يردد الفقه أن تطور التحكيم واتساع مجاله هو بمثابة رد فعل مضاد لحرفية قانون القضاة وتعبيرا عن رغبة أطراف المنازعة في التخلص منه حتى تحل منازعاتهم طبقا لمبادئ أكثر رحابة من تلك التي يتضمنها القانون الوضعي¹.

فالنزاع بين الأشخاص حقيقة ملازمة للإنسان منذ الأزل و حالة طبيعية تحدث بين الأفراد وأساسها التمسك بالحق و المصالح الشخصية المتناقضة. وقد كان الفرد قبل ظهور تنظيم الدولة يندمج في المجموعة التي ينتسب إليها وهي من تضمن حمايته، وتتكفل بحل النزاعات التي تعترضه، وهي من تستطيع فرض إحترام المصلحة المعتدى عليها بالقوة، وهذا هو نظام الدفاع الخاص الذي يقوم على الإحتكام للذات من خلال القوة، لكن سرعان ما استقرت الحاجة البشرية إلى ضرورة الإجتماع المنظم المدفوع بالشعور الى الحاجة للعدالة فوق الحاجة لحفظ بقائه، وهكذا انتقل الإنسان من مرحلة القصاص إلى مرحلة التحكيم الإختياري، إذ أصبح المعتدى عليه مخيرا بين الإنتقام الفردي وبين الإتفاق مع المعتدي على مبلغ من المال يحدد بالصلح أو بالاحتكام الى الغير الذي يمثل الكاهن، الناطق بحكم الآلهة أو شيخ العشيرة والقبيلة الذي يُحكّم قيمها وأعرافها .

ويتطور الفكر البشري حل الإحتكام إلى القانون محل الإحتكام إلى قيم ونواميس العشيرة وأعراف القبيلة، وأخذت الدولة الحديثة على عاتقها حماية النظام الإجتماعي وضمان حرمة وفعالية القانون، فأصبح أمر الفصل في المنازعات يرجع إليها على وجه الإمتياز من خلال جهاز القضاء كمؤسسة متخصصة دائمة، يتحاكم إليها الناس وفق صيغ وإجراءات موحدة تمتاز بالعموم والدوام والإلزام، وهكذا إنتقل الإختصاص في الحقوق

¹ - أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، سنة 1981 ص 3.

من الإحتكام إلى الغير ممثلا في شخص طبيعي على وجه الإختيار إلى الإحتكام إلى المؤسسة القضائية على وجه الوجوب بعد احتكار وظيفة القضاء من طرف الدولة .

ونظرا للتقدم العلمي و التكنولوجي الذي اختصر المسافات والأبعاد ومع إستغلال وسائل الإتصال الحديثة، تطورت الدولة هي الأخرى وضبطت ميكانيزماتها وفقا للواقع، فالعولمة و الحركة التجارية الدؤوبة الزاحفة والمتنامية، فرضت على الدول أن تعيد النظر في كيفية التعامل مع النزاعات الناشئة بين أو مع مواطنيها - بل حتى مع الدول الأخرى- في مجال العلاقات التجارية على الخصوص . إذ اتجه معظمهم إلى سن قوانين جديدة تم من خلالها فتح الباب أمام إعتداد وسائل بديلة تسمح للأشخاص سواء كانوا طبيعيين أو إعتباريين باختيار قاضيهم المفضل بإرداتهم دون الإستغناء عن قضاء الدولة.

فالقضاء وحده لم يعد قادرا على حل كل المشاكل المطروحة عليه، خاصة بعد تنوعها و اتصافها بالدقة و التعقيد، الأمر الذي أصبح معه البناء القضائي بحاجة إلى أعوان متخصصين، من مختلف النشاطات، لمساعدته في البت فيما يعرض عليه من منازعات تنشأ من تلك الأنشطة، ومن هنا ظهر التحكيم كأهم هذه الوسائل البديلة في فض النزاعات.

فالتحكيم يعد نظام قديم في نشأته حديث في أحكامه ومادته ودراسته، وأصبح من مظاهر الفكر القانوني والإقتصادي الحديث على المستوى العالمي. فهو يهدف أساسا إلى رفع معاناة التقاضي العمومي وإجراءاته المعقدة التي قد تطول مدتها وتتعدد صورها، مما ينتج عنه التأخر في تمكين الحقوق لأهلها، وهو ما يتنافى ومتطلبات العصر.

ولما كان التحكيم مؤسس على قاعدة ذهبية مفادها أن قيمة التحكيم بقيمة المحكم¹، فإن معنى ذلك أن التحكيم متوقف نجاحه على شخص المحكم ودرايته بجوهر مهنته و مقتضاها، فالتزامه الأمانة والمرونة ونزوعه إلى التوفيق بين الأطراف المتنازعة على المستويين الإجرائي والموضوعي، يجعله يستصدر حكما مقبولا بينهم سواء من خلال

¹ - Tomas Clay : « L'arbitre », nouvelle bibliothèque de Thèses, Dalloz, Vo 2, 2001, p10.

جمعهم على رأي مشترك يكتفي هو بتقريره، أو من خلال جمعهم حول مركز يوفق بين مصالحهم ينطق هو به برأيه ويستعيز فيه عن الحل الصدامي بالحل الودي .

فالمحكم هو المحور الأساسي الذي تدور حوله الخصومة وبقدر أهليته وكفاءته، تكون سلامة الإجراءات وصحة وعدالة الحكم الصادر عنه، فحسن أداء مهمته يظل رهيناً بشخصه وما يحمله من مؤهلات وخبرات، فالأطراف لا يقدمون على اختيار التحكيم كأسلوب لحسم النزاع إلا من خلال توقعهم لمعاملة عادلة، وأسلوب متخصص في إدارة الخصومة، وتوافر مستوى أخلاقي رفيع وتخصص فني دقيق لديه¹ . وهذا ما يلقي عليه عبئاً صعباً، يقتضي لتحمله أن تتوفر فيه عدة شروط ومؤهلات شخصية وموضوعية ولأن كانت كل الدول تتنافس في تقديم الحوافز، والمزايا والضمانات، وتتبنى القوانين المرنة وتعمل على تبسيط الإجراءات القضائية لتشجيع مواطنيها و الأجانب على الإستثمار في مرافقها الحيوية بما يحقق السلم الإجتماعي والأمن القضائي، فإن السلطات الجزائرية وفي ظل التحولات العميقة التي عرفها المجتمع في جميع الميادين لا سيما الإقتصادية منها، ومع تشعب العلاقات ما بين الأفراد واختلاف مصالحهم قامت بدورها باستحداث آليات بديلة تساهم في فض النزاعات بشكل يضمن الفعالية والسرعة والسرية، و يمكن من خلالها للأطراف حل خلافاتهم ودياً.

وبناء على توصيات اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة² تم التفكير في وضع منظومة إجرائية جديدة للتقاضي، يُكرس من خلالها مبادئ الاجتهاد القضائي الوطني، وما توصلت إليه المواثيق والاتفاقيات الدولية، لا سيما ما تعلق منها بالمعايير المطلوبة

¹ - محمد نظمي محمد صعبانة، مسؤولية المحكم المدنية -دراسة مقارنة -، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2008، ص 12 .

² - هذه اللجنة أنشأت بموجب المرسوم الرئاسي رقم 99-234 المؤرخ في 9 رجب عام 1420 الموافق 19 أكتوبر سنة 1999، يتضمن إحداث اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة (الجريدة الرسمية رقم 74 لسنة 1999).

لضمان المحاكمة العادلة¹. فكان صدور قانون الاجراءات المدنية والادارية² بتاريخ 25 فيفري 2008 بمثابة تجسيدا لذلك. وقد أخذ التحكيم نصيبه من هاته النصوص على الوجه الذي يعكس- كما يرى فيه الكثير- التحول الفكري للسلطات العمومية وتوجسها النفسي من التحكيم الى الانفتاح الكلي عليه³، وفق الأنماط المعمول بها دوليا. وفي هذا المجال لم يعد التحكيم قاصرا على المنازعات التجارية والمدنية فحسب، بل اتسع نطاقه ليشمل النزاعات الإدارية التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيها بوصفها سلطة عامة، ولم يكن متصوراً في يوماً ما أن يتم اللجوء فيها إلى التحكيم لفض نزاعاتها بدلاً من إخضاعها لجهة القضاء، بالنظر للإمتيازات والسلطات العامة الواسعة التي تتمتع بها الإدارة بالنسبة للعقود الإدارية في مواجهة غيرها، فقبول الإدارة بهذا الأسلوب، يعني تنازلها عن هذه الامتيازات، ومثلها مع غيرها على قدم المساواة أمام محكمة التحكيم⁴.

وعلى اعتبار الطبيعة القانونية للتحكيم يتجاذبها الطابع التعاقدي والطابع القضائي فإن ذلك كان له الأثر العميق في تشخيص القواعد التي تحكم المركز القانوني للمحكم وضوابط ممارسته لمهمته، وقواعد مسؤوليته، بالمقارنة مع مركز القاضي فضلا عن أن تميزه وتنوعه على الخصوص إلى تحكيم داخلي و آخر دولي كان بدوره محققا للتنوع بالنتيجة في هذه القواعد.

¹ - المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمناقشات، السنة الأولى رقم 47 الصادرة بتاريخ 28-01-2008 للفترة التشريعية السادسة الدورة العادية، الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 06-01-2008 لدراسة مشروع القانون المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.

انظر الموقع الالكتروني المطلاع عليه بتاريخ 28-11-2021 على الساعة 08:03 :

- http://www.apn.dz/ar/images/journal_officiel_debats/6_legislature/jod_6leg_047.pdf

² - قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008 (الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1429 الموافق لـ 23 أبريل سنة 2008 م) المعدل والمتمم بالقانون 13-22 المؤرخ في 12 يوليو 2022 (ج ر رقم 48 لسنة 2022) .

³ - أنظر في تطور التحكيم في الجزائر، باكلي نور الدين، إتفاق التحكيم في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، سنة 1996، ص 25 وما يليها .

⁴ - لخصوصية التحكيم الاداري فانه لا مجال لتحليلنا له في هذا المقام وستقتصر دراستنا فقط على المجالين التجاري والمدني.

وإذا كان التحكيم التجاري الدولي يعنى بالمنازعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين فأكثر، وقد يخضع لغير قانون واحد، فإن التحكيم الداخلي تتعلق جميع عناصره بدولة واحدة دون غيرها سواء من حيث موضوع النزاع، جنسية الخصوم، جنسية المحكمين، القانون الواجب التطبيق، المكان الذي يجري فيه ، كما يظهر فيه إنحصار لمبدأ سلطان الإرادة، و توسع في التدخل التشريعي بخصوص تنظيم قواعده.

وهذه الخصوصية في التحكيم الداخلي أدت الى ظهور تساؤلات كثيرة حول المركز الذي يحتله المحكم بالمقارنة مع مركز القاضي الوطني، وحول طبيعة عمله في إطار هذا التحكيم، وعلاقته بأطراف الخصومة وبالقضاء الوطني، فضلا عن إلتزاماته وسلطاته ومدى تقرير مسؤوليته من عدمها.

ولمعرفة كيفية تعامل المشرع الجزائري في الإجابة عن هذه التساؤلات وبيانه للمركز القانوني للمحكم وكل ما تعلق به في ظل القواعد التي تنظم التحكيم الداخلي، وما يمكن أن يثار بشأن ذلك من إشكالات نظرية وعملية، قد تظهر بمناسبة ممارسته للمهمة التحكيمية وبعدها. كان عنوان هذه الأطروحة " المركز القانوني للمحكم في ظل التحكيم الداخلي".

أهمية البحث :

تكمن أهمية البحث في هذا الموضوع فيما يلي:

- إيضاح المركز القانوني للمحكم الداخلي وما يتعين أن يكون عليه التنظيم القانوني النموذجي لهذا المركز وتمييزه عن باقي المراكز القانونية المزاحمة له في إطار التشريع الداخلي للدولة.

- المساهمة في التأسيس لسيادة تحكيمية محققة للاستقلال الوظيفي والعضوي للمحكم عن القضاء الوطني وهو ما يستوجب التأصيل وفق المقاربة المعمول بها ومحاولة إيجاد النظام القانوني المميز له عن باقي المراكز.

- إعداد المحكم وتأهيله من الناحية القانونية لممارسة الوظيفة القضائية وفق ما يساهم في النهوض بالتحكيم كآلية موازية وأصيلة للقضاء وليس آلية بديلة عنه .

- تسليط الضوء على ضوابط عمل المحكم الداخلي عند مباشرته لمهمته من خلال ما جاء به قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وما جاء به القانون المدني والقول إن كانت القواعد المجسدة لها تركز فعلا الأمن القانوني والقضائي الذي يصبو إليه الأطراف من اختيارهم للمحكم ومنه للتحكيم كوسيلة لحسم نزاعهم، فهذه القواعد وكما جاء في عرض الاسباب للقانون بُنيت على أحدث الأسس التي قام عليها التحكيم في أكثر البلاد تقدماً- وهي تشكل في هذه الدراسة عصبها .

- بيان السلطات والصلاحيات التي يتمتع بها المحكم في إطار التحكيم الداخلي، والقول إن كانت لها خصوصية معينة تختلف عن تلك للقاضي الوطني او العمومي.

- رسم طريق مضيء أمام المحكم لممارسة مهنته في إطار التحكيم الداخلي الجزائري، فدوره يجب أن يكون فاعلا في تحقيق العدالة، وليس تحقيق بعض مصالحه الشخصية أو مصالح الغير.

- تحقيق الحماية للمحكم من خلال وضع معايير محددة لمساءلته حتى لا يضارّ بدعاوى كيدية تجعله يحجم عن قبول مهمة التحكيم، فضلا عن حماية حقوق الاطراف المتنازعة ممن يتطفل على وظيفة المحكم، ويمس بسمعة التحكيم.

أسباب اختيار الموضوع:

يرجع اختياري لهذا الموضوع للأسباب التالية:

الأسباب الشخصية:

- إهتمامي بمجال قانون الأعمال، ورغبتني الكبيرة بالبحث في أحد أهم مواضيعه وهو التحكيم الداخلي الذي يخضع الى قواعد قانونية محددة لا تعرف التنازع على عكس التحكيم التجاري الدولي.

- إهتمامي بمجال القضاء ومحاولة مني لتسليط الضوء على بيان المركز القانوني للمحكم باعتباره يشكل حجر الزاوية في نجاح العملية التحكيمية ومنه نجاح التحكيم كقضاء خاص وهذا بالمقارنة مع المركز القانوني للقاضي .

- تحفيز الأفراد والشركات على اللجوء إلى التحكيم الداخلي من خلال إعطاء الصورة الواضحة حول المحكم وكل ما تعلق به من شروط وحقوق والتزامات ومسؤولية... الخ مع

تحديد طبيعة العلاقة فيما بينهم وبين المحكم، وهو ما من شأنه خلق الطمأنينة و الثقة ومنه العدالة المنشودة منهم .

الأسباب الموضوعية:

- تشابك العلاقات الداخلية وتعددتها فيما بين الأشخاص طبيعيين أو معنويين وتعقدتها نتيجة التغير في طبيعة الأنشطة الإنسانية، و ظهور العولمة التي مست جميع الجوانب، دعى إلى ضرورة إيجاد وسائل أخرى لحل النزاعات ، فكان التحكيم الداخلي أحد أهم هذه الوسائل إلا أن نجاحه يبقى مرهون بالمحكم وطريقة تسييره للخصومة .ولما كان الأمر كذلك كان من الإنصاف الوقوف على كل ما يتعلق به بغرض إيجاد الحلول الكفيلة لجميع الاشكالات التي قد تثور بشأن مركزه القانوني وطريقة تدخله في العملية التحكيمية - على الرغم من أن هناك بعض الدراسات العربية والأجنبية حول موضوع المركز القانوني للمحكم ، إلا أنها كانت تتعلق بالتحكيم الدولي وليس الداخلي، أما في الجزائر فإنه سواء مع القانون الإجرائي القديم أو القانون الإجرائي الجديد 09 - 08 تكاد تكون الدراسات حول هذا الموضوع منعدمة، وهو ما نتج عنه فقر المكتبة الجزائرية على العموم من المراجع المتخصصة في التحكيم الداخلي الجزائري بصفة عامة وفي المحكم الداخلي بصفة خاصة

- في الجزائر، ممارسة التحكيم الداخلي واللجوء اليه من طرف الافراد والمؤسسات يكاد ينعدم ولا نسمع عنه سواء كان ذلك في إطار التحكيم الحر أو المؤسسي، وهذا يرجع إلى جهلهم به ونقص الترويج له، الأمر الذي يجعل من هذه الدراسة آلية من الآليات التي أرجو أن تساهم في التعريف به والتعريف بالمحكمين وكل ما تعلق بهم.

الدراسات السابقة:

إن الدراسات الاكاديمية المتخصصة في تحليل وتثبيث وتأطير المركز القانوني للمحكم في ظل قواعد التحكيم الداخلي الجزائري تكاد تكون منعدمة، إذ في الغالب منها والتي وقفنا عليها تناولت شرح إجراءات التحكيم الداخلي أو التركيز على جزء منها، وإذا ما تطرقت إلى المحكم فتبرز دوره وسلطاته فيها دون أن تهتم به ويتأصيل مرجع هذه

السلطات فضلا عن باقي القواعد الأخرى المتعلقة بأي مركز قانوني ونذكر من هذه الدراسات :

- بشير سليم، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة باتنة، 2012

- أبي إسماعيل بكير، التحكيم الداخلي وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجزائر، 2015

- عصفور عبد الكريم، النظام القانوني للمحكم في الميدان التجاري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الادارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 2016

أما الدراسات العربية والأجنبية فقد عالج أغلبها موضوع المحكم في إطار التحكيم التجاري الدولي دون الداخلي، وإذا ما تطرقت إلى بعض الأحكام المتعلقة بالمركز القانوني للمحكم فإنها كانت تشير إلى القواعد المدونة وفقا لتشريعات دولة الباحث وما توصل إليه اجتهاد محاكمه . ونذكر من بينها :

- محمد الحبيب، المركز القانوني للمحكم " دراسة على ضوء التشريع المغربي والمقارن" أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدارالبليضاء، المغرب، سنة 2014.

- أنور علي أحمد الطشي، المسؤولية المدنية للمحكم في منازعات التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر سنة 2011 .

- Tomas Clay : « L'arbitre », Thèse de doctorat en droit , soutenue en 2000 à Paris 02.

- Léonor Jandard, La relation entre l'arbitre et les parties, critique du contrat d'arbitre, Thèse de doctorat, soutenue en 2018 à Paris 10

- Matthieu Moreau-Cucchi «La responsabilité civile de l'arbitre », Thèse de doctorat de l'université Paris-Saclay, soutenue le 30 novembre 2021

أهداف البحث:

من أهم أهداف هذه الدراسة ما يلي:

- فحص المركز القانوني للمحكم مقارنة بالمركز القانوني للقاضي و بحث حقيقة العلاقة بينهما، فالكشف عن طبيعة المركز القانوني للمحكم يستلزم المرور عبر محك نظام القاضي، باعتباره العنصر المحدد الضابط لطبيعة المهمة التحكيمية ومن ورائها طبيعة عمل المحكم، إذ أن الوظيفة تصنع عضوها و باعتباره المحدد في تبين نظام المحكم القانوني وعلاقته بالدولة و بقضائها.

- الوقوف على ما يشوب القواعد الجديدة المنظمة لعمل المحكم التي أتى بها القانون أعلاه من نقص ومن ثمة الوقوف على مدى توفيق المشرع في إعادة تنظيم عمل المحكم الداخلي وتحديد مركزه القانوني مما يسمح لنا بإعطاء حلول و إقتراحات تكون بدائل لحل الإشكالات التي يمكن أن تثار بشأنها، بما يسهل العمل التحكيمي، ويفعل التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات.

صعوبات البحث:

لما كان الهدف من الدراسة هو التعرف أكثر على طبيعة عمل المحكم ومركزه القانوني في إطار التحكيم الداخلي، فإن الوصول إلى تحقيق ذلك فيه من الصعوبة بمكان بالنظر إلى قلة القضايا المحتكم فيها داخليا، وهو ما من شأنه بالنتيجة أن يخلق صعوبة في معرفة القواعد التي يخضع لها والتي لا تثار في الغالب إلا بمناسبة المنازعة محل التحكيم. وهو ما حدى بنا الى الاستعانة بالتجارب لدى الدول الأخرى ولاسيما في فرنسا ومصر

كما أن انعدام المذكرة الإيضاحية للقانون الجديد التي تؤسس عليها أسباب وغاية التقنين في كل مادة من مواده، تؤثر بدون شك في معرفة الغاية الأساسية من أي إجراء تم سنه بخصوص التحكيم الداخلي بصفة عامة والمحكم بصفة خاصة، وهذا على الرغم من أهميتها في تقرير إرادة المشرع، إذ يمكن للقاضي أو للباحث على ضوءها الإستئناس لها عند خوضه في معالجة اية إشكالية يمكن أن تثار بهذه المناسبة.

إشكالية البحث:

بناء على ما ذكر سابقا فان هذه الأطروحة تتناول إشكالية المركز القانوني الذي يحتله المحكم في المنظومة القانونية للتحكيم الداخلي، وما مدى تكريس الأحكام و القواعد المؤطرة له لإرادة المشرع في تجسيد المقاربة القضائية لعمله بمناسبة الفصل في الخصومة التحكيمية ؟

إن الإجابة على هذه الإشكالية يستدعي على سبيل التدرج الاجابة على التساؤلات الفرعية التي تثار من خلالها وهي :

- ما مفهوم المركز القانوني للمحكم وما طبيعته القانونية ؟ وما أوجه التقارب والاختلاف بينه وبين المهام المشابهة له ؟

- ما هي الشروط الاتفاقية والقانونية الواجب توافرها في المحكم وفقا لقواعد التحكيم الداخلي لتولي مهمة الفصل في النزاع ؟ وما طرق اختياره وتعيينه للقيام بذلك ؟

- ما هي الصلاحيات والسلطات التي يتمتع بها المحكم في منظومة التحكيم الداخلي؟ وما هي القيود والضوابط التي ترد عليها ؟

- ما مدى تمتع المحكم في إطار التحكيم الداخلي بالاستقلالية الوظيفية والعضوية عن أطراف الخصومة وعن القضاء الوطني وعن مراكز التحكيم؟ أي هل للمحكم نظام قانوني وسيادة تحكيمية؟

- وإذا كان المحكم الداخلي لا يقضي بالعدالة باسم الدولة، فهل يعني ذلك بأنه سوف لا يطبق قانونها الوطني ويمكنه بالمقابل أن يطبق قواعد غير وطنية؟ و هل إذا طبق قانونها الوطني مع قيام الصفة الوطنية والداخلية في النزاع يعني أنه قضى باسمها ؟

- هل عناصر ولاية التحكيم قائمة على نفس عناصر ولاية القضاء بما يكون معه المركز القانوني للمحكم في نفس الدرجة التي عليها المركز القانوني للقاضي ؟ و إذا كان كل منهما هدفه النهوض بالوظيفة القضائية فهل السلطات والالتزامات والضوابط والمسؤوليات هي نفسها في كليهما ؟

- ما هي الإلتزامات و الواجبات المهنية والشخصية، فضلا عن الإلتزامات القانونية والإتفاقية الملقاة على عاتق المحكم بمناسبة ممارسته لمهامه ؟ وما مدى قيام مسؤوليته

في إطار التحكيم الداخلي عن الاخلال بواجباته والتزاماته ؟ وما هي الاحكام القانونية المطبقة بهذا الشأن؟

- وفي الاخير ما مدى توفيق أو فشل المشرع الجزائري في ضبط المركز القانوني للمحكم الداخلي بالمقارنة مع التشريعات المقارنة ؟ وما مدى فعالية القواعد المكرسة من طرفه في الرقي بالمحكم والتحكيم الداخلي ليكون وسيلة بديلة ضامنة لحقوق الخصوم ولمبادئ المحاكمة العادلة ؟

منهجية البحث:

إن هذه الدراسة ستحاول إلقاء الضوء على المركز القانوني للمحكم ووضعيته داخل منظومة التحكيم الداخلي وفق منظور قانوني، فقهي وقضائي . وبغية الإحاطة والإلمام بمختلف جوانب الموضوع وللإجابة عن الإشكالية والتساؤلات المتفرعة عنها اتخذت من المنهج التحليلي والوصفي معبرا إلى الوصول لرؤية شاملة فاحصة، تبين المستوى الحقيقي الحالي لهذا الموضوع على الصعيد العلمي من خلال الفقه و ما تنبأه من آراء، والتشريع وما خطه من نصوص، وعلى الصعيد العملي من خلال القضاء وما أنتجه من مبادئ تصب في هذا الموضوع، وسأدلي برأيي الخاص كلما أمكن ذلك ، وسأرجح بعض الآراء إذا غلبت حجتها، وسأتوقف عند بعضها وأكتفي بعرضها إذا تكشف أن لا نصيب لي فيها.

ولما كان موضوع المركز القانوني للمحكم في إطار التحكيم الداخلي، لن تكتمل صورته و تتحدد معالمه إلا باستقراء بعض التشريعات والاجتهادات القضائية المقارنة (الفرنسي والمصري منها على الخصوص)، وبيان توافقها وتباينها مع التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري . فقد اعتمدت على ذلك لكن على غير ضابط معين، وفي بعض المواضع من الرسالة دون الأخرى بما يسمح باستخلاص مميزات كل من هذين التشريعين للاستفادة منهما.

وعلى هذا الأساس و لطبيعة هذه الدراسة فإننا قسمنا البحث إلى بابين :

الباب الأول تم التطرق فيه الى في تحديد الإطار المفاهيمي للمحكم الداخلي والمقاربة القضائية في ضبط مركزه القانوني من خلال دراسة ماهية هذا المركز القانوني

عن طريق التعريف بالمحكم وبالتحكيم الداخلي وبيان معايير التمييز ما بينه وبين التحكيم الدولي ليتم بعدها تحديد طبيعة عمله وآثار ذلك على مركزه القانوني وصولاً إلى ضبط هذا المركز من خلال المقاربة القضائية بشقيها العضوي والموضوعي، فالكشف عن طبيعة المركز القانوني للمحكم يستلزم المرور عبر محك نظام القاضي

أما الباب الثاني فتم تخصيصه إلى بيان تجليات هذا المركز القانوني للمحكم الداخلي من خلال دراسة عقد المحكم ومستلزمات انعقاد محكمة التحكيم، لنحدد بعدها بيان السلطات والصلاحيات المخولة للمحكم والقيود الواردة عليها لنصل في النهاية إلى بيان حقوقه والالتزامات المفروضة عليه، ومدى حصانته تجاه تصرفاته ومنه مدى قيام مسؤوليته القانونية من عدمه. في الأخير وفي الخاتمة نبين النتائج المتوصل إليها وفق الإشكالات التي طرحناها ومن ثم تقديم الإقتراحات والتوصيات بهذا الشأن.

الباب الأول

الإطار المفاهيمي للمحكم الداخلي ومقاربة ضبط مركزه القانوني

إن البحث في موضوع المركز القانوني للمحكم في ظل التحكيم الداخلي، يقتضي توضيح بعض المفاهيم والمصطلحات المرتبطة به، و من المفيد بهذا الصدد التعريف بالتحكيم بشكل عام وبيان ضرورات الالتجاء إليه، ثم التعرّيج على التحكيم الداخلي، من خلال الوقوف على ماهيته، وتمييزه عن التحكيم التجاري الدولي، لما يترتب على ذلك من نتائج بالغة الأهمية على مجموع البحث، وبحث هذه المسائل وضبطها تتجلى لنا ضرورة التطرق الى طبيعة عمل الحكم، وتحديد مختلف العلاقات الناشئة بينه وبين الفواعل الاخرى في العملية التحكيمية، لنصل في الأخير إلى تأصيل المركز القانوني من خلال المقاربة القضائية ومحاولة مماثلته لنظام القاضي.

الفصل الأول

ماهية المحكم في ظل التحكيم الداخلي وطبيعة عمله

لمفهوم التحكيم الداخلي أثره في تحديد تعريف المحكم الداخلي أو الوطني ومنه تعريف مركزه القانوني وهو ما يتطلب التمييز بينه وبين التحكيم التجاري الدولي، كما أن تدخل الإرادة الفردية في نشأة العمل القضائي للمحكم كان له الأثر في التجاذبات الفقهية حول طبيعة عمله وهو ما نبهته فيما يلي.

المبحث الأول

التعريف بالمحكم وبالتحكيم الداخلي ومعايير التمييز بينه وبين التحكيم

التجاري الدولي

يأخذ التحكيم مفاهيم متعددة وإن كانت كلها تصب في مفهوم واحد، وهو يأخذ تصنيفات مختلفة، أهمها ذلك التصنيف الذي يميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي، إذ لكل منهما ميزاته وخصائصه التي ينفرد بها تبعاً للقواعد والأنظمة التي تحكمه ولطبيعته في حد ذاته، وقد كان لذلك انعكاس مباشر على مركز المحكم في الخصومة التحكيمية الأمر الذي يجعل من التمييز بينهما له أهميته الكبيرة في تحديد القواعد والأنظمة الواجبة التطبيق بمناسبة ممارسة المحكم لمهامه.

المطلب الأول

ماهية التحكيم الداخلي ومجاله

تولى الفقه والقضاء تعريف التحكيم ووضع المفهوم العام الذي يدور في فلكه، كما تم إبراز الدوافع والضرورات والأهمية المتوخاة في اللجوء إليه كوسيلة بديلة لحل النزاعات من طبيعة وفاقية وليست تصادمية .

الفرع الأول

التعريف العام للتحكيم وأهميته

من مصادر التعريفات اللغوية للتحكيم يأخذ الفقه أفكاره في بيان محددات التحكيم وأطره وتعريفاته، ويتنوع هذه المشارب الفكرية والممارسة العملية للخصومة التحكيمية بتنوع التعريفات بدورها.

أولاً: التحكيم في اللغة وفي الإصطلاح الفقهي والقانوني

1- التحكيم في اللغة

التحكيم مصدر للفعل حَكَمَ، فالحاء والكاف والميم أصل واحد، وهو المنع، يقال حَكَمْتُ فلان في كذا إذا جعل أمره إليه، ومن معاني التحكيم التفويض في الحُكْم، فيقال حَكَمْتُ فلاناً في مالي أي فوضت إليه الحكم فيه، فهو مأخوذ من حَكَمَ، وأحكم، فاستحكم، فنقول استحكم فلان في مال فلان، إذا جاز فيه حكمه وصار محكماً في ماله و جعل إليه الحكم فيه¹.

والحكم كالحاكم، يقال حاكمه إلى الحاكم أي دعاه وخاصمه، وحكمه في الأمر تحكيماً أي أمره أن يحكم فاحتكم².

كما عرف التحكيم لغة بأنه مصدر حَكَمَ يحكّم - بتشديد الكاف - أي جعله حكماً، و الحُكْم - بضم الحاء وسكون الكاف - هو القضاء، و جاء بمعنى العلم والفقه و القضاء بالعدل، و منه قول الله عز وجل: " يَا يَحْيَى خُذِ الْكِتَابَ بِقُوَّةٍ ۖ وَآتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا "³، ومنه الحكمة بمعنى وضع الشيء في محله⁴.

وجاء في القاموس الفرنسي بمعنى تسوية خلاف أو حكم صادر من شخص أو أكثر الذي أو الذين قرر الأطراف باتفاق مشترك منهم على يخضعوا أو ينصاعوا له

¹ - ابن منظور الدمشقي، لسان العرب المحيط، دارصادر للطباعة والنشر، بيروت، الجزء 12، سنة 1990، ص 42.

² - الفيروز أبادي، القاموس المحيط، الجزء الرابع، المؤسسة العربية للتأليف، دار بيروت للنشر، بيروت، سنة 1987 ص 98.

³ - الآية 12 من سورة مريم .

⁴ - الفيروز أبادي، المرجع السابق، ص 98 .

ويقبلوا بحكمه¹. كما جاء في القاموس الإنجليزى بمعنى تسوية مسألة مطروحة من جانب شخص يتفق الطرفان على إحالة مطالبتهما إليه من أجل الحصول على قرار منصف².

2- التحكيم في الإصطلاح القانوني والفقهى

بالرجوع الى التشريع الجزائري وكغيره من التشريعات المقارنة والتشريع الفرنسي على الخصوص³ لا نجد أية إشارة إلى تعريف التحكيم، وإنما قام بتعريف إتفاق التحكيم⁴، ولعل السبب يرجع إلى الإعتقاد أنه لا فائدة من تعريفه في القانون، بل الأمر متروك إلى الفقه، فالتشريع لا يمكنه أن يكون مكانا للجدل الفقهي الذي يكون عقيما في البعض منها. أما الفقه فقد استفاض في هذا المجال إذ عرّفه مارتن دومك (Martin Domke) على أنه: "وسيلة عن طريقها يقوم الأطراف بإرادتهم بإحالة منازعاتهم لشخص ثالث محايد يختارونه، وهو المحكم، ليصدر قرارا مؤسسا على الأدلة والبراهين التي قدمت أمامه"⁵.

¹- Dictionnaire le petit robert 1, paris, 1978, Page 93 . « Règlement d'un différent ou sentence arbitral rendue par une ou plusieurs personnes, auxquelles les parties en ont décidé, d'un accord commun, de s'en remettre »

² - William Little, Henry Watson Fowler, Charles Talbot Onions; « The Shorter Oxford English Dictionary On Historical Principles » Published by Clarendon Press, Oxford, 1984.

³ - التشريع الفرنسي أورد قواعد التحكيم في قانون الإجراءات المدنية بموجب المرسوم رقم 354 لسنة 1980 المؤرخ في 14-05-1980 ثم تم تعديله بالمرسومين : رقم 500 لسنة 1981 المؤرخ في 12-05-1981 والمرسوم رقم 48 لسنة 2011 المؤرخ في 13-01-2011 والذي هو آخر تعديل أدخل على هذه القواعد سواء في المجال الداخلي أو الدولي . وخلال مسار هذه التعديلات كلها لم يعط أي تعريف للتحكيم .

- أنظر الموقع الإلكتروني (اطلع عليه يوم 12-06-2019) : <https://www.legifrance.gouv.fr>

⁴ - نصت المادة 1004 من ق إ م إ على أنه : " الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف على عرض النزاعات التي تثار فيما بينهم للتحكيم مع مراعاة الحقوق التي لهم مطلق التصرف فيها " . والعكس من ذلك نجد أن بعض التشريعات المقارنة الأخرى سعت إلى محاولة تحديد إطاره دون تعريفه كقانون التحكيم المصري الذي جاء في الفقرة الأولى من المادة 4 منه على أن : " ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة، سواء كانت الجهة التي تتولي إجراءات التحكيم، بمقتضى اتفاق الطرفين، منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك...". قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 المعدل والمتمم بالقانون رقم 09 لسنة 1997 والقانون رقم 08 لسنة 2000 انظر الرابط الإلكتروني (اطلع عليه يوم 12-06-2019) :

<http://www.elawyerassistance.com/LegislationsPDF/Egypt/arbitrationlawar.pdf>

⁵ - Martin Domke, « Domke on commercial arbitration » : the law and practice of commercial arbitration, 3rd ed, V 1, Thomson Reuters, 2020 (Arbitration is a process by which the parties voluntarily refer their disputes to an impartial third person, an arbitrator, selected by them for decision based on the evidence and argument to be presented before the arbitration tribunal).

كما عرفه جون روبر (Jean Robert) بأنه : " مؤسسة لقضاء خاص بمقتضاه تخرج المنازعات من القضاء العام كي يفصل فيها أفراد مخولون في هذه الظروف بمهمة الحكم فيها"¹. واعتبره الفقيه هنري موتلسكي (Henri Motulsky) أنه: " حكم في منازعة من قبل الخواص يختارهم خواص آخرون بموجب اتفاق"².

أما فليب فوشار (Philippe Fauchard) فيرى أن التحكيم هو : " إتفاق الأطراف على أن يخضعوا نزاعاتهم إلى قضاء خاص يختارونه بأنفسهم "³. كما جاء لدى إيف قيون (Yves Guyon) بأنه : " نظام تعاقدى يستند على شرط تعاقدى يلجأ إليه فريقان لأجل حل الخلاف الناشئ بينهما، بواسطة شخص أو أكثر من غير القضاة"⁴.

وبالرجوع الى الفقه العربي فنجده لا يخرج في أغلبه عما جاء في معنى الفقه الغربي أعلاه، غير أنه اختلف فيما بينه في التعبير عن هذا المعنى، فاستخدم البعض تعبير اتفاق التحكيم لوصف عملية التحكيم، وعبر البعض الآخر عن التحكيم كنظام يتضمن ضمن مراحله المختلفة إتفاق الأطراف على التحكيم .

وبهذا الخصوص عرفه مختار أحمد بريري بأنه : " اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم أو التي ستثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين"⁵، كما عرفه أحمد أبو الوفاء بأنه: " الإتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون

¹ - Jean Robert :« Arbitrage Droit interne , Droit international privé » , Dalloz, éd. N° 1, 1993. p. 6, (On entend par arbitrage l'institution d'une justice privée grace à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus revêtus, pour la circonstance, de la mission de les juger).

²-Henri Motulsky: « la nature de l'arbitrage,études et notes sur l'arbitrage » ,Dalloz,1974,Page 1

³- Philippe Fauchard et autres: « Traité de l'arbitrage commercial », Litec, Paris ,1996. P30.

⁴ - Yves Guyon, « droit des affaires. Tome 1 droit commercial général et société ». 10ème édition. Ecomica paris 1998. P. 826

⁵ - محمود مختار أحمد البريري، التحكيم التجاري الدولي ،دار النهضة العربية،القاهرة، مصر، سنة 2004 ص 5.

المحكمة المختصة به، فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح نزاعهم على محكم Arbitre أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم لهم¹.

ويذهب محمد كامل مرسي باشا إلى تعريف التحكيم في مدونته لشرح القانون المدني بالقول: "عقد بمقتضاه يتفق شخصان أو أكثر على إحالة نزاع نشأ بينهما أو ما ينشأ بينهما من نزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين للفصل فيه، بدلا من اللجوء إلى القضاء المختص، وإذا حصل الاتفاق على التحكيم تبعا لعقد معين سمي شرط التحكيم"². وعرفه فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه: "تولية الخصمين حكما بينهما، للفصل بحكم يرضيانه فيما تنازعا فيه"³. كما عرف على أنه: "اختيار الخصوم شخصا أو أكثر من الرعية غير القاضي يكون ممن يصلح للقضاء للحكم بينهم برضاهم فيما تنازعا فيه بحكم الشرع، فإذا تحاكم رجلان إلى رجل حكما بينهما ورضياه، وكان مما يصلح للقضاء جاز"⁴، وعرفته المادة 1790 من مجلة الأحكام العدلية بأنه: "عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكما برضاهما لفصل خصوماتهما ودعواهما"⁵.

وفي كل الأحوال فإن هذه التعاريف، اللغوية والفقهية والقانونية، وإن اختلفت فيما بينها في الصياغة والتعابير، إلا أنها تتفق جميعاً حول مضمون واحد للتحكيم، وهو كونه نظام قضائي إتفاقي يختار فيه الخصوم قضاتهم، ويعهدون إليهم، بمقتضى شرط خاص أو اتفاق مكتوب، بمهمة تسوية المنازعات التي نشأت أو التي قد تنشأ بينهم، بخصوص

1 - أحمد أبو الوفاء، التحكيم الإختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1987، ص 15 .
2 - محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، الجزء الاول، الطبعة الثانية ، المطبعة العالمية ، القاهرة، سنة 1952 ، ص 541
3 - قحطان عبد الرحمان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، مطبعة الخلود، بغداد، العراق، سنة 1985، ص 20.
4 - ابن محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، مكتبة الرياض الحديثة، سنة 1981، الجزء التاسع ، ص 107.
5 - علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، المجلد الرابع، سنة 2003، ص 578، أنظر الرابط الإلكتروني : <https://waqfeya.net/book.php?bid=5017> (اطلع عليه بتاريخ 2020-3-11) .

علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية، متى أجازت تسويتها بالتحكيم، وفقا لأحكام القانون أو مبادئ العدالة وإصدار حكم ملزم لهم¹.

وبهذا فلفظ التحكيم في ذاته يفيد أحد المعنيين: المعنى الأول، وهو فعل الطرفين في اختيار طرفا من الغير محايداً لفض النزاع القائم بينهما أو من المحتمل قيامه في المستقبل، والمعنى الثاني هو قيام هذا الغير المحايد بالحكم في النزاع الذي يطرحه عليه، بحكم ملزم لهما، يقر به التشريع باعتباره قضاء². وفي ذلك يقول الدكتور محسن شفيق: " التحكيم في الحقيقة هو نظام مختلط يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي قضاء"³.

ثانيا: أهمية التحكيم ودوافع اللجوء إليه

لم يعد مجادلا فيه أن التحكيم قد أضى القضاء المفضل لدى المتعاملين الإقتصاديين لا سيما في مجال التجارة الدولية، أين يشعرون فيه بتجاوبه مع مصالحهم المشتركة وأنه وليد إرادتهم، وهذه الأفضلية ساندتها إعتبارات وضرورات مختلفة اضطرت فيها الدولة إلى عدم التصادم معها، ودفعتها إلى التماشي معها حتى لا تتعزل إقتصاديا على الخصوص، فكان أن أصبح التحكيم ضرورة حتمية لا وسيلة اختيارية وتتجلى هذه الإعتبارات فيما يلي:

1- الإعتبارات السلبية لمرفق القضاء

إن رسم القوانين طريقا محددًا لطلب الحماية القانونية للحقوق والمراكز القانونية من خلال مرفق القضاء ليس فيها من البساطة واليسر لاعتمادها على مجموعة من القواعد الشكلية والإجرائية - لا سيما مع تعدد درجات التقاضي - التي تتسم بالبطء والتعقيد⁴ و تؤثر حتما في قيمة المشروع الاقتصادي محل المنازعة، بالنظر الى عامل الوقت وما

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 2004 ، ص 19 .

² - الورفلي أحمد، الإتجاهات التشريعية والقضائية في بلدان المغرب العربي في ميدان التحكيم، المجلة التونسية للتحكيم، العدد الثاني، مطبعة علامات تونس، سنة 2000، ص 72 .

³ - محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، سنة 1997، ص 20 .

⁴ - محمود مختار احمد البريري، المرجع السابق، ص 9 .

يمكن أن تخلفه مماثلة الخصوم من خفض أوهدم لقيمة هذا المشروع، ومن هنا تظهر ضرورة وميزة التحكيم في التعاطي الأحسن مع هذه النزاعات بتوفيره سرعة الفصل في النزاع بدءا من تشكيل هيئة التحكيم الى تنفيذ الحكم وهو ما يقتصد الجهد والوقت¹.

وإذا كان القاضي يلتزم بتطبيق القانون الإجرائي والموضوعي الساري في دولته حتى وإن كان غير مناسب، فإن الأطراف في التحكيم لهم الاتفاق على الإجراءات التي يرونها مناسبة لحل النزاع فيما بينهم، ومنه تجاوز المسائل التي يرونها غير ضرورية. وفضلا عن ذلك فإن الكيانات الإقتصادية يقوم نشاطها على مجموعة من عناصر تتصل بحجم الأعمال والمركز المالي للمشروع وخطته المستقبلية، ولذلك تعتبر كل المعلومات والبيانات المتعلقة بها أمورا سرية ينبغي أن تظل طي الكتمان وإفشائها يترتب لها أضرارا بالغة في إطار المنافسة. وبالنظر الى كون اجراءات التقاضي والجلسات في المحاكم علانية فإنه وتحقيقا لضمان حفظ أسرار المشروع وسمعته لا يوجد أحسن من التحكيم².

كما أن التخصص الفني الذي لا يضمنه القاضي إلا بعد اللجوء إلى أهل الخبرة بشكل مستمر، بما يؤثر سلبا على طول الإجراءات، واستنزاف الكثير من الجهد³، جعل من التحكيم الحل الحتمي والبديل المناسب، لكون الأطراف هم من يختارون قاضيهم فيتخيرون من تتوفر فيهم الكفاءة والتضلع في تسوية النزاعات والتحكم في آلياتها بما يسرع الفصل في النزاع ويحقق الحل العادل لهما.

2- الاعتبارات الاقتصادية

أدت فنون وممارسات التجارة الداخلية والدولية الحديثة إلى خلق أنواع جديدة من المعاملات لم يكن للفكر القانوني سابق عهد بها، وهي معاملات وعقود معقدة ومركبة فنيا وتقنيا، كعقود التجارة الالكترونية وعقود نقل التكنولوجيا، تكنولوجيا الاتصال وصناعة

1 - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 115-116.

- سعد حسين عبد ملحم، دور التحكيم في تشجيع الاستثمار النفطي، مجلة البحوث والدراسات النفطية، كلية القانون- جامعة الفلوجة، العدد 30، سنة 2021، ص 67. انظر الرابط الالكتروني (اطلع عليه بتاريخ 22-12-2021) : <https://www.iasj.net/iasj/download/d1efe6056c47bb2f>

2 - فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 2007، ص 14-15. أنظر

أيضا أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 115-116

3 - فتحي والي، المرجع السابق، ص 14.

البرمجيات، تصنيع الاسمدة، براءات الاختراع، اتفاقيات البحوث... إلخ الأمر الذي لم يستسغ معه إدراجها تحت أي طائفة من طوائف العقود التقليدية المعروفة، وهو ما كان له انعكاس على أداء القضاء الوطني في التعامل معها، إذ القاضي حتى وإن كان ضليعاً وبارعاً في القانون إلا أنه وجد نفسه غير مهياً لتسوية مثل هذه المنازعات مع ما تتطلبه من تفرغ تام وتأهيل متخصص يغنيه عن الإستعانة بالمرجمين لترجمة المستندات وما يربته ذلك من وقت طويل ونفقات باهضة¹.

وتجاوزا لسلبات حصانة الدولة المضيفة للاستثمار²، واستغلالا لرغبة كل دولة في جلب الاستثمار وتنويعه تحقيقاً للتنمية والنهضة الاقتصادية والاجتماعية لشعوبها، فضلا عن خلق الثروة لها، عمل المتعاملين الاقتصاديين لاسيما الأجانب منهم على فرض التحكيم كوسيلة لفض النزاعات الناشئة عن هاته الاستثمارات والعقود المبرمة في إطارها بدلا من القضاء الوطني، الأمر الذي دفع بالدول مع الوقت إلى سن التشريعات المنظمة له مع توسيع نطاقه ومجاله إلى مسائل ما كان من الممكن من قبل نزاعها من سلطان قضائها الوطني، كالعقود الإدارية والصفقات العمومية التي يبرمها أشخاص القانون العام مع الشركات والمؤسسات الأجنبية والوطنية³.

ونظرا لإتساع نطاق التحكيم كوسيلة لفض الخصومات الداخلية والدولية تعددت أنواعه بحسب خصائص كل نوع⁴، ومن بين أهم هذه التقسيمات هو ذلك الذي يعنى بتقسيم التحكيم الى تحكيم داخلي وآخر دولي .

1 - سعد حسين عبد ملحم، المرجع السابق ص 67.

2 - حاتم غائب سعيد، النظام القانوني لضمانات وحوافز الاستثمار الاجنبي الخاص في العراق، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، سنة 2017، ص 10.

3 - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 107 .

4 - يقسم التحكيم من حيث إلزاميته إلى تحكيم اختياري، وهو التحكيم الذي يلجأ إليه الأفراد بإرادتهم كالتحكيم في المسائل المدنية وتحكيم إجباري وهو الذي يلجأ إليه الأفراد وفق وضع قانوني ملزم لهم (المنازعات العمالية مثلا) و من حيث التنظيم إلى تحكيم حر وهو الاتفاق على التحكيم دون إناطة أمر تنظيمه بمركز او مؤسسة معينة، و إلى تحكيم مؤسسي تقوم به مؤسسة تحكيمية متخصصة معينة، ومثال ذلك تحكيم غرفة التجارة الدولية و تحكيم منظمة الملكية الفكرية العالمية و مركز تحكيم مجلس التعاون الخليجي أو مركز تحكيم غرفة تجارة باريس .كما ظهر في السنوات الأخيرة التحكيم الالكتروني باستخدام الانترنت أو الفاكس أو التلفون أو أي وسيلة إلكترونية أخرى.

وعلى اعتبار أن موضوع دراستنا هو بحث أكثر الجوانب المتعلقة بالمحكم في دائرة التحكيم الداخلي، فإنه ولتفايز كلا التحكيمين عن بعضهما البعض مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية على مستوى فواعل التحكيم وإجراءاته، فإنه تعين قبل الخوض في موضوعنا التعرّيج أولاً لبيان مفهوم التحكيم الداخلي ومجاله وإبراز معايير التمييز بينه وبين التحكيم الدولي.

الفرع الثاني

التحكيم الداخلي ونطاق تطبيقاته

للتحكيم الداخلي مفهوم متميز عن التحكيم الدولي بالنظر الى مجال تطبيق كل واحد منهما وخصوصية القواعد الضابطة لكل منهما، ويعتبر التمييز بينهما من أهم المسائل التي اختلف فيها الفقه والتشريع، فوضع ضابط محدد لذلك، له أهمية بالغة في تحديد مسار الخصومة والقواعد الواجب تطبيقها عليها.

أولاً : تعريف التحكيم الداخلي

بشكل عام عرف التحكيم الداخلي تعريفات متعددة مثله مثل مفهوم التحكيم، إلا أنها كانت تصب كلها في مفهوم واحد، فقد عرف بأنه ذلك التحكيم الذي يتعلق بعلاقات وطنية داخلية في جميع عناصرها الذاتية موضوعاً وأطرافاً وسبباً، ويرى البعض أنه يكفي أن تكون العناصر الموضوعية الرئيسية المكونة لهذه العلاقة مرتبطة بدولة معينة حتى يكون التحكيم وطنياً¹.

كما عرف بأنه: " التحكيم الذي تكون كل مكوناته وعناصره (جنسية ومحل إقامة أطراف النزاع، جنسية المحكمين، مكان التحكيم، موضوع النزاع، القانون المطبق لحسم

و من حيث مدى سلطة المحكم في تطبيق القانون ينقسم التحكيم إلى نوعين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح، فالأول هو التحكيم الذي تلتزم فيه هيئة التحكيم بإنزال حكم القانون على المسائل القانونية المعروضة عليهم، والثاني هو ذلك التحكيم الذي تخول فيه الأطراف لهيئة التحكيم صلاحية الفصل في المنازعة وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف دون التقيد بالقواعد القانونية.

¹ - نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ، سنة 2004، ص 19 .

النزاع (منحصرة في دولة معينة¹، فهو يتم طبقا لأحكام القانون الوطني لأطراف النزاع وداخل دولتهم، فهذا القانون هو الذي ينص على كافة الإجراءات والقواعد التي تطبق على عملية التحكيم² .

وهناك من عرفه بكونه : " ذلك التحكيم الذي يتعلق بنزاع وطني في جميع عناصره، ويعين له محكمين وطنيين يصدر عن حكمهم داخل الدولة، وفقا لإجراءات وطنية مع تطبيق القانون الوطني، فلا يثير التحكيم الوطني أية صعوبة لأنه يخضع للقانون الوطني و لا ينفذ خارج إقليم الدولة.³ وعرفه البعض الآخر بالقول : " يكون التحكيم داخليا إذا تعلق بنزاع يمس دولة واحدة سواء كان النزاع مدنيا أو تجاريا، ويحيل العقد هذا النزاع وإجراءات التحكيم المتعلقة به الى القانون الداخلي للدولة "⁴.

و يمكن القول كخلاصة من هذه التعريفات أن التحكيم الداخلي هو ذلك النوع من التحكيم الذي تتصل فيه جميع عناصره بدولة واحدة دون غيرها، وذلك بالنظر إلى موضوع النزاع، الخصوم أنفسهم، المحكمين، القانون الواجب التطبيق والمكان الذي يجري فيه التحكيم، فهو يجري إجباريا في التراب الوطني ويطبق التشريع الوطني (الجزائري) ولا تثار فيه أدنى مشكلة بالنسبة لقواعد تنازع القوانين، أو كيفية تنفيذه مثل ما هو عليه الحال في التحكيم التجاري الدولي.

وفي هذه يرى بعض الفقه أنه إذا كانت جميع نقاط الإتصال من جنسية الأطراف، محل إقامة المحكم، مقر التحكيم، القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، موضوع النزاع،

¹ - كمال ابراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي مصر، سنة 1991، ص 100.

² - أسعد عمر قاسم شجراوي، وسيلة التحكيم التجاري الدولي في الدول العربية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق 2013-2014، ص 139 .

- أنظر أيضا أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ، 2006 ، ص 229.

³ - بدر أشهبون، التحكيم الداخلي والدولي في القانون المغربي والقانون المقارن، مجلة القانون والأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول سطات، المغرب، مطبعة فريز، 2017، ص 41

⁴ - فؤاد علي القهالي، النظام القانوني لتنفيذ أحكام المحكمين الداخلية - دراسة مقارنة -، مكتبة القانون والاقتصاد، السعودية، سنة 2013، ص 29 .

وما إلى ذلك تفضي كلها إلى بلد واحد، يكون التحكيم المعني تحكيما وطنيا ويطبق القانون الداخلي لذلك البلد¹.

ولم يعرف المشرع الجزائري التحكيم الداخلي على غرار مصطلح التحكيم وإنما اكتفى بتنظيم القواعد الخاصة به في الباب الثاني من الكتاب الخامس من قانون الاجراءات المدنية والإدارية في المواد من 1006 إلى 1038، بحيث تم بموجبها تحديد جميع الإجراءات الخاصة بهذا التحكيم، ابتداء من الاتفاق على التحكيم إلى كيفية صدور الحكم ثم تنفيذه وطرق الطعن فيه.

وكذلك الأمر بالنسبة للتشريعات المقارنة، على غرار المشرع الفرنسي الذي أفرد بدوره نصوص خاصة بالتحكيم الداخلي في قانون الاجراءات المدنية، في المواد من 1442 الى 1503 وأخرى خاصة بالتحكيم الدولي، وهذا من دون أن يعطي تعريفات بهذا الخصوص، وقد جاءت هذه الأحكام والقواعد بحسب الفقه الفرنسي بعد ادخال التعديلات عليها في سنة 2011² متماشية أكثر مع نظام التحكيم الذي قد يرغب الأفراد في اللجوء إليه³، وبالمقابل نجد أن قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المعدل والمتمم⁴ قد أفرد تشريع خاص بالتحكيم ولم يميز فيه المشرع المصري في أحكامه بين التحكيم الداخلي والدولي كما لم يعط تعريف لهما.

¹- Fouchard Philip, Gaillard Emmanuel, Goldman Berthod : Traité de l'arbitrage commercial international , Litec , 1996, p 45-50 « si tous ces points de contact (Nationalité des parties domicile de l'arbitre lieu ou se déroule l'arbitrage, siège de l'arbitrage ; la loi qui régit la procédure de l'arbitrage et le fond de litige etc. ...) conduisant à un seul pays, l'arbitrage en cause ne sera qu'un arbitrage national, soumis au droit interne de ce pays ».

² - أنظر قانون الإجراءات المدنية الفرنسية المعدل والمتمم في باب التحكيم الداخلي ، المرجع سابق .

³- Emmanuel Gaillard et Pierre de Lapasse: Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, Dalloz, 2011, 175, n. 3- - Eric Loquin : La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage, RTD com. 2011, p. 255

⁴ - أنظر قانون التحكيم المصري لسنة 1994، مرجع سابق .

ثانيا: الموضوعات القابلة للتحكيم الداخلي واستثناءاتها

بداية تعتبر مسألة تحديد مجال الموضوعات القابلة للتسوية عن طريق التحكيم الداخلي من أهم المستجدات التي عالجها المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية والإدارية في باب التحكيم.

وعلى هذا الأساس أكدت المادة 1006 الفقرة الاولى من ق إ م إ الواردة في باب التحكيم الداخلي¹ على حق كل شخص طبيعي أو معنوي في اللجوء إلى التحكيم بخصوص جميع الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، باستثناء تلك المتعلقة بالنظام العام أو الماسة بحالة الأشخاص وأهليتهم، ومنه فإن الأصل في الأفعال هو الإباحة، فجميع النزاعات الناشئة عن علاقات الأشخاص فيما بينهم سواء التعاقدية أو غير التعاقدية المدنية أو التجارية يجوز التحكيم فيها، وما يمكن أن ينتج عن هذه العلاقات من حقوق للأطراف يمكنهم في حالة النزاع بشأنها اللجوء الى التحكيم²، إلا إذا كانت ماسة بالنظام العام أو بحالة الأشخاص وأهليتهم. فهذين هما الاستثنائين الوحيدان على الموضوعات القابلة للتحكيم.

ولعدم إمكان حصر الحقوق التي للأفراد مطلق التصرف فيها، فإنه يكفي للمحكم أن يتأكد من كون النزاع ليس نتاج تصرف أو علاقة مخالفة للنظام العام الوطني أو مرتبطة بحالة الأشخاص و أهليتهم ، فما معنى هذين الإستثناءين ؟

1- حالة الاشخاص و أهليتهم

تعرف حالة الأشخاص وأهليتهم بأنها مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية، التي رتب عليها القانون اثرا قانونيا في حياته الإجتماعية،

¹ - نصت المادة 1006 من ق إ م إ على أن: " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم. ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية."

² -Mohammed Zeffiri :« L'arbitrabilite des litiges, selen le code procédure civile et administrative Algérien ,mémoire Magistère,faculté du droit université d'oran,2010 ,p 12 ess . en ce sens Pierre Level ,L'arbitrabilité,Rev ,arb,1992,p 219

ككونه ذكرا أو أنثى، وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا أو ابنا شرعيا أو أبا، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون، أو لكونه مطلق الأهلية أو مقيد بسبب من أسبابها القانونية¹.

فهي تلك الميزات الطبيعية والصفات التي ينفرد بها الشخص داخل دولة معينة أو أسرة، أو حتى اتجاهه الديني فتحدد مركزه القانوني بين أفراد المجتمع حيث تؤثر في ما يكون له من حقوق وما يقع عليه من واجبات، فالحالة مركز قانوني ملازم لشخصية الإنسان طوال حياته².

وينعقد الإجماع لدى الفقهاء أن الحقوق المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم منها ما هي حقوق شخصية بحتة لا يمكن التعامل فيها وحقوق مالية متولدة عن الأولى، فالأولى وحدها هي التي لا يجوز فيها التحكيم، دون الثانية، إذ لا يجوز التحكيم حول ما إذا كان الولد شرعيا أو متبنى أو لا ينتسب لأسرة ما، أو ما إذا كان عقد الزواج صحيح أو باطل، أو ما إذا كان الشخص يعتبر وارثا أو غير وارث أو ما إذا كان الشخص يعتبر جزائريا أم لا .

في حين أنه يجوز التحكيم في المصالح المالية المتصلة بالأحوال الشخصية كتحديد مقدار النفقة أو التعويض عن فسخ الخطبة أو تلك المتولدة بعد الطلاق كالنفقة وبدل الإيجار والمسكن والملبس أو الحقوق المترتبة عن الميراث كتقسيم التركة سواء تعلقت

1 - قبايلي طيب، تعويلت كريم، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بلقيس، الجزائر، سنة 2000، ص 55 .

2 - و الحالة تقسم إلى حالة عامة أو ما تسمى بالحالة السياسية وتشمل الصفات المتعلقة ببيان مركز الشخص من دولته حيث يتم تحديد هذه الصفات عن طريق الجنسية وإلى حالة خاصة أو ما تسمى بالحالة المدنية وتشمل صفات الشخص الطبيعي، كونه ذكرا أو أنثى بالغا سن الرشد أو ناقص أهلية، كما تشمل اسمه و لقبه، صفته زوجا أو أعزبا أو أرملًا بالإضافة إلى الدين .

- أنظر بناسي شوقي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2010، ص 275
- أنظر أيضا عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2010 ص 43 . نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، سنة 2010 ص 151. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2006 ، ص 210 .

بالأموال المنقولة أو العقارية¹...الخ. وفي كل الأحوال فإن مسائل الحالة والأهلية تدخل ضمن النظام العام وما إبراز المشرع لها إلا لأهميتها وخطورتها.

2- النظام العام

أما ما تعلق بالاستثناء الأساس فهو الخاص بالنظام العام، إذ الفكرة من قابلية النزاع للتحكيم هي رسم الحدود التي يضعها النظام العام والمسموح لهم في إطارها اللجوء للتحكيم لحسم الخلافات.

وبهذا الخصوص فإن إعطاء مفهوم محدد ودقيق لفكرة النظام العام مسألة غير واردة ومختلف فيها بين الفقه والأنظمة والاجتهادات القضائية تبعا لطبيعتها في حد ذاتها، وتغيرها بتغير الزمان و المكان، فما يعتبر من النظام العام في دولة ما في وقت ما، قد لا يعتبر كذلك في وقت لاحق، فهو بذلك فكرة مرنة ومتطورة ولا يخضع تحديدها لمعيار ثابت ولا يمكن وضعها في قالب محدد أو في إطار واضح².

ورغم أن النظام العام يدرج ضمن المفاهيم ذات المحتوى المتغير إلا أن بعض الفقه حاول تعريفه بأنه: "القيود التي توردها الدولة على حرية الأفراد في تنظيم روابطهم"³، ويرى البعض أن القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي: "قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو إجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو مصلحة الأفراد"⁴، في حين ذهب البعض الآخر الى تعريفه بأنه مجموعة الأسس

¹ - أبي إسماعيل بكير، التحكيم الداخلي وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجزائر، 2014-2015، ص 19-20.

وهو ما تجيزه أيضا مجلة الاحكام العدلية في المادة 1841 والتي نصت على أنه: "يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِي دَعَاوِي الْمَالِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِحُقُوقِ النَّاسِ."، أنظر علي حيدر، المرجع السابق، ص 580 .

² - عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة 2008، ص 187.

³ - Malaurie Philippe: «Rapport de synthèse, in L'ordre public à la fin du XXe siècle », Dalloz, 1996, p. 105.

⁴ - أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق ، ص 28.

والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة، وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليماً دون استقراره عليها"¹.

وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه: "يشمل القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصلحة الأفراد"².

ومن خلال هذه التعاريف نجد أن قواعد النظام العام تهدف إلى حماية المصلحة العليا للمجتمع السياسية، الاقتصادية والاجتماعية وتضع في الاعتبار علو المصلحة العامة على المصلحة الفردية وهو يقسم إلى نظام عام داخلي و نظام عام دولي

والنظام العام الداخلي هو الواجب مراعاته عند التحكيم الداخلي، إذ أن هذا الأخير جميع عناصره تنتمي إلى نظام قانوني واحد ولا تتجاوزه قوانين أخرى، أي أن أثره يظهر داخل الدولة الواحدة، وفي العلاقات بين السلطة الإقليمية والمواطنين الحاملين لجنسيتها، فمرجعية النظام العام الداخلي، تتمثل إما في التنظيم العام للدولة كالتنظيم السياسي، وأما في التنظيم المرفقي لأحد أنشطتها كالقضاء أو فيالسياسة التشريعية والاقتصادية والاجتماعية للدولة أو حرمة القيم و المبادئ التي تدين بها الدولة وتمثل المصدر المادي لنظامها القانوني وعلى رأسها الدستور مثل قيم الحرية و المساواة والعدالة والدين... الخ³ وبالنظر الى ذلك فان تمييز ما هو من النظام العام في إطار التحكيم الداخلي ليس

فيه من التعقيد لاتفاق جميع فواعله عليه، من أطراف النزاع إلى المحكمون إلى مركز

1 - كيرة حسن، المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية مصر، سنة 1974، ص 48.

2 - نقض مدني في 17-01-1979، مجموعة أحكام النقض، مشار اليه في المرجع السابق لـ اشرف عبد العليم الرفاعي، ص 29. ويضيف المؤلف ان محكمة النقض المصرية حددت القواعد التي تعتبر من النظام العام بأنها تلك القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية او اجتماعية او اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الاعلى وتعلو على مصلحة الافراد حيث ينبغي على جميع الافراد مراعاة تلك المصلحة ولا يجوز لهم الاتفاق على ما يخالفها نظرا لان المصلحة العامة تسمو على المصلحة الفردية.

3 - باسود عبد المالك، ماهية النظام العام الدولي في التحكيم التجاري الدولي، مجلة المعيار، جامعة تسمسليت، المجلد 05، العدد 09، سنة 2014، ص 275، انظر كذلك الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 578-579.

التحكيم إلى القاضي الوطني، وهذا سواء تعلق الأمر بالإجراءات أو بالموضوع. وإنما الأمر يعرف تعقيدات بخصوص التحكيم التجاري الدولي لتداخل القوانين وتنازعها فيما بينها.

أما ما تعلق بالحظر الثاني والاستثناء الوارد عليه بخصوص لجوء الأشخاص المعنوية العامة (الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات ذات الطابع الإداري) إلى التحكيم فإنها تخرج عن موضوع بحثنا ولها خصوصيتها وأحكامها الخاصة التي تعني بالتحكيم في المادة الإدارية¹.

المطلب الثاني

معايير وأهمية التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي

إن التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي² لا يعد تزيّداً أو خوضاً في جدال فقهي نظري، بل لذلك أهمية بالغة تتجلى في عدة أمور، الأمر الذي دفع بالفقه والقضاء والتشريع إلى تكريس معايير معينة تسمح بالترقية بينهما.

¹ - على أننا نشير هنا فقط بحسب نص المادة 1006 من ق إ م إ فإن الأشخاص المعنوية العامة محظور عليها اللجوء إلى التحكيم سواء كان تحكيميا داخليا أو دوليا، إلا إذا تعلق الأمر بعلاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية فإنه يجوز لها ذلك، وهو ما أكدت عليه المادة 975 من نفس القانون، ووجب التوضيح أن الصفقات العمومية المقصودة هنا هي تلك التي تبرمها مع متعاملين اجانب وليست مع متعاملين وطنيين فالنزاعات مع هؤلاء تخضع لنظام التسوية الودية المحدد في المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (أنظر بهذا الخصوص المواد 153-154-155 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 16 سبتمبر سنة 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.. (الجريدة الرسمية رقم 50 لسنة 2015)، ومنه فإن النزاعات المترتبة عن تنفيذ الصفقات العمومية المحلية التي تكون مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين تخرج عن مجال التحكيم الداخلي وتخضع لنظام آخر . في حين الصفقات العمومية المبرمة مع الاجانب فانها تخضع الى احكام التحكيم الدولي بحسب المرسوم والمواد 975-976-977 من ق إ م إ . أنظر في هذا المعنى غني امينة ، لجوء الاشخاص المعنوية العامة للتحكيم ، مجلة قانون النقل والنشاطات المينائية، جامعة وهران 02 ، المجلد 04، العدد 1، سنة 2017، ص 94-95 .

² - هناك من يذهب الى القول أن التحكيم الدولي قد يكون تحكيميا داخليا ويطلق عليه التحكيم التجاري الداخلي ذو الطابع الدولي كونه يتعلق بالتجارة الدولية، وقد يكون تحكيميا تجاريا اجنبيا، فيطلق عليه التحكيم التجاري الاجنبي ذو الطابع الدولي . فالتحكيم بحسب هذا الرأي لا يخرج عن إحدى الأوصاف الثلاثة التالية :

الأول: إذا كان التحكيم يجري في الإقليم الوطني لدولة التنفيذ، و طبق على إجراءاته القانون الوطني لهذه الدولة، و لم يكن هذا التحكيم يتصل بمصالح التجارة الدولية، فإن التحكيم يتخذ وصف " التحكيم الوطني" أي الداخلي. و الثاني: إذا كان التحكيم يجري في الاقليم الوطني للدولة المطلوب إليها التنفيذ، و تعلق هذا التحكيم بمنازعة تخص مصالح التجارة

الفرع الأول

أهمية التمييز بين التحكيمين

تظهر أهمية وضرورة التفرقة بين نوعي التحكيم الداخلي والدولي، على الأقل في أربعة أمور سنتولى عرضها، على النحو التالي¹:

أولاً: التنظيم القانوني²

التحكيم الداخلي أو الوطني يخضع إلى تنظيم قانوني مصدره قواعد موضوعية و إجرائية داخلية وضعها المشرع الوطني لكل دولة، حيث تمتلك غالبية الدول في الوقت

الدولية، فإن التحكيم يتخذ وصف " التحكيم الدولي"، أو " التحكيم الوطني ذو طابع دولي ". أما الثالث : إذا كان التحكيم يجري خارج الاقليم الوطني للدولة المطلوب إليها التنفيذ، وكان القانون المطبق عليه هو قانون أجنبي، بغض النظر عن مدى تعلق هذا التحكيم بمصالح التجارة الدولية أم لا، فإن التحكيم يتخذ وصف " التحكيم الاجنبي" . هذا، و قد يكون التحكيم متصفاً بالدولية و الأجنبية في آن واحد، و ذلك في الحالة التي يجري فيها التحكيم خارج الإقليم الوطني لدولة التنفيذ، و كان القانون المطبق عليه هو قانون أجنبي، و تعلق هذا التحكيم بمنازعة تخص مصالح التجارة الدولية. - أنظر بهذا الخصوص جارد محمد، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان ، 2018 ، ص 509 . وأعتقد أن مثل هذا التصنيف ليس له الأثر من الناحية العملية بالنظر إلى كون قانون الإجراءات المدنية الإدارية قد ميز بوضوح بين نوعين من التحكيم، وهما التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي ووضع لكل منهما نصوص خاصة به ولا وجود من حيث التشريع ما يسمى بالتحكيم الأجنبي. ويؤكد الفقه صعوبة التفرقة بين التحكيم الدولي و التحكيم الاجنبي، حيث يقرر الفقيه Fouchard أن التفرقة بينهما هي تفرقة هشة من الناحية العملية ، لذلك فإن القضاء الوطني غير ملزم باعتماده هذه التفرقة بمناسبة تنفيذ أحكام التحكيم، فقد يستخدم القضاء بغير اكتراث بالنسبة لحكم التحكيم الواحد الصفة الاجنبية و الصفة الدولية. كما أن تطور المصطلحات الفقهية أدى إلى التخلي تدريجياً عن وصف أحكام التحكيم بأنها أجنبية، ليحل محلها وصف أحكام التحكيم الدولية. أنظر بهذا الخصوص :

- Ph.Fouchard: Quand un arbitrage est-il international, Revue de l'arbitrage, 1970, p61

¹ - جمال محمود الكردي، الفرق بين دعوى التحكيم في القانون الداخلي ودعوى التحكيم في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم للمؤتمر العملي لكلية الحقوق - جامعة طنطا " القانون و الاستثمار"، 29-30 افريل 2014، ص5 أنظر الرابط الالكتروني:

<https://books-library.net/free-387815209-download> - (اطلع عليه بتاريخ 2021-03-28)

² - هناك من الدول كالجائر وفرنسا، سويسرا من تضع ثنائية في التنظيم القانوني بخصوص كل تحكيم وأخرى تضع تنظيم موحد بينهما كمصر، ألمانيا، إنجلترا، وهذا الاختلاف في اختيار أي مشروع لنظام قانوني أو آخر ، يرجع سببه بشكل وثيق للتاريخ والتقاليد الوطنية ودرجات الخبرة المتفاوتة للبلد في التجارة الدولية ومدى الرغبة في تعزيز استقلالية التحكيم التجاري الدولي على الخصوص. وتفضيل كل مشروع وطني لهذا التنظيم أو ذاك هو في نهاية المطاف مسألة سياسة قانونية يقرها كل بلد. انظر :

- José Carlos Fernández Rozas, Arbitrage interne et international , la réglementation so-disant unitaire en Espagne, Actes du colloque de Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne du 2 octobre 2009, Librairie Droz, Genève 2010,p214.

- أنظر الرابط الالكتروني (تم الاطلاع عليه يوم 2020-3-3) : <https://eprints.ucm.es/id/eprint/11907>

الحالى تشريعات خاصة بالتحكيم الداخلى¹ وعلى خلاف ذلك، وإن كان التحكيم الدولي يخضع في تنظيمه الى قواعد قانونية خاصة من صنع المشرع الوطني إلا أنه يخضع كذلك الى مجموعة من القواعد الإتفاقية الدولية²، التي اختارت الدول الالتزام بها بعد الانضمام الى الاتفاقات الدولية. وهي القواعد التي تكون أسمى في التطبيق من التشريع الداخلى في حالة تعارضها معه في بعض أحكامه.

ثانيا: مبدأ سلطان الإرادة

يلعب مبدأ سلطان الإرادة في العلاقات الداخلية عموما وفي العقود واتفاقات التحكيم الداخلى على وجه الخصوص، دورا بالغ الأهمية، بحيث يكون للأطراف القدرة على وضع قواعد تنظم عملية التحكيم، سواء القواعد الاجرائية أو والموضوعية، على أن هذه الإرادة قد تنقيد بقواعد أخرى لا يجوز الخروج عنها كالفصل في النزاع وفق أحكام القانون ولا مجال للاتفاق على تطبيق قواعد العدالة والإنصاف (المادة 1023 من ق إ م إ)، كما أنه لا مجال لإعمال المحكم لسلطته في تحديد الاجراءات الواجب إعمالها في حالة عدم إتفاق أطراف النزاع عليها أو في حالة تركها لتقديره، إذ وجب عليه في هذه الحالة تطبيق القواعد المعمول بها أمام الجهات القضائية مع تكييفها وفق ما تتطلبه الاجراءات التحكيمية (المادة 1019 من ق إ م إ) ... الخ.

وتكون مصلحة الدولة في إخضاع التحكيم لقواعدها القانونية أكبر في حالة المنازعات ذات الطابع الوطني المحض³، وهذا حتى تضمن أكبر قدر من الإمتثال للنظام القانوني والقضائي في الدولة من طرف أفرادها وضمان إحترام النظام العام وعدم المساس

¹ - كما هو الشأن بالنسبة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في بابهِ المتعلق بالتحكيم، وقانون الاجراءات المدنية الفرنسي في الجزء المتعلق بالتحكيم وكذا قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المعدل والمتمم والمشار إليهما سلفا .

² - نذكر منها، اتفاقية نيويورك حول الاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين، اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري ، الإتفاقية الأمريكية للتحكيم التجاري الدولي، الإتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي. أنظر بهذا الخصوص عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم، وثائق تحكيمية، الكتاب الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008 .

³ - José Carlos Fernández Rozas, op, cit, p195. Clive Maximilian Schmitthof, The Jurisdiction of the Arbitrator, in: The Art of Arbitration - Liber Amicorum Pieter Sanders, 1982, p. 285

به، ولذلك يكون رقابة القضاء على مضمون الحكم التحكيمي مؤكدة لا سيما في حالة ممارسة الطعن فيه وهذا بعكس التحكيم التجاري الدولي.

وعلى خلاف ذلك، فإن نطاق مبدأ سلطان الإرادة يتسع لأقصى مدى في التحكيم التجاري الدولي، إذ للأطراف حرية أكبر وأوسع في تحديد القواعد الاجرائية والموضوعية التي تنظم سير العملية التحكيمية من بدايتها وحتى انتهاء الخصومة، فضلا عن تقييد أو اطلاق صلاحيات المحكم، مع مكنة تحديد القانون أو القواعد التي يتم بموجبها الفصل في موضوع النزاع القائم أو الذي عساه أن ينشأ عن علاقتهم (المواد 1040، 1043، 1050 من ق إ م إ... الخ).

ثالثا: بخصوص الحكم التحكيمي وطرق الطعن فيه

معاملة حكم التحكيم والصادر في نهاية العملية التحكيمية تختلف في التحكيمين كما يلي :

- عدم تسبب الحكم في التحكيم الداخلي ببطله ولا يسمح بتنفيذه إذ أغلب التشريعات الوطنية تستلزم أن يكون الحكم مسببا، ومن ذلك القانون الجزائري (انظر الفقرة الثانية من المادة 1027 من ق إ م إ) والفرنسي (المادة 1482 و 1483 من ق إ م ف) بينما في التحكيم الدولي يمكن أن يكون الحكم غير مسبب إذا اتفق الأطراف على ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على الإجراءات لا يشترط ذكر الأسباب.

- حكم التحكيم الداخلي يقبل الطعن فيه بالاستئناف وكل ذلك ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، والاستئناف له أثر ناقل، ويخول للمجلس القضائي تعديل الحكم التحكيمي أو إلغائه والفصل في النزاع من جديد¹، وهو ما جاء به التشريع الجزائري (انظر المادة 1033 من ق إ م إ أين يتم تطبيق المواد 332، 339، 340 من ق إ م إ) أو التشريع الفرنسي (المادة 1489 من ق إ م ف)، وعلى عكس التشريع الجزائري فإن التشريع الفرنسي

¹ - على أن الأمر مختلف بالنسبة للتشريع الفرنسي بعد التعديل الذي أدخله على القانون في سنة 2011 إذ نصت المادة 1490 من ق إ م ف على أن إستئناف الحكم يمكن أن يؤدي الى تعديله أو إلغائه، و أن محكمة الاستئناف عند نظرها القضية عليها ان تفصل طبقا للقانون أو طبقا لقواعد العدالة والإنصاف بحسب حدود المهمة المكلف بها محكمة التحكيم .

« L'appel tend à la réformation ou à l'annulation de la sentence.

La cour statue en droit ou en amiable composition dans les limites de la mission du tribunal arbitral. »

أضاف بموجب المادة 1491 منه مكنة الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي الداخلي في حالة ما اذا كان الطعن بالاستئناف غير ممكن باتفاق الأطراف¹.

بينما الطعن بالاستئناف غير جائز ومستبعد في حكم التحكيم التجاري الدولي، ذلك أن طبيعة هذا النوع من التحكيم يصعب معها تصور إمكانية الطعن بشأنه، إذ كيف يمكن الطعن أمام جهة قضاء أعلى داخل الدولة على حكم صدر عن مركز دولي للتحكيم، أو بشكل عام هيئة خارجة عن هيمنة السلطة القضائية الوطنية وليست حارسة أساسا على تطبيق القانون الوطني للدولة².

ولهذا الغرض لم يسمح المشرع الجزائري إلا بطعن وحيد في الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر وهو دعوى البطلان (انظر المادة 1058 من ق إ م إ) وعلى أسباب محددة حصرا في المادة 1056 من نفس القانون. في حين أن الحكم الصادر خارج الجزائر فيمارس الطعن بالاستئناف ضد الأمر القاضي أو الرفض للاعتراف وتنفيذ

¹ - وبهذا الخصوص فإنه بحسب التشريع الفرنسي كل اتفاق مخالف لهذا النص يعد كأن لم يكن، أي أن الطعن بالبطلان يعد من النظام العام لا يجوز الاتفاق بخلافه، فهو مخول لأحد أطراف النزاع في حالة عدم إمكان الطعن بالاستئناف لإتفاق الأطراف على ذلك، على أن هذا الطعن وجب تأسيسه على حالات محددة حصرا بالمادة 1492 من ق إ م ف ويمارس خلال مهلة شهر من تاريخ التبليغ بالقرار، محكمة الاستئناف عند قبولها الطعن بالبطلان تفصل في النزاع وفق ما هو مخول لهيئة التحكيم من صلاحيات.

- Arti 1491 du CPCF prévoit que : « La sentence peut toujours faire l'objet d'un recours en annulation à moins que la voie de l'appel soit ouverte conformément à l'accord des parties.

Toute stipulation contraire est réputée non écrite. »

- Arti 1492 du CPCF prévoit que : « Le recours en annulation n'est ouvert que si :

- 1 - Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou
- 2 - Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou
- 3 - Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou
- 4 - Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou
- 5 - La sentence est contraire à l'ordre public ; ou
- 6 - La sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix. »

² - جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 09

الحكم التحكيمي (1055-1056 من ق إ م إ) وهو نفس الشأن بالنسبة للتشريع الفرنسي (انظر المواد 1518 الى 1527 من ق إ م ف) مع اختلاف في بعض التفاصيل.

في حين نجد بالمقابل أن التشريع المصري وبالنظر إلى توحيد القواعد التي تحكم التحكيم فلم يسمح إلا بطريق واحد للطعن، وهو الطعن بالبطلان وفقا لأحكام المادة 52 منه.

- يكتسب الحكم التحكيمي الداخلي مثله مثل الحكم القضائي حجية الشيء المقضي فيه، بمجرد صدوره، فيما يخص الوقائع والحقوق التي تم الفصل فيها، إذ يمكن لمن صدر لصالحه أن يسعى للاستفادة منه وبالحقوق التي رتبها له، وهو لا يخضع لنظام الإعراف به قبل التنفيذ، بل يكفيه الإيداع لدى كتابة الضبط ثم إصدار أمر من رئيس المحكمة المختص بالتنفيذ أين يمهر بالصيغة التنفيذية وينفذ كالأحكام القضائية، أما تنفيذ الحكم التجاري الدولي فيخضع إلى إجراءات الإعراف وإلى التنفيذ وفق قواعد معينة يمارس خلالها رئيس المحكمة سلطة مراقبة الحكم¹.

- عند أعمال الدفع بالنظام العام للحيلولة دون تنفيذ حكم التحكيم، لا يتم أعمال النظام العام الداخلي إلا في مواجهة تنفيذ حكم التحكيم الوطني، أما حكم التحكيم الدولي فإن الأمر يختلف لأن القاضي الوطني لا يتقيد إلا بمفهوم النظام العام الدولي وحده، الذي يتميز بأنه أقل حدة وأكثر مرونة من النظام العام الداخلي، ذلك أن مفهوم النظام العام في المجال الداخلي يكون أكثر اتساعا من مفهومه الدولي².

إن كل هذه الفوارق المتقدمة تستدعي منا البحث عن المعيار أو المعايير التي يتم اعتمادها للتمييز بين التحكيمين. وتعبير آخر ما هي أهم المؤشرات التي يمكن الوقوف

1 - بخصوص تنفيذ الحكم التحكيمي انظر بشير سليم، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية اطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، سنة 2012، ص 267 وما بعدها .

2 - أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام و التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دراسة في قضاء التحكيم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، سنة 1996 ، ص 44 .

عندها لكشف طبيعة كل تحكيم هل هو داخلي أم دولي ومن ثم تطبيق القواعد القانونية الملائمة له؟.

الفرع الثاني

معايير التمييز

تعددت معايير التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي بحسب اختلاف الفقه في تحديدها، فمنهم من كانت نظريته إلى أن التمييز يكون مبني على معايير عضوية شكلية مرتبطة بعناصر التحكيم ومدى صلتها بالنظم القانونية، في حين ذهب البعض الآخر إلى الأخذ بموضوع النزاع المرتبط أساسا بطبيعة العلاقة أو العقد المثير للنزاع، ما إن كان دوليا أم لا، وفي تحديد ما إذا كان العقد دوليا أو وطنيا ومنه يكون التحكيم دوليا أو داخليا اختلف الفقه حول ذلك فمنهم من اعتمد على (المعيار القانوني) والبعض الآخر اعتمد (المعيار الاقتصادي)، وهما المعيارين اللذين تأثرت بهما التشريعات الوطنية والدولية وتم تبيينهما.

وسنعرض هذه المعايير ونبين في الأخير موقف المشرع الجزائري منها.

1- المعيار العضوي أو الشكلي

حاول أصحاب هذا الإتجاه تمييز كُلا من التحكيم الداخلي والدولي عن بعضهما البعض، بالنظر إلى عناصر عملية التحكيم ككل وصلاتها بالنظم القانونية بغض النظر عن موضوع النزاع، وعلى رأس هذه العناصر يأتي أطراف الخصومة التحكيمية، مكان التحكيم، والقواعد المطبقة على الإجراءات وعلى موضوع النزاع، فإذا كانت كل تلك العناصر، تنتمي إلى نظام قانوني واحد كنا بصدد تحكيم داخلي أو وطني¹.
وتطبيقا لذلك، فالتحكيم الذي يجري في الجزائر بين جزائريين وتطبق عليه القواعد الإجرائية والموضوعية المنصوص عليها في القانون الجزائري يعتبر تحكما داخليا وطنيا

¹ -N.Fragistas : « Arbitrage étranger et arbitrage international en droit international privé », Rev. crit., 1960, p. 1 et ss.spéc p.5-6

وخلافا لذلك، فإن كل تحكيم تتفرق بعض عناصره أو كلها بين أكثر من دولة يعتبر تحكيما دوليا¹.

2 - المعيار الموضوعي أو الوظيفي (موضوع النزاع)

يرى أصحاب هذا المعيار أن من يحاول تحديد دولية التحكيم بعيدا عن دولية موضوع النزاع، فإنه يقدم المسبب على السبب، فالتحكيم ما وجد إلا لتسوية موضوع النزاع، ومن غير نزاع فلا تحكيم².

وانطلاقا من هذه الركيزة، يمكن القول بأن التحكيم الدولي هو الذي يفصل في نزاع ذي طابع دولي، والعكس صحيح بمعنى أن التحكيم يعتبر داخليا أو وطنيا إذا كان موضوعه تسوية نزاع ذي طابع داخلي.

ورغم إتفاق أنصار هذا الإتجاه على أن موضوع النزاع هو معيار التمييز الأنسب إلا أنهم اختلفوا في الإجابة عن المعيار المحدد لدولية أو داخلية العقد أو العلاقة موضوع النزاع، ومنه أثير التساؤل عن كيفية تحديد دولية العقد، وبالنتيجة دولية التحكيم أو داخلية؟

بهذا الصدد تبني الفقه ومعه التشريعات الوطنية والدولية معيارين أساسيين لتحديد ذلك، وهما المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي. وهناك من أضاف اليهما معيار مختلط يزاوج بين كلا المعيارين.

أ - المعيار القانوني

حسب هذا المعيار يكون العقد دوليا، - ومنه التحكيم الذي يعالج منازعاته يكون دوليا - إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني، إذ يجب البحث في عناصر الرابطة العقدية عن العنصر الأجنبي، فإذا اتصلت العناصر بأكثر من دولة اكتسب التصرف الصفة الدولية .

¹ - Fouchard Philippe : « Quand un arbitrage est-il international ? » op.cit ,p.59 et ess

²-BertholdGoldmain : « les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé »,Recueil de cours la Haye,1963,T .2 ,vol.109,Page 372

« c'est en effet l'arbitrage qui est fait pour le litige et nom le litige pour l'arbitrage,si bien que c'est la nature du litige que doit le plus simplement se déduire celle de l'arbitrage » .

أي أن العقد يعتبر دولياً ويخرج بذلك عن نطاق التحكيم الداخلي، إذا كانت الأعمال المتعلقة بانعقاده أو تنفيذه، أو حالة أطرافه، سواء من حيث جنسيتهم أو محال إقامتهم، أو من حيث تركيز موضوعه، تتصل بصلات أو روابط مع أكثر من نظام قانوني¹. وبالتالي فالعقد الذي يُبرم أو يُنفذ، في مصر بين مصري وجزائري، أو شركتين إحداهما جزائرية وأخرى مصرية، يُعتبر دولياً لانتماء أطرافه إلى دول مختلفة، بل أن العقد يأخذ ذات الصفة الدولية، ولو كان بين أطراف تنتمي إلى دولة واحدة طالما كان موضوعه مثلاً تنفيذ أعمال أو مقاولات في دولة لا يحمل أي منهما جنسيتها².

وبالمقابل من ذلك فإن العقد يعد داخلياً وتطبق عليه قواعد التحكيم الداخلي، إذا كانت جميع عناصره تخضع للقواعد الداخلية فتحكمه النصوص الآمرة التي لا مجال للأفراد لمخالفتها أو تجاوزها، فهذا العقد لا يعرف مشكلة تنازع القوانين أو تعدد الأنظمة فهو يخضع لنظام قانوني واحد وهو قانون الدولة التي ينتمي إليها³.

وعلى الرغم من وضوح المعيار القانوني وسهولته في تكييف العلاقة ومنه النزاع المثار بشأنه، والذي يخضع إما للتحكيم الداخلي أو التحكيم الدولي، إلا أنه لا يكفي كضابط وحيد محدد لذلك فقد يكون وجود العنصر الأجنبي في العلاقة عرضي ولا يمت بأي صفة بالتجارة الدولية أو بمصالحها، فضلاً عن أنه قد يكون مؤثراً في عقد معين و لا يكون مؤثراً في عقد آخر ولو تشابهت ظروفهما وتقاربت في بعض الأحيان، لذلك فإن تصنيفهم هذا يعتبر حكماً مسبقاً، ومن هنا تبين نسبية هذا المعيار⁴.

1 - محمود حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية مصر، سنة 2007، ص 11. أنظر أيضاً أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 88.

2 - جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 12.

3 - ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الاردني والمقارن، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر وتوزيع الاردن، سنة 1998، ص 162.

4 - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية مصر، سنة 2004، ص 158.

ب- المعيار الاقتصادي

إن غالبية التشريعات الحديثة وعت الدور الريادي للتجارة الدولية في إمكانية تمييز التحكيم التجاري الدولي عن التحكيم الداخلي فنصت على أن التجارة الدولية تعتبر هي المعيار الأبرز إن لم يكن الأوحـد الذي على أساسه يتم تحديد هذا التمييز بين التحكيمين. ومضمون هذا المعيار في البداية كان يركز على مضمون العلاقة المثيرة للنزاع وأعتبر وفقا له، كل عقد أو علاقة قانونية تستتبع حركة مد وجزر للبضائع ورؤوس الأموال عبر حدود دولتين أو أكثر، عقدا دوليا. ومنه كل نزاع بشأن ذلك يعد نزاعا دوليا يخضع لقواعد التحكيم الدولي وبمفهوم المخالفة، فإن كل عقد لا يستتبع ذهاب أو عودة أو تصدير أو استيراد للقيم الاقتصادية (نقود، بضائع، سلع، خدمات) بين الدول، لا يعتبر لدى أنصار هذا المعيار، عقدا دوليا حتى ولو تضمن في طياته عنصرا أجنبيا أو أكثر، وتخفيفا للمعيار الاقتصادي في هذه المرحلة ، تم الإكتفاء بحركة في اتجاه واحد " تصدير " أو " استيراد" للأموال عبر الحدود.

وفي مرحلة تالية، اعتبر أنصار هذا المعيار أن العقد يعتبر دوليا، إذا اتصل إتصالا وثيقا بحاجات ومصالح التجارة الدولية، فكل عقد يمس أو يتصل بحاجات ومصالح التجارة الدولية يمكن الإتفاق على إخضاع ما ينشأ عنه من منازعات لقضاء التحكيم والإفلات من القضاء الوطني، ومثل هذا الإتفاق يكون صحيحا دون الحاجة إلى البحث عن القانون واجب التطبيق على العقد .

ثم في مرحلة تطور أخيرة لهذا المعيار، أصبح العقد دوليا كل عقد يتعدى بتبعاته وآثاره الإقتصاد الداخلي للدولة، فالطابع الدولي للعقد يعتمد على كل العناصر التي يجب أن تؤخذ في عين الاعتبار في تقدير مدى خروج إقتصاديات العقد عن نطاق الإقتصاد الوطني أو الداخلي للدولة¹، وترتيبه لأثار مزدوجة في دولة أخرى. أي أنه لم يعد المفهوم مرتبط بفكرة التجارة وإنما تعداها إلى فكرة إرتباطه بالمصالح الإقتصادية للدول .

¹ - علي هشام صادق ، المرجع السابق ، ص 84.

و لما كان مصطلح المصالح الإقتصادية هو في ذاته يحتاج إلى تعريف، يذهب بعض الفقه إلى الإبقاء على مصطلح التجارة أو التجارية دون أن ينظر إليه بنظرة ضيقة، بل يجب أن يعطى مفهوما واسعا حيث يشمل كل العمليات التجارية و جميع أوجه النشاط الإقتصادي الذي يهدف من وراءه تشغيل رؤوس الاموال وتحقيق الربح، حتى و لو أعتبر أي عمل من هذا القبيل مدنيا بالمفهوم الضيق للتجارة¹، و تشمل كذلك كافة العلاقات القانونية ذات الطابع الاقتصادي، سواء كانت هذه العلاقات عقدية أو غير عقدية والتي لا يمكن حصرها.

إلا أن البعض الآخر ذهب إلى تفضيل استخدام مصطلح المصالح الاقتصادية كونه يغطي كل نشاط إقتصادي يرتبط بفكرة مشروع يهدف من ورائه الى تحقيق الربح وخلق الثروة، سواء وقع بمناسبة إستغلال مشروع تجاري أو استثماري وهو ما يطلق عليه "الروابط الانسانية ذات الأهداف الاقتصادية"².

ج - المعيار المختلط

على الرغم من راحة المعيار الإقتصادي إلا أنه لم يسلم من النقد على اعتبار أنه قائم على المرونة وعدم التحديد. ولذلك ذهب بعض الفقه والإجتهد القضائي إلى الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي، وبهذا الشأن تبنت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 04-07-1974 أطروحة الجمع بين المعيارين لتحديد دولية العقد ومنه دولية التحكيم المحال إليه منازعات هذا العقد، إذ أكدت على المعيار القانوني الذي ينطوي على اتصال العقد بأكثر من نظام قانوني، ولم تكتف بذلك بل أضافت الهدف من العقد وهو تحقيق مصالح التجارة الدولية أي تحصيل الأرباح للشركة الهولندية من خلال تشجيع صادراتها الى فرنسا وما يترتب عن ذلك من حركة انتقال للأموال بين الدولتين طبقا للمعيار الاقتصادي³.

¹ - Bellet et Mezger : L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civil, Rev.Crit, 1981, p 611.

² - Jean Robert: L'arbitrage, 5ème édition, Dalloz, 1983, p227.

³ - Cass. Civ. 1re. 4 juillet 1972, Rev. crit DIP, 1974. 82, note Pierre. Level.

-انظر ايضا محمود محمد ياقوت، المرجع السابق ، ص 64 .

أي أن محكمة النقض الفرنسية استندت في هذا القرار الى المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي معا إلا أنه كثير من التشريعات في الغالب انتهجت أحد المعيارين.

الفرع الثالث

موقف المشرع الجزائري بخصوص معيار التمييز

وضع المشرع قانون الاجراءات المدنية والادارية قواعد خاصة بالتحكيم الداخلي وضمنها في المواد من 1006 إلى 1038، وأخرى خاصة بالتحكيم التجاري الدولي وضمنها في المواد من 1039 إلى 1061، وبينهما جعل قواعد مشتركة تطبق على كليهما ضمنها في المواد 1014 إلى 1018.

وبالرجوع إلى المعايير التي وضعت لأجل تحديد الدولية التجارية للتحكيم ومنه تمييز التحكيم الداخلي عنه، يتبين أن المشرع الجزائري أخذ بالمعيار الاقتصادي بحسب نص المادة 1039 من (ق إ م إ)¹، وهذا بعدما كان في المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية الملغى يأخذ بالمعيار المزدوج، أي القانوني المتمثل في أن يكون موطن أو مقر أحد المتعاقدين على الأقل في الخارج والاقتصادي بمعنى مساسه بالمصالح التجارية.

فالمشرع حرص على أن التحكيم يكون تجاريا متى كان النزاع المحال عليه منصبا حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي. ويأخذ الطابع الدولي إذا مس هذا النزاع المصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، أي يجب أن يكون لكل طرف مركز في دولة مختلفة²، فبحسبه فإن إتصال النزاع بعلاقة إقتصادية دولية يصبغ على التحكيم الصفة

¹ - تنص المادة 1039 من (ق إ م إ) على أنه: " يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل". وقد كانت المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية الملغى تنص على أنه : " يعد دوليا بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل بالخارج".

² - حورية بسعد، التحكيم التجاري الدولي طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر المجلد 47، العدد 01، سنة 2010، ص 314

الدولية ويخرجه من التحكيم الداخلي، وهذا بغض النظر عن مكان التحكيم أو جنسية الأطراف أو القانون الواجب التطبيق¹.

ومرّد هذا التغيير هو التماشي مع الإلتزامات الدولية للجزائر وتأثرا ببعض التشريعات المقارنة - كالتشريع الفرنسي- التي أخذت كذلك بهذا المعيار الإقتصادي، فضلا عن أن أسباب الأخذ بالمعيار المزدوج الذي كان الغرض منه بحسب رأي بعض المختصين هو التضييق من اللجوء الى التحكيم الدولي لتخوف الجزائر منه²، بالنظر إلى حداثة تطبيقاته لديها، لم تعد قائمة .

ويورد الدكتور أكثم أمين الخولي على المعيار الاقتصادي ملاحظتين تتعلق الأولى بضرورة عدم قصر المقصود من دولية التحكيم عند التطبيق على الدول فقط دون أشخاص القانون الخاص كالشركات أو الأفراد، فمصالح هؤلاء تعتبر أيضا مصالح لدولتهم التي يتمتعون بجنسيتها، والثانية تتعلق بمفهوم المصالح الاقتصادية، إذ يجب عدم قصرها فقط على ما هو تحت مفهوم التجارة الدولية الوارد في القانون الفرنسي، بل بهذا المصطلح يمكن تمديد مفهوم التحكيم التجاري إلى كل المصالح الاقتصادية ولو لم تكن من طبيعة تجارية بالمعنى الوارد في القانون التجاري³.

¹ - للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع راجع:

- Issaad Mohand, « La nouvelle loi algérienne relative à l'arbitrage international », R.Arb, n° 3, 2008, p.421.

² - كما أشار إلى ذلك الأستاذ محمد بجاوي في حوار له مع جريدة الوطن بتاريخ 16-12-1992 عندما قال أن:

« Il est clair que nous acceptons la formule de la légalité de recours à l'arbitrage international mais pas dans n'importe quelles conditions. Nous avons instauré des verrous de sécurité qui offrent à l'arbitrage international toutes les chances de réussir, mais qui donnent aussi à l'Etat l'occasion de contrôler ses actions : il s'agit de définir le siège; le droit applicable ; l'exéquatur.... ».

³ - أكثم أمين الخولي ، تنفيذ أحكام التحكيم الدولية طبقا للقانون الجزائري الجديد ، مجلة التحكيم ، العدد الخامس يناير 2010 ، ص 97-99 .

و نعتقد أن ما ورد في رأي الدكتور أكثم أمين أعلاه ينبغي التنبيه عليه، فلا يجب فعلا الإعتقاد حتى نكون أمام تحكيم تجاري دولي، ضرورة أن يكون النزاع بين دولتين تمثلان من طرف الأشخاص العامة المؤهلة حول موضوع ذي طابع اقتصادي بالمعنى التجاري، فهذا الأمر مردود على اعتبار أن المصلحة الاقتصادية الدولية لأي دولة لا ترتبط فقط بما تنجزه الأشخاص المعنوية العامة، وما تدخل فيه من علاقات بهذا الشأن فكل ذلك الأشخاص الخاصة التابعة للدولة والحاملة لجنسيتها بما تمارسه من نشاطات وعلاقات واستثمارات تنعكس بالضرورة على اقتصاد الدولة

أي أن مفهوم المصالح الاقتصادية لا يقتصر على الجانب التبادلي للسلع والخدمات بل يمتد إلى كل ما يمكن أن يمس إقتصاد الدولة كـ مجال الإستثمار، التأمينات، البنوك الخ..

ولعل ما يؤكد هذا الأمر هو نص المادة 1006 من (ق إ م إ) التي منحت الترخيص للأشخاص المعنوية العامة إجراء التحكيم في علاقاتها الإقتصادية الدولية، وكذا في الصفقات العمومية التي ترتبط مباشرة بالإستثمار، لأجل خلق الثروة وليس لتبادل السلع فقط . ومنه بالضرورة وجود حركة للأموال ما بين الدول.

ويرى عبد الحميد الأحـدب أن مفهوم " المصالح الاقتصادية " يمتد ليشمل كل نشاط إقتصادي أو أي علاقة مدنية كانت أم تجارية، قانونية أم غير قانونية، يهدف من ورائه الحصول على عائد أو فوائد، بغض النظر عن طبيعة النشاط¹.

فالشركة الخاصة التي تستثمر وتبرم علاقات مع الشركات الاجنبية، أكيد أنها بهذا النشاط ستحقق مكاسب اقتصادية كبيرة للدولة قد لا تحققها هذه الأخيرة هي نفسها، وبالتالي لا أعتقد أن المشرع الجزائري بهذا التعريف كان قاصدا فقط النزاعات التي تظهر فيها الأشخاص المعنوية العامة، بل حتى الأشخاص الخاصة التابعة لها هذا من جهة ، ومن جهة فإن مفهوم المصالح الاقتصادية أوسع من مفهوم المصالح التجارية الدولية التي تعني تبادل السلع والخدمات وإحداث حركة للأموال عبر الحدود الإقليمية للدول، إذ المصلحة الاقتصادية الدولية لا تقتصر على الجانب التبادلي للسلع والخدمات، بل تمتد إلى كل ما يمكن أن يمس إقتصاد الدولة كـ مجال الإستثمار، التأمينات، البنوك ولعل ما يؤكد هذا الأمر هو نص المادة 1006 من (ق إ م إ) التي منحت الترخيص للأشخاص المعنوية العامة إجراء التحكيم في علاقاتها الإقتصادية الدولية، وكذا في الصفقات العمومية التي ترتبط مباشرة بالإستثمار، لأجل خلق الثروة وليس لتبادل السلع فقط.

ويعتبر هذا المعيار بهذا التفسير انفتاح حقيقي للدولة الجزائرية على الإقتصاد العالمي، إلا أننا لا ندري إن كانت السلطات العمومية مدركة لعواقب ذلك، سيما مع قلة وهشاشة خبرة الطرف الجزائري في التفاوض بمناسبة إبرام العقود والصفقات، فضلا عن نقص التكوين والتجربة لدى الكوادر المفاوضة في مجال التحكيم الذي يعد أحد أهم العناصر التي يأخذها المستثمر الأجنبي بعين الإعتبار، لإدراكه أنه لا محالة ستكون هناك نزاعات وجب عليه أن يُرتب لها أحسن الحلول التي تخدمه، وهو الأمر الذي لا نجده من الجانب الجزائري في أغلب الصفقات المبرمة بحسب ما يثبتته الواقع العملي . - انظر قطاف حفيظ ، مجال تدخل القضاء في خصومة التحكيم التجاري الدولي على ضوء قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد (08-09)، رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة سطيف 02 ، 2015 ، ص 08

¹ - عبد الحميد الأحـدب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص باليومين الدراسين عن الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم، يومي 15-16 جوان 2008، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والاشهار، روية، الجزائر، سنة 2009، ص 24

وقد أخذ التشريع الفرنسي المعدل سنة 2011 كذلك بالمعيار الاقتصادي ، على أنه استعمل مصطلح المصالح التجارية الدولية، في حين القانون المصري للتحكيم حاول تحديد معيار دولية التحكيم بالمزاوجة بين المعيارين منه¹.

بعد تحديد المفاهيم المتعلقة بالتحكيم عامة والتحكيم الداخلي خاصة، سنبحث فيما يلي عن مفهوم المركز القانوني للمحكم الداخلي وتمييزه عن بقية المهن المشابهة له.

المبحث الثاني

ماهية المركز القانوني للمحكم الداخلي

لا يمكن أن نقف على تعريف المركز القانوني دون تعريف أولا المحكم ثم بيان أوجه التفرقة والتمييز بينه وبين المهن الأخرى المقاربة له ظاهريا.

المطلب الأول

ضبط المفاهيم المرتبطة بالمحكم وتمييزه عن باقي المهن

يستمد الشخص مركزه القانوني كمحكم وما يترتب عن ذلك من آثار نتيجة ممارسته للتحكيم، ولما كان هذا الأخير عرف تعريفات متعددة فإن ذلك انعكس بالنتيجة على تعريف المحكم، إذ عرف بدوره تعريفات متعددة وإن كانت كلها تصب في مفهوم واحد، ولتشابه عمل المحكم مع أعمال ومهن أخرى ولتحديد مركزه القانوني عملت الدراسات الفقهية على التمييز بينه وبين باقي المهن المشابهة له، وكل ذلك مما يساعد على التكيف الصحيح للتصرف ومنه وضعه في قالب القانوني الذي يحكمه، وهو ما سنعالجه فيما يلي.

¹ - أنظر المادة 1504 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي المعدل والمتمم، المرجع السابق.
- أنظر المادة 03 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 ، المرجع السابق.

الفرع الأول

مفهوم المركز القانوني للمحكم

للمحكم تعريفات متنوعة بتنوع التعريفات الموضوعية للتحكيم، كما أن مفهوم المركز القانوني أيضا حاول فيه الفقه تأطير معناه بما يسمح بوضع التكييفات المناسبة لنشاط أي مهنة وتمييزها عن بعضها البعض .

أولا : التعريف بالمحكم ومركزه القانوني

سنعالج في هذا المقام تعريف المحكم لغة وفقها وقانونا لنعرج بعدها إلى بيان معنى المركز القانوني له.

1- التعريف اللغوي، الفقهي والقانوني للمحكم

- **المحكم لغة** بتشديد الكاف وفتحها يعني الحكم والفصل، وتحكم في الأمر حكم فيه وفصل فيه برأي نفسه من غير أن يبرز وجها للحكم، وتصرف فيه وفق مشيئته، وحكم بمعنى ولاه وجعله حكما، ويقال أحكم الشيء أو الأمر بمعنى أتقنه وضبطه، ويقال شَيخٌ مُحَكَّمٌ أي مَنْ حَكَّمَهُ التجارب وصارت لأحكامه مصداقية، فهو الرجل المجرب المنسوب إلى الحكمة، ونقول حاكمته للقاضي أي رافعته، ويقال حَكَّمَهُ في أموره جعل إليه الحكم فيها والتصرف¹. ويقول ابن منظور: "حَكَّمُوهُ بينهم بمعنى أمَّروهُ بينهم وأمروه أن يحكم بينهم ويقال حَكَّمْنَا فلانا فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا".²

و الحَكَمَ - بفتح الحاء والكاف- من أسماء الله الحسنى، قال الله تعالى: "أَفَعَيَّرَ اللَّهُ أَبْتَغِي حَكَمًا وَهُوَ الَّذِي أَنْزَلَ إِلَيْكُمُ الْكِتَابَ مُفَصَّلًا وَالَّذِينَ آتَيْنَاهُمُ الْكِتَابَ يَعْلَمُونَ أَنَّهُ مُنْزَلٌ مِنْ رَبِّكَ بِالْحَقِّ فَلَا تَكُونَنَّ مِنَ الْمُمْتَرِينَ"³، كما يطلق على من يختار للفصل بين

¹ - انظر معجم المعاني الجامع على الموقع الإلكتروني <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar>.

² - ابن منظور، لسان العرب، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر، القاهرة، ج 15 بدون سنة النشر، ص 31.

³ - الآية 114 من سورة الانعام . وقد جاء في صحيح أبي داود أن يزيد بن المقدم بن شريح، عن أبيه، عن جده شريح، عن أبيه هاني روى أنه لما وفد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم مع قومه سمعهم يَكُونُونه بأبي الحكم، فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: إن الله هو الحكم، وإليه الحكم، فلم تَكُنْ أبا الحكم؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم، فرضي كلا الفريقين، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما أحسن هذا، فما لك من الولد؟ قال: لي شريح، ومسلم، وعبد الله، قال: فمن أكبرهم؟ قلت: شريح، قال: فأنت أبو شريح.

المتنازعين، و بهذا ورد في القرآن الكريم في قوله تعالى: " وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا".¹

- أما في الفقه فقد عرف أنه من: "يعهد إليه بالفصل في النزاع المعروض على التحكيم"²، وعرفه آخر بأنه: "الشخص الذي ينيط به المتخاصمان مهمة فصل نزاع حال أو محتمل الوقوع بينهما، أو من تعيينه المحكمة إستنادا لإرادة الأطراف لذات المهمة بحدود صلاحيتها المنصوص عليها في قانون التحكيم ويتمتع بالصفات الواجبة قانونا".³ كما عرف بأنه: "شخص يتمتع بثقة الخصوم، يتولى مهمة الفصل في نزاع معين بموجب اتفاق مبرم بينه وبين الأطراف المحكمة يكون حكمه ملزما لأطراف الخصومة"⁴. وعرف أيضا بأنه: "شخص يتولى مهمة الفصل في نزاع معين بموجب اتفاق مبرم بينه وبين المحكّمين ويكون حكمه ملزما له"⁵.

وذهب الفقيه الفرنسي دوما (Doma) إلى تعريفه على أنه: "ذلك الشخص المختار الذي تمنح له سلطة الحكم لأجل تسوية المنازعات وإنهائها وفق ما يعتبره عادلاً ومعقولاً"⁶.

ويذهب توماس كلاي (Tomace Clay) إلى القول أن كلمة المحكم مشتقة من الكلمة اللاتينية⁷ arbiter والتي تعني القاضي الخاص juge privé ، وهو يذهب في تعريفه الإصطلاحي إلى تأييد التعريف الذي جاء به الفقيه دوما مع إعطاءه لصياغة

¹ - الآية 35 من سورة البقرة .

² - شحاتة محمد نور، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكّمين ،دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1997، ص 05

³ - الصانوري مهند احمد، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة ، عمان ، سنة 2005، ص 57.

⁴ - سيد احمد محمود، نظام التحكيم دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2003 ص 274.

⁵ - يوسف سحر عبد الستار، المركز القانوني للمحكم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 ص 39

⁶ - Jean Domat : Les lois civiles dans leur ordre naturel ; le droit public, et Legum delectus. A. Chevallier, Luxembourg, 2e éd., 1702, spéc. Tome I", livre I", titre XIV « Des compromis », Preamble . Voir le cite internet : <https://books.google.fr>

⁷ - Tomace Clay , op,cit ,p 14-16

أكثر اتساقا مع التحولات المعاصرة فأورد بهذا الخصوص بأن المحكم : " قاضي خاص يعينه من يجب أن يبت ويفصل في منازعاتهم ". وبهذا التعريف يتميز المحكم عن ما يشبهه أو كما سماهم " faux arbitres " من مثل المصلح، الوسيط، الخبير، الوكيل طبقا للقانون المدني، ..الخ¹.

ويرى البعض أن المحكم شخص يتمتع بثقة الخصوم، أولّوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم، وقد يتم تعيينه من جانب المحكمة، إذا كان التشريع يجيز ذلك للقيام بذات المهمة المقدمة ويكون حكمه ملزما للمحتكمين². فهو قاضٍ بكلّ ما تحمله الكلمة من معنى، ويخضع حتما لكل ما ينص عليه القانون من مبادئ وقواعد، فالمحكم كقاضٍ من نوع خاص، يباشر مهمته بحرية تامة ولحكمه خصائص الأحكام³.

- أما في التشريع فبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا نجد أنه يقدم لنا تعريفا للمحكم مثله مثل التشريع الفرنسي، بل اكتفيا بتحديد إجراءات التحكيم والأحكام المنظمة لكل ما تعلق به، تاركا بذلك مسألة التعريف إلى الفقه على غرار تحديد مفهوم التحكيم، وهو نفس الأمر بالنسبة للقضاء إذ لم نثر بهذا الخصوص من خلال قرارات المحكمة العليا التي وقفنا عليها على تعريف للمحكم⁴.

ولقد أحالت مجلة الأحكام العدلية في تعريف القاضي إلى المادة 1785 بما نصها : "هو الشخص الذي نصب وعين من قبل السلطان لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقاً لأحكامها المشروعة"، والمحكم هنا يجمعه مع القاضي الاختصاص بالفصل في النزاع ولكنه لا يعينه السلطان، وإنما يختاره الخصوم

¹ - Tomace Clay , op,cit , p 17-19

² - أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، سنة 2007 م، ص 161. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، المرجع السابق، ص 197، سحر عبد الستار إمام يوسف، المركز القانوني للمحكم، دار النهضة العربية، سنة 2006 ، ص 39 .

³ - هدى محمد مجدي عبد الرحمان، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، سنة 1997 ، ص 26.

⁴ - على عكس ذلك عرفت محكمة النفوذ المصرية المحكم على أنه: " شخص يتمتع بثقة الخصوم وبفصل فيما شجر بينهم بحكم يحوز على حجة الشئ المحكوم به بمجرد صدوره". مشار إليه من طرف الصانوري ، مرجع سابق، ص 57 .

أي أن المحكم بمفهوم القياس هو "الشخص الذي نصب وعين من طرف اطراف النزاع لأجل الفصل في الخصومة الواقعة بينهم"¹.

ويمكن القول أن التعريفات السابقة وإن اختلفت في الصياغة إلا أن مجملها يصب في مفهوم واحد، وهو أن المحكم شخص يتولى بموجب اتفاق مبرم بينه وبين الأطراف المتنازعة مباشرة أو عن طريق مؤسسة تحكيم مهمة الفصل في نزاع معين حال أو محتمل الوقوع ويكون حكمه ملزما لهم.

و ينبغي الإشارة إلى أن الفقه والتشريع يستخدم أحيانا اسم (محكم) وأحيانا أخرى اسم (هيئة التحكيم)، واستخدام اللفظ الأول أو الثاني مرتبط بعدد الأعضاء الموكّل إليهم الفصل في النزاع²، فإن كانت المحكمة مشكلة من محكم واحد استخدم لفظ المحكم، وإن كانت مشكلة أكثر من واحد فيطلق عليها إسم (هيئة التحكيم) وهناك من التشريعات من تستخدم لفظ الهيئة حتى ولو كانت مكونة من محكم واحد مثل ما هو الأمر في التشريع المصري الذي أبرز في المادة 04 منه على أن مصطلح هيئة التحكيم تعني المحكمة التحكيمية المشكلة من محكم فرد أو أكثر .

في حين المشرع الجزائري لم يورد مثل هذا التوضيح وإنما نص على مصطلح محكمة التحكيم في ثنايا النصوص للتعبير عن المحكمة التحكيمية المشكلة سواء من محكم فرد أو من محكمين، ونعتقد أن استخدام هذا المصطلح أحسن من مصطلح الهيئة كون الهيئة تقتضي في مفهومها وجود تعدد لأشخاص في حين مصطلح المحكمة يستغرق الاثنين .

2- تعريف المركز القانوني للمحكم

يقصد بالمركز القانوني مجموعة الخصائص والقواعد والالتزامات والضوابط السلوكية الموحدة والدائمة التي يخضع لها شخص أو مؤسسة، وتمكن من تكييفه وبالتالي تحديد مركزه ونظامه القانونيين³.

1 - العوا فاطمة، عقد التحكيم في الشريعة والقانون ،المكتب الاسلامي بيروت ، سنة 2002، ص 252.

2 - محمد حسن حامد، نظام التحكيم الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة ، سنة 2007، ص 17 .

3 - الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 202.

كما عرف بأنه مجموعة من الأحكام التعاقدية أو القانونية أو التنظيمية التي تحدد القواعد الموضوعية وغير الشخصية التي تنطبق على وضع قانوني محدد سواء تعلقت بمجموعة من الأشخاص لصفاتهم، كالنظام الأساسي للقضاة أو تعلقت بالقواعد التي تحكم نوع من المنظمات كالنظام الأساسي للمؤسسات المالية "أو" النظام الأساسي للغرف التجارية"، كما يدخل في إطاره الأحكام التشريعية المطبقة على المتقاضي حسب جنسيته أو مكان إقامته (حالة الاشخاص)، أو المطبقة وفقاً لموضوع النزاع أو المطبقة وفقاً لمكان الإقليم أو على الأشخاص الذين نشأوا في ذلك المكان (الوضع الإقليمي)¹. وعلى ذلك فإن المراكز القانونية على نوعين²:

- النوع الأول هو المراكز القانونية النظامية، ويطلق عليها بالمراكز القانونية الموضوعية أو التنظيمية للدلالة على عمومية مضمون هذه المراكز، وتتميز بأن مضمونها واحد ومتجانس لجميع الأشخاص الذين تتوافر فيهم الشروط القانونية لاكتسابها، فهو محدد بإجراء قانوني عام ومجرد سواء كان ذلك بموجب القوانين أو الأنظمة . كالمركز القانوني للقضاة، أو الموظفين العموميين أو المراكز القانونية للمهنة الحرة من الموثقين والمحضرين القضائيين والخبراء أو للشركات والمؤسسات المالية... إلخ

- النوع الثاني فهو المراكز القانونية الفردية ويطلق عليها بالمراكز القانونية الشخصية للدلالة على طابعها الشخصي، وهي تتميز بأن مضمونها واحد ومختلف من شخص لآخر. كالمركز القانوني للمالك أو المستأجر... إلخ

والأثر الذي يترتب على هذين النوعين من المراكز هو أن المراكز النظامية يجوز تعديل مضمونها، لأن هذه المراكز تستمد وجودها من القوانين والأنظمة والتعليمات التي تحدد فحواها، فيسري هذا التعديل على جميع الأشخاص الذين يشغلون هذه المراكز دون إمكانية الاحتجاج بفكرة الحقوق المكتسبة، بينما لا تتأثر المراكز الشخصية بتعديل

¹ - <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/statut.php>

- <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/statut/74543> (consulté le 12-10-2021)

2 - سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية - مصر، سنة 1984، ص 672.

القوانين أو الأنظمة أو التعليمات وإلغاءها، لأن مضمون هذه المراكز محدد بصورة فردية وليس بإجراءات قانونية عامة، ولهذا فإن المراكز الشخصية غير قابلة للمساس بها. وبناء عليه فإن المركز القانوني للمحكم يعد بمثابة الإطار القانوني العام الذي يتضمن مجموعة القواعد الضابطة لمنشأ تأهيله لممارسة التحكيم سواء من حيث الموضوع أو الاجراءات، ويحدد سلطاته والتزاماته وحقوقه وواجباته ومسؤوليته تجاه النزاع التحكيمي وتجاه أطراف النزاع ومركز التحكيم .

ولما كانت مهمة المحكم هي محور مركزه القانوني والتي على أساسها تتولد له حقوقه والتزاماته، فإنه بالرجوع إلى التشريعات الوطنية لا نجد فيها نصوص خاصة تنظم مهنة المحكم من حيث شروط الانتساب و الحقوق والالتزامات والمسؤولية على غرار باقي المهن الحرة الأخرى، وإنما تدرج ذلك في سياق بيان القواعد والأحكام الواجب احترامها سواء من الأطراف أو المحكم بمناسبة السعي للفصل في النزاع عن طريق التحكيم، وهو الأمر الذي أدى إلى تنوع الاجتهاد الفقهي والقضائي في تأطير هذا المركز بما يسمح لأطراف النزاع ومؤسسات التحكيم من تنظيم علاقاتها مع المحكم وفقا لذلك.

الفرع الثاني

تمييز مهمة المحكم عن غيرها من المهن

تتزامن مع المهمة التي يقوم بها المحكم عدة مهن ووظائف أخرى تتشابه معها كالمهام التي يقوم بها القاضي والخبير والوكيل والمصلح أوالموفق، غير أن مهمة المحكم تختلف عنها من نواحي أخرى لذا سنتعرف في هذا الفرع إلى أهم الفوارق ما بين مهمة المحكم و المهام الأخرى المشابهة له، على أننا أرجأنا التطرق الى التمييز بينه وبين القاضي باعتبار أن هذا الأخير أخذناه كمقاربة لتحديد مدى تمتع المحكم بنظام قانوني مستقل كالذي يتمتع به القاضي العمومي .

أولاً: التمييز بين مهمة المحكم ومهمة الخبير

تتشابه مهمة الخبير إلى حد ما مع مهمة المحكم، إلا أن الخبير دائماً موقفه في الدعوى موقف الشاهد ولا صلة له بأطراف النزاع، لأن مهمة الخبير هي إبداء الرأي بناء على خبرته في مسألة معينة، فهو يقدر مسألة فنية ويبسطها ويضعها تحت تصرف

محكمة التحكيم أو القاضي، فلا يفصل الخبير بالنزاع وإنما يكون له رأي استشاري في أمر غامض ذات طابع فني ولا يكون ملزماً، ويحق للأطراف قبوله أو المنازعة فيه. في حين أن المحكم -حتى وإن كان خبيراً - يصدر حكماً يكون ملزماً للخصوم إذا صدر صحيحاً مستكملاً لجميع الإجراءات اللازمة لصحته، ويحوز حجية الأمر المقضي به، فلا يجوز للخصوم عرضه على محكمين آخرين أو عرضه على القضاء¹.

فالاستشارة والاستئناس هي من شأن الخبير واستظهار حكم القانون والعدالة في نزاع بحكم يحسمه هي مهمة المحكم².

وقد يصعب في بعض الأحيان تحديد حقيقة المقصود من المهمة الملقاة على عاتق شخص ما، ما إذا كانت مهمة تحكيم أو خبرة لاسيما في ظل غموض العبارات ولذلك تعددت الآراء حول ذلك³:

- حيث ذهب البعض الى القول باعتماد معيار إرادة الخصوم من خلال فهم طبيعة قصدهم إن قصدوا الالتزام برأي الغير أم لا، فنكون بصدد تحكيم إذا قصدوا ذلك والعكس صحيح، والبعض الآخر استند على معيار وجود نزاع من عدمه، بحيث إذا لم يوجد نزاع كنا بصدد خبرة والعكس صحيح، وذهب رأي آخر إلى الإعتداد على معيار المسائل الواقعية والتمييز بينها وبين الادعاءات القانونية، وبالتالي نكون أمام تحكيم إذا كان الغير يفصل فيها، أما إذا كان يبدي رأيه فيها فقط فهو خبير

- وذهب الرأي الأخير إلى الجمع بين الآراء السابقة من خلال الإعتداد على إرادة الخصوم مع الإسترشاد بمعياري القوة الملزمة لقرار الغير وقيام النزاع على مسألة معينة. وعلى قاضي الموضوع استخلاص حقيقة مقصود الخصوم من واقع الدعوى وظروف الحال⁴.

¹- ابراهيم رضوان الجبيري، مسؤولية المحكم المدنية عن الاخلال بالتزاماته، مجلة جامعة العلوم التطبيقية، البحرين، المجلد 3 العدد1، سنة 2019 ص 9. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية القاهرة ، سنة 2008، ص 24

² - هدى مجدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 26 .

³- نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية ،دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، الطبعة 1، سنة 2004، ص 10-09 .

⁴ - أحمد ابو الوفا، المرجع السابق، ص 29 .

ثانيا: التمييز بين المحكم و المصالح

تتشابه مهمة المحكم مع مهمة المصالح في كونهما ينشآن عن عقد، وبهما يتم حسم النزاع القائم بين الأطراف لكنهما يختلفان في أمور أخرى :

- محل عقد المحكم هو إختيار محكم للفصل في النزاع وعدم عرضه على القضاء التابع للدولة، أما في عقد الصلح فالمحل هو تسوية مباشرة لنزاع قائم بين الأطراف بواسطة الأطراف أنفسهم أي أنه في الصلح لا يوجد محكم .

- في عقد الصلح¹ يتنازل كل خصم عن جزء من الحق الموضوعي مقابل تنازل الطرف الآخر عن جزء مقابل منه، وكل طرف يعرف مقدما ما تنازل عنه، أما في مهمة المحكم فلا يوجد تنازل، وإنما يوجد تفويض من الخصوم له في فض النزاع وبالتالي يمكن له أن يستجيب لكل طلبات أحد الخصوم ورفض طلبات الطرف الآخر، و كل خصم يجهل الحل الذي سيصل إليه المحكم في المستقبل

- ينتهي عمل المحكم في الغالب بإصداره لحكم منهي للنزاع وملزم للأطراف يكون قابل للتنفيذ الجبري، اذا توافرت شروطه وفقا لإجراءات محددة، في حين ينتهي الصلح بمجرد التنازل المتبادل بين الأطراف. وعقد الصلح ينهي ويحسم النزاع بصفة نهائية ويكون قابلا بذاته للتنفيذ كما تنفذ العقود، ولا يتولد عن الصلح أي حكم، إلا إذا تم الصلح أمام القضاء أين يتم الإشهاد عنه من القاضي بموجب حكم يكون كاشفا له، وبعد تحرير محضر بذلك يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط ويودع لدى امانة ضبط المحكمة².

ويضع بعض الفقه معيارا للتمييز بين المحكم والمصالح معيار مبني على التساؤل التالي: هل الحل الذي انتهى اليه النزاع نشأ عن صميم عمل الخصوم أنفسهم أم أنه من صميم عمل الغير؟ وبالتالي يكون العمل صلح في الحالة الأولى ويكون تحكيما في الثانية

¹- تنص المادة 459 من القانون المدني الجزائري : " الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه." .

² - تنص المادة 990 من ق إ م إ على أنه : " يجوز للخصوم التصالح تلقائيا او بسعي من القاضي، في جميع مراحل سير الخصومة " .

وتنص المادة 991 من نفس القانون : " بثبت الصلح في محضر يوقع عليه الخصوم والقاضي وامين الضبط ويدع بامانة ضبط الجهة القضائية ."

وأضاف البعض الآخر معيار البحث عن مصدر الصفة الملزمة للحل الذي انتهى إليه النزاع، فإذا كان الإلزام يستمد من اتفاق الخصوم كان الوضع هو الصلح، أما إذا كان الإلزام يستمد من قرار الغير فإن الأمر يتعلق بالتحكيم .

ثالثا: التمييز بين المحكم والوسيط أو الموفق

الوساطة طريق ودي لحل المنازعات الناشئة بين الأطراف، عن طريقه يقوم الخصوم بتعيين شخص بغرض تكليفه بالسعي والتوسط بينهما لأجل الوصول الى حل ودي أو تسوية ينهي النزاع بها ويرضى عنه الأطراف ويتم تحريره في محضر معد لذلك يوقع عليه الخصوم والوسيط¹. فالموفق أو الوسيط يسعى إلى تقريب وجهات نظر الاطراف محاولا من ذلك الوصول بهما الى قرار مرضي لكليهما كدافع لقبوله وتنفيذه اختيارا دون إصدار حكم² .

وإذا كانت مهمة الوسيط تنهي النزاع إلا أنها تختلف عن مهمة المحكم من حيث أن الوسيط، إذا ما قام بمهمته خارج ساحة القضاء لا ينتهي عمله بحكم بل مجرد اقتراح لتقريب وجهات الأطراف والمحضر الذي يحرره لا تكون له حجية الأحكام. أما مهمة المحكم فهي تتم خارج ساحة القضاء، إلا أنها تنتهي بحكم ملزم له حجية الشيء المقضي به، ولذلك يتم التفريق بينهما بالاعتماد على معيار نية الخصوم ومعيار القوة الملزمة على الوجه المبين في التفرقة بين عمل المحكم والمصلح.

أما إن كان الوسيط المختار لحل النزاع معين من طرف القاضي، فإن التفرقة تكون واضحة وسهلة التطبيق كون القانون قد قنن الوساطة كحل بديل لفض النزاعات³، وهي تتم تحت رقابة القضاء وتنتهي بمحضر اتفاق - إن كان هناك اتفاق - يكون سندا تنفيذا

¹ - وفاء فاروق محمد حسن، مسئولية المحكم، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2008، ص51 . أنظر أيضا عادل محمد خير، حصانة المحكمين، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1997، ص62

² - حميد محمد اللهي، المحكم في التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراة، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، سنة 2002، ص 13 .

³ - أنظر المواد من 994 الى 1005 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية .

بمجرد المصادقة والتأشير عليه من القاضي المختص وشأنه في ذلك شأن محضر الصلح طبقا للمادة 1004 من نفس القانون¹.

رابعاً: التمييز بين المحكم والوكيل

في كل من التحكيم والوكالة يفوض الخصم شخصا آخر ليقوم مقامه في تصرف جائز قانوناً، والوكيل لا يقوم كقاعدة عامة إلا بما يمكن أن يقوم به الموكل، فلا يملك أكثر مما يملك الموكل، ولا يسري في حق الموكل ما هو خارج عن حدود وكالته فهو لا يستقل عن الموكل، وإنما يأتمر بأوامره فإن خرج عنها كان للموكل أن يتصل من العمل الذي أجراه لحسابه، أما المحكم فهو مستقل تمام عن الخصوم ويكتسب بمجرد الاتفاق التحكيمي على صفة المحكم، ولا يملك المحتكمين التدخل في المهمة التي عهدت إليه، فهو لا يعمل باسم أحد الخصوم أو لصالحه حتى لو كان أحد المحتكمين هو الذي اختاره، كما أنه لا يجوز عزله إلا باتفاق المحتكمين، ولا يجوز رده إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيده أو استقلاله في حين يجوز إنهاء الوكالة في أي وقت دون تفرقة فيما إذا كانت الوكالة محدودة المدة أو غير محدودة المدة².

وقد يبدو لأول وهلة أن عقد المحكم يتعلق بعقد وكالة، ولكن تأمل أحكام الوكالة يكتشف عدم استقامتها وقصورها عن تفسير دور المحكم وعلاقته بالأطراف، فالمحكم مستقل تماماً في ممارسته لمهمته عن الطرفين الذين عيناه، ولا يتلقى تعليمات من الطرف الذي قام بتعيينه، ولا يخضع إلا لسلطان ضميره وسلطان القانون الذي يحكم النزاع، أما عقد الوكالة فطرفاه هما الموكل والوكيل، وموضوعه تخويل الوكيل سلطة نيابية عن الموكل في عمل من الأعمال القانونية.

¹ - تنص المادة 1004 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن ويعد محضر الاتفاق سنداً تنفيذياً".

² - مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 60.

لذا فالأصل في مهمة المحكم تنصيب شخص عادي للفصل في النزاع ، ويترتب على هذا الشخص الالتزام وفق العقد الذي تم الاتفاق عليه بأداء مهمته التي تنتهي بإصدار حكم بالنزاع المعروض عليه¹ .

المطلب الثاني

طبيعة عمل المحكم الداخلي وآثار تحديد ذلك على مركزه القانوني

باعتبار أن المحكم هو ذلك الشخص الذي يلجأ إليه الأطراف المتنازعة من أجل تسوية نزاع نشأ أو قد ينشأ بينهم من خلال تعيينه في اتفاق التحكيم، فإن مباشرته لمهمته بموجب هذا التفويض لأجل الحصول على حكم له حجبه يثير عدة إشكالات نظرية وعملية بخصوص إعطاء الوصف القانوني الملائم لطبيعة هذه المهمة التحكيمية المكلف بها، أي هل تعد تعاقدية أم قضائية، أم أن مهمة المحكم تحمل طبيعة خاصة يمتزج بداخلها عدة خصائص تجعل منها ذو طبيعة خاصة ؟ .

الفرع الأول

الاتجاهات الفقهية حول طبيعة المركز القانوني المحكم

بالنظر إلى الاختلاف بين المذاهب الفقهية في تحديد طبيعة التحكيم فإن ذلك كان له الأثر عند محاولة تأصيل المركز القانوني للمحكم ولمصدر تأهيله وولايته، فهناك من أرجع أساس هذا المركز إلى إرادة الخصوم فتكون هذه الأخيرة هي المنشأة لمركزه، وتلبسه طبيعتها وتلزمه بالقيود الواردة عليها، وهناك من أرجعه الى التشريع مثله مثل مركز القاضي، وأن اتفاق الأطراف سوى الأداة الكاشفة لهذا القضاء التحكيمي المستقل عن إرادتهم وعن قضاء الدولة معاً، لكن البعض الآخر اعتبر أن مركز المحكم نظام قائم بذاته ومستقلاً عن فكرة العقد و القضاء.

¹ - ابراهيم رضوان الجغبير، المرجع السابق، ص 9 .

أولاً : تصور المذهب العقدي في بيان طبيعة عمل المحكم ومركزه القانوني

1 - مضمون المذهب وأسانيده

ينطلق هذا الإتجاه من مسلم أساسي مفاده أن مرجع مركز وعمل المحكم هو نتاج الإرادة الحرة للأطراف المجسدة في الاتفاق التحكيمي، ولما كان هذا الإتفاق تستوعبه فكرة العقد وتسري عليه القواعد العامة للعقود والمنصوص عليها في القانون المدني شأنه في ذلك شأن سائر العقود الأخرى في القانون المدني¹، فإن عمل المحكم ونشاطه لا يعدوا إلا أن يكون بحسب هذا التصور إلا عملاً تنفيذياً لاتفاق التحكيم أي للعقد².

فمركز المحكم في التصور العقدي يعد مركزاً إتفاقياً تعاقدياً قلباً وقالباً³، فهو ينشأ عندما يعهد الأطراف إلى شخص الغير بمهمة حل النزاع، وهذا الغير لا يتصرف كقاض فرأيه أو قراره يندرج ضمن الإتفاق المبرم بين الأطراف فيصير بنداً من بنوده⁴، سواء تم التحكيم داخل الدولة أم خارجها على إقليم دولة أجنبية⁵.

وهذه الشمولية لعمل الإرادة في خلق مركز المحكم أدت بأشهر أنصار هذا المذهب وهو الفقيه كلاين (klein) إلى القول أن التحكيم في أطواره المختلفة إنما هو إجراء واحد قائم على إرادة الأطراف، وأنه من الضروري إقامة نظام واحد موحد للتحكيم حتى يمكن حل جميع مسائله⁶، فطبيعته التعاقدية واضحة في نشأته، أطرافه، شروطه، اختيار المحكمين وتحديد إجراءات التحكيم. وهولا يخرج عن كونه تنفيذاً لعقد التحكيم. مما يترتب

1 - محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة 1999، ص 38

2 - الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 65 .

3 - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 40-41 .

4 - محمد نور عبد الهادي شحاتة، الرقابة على أحكام المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1993، ص 33 .

5 - Maezger Ernest: La jurisprudence française relative aux sentences arbitrales étrangères et (4) la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de droit privé, Mélanges - Maury, Paris 1960, T. I. P 273-291

- أنظر أيضاً أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 40.

6 - Frédéric-Edouard Klein: Considerations sur l'arbitrage en droit international privé, Bale, 1955, p 23 et suiv, et p 43 et suiv.

- أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الكتب القانونية، القاهرة، سنة 2007، ص 271 .

عنه استغراق هذا العقد لكل عمله من البداية إلى النهاية ويعتبر كأنه من عمل المتعاقدين أنفسهم¹.

فمن ناحية النشأة فإن مبدأ اللجوء إلى المحكم أساسه الإرادة والاتفاق فلو عزم أحد الأطراف على عرض النزاع على شخص الغير (المحكم) فلن يستطيع ذلك لوحده، إذ لزم أن يتفق مع خصمه ويتراضيا على ذلك بموجب اتفاق التحكيم - شرطاً كان أم مشاركة ومن ناحية سير الخصومة التحكيمية فإن اتفاق الأطراف هو العماد في ذلك، فهؤلاء يتفقون على كيفية تشكيل هيئة التحكيم وتنصيب أعضائها، ومن هذا الاتفاق يستمد المحكمين سلطتهم في الفصل في النزاع وبموجبه يمكن تقييد هذه السلطة أو إطلاقها وبه يتم تحديد مكان التحكيم... الخ .

ومن ناحية الانتهاء فإنه باتفاق الأطراف يمكن الإنهاء المبكر للخصومة سواء بعد الوصول إلى تسوية ودية أو لأي سبب آخر، والحكم الذي يصدره المحكم ذاته يمكن إلغاؤه بالطعن فيه أمام الجهات القضائية وهو طعن قد يرجع سببه وتأسيسه الأصل إلى مخالفة الحكم لاتفاق الأطراف، ومن جهة أخرى يمكن للأطراف الاتفاق على تعظيم فعالية حكم التحكيم من خلال جعله غير قابل لأي طريق من طرق الطعن² .

كما أن الغاية من لجوء الأطراف إلى التحكيم هو تحقيق أهداف خاصة في حين الغاية من القضاء هو تحقيق الصالح العام، والمحكم يمكن أن يكون وطنياً أو أجنبياً، في حين أن القضاء لا يمكن أن يمارسه إلا القضاة الوطنيين³، ومن جانب آخر أيضاً أجاز القانون إقامة دعوى بطلان أصلية ضد حكم المحكم بعكس أحكام القضاء، مما يؤكد ترجيح الطبيعة العقدية لعمل المحكم⁴. كما أن استخدام ذات المصطلحات القانونية في

1 - أحمد محمد حشيش، المرجع السابق، ص 274.

2 - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 40-42.

3 - محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 283 .

4 - محمدي فتح الله حسين، شرح قانون التحكيم والتحكيم الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2005، ص 51. انظر أيضاً أحمد محمد عبد البديع، شرح قانون التحكيم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، سنة 2005، ص 21.

مجال التحكيم والقضاء مثل مصطلح حكم أو نزاع أو خصوم وغيرها من المصطلحات هو تشابه ظاهري لا يحدد الطبيعة القانونية للتحكيم ولا يؤثر في طابعه العقدي¹.

و إذا كان عمل المحكم، بحسب هذا التصور يقوم على فكرة العقد، فإنه يخضع بالضرورة لأحكام النظرية العامة للعقود في القانون المدني، وفي هذا الشأن ذهب محمد كامل مرسي باشا إلى القول: (... أنه وإن كانت إجراءات التحكيم من مسائل المرافعات، فلا شك أن عقد التحكيم من موضوعات القانون المدني لأنه عقد كغيره من العقود... يتم بالايجاب والقبول بين المتعاقدين، ولا يشترط فيه شكل خاص وهو من العقود الملزمة للجانبين، كما أنه من عقود المعاوضة...)²، كما ذهب محمد نور شحاتة إلى القول أيضاً: (تتجسد فكرة التحكيم التعاقدية في الحالة التي يعهد فيها الأطراف إلى شخص من الغير بمهمة حل النزاع تبعا لاجراءات مغايرة لتلك الواردة في قوانين المرافعات، وهذا الغير لا يتصرف كقاض، فراه او قراره يندرج في الاتفاق المبرم بين الأطراف فيصير بندا من بنوده)³.

أما ما تعلق بالتشريعات الوطنية التي تسنها الدولة أو الاتفاقيات الدولية لتنظيم التحكيم، فإنها لا تضع أحكاما آمرة إلا في نطاق ضيق، وفق ما يخدم إرادة الأطراف في الالتجاء الى التحكيم، بمعنى أن للدولة دور حارس، فهي تسهر على منع المساس بالنظام العام و الأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لكيان الدولة، وبما يسمح بالسير بالمنازعة إلى بر الأمان⁴. وقد أخذت بهذا التصور محكمة النقض الفرنسية في عدة قرارات أوضحتها قرارها الصادر بتاريخ 28-05-1937 والذي قضت فيه بأن قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشاركة التحكيم تكون وحدة واحدة مع العقد وتشاركه في صفتها التعاقدية⁵.

1 - أشجان فيصل شكري داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وطرق الطعن به ، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير،

جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، سنة 2008، ص20

2 - محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 285 وما بعدها

3 محمد نور عبد الهادي شحاتة، المرجع السابق، ص33

4 - فتحي والي، المرجع السابق، ص 52-55

5 - الشрман ناصر محمد، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، مركز الدراسات للنشر والتوزيع ، مصر، سنة 2015 ، ص 88 .

وفي مصر قضت محكمة استئناف مصرفي 06 افريل 1941 بأن: " أحكام المحكمين لا تقبل الاستئناف بتاتا لأنها من قبيل العقود ولا سبيل للطعن عليها إلا بالبطان... " فقوم التحكيم الخروج عن طرق التقاضي العادية¹.

2 - تقييم المذهب العقدي

هذا المذهب رغم مسلماته العقدية في التأسيس للتحكيم ومنه المركز القانوني للمحكم نشأة وتنظيما وأساسا، ورغم وجاهته إلا أنه لم يقو على إنكار غيرية المحكم عن أطراف العقد واستقلالية رأيه عنهم، فهو ينطق بالحكم بإرادته حتى وإن كان يستمد السلطة في ذلك من إرادة الأطراف المشتركة، ولا يلزم استمرار هذه الإرادة حتى ينتج الحكم آثاره، لأن هذه الآثار لا تتوقف على رضاهم.

كما أن هذا المذهب لم يستطع إنكار أن من آثار اتفاق التحكيم إنشائه لقضاء، فلقد أبرز دور الإرادة في الاتفاق على التحكيم وأهم حقيقة ووظيفة المحكم القضائية، فالأطراف في التحكيم لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم، وإنما يطلبون من المحكم الكشف عن إرادة القانون فهو يحل محل قضاء الدولة في هذا الشأن².

ويرى نبيل إسماعيل عمر أن هذا المذهب له أساس من الحقيقة لأن دور اتفاق التحكيم أوعد التحكيم يؤثر في كافة الأنظمة الاجرائية والموضوعية للتحكيم وعمل المحكم³.

وبالنظر إلى ذلك عمد أحمد محمد حشيش إلى القول أن هذا الإتجاه لا ينكر استقلال التحكيم عن القضاء، إنما ينكر استقلاله عن فكرة العقد في القانون الخاص⁴.

1 - خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، سنة 2002، ص 112.
2 - شعران فاطمة، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي تيسمسيلت، الجزائر، العدد الثاني، ديسمبر 2016، ص 13.

3- نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 33 .

4 - أحمد محمد حشيش ، المرجع السابق ، ص 14 .

وهو ما خلق ازدواجية وتعددية في طبيعة التحكيم ناتجة أساسا من الغموض والاضطراب بين الأساس العقدي لعمل المحكم والأثر غير العقدي لهذا العمل¹.

ثانيا: تصور المذهب القضائي في بيان طبيعة عمل المحكم ومركزه

ينطلق التصور القضائي من التمييز بين إتفاقية التحكيم من جهة والقرار التحكيمي من جهة أخرى لاختلاف الغاية بينهما، فالوظيفة المسندة إلى الغير المحكم هي مناط هذا التصور وليس الأداة التي يعمل بها.

1- مضمون المذهب وأسانيده

يؤسس هذا المذهب لطبيعة قضائية خالصة لمهمة المحكم²، ويعتبر أن خصوصية الأساس العقدي المباشر لهذه المهمة لا يغير شيئا في طبيعتها القضائية، فالمحكم ينطق بحكم القانون، وله كالقاضي سلطة الفصل والحكم³.

فالتحكيم بالنسبة لهذا المذهب ليس إلا شكلا خاصا لممارسة العدالة التي هي من وظائف الدولة، ومادامت هذه الأخيرة قد رخصت للأطراف اللجوء الى التحكيم ووافقت

¹ - الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 69 الى 78 . و أيضا Thomas Klay في المرجع السابق صفحة 14-15، ومما شرحا في هذا الشأن أن هذه الازدواجية الموصوف بها التحكيم ترجع إلى القانون الروماني الذي يفرق بين " الاربتار " (المحكم) وبين " الاربتراتور " وهو الأقرب إلى المفاوض أو المصالح فالأول كانت تعرض عليه الخلافات بين الخصوم ليبيدي رأيا غير نافذ ولا يلزم الأطراف ولا ينتج آثار قانونية في ذاته، كما لا ينتج عنه التنازل عن قضاء الدولة أو خروج عن اختصاصه. أما الثاني أي الاربتراتور (l'arbitrator) فهو مؤسسة يكلف فيها المتعاقدون شخصا آخر لضبط بند أو عنصر من عناصر العقد كالثمن فإذا رفض هذا الغير أو تعذر عليه إتمام ما فوض له اعتبر العقد باطلا طبقا لأحكام دستور جيستينان، ليضيفا أن تصور الفكر الروماني لعمل المحكم يلتقي مع تصور الفيلسوف اليوناني أرسطو، فهو يعتبر أن المحكم ليس قاضي قانون، وبالتالي لا يوصف بكونه قاضيا لأن القاضي يحتكم إلى القانون بمعناه الفني، أما المحكم فيعمل بطريق الحدس وقراره مبني على مجرد حاسة العدالة لديه، بصرف النظر عن موقف القانون، وبذلك فهو محكم عدالة اي وسيلة مبتدعة لتحقيق العدالة، وفي هذا المعنى أكد الفقيه جاروسون أن غالبية القوانين الغربية المنتمية الى العائلة الرومانية الجرمانية، ورثت عن القانون الروماني ازدواجيته في تصور التحكيم وطبيعة عمل المحكم كالقانون الفرنسي والايطالي والاسباني . ومنه الدول العربية المتأثرة بهذه القوانين .

² - تبني هذا التصور في الفقه الحديث ثلة من الفقهاء من أمثال Glasson, Tissier, Morel الذين يصفون التحكيم بأنه نوع من الوظيفة القضائية العمومية المؤقتة. أنظر :

- Glasson , Tissier , Morel : Traité théorique et pratique de l'organisation judiciaire de la compétence et de procédure civile, Sirey, 3ème ed 1936 . page 1821

³ - وفي هذه المسألة كتب هنري مولتسكي (Henri Motulsky) في مرجعه السابق، أن مهمة المحكم هي تماما نفس مهمة القاضي .

على تعليق نشاط مؤسستها القضائية في ما احتكموا فيه، فإن المحكم سيمارس وظيفة عامة هي الوظيفة القضائية، وقراره يكون حكما بالمفهوم القانوني للحكم القضائي، فالمحكم مستقل وله صلاحية قول حكم القانون بوجه ملزم¹، فهو كما قضت به بعض المحاكم الفرنسية (طريق قضائي يتمتع فيه المحكم بسلطات ذاتية ومستقلة للفصل في الخصومات التي يطرحها الخصوم)²، والملاحظ أن المشرع صاغه في كساء قضائي صريح عندما يتحدث عن نزاع وعن أطراف النزاع وعن حكم تحكيمي، ويلزم المحكم بالقضاء...الخ³

كما يرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا توجد بين الأطراف و المحكم التزامات متبادلة وإنما توجد بينهم روابط قانونية متتابعة⁴، ولذلك يدعون إلى ضرورة الأخذ بالمعيار الموضوعي المتعلق بأصل وظيفة المحكم، وليس المعيار العضوي أو الشكلي المتعلق بشخص من يقوم بهذه الوظيفة، فالتحكيم و القضاء يقومان بوظيفة واحدة و هي حسم النزاع و تحقيق العدالة بين المتخاصمين⁵

و سند قيام المحكم بوظيفة القاضي، هو قانون الدولة الذي اعترف بحلول المحكم محل قاضي الدولة للحكم في نزاعات معينة، أما اتفاق التحكيم فهو عنصر عارض فرضته ظروف لا صلة لها بالتحكيم، وبالتالي يمكن القول أن أساس الطبيعة القضائية لمهمة المحكم يتجلى في ناحيتين هو إقرار الدولة بالمحكم وتخويله مهمة الفصل في النزاعات ثم في تفويض الأطراف له و قبوله بهذا التفويض⁶ .

¹ - أحمد أنعم الصلاحي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، صنعاء، اليمن، سنة 1994، ص21 ، أنظر أيضا الحسين السالمي ، المرجع السابق، ص 80-81

² - Cass ,com ,18 juin1958 . Rev ,Arb.p 91

³ - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 19-20 ، أنظر أحمد أنعم الصلاحي ، المرجع نفسه ، ص 19

⁴ - الشهابي ابراهيم الشرقاوي، مصطفى أبو العينين، الطبيعة القانونية لعلاقات التحكيم و المسؤولية المدنية الناشئة عنها، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا، الامارات العربية المتحدة، العدد الأول، 1 يناير 2013. ص 105 .

⁵ - علي تبريتي، المحكم الدولي ما بين القواعد القانونية و القواعد الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، سلا، السنة الجامعية 2006-2007، ص 24.

⁶ -Jacqueline.Rubellin-Devichi : « l'arbitrage ,nature juridique ,droit interne et droit internationale privé » .Thèse lyon,éd .LGDJ .1965.p170

كما أن مهمة المحكم ذو طبيعة قضائية من حيث أنها تستجمع عناصر العمل القضائي وهي الإدعاء والمنازعة والعضو الذي له ولاية القضاء، فضلا عن أن حكم المحكم يتشابه مع حكم القضاء مضمونا وشكلا وأثارا، وبالنظر إلى ذلك يكون المركز القانوني للمحكم يتشابه مع المركز القانوني للقاضي¹.

وحول أساس الوظيفة القضائية التي يباشرها المحكم، اختلف أنصار هذا الاتجاه فيما بينهم، فمنهم من أرجعها إلى تفويض الدولة له بإقامة العدل بين الأطراف المتنازعة استنادا إلى النظام القانوني للدولة، في حين اعتقد آخرون بأن أساس سلطة القاضي في الدولة هي ذاتها التي يتمتع بها المحكم، وعمله يشكل قضاء من نوع خاص له تنظيمه المستقل و أصالته الخاصة². فاتفق الأطراف على التحكيم ينشأ نظام قانوني مستقل يخرج بعدها عن سيطرتهم، إذ يكون مهيكلًا قانونًا، وعلى ذلك فالمصدر الأصلي هو إرادة القانون الذي سمح ورخص بممارسة التحكيم³.

ويذهب في هذا الإتجاه أيضا جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، إذ اعتبروا أن المحكم بمنزلة الحاكم المولى، فهو نظير القاضي من حيث شروط التولية، ويحكم بما يوافق الشرع وينزل حكمه منزلة قضاء القاضي وينقضي بما ينقضي به⁴، وهذا ما أكدته مجلة الأحكام العدلية في مادتها 1848 حين نصت على أن: "حكم المحكم مثل حكم القاضي واجب النفاذ على الخصوم في حدود موضوع التحكيم، ولذلك ليس لأي من الطرفين الامتناع عن تنفيذ حكم المحكمين طالما صدر موافقا لأصوله الشرعية"⁵.

والقضاء الفرنسي ولما كان يتبنى التصور العقدي في بيانه طبيعة مهمة المحكم كما نوهنا عنه سلفا، فإن محكمة النقض الفرنسية نفسها تراجعت عن ذلك، وأخذت بالتصور

1 - نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 33 .

2 - حازم المرباط، مهمة المحكم، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية سلا، السنة الجامعية 2008-2009، ص 30-31

33 - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 46

4 - سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص 46.

5 - علي حيدر، المرجع السابق، ص 581.

القضائي الذي أصبح هو السائد¹، إذ صرعت هذه النظرية تماما نظرية التصور العقدي وتركت بصماتها على نظام التحكيم وأثرت فيه تأثيرا كبيرا، وهي لم تؤثر فقط في توجه الفقه والقضاء بل وحتى في التشريعات الوطنية والدولية التي طبقت القواعد القضائية على نظام التحكيم².

2- تقييم المذهب

إذا كان هذا التصور القضائي لنظام التحكيم أصبح النظرية السائدة لدى غالب الفقه والقضاء³، إلا أنه لم يسلم بدوره من النقد من حيث:

- إذا كانت النظرية القضائية لنظام التحكيم قد استندت إلى حجة رئيسية أساسها أن كلا من القضاء والتحكيم يؤديان وظيفة واحدة هي الفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات وأن في كلاهما يطبق القاضي أو المحكم القانون، إلا أنها تناست الاختلافات الجوهرية بينهما، فالقاضي مهمته الجوهرية قانونية بحتة تتمثل في حماية الحقوق والمراكز القانونية لهم بصرف النظر عن وجود النزاع من عدمه، وعن أثر الحكم الصادر منه في المستقبل في حالة وجوده، أما المحكم فوظيفته إجتماعية إقتصادية سلمية بحتة هي حل النزاع بالقانون أو بغيره على نحو يضمن استمرار العلاقات بين أطراف النزاع في المستقبل⁴، فالتحكيم يتميز بأنه أداة خصوصية للفصل في النزاع تتشكل في كل حالة على حدة حسب مقتضيات الخاصة للنزاع، أما القضاء هو طريق عام لحماية الحقوق، والمراكز القانونية تحكمه قواعد عامة مجردة موضوعة سلفا لأية قضية.

- محكمة التحكيم تخضع لنظام مغاير للنظام القانوني الذي يخضع له القاضي من حيث صلاحيته ومسؤوليته وسلطاته، فلا يشترط فيها ما يشترط في القاضي من حيث

¹ - أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 28

² - محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف الاسكندرية مصر، سنة 2003، ص 317.

³ - Charles Jarrosson: «la notion de l'arbitrage» LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 198, 1987, spéc. n° 175-181. Henri Motulsky: «la nature de l'arbitrage» Écrits. Études et notes sur l'arbitrage. Dalloz, t. 2, 1974, spéc. n° 5.

⁴ - محمود السيد عمر التحيوي، المرجع نفسه، ص 319.

الجنس والسن أو الجنسية أو المؤهلات أو الخبرة وهي لا تكون مرتكبة لجريمة إنكار العدالة في حالة الإمتناع عن الحكم وإنما تقوم مسؤوليتها المدنية ولا تكون الدولة مسؤولة عنه وهي لا تتمتع بسلطة الامر إلى الخصوم او الغير¹ .

وفضلا عن ذلك فإن التدقيق في الحجة القائلة بأن الحكم التحكيمي يرتب نفس الآثار التي يربتها الحكم القضائي من حيث الحجية والقوة التنفيذية يكشف أن حجية الحكم التحكيمي في النزاع موضوع التحكيم على الخصوم تختلف في شروطها و مداها، إذ الحجية في هذا الأخير تستند الى القوة الملزمة للاتفاق، أكثر ما تستند الى طبيعة عمل المحكم، ويمكن للأطراف تعديل أثر هذه الحجية كأن يتفقوا على أن لا يكون للحكم حجية إلا بعد موافقة جهة أخرى، أو أن يتفقوا على أن الحكم لا يلزمه إلا أن صادقوا عليه²، وفضلا عن ذلك يختلفان في القوة التنفيذية، فحكم التحكيم لا ينفذ إلا بأمر من القضاء بعد رقابة شكلية على عكس حكم القضاء³.

هذه أهم الانتقادات الموجهة لنظرية الطبيعة القضائية لمهمة المحكم والتي أدت إلى ظهور اتجاه ثالث في الفقه أخذ بتصور مختلفا توفيقيا بين العقدية والقضائية، إذ رأى هؤلاء أن كلا الاتجاهين يحاولان توحيد ما هو بطبيعته مركب، ما أدى بهم الى تقديم حلول مغلوطة.

ثالثا: تصور المذهب المختلط في بيان طبيعة عمل المحكم ومركزه

1- مضمون المذهب وأسانيده

يرى أصحاب هذا التصور أن طبيعة مهمة المحكم مسألة مركبة وتعاقبية⁴، وبصورة أوضح فإن مهمة المحكم تتعاقب عليها صفتان الأولى هي الصفة التعاقدية، والتي يدخل فيها كافة مظاهر الإرادة في تكوينها وترتيبها لآثارها، والصفة القضائية التي تبدأ من

¹ - مجدي راغب فهمي، مفهوم التحكيم وطبيعته، مجلة كلية الحقوق، جامعة الكويت، العددان الأول والثاني لسنة 1993، ص 131-173.

² - المرجع نفسه، ص 143-144.

³ - محمود السيد التحيوي، المرجع السابق، ص 382-383.

⁴ - الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 84 .

اللحظة التي يباشر فيها مهمته، فهذا الأخير مهمته ممتدة في الزمن وتتجاذب فيها كلتا الصفتين¹.

وبعبارة أخرى فإن تصور هذا الاتجاه يذهب إلى رصد التأثيرات المزدوجة في نظام التحكيم ما بين فكرة العقد وفكرة القضاء، فالتحكيم في رأيهم هو فكرة مزدوجة هجينة ما بين العقد والقضاء على أساس أن كلا من النظريتين السابقتين أصابتا جزء من الحقيقة إلا أن إطلاق الأخذ بأحدهما دون الآخر يثير كثير من المصاعب، ولهذا كان من الأصوب الجمع بينهما².

وينطلق أصحاب هذا التصور أو المذهب وعلى رأسهم الفقيه هنري موتلسكي (Henri Motulsky) من فكرة اجتماع سلطة الحكم، وولاية القضاء لدى المحكم للقول بأن خصوصية ولايته التي أساسها اتفاقي، لا تبرر القول غياب المعيار العضوي للقرار القضائي في مجال التحكيم، مادام القانون الوضعي يعطي للمحكم ولو كان فردا من الخواص سلطة النظر في ادعاء قانوني، من خلال إجراءات وجاهية برأي ملزم، فتجتمع في قراره عناصر العمل القضائي الثلاثة المتمثلة في المعيار العضوي (التأهيل القانوني) والمعيار الشكلي (الاجراءات الوجيهة) والمعيار الموضوعي (الحل القانوني الملزم للأطراف)، وينتهون إلى الجزم بكون القرار التحكيمي عمل قضائي كامل داحضين رأي الذين يرون العكس، أي عمل قضائي ناقص³.

ويؤثر أنصار هذا المذهب النظر الى طبيعة مهمة المحكم بنظرة براغماتية أي تجريبية حيث يرون أنها تشكل تجسيد لإرادة الأطراف من خلال فكرة العقد وتجسيد لصورة الخضوع لحكم القانون من خلال فكرة القضاء⁴.

ويحلل البعض من أنصار هذا التصور أن نظام التحكيم ليس إتفاقا محضا ولا قضاء محضا، وإنما هو نظام يمر بمراحل متعددة يلبس في كل منها لباسا خاصا، ويتخذ

1 - نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 34

2 - محمود السيد التحيوي، المرجع السابق، ص 336.

3 - الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 85 .

4 - أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 31-32.

طابعا مختلفا، فهو في أوله إتفاقا وفي وسطه إجراء، وفي آخره حكما، بينما اعتبر البعض الآخر أن مهمة المحكم أساسها وجوهرها يكون تصرفا إراديا، على أنه وفي انطلاقه نحو تحقيق هدفه، يؤدي الى تحريك نظام، تتفاعل فيه عناصر ذات طبيعة مغايرة تدخل في عداد العمل القضائي¹.

والاختلاف داخل هذا المذهب يدور حول تحديد اللحظة التي تتحول فيها مهمة المحكم من طبيعة تعاقدية الى طبيعة قضائية، فإن كان البعض يرى أنه من العبث البحث عن هذا الحد لكون اتفاق التحكيم بعيد عن الطابع القضائي، ذهب الآخر إلى القول بأن قرار المحكم وإن اعتبر عقدا قبل صدور أمر التنفيذ، إلا أنه يصبح بهذا الأمر حكم قضائي، ويعتبر البعض الآخر أن هذين الطابعين يعتبران معا قائمين منذ الاتفاق على التحكيم وحتى الانتهاء منه بتنفيذ الحكم².

وبناء على ذلك فاتفق التحكيم وقضاء التحكيم هما عنصران لا يفترقان في كل مراحل التحكيم، والمحكم عليه تطبيق الشروط المتفق عليها مثل القاضي عندما يطبق شروط العقد محل النزاع المطروح عليه³.

2- تقييم المذهب

مما يؤخذ على هذا النظام أنه لم يعمل على التصدي لجوهر المشكلة واختار أنصاره أسهل الحلول عن طريق ربطها بين حجية أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات موضوع اتفاقات التحكيم وبين قوتها التنفيذية ربطا غير دقيق، فالقول أن حكم التحكيم لا يعد حكما قضائيا إلا بعد الأمر الصادر بتنفيذه، من شأنه إهدار كل قيمة للتحكيم وتنظيمه، مما يتنافى مع مقصود المشرع بتعارضه مع صريح النصوص التي تعطي للحكم حجية الأمر المقضي فيه⁴.

1 - محمود السيد التحيوي، المرجع السابق، ص 337.

2 - أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 32.

3 - نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 35.

- أنظر أيضا الحوارية أسامه أحمد، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2008، ص 36.

4 - محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 340.

واعتبر بعض فقهاء القانون أن عملية الأخذ بالنظامين، وما يترتب عليه من نتائج يعد مثلبة عليه و اعتراف بالعجز ولا يمثل حالة ايجابية، لأنه من الصعب التعامل مع نظامين أحدهما عقدي والآخر قضائي لاختلاف عناصر كل منهما، ومكانة كل منهما في العملية التحكيمية¹. كما أنه من الواجب في مواجهة هذه الحقائق المركبة هو محاولة تحليلها و تحديد دور ومميزات كل عنصر ومظاهره في كل مرحلة من المراحل المختلفة². و ينتهي منتقدو النظرية المختلطة إلى أن التحكيم ليس نظاما مختلطاً، وإنما هو نظام مستقل مختلف في وظيفته، وطبيعته، وغايته، وبنائه الداخلي عن القضاء³.

رابعاً: تصور المذهب الذاتي أو المستقل في تصور طبيعة عمل المحكم

ومركزه

1- مضمون المذهب وأسانيده

يعد هذا المذهب اتجاهاً حديثاً نسبياً في الفقه القانوني، ومؤدى هذه النظرية هو أن مهمة المحكم لها طبيعة خاصة تتفرد بها عن باقي التصرفات القانونية فهي مستقلة وقائمة بذاتها، وتختلف عن العقود كما تختلف عن أحكام القضاء، فنظام التحكيم بحسب هذا التصور لا ينبغي الزج به في أحضان أنظمة أخرى يتشابه معها في أمور ويختلف معها في أمور أخرى.

فعمل المحكم مبني على نظام أصيل متحرر من العناصر التعاقدية، ومن العناصر القضائية على السواء، فاتفاقية التحكيم عند أصحاب هذا المذهب لا تعد عقداً مدنياً على الإطلاق، لأن أي عقد مدني مهما كانت خصوصيته لا يترتب أثراً إجرائياً أو قضائياً، كما أنها لا تعد اتفاقاً إجرائياً أو قضائياً طالما أن مهمة المحكم تخرج عن اختصاص قضاء الدولة⁴، إلا أن هذا لا يعني أنه لا علاقة له مطلقاً بالقانون، وإنما يعني أنه نظام ذاتي تلقائي فرضته على الأطراف مقتضيات التجارة لما يوفره من ضمانات السرية

1 - الحواري أسامة أحمد، المرجع السابق، ص 36.

2 - أسعد عمر قاسم شجراوي، المرجع السابق، ص 103.

3 - محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 60.

4 - أحمد أنعم الصلاحي، المرجع السابق، ص 33.

والسرعة والنجاعة، أما إلزام المحتكمين باتفاقية التحكيم وبحكم التحكيم فيفسر بكونه ضروريا لمقتضيات الائتمان التجاري.

ويرى أحمد محمد حشيش أن التحكيم هو التحكيم ليس إلا، وهذا لا يعني فقط أن مهمة المحكم غير عقدية وإنما أيضا غير قضائية، فلما كان العقد ليس ممارسة لتحكيم فإن التحكيم ليس عقدا، وكما القضاء ليس ممارسة لتحكيم فإن التحكيم ليس ممارسة لقضاء، فالمبدأ أنه لا تحكيم بلا استقلالية سواء عن العقد في القانون الخاص أو عن القضاء في القانون الاجرائي¹، فهو يخضع لنظام قانوني خاص به يكون بين القواعد العامة للتصرفات القانونية ونظام العمل القضائي².

2- تقييم المذهب

لم تأت هذه النظرية بجديد ولم تتضمن تأصيل مرجعي يحدد طبيعة عمل المحكم والتحكيم بشكل عام، الأمر الذي جعلها تتعرض للنقد، حيث أنه لا يمكن الوصول لطبيعة التحكيم من خلال الأثر الذي يترتب، بل من خلال رده إلى الأصل الذي ينتهي إليه، فإن كان الأصل هو سلطان الإرادة كانت الطبيعة العقدية، أما إذا كان الأصل هو سلطان القضاء كانت الطبيعة القضائية، أما إذا كان غير ذلك فإننا نكون أمام طبيعة مستقلة يجب تأصيلها، الأمر الذي لم تفعله تلك النظرية.

كما أن هذه النظرية تتركز على مسلمات غير صحيحة لدى البعض، إذ لا وجود قانونا لما يسمى بمجتمع التجار خارج عن مجتمع الدولة أو مجتمع ما بين الدول. وبالتالي لا وجود لقانون أو هيئات خاصة به بما في ذلك التحكيم. كما عيب على هذه النظرية كونها لا تعترف بالأنظمة القانونية الوطنية بل أنها تتجاوزها، وبذلك تخرق مبدأ سيادة الدولة³.

1 - أحمد محمد حشيش، المرجع السابق، ص 354.

2 - عبد الصادق أحمد محمد، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، دار القانون للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة 2014، ص 225.

3 - أحمد أنعم الصلاحي، المرجع السابق، ص 33-34.

وفي الأخير نجد أن هذه النظريات الأربع رغم اختلافها في تحديد طبيعة مهمة المحكم، إحتدام الخلاف بينها حول التكيف القانوني لمهمة المحكم، إلا أنها تجمع على أن التحكيم يمر بثلاث مراحل، أولها اتفاق وأوسطها إجراء، وآخرها حكم ملزم.

خامسا: موقف القضاء والتشريع الجزائري

بالرجوع إلى مجموع الأحكام القضائية الفاصلة في المسائل التحكيمية، والمنشورة على وجه الخصوص في المجالات القضائية للمحكمة العليا¹، لا نجد ما يشير الى موقف القضاء الجزائري بشأن تحديد الطبيعة القانونية لعمل المحكم الداخلي أو تبنيه لأحد الاتجاهات الفقهية السابقة، الأمر الذي يصعب معه معرفة رأي القضاء الجزائري بهذا الخصوص.

أما ما تعلق بموقف المشرع فإنه بالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجده لم يحدد صراحة ذلك، ولكن يمكن الإستخلاص من النصوص التشريعية الخاصة بالتحكيم الداخلي (من المادة 1006 الى المادة 1038) أن المشرع تبنى الطبيعة القضائية لمهمة المحكم الداخلي، وأنه يرتقي بالإجراءات التحكيمية التي يسير على نهجها المحكم في سبيل الفصل في النزاع إلى مرتبة الإجراءات القضائية ويسبغ على الأحكام التحكيمية الطابع القضائي وهو ما سوف ندركه خلال دراستنا، بدءا بإلزامه

¹ - على سبيل المثال قرارات المحكمة العليا : قرار بتاريخ 29-12-2004 في الملف رقم 326706، منشور في مجلة المحكمة العليا العدد الثاني لسنة 2004 ص 15 . قرار بتاريخ 18-04-2007 في الملف رقم 461776، منشور في مجلة المحكمة العليا العدد الثاني لسنة 2007 ص 207. قرار بتاريخ 07-05-2008 في الملف رقم 528940، منشور في مجلة المحكمة العليا العدد الأول لسنة 2008 ، ص185. قرار بتاريخ 18-03-2010 في الملف رقم 543309، منشور في مجلة المحكمة العليا العدد الاول لسنة 2010 ص 146. قرار بتاريخ 04-07-2012 في الملف رقم 791649، منشور في مجلة المحكمة العليا العدد الثاني لسنة 2012، ص 211 . قرار بتاريخ 05-05-2011 في الملف رقم 662541، منشور في مجلة المحكمة العليا العدد الاول لسنة 2013، ص 183 . قرار بتاريخ 07-11-2013 في الملف رقم 914221، منشور في مجلة المحكمة العليا العدد الثاني لسنة 2013، ص 216. قرار بتاريخ 14-10-2015 في الملف رقم 1037542، منشور في مجلة المحكمة العليا العدد الثاني لسنة 2015 ، ص 189 . قرارات بتاريخ 14-11-2019 في الملفين رقم 1391275 و رقم 1392935 منشورين بمجلة المحكمة العليا العدد الثاني لسنة 2019 ، ص 108-114. قرار بتاريخ 16-01-2020 في الملف رقم 1340362 منشور في مجلة المحكمة العليا العدد الاول لسنة 2020 ص 93.

- أنظر القرارات على الموقع الإلكتروني : <https://www.coursupreme.dz>

باتباع الاجراءات القضائية المعمول بها أمام المحاكم الوطنية في حال عدم وجود اتفاق يخالف ذلك و الفصل في موضوع النزاع طبقا للقانون، ثم سلطاته في الخصومة التي تماثل ما للقاضي الوطني، وغيرها من المسائل التي تؤكد توجهه هذا.

وفي الأخير لعل ما يمكن استنتاجه من هذا العرض الفقهي في تحديد طبيعة عمل المحكم أنه أصبح من المسلمات المستقرة في الفكر التحكيمي العناصر التالية :

- أن التحكيم أداة لحل خلاف حول مسألة واقعية وقانونية
- أن هذه الأداة موكولة إلى شخص من الغير يكون مؤهلا ومستقلا
- أن هذا الشخص يعطي حكما ملزما يفصل فيه بشأن الخلاف حول المسألة الموكولة إليه

- أن الإلزام الكفيل بإنهاء الخلاف وتحقيق مصلحة المحتكمين يقتضي إستقلالية مزدوجة للتحكيم، إستقلالية عن إرادة الأطراف ولو كانت مصدر ولايته المباشر، وإستقلالية عن سلطة القاضي مهما كان الإشتراك بينه وبين المحكم في الوظيفة . وهكذا ينطلق التأصيل الفقهي لمهمة المحكم من فكرة نظرية مجردة كي ينتهي إلى أداة عملية تساهم في خدمة النظام القضائي بمفهومه العام .

الفرع الثاني

آثار التجاذب الفقهي حول طبيعة عمل المحكم و مركزه القانوني على

علاقاته المختلفة

لا منازع في أن الأخذ بأي من النظريات السابقة يؤثر بالضرورة على تكييف عمل المحكم وعلى مركزه القانوني لا سيما في علاقاته المختلفة مع المتدخلين الآخرين في الخصومة التحكيمية، حيث أن الأخذ بالنظرية العقدية يترتب عليه اعتبار العلاقة بين المحكم والمحتكم مجرد علاقة عقدية، تترتب عليها المسؤولية العقدية، بينما الأخذ بالنظرية القضائية يترتب عليه إضفاء الحماية القضائية على عمل المحكم، فلا يسأل إلا كما يسأل القاضي، أما الأخذ بالنظرية المختلطة فيترتب عليها الأخذ بنظام المسؤولية المختلطة عقدية أو تقصيرية بحسب طبيعة الخطأ المنسوب للمحكم.

وعلى ذلك فإن المحكم يوجد في مركز قانوني خاص، إذ تنشأ بقبوله التحكيم روابط قانونية مختلفة بينه وبين كل الأطراف ومركز التحكيم، وهي روابط اختلف الفقه في تأصيلها ووضع التكليف القانوني المناسب لها، لما يترتب ذلك من حقوق وواجبات تنعكس تبعا للتكليف والتأصيل القانوني لها.

أولاً: التكليف القانوني للعلاقة ما بين أطراف النزاع والمحكم

يرى بعض الفقه أن العلاقة التي تربط أطراف النزاع بالمحكم ليست علاقة تعاقدية، وإنما يحكم هذه العلاقة نظام قانوني ينطوي على حقوق للمحكم والتزامات عليه مصدرها القانون، فباختيار المحكم وقبول هذا الأخير القيام بمهمته، تنشأ حقوق والتزامات تمكنه من أداء وظيفته القضائية التي يتدخل القانون في تحديدها، ولا تستطيع إرادة الطرفين استبعادها¹

وبالعكس من ذلك يرى الرأي الغالب أن العلاقة بين المحكم والخصوم هي علاقة تعاقدية، إذ يوجد عقد بينهما، يمكن تسميته - تمييزاً به عن اتفاق التحكيم - بعقد المحكم، وينعقد بإيجاب من الطرفين بإعلان إرادتهما في اختيار المحكم للقيام بالمهمة وقبول هذا الأخير بذلك، فيستمر هذا العقد إلى حين الانتهاء من التحكيم بإصدار الحكم، وقد ينتهي قبل ذلك بتنازل الطرفين عن التحكيم أو بوفاة المحكم أو بتتحيه أو عزله أو الحكم برده، وهذا العقد ينعقد سواء كان التحكيم حراً أو مؤسسياً، وطنياً أو دولياً، كما ينعقد ولو كان المحكم قد تم تعيينه بطريق غير مباشر سواء من مركز للتحكيم أو من القضاء²

وهذا العقد هو الذي يولد حقوقاً والتزامات متبادلة بين طرفيه (الأطراف والمحكم) فيلتزم المحكم وفقاً له، وبأن يصدر في القضية المعروضة عليه حكماً منهيّاً للخصومة في الميعاد المحدد لذلك اتفاقاً أو قانوناً، كما يلتزم بأن يراعي القواعد الإجرائية والموضوعية المعمول بها، مع احترام المبادئ الأساسية في التقاضي، ويلتزم الأطراف بالمقابل بدفع أتعابه ومصاريف التحكيم، كما يلتزمون بعدم إجراء أي اتصال بالمحكم خارج إجراءات الخصومة أو محاولة التأثير فيه.

¹ - مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 393-394

² - فتحي والي، المرجع السابق، ص 277-278.

وعلى الرغم من التسليم لدى الفقه بوجود عقد بين المحكم وأطراف النزاع وهو عقد مستقل عن العقد المبرم بين أطراف النزاع أنفسهم (والمتضمن الاتفاق التحكيمي¹)، إلا أنه قد اختلف حول تكييف هذا العقد بين من يعتبره عقد وكالة ومن يعتبره عقد مقاوله ومن يعتبره عقد من طبيعة خاصة.

وسن فصل في هذا العقد لأهميته عند التطرق لشروط المحكم والآثار المترتبة عن قبوله القيام بالمهمة التحكيمية.

ثانيا: التكييف القانوني للعلاقة ما بين أطراف النزاع والمركز التحكيمي

1- عقد تنظيم التحكيم ما بين الخصوم والمركز التحكيمي (contrat d'organisation de l'arbitrage)

العلاقة ما بين أطراف النزاع والمركز التحكيمي قائمة على أساس عقد يسميه البعض بعقد التحكيم (contrat d'arbitrage) والبعض الآخر يسميه العقد التحكيمي (contrat arbitrale)، وأطلق عليه الفقيه إيريك لوكين (Éric Loquin) عقد تنظيم التحكيم أو عقد إدارة الدعوى التحكيمية (contrat d'organisation de l'arbitrage) وهي التسمية المحبذة لدى الفقه².

فالمؤسسة التحكيمية أو مركز التحكيم بوضعه لائحته يقدم إيجابا عاما موجها إلى الأشخاص الذين يرغبون في التحكيم وفقا لقواعده وإجراءاته، وهذا الإيجاب غير مرتبط بمهلة زمنية معينة طالما أنه مفتوح للجمهور³، وباتفاق أطراف النزاع على التحكيم وفق هذه الطريقة، فمعنى ذلك قبولهم بهذا الإيجاب.

¹ - عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم - التحكيم الدولي - الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2008 ، ص 373.

² - Tomas Clay ,op. cit., page 552- 553

³ - Alexandre Ditché, « le contrat d'arbitrage », étude sur le contrat ayant pour objet la mission d'arbitrer », in Rev,arb. 1981, spec n° 2 .

وبتطابق هذا الإيجاب مع القبول ينعقد العقد بينهما، إلا أن هذا القبول لا ينتج أثره ولا يؤدي إلى إبرام العقد المذكور إلا إذا إتصل بالإيجاب، وهذا الإتصال لا يحدث إلا عند نشوء النزاع وتقديم طلب التحكيم¹.

وقد يحدث في هذه اللحظة أن يكون هذا المركز قد ألغي ولم يعد له وجود نتيجة اندماجه في مركز آخر، أو يكون قد ألغي دون أن يندمج في مركز آخر فكيف يكون مصير الاتفاق التحكيمي من أساسه؟ هنا نكون أمام فرضين² :

- **ففي الفرض الأول** إنتقال الإتفاق من تحكيم مركز السلف (مركز التحكيم المدمج) إلى مركز تحكيم الخلف (مركز التحكيم المدمج فيه) يمثل في الحقيقة وضعاً خاصاً واستثنائياً، ومن ثم يجب أن يتم الانتقال وفق ضوابط محددة. فانتقال الاختصاص في هذه الحالة هو إنتقال لالتزامات مركز التحكيم السلف تجاه أطراف النزاع إلى مركز الخلف، وبالتالي يجب أن تتم الخلافة في ذات الإطار، أي تنتقل ذات القواعد المتفق على تطبيقها من المركز السلف إلى المركز الخلف، بحيث تظل علاقة أطراف النزاع مع المركز السلف قائمة بذات الشروط والمواصفات مع المركز الخلف، فإذا كانت قواعد مركز التحكيم الخلف تختلف عن قواعد مركز التحكيم السلف، فإن الانتقال يستلزم موافقة

¹ - وهذا العقد، كما في العقود عموماً، يتم إبرامه بتطابق القبول مع الإيجاب، و الإيجاب في هذا العقد يتمثل في القواعد التي يتم نشرها والإعلان عنها من طرف المركز، ويكون موجهاً للجمهور ويخاطب أشخاصاً غير محددين وغير معروفين سلفاً. أما القبول فيتمثل في اختيار الأطراف تطبيق تلك القواعد على المنازعات التي تنشأ بينهم ، حيث يتفقون على اختصاص هذا المركز بالفصل في تلك المنازعات وفقاً لقواعده، التي هي بالطبع قواعد إجرائية، وهذا القبول يظل كامناً ولا ينتج أثره ولا يتصل بالإيجاب إلا عند نشوء النزاع وتقديم أحد الطرفين طلب بالتحكيم إلى المركز المتفق عليه، لأنه في هذه اللحظة يتم ترجمة الاتفاق المنصوص عليه في العقد إلى واقع عملي.

- أنظر حسام رضا السيد، التحكيم المبتور، هيئة واتفاق، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، سنة 2016 ، ص 111 و 117.

² - المرجع السابق، ص 104 ومايليها .

أطراف النزاع مع مركز التحكيم السلف على قواعد مركز التحكيم الخلف، أو يوافق المركز الخلف على تطبيق قواعد المركز السلف¹.

وفى حالة عدم حدوث ذلك فإن انتقال الحقوق والالتزامات من المركز السلف إلى المركز الخلف لا يتم، وهنا يتم تطبيق أحكام الفرضية الموالية.

- **ففي الفرض الثاني** أي في حالة إلغاء المركز وعدم إدماجه أو عدم اتفاق أطراف النزاع على قواعد تحكيم مركز التحكيم الخلف، فإننا لا نكون بصدد تحكيم مؤسسي لكون العقد يعد في حكم العدم، وإنما يتحول التحكيم في مثل هذه الحالة إلى تحكيم خاص (had hoc)² باعتبار أن الأخير هو الأصل، ويكون طرفا التحكيم في الفرض المطروح أمام أحد خيارين:

- الأول أن يبرم اتفاقاً جديداً يحددان فيه القواعد واجبة التطبيق على الإجراءات سواء كانت القواعد المنصوص عليها في التشريع الوطني أو قواعد أحد مراكز التحكيم الأخرى.

- والثاني أن يتفقا على الإبقاء على قواعد المركز الذي ألغي ليس باعتبارها قواعد مركز تحكيم مؤسسي، ولكن باعتبارها قواعد إتفاقية. إذ استقر الفقه القانوني على أنه يجوز لطرفي النزاع الإتفاق على تطبيق قواعد مركز معين حتى لو كانت تلك القواعد قد ألغيت أو جمدت. فتكون هذه القواعد حسب "نظرية إندماج القانون في العقد" قد اندمجت في شرط التحكيم وسارت جزءاً منه، وتطبق فيما بين الطرفين باعتبارها من إختيارهما إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة.

¹ - وبهذا الخصوص أصدرت محكمة استئناف باريس - الدائرة الأولى - حكماً بتاريخ 20-03-2012 حددت فيه مصير إتفاق التحكيم على مركز تحكيم معين لم يعد له وجود عند نشوء النزاع، نظراً لاندماجه في مركز تحكيم آخر وجاء في منطوقه: "إذا تم تعيين مؤسسة تحكيم لم تعد موجودة لنظر نزاع معين، فإن انتقال شرط التحكيم لمؤسسة تحكيم أخرى خلفتها لا تمس بمشروعية هذا الشرط، وفي الحالة المطروحة فيمكن أن ينعقد التحكيم بشكل قانوني أمام المركز الخلف وهو مركز (DiS) الذي حل محل المركز السلف وهو مركز (DAS) الذي سبق واختاره الطرفان، لاسيما وأن هذا الشرط قد أحال صراحة إلى قواعد تحكيمية متمثلة في الفرض المائل في قواعد مركز تحكيم (DiS) " انظر في تفصيلات هذا القرار حسام رضا السيد، المرجع السابق، ص 104 إلى 107

² - وهو ما قضت به محكمة الاستئناف الكبرى بباريس في حكمها الصادر بتاريخ 22-01-2010 انظر بهذا الخصوص:

- Tribunal Grande instance de Paris 22 Janv. 2010, Rev. arb 2010 p. 571 et ss.

وبمباشرة المركز التحكيمي لإجراءات التحكيم بعد إخطاره من الطرفين أو أحدهما ينعقد هذا العقد بين الطرفين ومركز التحكيم لأجل تنظيم الاجراءات وليس لأداء المهمة القضائية¹.

2- طبيعة عقد تنظيم التحكيم:

لا يعد هذا العقد من قبيل عقود الإذعان²، فمحله ليس خدمة ضرورية لا يمكن الاستغناء عنها، إذ أنه ليس من الضروري اللجوء في التقاضي إلى التحكيم، فطريق التحكيم اختياري ويجوز تركه وولوج طريق قضاء الدولة للفصل في المنازعات، وكذلك لا يوجد جهة معينة تحتكر تقديم خدمة التحكيم، فهناك العديد من مراكز وغرف التحكيم التي تتنافس فيما بينها لتقديم خدمة إدارة هذه الدعوى. ونظراً لأن الإيجاب في هذا العقد يتضمن شروطاً تكون في كثير من الأحيان نموذجية فإنه يمكن القول بأنه يعد من قبيل العقود النموذجية type - contrat .

ويرى البعض أن عقد تنظيم التحكيم هو عقد مختلط بين الوكالة والمقولة، فهو وكالة بموجبه يكلف الطرفان المركز القيام ببعض الأعمال القانونية، أي أن المركز يباشر تصرفات قانونية باسم الأطراف، وهو مقولة لأنه يترتب عليه التزام المركز بالقيام ببعض الأعمال المادية والذهنية التي تنص عليها لائحة المركز³، حيث يتكفل المركز بتوفير الموارد المادية والبشرية اللازمة لإدارة العملية التحكيمية، مقابل رسوم إدارية منصوص عليها في النظام التحكيمي للمركز والمقبولة من طرف الخصوم باختيارهم لهذا المركز التحكيمي.

ويرى البعض الآخر أن العقد هو عقد وكالة لمصلحة جميع الأطراف، أي أطراف الاتفاق التحكيمي و المركز، ولهذا فإنه ليس لأي منهم أن يتنازل بإرادته المنفردة عن هذه الوكالة قبل تنفيذها. على أنه يلاحظ أن لمركز التحكيم أن يرفض الوكالة إذا كان يبدو من الظاهر أنه لا يوجد اتفاق تحكيم يتضمن الالتجاء إليه، ذلك أن المركز لا يمكنه

1 - فتحي والي، المرجع السابق، ص 280 .

2 - حسام رضا السيد، المرجع السابق، ص 119 .

3 - فتحي والي، المرجع السابق، ص 280 .

عندئذ اعتبار العقد بينه وبين طرفي التحكيم منعقدا، وإذا قرر المركز أنه لا يوجد اتفاق تحكيم، فإن قراره ليس عملا قضائيا¹.

وعقد تنظيم التحكيم يكون مستقلا عن عقد المحكم وعن اتفاقية التحكيم ويمكن معاينة هذه الاستقلالية في مدى تأثير أحد العقدين بزوال العقد الآخر.

فمن نتائج زوال أو إبطال عقد تنظيم التحكيم على اتفاقية التحكيم، أن غالبية الفقه يرى أن زواله أو انقضائه يجعل من اتفاقية التحكيم ملغاة ولا أثر لها، في حين يرى البعض العكس من ذلك، فإرادة الخصوم في اللجوء إلى التحكيم تكون أسبق على اختيارهم لمركز التحكيم وعلى ذلك وجب أن تكون الغلبة للتحكيم، أي أن اتفاقية التحكيم تبقى صحيحة في حالة إلغاء عقد تنظيم التحكيم².

ويرى البعض الآخر بهذا الصدد أنه ينبغي أن تكون إرادة الخصوم هي وحدها التي يمكن الأخذ بها فيما إذا كانت لهم النية في ربط مصير اتفاقية التحكيم بعقد تنظيم التحكيم، فإذا كانت اتفاقية التحكيم تحدد مركز تحكيم فإن تحليل إرادة الخصوم، هنا يمكن أن تقودنا إلى ثلاثة حالات لا يكون اتفاق التحكيم لاغيا وباطلا إلا الثالث منها:

فالحالة الأولى إختيار الخصوم للتحكيم، والحالة الثانية إختيار الخصوم للتحكيم المؤسسي، والحالة الثالثة هي إختيار الخصوم لمركز تحكيم معين لأجل تنظيم التحكيم³. فاختيار وتعيين مركز تحكيم في اتفاقية التحكيم ينطوي على إرادة الخصوم في إعطاء هذا المركز صلاحية تنظيم الإجراءات، فالأطراف حينما يختارون في الإتفاق مركز تحكيم معين يكونوا مجبرين على اللجوء الى هذا المركز، وفي حالة ما إذا تم إبطال عقد تنظيم التحكيم فإن إتفاق التحكيم يكون ملغى بالنتيجة. ونعتقد أن الرأي الأخير أجدر في الأخذ به .

¹ - فتحي والي، المرجع السابق ، ص281 .

² - Emmanuel Gaillard, Charles Jarroson, Eric Loquin, Mathieu de Boisséon :Intervention aux débats in « Les institutions d'arbitrage en France », Travaux du Comité français de l'arbitrage, Paris, 19 janv.1990, Rev.arb.1990. p 473-475.

³ - Tomas Clay ,op ;cit ,p 561.

ثالثاً: الطبيعة القانونية للعلاقة ما بين مركز التحكيم والمحكم أو

المحكمين

يرتبط المحكم أو المحكمين بمؤسسة التحكيم عن طريق عقد يسمى بعقد التعاون التحكيمي، وهذه التسمية تم إقترحها من الفقيه توماس كلاي (Tomas Clay) والمسألة المهمة في هذا العقد هو التعاون ما بين أطرافه لأجل السير بالخصومة التحكيمية، فهو يهدف بشكل رئيسي إلى تنظيم العلاقات الثنائية بينهما لأجل أن تكون الخصومة موافقة لنظام التحكيم، وبالتالي فهما يتعاونان لتحقيق ذلك. ويجب التوضيح أن هذا العقد يربط بين كل محكم على حدى من جهة والمركز التحكيمي من جهة أخرى، أي أن لكل محكم عقد تعاون خاص به مع المركز¹.

فالمركز يختار المحكم أو يثبت تعيينه بعد مراقبة مؤهلاته، وبموجب هذا العقد يكون المركز التحكيمي بمثابة مدير ومنظم ومراقب لكيفية سير إجراءات التحكيم، ويتعامل مع المحكم على هذا الأساس، كما يتعهد بتعويض المحكم عن مصاريفه وبدفع أتعابه المستحقة والتي يتلقاها من الخصوم بواسطة وسائله الخاصة، وفي المقابل يلتزم المحكم بموجب هذا العقد بأن يقبل مهمته التحكيمية وأن يقوم بها تحت إشراف المركز ووفق ما تنص عليه قواعده، كما يقبل قيام المركز بسلطاته التي تخولها له هذه القواعد مثل سلطة تحديد الأتعاب أو سلطة عزله أو رده أو استبداله، ومراقبة مشروع الحكم التحكيمي². وفي الأخير فإنه كأصل عام - واستثناءً بالنسبة لبعض التشريعات التي تعتبر المركز التحكيمي محكماً - فإن العلاقة الإجرائية بين المحكم والخصوم تكون مباشرة إلا أنها تكون تحت رقابة المركز .

ولذلك فإن مراكز التحكيم المؤسسي تنص في نظامها الداخلي على أنه يتوجب على محكمة التحكيم بعد تشكيلها وتثبيتها من قبل المركز أن تعد وثيقة المهمة (مستند المهمة) بحضور أطراف النزاع، وتتضمن هذه الوثيقة أسماء وصفات كل من المحكمين

¹ - Tomas Clay ,op ;cit,p 581 .

² - فتحي والي، المرجع السابق، ص 281 .

والأطراف، مكان إجراء التحكيم، عرض عام لموقف الأطراف المتنازعة والقواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات، كما تتضمن قائمة للنقاط محل النزاع، جدول الجلسات الذي يبلغ للمركز التحكيمي، ويتم توقيع هذا الوثيقة من قبل المحكمين والأطراف المتنازعة على أنه في حال رفض أحد الاطراف المشاركة في صياغة هذا العقد أو رفضه التوقيع عليه يتعين على المركز أن يصادق عليه، فأطراف النزاع ليس لهم إتصال مباشر بالمحكم أو المحكمين، وإنما يكون إتصالهم به من خلال منظمة أو مركز التحكيم لكن الأهم هو أن هذه العلاقة التعاقدية بين المحكم والأطراف تبقى نفسها .

والمشروع الجزائري كغيره من التشريعات لم ينص على هذه العقود صراحة لا في القانون المدني ولا في قانون الإجراءات المدنية والادارية، ولعل مرد ذلك هو الحذر من أن يؤدي به الأمر إلى وجوب تنظيم أركانها وأثارها وبالتالي إضافة تعقيد آخر للتحكيم ، ولذلك فقد تركت مسألة دراسة هذا العقد للفقهاء والاجتهاد القضائي، كما هو الشأن في العديد من البلدان .

وفي الأخير يمكن القول أنه في التحكيم الحر يوجد عقد واحد يربط بين الخصوم والمحكم وهو عقد المحكم، بينما في التحكيم المؤسسي فنجد ثلاث عقود، الأول عقد تنظيم التحكيم ما بين الخصوم والمركز التحكيمي، والثاني عقد التعاون التحكيمي ما بين المحكم ومركز التحكيم والثالث عقد المحكم ما بين الخصوم والمحكم المبرز في مستند المهمة .

الفصل الثاني

المقاربة القضائية في ضبط المركز القانوني للمحكم الداخلي

إن الاختلافات السابقة في التأصيل النظري والفقهى بخصوص تحديد طبيعة المهمة التحكيمية نظير الاختلاف أصلا حول طبيعة التحكيم في حد ذاته، كشفت أن إفتقاد المحكم إلى مرجعية تجعله منتمي للنظام القانوني للدولة، وافتقاره لسلطان الجبر والإلزام، وقيام مهمته على أساس إتفاقي في الأصل هي العوامل التي أظهرته بمظهر قاضي ناقص يحتاج إلى ولاية مكملة.

ويبدو أن الوقوف على حقيقة المركز القانوني للمحكم الداخلي مبني أساسا على المقاربة القضائية، إذ ولما كانت الوظيفة والمهمة هي التي تخلق عضوها فإنها تعد هي المحددة لطبيعة مركزه القانوني بقطع النظر عن موضوعه عاما أو خاصا أو عن صيغة تأهيله عقديا كان أو عموميا إداريا.

وهكذا لما كان العمل القضائي معيار تعريف الوظيفة القضائية، كانت أداة ممارسة هذه الوظيفة هي معيار ولاية عضوها، وكان تبعا لذلك نوع التأهيل المعيار الأساسي والحاسم المحدد لولاية المحكم بالمقارنة مع ولاية القاضي والضابط للعلاقة بينهما، بمعنى أنه إما تأهيل يعطيه القانون باسم سيادة الدولة فيكسب تلك الولاية عند القاضي طابعا عموميا، أو هو تأهيل يستمد من إرادة الخصوم فيكسبها عند المحكم طابعا خاصا محدود¹، والملاحظ بهذا الخصوص أن محل التأهيل في المجالين هو نفسه أي النهوض بالوظيفة القضائية، الأمر الذي أدى إلى انكسار القيود على ولاية المحكم حتى اتسع مناطها ليشمل كل عناصر هذه الوظيفة .

¹ - الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 184 .

وللوصول إلى ضبط معالم المركز القانوني للمحكم ومنه استكشاف حقيقة نظامه، اعتمد الفقه على منهج القياس¹ ما بينه وبين المركز القانوني للقاضي، ومن خلال ذلك تم

1 - يتجه الفقه الغالب في اعتماد منهج القياس من خلال الإنطلاق من مسلم الطبيعة القضائية للتحكيم وللمهمة الموكلة إلى المحكم وفق ما تبنته النصوص القانونية على المستويين الداخلي والدولي، ثم يتخذ من القاضي أو من القضاء محكا " لتجربته في المقايسة" بين نظام وولاية القاضي ونظام و ولاية المحكم. ويعد الفقيه توماس كلاي (Tomas Clay) من الأوائل الذين أخذوا بمنهج القياس كخيار صريح وحاسم للتصدي لإشكالية المركز القانوني للمحكم، فلقد تساءل بهذا الخصوص في معرض تحليله للطبيعة القضائية لمهمة المحكم تساؤلا اعتبره مناط المنهج الموصل الى الإجابة وهو " كيف نحلل نظام المحكم تجاه نظام القاضي؟ " وواصل القول بأن الإجابة تكون وفق منهجين يبدوان مبررين مبدئيا:

- منهج المماثلة "identification" والذي يقوم على البحث داخل النظام القانوني للمحكم ما يماثله في نظام القاضي، وهذا المنهج يفترض هرمية بين مؤسسة قذوة وأخرى تابعة، وهو ما لا يستقيم بين القاضي والمحكم مما يجعل من هذا المنهج غير مناسب لأجل تحليل هذه المقاربة .

- منهج القياس " raisonnement par analogie ou similitude " والذي يقدم بهذا الصدد الإجابة الحقيقية الوحيدة رغم كون البعض يقول أنه لا يعطي سوى رؤية غير كاملة لنشاط المحكم . وهذا المنهج الأخير يقوم على بحث وإحصاء أوجه التشابه بين المحكم والقاضي ثم بيان الأثر على قيام هذا التشابه عبر تطبيق قاعدة إتحاد الحكم باتحاد العلة ، ولإعمال القياس لا بد من وجود قاسم مشترك مقنع وحاسم بين المقيس والمقيس عليه أي بين المحكم والقاضي أو وجود تقاطع بينهما مؤثر .

ومنطلق الفقيه توماس كلاي (Tomace Clay) في التصدي لهذه الإشكالية هو تأكيده أن الجدل بشأن طبيعة التحكيم بصفة عامة وفق الاتجاهات السابقة لم يعد ذي جدوى، وذلك لكون هذا الاختلاف قد حسم نهائيا لصالح الطبيعة القضائية لمهمة المحكم، و على هذا الأساس فإن الخطوة الأولى هي البحث عن مقاربة نموذجية لمركز المحكم مع ما يتناسب وهذه المهمة القضائية، وهذا الأمر لا يمكن أن نتصوره خارج نموذج مركز القاضي، وتبعاً لذلك يتوافق الفقه حول قاسم مشترك وهو القياس بين مؤسسة القضاء كمقيس عليه وبين التحكيم كمقيس سواء نظر إليها كأداة ووسيلة مزاحمة لقضاء الدولة في إطار من الدونية عند البعض أو من الندية والمماثلة عند البعض الآخر أو من الاستقلالية بل والتفوق عند شق ثالث بحسب الاتجاهات الفقهية وتوجهاتها، وبالنتيجة أصبح الخلاف ينحصر بينهم في درجة الأخذ بمنهج المقايسة بين المحكم والقاضي

وفي المقابل من ذلك يذهب بعض الفقه الآخر وعلى رأسهم الحسين السالمي رغم تأثره بفلسفة توماس كلاي في هذا المجال إلى عدم جدوى منهج القياس في تحديد المركز القانوني للمحكم ووضع منهجا قائم على مفترض بديل هو المرجعية العامة لمصدر الولاية وسلطة المحكم، فيشرح أن الولاية في مدلولها العام تعني (تلك القدرة أو السلطة القانونية المسندة إلى عضو ما والمستمدة من صاحب سيادة أو سلطان تخوله توثيق واقعة أو تصرف قانوني أو النهوض بوظيفة معينة)

ويذهب إلى القول أن منشأ الولاية المقصود من هذا المنهج هو القانون، فالإرادة الفردية وإن كان لها الدور في منشأ الالتزام إلا أنها تعمل بتفويض من القانون باعتباره مصدر للحقوق جميعاً، فالأطراف بقبولهم واتفاقهم على التحكيم ينخرطون في إطار قانوني موضوعي موجود مسبقاً على سبيل الدوام وهو الإطار المؤسسي التحكيمي، وهم بحسب الفقيه بيار هيبرو (Pierre Hébraud) يستعملون بحرية المؤسسات القانونية كأدوات عمل موضوعية تحت تصرفهم، وبالنظر إلى كون التحكيم يعد مؤسسة بمعنى الكلمة وهي تقسم بحسب موريو (Maurice Hauriou) إلى مؤسسات عضوية أو شخصية (institution organisme ou institution personne) وأخرى مؤسسات هيكلية أو تقنية (institution chose ou institution mécanisme) فإن هذه الأخيرة هي من يخول لها القانون النهوض بأي آلية أو وسيلة في الحياة الاجتماعية، ومنها التحكيم الذي يغطي بوضوح الشرطين المطلوبين لتأسيس مؤسسة وهما وجودها الممتد في الزمن و المجموعة الحيوية لقواعد القانون التي تنشأها .

- أنظر بهذا الخصوص :

بحث مدى إلتقاء نظام المحكم مع نظام القاضي سواء على المستوى العضوي وما يتميز به المرفق القضائي من خصائص أو على المستوى المادي الموضوعي، وما تطرحه ولاية المحكم والقاضي من تداخل في النهوض بالوظيفة القضائية، ليتم الوصول في الأخير إلى القول إن كان المحكم الداخلي على الخصوص يتمتع بولاية قضائية كاملة أم ولاية ناقصة.

المبحث الأول

خصائص الوظيفة القضائية وتناظرها مع مركز المحكم الداخلي على المستوى العضوي

لقد أخذت الدولة على عاتقها حماية النظام الاجتماعي وضمان فاعلية القانون، وأوكلت في سبيل ذلك الوظيفة القضائية إلى جهاز منظم من خلال مؤسسات رسمية دائمة يتحاكم إليها الكافة، وبهذا التحول صارت الوظيفة القضائية يتولاها مرفق عمومي قائم على الإستمرار والدوام والجبر في تنفيذ أحكامه حتى أصبح القضاء على رأي الفقيه الفرنسي روجي بيرو (Roger Perrot) على الدوام تابعا أساسيا من توابع السيادة¹.

ومن المؤكد للوهلة الأولى أن العناصر الأساسية لمركز قاضي الدولة غير موجودة في مركز المحكم، فمركز القاضي تحدده خصائص رئيسية فهو قاض عام، ومفروض على الأطراف، ويمارس نشاطه بشكل دائم من حيث المبدأ . وفي كل نقطة من هذه النقاط، يكون فيها مركز المحكم له خصائص مناقضة له، فهو قاض خاص، يختاره

- الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 196-202 .

-Tomace Clay ,op ,cit ,Page 50 et 151 . Gérard Cornu, « Le règne discret de l'analogie », in Mélange André Colommer. Litec,1993, p 131. Pierre Hébraud , Le rôle respectif de la volonté des éléments objectifs dans les actes juridiques in mélange Jacques Maury. préface de G. Marty. Dalloz-Sirey, Université Des sciences sociales de Toulouse, 1960,t2,p 419 etc

¹ - Roger Perrot : « Institutions judiciaries », LGDJ, 15e edition ,2012 , p 58

الطرفان، ويعين بصفة مؤقتة، ولذلك فإنه لا يوجد بحسب البعض ما يمكن مناقشته بهذا الخصوص، إذ لا وجود لالتقاء في الخصائص بين النظامين.

وبالنقيض من ذلك يرى البعض الآخر أنه للحكم على هذه المقاربة يكون من الضروري إخضاعها للتحليل ومواجهة هذه الخصائص الثلاث واحدة تلو الأخرى لقياس حقيقة أو نسبية معارضتها مع نظام المحكم¹.

المطلب الأول

عمومية القضاء وأثرها على مركز المحكم (قاضي عام وقاضي خاص)

يتميز مرفق القضاء بالعمومية بسبب استتثار الدولة به فهو يقدم خدمات لكل الافراد دون استثناء، وبالنظر إلى خصوصيتها في تميز القضاء والقاضي نتساءل أن كان للتحكيم والمحكم نصيب منها؟.

الفرع الأول

مضمون الخاصية

يبرر الفقه الفرنسي هذا المسلم بكون سلطة القضاء تقوم على عنصرين هما سلطة الحكم التي تخول للقاضي النطق بحكم القانون في النزاع المعروض عليه، وسلطان القضاء الذي يضمن نفاذ حكم القاضي باستعمال القوة العمومية عند الاقتضاء. ومادامت الدولة هي الجهة الوحيدة التي تملك تحريك هذه القوة لا يمكن أن يوكل القضاء إلا لشخص تؤهله الدولة نفسها وتخلع عليه شيئاً من سلطانهـا. ويترتب على هذا التصور نتيجتين هامتين²:

¹ - Tomace Clay ,op ;cit ,Page 71 « ... le statut d'un juge étatique peut être édentifier par trois caractéristiques principales : c'est un juge public,imposé aux parties,et exerçant en principe son activité en permanence Sur chacun de ces points déterminent, le statut de l'arbitre se présente différemment: il est un juge privé, choisi par les parties et nommé temporaire. »

² - الحسين السالمي ، المرجع السابق،ص 205 .

- الأولى تقتضي عدم جواز النهوض بالوظيفة القضائية إلا من طرف محاكم الدولة واستثناءا باستعمال الوسائل البديلة التي تلعب هذا الدور، بما فيها التحكيم باعتباره نوعا من القضاء، لكن دون أن يكون للمحكم سلطة الأمر لافتقاره إلى التأهيل من الدولة والإعتراف له فقط بسلطة الحكم.

- الثانية وهي نتيجة للنتيجة الأولى وتعني أن الدولة هي المسؤولة على القيام بالوظيفة القضائية والحكم في النزاعات مادامت تتمتع بامتياز الإحتكار والإستثناء لها، وينعكس ذلك على مستوى نظام القاضي من خلال تجريم امتناعه عن الحكم في إطار ما يسمى (إنكار العدالة)¹.

ونظير إستثناء الدولة بالقضاء فإن القاضي يصطبغ بالعمومية التي يرى الفقه أنها لا تخرج عن تصورين²:

- التصور الأول يذهب إلى اعتبار عمومية القضاء ما هو إلا تعبير عن سيادة الدولة التي ينطق القاضي بالحكم باسمها، وهذه السيادة هي التي تجمع عنصري الولاية القضائية وهما سلطة الحكم وسلطان الجبر العنصرين المميزين للحكم القضائي عن الحكم التحكيمي .

- التصور الثاني يذهب إلى اعتبار عمومية القضاء ما هو إلا انعكاس لنظام القاضي من جهة صفته كعون عمومي، ولذلك يسميها البعض أحيانا القضاء الرسمي، فالقاضي يخضع إلى نظام رسمي سابق الوضع ودائم يعطيه صفة الحاكم، (Magistratur)، وتنبثق منه التزامات مختلفة فيما يتعلق بأنشطته أو المتأصلة فيه كقاض، في حين لا يخضع المحكم وهو شخص عادي من الخواص لأي إلزام عام دائم ولا لأي إجراء تأديبي، ولذلك لن يكون له مركز حسب تعبير بعض الفقه³.

¹ - تنص المادة 136 من قانون العقوبات الجزائري على أن: "يجوز مُحَاكَمَة كل قاضي أو موظف إداري يمتنع بأي حجة كانت عن الفصل في ما يجب أن يقضي فيه بين الأطراف بعد أن يكون قد طُلب إليه ذلك ويصر على امتناعه بعد التنبيه عليه من رؤسائه، ويُعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 20000 دج إلى 100000 دج دون الإخلال بتطبيق المادة 107".

² - الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 211.

³ - Gérard Cornu et Jean Foyer « procédure civile » PUF, coll, Thémis-droit privé, 3^e éd 1996, P 64

والملاحظ أن هذا الرأي يربط مفهوم المركز بفكرة الديمومة، في حين أن هناك من المراكز ما تعد مراكز قانونية بالرغم من أنها مؤقتة، ومنها مركز المحكم وهنا يطرح التساؤل ما إن كان معنى العمومية والديمومة هو نفسه في كلى المركزين وهل هناك فعلا اختلاف بينهما؟

الفرع الثاني

أثر العمومية في مواجهة نظام المحكم الداخلي

يرى الفقيه توماس كلاي (Thomas clay) بأن العمومية بالنسبة للقاضي تحتمل إجابتين محتملتين، إما أن القاضي يحكم باسم الشعب المنتمي لدولة معينة ونيابة عنه، وإما أن يكون هناك وضع شخصي قائم على مركز خاص، وفي كلتا الحالتين سنرى أن هذا ليس فيه اختلافاً كبيراً مع مركز المحكم لثلاثة أسباب:

أولاً: خاصية العمومية التي يتميز بها القاضي العمومي (juge étatique) يمكن معاينتها لأنه يحكم باسم الشعب وهو ما لا يفعله المحكم، ولكن ذلك يبقى في حقيقته مرتبط بالوظيفة أكثر منها بالمركز، وبالتالي لا يمكن استخدامه كدليل لتأكيد هذا التمييز عن المحكم.

ثانياً: لا يمكن للعمومية بالنسبة للمركز القانوني للقاضي أن تستبعد أولئك الذين يستمدون نظامهم الأساسي من إرادة خاصة. وهذا لثلاثة أسباب¹:

- فمن ناحية على الرغم من الخصوصية، فإن مصدر تأهيل المحكم قائم دائماً على ترخيص وإذن من القانون، وما الإرادة الفردية إلا تفعيل لهذا الترخيص .
- ومن ناحية أخرى فإن مفهوم خاصية العمومية للقاضي في الواقع غير محددة بالنظر إلى مرونتها، إذ يوجد أصناف مختلفة للقضاة العموميين يجعل من المستحيل وضعهم في مركز واحد.

ويذهب توماس كلاي (Thomas clay) بهذا الخصوص إلى التمييز بين القاضي الحاكم و القاضي غير الحاكم، إذ الأول القاضي فيه شبه موظف يحترف القضاء، أما

¹ - Tomace Clay ,op ;cit ,P 72-73

الثاني فيكون القاضي فيه مجرد أجير من الخواص مأجور عن نشاطه الأصلي وغير مأجور عن نشاطه القضائي العرضي (شأنه مثلا كشأن المحلفين في محكمة الجنايات أو المساعدين في الأقسام التجارية والاجتماعية في التشريع الجزائري¹)، وفي هذا الإطار يعتبر نظام المحكم في حقيقته أقرب إلى نظام القاضي غير الحاكم منه إلى القاضي الحاكم، وذلك لكون القاضي العام غير الحاكم مثله مثل المحكم يمارسان وظيفة أخرى بالتوازي مع نشاطهما القضائي على خلاف القاضي المحترف، فيمنع عليه مثل هذا النشاط الموازي وفقا لنظامه القانوني الخاضع له.

أما السبب الأخير فإن محتوى النظام الأساسي المشترك للقاضي العام يتلخص في سلسلة من الإلتزامات التي يتقاسمها مع المحكم، إذ جميع هؤلاء القضاة العموميين حاكمين أو غير حاكمين (Magistrats ou non Magistrats) يخضعون للإلتزامات مماثلة مثل إحترام سرية المداولات، أو التتحي في حالة قرابة مع أحد أطراف النزاع، الحياد والاستقلالية، الأهلية، الكفاءة...الخ. وهذه الإلتزامات في نهاية المطاف هي القاسم المشترك الوحيد أو السمات الوحيدة التي تسمح بتوحيد جميع القضاة العموميين في فئة واحدة والتي يتشارك معهم فيها أيضا المحكم.

وبالنظر إلى ذلك فإن الانقسام المسبق بين وضع قضاة الدولة من ناحية ووضع المحكمين من ناحية أخرى، والحدود التي تدعي الفصل بين هذه الأوضاع المختلفة كقاضٍ عام أو قاضٍ خاص، ما هي إلا مسائل نسبية تجعل التفرقة بين نظامي القاضي العام والقاضي الخاص أقرب إلى التصنيف منها إلى التوصيف².

¹ - تنص المادة 258 من قانون الاجراءات الجزائية على أن : " تتشكل محكمة الجنايات الابتدائية من قاض برتبة مستشار بالمجلس القضائي على الأقل رئيسا ، ومن قاضيين مساعدين وأربعة محلفين ".
- تنص المادة 502 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على أن : " يتشكل القسم الاجتماعي تحت طائلة البطلان من قاض رئيسا ومساعدين طبقا لما ينص عليه تشريع العمل ".
- تنص المادة 536 مكرر 2 ف 1 من نفس القانون : " تتشكل المحكمة التجارية المتخصصة من أقسام تحت رئاسة قاض وبمساعدة أربعة (4) مساعدين ممن لهم دراية واسعة بالمسائل التجارية ويكون لهم رأي تداولي ، والذي يختارون وفقا للشروط والكيفيات المحددة عن طريق التنظيم".

²-Tomace Clay , op.cit page 73 «En d'autre termes, les seules caractéristiques qui permettent de réunir tous les types de juge public dans une catégorie unique, sont communes au statut de l'arbitre. Cela révèle la relativité de la scission a priori établie entre

وفضلا عن ذلك فإن عمومية القضاء مرتبطة أساسا بفكرة إحتكار وإستئثار الدولة بالقضاء والتي هي فكرة أو تصور وطني خاص بكل دولة، وتبعاً لذلك يبقى محدود بحدود إقليمها ووطنيا، وفي إطار ما لها من سيادة، وهو نسبي حتى داخل النظام الواحد لأن الدولة نفسها تجيز الخروج الكلي أو الجزئي عن ذلك، وهذا من خلال إجازة اللجوء إلى الوسائل البديلة لفض المنازعات وعلى رأسها التحكيم، بل وقد تجبر أحيانا على التنازل عن ولايتها القضائية، كما في نظام الحصانة القضائية أو أنها هي من تجبر مواطنيها على اللجوء إلى التحكيم في بعض المنازعات في إطار التحكيم الإلزامي أو قد يزاحم إختصاص هذا القضاء إختصاص لقضاء دول أخرى في إطار ما يسمى بالإختصاص القضائي الدولي¹.

وعلى ذلك فإن عمومية القضاء لا تقصي وجود أداة أخرى للقضاء غير قضاء الدولة أو عضو للقضاء غير القاضي العام داخل الدولة، فهي تنصب على القاضي كمؤسسة قضائية، وليس لأنه يمارس الوظيفة القضائية أي أن المعيار العضوي المتمثل في إنتماء الشخص إلى المؤسسة القضائية السيادية وخضوعه إلى التشريعات الخاصة بها هو الفاصل في التمييز بين القاضي العام الحاكم والقاضي غير الحاكم².

le statut des juges étatiques d'un côté et celui des arbitres de l'autre, et la perméabilité de la frontière qui prétend séparer ces différents statuts. Juge public ou juge privé, il y a donc là une terminologie plus classifiante que qualifiante. »

1 - إن إختصاص المحاكم في العلاقات المشتعلة على عنصر أجنبي، يكون بناء على قواعد قانونية تسمى بقواعد تنازع الإختصاص القضائي الدولي، تهتم ببيان الحدود التي تباشر فيها الدول سلطتها القضائية، في مقابل الحدود التي تباشر فيها دول أخرى لهذه السلطة، وهي على الرغم مما توحى به تسميتها ليست قواعد تنازع، وإنما قواعد مادية تحدد بذاتها الإختصاص القضائي، حيث تعلن المحكمة التابعة لدولة معينة إختصاصها أم لا، تطبيقا لقواعد دولتها حصرا

- أنظر بهذا الخصوص هشام علي صادق، المرجع السابق، ص05 . أنظر أيضا سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، سنة 2002، ص250.

2 - وجه التمييز بين القاضي الحاكم والقاضي غير الحاكم تمييز اصطلاحي في الأصل للتمييز بين من يحترف القضاء كمهنة أصيلة له ويخضع فيها إلى تشريع قانوني محدد أين يعد في هذه الحالة القاضي حاكم لأنه متفرغ لها على وجه الدوام وبين من يمارس الوظيفة القضائية عرضيا إلى جانب مهنته الأصلية كالمحكم، والمحلفين والمساعدين التجاريين فهؤلاء يعتبرون بحسب الفقه قضاة غير حاكمين .

وعلى الرغم من ذلك فإننا نعتقد أن هذا التمييز يبقى نسبي أيضا على اعتبار أن المعيار المادي أو الموضوعي المتمثل في ممارسة الوظيفة القضائية التي تعنى أساسا بالفصل في الخصومات لا يمكن التغاضي عنه، باعتباره الوجه الثاني للعمومية، فهذا النشاط في الأصل تستأثر به الدولة حصرا، وبالتالي فإن تمكين المحكم الداخلي من ممارسة هذا النشاط هو في حقيقته تنازل للدولة عن صلاحيتها، وما يلحق هذه الصلاحيات من أوصاف بما فيها العمومية، الأمر الذي يؤكد - إلى جانب التحليلات السابقة - أن خاصية العمومية لا تشكل ضابطا حاسما في اظهار الاختلاف بين القاضي والمحكم لا سيما على المستوى الداخلي .

المطلب الثاني

القضاء المفروض وأثره على مركز المحكم (قاضي مفروض وقاضي مختار)

لما كانت الدولة مستتأثرة بالقضاء فإن ذلك يجعل من اللجوء إليه مفروضا على الاطراف عند التنازع أي أنه لا بديل لهم عنه، وبالنظر الى ذلك يطرح التساؤل كذلك بالنسبة للتحكيم ان كان يتميز بهذه الخاصية ؟

الفرع الأول

مضمون الخاصية

يعد من مظاهر إحتكار الدولة للقضاء كذلك أن أصبح اللجوء إليه لفض المنازعات بين أفراد المجتمع داخليا مفروضا عليهم، ولم يعد لهم حرية اختيار قاضيهم، إذ لا يجوز لأي جهة أو سلطة مما كانت أن تنهض بالوظيفة القضائية، فهذا الأمر معقود لمحاكم الدولة أو القضاء الوطني.

فالحماية القضائية تكفل احترام الحقوق، وهذا المنطلق بات استرجاع أي حق مسلوب يدعيه أي شخص لا يمكن أن يستند لمنطق القوة، أي الأخذ بالتأثر أو السعي لنيل ذلك بإحدى الوسائل الخاصة، بل لا بد من رفع الأمر للقضاء بوصفه الجهاز الرسمي الوحيد الذي يوفر طرق استرجاع الحقوق، فالدولة التي تمنع على الأفراد

الاقتصاص الفردي والعدالة الخاصة، ملزمة بتوفير البديل لذلك بتقرير حق عام لجميع الأشخاص في المطالبة أمام القضاء بالحماية القضائية.

ولقد تطورت علاقة الدولة الحديثة بالوظيفة القضائية من مرحلة حقها في أن لا يُتقاضى إلا في مؤسساتها، بهدف فرض شرعيتها ومحاصرة كل مظاهر العدالة الخاصة إلى مرحلة واجبها في تقديم الخدمات القضائية لمن يطلبها فهي أصبحت ملزمة بتأمين الحق في اللجوء الى القضاء¹.

ولتمكين الأفراد من إشباع حاجاتهم في الأمن القضائي نتيجة هذا الفرض فقد الزم القاضي بعدم الإمتناع عن الحكم في النزاع أو النظر في الطلبات المرفوعة إليه، فالقاضي من هذا المنظور هو القاضي الطبيعي والمكلف بالنهوض بالوظيفة القضائية ليبقى ما تجيزه الدولة أو تتنازل عنه ما هو إلا استثناء متروك لإرادة الأطراف بغرض تحقيق الإشباع الذاتي من الحلول الوفاقية لا التصادمية .

الفرع الثاني

أثر القضاء المفروض في مواجهة المحكم الداخلي

يرى بعض الفقه أن فكرة القاضي المفروض أثبت تحليلها أنها ليست ذا فعالية في تحقيق التمايز بين نظام المحكم والقاضي، فالقول أن هذا الأخير ليس لإرادة أطراف النزاع دور في تعيينه أو إختياره على خلاف المحكم الذي هو قاض يختارونه، يُعدا قولاً مخالفاً للحقيقة²، إذ أنه يمكن لهم اختياره بطريقة غير مباشرة، وفي بعض الأحيان

¹ - شاكز مزوغي، حق التفاضي ودولة القانون، مجلة الاجتهاد القضائي كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة ، العدد التاسع ، مارس 2013 ، ص 56.

² - Tomace Clay , op.cit page 73.

مباشرة، كما هو الحال في ميزة الاختصاص بين الأقسام المدنية¹ في المحكمة ذات الاختصاص العام للفصل في المنازعات.

كما أن توزيع الاختصاص الإقليمي للمحاكم مثلاً وفقاً لأحكام المواد 37-38-39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية² يسمح للمدعي بطريقة غير مباشرة اختيار قاضيه، ويبقى هذا الاختيار دائماً في إطار نظام للاختصاص سابق الوضع قانوناً ومستقر، ويضيف الفقه إلى هذه الحالات نظام انتخاب القضاة غير الرسميين، كما هو الشأن في التشريع الجزائري بالنسبة لاختيار المحلفين في محكمة الجنايات³ والمساعدين في الأقسام الاجتماعية والتجارية⁴.

ومن جهة أخرى فإن القول بأن المحكم يعد قاض مختار فهذا قول نسبي، إذ يصدق ذلك متى كان التحكيم حراً، أما في التحكيم المؤسسي فإن الاختيار يكون غير مباشر من خلال نظام مؤسسة التحكيم، إذ تبقى حرية الاختيار فيه محدودة بحد عدد

¹ - تعد المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام و تتشكل من أقسام حسب المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، وهنا ثار التساؤل عن نوع اختصاص هذه الأقسام ؟ هل هو اختصاص عام بمعنى أنه يجوز لأي قسم من أقسام المحكمة الفصل في الدعوى مهما كان نوعها، أم أنه يجب مراعاة طبيعة النزاع وما تم توزيعه بموجب نص القانون ؟ . بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجد أن اختصاص أقسام المحكمة يبقى اختصاصاً شاملاً، بمعنى أن الخطأ في توجيه الدعوى أمام القسم المختص لا يترتب عليه التصريح بعدم الاختصاص، و ذلك باستثناء القسم الاجتماعي الذي له اختصاص مانع من النظام العام (المادة 32 الفقرة 5 و 500 من ق إ م إ). وانطلاقاً من هذه القاعدة التي تعتبر أقسام المحكمة بمثابة تقسيم إداري بحت لا علاقة له بالاختصاص النوعي، فإن المادة 32 الفقرة 6 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية منحت في حالة جدولة قضية أمام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها للقاضي إحالة الملف للقسم المعني عن طريق أمانة الضبط بعد إعلام رئيس المحكمة .

والمغزى من هذا الطرح أن المتقاضين في ظل نظام القاضي العام يمكنهم اختيار قاضيه ليس بالمعنى الحرفي للكلمة ولكن عن طريق توجيه دعواه إلى قسم معين - سواء كان ذلك بطريق الخطأ أو عمداً - فقد لا يرضى صاحب النزاع العقاري بالقاضي العقاري فيلجأ إلى رفع دعواه أمام القاضي رئيس القسم المدني وكذا الشأن بالنسبة للاختيار بين قاضي شؤون الأسرة والقاضي العقاري في مسائل القسمة... الخ . ففي هذه الحالات متى فصل القاضي فيها فإن حكمه لا يعد معيباً بعيب الاختصاص .

² - أنظر المواد 37-38-39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، المرجع السابق .

³ - انظر بهذا الخصوص المادة 258 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08 يونيو سنة 1966 الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم (ج . ر رقم 48 لسنة 1966) .

⁴ - انظر بهذا الخصوص المواد 502 - 533 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، المرجع السابق

المحكمين المعتمدين من طرفها، كما أنه في التحكيم الإجباري¹ يغيب الاختيار أو يصبح محدود جداً، فعادة ما يسند إلى هيئات تحكيم موجودة ومعينة مسبقاً.

فالمشرع قد يجعل من التحكيم في بعض المنازعات أمراً واجباً لا يملك معه الأطراف رفع المنازعات إلى قضاء الدولة، إذ يتعين عليهم إن أرادوا حسم النزاع حولها الإلتجاء إلى التحكيم أولاً. وهذا ما يسمى بالتحكيم الإجباري الذي تتعدم فيه إرادة الأطراف سواء فيما يتعلق باللجوء إليه أو فيما يتعلق باختيار الجهة التي تباشره، ويصبح التحكيم نظاماً مفروضاً عليهم، وفي معظم الأحيان يلجأ إلى هذا التحكيم بناء على قاعدة أمره تتعلق بالنظام العام، والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. وهو قد يأخذ صورتين: إما أن يكتفي المشرع بفرض التحكيم ويترك للخصوم حرية اختيار المحكم وتعيين إجراءات التحكيم، وإما أن يتدخل المشرع فيضع تنظيمياً إلزامياً لإجراءات التحكيم ككل، فلا يكون لإرادة الخصوم أي دور فيها.

المطلب الثالث

استمرارية القضاء (قاضي دائم وقاضي مؤقت)

إشباع حاجات الأفراد من الأمن القضائي يستوجب أن يكون ذلك على سبيل الدوام والاستمرار، وهو ما جعل مرفق القضاء يتميز بخاصية الاستمرارية التي تتيح اللجوء إليه في أي وقت، وبالمقابل من ذلك يطرح التساؤل بخصوص التحكيم إن كان له نصيب من هذه الخاصية؟

الفرع الأول

مضمون الخاصية

أساس مبدأ الإستمرارية يكمن في تمكين الدولة للأفراد من إشباع حاجاتهم العامة دون إنقطاع، وعليها تأمين تشغيل المرافق العامة بصورة منتظمة نظير حيوية الخدمات

¹ - انظر بهذا الصدد احمد ابو الوفا، المرجع السابق، ص 38 .

التي تؤديها، وما يمكن أن يترتب توقفها أو تعطيلها من أضرار تصيب الدولة والفرد في نفس الوقت¹.

وإذا كانت استمرارية المرفق العام على الشكل أعلاه تعنى بالجانب الهيكلي فإن لاستمرارية مرفق القضاء من الناحية الموضوعية وجهان مختلفان الأول يتصل بالوظيفة القضائية و الثاني يتصل بنظام القاضي :

- فالوجه الأول يعد إنعكاس لطبيعة مرفق القضاء الذي يؤدي وظيفة اجتماعية عامة تحتكره الدولة من خلال إقامة الهياكل المادية التي تمارس فيها من محاكم ومجالس قضائية تكون دائمة الوجود، وذات إختصاص مبدئي مفتوح على كل النزاعات الحادث منها والمستحدث، مع تمكين الأفراد من الإنتفاع منه على قدم المساواة ومن دون تمييز²

- أما الوجه الثاني لهذه الإستمرارية فيتعلق بالنظام القانوني للقاضي وما يحدده من حقوق وضوابط وقواعد أخلاقية تمثل ضمانات تعمل على تجسيد هذا المبدأ من الناحية العملية، كمنع العزل إلا في حالة الأخطاء الجسيمة، منع الإضراب واعتباره عرقلة لسير العمل القضائي يترتب عنه قيام المسؤولية التأديبية ، تنظيم الاستقالة... الخ³.

ويذهب البعض الآخر⁴ إلى تكريس وجه آخر لا يتعلق بالقاضي كوظيفة وإنما يتوجه إلى ولايته على نزاع ما، ومدى قابليته لمواصلة النظر في نزاعات أخرى على أساس ما له من حاكمية، فلئن كان القاضي يعمل على سبيل الدوام والإستمرار لأنه عون عمومي، فإن نفس هذا القاضي يمكن أن يعين لممارسة مهام قضائية مؤقتة أو إستثنائية

1 - ماجد راغب الحلو، العقد الإداري الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، سنة 2007 ، ص29.

2 - الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 220 .

3 - أنظر بهذا الخصوص القانون العضوي رقم 11-04 المؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق لـ 06 سبتمبر سنة 2004 والمتضمن القانون الاساسي للقضاء . (ج ر رقم 57 لسنة 2004) ، الرابط الإلكتروني :

<https://www.joradp.dz/FTP/jo-arabe/2004/A2004057.pdf>

4 - الحسين السالمي ، المرجع السابق ، ص 230

أو حتى النظر في قضية بذاتها فقط¹، و حتى القاضي غير الحاكم كالمحلفين أو المساعدين التجاريين فإنهم يمارسون وظائفهم مؤقتا لمدة معينة. وبالمقابل من ذلك فإن المحكم يفتقد إلى مؤسسات هيكلية يمارس فيها التحكيم على سبيل الاستمرار، كما أنه لا يخضع للنظام التسييري الخاضع له القاضي لا سيما في الجانب الانضباطي، إلا أنه قد يتشابه مع القاضي العمومي في الوجه الثالث الأمر الذي يجعل من هذه الخاصية لا يمكن أن تكون سببا لخلق التعارض بين نظام القاضي ونظام المحكم .

الفرع الثاني

أثر خاصية الاستمرارية على المحكم

من المؤكد أن أنظمة القاضي والمحكم لا تأخذ على الأرجح نفس الديمومة الزمنية، فنظام القاضي متنوع ما بين القاضي العمومي الحاكم والقاضي غير الحاكم وهو ما يرتب بالضرورة أن الديمومة الزمنية ليست هي نفسها، فالبعض يكون القضاء مهنته خلال كل مساره الوظيفي كالقاضي المحترف، في حين البعض الآخر يمارس بعض المهام القضائية بالإضافة إلى وظيفة أخرى تخضع للقانون الخاص. وفي هذا الشأن فإن اختلاف المدة الزمنية لنظام القاضي وتغيرها يجعلها لا تمثل خاصية مميزة له ومنه لا يمكن أن تشكل ضابطا للتمييز بينه وبين نظام المحكم، فالقاضي لا يجلس للحكم إلا بقدر ما هو متعهد به، إذ لغرض تلك العهدة ومدتها فقط فوض له المشرع سلطانه، وهذا التفويض لا غاية له سوى أداء وظيفة معينة في نزاع محدد، فسلطة القاضي تنتهي بمجرد اتخاذ قراره².

¹ - كما هو الشأن بالنسبة للقضاء الجنائي الذي تنعقد محكمة الجنايات فيه في دورات ويكون لكل قاضي عدد من القضايا محددة ينظرها، وتنتهي ولايته عليها بمجرد النطق بالحكم فيها. أنظر الأحكام المتعلقة بمحكمة الجنايات في من المواد 253 - 327. من قانون الإجراءات الجزائية ، المرجع السابق .

² - Tomace Clay , op.cit page 74 -75

إن الإستمرارية المقصودة هنا هي التي تتوجه إلى ولاية القاضي على نزاع معين وليس إلى مدى قابليته لمواصلة النظر في نزاعات أخرى على أساس ما له من حاكمية وهنا يكون القاضي مماثل لما هو عليه المحكم.

وبموجب هذه القاعدة فإن القاضي يمنع عليه التدخل أو الفصل في نزاع سبق أن نظره فعلى قول جون روبار (Jean Robert): "إصدار الحكم يستنفذ سلطة القاضي"¹، ولما كان القاضي لا يمكنه مراجعة حكمه بمجرد النطق به مباشرة²، فهذا يكون حتى بالنسبة للوقائع كما ذهب إلى ذلك بيار كروك (Pierre Crocq): "المبدأ هو ليس عدم إمكان القاضي الفصل في نفس القضية، بل أنه لا يمكنه الفصل والحكم في الوقائع نفسها"³.

وهذا المنع يجعل من مركز القاضي في مواجهة النزاع يكون مؤقتا، و من جهة أخرى فإنه لا ممانع للمحكم من إعادة نظره للنزاع من جديد متى أبطل قراره إذا ما تم إعادة اختياره من الأطراف، الأمر غير الجائز للقاضي⁴.

ويمكن القول في الأخير أن مركز القاضي، ليس له بالضرورة ديمومة زمنية أكبر من التي للمحكم، فالقاضي بمجرد نطقه بقراره يحتفظ بمركزه كقاضي في حين المحكم يفقد ذلك، وهذا دون أن يفقدا تماثلهما من حيث سبب وجودهما وهو الفصل في نزاع.

¹ - Jean Robert : « l'annulation de la sentence pour violation des droit de la défense et la caducité du compromis par épuisement des pouvoirs des arbitres ayant rendu leur sentence », note sous Cass. 2^e civ ; 17 juill. 1978, Rev. arb. 1979. 241, spéc. p. 244

(l'intervention du jugement épuise le pouvoir du juge) .

² - إذا شاب الحكم خطأ مادي أو إغفال فإنه يمكن تصحيحه لكن بدعوى جديدة وبطلب من الأطراف وليس بتدخل تلقائي من القاضي وهو ما نصت عليه احكام المواد 286 و 287 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على سبيل المثال .

³ - Pierre Crocq : « le droit à une tribunal impartial » , in R. Cabrillac, M.A. Frison-Roche et Th. Revet (sous la direction de) : Libertés et droit fondamentaux. Dalloz, 6^e éd, 2000, page 397. (le principe est que non seulement un juge ne peut pas rejuger une même affaire mais en outre qu'il ne peut pas juger les même fait) .

⁴ - Tomace Clay , op.cit page 75-81-82

وعلى حد تعبير الفقيه بيار هيبرو (Pierre Hébraud): "... الاختصاص القضائي كمفهوم افتراضي لا يتجسد إلا بوجود نزاع..."¹.

في نهاية هذه المقاربة بين مركز المحكم ومركز القاضي على المستوى العضوي، نلاحظ وجود اختلافات بينهما إلا أنه لا يمكن التأسيس عليها للقول برفض التماثل الحقيقي بينهما، فمجموع الخصائص السابقة العمومية والاستمرارية والجبرية التي يتميز بها مركز القاضي العمومي انتهينا فيها إلى إثبات إلتقاء هذا الأخير على مستوى المبادئ والخصائص مع مركز المحكم مما يجعلهما في مركز واحد بغض النظر عن صفة عضو القضاء المعني. لكن دون أن تجعل منه قاضي حاكم، وهذا على المستوى العضوي فهل الأمر كذلك على المستوى الموضوعي أي الولاية القضائية؟

المبحث الثاني

خصائص الوظيفة القضائية وتناظرها مع مركز المحكم الداخلي على

المستوى الموضوعي

ترتكز المقاربة القضائية في شقها الموضوعي على بحث مدى توافر سلطتي الحكم والجبر المميزتين لولاية القاضي لدى المحكم، وانعكاس ذلك على سلطاته والتزاماته، فالولاية القضائية تعني سلطة القاضي في الحكم في الخصومة المرفوعة إليه بحكم يكون ملزم وينفذ جبراً²، وفي خضم ذلك تظهر السلطات والإلتزامات والضوابط الواجب احترامها مع قيام المسؤولية في حالة الإخلال بها.

ولمباشرة الولاية القضائية يستلزم أولاً توافر عنصر التأهيل أو صلاحية القاضي في ممارسة عمله قاضياً في الخصومات، وهي تعد مستمدة من سلطة جهة التعيين، وصلاحية الجبر عند النطق بالحكم والتي تعد مستمدة من القانون وليس من جهة التعيين، وبالنتيجة فإنه في الأولى لا يملك من كانت ولايته خاصة منح ولاية عامة لغيره،

¹-Pierr Hébraud : « la juridiction arbitrale et la notion de compétence » ,RTD civ ,1962,160,spéc,p 161 .

² - الحسين السالمي ، المرجع السابق، ص 225.

أما الثانية فإنها تعد بالأولوية مناط استقلاله وخضوع سلطة التعيين نفسها لسلطانه في الأحوال التي توجب ذلك، وبالنتيجة فإنها تعكس أصالتها لا تبعيتها¹.

وسنعالج في هذا المبحث مدى تأهيل المحكم لممارسة الولاية القضائية من حيث سلطته في الحكم و من حيث تمتعه بسلطة الأمر والجبر وبنظام قانوني مستقل عن نظام القاضي، أما سلطاته، إلتزاماته، حقوقه ومسؤوليته عن ذلك وتفصيلاتها ومدى تناظرها مع نظام القاضي فسنعالجها في الجزء الثاني من الدراسة للمتطلبات البحثية باعتبارها من تجليات هذا المركز وانعكاساته.

المطلب الأول

سلطة المحكم في الحكم وتناظرها مع سلطة القاضي

ينفي بعض الفقه لا سيما بعض الفقهاء الفرنسيين على الخصوص أن للمحكم سلطة في الحكم عند الفصل في النزاع، ووجدوا ضالته في المصطلحات المستعملة من طرف المشرع الفرنسي، ومنها استبعاده للفعل " يحكم juger " واستبعاده لعبارة " حكم تحكيمي jugement arbitrale " والتي كان يعتمدونها قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم وبالتحديد أمري 1980 و 1981 واستبدالها بالفعل " يفصل أو يحسم النزاع tranche le litige " وكذا بعبارة " قرار تحكيمي décision arbitrale " كما في قانون الإجراءات المدنية الحديث منذ 1955². ومن خلال هذه الحجة اللغوية بنوا استنتاجهم بأن المحكم لا يحكم.

وعلى الرغم من مقبولية هذا الاستنتاج إلا أنه يعد توجهًا شاذًا، فالعبارات السابقة تعني بلغة القانون الفصل في النزاع أي الحكم، كما أن هذه الحجة الاصطلاحية تخفي من ورائها الفكر المتشبع بالتصور العقدي لمركز المحكم الذي يرى أنه ما دام مصدر

¹ - محمد شلال العاني، أضواء في القضاء والتنظيم القضائي، دراسة مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، الإمارات العربية المتحدة، المجلد السادس، العدد الثاني، جوان 2009، ص 167-168. انظر الدراسة على الرابط الإلكتروني (اطلع عليه يوم 2021-08-30) :

-<https://down.ketabpedia.com/files/bkb/bkb-fi00619-ketabpedia.com.pdf>

² - Tomace Clay , op.cit page 83-84

تأهيل المحكم مجرد إتفاق تعاقدى فإنه يفتقر إلى سلطة الحكم، وفي هذا خلط بين وسيلة التأهيل وهي العقد وبين موضوعه وهو الوظيفة القضائية، وبالتالي هناك خلط واضح بين سلطة الحكم في النزاع وبين مصدرها كما جاء على لسان الفقيه توماس كلاي¹. وعلى ذلك ينبغي توضيح معنى تأهيل المحكم لممارسة مهمته وأثر ذلك في ولايته وسلطته على النزاع.

الفرع الأول

تأهيل المحكم الداخلي لممارسة الوظيفة القضائية

مصطلح التأهيل في اللغة اشتقاق من فعل أهّل يؤهل تأهيلا. ويقال أهله ذلك وأهله لذلك الأمر تأهيلا أي رآه أهلا له. وتأهل الرجل أي تزوج². كما يقال أهّل بمعنى نصّب، قلّد منصبا، ولّى، وأهّل قاضيا، نصّبه، وتأهيل بمعنى تقليد وتنصيب، تولية، توظيف³.

وفي الإصطلاح القانوني يعرف التأهيل على أنه عملية إسناد شخص ما وظيفة أو صفة عن طريق الانتخاب أو بالتعيين، كما يشمل ذلك أيضا إسناده مهمة أو تكليفا بموجب عقد، كتأهيل الوكيل في عقد الوكالة⁴.

وفي مجال التحكيم يشير مصطلح التأهيل إلى منح شخص سلطة إصدار قرار له قوة الشيء المقضي فيه في النزاع المعروض عليه⁵.

والتساؤل الذي يطرح هنا، ما المصدر الحقيقي لتأهيل المحكم بالمقارنة مع مصدر

تأهيل القاضي ؟

¹- ibid.p 85-86 (il s'agirait donc d'une confusion manifeste entre le pouvoir juridictionnelle et sa source) .

- أنظر أيضا الحسين السالمي، المرجع السابق ، ص 226 .

² - ابن منظور الدمشقي، المرجع السابق ، ص 125 .

³ - ممدوح حقي ، قاموس المصطلحات الحقوقية والتجارية ، مطبعة لبنان ، بيروت ، سنة 1973، ص 157 .

⁴ - Gérard Cornu : « Vocabulaire juridique. Association Hinri Capitant »,PUF. 8ème.2000.

⁵ - Tomace Clay , op.cit p 115 (... l'investiture est entendue comme le pouvoir donné à un individu de rendre une décision qui aura l'autorité de chose jugée) .

بهذا الخصوص يجيب توماس كلاي (Tomace Clay) أنه إذا كانت إتفاقية التحكيم تضبط إختصاص المحكم فإن عقد المحكم هو مصدر تأهيله والمنشأ للمحكمة التحكيمية، فعقد المحكم (le contrat d'arbitre) موضوعه يتعلق بتأهيل المحكم وإعطائه الصلاحية لأجل القيام بالمهمة التحكيمية الموكلة اليه.

ويذهب عبد الحميد الأحذب إلى القول أن : " عقد المحكم وكما كيفيه الفقه والاجتهاد القضائي الفرنسي يعد عقد " ولاية وتأهيل " أي بمعنى أن أطراف النزاع هم من يولون ويؤهلون فيه المحكم لمباشرة سلطة الفصل في النزاع " ¹.

وعلى عكس الرأيين السابقين يذهب محمود السيد التحيوي إلى القول أن سلطة الحكم لدى المحكم يستمدّها من العقد و القانون معاً، إذ يرى أنه إذا كانت إرادة الأطراف هي من تنشأ مهمته فأنها تعد غير كافية، إذ يجب أن تقر النظم القانونية بهذه الإرادة في إنشاء الاتفاق التحكيمي، لينتهي إلى القول أن : " تأهيل المحكم تشترك فيه الإرادات الثلاثة، إرادة القانون والأطراف والمحكم، فتعمل إرادة الأطراف المحتكمة في إطار إرادة المشرع، ثم إرادة المحكمين التي تعمل في اطار الارادتين السابقتين وذلك بغرض حل النزاع المعروض على التحكيم " ².

الفرع الثاني

ثنائية التأهيل للمحكم في مواجهة نظام القاضي

على الرغم من ازدواجية مرجع تأهيل المحكم بين العقد و القانون فإن كلا منهما يكرس نفس المحل وهو إعطاء المحكم سلطة الحكم والقضاء، و كما ذكر الحسين السالمي لئن لم تتحد هذه الإرادات في مصدرها، فإنها تتحد في اتجاه كل من إرادة الخصوم والقانون إلى إعطاء الغير وهو المحكم سلطة الحكم والفصل، أي أن مرجعية التأهيل للمحكم لا ترتبط بصيغتها وشكلها وإنما بموضوعها وهو الوظيفة القضائية ³.

1 - عبد الحميد الأحذب، المرجع السابق ، ص 373 .

2 - محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية وجوازه في منازعات العقود الادارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة 1999 ص 20-21 .

3 - الحسين السالمي، المرجع السابق 241 .

وبالنظر إلى هذا التصور العقدي على الخصوص لمصدر تأهيل المحكم ظهر التساؤل حول مدى إمكانية قبول هذا الطرح، إذ كيف للمحكم الطرف في عقد المحكم أن يفصل في صحة تأهيله¹، إذا ما تم المنازعة فيه بموجب هذا العقد، أي كيف يتم جعله طرفاً وحكماً معاً؟ فهذا يعد من قبيل خرق لأبسط قواعد العدالة.

وعن هذا التساؤل يرى الفقه أن المحكم ليس له الفصل في عقد هو طرف فيه طبقاً للمقتضيات العقدية، فالمهمة القضائية المكلف بها تتجاوز بطبيعتها النطاق العقدي الذي نشأت فيه فتُغير القواعد التي تطبق عليه، ويصبح المكوّن القضائي لهذه المهمة غير قاصر على مجرد عقد، والسلطة التي تسند للمحكم لا يمكن أن ترد إليه وحده، بل لا بد من وجود نقطة إلتقاء قصوى بين العنصرين العقدي والقضائي²، وهي السمة المميزة لطبيعة عمله كله.

وكما تعلق الأمر بتقدير سلطة الحكم لدى المحكم، ينطلق الفقه من هذه الحقيقة ليقول بتفوق العنصر القضائي على العنصر العقدي، وهو الذي يخول له صلاحية

¹ - المقصود هنا أنه قد ينزع أحد الأطراف في مدى تأهيل المحكم لأجل الفصل في النزاع، فهل يكون للمحكم الاختصاص بنظر هذه المنازعة أم أن الأمر منوط به للقضاء؟

يتفق الفقه أن المحكم له الاختصاص في نظر تأهيله، إذ له أن ينظر في مدى تطابق تعيينه مع الشروط الموضوعية من طرف الأطراف، في حالة اشتراطهم توافر مؤهلات خاصة فيه مثل أن يكون حامل لشهادات عليا أو له اختصاص معين محدد، فمثل هذه المنازعة قد لا تشكل عبئاً على المحكم للفصل فيها، طالما أنها موضوعية يكفي تقديم الشهادات المثبتة، وعلى ذلك فإن إحالة مثل هذه النزاعات على القضاء للفصل فيها تشكل إطالة للنزاع، وبالتالي فمن الأولى أن يفصل فيها المحكم. وفي هذا الشأن تدخل القضاء الفرنسي في مسألتين: الأولى تتعلق بمؤهل اللغة أين تم تقديم طعن من طرف أحد الأطراف بخصوص مستوى اللغة الانجليزية لدى أحد المحكمين فتم رفض المسألة وأحيل الاختصاص فيها إلى المحكم نفسه، والثانية هي التي تم الطعن فيها بخصوص تشكيلة محكمة التحكيم على أساس أن رئيسها له نفس التوجهات السياسية والقانونية والإقتصادية كالتى لدى الطرف الخصم - وهذا الأمر لا يتعلق بالإحتجاج على أساس حمل نفس الجنسية- فكان الحكم بالرفض على أساس أن هذه المسألة خالية من الغموض و للمحكم نفسه صلاحية الفصل فيها .

كما أن مجال تطبيق مبدأ إختصاص المحكم بالنظر في تأهيله مرتبط بثلاث مسائل: الأولى أن يكون قد تم تعيينه وبالتالي لا مجال للقول بهذا الإختصاص إذا كان التعيين تم أصلاً بمساعدة من القضاء، والثانية فيما يتعلق بعقد المحكم الذي ليس من الضروري إنهاؤه لبدء التحكيم إذا تعلق الأمر مثلاً ببحث الجوانب المالية الخاصة به، طالما أن هناك رقابة لاحقة وخارجية من طرف القضاء، والثالثة أنه متى تم تأهيل المحكم فلا مجال لتوقيف الخصومة بسبب عارض أثناء الإجراءات لأنه يمكن النظر فيها من طرف القضاء بدعوى مستقلة وهذا تجنباً للتعطيل .

- انظر بهذا الخصوص :

-Tomace Clay, op.cit, p 146-147

² - ibid, p 148

النظر في تأهيله، فإذا كان القاضي العمومي ليس له نظر المنازعة في تأهيله كونه مؤسس على مصدر إداري عمومي (قرار بالتعيين أو بالانتخاب) فإن مصدر مركز المحكم مزدوج بين المهمة و العقد، وهذه الثنائية تعكس بصدق الطبيعة الحقيقية للتحكيم ذاته كمؤسسة تجمع بطبيعتها كلا العنصرين، لكن الغلبة تكون للجانب القضائي الذي هو محل المهمة التحكيمية في ذاتها وبدونه يفقد عقد المحكم وجوده¹ .

ومسألة نظر المنازعة في التأهيل من طرف المحكم أي مبدأ اختصاص المحكم بنظر تأهيله يختلف عن مبدأ الاختصاص بالاختصاص المعروف² كونه يرتبط أساسا بعقد المحكم، في حين أن المبدأ الثاني فيرتبط باتفاقية التحكيم³، ومنه يكون النزاع في التأهيل غير النزاع في الاختصاص، فالأول قد لا يطرح بالنسبة للقاضي العمومي بالنظر إلى كون تأهيله كما أشير له سلفا مفترضا فيه لتأسيسه على مصدر إداري عمومي (قرار بالتعيين أو بالانتخاب) لكن يمكن الطعن فيه ليس أمام نفس القاضي وإنما أمام جهة أخرى صاحبة الإختصاص وهي القاضي الإداري، أي أنه يمكن القول أنه لا يوجد غياب كلي للنزاع في مسألة التأهيل بالنسبة للقاضي العمومي.

أما النزاع في اختصاصه فإنه من الممكن ذلك لكنه يكون نزاع من نوع آخر (اقليمي، نوعي، شخصي)، والقاضي نفسه هو الذي يفصل فيه أي أن حتى مسألة الاختصاص بالاختصاص لا تطرح بالنسبة للقاضي العمومي " فكل قاضي هو قاضي اختصاصه"⁴.

وتبعا لهاته القاعدة فإنه ولما كان المحكم يملك سلطة الحكم تبعا لكون وظيفته التحكيمية هي بالأساس وظيفة قضائية فإنه بملك بالضرورة سلطة بسط صلاحيته في

¹ - Tomace Clay , op.cit ,p 148 -149

² - مبدأ الإختصاص بالإختصاص بالنسبة للمحكم يعني أن المحكم يبحث وبكل حرية كاملة في حقيقة إختصاصه إذا ما تم المنازعة فيه، فإن تبين له صحة إتفاق التحكيم فإنه يعلن إختصاصه فيه بحكم، ثم ينظر النزاع الموضوعي وإن تبين له عكس ذلك فإنه يقضي بعدم اختصاصه . أنظر بهذا الخصوص أنور علي أحمد الطشي، مبدأ الإختصاص بالإختصاص في مجال التحكيم ، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2009 ص 27 .

³ - Tomace Clay , op.cit p 155

⁴ - Henry Solus et Roger Perrot:Droit judiciaire privé.Sirey,1973,t2 « la compétence »,spéc. N° 503 .

نظر اختصاصه كدرجة أولى¹، أي أن يكون أول من يحتكم إليه في مسألة الدفع المتعلقة باختصاصه، فالمحكم هو قاضي تجاه المحتكمين الذين عينوه، لذلك فإن قيامه بالنظر في اختصاصه يكون مشمولا بالاتفاق التحكيمي، وهذا نتيجة طبيعية لصفة القاضي التي أسندوها إليه².

ويرى الفقيه ألكسندر هوري (Alexandre Hory) أن سلطة القضاء لدى المحكم تعطى له بمجرد الانتهاء من تكوين المحكمة التحكيمية ومن خلالها يمكنه الفصل في تأهيله واختصاصه³.

وتبعا لكون المحكم هو من يفصل في تأهيله واختصاصه فإن قاعدة قاضي الدعوى هو قاضي الدفع تُعزز سلطة الحكم لدى المحكم، لأنها لا تعدو أن تكون بدورها من ضرورات وظيفته وتوابع صفته، فهي ترمي إلى تأكيد ولايته على النزاع من خلال تجميع كل عناصره الأصلية ، التبعية و العارضة بين نفس القاضي إلا ما استوجب القانون

¹ -Gérard Cornu : l'art du droit en quête de sagesse.PUF, coll.Doctrine juridique,1998,page 379. « premier appréciateur de son pouvoir juridictionnel » .

² - En ce sens, Jacques François Goubeau de La Bilennerie : Traité général de l'arbitrage en matière civile et commerciale, ou Recueil complet des règles à suivre tant par les parties que par les arbitres. Libraire Renard et Villecoq,1827,t.1^{er},p 142

« On peut dire, en effet, que quoique les arbitres ne soient pas des magistrats institués par le prince pour rendre la justice en son nom ; qu'ils n'aient pas un caractère public, et qu'ils ne puissent pas rendre leurs jugemens exécutoires, ils ne sont pas moins des juges à l'égard des parties qui les ont nommés, et leurs décisions font la loi de ces parties avec l'homologation du président du tribunal, pour en garantir l'exécution. Aussi la cour régulatrice reconnaît-elle, dans cette qualité de juge des contestations entre les citoyens, le pouvoir de connaître eux-mêmes de leur compétence, bien qu'ils n'y soient pas expressément autorisés par le compromis, parce que, dit-elle, aucune loi ne leur interdit cette faculté dans les matières qui n'exigent pas la communication au ministère public. Enfin, le droit de juger leur propre compétence est la conséquence naturelle du caractère de juges dont ils sont investis par les parties . »

- انظر الرابط الالكتروني (اطلع عليه بتاريخ 18-7-2020)

https://data.bnf.fr/fr/10719776/jacques_francois_goubeau_de_la_bilennerie/

³ - Alexandre Hory: «Mesures d'instruction in futurum et arbitrage », Rev. arb. 1996.191, spéc. n° 21.(l'achèvement de la constitution du tribunal arbitral donne à des décisions l'arbitre son pouvoir juridictionnel).

وطبيعة المسألة العارضة خروجها، وهذا اختصارا للكلفة وقتا ومصاريفا، وتوحيدا للرأي في نفس الخصومة وهي جميعها تضمن حسن سير العدالة¹

وبالنظر لوجود التماثل بين نظام القاضي العام و نظام المحكم على مستوى سلطة الحكم فقد انعقد الإجماع الفقهي حول إكساب هذه السلطة للمحكم والتي لم يحجبها عنه افتقاره للعمومية في التأهيل أي صفة الحاكم (Magistrat)، فمارسته للوظيفة القضائية جعلته قاضي غير حاكم، يشترك فيها مع القاضي في الخضوع إلى نظامها. وقد تبدو سلطة الحكم لدى المحكم أقوى مما عليه عند القاضي، إذ أن هذه السلطة تخول كما رأينا للمحكم النظر في تأهيله واختصاصه معا، في حين أن القاضي له صلاحية رقابة اختصاصه دون تأهيله، وما يزيد من تعضيد هذه السلطة لدى المحكم هو أن نظام التحكيم كمؤسسة² يمثل الأساس القانوني لها، فالاستقراء التاريخي لتطورها أثبت أن ولاية الحكم والقضاء التي تسند الى المحكم ناتجة من التطور الذي مس هذه المؤسسة فأصبحت هي الأساس الحقيقي لكل سلطات المحكم وصلاحياته³.

¹ - الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 242-243 .

² - يرى بعض الفقهاء كالفقيه شارل جارسون (Charles Jarroson) والفقيه موريس هوريو (Maurice Hauriou) أن التحكيم مؤسسة بمعنى الكلمة²، ويمثل التأهيل قلبها² على حد قول الفقيه فليب تيري (Philipe Théry)، وذهب موريس هوريو إلى تقسيم المؤسسات التي يعترف بها القانون إلى مؤسسات عضوية أو شخصية وأخرى مؤسسات هيكلية أو تقنية، و أن هذه الأخيرة هي من يخول لها القانون النهوض بأي آلية أو وسيلة في الحياة الاجتماعية ومنها التحكيم الذي يغطي بوضوح الشرطين المطلوبين لتأسيس مؤسسة وهما وجودها الممتد في الزمن و مجموعة قواعد القانون التي تنشئها . انظر بهذا الخصوص :

- Charles Jarroson : « L'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers, règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles- ci », in La notion d'arbitrage. Préface de B. Oppetit. LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 198, 1987, spéc. n° 785.; Tomace Clay , op.cit p 152 ; Philipe Théry : pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit internationale privé) Thèse Paris 2 ,sous la dirction de Roger Perrot ,dact.,soutenu en nov .1981,spéc.n°18 .

² - Tomace Clay , op.cit p 195 .

³ - الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 243-244 .

المطلب الثاني

سلطة الأمر والجبر في مواجهة المحكم الداخلي

من الثابت أنه إذا كان القاضي يستمد تأهيله من نظامه فإن المحكم يستمد نظامه من تأهيله¹، ولكن ما الذي يؤسس ويعترف بهذا التأهيل للمحكم؟ وإذا كان القاضي مؤهل من طرف السلطة العامة في الدولة لأجل تحقيق العدالة باسمها فما هو مرجع النظام القانوني الذي ينطق المحكم باسمه لتحقيق ذلك؟ وإذا كان يملك سلطة الأمر والجبر فإلى أي نظام يستند فيها؟

حتى نقف عند النظام القانوني للمحكم الذي يصدر الحكم باسمه ينبغي أولاً استبعاد فرضية النظام القانوني للدولة عن المحكم للوصول إلى نظام قانوني تحكيمي تحرري ومستقل يكون سنده وأساسه المرجعي. ومن ثمة تقرير إن كان بالإمكان تمتع المحكم بهذه السلطة من عدمه.

الفرع الأول

غياب نظام قانوني عام (تابع للسلطة العامة) عن المحكم

لما كانت الدولة من واجبها الصهر على مرفق القضاء بما يضمن للأفراد حل منازعاتهم بشكل فعال ودون تعقيد، وأن ذلك يعد دينا في ذمتها، بل و يعتبر المهمة الأولى لها²، فإن القاضي هو من يجسد ذلك ويصدر حكمه باسم هذا النظام القانوني العمومي (الدولة) وبالنقيض من ذلك فإن المحكم لا يجلس للقضاء إلا إذا وافق على ذلك فهو غير مدين بأي دين من مثل هذا القبيل.

¹ - Tomace Clay , op.cit p 195 .

² - Alberte Tissier: « le role social et économique des règles de la procédure civil. Les méthodes juridiques » ,in leçons faites au collège libre des science sociales en 1910 . Giard et Brière,1911,spéc.p 121-122.

ويعتبر بعض الفقه أن التحكيم تفويض قضائي من الدولة وأن المحكم ممثل ومفوض من الدولة لممارسة القضاء، وهذا الرأي نال في وقته انتشارا واسعا وأساسه أن سلطة الحكم تعبير عن قوة السلطة العامة التي تحتكرها الدولة¹.

فهناك تحويل أو نقل لاختصاص مسنود أصلا لقاضي الدولة وفقا لنظامها القضائي إلى قضاة خاصين، أي هناك تفويضا للسلطات، وعلى ذلك يكون المحكم قاض خاص مؤهل من طرف القانون لممارسة الوظيفة القضائية في إطار التفويض الممنوح له² لكن هذا التصور تم المؤاخذة عليه مأخذان أساسيان: الأول أن احتكار الدولة لسلطة الحكم والجبر ما هو إلا نتيجة لامتلاكها سلطة تسخير القوة العمومية (الجبر)، والثاني أن القول بوجود تفويض لا يتلائم ولا يتوافق مع القواعد القانونية الموضوعية التي يستلزمها أسلوب التفويض في إدارة الشأن العام³، وعلى هذا الأساس ذهب الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى القول أن المحكم يستمد سلطة الحكم من أطراف النزاع ولا وجود لأي تفويض من السلطة العامة⁴.

ويرى توماس كلاي (Tomace Clay) أن المحكم لا يمكن اعتباره مفوضا أو ممثلا عن القاضي لأنه يعد قاض في حد ذاته، وله النظر في اختصاصه الذي يستمد من الإرادة المشتركة لأطراف النزاع المعترف بها من القانون. فلئن كان التحكيم مبني على الإرادة الفردية الاتفاقية فإن تكريسه بالقانون أسبق من اتفاقية التحكيم ذاتها، فالقانون موجود مسبقا وهو من يسمح بإبرام اتفاق التحكيم فضلا عن تأطيره⁵، وكما قال هنري

¹- Étienne Bartin : principes de droit internationale privé selon la loi et la jurisprudence. Domat Montchrestien,t. 1^{er}, 5^e ed,1930,spéc, p 164 .

²- Baron Adrien van den Branen de Reeth : conc. en tant qu'av.gén. sur Bruxelles 9 sept. 1959,extraits in journ. Trib. 1960 , spéc. Page 65-66 . « il y a un transfert à des juges privés de la compétence normalement reconnue à des juges publics de l'ordre judiciaire.il y a donc là (...) une délégation de pouvoirs » .

³-Tomace Clay , op.cit p 197

⁴ - ibid . p 197

⁵ - ibid . p 196-197.

سوليس (Henri solus) : " المحكم شخص عادي يصبح قاضيا بترخيص من القانون فهو لم يسرق أو يغتصب هذه الوظيفة بل المشرع قدر أن يختار هذا الشخص قاضيا"¹.
ومنه فإن المحكم قاضي مرخص له من القانون ليحكم بين أطراف النزاع وليس مفوضا من السلطة القضائية في الدولة ولا ممثلا ولا عضوا في التنظيم القضائي بها، فهو لا يصدر قراره باسمها ولا يعد مكلفا من طرفها².

وما يؤكد ذلك أن تحليل الإطار القانوني الذي يمارس فيه المحكم وظيفته يبرز أن القوانين سواء الداخلية أو الدولية ترفض منحه جميع الصلاحيات المميزة لوظيفة قضاء الدولة.

ويظهر غياب ملامح النظام القضائي للدولة عن نظام التحكيم عامة وعن المحكم خاصة واستقلاليتهما عنه على المستوى الداخلي من خلال ثلاث عناصر³ وهي: تنظيم إجراءات التحكيم، طريقة ممارسة المحكم لمهمته، علاقة المحكم بقانون الدولة.

أولا: غياب النظام القانوني للدولة عن التحكيم والمحكم على مستوى تنظيم الإجراءات

من مظاهر إستقلالية إجراءات الخصومة في مجال التحكيم أنها لا تخضع إلى نفس إجراءات التقاضي العادي التي ينص عليها قانون الإجراءات في الدولة، فهذا الأخير نظام مركب يوزع فيه الاختصاص ما بين الإداري والعادي (كما هو الشأن في قانون الإجراءات المدنية والادارية)، وكل منهما له مجاله قد يدق في الواحد منه ويتفرع إلى تخصصات أخرى، الأمر الذي يجعل من النظام التحكيمي يخرج عن مجال التنظيم القضائي وما يؤكد ذلك:

¹- Henri Solus : intervention aux débats (le juge et l'arbitrage) ,11^e colloque des instituts d'études judiciaires, Dijon,6-8 oct. 1977,Rev.arb.1980.309,spec.p.310 . (l'arbitre est un homme devenu juge avec la permission da la loi, il n'a pas usurpé cette fonction. (...) ...le législateur a estimé qu'il pouvait être choisi comme juge ...) .

² - Henri BattifoL : l'état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouest,journal du droit international (JDI) 1973,sepc , p 40.

³ - Tomace Clay , op.cit p 200 -201-202

- أنظر أيضا الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 250 وما يليها

- إتفاق الخصوم على التحكيم يجعله الطريق الاجباري الواجب اتباعه لحماية الحق محل النزاع، وبعبارة أخرى لا تقبل دعوى الخصم إذا لجأ إلى القضاء¹.

- الخصومة التحكيمية غير مرتبطة بالنظام القضائي للدولة طالما قرر أطراف النزاع ذلك، كما هو الشأن في الطعن بالاستئناف والنقض²، ولا تعود مرتبطة به إلا بمناسبة الرقابة على الاستئناف بالنسبة للحكم الداخلي أو التنفيذ أو عند الطعن بالبطلان (تحكيم دولي في الجزائر)، كما أن المحكم لا يتقيد بالضرورة بالقانون الواجب التطبيق متى كان محكما مفوضا بالصلح، إلا ما تعلق بمبادئ الاجراءات الأساسية أو بقواعد النظام العام الاجرائي بخصوص الشكل أو بقواعد العدالة والإنصاف بخصوص الموضوع.

- مبدأ العلنية المميز للنظام القضائي في الدولة لا نجد له مثيلا في النظام التحكيمي بالنظر الى كون هذا الأخير تعد السرية أهم خصائصه كما وضح سلفا.

- إذا كان الاختصاص المكاني لإجراءات التقاضي في النظام القضائي للدولة محددا بنص القانون فإن مكان إجراء التحكيم يخضع تحديده أصلا إلى إرادة أطراف النزاع إما مباشرة، أو بالاتفاق مع محكمة التحكيم، أو بصفة غير مباشرة بالإحالة على قانون وطني ما، كما أن التحكيم أوسع من القضاء في الاختصاص المكاني، فالتحكيم يصح بين الطرفين، ولو اختلفت أمكنتهم، أما قضاء الدولة فمقيد بالاختصاص المكاني. وبالتالي يجوز للمحكم أن ينظر في قضية برضى الطرفين ولو كان المدعى عليه لا يقيم في بلد التحكيم.

ولا يجوز للمحكم أن يستخلف غيره ليتولى التحكيم نيابة عنه إلا بموافقة الطرفين، لأن الرضا بالتحكيم مرتبط بشخصه، أما القاضي فيجوز له أن يستخلف غيره في نظر القضايا المعروضة، فضلا عن أن المحكم يقتصر اختصاصه في الدعوى المحتكم فيها

1 - أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق، ص 209 .

2 - تنص المادة 1033 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية في قسم التحكيم الداخلي على ان : " يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد (1) من تاريخ النطق بها، أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم." وتنص المادة 1034 من نفس القانون على أن : " تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون " .

فقط، أما القاضي فله النظر في كل القضايا التي تدخل في اختصاصه وهي عادة واسعة زماناً ومكاناً.

- عند مباشرة المحكم لمهامه لا يلتزم بأداء اليمين القانونية، كما هو الشأن بالنسبة للقاضي، ولا تعد الدولة مسؤولة عن أي تعطيل يمس التحكيم باعتباره لا يعد مرفقا عمومياً

ويبقى في الأخير افتقار المحكم لصلاحيات سلطة الأمر والجبر كالتى للقاضي العمومي بالنظر عدم امتلاكه وسائل الاكراه على التنفيذ، كجزاء توقيع الغرامة التهديدية أو تسخير القوة العمومية ضد أو لصالح أحد المختصمين أو ضد أحد الشهود، تجعل الاعتقاد من كونه قاضي مستقل بنظامه عن قضاء الدولة محل نظر.

إذ في هذا المجال ولافتقاد المحكم الى سيادة وطنية معينة تعطيه ما تعطي للقاضي من سلطة الأمر وقوة الجبر تجعله يستتجد بهذا الأخير لإسعافه بهذا القوة، لا سيما في مسائل التدابير المؤقتة والتحفظية، وفي تحقيق أدلة الإثبات.

ثانياً: غياب النظام القانوني للدولة عن التحكيم والمحكم على مستوى

التنظيم الهيكلي

يستدل على الاستقلالية الهيكلية للتحكيم بأسانيد من القوانين المنظمة له في حد ذاتها وقوامها:

- أن المحكم ليس موظفاً أو ضابطاً عمومياً ولا يخضع إلى الأنظمة التي تنظم هذه الفئات كما هو الشأن بالنسبة للقاضي الذي له قانون الاساسي الخاص به .

- تركيب المحكمة التحكيمية لا يخضع إلى تنظيم قانوني تضعه الدولة بصفة مسبقة على أساس الدوام والاستقرار، كما أن هذه المحاكم التحكيمية لا تدخل ضمن التنظيم الهرمي الهيكلي للمحاكم العادية مهما كان اختصاصها . فيكون بذلك التحكيم طريق موازي لقضاء الدولة ولا وجود لتسلسل هرمي بينهما¹، ومنه لا يمكن أن يتدخل النظام القانوني للدولة في التحكيم حتى ولو أراد الخصوم ذلك.

¹ - Tomace Clay , op.cit p 200 -201

- لا وجود للتدرج في التقاضي في التحكيم، كما هو الشأن في التنظيم القضائي للدولة أي أن التحكيم لا يعرف في الأصل طرق الطعن المعروفة في نظام القضاء إلا استثناء.

- للقاضي العمومي نظامه القانوني الخاص الذي يبين له حقوقه وواجباته في إطار قواعد قانونية واضحة وموحدة وموضوعية، في حين أن المحكم لا يتمتع بمثل هذا النظام القانوني الخاص به، وإنما تسيّره القواعد العامة التي تحكم التحكيم، فهيكليا نجد القاضي يخضع في عمله لرقابة إلى هيئات خاصة كالمجلس الأعلى للقضاء الذي يسيّر مساره المهني، في حين لا نجد للمحكم مثل هذا الهيكل.

ثالثا: غياب النظام القانوني لقضاء الدولة على مستوى علاقة المحكم بقانونها

من المتعارف عليه أن استقلالية القاضي الوطني لا تخرج عن قانون الدولة التي أهلكته وولته القضاء نيابة عنها وباسمها ما يجعل منه خادما لقانونها، وهو في هذا الشأن ملزم باحترامه واحترام مؤسساتها تحت طائلة المسؤولية التأديبية، والمتقاضي الذي يتقاضى أمامه يكون متأكد أنه سيطبق عليه القانون سواء تم لصالحه أو ضده¹، أما المحكم فليس مكلفا بضمان احترام قانون وطني معين.

فهو مستقل دون أن يكون له ولاء لأي نظام قانوني، وليس ضامنا ولا حاميا للقيم الوطنية السائدة، فاستقلاليته تفرض أن يكون محصنا ضد هذه الاعتبارات لأنه غير حامل عباءة الدولة ولا يدين لها بالولاء كالقاضي العمومي، لكنه بالمقابل لا يعذر بجهله القانون، فإن آنس في نفسه عدم القدرة على أداء مهمته فعليه أن لا يقبلها من أول الأمر لأنها تتطلب منه الإلمام بالقوانين ولو كان محكما مفوضا بالصلح، إذ عليه مراعاة الشكل الخاص المقرر في باب التحكيم².

¹ - Georges Bolard: « L'arbitraire du juge », in Le juge entre deux millénaires. Mélanges Pierre Drai. Préface de J. Foyer. Dalloz, 2000, p. 225

² - احمد ابو الوفا، المرجع السابق ، ص 205 .

وهذه الإستقلالية للمحكم الداخلي عن قانون الدولة لا تعني أنه غير مطالب بتطبيق القانون الوطني إذا لم يوجد اتفاق يخالف ذلك، وهو ما نصت عليه المادة 1023 من ق إ م إ في باب التحكيم الداخلي بالقول: "يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون"، وهي بذلك تستبعد قواعد العدالة والإنصاف من مجاله، كما أنه من جهة أخرى يطبق المحكم أيضا الاتفاقيات الدولية، متى تم إدماجها في القانون الداخلي وفقا للإجراءات المعمول بها، وهذا سواء باختيار الأطراف أو بموجب قواعد الإسناد أو بموجب سلطة المحكم في تعيين القانون الواجب التطبيق باعتباره الأكثر ملائمة للنزاع.

ويرى جمهور الفقه أن المحكم سواء المحكم الداخلي أو الدولي كلاهما محمول على السعي إلى فرض احترام وتطبيق القواعد القانونية الدولية، وفي هذا الشأن يميز توماس كلاي (Tomace Clay) في علاقة المحكم بالاتفاقيات الدولية المدمجة في القانون الداخلي بين أربعة أصناف من الاتفاقيات:

- الاتفاقيات المتضمنة قوانين موحدة تكون ملزمة للمحكم الداخلي ويجب عليه أن يقدمها على القانون الداخلي عند الاختلاف بينهما.

- الاتفاقيات المتضمنة لقواعد الاسناد، والتي يجب التفريق فيها بين الاتفاقيات التي أدمجت ضمن التشريع الوطني فتأخذ حكم الأولى، وبين الاتفاقيات التي التزمت الدول الأطراف باحترامها ولم تدمج في قانونها الوطني، فهي لا تلزم إلا الدول الموقعة عليها ومعه قضاتها، أما المحكم الداخلي فليس ملزما بتطبيقها واحترامها مثله مثل قاضي الدولة.

- الاتفاقيات التي تضع قواعد قانون للعلاقات الخاصة الدولية ويلحق بها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 واتفاقية جنيف لسنة 1961 حول التحكيم التجاري الدولي والتي يلحقها نفس حكم الصنف الثاني .

- الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان والتي تنفرد حسب رأيه في كونها ذات تطبيق مباشر من القاضي، ويجوز للأفراد التمسك بها مباشرة ضد الدول وفيما بينهم، إلا أن تطبيقها من طرف المحكم يبقى محل جدل لا سيما وأن لجنة حقوق الإنسان الأوروبية

في عدة مناسبات قررت أن الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان تخاطب الدول وأجهزتها القضائية التي لا يندرج ضمنها المحكم.

ويضيف توماس كلاي أنه من الواجب التمييز بين مبدأ تطبيق الاتفاقية على التحكيم وبين واجب تطبيقها من قبل المحكم، فإذا كانت أحكام الاتفاقية تفرض على المحكم مراعاتها، فإن ذلك يرجع إلى كون القواعد الإجرائية والحقوق الموضوعية التي تحميها يجب عليه احترامها كمضمون قانوني، لكنه يبقى غير ملزم بتطبيقها فهو بخلاف القاضي ليس ملتزماً بذلك، إلا أنه ونتيجة الرقابة القضائية اللاحقة التي يمارسها القضاء عند التنفيذ للحكم يجعله يطبق أحكام الاتفاقية دراء لرفضه¹، وهو يعد من التزاماته كما سوف نرى.

وهكذا يكون من الخطأ القول بأن المحكم يطبق الاتفاقية بوصفه جهازاً قضائياً للدولة، إذ هو ملزم بتطبيقها كمحكمة لا غير، بمعنى أن لزومها له هو لزوم مادي وليس لزوماً شكلياً، فطبيعة القاعدة القانونية هي التي تفرض تطبيقها على أية محكمة بما في ذلك المحكمة التحكيمية.

وبالنظر إلى كون المحكم لا يستند إلى سيادة وطنية مستقلة عن سيادة الدولة طرح التساؤل حول حقيقة النظام القانوني الذي يجعل رأيه قراراً قضائياً ملزماً للأطراف وصادر باسم سيادة تجعله نافذاً طوعاً.

في هذا المقام أخذ الفقهاء على عاتقهم التأسيس لفكرة النظام القانوني للمحكم وفق ما يحقق له استقلاليته ويظهره بمثابة قاضي كامل الولاية.

الفرع الثاني

فكرة وجود نظام قانوني للمحكم مستقل عن النظام القانوني للدولة

بتطور الأنظمة القضائية بدأ التفكير في إمكانية تأطير المحكم بنظام قانوني يسمح له بأداء عمله مستقلاً عن النظام القانوني للدولة، فما مضمون هذا التصور وإلى أي مدى يمكن تطبيقه؟

¹ - Tomace Clay , op.cit page 210 -211.

أولاً: مضمون التصور

إمكانية أن يكون هناك أنظمة قانونية أخرى إلى جانب الأنظمة القانونية التابعة للدولة مسألة معروفة، بدءاً بالأطروحات التي قدمها الفقيه سانتى رومانو (Santi Romano) أين أكد أن كل كيان اجتماعي حامل بطبيعته للقانون¹، وقد كرس الأستاذ فيلالي عصمان (Filali Osman) أطروحته للدكتوراه لأجل ترسيخ هذا التصور من خلال التأكيد على وجود نظام قانوني للتحكيم إلى جانب الأنظمة القانونية الأخرى الوطنية والدولية².

وبهذا الصدد أكد أنه لئن اجتمعت عناصر النظام كلها من مؤسسة وتنظيم هيكلية تحت سلطة رقابية في الدولة - التي تعتبر مثال المؤسسة المهيكلية والمنظمة- فإنها لا تجعل منها المثال الوحيد المؤسس لنظام قانوني، وهكذا تتعدد النظم القانونية بتعدد الكيانات الاجتماعية والسياسية، بل وأنها تتعدد داخل كيان الدولة الواحدة بتعدد المؤسسات، كما تتعدد النظم القانونية بتعدد المواضيع القانونية (مسؤولية، العقد، الحقوق...)، أو بتعدد أصناف العلاقات السائدة فيها والمحركة لها (اقتصادية، سياسية،

¹- Santa Romano: L'ordre juridique, introduction de Ph.Francescakis. Traduction de L.François et P.Gothot. Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1975, page 174 / (édition italienne de 1946) .

²- Filali Osman : Les principes généraux de la lex mercatoria, Préface de Eric Loquin.LGDJ,coll. Bibliothèque de droit privé,t. 224,1992.

(La lex mercatoria ou new law merchant est, depuis trente ans, l'objet d'un débat portant sur l'existence même d'un ordre juridique anational, coexistant avec les systèmes étatiques et interétatiques. Se réclamant du pluralisme juridique tel qu'il est développé par le juriste italien santi romano dans son oeuvre magistrale estiment pourtant que, ni la théorie, ni la pratique, ne permettent de réduire tout droit à celui de l'état. Degagée de l'emprise des ordres juridiques étatiques et interétatiques, la lex mercatoria est composée de normes anationales issues, soit directement de l'activité normative des professionnels, par le biais des usages corporatifs, soit de la fonction prétorienne des arbiters du commerce international, par le biais des principes généraux. Cependant, même si la distinction opérée entre, d'une part les règles issues de la pratique et, d'autre part celles qui sont énoncées par l'arbitre est, en réalité, moins tranchée, l'arbitrage constitue, grâce à l'élaboration originale des principes généraux une source formelle importante de la lex mercatoria. Installée dans l'ordre juridique anational, les arbitres forgent en effet, dans le cadre d'une activité prétorienne, des principes généraux qui répondent aux besoins de la communauté internationale des commerçants.) Résumé Thèse de doctorat en Droit privé du F.Osman mentionné dans le site internet <https://www.theses.fr/1991DIJOD005> (02/03/2020)

دينية...)، أو بتعدد طبيعتها (وطنية، دولية، اقليمية ...) فأصبح هناك حديث عن نظام قانوني للعقد و آخر للمسؤولية وآخر نظام قانوني دولي و نظام قانوني داخلي... الخ . ويرى الفقه الحديث أن نظرية تعدد الأنظمة القانونية لسانتي رومانو جعلت تواجد نظم قانونية غير النظم المعروفة حقيقة مسلم بها، بل أن البعض الآخر تحدث قبل أعمال سانتي مورانو عن وجود نظم قانونية خاصة مرتبطة بالاقتصاد داخل الدولة نفسها او مستقلة عنها متجاوزة حتى حدودها تنظم العلاقات التجارية، وتخضع لقواعد مشتركة بين التجار منذ القدم، وجد فيها الفقه نواة ما أصبح يطلق عليه اليوم بقانون التجار أو قانون السوق، فضلا عن وجود نظم قانونية تستند الى الدين كالنظام الكنسي والنظام الاسلامي والتي بحكم أساسها الديني محمولة على تجاوز مفهوم الدولة، بل وحتى لسلطانها الوضعي ويكفي الرجوع الى فكر توماس الاكوينى ونظرية القانون الألهي أو التاريخ الاسلامي للوقوف على هذه الحقيقة التاريخية¹.

ويعد هذا التعدد للنظم هو القاعدة المتينة لقيام نظام قانوني مستقل للتحكيم ومنه استقلالية المحكم عن النظم القانونية الوطنية و الدولية، فهو نظام موجه الى مجتمع التجار (la societas mercatorum) والذي يمثل تشكيلة اجتماعية يمكن لها إنتاج معاييرها وقواعد خاصة بها².

ويرى الفقه المكرس لهذه الأطروحة أن العنصر المميز للنظام القانوني لا يكمن في القواعد القانونية المشكّلة له، بقدر ما يكمن في طريقة وضعها. وهذه الطريقة في الوضع تعرف على أنها: " عمل سلطة يتضمن صياغة قاعدة وإدخالها حيز النفاذ " فهي تتضمن

1 - Karl Geiler : « L'ordre juridique de l'économie allemande (Contribution au problème juridique de l'institution) », traduit par P. Roubier et H. Mankiewicz, in Introduction à l'étude du droit comparé. Mélanges Edouard Lambert. Préface de P. Garraud. Sirey-LGDJ, 1938, t. 3, p. 254.

- أنظر أيضا الحسين السالمي ، المرجع السابق، ص 264 .

² - عيادي فريدة، سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2001 ، ص 51

فكرة العمل التنظيمي النافذ¹، أي أن النظام القانوني لا يقتصر على مجموعة القواعد المشكلة له، وإنما يدخل فيها طريقة التنظيم لها وفق المعايير المتواجدة². ولغياب السلطة التنظيمية المقومة والموحدة للاجتهاد التحكيمي على غرار الاجتهاد والتنظيم القضائي في الدولة، كان لا بد من التفكير في البديل الذي يستند إليه المحكم بما يضمن له استقلاليته عن النظام القضائي للدولة ويسمح له النطق باسمه³. وهذا من دون أن يعني ذلك حد التحرر المطلق من كل سيادة الدولة أو الغياب الكلي لأثرها على ولايته أو علاقته بالقانون الذي يطبقه، وإنما تعني فقط تحرر المحكم ومن ورائه التحكيم من سلطة الدولة وسيادتها التي تفرض عليه الولاء لقانونها وخياراتها المكونة لنظامها العام⁴، والاستناد إلى سيادة تحكيمية لها طابعها الخاص يتخلى فيها التحكيم عن فكرة التوطين المكاني وعن الولاء للدولة.

فما هي هذه السيادة التحكيمية التي يستند إليها المحكم وفيما تظهر؟

ثانيا : متطلبات الفكرة

محاولة تحرر التحكيم والمحكم من الولاء للدولة ولقانونها حتى بالنسبة للتحكيم الداخلي أدى إلى التخلي عن فكرة التوطين المكاني أي أن يكون له مقر وإلى توجهه لمخاطبة فئة معينة من المجتمع وهي التجار أو المتعاملين الاقتصاديين.

1 - استقلالية المحكم عن الحيز الاقليمي للدولة:

¹ - Gérard Cornu : « Vocabulaire juridique, Association Hinri Capitant », PUF. 8ème.2000.

² - عيادي فريدة، المرجع السابق، ص 52

³ - Bruno Oppetit : Philosophie de l'arbitrage commercial international, JDI 1993, publié aussi in B.Oppetit : Théorie de l'arbitrage. PUF, coll. Droit, éthique, société, 1998, p.109.

⁴ - الحسين السالمي ، المرجع السابق ص 266

- Toussaint Gallaux: La dénationalisation de l'arbitrage commercial internationale. Thèse Paris 2, sous la direction de Y.Lousouarn, dact., Soutenue le 24 juin 1998. Spéc.n° 87.

مصطلح " For " ¹ ارتبط معناه الحرفي بمصطلح المحكمة ² إلا أن معناه الدقيق في القانون الدولي الخاص يعني إيجاد مقر أو توطين التحكيم بالإقليم الجغرافي للدولة، فيخضع لسيادتها وقانونها باعتباره قانون دولة المقر.

وبهذا أصبح في البداية للتحكيم موطن يخضع فيه الى قوانين دولة المقر، وبحكم كون المقر ليس في الحقيقة إلا عنصرا من عناصر المحكمة يكون للتحكيم مقر لكن لا يكون له وطن ³. وإذا كان له ذلك فإنه يكون مختلف عن ذلك الذي للقاضي، وفي هذا الصدد يقول الفقيه ماثيو بواسون (Matthieu de Boissésou) أن مقر التحكيم لم يعد موطناً له فقد أصبح هذا الأخير افتراضياً، وانتقل بوجه ما من فضاء مادي هو الإقليم إلى فضاء رمزي هو رضا الأطراف ⁴، أي أنه على قول توماس كلاي (Tomace Clay) أصبحت إرادة الأطراف هي المجال والحيز الذي يتأهل فيه المحكم لممارسة مهمته حيث تؤهل الدولة القاضي لممارسة اختصاصه ⁵.

وتعقيباً على ذلك أوضح توماس كلاي أنه عندما نقول بأن المحكم ليس له موطن أو حيز جغرافي محدود فلا يعني ذلك على سبيل الإطلاق، إذ يبقى له موطن رمزي مرتبط بمكان المنازعة التي هو بصدد الفصل فيها، وهذا من دون ربطه بحيز جغرافي، فموطن المحكم يحوم - في الواقع - فوق كل الحدود دون أن يتحدد أو يرتبط بأي منها فهو مؤهل في جميعها ⁶، ولهذا السبب بشكل عام يضيف - مستشهداً بالدراسة التي قام بها فيلالي عصمان المشار إليها أعلاه - أن نجد مجتمع التجار (communauté des

¹ - إنتشر استعمال هذا المصطلح كثيراً في مراجع التحكيم للمؤلفين الفرنسيين .

² - Tomace Clay , op.cit p 212 .

³ - أنظر بهذا الخصوص الحسين السالمي ، المرجع السابق ، ص 266-267

- Tomace Clay , op.cit p 213 .

⁴-Matthieu de Boissésou : Réflexions sur l'espace et le temps dans l'arbitrage international,in mélanges Pierre Bellet.Litec,1991,p.33

⁵- Tomace Clay , op.cit p 213

⁶- ibid, p 213

commerçants) سواء على المستوى الداخلي أو الدولي من دون تمييز هو الذي يمنح للمحكم النظام القانوني الذي يحدد ماديًا موطنه وسيادته التحكيمية. ومن جانب آخر فإذا كان محتوى القواعد القانونية في كلا المستويين يختلف فإن إجراءات وضع أو سن هذه القواعد غير مختلف، بل أن النظام القانوني يتحدد أكثر بطريقة الوضع للقواعد القانونية أكثر منه بهذه القواعد في حد ذاتها¹.

2- قانون التجار ومجتمعه كإطار للنظام القانوني للمحكم

لقد شهد القرن العشرون ملامح منهج جديد في القانون الدولي الخاص، فحواء الاستعاضة عن إسناد منازعات المعاملات الدولية وحتى الداخلية للنظم القانونية الوطنية، وإخضاعها مباشرة لنظام خاص تشكل معطيته الأعراف والعادات والممارسات السائدة فيما يسمى بمجتمع التجار (societas mercatorum)² والتي أصبحت قانونه.

¹ - Tomace Clay , op.cit p 213 .

² - مجتمع التجار (societas mercatorum) في الحقيقة معروف منذ زمن طويل وظهر بشكل كبير في العصور الوسطى لاسيما بقيام الحروب الصليبية التي ساهمت في تحقيق المزيد من التبادل التجاري بين الشرق والغرب فازدهرت التجارة، وأقيمت الأسواق الدورية في دول أوروبا الغربية مثل أسواق فرانكفورت بألمانيا، أسواق كان و ليون و باريس في فرنسا. و كانت المعاملات تتم وفقا لعادات و أعراف السوق فاصطبغت هذه الأعراف بصبغة دولية. و قد أنشأت طوائف التجار قضاء خاص بها يتولاه رؤساء و شيوخ الطوائف أطلق عليهم اسم القناصل ، و كانوا يفصلون في المنازعات طبقا لما استقرت عليه العادات و الأعراف بين أفراد الطائفة . وفي هذه المرحلة تمتع التجار بمكانة سياسية و اجتماعية مرموقة، وبدأت الحاجة ملحة لوضع قواعد و أحكام تفرضها مقتضيات هذا النشاط التجاري، و بذلك تكون مجتمع التجار وتحققت استقلاليتها ، وتم سن قانون تجاري عرفي تميز بطابعه الدولي وطابعه الشخصي حيث كان عبارة عن مجموعة من الأعراف التي لا تهم سوى طائفة التجار. وفي العصر الحديث ظهرت الشركات الكبرى المتعددة الجنسيات التي كانت تتمتع بقوة اقتصادية هائلة، إلا أنها ارتكبت كثير من الأعمال غير الأخلاقية في سبيل الحصول على أعلى ربح ، الأمر الذي أضطر التشريعات الوطنية إلى التدخل للحد من أعمالها²، و قامت بوضع التقنيات التجارية اللازمة لتنظيم النشاط التجاري، و بذلك فقد هذا القانون طابعه الدولي و أصبح داخليا تختلف أحكامه من دولة إلى أخرى حسبما تقتضيه البيئة التجارية في كل دولة. كما فقد طابعه الشخصي واصطبغ بالطابع الموضوعي الذي يجعل من الاعمال التجارية أساسا لتطبيق أحكامه. - أنظر بهذا الخصوص : محمود مختار بريري، قانون المعاملات التجارية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 2000، ص7، محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، سنة 1976 ص 18. - Hamel et lagard : Droit commercial, Tome I, 1980, n° 14 - 37

وأهمية أن يكون للمجتمع التجاري قواعده الخاصة والمتكيفة مع التطورات أصبح معترف بها من قبل الجميع لا سيما مع عولمة الاقتصاد¹. والجدل الوحيد المتبقي هو مضمون القانون المطبق وطابعه النظامي².

ولما كان لمجتمع التجار السبق في وضع نواة القانون التجاري بما يجعله المرشح للعب دور الإطار الهيكلي للتحكيم الذي يحكمه قانون التجار المشكل من مجموع المبادئ والقواعد والاعراف التي يلتزمون بها في ممارساتهم التجارية³، فإن الذي يعني بمنازعاتهم داخل هذا الهيكل ليحقق مصلحتهم ويضمن لمجتمعهم التناسق والتنظيم هو النظام القانوني التحكيمي، فهما على حد تعبير بعض الفقه (توأمان) لا يمكن فصلهما، ووبمثابة الروح من الجسد، فإذا كان قانون التجارة إنسانا فالتحكيم عقله المفكر، إذ أن هذا القانون تجاوز المحكم إلى قاضي الدولة باعتباره مجموعة من القواعد أفرزتها الممارسات التجارية وفقه القضاء التحكيمي، مما جعلها تشكل نظاما قانونيا ملزما للمحكّمين ولقضاء

1- René David : Le commerce international « L'avenir de l'arbitrage », in Mélanges Martin Domke. Martinus Nijhoff, La Haye, 1967, p. 56, spéc. p.61. « a entrepris de constituer et administrer lui-même un droit international conforme à ses besoins ; c'est ce droit qu'il attend des arbitres, et c'est ce droit que les arbitres entendent appliquer ».

- Philippe Fouchard: « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges Gérard Farjat. Frison-Roche, 1999, p. 381

² - Paul Lagarde « Approche critique de la lex mercatoria », in Le droit des relations économiques internationales. Mélanges Berthold Goldman. Litec, 1982, p. 125

ويرى بهذا الخصوص هذا الفقيه أن المعايير التي يعتمد عليها قانون التجار ليست كافية لكي تستحق اسم " النظام القانوني " و نتيجة لكل هذه الملاحظات توصل إلى أنه لا توجد إلا عناصر les îlots " لقانون التجار وليس نظام قانوني جديد. أنظر : عيادي فريدة ، المرجع السابق ، ص 50-51 .

³ - حسب الفقيه (Berthold Goldman) فإن قانون التجار يتكون من مبادئ وقواعد وأعراف، فالمبادئ هي الموجه العام للنظام القانوني الذي تتكون منه سواء تلك المتعلقة بالوقائع او التصرفات القانونية ، أما القواعد فالمقصود منها الأمرة أو المكملّة، المتعلقة بحالات أو عقود قانونية محددة ، أما الاعراف فهي التصرفات المتعلقة بالعمليات في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية والداخلية التي أصبحت بسبب عموميتها وديمومتها في الزمن والمكان، بمثابة قاعدة ملزمة. ويمكن للمحكم في عمله التأسيس على عنصر واحد من هذه العناصر .انظر بهذا الخصوص عيادي فريدة، المرجع السابق، ص 54.

الدولة، وذهب البعض إلى القول أن هذا القانون زيادة على تأسيسه لسيادة المحكم أصبح يفرض التحكيم كلاعب أساسي في حفظ النظام العام الدولي بل وحتى في وضعه¹.

و قانون مجتمع التجار الذي يمثل الاطار الرمزي لممارسة المحكم سيادته ظهر كاجتهاد على المستوى الدولي لم ينحصر مجاله عليه فقط، بل امتد إلى المستوى الداخلي للدول وهذا ليس إلا انعكاسا لمدى تأثير السيادات الداخلية بالمبادئ العامة المشتركة لأحكام التجارة الدولية، مما دفعها الى توحيد القواعد الموضوعية لها، فضلا عن القواعد الاجرائية ومنه محاولة التوحيد ما بين نظام القاضي ونظام المحكم، وهو ما يعكس تصور توماس كلاي المبين سلفا بانعدام التمييز بين مجتمع التجار الداخلي ومجتمع التجار الدولي من حيث محتواهما حتى وإن اختلفا في طريقة وضع أنظمتها.

ويتميز النظام القانوني التحكيمي في كونه مستقل لا يتصل بنظام قانوني داخلي - حتى في التحكيم الداخلي - ولا بنظام قانوني دولي لأنه يستمد جذوره من إرادة الأطراف². وهو ما توصل إليه القضاء الفرنسي عندما اعتبر أن الخصومة التحكيمية لا تدخل في أي من النظامين الداخلي أو الدولي، وبالتالي فإن هناك نظام قانوني ثالث وهو المتعلق بالتحكيم³، إلا أن هذه الاستقلالية تبقى نسبية لاعتماده على النظام القانوني للدولة وسلطانها.

كما يتميز هذا النظام القانوني أنه عالمي عابر للحدود وليس له حيز جغرافي فالقواعد المؤسسة له لا يمكن اختزالها في قواعد القانون الداخلي ولا الدولي، فهو يتضمن قواعد كلا القانونين، فضلا عن قواعد أخرى مستقل بها بذاته.

وبالنظر إلى كون النظام القانوني التحكيمي ما هو إلا انعكاس لقانون مجتمع التجار، فإن تحديد محتواه وتجسيده وتفعيله متوقف على وجود جهاز أو أجهزة تضمن تحقيق ذلك، سواء على المستوى الداخلي أو الدولي.

¹ - الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 268.

² - Bruno Oppetit : « Théorie de l'arbitrage ». PUF, coll. Droit, éthique, société, 1998, p. 109.

³ - René David: Arbitrage international ou arbitrage étranger », in *Mélanges Hans G. Ficker, Préface de M. Ferid. Alfred Metzner, Frankfurt, Berlin, 1967, p. 121*

الفرع الثالث

الآليات المكرسة للنظام القانوني للمحكم

تحقيق المحكم لاستقلاليتة العضوية في ممارسة مهمته وإثبات صدق وجودها في الواقع العملي يقتضي أن تكون هناك آليات عملية تضمن له ذلك من خلال جهاز يقوم بدور سلطة الوضع l'édiction، أي صياغة القواعد القانونية لهذا النظام وإدخالها حيز النفاذ.

أولا : الاجتهاد القضائي التحكيمي

1 - دور الاجتهاد في تأطير عمل المحكم ونظامه

ذهب الفقه إلى أن الاجتهاد القضاء التحكيمي باعتباره مجموع الأحكام التحكيمية الصادرة خلال فترة معينة، إما في مادة معينة أو في فرع من فروع القانون أو في عموم القانون تطبيقا أو تأويلا أو وضعاً، وتتواترها تصبح بمثابة مبادئ عامة ملزمة معروفة لدى الأطراف والمحكمين مما يحقق نوع من الاستقرار على المستوى الداخلي أو الدولي. فهذه القرارات التحكيمية تعد مصدر رئيسي للمحكم يستهدي بها بالنظر إلى كونها تقوم ببلورة وتفسير بعض المفاهيم القانونية التي نشأت في أحضان التشريعات الداخلية، فضلا عن سد النقص الذي يعتريها، وهي في كل هذا توفر له المسار والمنهاج الصحيح للوصول بالخصومة التحكيمية إلى بر الأمان لا سيما في ظل تداخل التشريعات الوطنية وتشعبها فضلا عن تصحيح بعض الاتجاهات الخاطئة التي تتبناها أحيانا بعض هذه القرارات¹.

ويذهب الرأي الغالب أن هذا الاجتهاد لا يتطلب وجوده وجود سلطة تنظيمية على شكل هرمي وتسلسلي موحد على غرار التنظيم القضائي في الدولة (كما هو الشأن في الجزائر أين نجد محكمة أول درجة، جهة الاستئناف ثم المحكمة العليا في القضاء العادي و المحكمة الإدارية، المحاكم الإدارية الاستئنافية ثم مجلس الدولة)². أي أن هذه السلطة

¹ - أبو زيد رضوان ، المرجع السابق ، ص 42.

² - التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020 في المادة 179 نص على أنه : " تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم. يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال المحاكم الإدارية الاستئنافية والمحاكم

ليست عنصرا مكونا له لأن المعبر تحقق صفاته وهي الاستقرار والانسجام والنشر والاشهار¹ وليس وجود هذه السلطة.

فبعكس ما ذهب إليه البعض - قياسا بين قضاء التحكيم وقضاء الدولة - من القول بأن عدم وجود مثل هذا الجهاز أو السلطة التي تمارس سلطة الوضع في مجال القضاء التحكيمي²، وغياب إرادة حقيقية للهيئات التحكيمية في المشاركة في خلق اجتهاد قضائي تحكيمي³ لا يمكن معه بالضرورة الحديث عن اجتهاد تحكيمي، فإن تحصيل خصائص هذا الأخير لا يتطلب بالضرورة ذلك، إذ أن تدخل الجهة القضائية العليا في الدولة يكون في الغالب متأخرا لارتباطه بإجراءات تسلسلية وقانونية معقدة، ولا يحقق الغاية المرجوة منه، فيكون هذا الاجتهاد بطيئا فاقدا للسرعة المطلوبة في المجال التجاري، فضلا عن ذلك فإن كثير من القضاة لا يلتزمون بهذا الاجتهاد لشعورهم بالولاء للقانون، وفق اجتهادهم الشخصي، و إذا ما التزموا به فذلك لاعتبارات أدبية وليس لأنه قضاء إلزامي لهم.

ويرى برينو اوبتي (Bruno Oppetit) أن الاجتهاد التحكيمي يعني في حد ذاته مجموعة أحكام قضائية، أما تتسق هذه الأحكام فليس إلا خاصية إضافية مستحبة، لكنها ليست معيار توصيف له، وإذا كان غياب السلطة التنظيمية عن القضاء التحكيمي تؤثر فيه حتما إلا أن ذلك لا ينال من حقيقته⁴، فهو وإن كان لا يشكل نظاما متجانسا بسبب

الإدارية و الجهات الأخرى الفاصلة في المواد الإدارية. تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون".

- أنظر تعديل الدستور الجزائري لسنة 2020 الصادر بتاريخ 2020-12-30 (ج ر رقم 82 لسنة 2020) .

¹ - باسود عبد المالك، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي ، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، سنة 2015 ، ص 116.

² - Antoine Kassis : Théorie générale des usages du commerce (droit comparé, contrats et arbitrages internationaux, lex mercatoria), LGDJ,1984,spéc .p.501-517.

³ - Catherine Blanchin : L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ? préface de H.Gaudemet-Tallon.LGDJ,coll. Travaux de recherches Panthéon-Assas (Paris 2), droit ,1995,spéc.p 18 .

⁴ - Bruno Oppetit : « Le droit international privé, droit savant (Volume 234) », in Recueil des cours 1992 III, Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 1993 (Cours collectifs de l'Académie de droit international de La Haye). P. 394-395

تشنته وغياب التسلسل الهرمي إلا أنه ليس أقل من نظام السوابق القضائية، فالتحكيم كما يقال يشكل نظام دقيق ومعقد يجمع مختلف الأنظمة القانونية لخلق التجانس فيما بينها ومنه وحدة النظام القانوني¹.

ولهذا يدافع البعض الآخر بشدة عن هذا الاجتهاد ويرى أن له مقومات عناصر الاجتهاد القضائي، فالقرارات التحكيمية في مضمونها متناسقة وتأخذ بالرأي المستقر وهي رغم الطابع السري لإجراءاتها، إلا أنها أصبحت في متناول الجمهور نتيجة نشرها في المجالات والدوريات المحلية والعالمية، لاسيما تلك المشرفة عليها مراكز التحكيم، أين تنشر قراراتها والتعليق عليها، مما جعلها المرجع في تكريسه على أوسع نطاق لاسيما في ظل استقرار سوابقها التحكيمية الصادرة تحت رعايتها على مبادئ عامة ومعروفة مسبقا. وعلى ذلك فإن تقوية سيادة القضاء التحكيمي تجاه قضاء الدولة ومنه سيادة عمل المحكم الداخلي تجاه القاضي الوطني وجعلهما متوازنين يقتضي وجود مثل هذا الاجتهاد التحكيمي.

فالنظام القانوني التحكيمي لم يعد ذلك النظام الذي ينطق فيه المحكم الداخلي بما هو عادل، تطبيقا لقواعد القانون الطبيعي كما أراد الفقيه روني دافيد (René David) تكريسه في نظريته²، بل أصبح هذا النظام يستند كذلك إلى تنظيم قانوني وضعي في المجالين الداخلي والدولي، فالأطراف المحتكمة بلجوتهم الى التحكيم لا يطلبون أو ينتظرون بالضرورة أن يفصل بينهم المحكم بالإحتكام إلى القيم، وإنما هم فقط يختارون إطارا قضائيا مختلفا غايته القضائية طاغية على غايته التوفيقية، ويبقى المحكم في

¹ - Bruno Oppetit: Philosophie de l'arbitrage commercial international, Paris : Clunet, 1993. P 109.

² - René .David : Droit naturel et arbitrage, in Natural law and world law. Mélange Katara tanaka, Yuhikaku, Tokyo 1954 p 29

يرى هذا الفقيه أن لجوء الأطراف إلى التحكيم ما هو إلا تعبير عن إرادتهم ورغبتهم في فصل المحكم بينهم على أساس ما يشعر به عادلا وفقا للقانون الطبيعي وليس الفصل بينهم وفق القانون - فالتحكيم في رايه هو مؤسسة للسلم تستند إلى شعور العدالة الذي يخلفه ويؤطره القانون الطبيعي وليس مؤسسة قانونية، إذ على عكس القضاء الذي لا يستند إلى أي قيم ويكرس التنازع الإيجابي، ينزع التحكيم إلى التوافق السلمي من خلال تطبيق القانون الطبيعي مشخصا في الشعور بالعدالة الذي تنقاسمه الشعوب .

النهاية قاضيا يفصل على نحو ما يحكم به القاضي، كما تبقى علاقته بالقانون قائمة على مستوى القواعد الاجرائية والموضوعية على السواء لأن المبادئ العامة تؤطر عمل المحكم وتقيده، فضلا عن القيود التي يفرضها عليه النظام العام سواء من جهة موضوع التحكيم أو من جهة فاعلية الحكم وقبوله¹.

وهذه الفاعلية يضمنها المحكم إستنادا إلى القانون بما يوفره من قابلية التوقع وعدم الإستناد إلى شعور فضايف ومطاط بالعدالة، لا يجتمع الرأي على مضمون واحد له ، ويمكن أن يكون غطاء لتحكم المحكم والزيغ عن العدل في حد ذاته.

ولهذا نجد في كثير من القرارات التحكيمية محاولة المحكم دائما اللجوء إلى نصوص القانون ومبادئه بطريقة مباشرة أو غير مباشرة لكي يضمن تنفيذها، فتصبح هذه القرارات بتواترها المرجع القانوني الذي يمكن أن يتأسس عليه النظام القانوني التحكيمي.

2 - فاعلية النشر والإشهار في تكريس الاجتهاد التحكيمي

لكي تلعب القرارات التحكيمية دورها ويمكن اعتبارها مصدرا لعمل المحكم وضابطا محوريا في تحديد مركزه، فإنه يستلزم نشرها والإشهار لها حتى يتسنى ذبوعها وتواتر الإستئناس بها عند الفصل في النزاعات، بما يؤدي ذلك إلى خلق قواعد ومبادئ تحكيمية مستقلة، مستقرة ومستمرة مع المقاربة بين الحلول للنزاعات المتشابهة²، وهو ما يحقق بالنتيجة الأمن القضائي التحكيمي، فضلا عن أن نشرها سيساعد الأطراف في تجنب المنازعات المستقبلية، حيث سيستفيدون من تجارب الآخرين، كما أنه سيتيح للأكاديميين والممارسين فهم وتحليل ونقد تلك الأحكام، بما سيعود أثره على تحسين عمل المحكم، بالاضافة إلا أن هذا النشر يسمح للأطراف بتقييم أداء المحكمين في التحكيم السابقة

¹ - الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 278 .

² - المرجع نفسه ، ص 43.

وبالتالي تحري اختياراتهم مستقبلاً¹.

ولعل ظهور الثورة التكنولوجية وعولمتها كان له الأثر المباشر في التسهيل على المحكم في الوصول إلى المعرفة بالقرارات التحكيمية الصادرة عن المراكز التحكيمية سواء تلك المنشورة على مواقعها الإلكترونية أو المنشورة في المجلات الدورية بعد موافقة أطرافها الأمر الذي يجعلها بمثابة قاعدة بيانات².

وإذا كانت مسألة نشر أحكام التحكيم قد تصطدم بواجب الإلتزام بالسرية، إلا أنه بالنظر إلى الفوائد التي يمكن أن تتحقق من هذا النشر، فقد انعكس ذلك حديثاً على موقف الفقه منها³، فرأى البعض أنه يجب تفسير حظر نشر أحكام التحكيم على ضوء الغرض منه، بحيث يكون منع نشر تلك الأحكام مقصور على النشر الذي يتضمن أسماء الخصوم أو ما يدل عليهم أو تفصيل وقائع النزاع بما يمكن من تحديد أشخاصهم، وعلى العكس من ذلك يجوز نشر المبادئ القانونية التي انتهت إليها أحكام التحكيم، كما يجوز نشر التطبيقات العملية التي تناولتها هذه الأحكام أن لم تتضمن ما يدل على أطراف

¹ -Ronán Feehily, Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration: Finding the Right Balance, Harvard Negotiation Law Review, 2017,p 285 voire le lien elct (consulté le 07-05-2021) <https://www.academia.edu/36534744/>

- Catherine A. Rogers, Transparency in International Commercial Arbitration, 54 U. Kan. L. Rev. 2006 , p 1306. voire le lien elct (consulté le 07-05-2021) https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1233&context=fac_works

² - نظام جبار طالب، تنازع الثقافات القانونية بين السرية والافصاح عن قرارات التحكيم التجاري الدولي ، تقييم نقدي للاتجاهات المتعارضة،مجلة اوروك، جامعة المثنى كلية التربية للعلوم الاسلامية، المجلد 11، العدد 2، سنة 2018 ، ص 465. انظر الرابط الالكتروني (اطلع عليه بتاريخ 2021-09-03) :

- <https://muthuruk.mu.edu.iq/wp-content/uploads/2018/12/25.pdf>

³ - Elina Zlatanska ; « To Publish, or Not To Publish Arbitral Awards: That is the Question ,Arbitration », The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management Volume 81, Issue 1 (2015) p. 25 – 37. voire le lien elct (consulté le 07-05-2021)

<https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Arbitration:+The+International+Journal+of+Arbitration,+Mediation+and+Dispute+Management/81.1/AMDM2015004>

النزاع في القضية التي صدر فيها الحكم¹، وهو ما يفيد البحث العملي والمحكم في آن واحد.

أما وفقا لرأي البعض الآخر فإنه يجب نشر أحكام التحكيم سواء بشكل كامل أو بعد حذف ما يدل على تحديد أطراف التحكيم، وخلص إلى أنه يتعين اتخاذ نهجا متوازنا لتقرير السرية في التحكيم والسماح بقدر أكبر من الشفافية، لأن من شأن ذلك أن يعود بفائدة أكبر على نظام التحكيم، ويقترح أن تعدل مؤسسات التحكيم أنظمتها لتنشئ قاعدة عامة تنص بموجبها على أن أحكام التحكيم ستنتشر ما لم يعترض كلا الطرفين مسبقا².

و يضع الفقه التحكيمي الاستثناءات على سرية التحكيم في ما يلي :

- جواز نشر حكم التحكيم بموافقة طرفي التحكيم صراحة، وإذا اتفق الطرفان على إجراء التحكيم وفقا لقواعد تحكيمية معينة، وكانت تلك القواعد تجيز للمحكم أو لهيئة التحكيم أن تنتشر الحكم، فإنه ينبغي اعتبار أن هذه الأطراف قد وافقت على النشر، ولتطبيق ذلك اقترح البعض الطلب من أطراف النزاع أن يحددوا المعلومات السرية التي لا يرغبون في نشرها، ثم يقوم المحكم بتحرير قراراتين تحكيمين: أحدهما يحتوي على جميع المعلومات السرية وآخر يتم فيه رفع جميع المعلومات الحساسة، على أن يتم تسليم القرار الأول إلى الأطراف في حين يتم نشر القرار الثاني تلقائيا.

- في حالة رفع طعن بالاستئناف في الحكم التحكيمي الداخلي متى كان ذلك مجازا من الأطراف أو في حالة رفع دعوى بطلان في الحكم التحكيمي الدولي فإن الحكم يفقد السرية كون الجلسة تتم علانية وينطق بالقرار علانية، وهو قرار يحتوي على بيان كامل للنزاع الذي فصل فيه حكم التحكيم بموضوعه وأشخاصه³.

ومع ذلك، فإن واجب الحفاظ على سرية أحكام التحكيم، وحظر نشرها سيكون بلا معنى إذا لم توجد أي جزاءات قانونية تطبق على من أخل بهذا الواجب، ولذا فإن الفقه يذهب إلى أنه يجوز لأي من طرفي التحكيم الرجوع على الناشر أو من تسبب بالنشر

1 - فتحي والي، المرجع السابق، ص 452.

2 - انظر في تفصيل ذلك نظام جبار طالب، المرجع السابق، ص 458-468.

3 - فتحي والي، المرجع نفسه، ص 452-453.

(سواء كان أحد الأطراف أو المحكم) بالتعويض عن الأضرار التي أصابته جراء نشر الحكم¹ دون أن يؤدي هذا النشر إلى بطلان الحكم أو المساس بحجيته.

وفي كل الأحوال لقد أصبحت قرارات التحكيم تلعب دورا أساسيا كمصدر من مصادر القواعد التي يحتكم إليها المحكم للفصل في النزاعات المعروضة عليه سواء تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي أو الدولي، فبحسبها أصبحت تشكل سوابق قضائية لها أثرها في عمله²، فضلا عن تأطيرها للعلاقات المتداخلة في الخصومة التحكيمية ومنه تحقيق التميز لمركز المحكم الداخلي وتأصيله.

ثانيا: مؤسسات ومراكز التحكيم كآلية عملية وتنظيمية مكرسة للمركز

القانوني للمحكم الداخلي

تعد المؤسسات والمراكز التحكيمية لا سيما تلك الناشئة عن إتفاقيات دولية ثنائية أو متعددة الأطراف أوحى تلك الوطنية المعترف بها من الدولة هي الجهاز المادي والسلطة المعنوية التي من الممكن أن تعطي للمحكم الإحترام الواجب لقراره عند التنفيذ، كما هو الشأن بالنسبة للقرار القضائي .

ولأهمية هذه الآلية في تكريس النظام القانوني لعمل المحكم سنتطرق إلى بيان أهمية هذه المؤسسات في تكريس نفسها كجهاز مماثل للاجهزة القضائية في الدولة، ثم دورها في تكريس المركز القانوني للمحكم.

¹ - فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 452 .

² - والواقع أن الفوائد المترتبة على نشر أحكام التحكيم لم ينعكس أثرها على موقف الفقه فقط، وإنما على موقف بعض أنظمة التحكيم كقواعد هيئة التحكيم الأمريكية وفقا للتعديل الذي دخل حيز التنفيذ في يوليو 2003 ، فبعد أن كانت القواعد السابقة لسنة 1993 لا تجيز نشر حكم التحكيم أو جزء منه إلا بموافقة خطية مسبقة من الأطراف، أصبحت تلك القواعد وفقا للتعديل المذكور تجيز نشر أحكام وقرارات تحكيمية مختارة أو منتقاة، بعد حذف أسماء الأطراف والتفاصيل الدالة على هوياتهم، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وقد ذكرت الهيئة في سبب هذا التعديل "أنه جزء من التزامها بتطوير وتشجيع الدراسة والبحث حول التحكيم". انظر الموقع الالكتروني للهيئة :

– <https://www.adr.org>

1- مفهوم التحكيم المؤسسي أو المنظم¹

يعرف التحكيم المؤسسي أو المنظم بأنه ذلك التحكيم الذي يتفق فيه الأطراف على إحالة المنازعات التي ستنشأ أو التي نشأت بالفعل إلى التحكيم أمام إحدى مؤسسات التحكيم الدائمة، حيث تتولى العملية التحكيمية من بدايتها، أي منذ تلقي الطلب وحتى إصدار حكم التحكيم من المحكمة بمعرفة أجهزتها الإدارية ولوائحها التي وضعت سلفاً².

ومنه فإن التحكيم المؤسسي يقوم على وجود عنصرين أساسيين هما :

- مركز تحكيم دائم بهيكل عضوي وتنظيمي يشمل المقر، مجلس الإدارة، قائمة المحكمين ولائحة التحكيم.

- قيام المركز بنفسه من خلال السكرتارية والأجهزة الإدارية بتنظيم العملية التحكيمية وإدارتها والإشراف عليها ابتداء من تلقي طلبات التحكيم و حتى إصدار قرار المحكمين.

وقد إرتبط نشوء هذه المؤسسات بأنشطة وجهود الغرف التجارية والصناعية الوطنية في الدول المتقدمة، وبالتجمعات المهنية المتخصصة في التعامل مع السلع والمواد الخام المتداولة في السوق الوطنية والدولية، وهذا من دون تدخل حكومي لكن بمرافقة منه، فانتشرت هذه الهيئات والمؤسسات التحكيمية وانتصبت على سبيل الدوام، وأصبحت تشكل حجماً هاماً وتعد بالمئات بحكم تطور الصناعة والتجارة الوطنية و الدولية .

2- تنوع المراكز والمؤسسات التحكيمية

تتنوع المراكز التحكيمية ما بين الوطنية والإقليمية والدولية وهو ما يخلق نظاماً متكاملًا للتحكيم ومنه يتجسد السند المادي لهذه المنظومة ويعطي للمحكم جهازه الذي يوفر له السيادة المطلوبة في القضاء وتشمل المراكز التحكيمية³ :

¹ - ويطلق على هذا النوع من التحكيم عدة مسميات، مثل تحكيم المنظمات الدائمة، أو تحكيم الهيئات الدائمة، أو التحكيم النظامي، أو التحكيم التنظيمي، أو التحكيم المنظم، وسوف نستعمل مصطلح التحكيم المؤسسي، وذلك أياً كانت تسمية الجهة التي تتولاه، سواء كانت مؤسسة، أو غرفة، أو جمعية، أو لجنة، أو محكمة.

² - رقية عواشيرة، التحكيم المؤسسي ودوره في تحقيق الذاتية الخاصة للمنازعات البحرية، مجلة دفا تر القانون والسياسة، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 2 لسنة 2009، ص 96

³ - أنظر بخصوص هذه المراكز على أنواعها وتخصصاتها على الموقع الإلكتروني (اطلع عليه بتاريخ

2021-02-02) : <https://www.international-arbitration-attorney.com/ar/arbitral-institutions-and-arbitration-courts>

أ - مراكز التحكيم الوطنية

هذا النوع من المؤسسات أنشأته تجمعات متخصصة في فرع معين من فروع التجارة، أو في نوع معين من المنتجات، والملاحظ أن هذه الجماعات تحرص دائما عند إعدادها وصياغتها لعقودها النموذجية على تضمينها شرط التحكيم، وبموجب هذا الشرط يجري التحكيم وفقا لقواعد هذه الجماعة . وعلى الرغم من أن هذه الهيئات هي مهنية ووطنية المنشأ إلا أن نشاطها يتعاظم يوما بعد يوم بالنسبة لمعاملات التجارة الدولية. و توجد معظم هذه الهيئات التحكيمية في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية، والأمثلة عنها كثيرة نذكر منها غرفة تحكيم القطن (الهافر) بفرنسا، ومحكمة التحكيم التابعة لبورصة القطن (بريم) بألمانيا، وغرفة التحكيم التابعة لجمعية لفربول للقطن بإنجلترا، وغرفة التحكيم التابعة لجمعية موزعي المنتجات الغذائية (نيويورك) بالولايات المتحدة الأمريكية، كما نجد ايضا مثلا غرفة التحكيم الوطنية والدولية ميلان، الرابطة الفرنسية للتحكيم، محكمة التحكيم لغرفة التجارة البولندية، مؤسسة تحكيم الغرف السويسرية... الخ كما نجد في الجزائر مركز المصالحة والوساطة والتحكيم التابع للغرفة الوطنية للصناعة والتجارة الجزائرية¹.

ب - مراكز التحكيم الإقليمية

بالنسبة لمراكز التحكيم الدائمة على المستوى الإقليمي، فإن زيادة الصلات بين المنشآت والمشاريع التجارية في دول العالم أدت إلى مزيد من التقارب بين الدول على المستوى الإقليمي فيما يخص المشاريع الاقتصادية المشتركة بينها، ومن هنا وجدت هيئات تحكيم تتخطى الحدود الوطنية وتعمل على نطاق ثنائي بين دولتين، أو على نطاق إقليمي بين مجموعة من الدول، والملاحظ على هذه المراكز أن منها ما يكون شاملا لكل المنازعات التجارية، وبعضها يختص بأنواع معينة من التجارة والمنتجات²

¹ - للتفصيل أكثر حول هذا المركز انظر الموقع الالكتروني التابع للغرفة :

<https://www.caci.dz/ar/Arbitrage/Prsentation>

² - أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، سنة 2008 ، ص 65

ومن أمثلة هيئات التحكيم الثنائية : لجنة التحكيم الكندية الأمريكية التي أنشأت عام 1934، محكمة التحكيم الأوروبية للفصل في المنازعات التي تثور بشأن العقود التي تبرم بين التجار من رعايا الدول الأعضاء في السوق الأوروبية المشتركة، هيئة التحكيم لفض المنازعات التجارية التي تنشأ بين رعايا الدول الأمريكية، والتي أنشأت عام 1949 ومقرها بنينوبورك.

كما أنشأت اللجنة القانونية الأفروآسيوية الإستشارية سنة 1978 مركزين إقليميين للتحكيم، أحدهما في آسيا مقره في كولالمبور (ماليزيا) ويسمى المركز الإقليمي كولالمبور للتحكيم، و الثاني في افريقيا مقره بالقاهرة (مصر) ويسمى المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، أما على الصعيد العربي فنذكر هيئة تحكيم الدول العربية المتعلقة بضمان الإستثمارات، ومحكمة التحكيم التابعة لمنظمة الدول العربية المصدرة للبترول والمختصة في النزاعات المتعلقة بإستغلال ونقل الثروات البترولية، ومقرهما الكويت، بالإضافة إلى مركز البحرين للتحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي بالبحرين.

ج - هيئات ومراكز التحكيم الدولية

تختلف هذه المراكز فيما بينها، فمنها ما يكون عام النشاط، أي يتسع نشاطه ليشمل جميع منازعات التجارة الدولية، ويطلق عليها المراكز الدائمة للتحكيم ذات الطابع الدولي وغير المتخصصة ونذكر منها المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار "CIRDI" الذي أنشأ عام 1965 ومقره واشنطن، والمحكمة الدائمة للتحكيم بلاهاي، وتعتبر هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية CCI بباريس المثال الأبرز لهذه الهيئات التحكيمية الدائمة غير المتخصصة والتي تشكل إتحادا عالميا للمجموعات الإقتصادية

لرجال أعمال ينتمون إلى عدد كبير من الدول¹ .

و إلى جانب هذه المراكز هناك هيئات تحكيمية ذات طابع دولي متخصص، وهي هيئات تختص في فرع معين من التجارة أو المنتجات ونذكر على سبيل المثال غرفة تحكيم الحبوب والمحاصيل الزراعية بلندن ،"غرفة اللبؤ للتحكيم البحري بلندن، وغرفة التحكيم البحري في باريس ...إلخ.

ولقد أصبحت هذه المراكز التحكيمية الدائمة تنظر اليوم في غالبية النزاعات المترتبة على التجارة الدولية، وحتى الداخلية وهو ما جعلها جهات رسمية متخصصة لاقت قبولاً وإعترافاً بها من الدول.

3- تجسيد المؤسسة التحكيمية للمركز القانوني للمحكم الداخلي

من المعروف أن المراكز الدائمة للتحكيم لديها قواعد ولوائح تنظيمية مستقرة تقوم على أساسها بتنظيم وإدارة شؤون التحكيم، ومن بين المميزات الأساسية لها أن تحكيمها مراقب بمعنى أنها تسهر على حسن سير إجراءات التحكيم وتحقيق فاعلية القرار التحكيمي، فالتحكيم التنظيمي أو المؤسسي هو تحصيل حاصل، فهو قضاء معد أصلاً للفصل في النزاعات التجارية، موفراً إستقراراً مشجعاً لأطرافه من أجل اللجوء إليه بدلاً من القضاء العادي².

¹ - هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية (CCI) التي عدل نظامها وقواعدها في سنة 2017 و 2021 . في البند الأول لهذا النظام حدد مهام هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية من قبل إدارة غرفة التجارة الدولية في حل النزاعات ذات الطابع الدولي في مجال الأعمال عن طريق التحكيم، كما لها الاختصاص بنظر نزاعات التحكيم الداخلي ، والملاحظ أن نظام هذه الهيئة لم يستعمل عبارة التجارة الدولية بل عبارة (الأعمال) حرصاً منه على توسيع معنى التجارة بحيث تشمل كل الأعمال، وبذلك يكون قد تبنى المعيار الاقتصادي لدولية التحكيم، وجعل كل موضوع يتعلق بالأعمال قابلاً للتحكيم. إلا أنه يجوز للهيئة أن تحل النزاعات التي ليس لها طابع دولي في مجال الأعمال إذا خولها العقد التحكيمي الصلاحية ، وقد أوصت غرفة التجارة الأطراف الراغبة في ذلك بادراج البند التحكيمي التالي : (لجميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد يتم حسمها نهائياً وفقاً لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة حكم أو محكمين يتم تعيينهم طبقاً لذلك النظام).

- أنظر بخصوص هذه الغرفة الموقع الإلكتروني الخاص بها (اطلع عليه بتاريخ 2022-03-02) :

[-https://iccwbo.org/](https://iccwbo.org/)

² - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة 2000. ص 379-380

ونظير المزايا التي أكدها الفقه للتحكيم المؤسسي، فقد ظهرت بعض الإتجاهات الحديثة، التي تؤكد على أن عمل المحكم ومركزه القانوني من خلال هذا النظام تطور تطورا كبيرا وتميز بدوره بالسمة التنظيمية، وذهب الأستاذ فليب فوشار (Philippe Fouchard) في صدد البحث عن الطبيعة الحقيقية للتحكيم المؤسسي إلى القول أن تحول التحكيم إلى السمة التنظيمية جعله نظاما منفصلا عن إرادة الأطراف بحيث لم يعد لها أي اعتبار سوى إختيار المركز التحكيمي الذي تسند إليه مهمة الفصل في النزاع¹.

وينتهي هذا الإتجاه الفقهي إلى أن هناك تقارب كبير بين المحاكم الوطنية ومحاكم التحكيم المؤسسية باعتبار كلاهما يجسد الجهاز الذي يمارس فيهما القاضي والمحكم عملهما وقد أصبحت الثانية كجهات قضائية حقيقية تقلص فيها الدور الرضائي ليفسح المجال للدور التنظيمي من خلال وضعها تحت تصرف المحتكمين قوائم محكميها، ولوائح إجراءاتها ومعارف محكميها القانونية والفنية، وتسخر خبرتها العملية لهم على أن يتقيد الأطراف والمحكم الداخلي بهذا النظام ولا يجوز الخروج عليه إلا في حدود ما يسمح به هذا النظام في ذاته.

¹- Philippe Fouchard: « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges Gérard Farjat. Frison-Roche, 1999

خلاصة الباب الأول

في خلاصة الباب الأول يمكن القول أن ضبط الإطار المفاهيمي للمحكم الداخلي أظهر أن مفهوم التحكيم الداخلي وإن عرف تعريفات متعددة إلا أنها كانت تصب في مفهوم واحد يختلف عن مفهوم التحكيم التجاري الدولي، وبالنظر إلى أهمية التمييز بين نوعي التحكيمين، عمل الفقه وسابريته التشريعات الداخلية في ذلك على وضع معايير محددة يسترشد بها بهذا الخصوص.

ومع هذا التباين والاختلاف في تحديد المفاهيم، فقد كان لذلك الأثر في عدم إعطاء تعريف موحد للمحكم، إذ عرف بدوره تعريفات متعددة إلا أنها كانت كلها تصب في مفهوم واحد وهو أنه شخص يتولى بموجب اتفاق مبرم بينه وبين الأطراف المتنازعة مباشرة أو عن طريق مؤسسة تحكيم مهمة الفصل في نزاع معين حال أو محتمل الوقوع ويكون حكمه ملزماً لهم.

ومن زاوية أخرى فإن ممارسة المحكم لمهمته استوجبت تأطيره ضمن مجموعة من القواعد والالتزامات والضوابط السلوكية التي تمكن من تكييفه وتحديد منشأ تأهيله، بما يسمح في النهاية تشكيل مركزه ونظامه القانونين وتمييزه عن باقي المهن المشابهة له كما توصلنا خلال بحثنا عن طبيعة عمل المحكم الداخلي أن الفقه اختلف حولها اختلافه في تحديد طبيعة التحكيم في حد ذاته، فهناك من اعتبرها ذات طبيعة عقدية، واتجاه اعتبرها ذو طبيعة قضائية وهناك من مزج بينهما، ليذهب الرأي الغالب أنها ذو طبيعة خاصة، وأخذ المشرع الجزائري بالطابع القضائي من دون أن يقصي إرادة الأطراف كمؤثر فعال في تحقيق ذلك من عدمه، وقد وجدنا أن لهذا الاختلاف آثار متنوعة على مركزه القانوني، وعلى التداخلات ما بينه وبين فواعل الخصومة التحكيمية أين ظهرت بمناسبة ذلك عقود متنوعة غير مسماة هي من عملت على تنظيمها وتأطير أحكامها.

وفي عملية ضبطنا للمركز القانوني للمحكم الداخلي تم وضع المقاربة القضائية في جانبيها العضوي والموضوعي كمحك يقاس عليه إن كان المحكم قاضي صاحب ولاية ناقصة أو ولاية كاملة مثلها مثل التي للقاضي، وقد توصلنا فيها إلى القول بوجود مركز ونظام قانوني للمحكم الداخلي مستقل ومتميز عن مركز القاضي، تجعله يتمتع باستقلالية

وسيادة غير مرتبطة بالحيز الجغرافي للدولة،و يكون موجهة إلى مجتمع التجار بتنوعاته،
إلا أن افتقاره لسلطة الأمر والجبر جعله قاضي غير حاكم وصاحب ولاية غير كاملة
كالتى للقاضي المحترف.

و في الأخير تبين لنا أن تثبيت هذه الاستقلالية والسيادة لعمل المحكم استوجب
وجود آليات تكرسه من خلال الاجتهاد التحكيمي واحتضان مؤسسات ومراكز التحكيم له
كمرافق مادية موازية للمؤسسات القضائية .

الباب الثاني

تجليات المركز القانوني للمحكم على ضوء قواعد التحكيم الداخلي

على اعتبار أن المركز القانوني للمحكم الداخلي بناء على التحليل الذي تم ضبطه في الباب الأول يعتبر ممارسا لمهمة قضائية تجعله بمرتبة قاض، فإن ذلك خوله بالضرورة كافة الصلاحيات والسلطات التي يتمتع بها هذا الأخير، فمهمته لا تقوم على مجرد التشابه بينه وبين عمل القاضي، ولكنه تماثل في طبيعة عملهما.

وإذا كان البعض الآخر يرى أن النشأة الاتفاقية لسلطة المحكم تقيد سلطاته في الدعوى التحكيمية، فإنه في الحقيقة، هذا التقييد أصبح محدودا مع انتشار التحكيم المؤسسي الذي يتميز بطابع قضائي تنظيمي كما رأينا، بحيث لم يعد الأطراف أحرارا في تحديد الإجراءات الواجبة الإلتباع في التحكيم، لأنها أصبحت محددة سلفا ومنظمة في لوائح تنظيمية .

ولقد رأينا أن التحكيم الداخلي له أحكامه الخاصة التي تختلف عن التحكيم الدولي على الوجه المبين في الباب الأول، فالتحكيم الداخلي الذي تتصل فيه جميع عناصره بدولة واحدة دون غيرها، ولا تثار فيه أدنى مشكلة بالنسبة لقواعد تنازع القوانين أو كيفية تنفيذ أحكامه على عكس ما هو عليه التحكيم التجاري الدولي سواء من حيث موضوع النزاع أو الخصوم أنفسهم أو المحكمين أو القانون الواجب التطبيق (القانون الوطني) أو المكان الذي يجري فيه (يجري إجباريا في التراب الوطني)، له بهذه الميزات خصائص وأحكام - وإن كانت تتوافق في تأصيلاتها مع تلك التي للتحكيم الدولي - تنعكس آثارها على المركز القانوني للمحكم الداخلي فيها وعلى ولايته على النزاع سواء من حيث السلطات التي يتمتع بها أو الإلتزامات والواجبات المفروضة عليه أو من حيث المسؤوليات الملقة على عاتقه.

وفي هذا الباب الثاني ننتاول تجليات اكتساب المحكم الداخلي لمركز قانوني مستقل عن المراكز القانونية الأخرى لا سيما المركز القانوني للقاضي، وما كان له من أثر على مناط ولايته الموضوعية والاجرائية، من حيث السلطات المخولة له وما يتمتع به من حقوق، وما هو ملتزم في القيام به من واجبات، فضلا عن المسؤوليات المترتبة عن أي إخلال منه في الوفاء بها، وكل ذلك على ضوء قانون الاجراءات المدنية والإدارية مع الاستئناس ببعض القوانين المقارنة .

الفصل الأول

عقد المحكم ومستلزمات انعقاد محكمة التحكيم الداخلي

تعتبر محكمة التحكيم ركن جوهري في التحكيم بحيث لا يمكن تصور قيامه بدونها، والأصل أن يتفق أطراف النزاع على أعضاء هذه المحكمة، غير أن عدم اتفاقهم عليها لا يؤدي إلى بطلان الاتفاق على اعتبار أن القانون رسم الطريق إلى تحديدها في حالة تخلف هذا الاتفاق واختيار محكمة التحكيم لا يكفي وحده للقيام بواجبها للفصل في النزاع الذي اختيرت له، وإنما لا بد من توافر الشروط في أعضائها فضلا عن لزوم قبولها لتلك المهمة، وما يترتب عنه من قيام لرابطة تعاقدية تعد الأساس في تأهيل هذه المحكمة لمباشرة المهمة التحكيمية.

المبحث الأول

تشكيل محكمة التحكيم الداخلي والشروط المطلوبة في أعضائها

إن تعيين واختيار المحكم، أو المحكمين في اتفاق التحكيم يتفق مع حقيقة المقصود من نظام التحكيم، وهو الاستغناء عن اللجوء إلى قضاء الدولة واللجوء إلى نظام إرادي قضائي قوامه مبدأ سلطان الإرادة، فالأطراف هم من يختار محكميهم ولا يفرضون عليهم بل إن الاختيار ذاته، هو مبلغ ثقتهم في عدالتهم وأساس إلزامهم بالحكم الذي يصدرونه وهو مهم للمحكمين أنفسهم، إذ يجب عليهم إبراز قدراتهم على القيام بالإجراءات التحكيمية على أفضل وجه، وأنهم مؤهلين لما انتدبوا له.

وتشكيل محكمة التحكيم يقصد به تعداد المحكم الداخلي أو المحكمين الداخليين الذين سيتصدون للفصل في النزاع¹، ومعظم الأنظمة والتشريعات سواء الداخلية أو الدولية تعطي للخصوم الحرية الكاملة في اختيار المحكمين لتشكيل هذه المحكمة، فليس هناك وصاية عليهم في ذلك، كما خولت لهم بالمقابل إمكانية تسليم حقهم في الاختيار إلى جهة

¹ - أبو العلا علي أبو العلا، تكوين هيئات التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2000، ص 3.

أخرى، وفي حالة الاختلاف أو التقاعس من أحد الأطراف، أوكلت الأمر إلى تدخل سلطة محددة ينام بها مهمة القيام بالتعيين وقت اللزوم لانقاذ اتفاق التحكيم وتحقيقا لفعاليته. وفي مقابل الحرية المعطاة للخصوم في اختيار محكميهم فقد أوجبت أغلب التشريعات توافر شروط معينة في المحكم المختار، وهذا ضمانا لعدم الانحراف بالتحكيم ومنعا للمساس بقيمته وتحقيقا للأمن التحكيمي، فالمحكم هو محور العملية التحكيمية وجوهرها ونجاحه في أدائه لها متوقف على مؤهلاته بمختلف أبعادها .

وسنعالج فيما يلي طرق إختيار المحكم أو المحكمين والإشكالات التي يمكن أن تثيرها هاته المسألة مع التعريح بعدها إلى بيان جملة الشروط والضوابط الواجب توافرها في المحكم الداخلي المختار.

المطلب الأول

تعيين محكمة التحكيم الداخلي

- تعيين المحكم أو تشكيل هيئة المحكمين يخضع لمبدأين أساسيين هما¹:
- أن تكون إرادة الخصوم هي المرجع الأول في إختيار المحكمين فإذا إتفقوا على طريقة معينة، فإنه يجب الإلتزام بما اتفق عليه، وغالبا ما يختار الخصم محكما يكون على دراية بموقفه أكثر من القاضي، ولكن تبقى الثقة في حسن تقدير المحكم وعدالته وحيدته هي بواعث هذا الاختيار .
 - مراعاة المساواة بين الخصوم من حيث الإختيار فلا يكون لأحدهما أفضلية على الآخر بمعنى أنه لا يجوز أن يعهد لطرف الإختيار دون الطرف الآخر .
 - وفي مجال التحكيم الداخلي الوطني - كما هو الشأن في التحكيم التجاري الدولي - لم يحدد المشرع طرق تعيين المحكم صراحة، وإنما ترك ذلك لإرادة الأطراف. وعليه فإن

¹ - منير عبد المجيد ، الأسس العامة للتحكيم الداخلي والدولي، منشاة المعارف، الاسكندرية، سنة 2000، ص 143.

- لزهر بن سعيد ، المرجع السابق، ص 92 .

تعيين المحكم أو المحكمين وتسميتهم يكون من طرف الأطراف عند تدوين شرط التحكيم في العقد الأصلي أو في اتفاق التحكيم اللاحق سواء كان بطريقة مباشرة أو بالاتفاق على اللجوء إلى الغير أو إلى مركز تحكيم .

وإذا ما رفض أحد الأطراف تعيين محكمه أو أنه قبل التعيين لكنه ماطل وتهرب أو إذا فشلوا معا في اختيار محكميهم سواء بمخالفة إجراءات التعيين التي اتفقوا عليها، أو عدم اتفاقهم على كيفية تنفيذها أو بسبب عدم قيام الجهة المنتدبة للقيام بالتعيين بذلك نكون أمام صعوبة في التعيين، فهنا يفرض مركز التحكيم قواعده¹ متى كان التحكيم مؤسسيا أو يتم اللجوء الى التعيين القضائي² وفق ما نصت عليه المادة 1009 فقرة 1 من ق إ م إ³ متى كان التحكيم حرا .

ومنه فإن تعيين المحكم الداخلي كما المحكم الدولي يتم إما إتفاقا أو باللجوء الى مركز تحكيم أو عن طريق تدخل القضاء الوطني .

¹ - وكمثال على ذلك جاء في المادة 12 من نظام التحكيم على مستوى مركز المصالحة والوساطة والتحكيم بالغرفة الجزائرية للصناعة والتجارة على أنه: " يقترح المدعي في طلبه بالتحكيم، المحكم الذي يرغب في تعيينه في تشكيل المحكمة . في حال عدم اقتراح المدعي لأي محكم له في طلبه للتحكيم، تدعوه الأمانة لأجل القيام بذلك في أجل أقصاه شهر واحد . في حال تخلف أو رفض الأطراف أو أحد منهم اقتراح محكما كل فيما يخصه خلال الشهر المحدد، تشرع اللجنة في تعيين المحكمين . ويجوز للأطراف مطالبة اللجنة بتعيين المحكم أو المحكمين نيابة عنهم." - انظر بهذا الخصوص الموقع الالكتروني للغرفة الوطنية للصناعة والتجارة ، المرجع السابق .

² - Christian Gavalda et Cave De Lucas De Leyssac : L'ARBITRAGE ; DALLOZ, 1993 page 46.

- علي خالد الفقيه، تشكيل هيئات التحكيم رضاء وقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2009، ص 6. انظر أيضا صيرينة جبالي، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الادارية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2016، ص 74.

³ - المادة 1009 فقرة 1 من ق إ م إ نصت على أنه: " إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه ."

الفرع الأول

التعيين المباشر والشخصي من الأطراف للمحكم (في التحكيم الحر)

وحكم انتفاؤه :

من الدوافع الرئيسية التي ترغب الأطراف في سلوك طريق التحكيم لفض ما يثار من نزاع فيما بينهم، هو أن نظام التحكيم يُطلق إرادتهم في إختيار محكميهم ويعطيهم الحرية في كيفية تعيينهم، وهذه الحرية مكفولة لهم قانونا سواء قبل بداية الخصومة أو أثناءها، أي بعد بداية الخصومة إذا ماحدث ما يستوجب انتهاء مهمة المحكم بوفاته أو برده أو عزله أو تنحيته أو استقالته أو بأي سبب آخر¹.

ولم يكن المشرع مختلفا عن موقف الفقه والقضاء والأنظمة القانونية المقارنة بخصوص الطريقة الإتفاقية لمسألة تعيين المحكمين، ويظهر ذلك جليا في نص المادتين 1008 و 1012 من (ق إ م إ)²، أين نجده يؤكد هذه الحرية في الإختيار سواء كان ذلك مدرجا في شرط التحكيم أو في إتفاق التحكيم.

وفي التحكيم الداخلي الحر (ad hoc) يكون للأطراف مطلق الحرية في إختيار وتعيين محكم واحد أو محكمين متعددين مباشرة دون اللجوء إلى مركز تحكيمي أو إلى أي شخص معنوي آخر، وهذا بإدراج أسمائهم أو صفاتهم مباشرة في العقد أو في الإتفاق اللاحق .

ويرى جانب من الفقه أنه يعد مستحيلا الالتزام بتحديد المحكم أو المحكمين بالاسم في شرط التحكيم، وذلك باعتبار أن هذا الأخير يكون بمثابة وعد بالتعاقد مما يجعلنا لا نعلم متى تكون المنازعة ولا بأسماء المحكمين ، وأنه لئن كان لا يوجد ما يمنع ذلك من

¹ - أبو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، ط 1، دار ابو ماجد للطباعة، القاهرة، 2006 ، ص 199

² - المادة 1008 من ق إ م إ ا فقرة 2 نصت على ان : " يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كفاءات تعيينهم".

- المادة 1012 فقرة 2 من ق إ م إ تنص على ان : " يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم".

الناحية النظرية إلا من الناحية العملية لا يوجد مبرر لها، كون المحكمين المسمين سيفصلون في نزاع محتمل قد يقع وقد لا يقع هذا من جهة ، ومن جهة أخرى لا يوجد ما يضمن إستمرارهم على قيد الحياة أو احتفاظهم بأهليتهم عند نشوء النزاع بعد مدة طويلة¹. ولعل هذه الأسباب هي التي جعلت المشرع يفرق بين تعيين المحكمين في شرط التحكيم وتعيينهم في اتفاق التحكيم، حيث نص في المادة 1008 من (ق إ م إ) على وجوب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم؛ أي أنه لم يشترط تحديد أسمائهم، في حين نص في المادة 1012 من ذات القانون على وجوب أن يتضمن إتفاق التحكيم تحديد لأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم، وهو أمر معقول بالنظر إلى لكون مثل هذا الإتفاق نشأ بعد وجود النزاع فيجتمع الخصوم ويتفقا على حله بالتحكيم ويكون عليهم من الواجب حينئذ أن يحددوا أسماء المحكمين كون النزاع معروف .

وبالمقابل من ذلك فإنه لا يوجد ما يمنع أطراف النزاع من تعيين المحكمين بصفاتهم بشرط أن تكون الصفة قاطعة في الدلالة على شخص المحكم، بحيث لا يمكن توافرها إلا في شخص معين كنقيب المحامين، أو نقيب جمعية المهندسين المعماريين، أو رئيس مجلس أخلاقيات مهنة الطب، أو رئيس جامعة قسنطينة أو عميد كلية الحقوق قسنطينة...الخ، وهذا إذا كانت نية الأطراف قد اتجهت إلى الوظيفة في حد ذاتها دون الشخص نفسه الشاغل للوظيفة، أما إذا اتجهت النية إلى الشخص في حد ذاته فإنه يكون هو وحده الذي يصح تحكيمه، وذلك حتى ولو إستقال من منصبه لحظة تحريك إجراءات التحكيم. ولا يقبل أن يذكر فقط صفة معينة في المحكم أو المحكمين مما يمكن أن تتوافر في أكثر من شخص كمهندس معماري في الجمعية، أو أستاذ جامعي...الخ²، إذ يكون هذا باطلا ولا يؤخذ به وفقا للقانون.

وأضاف المشرع إلى طريقة التحديد المباشر لهوية المحكمين إمكانية التعيين غير المباشر من خلال تحديد طريقة للتعيين، كأن يتم تفويض شخص معنوي لأجل تعيينهم أو

¹ - محمود السيد التحيوي، المرجع السابق، ص 162

² - المرجع نفسه ، ص 163

تعيينه من بين منتسبيه لأجل إختيار محكمين من بين أعضائه، فهذا التعيين يكون صحيحا.

وسواء كان هذا الشخص متخصصا في مجال التحكيم أم لا (شركة تجارية مهما كان نوعها، مؤسسات مالية واقتصادية عامة أو خاصة، المنظمات المهنية (محامين، محضرين قضائيين، موثقين...الخ)، فهذا وفي غياب نظام تحكيمي لهاته الأشخاص المعنوية في الأغلب لعدم تخصصها يكون دورها قاصرا على تعيين عضوا أو أكثر من أعضائها لأجل القيام بالمهمة التحكيمية فقط دون أن يتعداها إلى الإجراءات التالية للتعيين . وهو ما اعتمده المشرع في نص المادة 1014 من ق ا م ا التي جاء فيها على أنه : " اذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا ، تولى هذا الاخير تعيين عضو أو اكثر من أعضائه بصفة محكم "، وهذا بعكس ما جاء به التشريع الفرنسي الذي نص على أن الشخص المعنوي المختار لا يتولى التعيين فقط وانما يمكنه حتى تنظيم التحكيم وإجراءاته¹

ومثل هذا التعيين ما هو إلا توكيل من الطرف المحتكم للغير بصفة عامة أو للشخص الاعتباري لأجل التكفل بتعيين محكم نيابة عنه، وفي هذا اختلاف عن التعيين الذي يتم عن طريق مركز تحكيمي دائم كما سنرى وعلى الرغم من اعتماد التشريع هذه القاعدة إلا أن المعمول به في الغالب هو الإحالة إلى نظام تحكيمي لتحديد طريقة التعيين².

وفي كيفية اختيار المحكم المرجح أو الثالث من قبل أطراف النزاع في حال تعددهم، اختلف الفقه حول ذلك ، فذهب إتجاه إلى أنه لا بد أن يتم تعيينهم جميعاً - بما في ذلك المحكم المرجح - من قبل أطراف النزاع، ولا يترك ذلك إلى المحكمين أو القضاء، وإلا

¹ - Arti 1450/2 du CPCF : « Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage ».

- أنظر أيضا عبد الحميد الأحذب ، المرجع السابق ، ص 83-84 .
² - عبد الحميد الاحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات : الصلح والوساطة والتحكيم، الجزء الاول، قسم الوثائق، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والاشهار 2009 ، ص 53 .

كان التحكيم باطلاً. بينما الرأي المعاكس، اتجه إلى أنه من الأفضل ترك تعيين المحكم المرجح للمحكمين، وذهب رأي ثالث إلى أنه يكفي أن يعين كل طرف محكمه ليتم بعدها الاتفاق على المحكم الثالث، وفي حال عدم اتفاقهم على تسميته، فلا بد من تعيينه من قبل القضاء العادي¹.

ولا يوجد شكل معين يجب إحترامه عند تعيين المحكم الثالث أو الفصيل، ولكن الثابت أن هذا التعيين إنما يجب أن يتم كتابة، وأن تتضمن وثيقة تعيينه ما يفيد إن كان محكما فيصلا أو محكما ثالثا، وفي غالب الحالات يقوم الخصوم بتفويض المحكمين سلطة تعيينه، فهنا لا إلزام عليهم قانونا الرجوع إلى اليهم للحصول على موافقتهم على المحكم الذي اتفقا عليه، وعدم رضائهم لا يؤدي إلى بطلان التعيين، ولكن جرت العادة من الناحية العملية استشارتهم².

وما يمكن ملاحظته بهذا الخصوص أن المشرع أهمل التطرق لموضوع تعيين المحكم المرجح، و هذا على عكس ما كان مكرسا في قانون الاجراءات المدنية الملغى³، ولعل هذا الإحجام مرده أن اشتراط المشرع لوترية تعيين المحكمين جعل من تنظيم مسألة تعيين محكم مرجح أمر غير مهم بالنظر إلى كون إشكالية تساوي التصويت بالنسبة

¹ - هشام خالد - تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية القاهرة، سنة 2008، ص 97.

² - المرجع نفسه، ص 98.

³ - نصت المادة 450 من ق إ م الملغى على أن: "على المحكمين المرخص لهم بتعيين محكم مرجح عند تساوي الأصوات، أن يعينوا هذا المحكم في الحكم الذي يصدر والمثبت لانقسام رأيهم، وفي حالة عدم اتفاقهم على هذا التعيين يثبت ذلك في محضرهم ويعين المحكم المرجح بمعرفة رئيس الجهة القضائية المختص بالأمر بتنفيذ حكم التحكيم . ويكون ذلك بناء على عريضة مقدمة إليه من الخصم الذي يعنيه التعجيل .وفي كلتا الحالتين يجب على كل من المحكمين المختلفين في الرأي أن يبين رأيه على حدة وأن يكون هذا الرأي مسببا وذلك إما في المحضر نفسه أو في محضر منفرد.

- كما نصت المادة 451 على أنه : " يجب على المحكم المرجح أن يحكم خلال ثلاثين يوما تبدأ من يوم قبول المهمة إلا إذا مد هذا الميعاد بالحكم الذي عينه، ولا يجوز أن يصدر حكمه إلا بعد تداوله مع المحكمين المنقسمين في الرأي، وله أن يكلفهم بالحضور إلى الاجتماع لهذا الغرض

إذا لم يجتمع المحكمون جميعا فإن المحكم المرجح يصدر حكمه منفردا ومع ذلك فهو ملزم أن يتبع في حكمه رأي واحد من المحكمين الآخرين .وفصل المحكمون والمحكم المرجح في التحكيم وفقا للقواعد القانونية إلا إذا كان اتفاق التحكيم خول لهم سلطة النزاع كمحكمين مفوضين في الصلح."

لمداولات الهيئة التحكيمية لا تطرح. و لأن المادة 1026 من ذات القانون نصت صراحة على أن أحكام التحكيم تصدر بأغلبية الأصوات¹.

وفي كل الأحوال فإنه وجب تحديد طريقة تعيين المحكم واختياره وانتقاء ذلك يرتب عليه البطلان.

أما عن الطبيعة القانونية لهذا البطلان، فذهب بعض الفقهاء على أنه مطلق ومتعلق بالنظام العام لانتهاء محل العقد². أما البعض الآخر فقد ذهب إلى أن هذا البطلان هو نسبي يزول بالتصحيح، أي بتحديد أسماء المحكمين بعد قيام النزاع، أو بحضور أحد المحكمين بدعوة من أحد الخصوم أمام محاكم التحكيم، دون أن يقابله إعتراض من خصمه الآخر.

و أوجب المشرع بهذا الصدد في المادتين 1008 و 1012 المنوه عنهما أن تتضمن الاتفاقات التحكيمية شرطا كان أو إتفاقا الإشارة الى تعيين المحكمين إسما أو صفة أو على الأقل تحديد كيفية تعيينهم، على الوجه المبين سلفا، وهذا تحت طائلة البطلان وهو ما جاء به أيضا قانون التحكيم الفرنسي³، في حين نجد أن التشريع المصري لسنة 1994 لم ينص على البطلان⁴. ونعتقد أن هذا الأمر لما كان مرتبطا بارادة الاطراف ومتعلق بمصحتهم الشخصية فان البطلان هنا نسبي يجوز تصحيحه بإرادتهم ، وهو ما يتوافق والاحكام العامة للبطلان في القانون المدني .

وإذا كان لم يكن بإمكان الخصوم أن ينظموا بأنفسهم إجراءات تعيين المحكمين فإنه يمكنهم الإتفاق على ترك المسألة لقواعد أي نظام تحكيمي مؤسسي يرتضونه .

¹ - سامي بلعابد، انعقاد الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري ، مجلة الحوار الفكري ، مخبر الدراسات الانسانية والعلوم الاجتماعية، جامعة أدرار، المجلد 12، العدد 14، سنة 2017، ص 119 .

² - أحمد ابو الوفاء، المرجع السابق ، صفحة 41 . (...) وإذا لم يتم الإتفاق على شخص المحكم في صلب عقد التحكيم، أو في عقد مستقل، لا نكون أمام عقد تحكيم بسبب تخلف محله وإنقائه، ويكون مثله في ذلك مثل عقد البيع الذي إتفق فيه كل من البائع والمشتري على بعض المسائل ، ولكنه يفتقر إلى محله...)

³ - Arti 1444 du CPCF prévoit que :« La convention d'arbitrage désigne, le cas échéant par référence à un règlement d'arbitrage, le ou les arbitres, ou prévoit les modalités de leur désignation. A défaut, il est procédé conformément aux dispositions des articles 1451 à 1454. »

⁴ - انظر قانون التحكيم المصري 27 لسنة 1994 في المادة 17 منه ، المرجع السابق .

الفرع الثاني

التعيين باللجوء إلى مركز أو مؤسسة تحكيمية

قد يرغب الأطراف عند تشكيلهم لمحكمة التحكيم الإلتجاء لأحد مراكز أو مؤسسات التحكيم الدائمة الداخلية واتباع قواعدها بهذا الشأن كمركز التحكيم والوساطة بغرفة الصناعة والتجارة الجزائرية، فهنا نجد أن هذه المراكز تعطي هي كذلك الحرية للأطراف في إختيار المحكمين المعتمدين لديها وبالعدد الذي يرتضونه ولا تتدخل إلا عند عدم الإتفاق¹، وغالبا ما تكون للمؤسسة قائمة بأسماء محكمين ذوي إختصاص وكفاءة يتم عرضها على الأطراف للإختيار.

ويجب التنبيه أن هذه المراكز أو المؤسسات لا تقوم بنفسها بدور المحكم، وإنما يقتصر دورها على تنظيم الإجراءات الخاصة بالتحكيم، وإزالة كافة العقبات لتجتمع إرادة الخصوم حول المحكم، وعند الإستقلال بتعيينه يجب أن يكون مقبولا لدى الطرفين، أي أن تعيين المركز للمحكم أو المحكمين يكون بصفة احتياطية، إذ لا يبادر بهذا التعيين إلا بعد فشل الأطراف أو إمتناع أحدهم عن الإختيار وهذا على عكس الاختيار الذي يلجأ فيه الأطراف إلى إختيار شخص اعتباري آخر غير متخصص في التحكيم كما ذكرنا سابقا، إذ هذا الأخير هو من يختار لهم بالأساس وليس إحتياطا .

ومن هنا تظهر فعالية هذا المركز أو المؤسسة في رفع التقصير أو التعطيل الذي يبيده أحد الأطراف، وهم مجبرون على إحترام هذه القواعد عند لجوئهم لهذا التحكيم المؤسسي، وهذا من دون القول أن ذلك فيه اعتداء على إرادة طرفي التحكيم، إذ هؤلاء بلجوئهم إلى المركز أو المؤسسة التحكيمية الدائمة يكونون قد عبروا عن إرادتهم وارتضائهم المسبق بقواعدها وبنظامها، فضلا عن أنهم لا يفقدون بالمطلق حريتهم طالما أن لهم في الأغلب الإختيار بين المحكمين المعتمدين من المركز أو من الغير شريطة أن

¹ - لزهري بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 108

يخضعوا في عملهم إلى الشروط والقواعد اللائحية المنصوص عليها في نظام هذا المركز¹.

الفرع الثالث

التعيين القضائي للمحكم أو المحكمين

إذا كان الأصل في تعيين المحكم أو المحكمين أنه يكون باختيار رضائي لأطراف الخصومة على الوجه المبين سلفا، إلا أنه كثيرا - من الناحية العملية - يرفض أحد الأطراف تنفيذ إلتزامه بتعيين محكمه وفق ما ينص عليه إتفاق التحكيم، أو لا يتم الإتفاق على تعيين المحكم الفرد أو الثالث المرجح أو تحقق مانع أو ظرف في جانبه كوفاته أو عزله أو إعتزاله أو رده أو إمتناعه عن العمل أو إمتناع المحكم أو المحكمين عن إختيار المحكم الثالث، الأمر الذي يستدعي اتخاذ التدابير اللازمة لتشكيل محكمة التحكيم وإقامتها من خلال اللجوء إلى القضاء الوطني .

والتشريع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة يجيز للقاضي الوطني التدخل لأجل تفعيل هذا الإجراء، إلا أن دوره في التعيين هو على سبيل الإحتياط²، إذ لا يكون إلا لرفع العراقيل والصعوبات التي قد يفتعلها أحد الأطراف، وبالنظر الى كون التعيين عن طريق نظام التحكيم التابع لمركز تحكيمي دائم لا يطرح إشكال بخصوصه كونه يكون منظما في مثل هاته الحالات، سنتكلم هنا عن شروط وحالات تدخل القضاء الوطني في تعيين المحكم أو المحكمين ثم نُعرج إلى بيان المحكمة أو القاضي المختص بنظر طلب التعيين، وإجراءات ذلك وكيفية الفصل في الطلب.

¹ - في الجزائر لا يوجد مراكز أو مؤسسات تحكيمية دائمة على شاكلة ما هو موجود في بعض الدول العربية ، وهذا على الرغم من محاولة البعض تأسيس مراكز لهذا الغرض، إلا أنها باءت بالفشل سواء لنقص الإمكانيات المادية أو الكافآت المختصة باستثناء مركز التحكيم والوساطة التابع للغرفة التجارية الصناعية الجزائرية. وهذا على الرغم من أهمية هذه المراكز في الترويج والتعريف بالتحكيم وأساسه. ويرى الأستاذ عبد الرحمان بومدين أنه يمكن الاقتباس من قواعد هذه المراكز كقواعد اليونسترال ومركز لاهاي بغرض إيجاد حلول لمشاكل التحكيم في الجزائر ، يراجع بهذا الخصوص :

- Boumédienne Abderrahmane, l'entreprise algérienne , l'état et l'arbitrage commercial
OP -Cit-P-422

² - لزهري بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 124.

أولاً: حالات و شروط تدخل القاضي الوطني في تعيين المحكم أو المحكمين

يتحصن التحكيم من تدخل القضاء إلا في حدود المساعدة أو الرقابة ومن مثال الأولى أنه يمكن للقاضي أن يتدخل في التعيين للمحكمين، وهذا ضمن حالات وشروط محدد.

1- حالات التدخل للتعيين وشروطه

و تشمل بحسب نص المادة 1009 من (ق إ م إ)¹ :

- حالة غياب التعيين للمحكم أو المحكمين أو صعوبته والمقصود بالحالة الأولى هنا أن يكون هناك غياب في التحديد، وليس غياب في التعيين لان في الحالة الاخيرة يكون اتفاق التحكيم او شرطه باطلا اي بمعنى ان الاطراف قد يتفقوا على تعيين المحكمين واجراءاته لكن دون تحديد هويتهم ، أما المقصود بالصعوبة في التعيين فإنه يدخل ضمنها عدة فروض كقيام كل طرف بتعيين محكم، ثم المُحكِّمين المُعيَّنون لا يتفقوا على المحكم الثالث، أو كاتفاق الأطراف على إجراءات معينة كتحديد مدة زمنية معينة يتم فيها إختيار المحكمين، أو إشتراط أحدهم أن يكون المحكمين من جنسية معينة ولهم ثقافة ونظام معين وغيرها من الشروط التي يضعها المحكمين، ثم لا يلتزمون بها أو لا يستطيعون توفيرها²، أو حالة تشكيل الهيئة التحكيمية بالمخالفة لأحكام القانون كأن يكون عدد أعضائها زوجيا أو يتم تعيين محكما لم تتوافر فيه الشروط المطلوبة .

1 - تنص المادة 1009 فقرة 1 من ق إ م إ على أن : " إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه " .

2 - القانون الأردني رقم 31 لسنة 2001 في المادة 16 / ب منه على عكس النص الجزائري الذي ترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية ذكر حالات شائعة مما يدخل ضمن الصعوبة نذكر منها " إذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها ، أو لم يتفقا على كيفية القيام بتلك الإجراءات أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يجب الإتفاق عليه أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن " . - انظر القانون الأردني على الموقع الإلكتروني : <http://www.jcca.org.jo/userfiles/file> - (اطلع عليه يوم 2020-03-15)

- حالة التعيين بعد العزل أو الإستبدال، وهذه الحالة لها نفس الأحكام الإجرائية المنوه عنها أدناه، إلا أنه وبالنظر إلى إختلاف قواعدها الموضوعية عن حالتني الغياب والصعوبة في التعيين سنتحدث عنها في نقطة مستقلة بآخر هذا الباب.

ومع توفر الحالات السابقة يشترط لتدخل القاضي في التعيين توافر ثلاثة شروط

وهي:

- وجود إتفاق تحكيم صحيح بين الأطراف، أي أن يكون موجودا فعلا وغير مشوب بالبطلان، وفي هذا الشرط نصت المادة 1009 فقرة 2 من (ق إ م إ) بالنسبة للتحكيم الداخلي : " إذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بألا وجه للتعين".

- أن يكون هناك نزاع أو إختلاف أو تقاعس من الأطراف في تسمية المحكم¹ .
- أن يتم تقديم طلب التعيين من قبل الأطراف معا أو من الطرف الذي يهمله التعجيل إلى المحكمة المختصة طبقا للمادة 1009 فقرة 1 من ق إ م إ²

ولم يشر المشرع إلى ميعاد معين تحت طائلة الرفض وجب إحترامه عند تقديم الطلب بل ترك الحرية للأطراف في ذلك، إلا أنه كان من الأحسن تحديد مدة معينة يتم خلالها اللجوء إلى طلب المساعدة القضائية، تحفيزا للتشكيل الإتفاقي لهذه المحكمة وتضييقا لتدخل القضاء، ومنه تكون هذه المسألة متوافقة مع القانون النموذجي اليونسترال وقوانين التحكيم المقارنة³، كما هو الشأن في مصر أين نصت المادة 17 فقرة 1 من قانون التحكيم لسنة 1994، على أن الطلب إذا تعلق بمحكم فرد فإنه غير مقيد بمدة معينة، أما إذا تعلق بتعيين محكم ثالث فيقدم الطلب خلال الثلاثين يوما التالية لتعيين

1 - بوصنبورة خليل، التدخل القضائي في مجال التحكيم الدولي في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2006، ص 126.

2 - نصت المادة 1009 ف 1 من ق إ م إ على أنه: " على أن: " إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه "

3 - آمال يدر، المرجع السابق، ص 42 .

آخرهما¹ وهو نفسه في قانون الاجراءات المدنية الفرنسي في الباب المتعلق بالتحكيم الداخلي².

2 - المحكمة المختصة عند التدخل في تعيين المحكمين وكيفية الفصل في الطلب

المعمول به في مختلف التشريعات³ أن القانون هو من يُحدد قاضي المساندة⁴ (le juge d'appui) المختص بالتعيين لفض الإشكالات وتذليل الصعوبات المتعلقة بهذا التعيين.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرة 1 من المادة 1009 منه فقد عهد الاختصاص إلى رئيس المحكمة، وهذا الاختصاص هو اختصاص نوعي ووظيفي أي أن رئيس المحكمة أو من ينوبه هو المخول له وحده استثنائيا بالتعيين للمحكمين. وفي هذا إختلاف عن التشريع الفرنسي الذي أعطى الاختصاص لقاضي الاستعجال⁵، أما في مصر فترك الأمر للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع تفصل فيه

1 - محمود سمير الشرقاوي ، المرجع السابق ، ص 178 .

2 - Arti 1451 du CPCF prévoit que : "Si les parties ne s'accordent pas sur la désignation d'un arbitre complémentaire, le tribunal arbitral est complété dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation par les arbitres choisis ou, à défaut, par le juge d'appui mentionné à l'article 1459."

3 - عالج القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي القواعد الخاصة بتشكيل محكمة التحكيم في المواد (10-15) وقد ترك الحرية للمحكمين سواء تولوا ذلك بأنفسهم أو فوضوا جهة معينة تتولى المهمة، أما إذا لم يوجد هذا الاتفاق أو تعذر التشكيل الاتفاقي تولت المحكمة أو الجهة التي يحددها القانون الوطني لكل دولة تتبنى هذا القانون ما لم يوجد اتفاق ينص على وسيلة أخرى لضمان التعيين ، وذلك طبقا للمادتين 06-11 من نفس القانون.

4 - احداث الطاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير فرع قانون التنمية الوطنية ، كلية الحقوق جامعة تيزو وزو سنة 2012، ص 37 .

5- Arti 1460 / 2 du CPCF prévoit que : " La demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé."

على وجه السرعة¹. أما ما تعلق بالاختصاص الإقليمي أو المحلي فإننا نفرق بين حالتين: - الأصل أن يتولى رئيس المحكمة التي يجري التحكيم في دائرة إختصاصها هذه المساعدة، فإذا إتفق مثلاً الأطراف على أن يكون إجتماعهم - مقر التحكيم - لمناقشة تنفيذ إتفاق التحكيم المبرم بينهم في مكان ما من تراب الجمهورية، فإنه متى تعذر التعيين للمحكم وصعب إستكمال تعيين المحكمة، للطرف المستعجل أن يطلب المساعدة من رئيس محكمة المنطقة أو المكان الذي يجرى فيه اجتماعهم الرسمي (مقر التحكيم) .

والاستثناء أن يتولى المساعدة رئيس المحكمة التي يتفق الأطراف عليها، وفي هذا تنفيذ لأحكام المادة 46 من (ق إ م إ)²، ومنه وجب إحترام هذه الإرادة ، فالأطراف يحق لهم في إتفاق التحكيم أن يحددوا إختصاص جهة قضائية معينة غير الجهة المحددة كمقر للتحكيم للقيام بالتدخل سواء أثناء تشكيل محكمة التحكيم أو أثناء سير الإجراءات التحكيمية³.

- وفي الحالة التي لا يحدد الأطراف في إتفاقية التحكيم لا المكان الذي يجرى فيه الإجتماع ولا المحكمة المختصة بنظر النزاعات التي تثار بشأن تنفيذ الإتفاق التحكيمي،

¹ - تنص المادة 17فقرة 3 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 على انه : " - وتراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان، وتصدر قرارها بإختيار المحكم على وجه السرعة، ومع عدم الإخلال بأحكام المادتين 18 و19 من هذا القانون. لا يقبل هذا القرار الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن."

ويرى أحمد سلامة عبد الكريم ان رفع الطلب من الأحسن أن يتم أمام المحكمة بالطريق العادي لرفع الدعاوى وليس بطريق الأمر على ذيل عريضة على الرغم من أن هذا الأخير أكثر يسراً وسرعة بما يستجيب لاعتبارات الاسرع في تقديم العون اللازم، فإعمال مبدأ المواجهة بين الأطراف وحضورهم ومناقشتهم أسباب مشكلة تعثر الاختيار لا يتأتى إلى إذ رفعت دعوى يشكل عادي، كما أنه ولما كان من جهة تفصل عاتة المحكمة على وجه السرعة دون أن يكون لحكمها من إمكانية للطعن فيه تتماشى والأحكام وليس الأوامر على العرائض التي يفصل فيها في اليوم الموالي لتقديمها على الأكثر. - انظر أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 377

² - تنص المادة 46 من (ق إ م إ) على أنه " يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا اقليميا .

يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك .

يكون القاضي مختصا طيلة الخصومة ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له ."

³ - بوضنبورة خليل ، المرجع السابق ، ص 128.

وكمثال عن ذلك كأن يكون الاتفاق على أن يكون مقر الاجتماع التحكيمي في ولاية سطيف وأي نزاع بشأنه تفصل فيه محكمة قسنطينة فهنا ما تعلق بالتعيين للمحكمين في حالة الاستشكال تفصل فيه هذه الاخيرة .

فإن المادة 1009 من (ق إ م إ) أعطت الإختصاص للمحكمة التي يقع بدائرتها مكان تنفيذ العقد، والمقصود هنا هو العقد التجاري الأصلي وليس العقد التحكيمي .

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أعطى الإختصاص على نفس الوجه المبين بالنسبة للتشريع الجزائري، وبالنسبة لمصر، فالمحكمة المختصة هي المحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع¹. وتظل هذه المحكمة هي صاحبة الإختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم .

ووفقا للمادة 1009 فقرة 2 المنوه عنها أعلاه من (ق إ م إ) لا يوجد ما يحدد كيفيات فصل رئيس المحكمة في الطلب المرفوع أمامه، لكن يمكن القول أنه متى توافرت الشروط المطلوبة، له أن يصدر أمره بتعيين المحكم المطلوب، و يراعي في ذلك إستيفاء للشروط القانونية وتلك التي اتفق عليها الطرفان و التي سنذكرها لاحقا ، فضلا عن اهم شرط وهو الوجود المادي لاتفاقية التحكيم وصحتها.

أما بخصوص الحالات التي يمكن له أن يرفض فيها التعيين ويصرح بالالوجه للتعيين فهي طبقا لنفس النص حالتين²:

- حالة بطلان إتفاق التحكيم
- حالة غموض الإتفاق التحكيمي فيما يخص تشكيل الهيئة إلى درجة تتجاوز الصعوبة في إعماله، كتحديد عدة إجراءات ومناهج في التعيين بحيث لا يمكن من خلالها لرئيس المحكمة تبين أيهما يريد الأطراف.

وعلى اعتبار أن المشرع لم يحدد مدة زمنية معينة للفصل في الطلب، كما هو الشأن في الأوامر على ذيل العرائض المتعلقة بتوجيه إنذار أو إثبات حالة التي يفصل

¹ - محمد سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 175 .

- انظر المادة 09 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 ، المرجع السابق.

² - القضاء الفرنسي سندا الى المادة 1444 من القانون نفسه يتمتع بسلطة تقديرية بحيث لا يستجيب لطلب التعيين إذا كان شرط التحكيم باطلا أو يعتبر أن هناك نقص يحول دون تشكيل هيئة التحكيم .

- Sophie Crépin : Les Sentences Arbitraires Devant Le Juge Français, Paris, 1995, (1) LGDG.p 127.

فيها في ثلاثة أيام على أقصى تقدير وفق ما تنص عليه المادة 310 من (ق إ م إ) ، فإننا نعتقد أنه لا مانع من تطبيق هذا الحكم فيما يخص تعيين المحكمين كونه يتناسب والحكمة من اللجوء الى القضاء الذي يعمل على تسريع إجراءات التحكيم لا الإبطاء فيها، على أنه تبقى مدة الفصل في كل الأحوال خاضعة - في ظل انعدام النص الصريح - إلى سلطة رئيس المحكمة وفق متطلبات كل ملف وما يطلبه الأطراف .

وبالرجوع الى التشريع الفرنسي¹ نجده قد جعل الأمر الصادر بخصوص التعيين للمحكم أو المحكمين غير قابل لأي طعن إلا في حالة الرفض أي عند القول بألا وجه للتعين بسبب بطلان اتفاقية التحكيم أو عدم قابليتها للتطبيق أين يمكن استئناف هذا الأمر .

أما بالنسبة للمشرع الجزئري فإنه ولما كان الأمر الصادر عن رئيس المحكمة يدخل ضمن خانة الأعمال الولائية للرئيس، وهي الأعمال التي تصدر غالبا بموجب أمر على ذيل عريضة، فإنه وطبقا للقواعد العامة التي تحكم هذه الأخيرة في المادة 312 من (ق إ م إ) يمكن القول أنه في حالة الإستجابة للطلب يمكن العودة إلى رئيس المحكمة للتراجع عنه (عادة ما يكون في صورة طلب الرد أو استبدال أو عزل) أو تعديله (حالة ما إذا تم السهو مثلا عن أحد الشروط المطلوبة في المحكم المرشح للتعين)، وفي حالة عدم الإستجابة يكون الأمر القاضي بالرفض قابلا للاستئناف أمام رئيس المجلس القضائي ويرفع الإستئناف هنا خلال 15 يوما من تاريخ الأمر بالرفض لطلب التعيين ويفصل فيه

¹- Arti 1460 / 3 du CPCF prévoit que : " Le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours. Toutefois, cette ordonnance peut être frappée d'appel lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455. "

¹- Arti 1455 du CPCF prévoit que : " Si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable, le juge d'appui déclare n'y avoir lieu à désignation."

في أقرب الآجال . وفي هذا تجاوب مع أحكام التشريع الفرنسي بخصوص الاستئناف للأمر الإستعجالي المتعلق برفض التعيين .

المطلب الثاني

الشروط المطلوبة في المحكم الداخلي

لما كان حرية الأطراف في إختيار المحكم أو المحكمين مضمونة وفق ما يرونها مناسبة، إلا أن غالبية التشريعات لم تترك ذلك على إطلاقه، وقامت بوضع الشروط القانونية الواجب توافرها في المحكم المراد اختياره، وهي في الغالب الشروط الواجب توافرها في القاضي ، كما أعطت من جهة أخرى للأطراف أحقية وضع الشروط الأخرى التي يرونها مناسبة دون الإخلال بالشروط القانونية .

الفرع الأول

الشروط القانونية

نظرا لطبيعة عمل المحكم فإن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة إشتراط أن يكون المحكم شخصا طبيعيا مؤهلا قانونا لتولي التحكيم سواء من حيث تمتعه بالأهلية المدنية و القانونية أو تمتعه بالحياد والاستقلالية، فضلا عن ان يكون تشكيل المحكمة التحكيمية تشكيلا وتريا.

أولا: أن يكون المحكم شخصا طبيعيا متمتعاً بالأهلية الكاملة

يعد من المسلم به أن يكون المحكم شخصا طبيعيا ، ذلك أن الشخص الطبيعي هو الشخص القانوني الوحيد الذي له القدرة على التفكير واتخاذ القرار المناسب في ضوء ما يحيط به من ظواهر وحقائق ، وهذه الأمور من المسائل العقلية والحسية التي يستحيل تكليف الشخص المعنوي في حد ذاته بها بسبب طبيعته الافتراضية.

وكما يشترط في القاضي أن يكون متمتعاً بالأهلية فإن المحكم يشترط فيه أيضا ذلك، كونه يقوم بأعمال قانونية لا تصح إلا إذا صدرت من شخص كامل الأهلية وفقا

للشروط المنصوص عليها في القانون المدني وقانون الأسرة¹، وألا يصيبه عارض من عوارضها مما يؤثر في بلوغ تفكيره للمستوى المنتظر².

وقد اشترط فقهاء المسلمين فيمن يتولي القضاء بأن يكون على صفة يصح معها توليته لهذه المهمة، أي أن يكون أهلاً لتقلد هذا المنصب وتتوافر فيه الشروط الواجبة كالبلوغ والعقل والاسلام، مشهود له بالعدالة، الاجتهاد، الحرية وسلامة الحواس.

وعلى هذا يشترط في المحكم أن يكون بالغاً سن الرشد المدني والذي يتحدد بتسعة عشر (19) كاملة وفق أحكام المادة 40 من القانون المدني³، أي أنه يشترط في المحكم بتاريخ مباشرته للمهمة التحكيمية أن يكون سنه 19 سنة فما فوق⁴.

ويرى أحمد أبو الوفاء أنه يجوز أن يكون المحكم أصماً أو أبكماً لأن القانون لا يمنع ذلك متى اتفق الخصوم على إختياره، وعندئذ يحكم من واقع الأوراق المقدمة إليه، بل ومن الجائز أن يكون أعمى لنفس السبب، وقيل بجواز أن يكون المحكم جاهلاً القراءة والكتابة بشرط أن لا يكون وحده في هيئة التحكيم.

ونعتقد بهذا الخصوص أن المحكم بالخصوصيات القضائية التي يمتلكها عند مباشرته لمهامه وما تقتضيه من ضرورات السمع والكلام والنظر للوصول إلى الحقيقة على الوجه الأكمل ومنه العدل فيما يقضي به، فإنه يكون من الضروري عدم الاعتداد في النزاعات التجارية اختصار الأطراف لمحكم يفتقد لمثل هذه الحواس لأنه قد لا يؤخذ فيها

¹ - زرقون نور الدين، الدور المساعد للقاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي " دراسة حالة المساعدة في تعيين المحكمين"، مجلة دفاثر السياسة والقانون، العدد (12)، جانفي 2015، ص 76.

² - لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 146-147.

³ - تنص المادة 40 من القانون المدني على أنه: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية".
وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

⁴ - ولقد انتقد بعض الشراح في فرنسا عدم جواز تولي القاصر منصة التحكيم، على تقدير أنه في بعض الأحيان قد يكون القاصر في عمله وفنه ورجاحة عقله أفضل بكثير ممن بلغ سن الرشد، ومع ذلك قيل أن القاصر الذي لا يملك أن يتعاقد بنفسه أو يتصرف في ملكه لا يمكن أن يسمح له بأن يلي القضاء في شأن من شؤون الغير، وقيل أن القاصر الذي يجوز له القيام بأعمال الإدارة أو التجارة يجوز تعيينه محكماً في حدود تلك الأعمال، على أنه لا يمكن التسليم بهذا الحكم بمطلقه فهذه الحالات استثنائية ومحدودة - إن صح التعبير - فلا يجوز إعطائها نفس الحكم القانوني للحالات العامة وعليه يبقى المبدأ العام وهو كمال أهلية المحكم. أنظر أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وأجراءاته - دراسة مقارنة - منشورات زين الحقوقية، دار نيبور للطباعة والنشر، العراق، سنة 2011، ص 116.

بمجرد الكلام وطرح النزاع سماعا بالنظر إلى تعقيدها، وبالنقيض من ذلك فإنه لا حرج من الأخذ بهذا الاختيار في النزاعات ذات الطابع المالي البسيط. وفي هذا يذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أن سلامة الحواس ضرورية لإدراك الأشياء وفهماها¹. وقد جاء في المادة 1794 من مجلة الأحكام العدلية : (يلزم أن يكون القاضي مقتدرا على التمييز التام، بناء عليه لا يجوز قضاء الصغير والمعتوه والأعمى والأصم الذي لا يسمع صوت الطرفين)².

ثانيا: التمتع بالحقوق المدنية

ومعناه أن لا يكون المحكم محروم بموجب حكم قضائي من التمتع بحقوقه المدنية ما لم يرد إعتباره، كما هو الشأن في حال إرتكابه لأفعال مجرمة ذات طابع جنائي أو جنحي وسواء تعلقت بجريمة شرف أم لا ، ومن مثالها أحكام المادة 09 مكرر 1 وما يليها من قانون العقوبات الجزائي التي أشارت إلى البعض من هاته الحقوق التي يمكن حرمان الجاني منها كالعزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة، أو الحرمان من حق الإنتخاب أو الترشح ومن حمل أي وسام، أو عدم الأهلية لممارسة مهنة التدريس أو أن يكون مساعدا محلفا أو خبيرا أو وصيا أو قيما أو وليا .

كما يمكن أن يكون الحرمان بسبب تعرض الشخص المرشح لتولي التحكيم إلى شهر إفلاسه وفقا لقواعد القانون التجاري، وهو ما يتجاوب مع ما جاء به التشريع المصري بهذا الخصوص، إذ نجد أن الفقرة 1 من المادة 16 منه جاءت أكثر وضوحا بنصها على أنه : " لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه

¹ - وقد ذكر ابن قدامة شروط القاضي بالقول : "... وأما كمال الخلقة فإن يكون متكلماً، سميعاً، بصيراً، لأن الأخرس لا يمكنه النطق بالحكم، ولا يفهم جميع الناس إشارته، والأصم لا يسمع قول الخصمين، والأعمى لا يعرف المدعي من المدعى عليه والمقر من المقر له والشاهد من المشهود له..." ، وقال الماوردي: " الشرط السادس السلامة في السمع والبصر ليصح بهما إثبات الحقوق و يفرق بين الطالب والمطلوب ويميز بين المقر والمنكر ليميز له الحق من الباطل فإن كان ضريراً كانت ولايته باطلة..." أنظر ابن قدامة، المغني - القضاء ج 14، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، الرياض ، سنة 1997، ص 13 . الماوردي ، الاحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة، سنة 2006 ، ص 112

² - علي حيدر، المرجع السابق ، ص 579 .

ما لم يرد إليه إعتباره"، أما قواعد التحكيم الفرنسي فإنها جاءت بمثل ما جاء به التشريع الجزائري و إن كانت الأولى تكلمت عن تمتع المحكم بجميع حقوقه وليس المدنية فقط¹.

و ثمة رأي في فرنسا يرى أنه لا يوجد ما يمنع المحروم من ممارسة حقوقه المدنية والسياسية من أن يكون محكما على تقدير أن المحكم لا يقوم بوظيفة عامة ولا يباشر مهمة سياسية، ولا يعتبر إختياره تكريما له أو إحتفالا به، في حين يرى البعض الآخر أنه ولما كان المحروم من حقوقه المدنية والسياسية يمتنع عليه أن يكون خبيرا فإنه يمتنع عليه بالتالي أن يكون محكما، ولو كان القانون لم ينص صراحة على ذلك².

ولعل الحكمة من هذا الشرط هو أن يكون المحكم محمود السيرة وحسن السمعة حتى يكون حكمه محل إحترام من الجميع ويبعد عنه الشبهة، فالمحكم أمين على مصالح الخصوم، ولا يؤتمن على مصالح الخصوم من يحكم عليه بمثل هذه العقوبات.

ثالثا: أن يكون عدد المحكمين المشكلين للمحكمة وترا

في هذا الصدد هناك من يرى أن تعدد المحكمين أفضل من المحكم الفرد بما يشكل ذلك من ضمانات لفحص النزاع وحياد القرار لا سيما عندما يكون معقدا ومهما على ان لا يكون هناك مبالغة في العدد بالنظر لما يترتب من نفقات واتعاب مرهقة³، في حين يرى البعض الآخر أن التعيين لمحكم واحد أفضل كونه أقل تكلفة وأقدر للفصل في النزاع بصورة سريعة⁴.

وفي كل الأحوال فإن معرفة موضوع النزاع وكنهه وحجمه بالتفصيل قد يعطي لطرفي النزاع ومستشاريهما قناعة بعدد المحكمين اللازمين للنظر في القضية، فقد تكون الحاجة لمحكم واحد، خاصة إذا كانت القضية غير معقدة، وفي حدود خبرة المحكم المختار، وكان طرفا النزاع يثقان في عدالته و نزاهته. وبالعكس من ذلك فإن المنازعات

¹ - Arti 1450 du CPCF prévoit que : " La mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits. Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage."

² - أحمد أبو الوفاء ، المرجع السابق 160.

³ - محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1997، ص 220

⁴ - مهدي أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 79 .

المعقدة قد تشكل خليطاً من الإشكالات التي تتعلق بأمور تعاقدية ومسائل هندسية وفنية بالغة التعقيد، وتتطلب تخصصات متعددة لحسمها، فيكون من الأجدى أن تتكون محكمة التحكيم من ثلاثة أشخاص أو أكثر. وعلى العموم إن الذي يحدد ذلك هم المحكّمون ومستشاروهم في الغالب.

والواقع أن قانون الإجراءات المدنية الملغى لم يكن يحدد عدد المحكّمين و أجاز للأطراف الإتفاق على محكم واحد، كما أجاز تعيين أكثر من محكم واحد دون أن يشترط العدد الفردي أو الوتري، بينما إشتراط قانون الاجراءات المدنية والادارية الحالي في المادة 1017 منه وترية التشكيل في حالة تعدد المحكّمين¹، فلقد جاء هذا التعديل ليواجه حالة إختلاف محكمة التحكيم المكونة من عدد زوجي في وجهات النظر، وتلافي حينئذ اللجوء إلى فكرة تعيين المحكم المرجح. اذ في هذه الحالة يتم الترجيح بالمحكم الوترو بالتالي يكون المشرع قد اختار العدد الوتر في التحكيم الداخلي ترجيحاً للطبيعة القضائية وبغية الوصول إلى حكم يحسم النزاع .

والملاحظ أن المشرع الجزائري على عكس المشرع المصري² مثلاً لم يبين في المادة 1017 أعلاه الجزاء الذي يمكن ترتيبه في حالة مخالفة الوترية أو الفردية عند تعيين المحكّمين، أي عند تعيين المحكم بعدد زوجي، وبهذا الصدد نجد أن هناك من الفقه من يعتبر مثل هذا التعيين واقعا تحت طائلة البطلان المطلق لمخالفته قاعدة أمره ولا يمكن بأي حال تصحيحه، ويقع الحكم الصادر بهذه التشكيلة باطلاً ولكل من له مصلحة التمسك به، كما أن الوترية تتصل بحسن أداء العدالة وهو ما يجعل هذا البطلان يتعلق بالنظام العام والذي لا يجوز التنازل عنه وأي اتفاق على خلافه يكون هدرًا لا قيمة له³، في حين يرى البعض الآخر أن التأصيل القانوني لفكرة المداولة قد يصحح الوضع متى

1 - تنص المادة 1017 من ق إ م إ على أن: "تتشكل محكمة التحكيم من محكم فرد أو عدة محكّمين بعدد فردي".
2 - تنص المادة 15 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 على أن: "1 - تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكّمين كان العدد ثلاثة.
2- إذا تعدد المحكّمون وجب أن يكون عددهم وترًا، وإلا كان التحكيم باطلاً".
3 - أحمد عبد الكريم سلامة ، ص 362 .

صدر الحكم بالإجماع، إذ لا مصلحة للخصوم في الإبطال لا سيما وأن الأمر يتعلق بحكم إجرائي، والغاية تحققت منه أي أن صدور الحكم بالإجماع يصحح البطلان¹.

ونعتقد بترجيح الرأي الثاني بالنظر لكون المادة 1017 أعلاه الواردة في ضمن قسم الأحكام المشتركة ما بين التحكيم الداخلي والدولي لم تحدد صراحة الجزاء على تخلف الشرط، وبالنظر إلى كون صياغتها لا يوجد بها ما يرجح أنها قاعدة أمرية وتعد من النظام العام، فإنه لا يمكن ترتيب البطلان على الحكم الصادر عنها متى صدر بالإجماع، وهذا على عكس التحكيم التجاري الدولي أين يعد تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد الذي يتم مخالفا للقانون سببا من أسباب بطلان الحكم التحكيمي².

غير أن حرية الطرفين في اختيار المحكمين مقيدة بما يقتضيه مبدأ المشاركة والمساواة في الاختيار من قيامهما بدور متساوٍ في تحقيقه. وعليه يكون باطلاً كل شرط يقضي بانفراد أحدهما دون الآخر بالاختيار، أو يقضي باختياره عدداً من المحكمين يفوق العدد الذي يقوم الآخر باختياره، أو يخول الاتفاق كلاً من الطرفين اختيار محكم ويخول أحدهما اختيار المحكم الثالث.

والغالب عملاً أن المحكم الوتر (الثالث ، الخامس ...) هو الذي يكون رئيس محكمة التحكيم، وبذلك الصفة يتولى التنسيق والتشاور بين المحكمين الآخرين وإدارة عملية التحكيم وقيادة دفة الإجراءات حتى نهاية الخصومة، وفي هذا السياق إذا حدث إنقسام في الرأي بين المحكمين الآخرين كان للمحكم الوتر دوراً مهماً في حسم الخلاف وهو ما تسير عليه أغلبية التشريعات الوطنية، وهناك من الأنظمة من لا تجعل دوره قاصراً على رئاسة المحكمة، بل يمتد إلى الحلول محل المحكمين الآخرين والإنفراد بإصدار حكم التحكيم عند الإنقسام والتباعد في الرأي بين المحكمين الآخرين وهو ما يسمى في النظم القانونية الأنجلوأمريكية بالمحكم الفيصل .

¹ - أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق ص 172.

² - تنص المادة 1058 ف 1 من ق إ م إ على أن: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها بالمادة 1056 أعلاه..." ونجد من بين هذه الحالات: "2- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفاً للقانون".

بيد أن الفارق بين المحكم الوتر الرئيس أو المحكم الوتر المرجح هو الفارق في الدرجة ذلك أنه من الناحية العملية نجد أن كل محكم ينظر للقضية بعيون الطرف الذي اختاره ويبدو وكأنه يدافع عن مصالحه، ومن هنا يأتي الدور الفاعل للمحكم الوتر كي يحسم المسألة ويظهر وكأنه محكم منفرد رغم صدور الحكم باسم محكمة التحكيم وفي كل الأحوال فإن إتفاق الأطراف هو الذي يحدد صلاحيات وسلطات المحكم الثالث (الوتر) في إدارة عملية التحكيم وحضوره أو عدم حضوره إجراءات التحكيم أو حله محل المحكمين الآخرين وانفراده بسلطة إصدار الحكم والقرارات والأوامر الأخرى .

رابعاً: إستقلال وحياد المحكم الداخلي

إن إصدار قرار فاصل في أي نزاع من أي جهة تتولى الفصل في النزاعات، سواء جهة قضائية نظامية أو جهة قضائية تحكيمية، يتطلب من تلك الجهة أن تكون على مسافة واحدة من جميع أطراف النزاع، ليطمئنوا إلى عدلها. وهذا ما عبر عنه الخليفة العادل عمر بن الخطاب في رسالته إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه حين قال له : "..... أس بين الناس في مجلسك و وجهك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يخاف ضعيف من جورك..."¹.

ومن هنا فإنه يلزم لكي يقوم المحكم بمهمته القضائية ويحوز ثقة الأطراف أن يكون - شأنه شأن القاضي - محايداً ومستقلاً وأميناً². وتعتبر حيده المحكم واستقلاله من الضمانات الأساسية للتقاضي، وذلك حتى يطمئن المتقاضي إلى قاضيه وإلى أن قضاؤه لا يصدر إلا عن الحق وحده دون تحيز أو هوى، فهما شرطان لمباشرة الوظيفة القضائية أيما كان القائم بها قاضياً أو محكماً.

وهذان الشرطان معترف بهما في كل النظم القانونية للتحكيم دون خلاف، وقد أشار المشرع إلى هذين الشرطين بنصه في المادة 1015 منه على وجوب أخبار المحكم مقدماً

¹ - محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبدالله، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجيل - بيروت، سنة 1973، الجزء الأول، ص 69 - 87 .

² - طارق فهمي الغنام، التنظيم القانوني للمحكم، الشروط - الواجبات - الالتزامات - المسؤولية، مركز الدراسات العربية للنسر والتوزيع، القاهرة، سنة 2015، ص 234.

الأطراف عن أية ظروف من شأنها أن تجعله قابلا للرد وفقا للحالات المبينة في المادة 1016 والتي من بينها وجود شبهة مشروعة في إستقلاله¹.

و ينطبق هذا الأمر كذلك على القاضي وفق ما جاءت به أحكام المادتين 241 ، 246 ق إ م إ بمناسبة تعدادهما لحالات رد القضاة والإحالة للشبهة المشروعة، والتي باستقرائهما وتحليلهما نصل إلى أن من توفرت فيه إحدى حالات العجز عن التجرد والإستقلالية حق للخصوم رده عن الفصل في ملف قضيتهم².

ولما كان من المقرر أن استقلال وحياد المحكم ضروريان لنجاح العملية التحكيمية سواء في التحكيم الداخلي والدولي على حد سواء، فإن هناك من الفقه من يرى أن الحياد مدمج في الإستقلال أي أنهما يعدان شرطا واحدا، وقد تأثر بذلك التشريع الجزائري الذي لم يورد مصطلح الحياد أو الحيادة في المادة 1016 أعلاه، وإنما ذكر فقط مصطلح " شبهة مشروعة في إستقلاليته" وقد يرجع سبب إلى كون الصفة اللازمة في القاضي أو المحكم

¹ - تنص المادة 1015 من ق إ م إ على أن: " لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم.

إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم." وتنص المادة 1016 من نفس القانون على أنه: " يجوز رد المحكم في الحالات الآتية

- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف،
- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف،
- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين..."

² - تنص المادة 241 من ق إ م إ على أن: " يجوز رد قاضي الحكم، ومساعد القاضي في الحالات الآتية:

- إذا كان له أو لزوجته مصلحة شخصية في النزاع،
- إذا وجدت قرابة أو مصاهرة بينه أو بين زوجته وبين أحد الخصوم أو أحد المحامين أو وكلاء الخصوم، حتى الدرجة الرابعة،

- إذا كان له أو لزوجته أو أصولهما أو فروعهما خصومة سابقة أو قائمة مع أحد الخصوم،
- إذا كان هو شخصيا أو زوجته أو أحد أصوله أو أحد فروعهم، دائنا أو مدينا لأحد الخصوم،
- إذا سبق له أن أدلى بشهادة في النزاع،
- إذا كان ممثلا قانونيا لأحد الخصوم في النزاع أو سبق له ذلك،
- إذا كان أحد الخصوم في خدمته،
- إذا كان بينه وبين أحد الخصوم علاقة صداقة حميمة، أو عداوة بينة.

- وتنص المادة 249 من نفس القانون على أن: " يهدف طلب الإحالة بسبب الشبهة المشروعة إلى التشكيك في حياد الجهة القضائية المعروضة أمامها القضية"

هي الحياد بين الخصوم، ولكون إثبات الحياد صعب على عكس الاستقلال الذي يثبت إنعدامه بمظاهر خارجية مادية، كان هذا الأخير هو الضامن لحياد المحكم فعدم إستقلال المحكم ينعدم معه حياده، وهذا على عكس مثلا القانون الفرنسي أو المصري اللذان ذكرا المصطلحين معا تمييزا لكلاهما عن بعضهما البعض¹.

ولعل إقتراب المسافة بين المصطلحين سواء فقها أو قضائيا أو حتى في نصوص القانون هو السبب في صعوبة التفرقة عمليا بينهما، أو حتى إمكانية اعتبار الاستقلال جزء ظاهري من مسألة الحياد، بحيث أن انعدام الحياد يؤدي من باب أولى إلى إنعدام الإستقلال ونجد أن هناك من استعمل ألفاظ معينة للإشارة لكلا المصطلحين كالانحياز². وبالنظر الى هذه الازدواجية الاصطلاحية وما يترتب عنها من آثار فانه ينبغي التطرق لتوضيح ماهية كل من الاستقلال والحياد وإبراز خصوصية كل عنصر وبيان إن كان هناك فعلا تمايز بينهما.

1- الاستقلالية لدى المحكم الداخلي

الاستقلالية معناها أن لا توجد للمحكم صلة أو مصلحة بموضوع النزاع أو إرتباطه بأحد الأطراف أو من يمثلهم³. فاستقلال المحكم يعني إنقطاع صلة التبعية بينه وبين أي من الخصوم في الدعوى التحكيمية أو وكلائهم بصورة تمنع تأثيرهم على صدور قراره

¹ - Arti 1456 du CPCF prévoit que : « Le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. A cette date, il est saisi du litige.

Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission.. »

- المادة 18 من قانون التحكيم المصري رقم 28 لسنة 1992 على أنه : " 1- لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حيده أو إستقلاله . 2 - ولا يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه إلا لسبب تبينه بعد أن تم هذا التعيين."

² - حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، سنة 2006، ص 184

³ - العيساوي حسين، الحصانة القضائية للمحكم بين الإطلاق والتقييد، مجلة المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، العدد 4 لسنة 2017 ، ص 122 .

بشكل نزيه وعادل¹. أي أنه ينبغي أن يكون المحكم مستقلا فيما ينتهي إليه من حكم، غير متأثر فيه بعلاقة تربطه بأحد الطرفين سواء كانت علاقة مالية أو اجتماعية أو مهنية سابقة أو حالية².

ونظرا لأهمية الإستقلالية قال البعض أن الإستقلالية للمحكم تمثل روح إجراءات التحكيم وأنها تشكل مبدأ مهماً وأساسياً في العملية التحكيمية³.

وعدم الاستقلال مسألة موضوعية تقوم كلما وجدت ظروف موضوعية معينة توحى بأن المحكم يعمل كما لو كان تابعا لأحد الخصوم أو خاضعا لرأيه وسلطته⁴، أي أن الاستقلال لا يتعلق بالعاطفة وإنما بمركز قانوني أو واقعي يمكن تقييمه موضوعيا ، فلا يكون المحكم مستقلا إذا كان شريكا لأحد الأطراف أو كانت له مصالح مادية أو إرتباطات مالية معه أو كان المحكم في مركز وظيفي بحيث يخضع لرئاسة أحد الأطراف أو ينتظر منه ترقية أو يخشى منه جزاء⁵.

وهكذا لا يجوز للدائن أو الكفيل ان يكون محكما في الخصومة بين المدين والغير، وذلك لأن للدائن أو الكفيل مصلحة دائما في تأييد مركز المدين، وكذلك لا يجوز للضامن أن يكون محكما في الخصومة بين المضمون والغير اذا تعلقت بموضوع الضمان ، أو أن يكون المدين محكما في الخصومة بين الدائن والغير حتى لا يجابيه أو يقسو عليه، بحسب طبيعة العلاقات القائمة بينهم، ولا يجوز للمهندس الذي أشرف على عملية ما أو قام بتهيئتها للتنفيذ أن يكون محكما في الخصومة بين رب العمل والمقاول الذي نفذ

¹ - النمرايو العلا ،الجدايي أحمد، المحكمون: دراسة تحليلية لإعداد المحكم، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة سنة. 2002 ، ص 27

² - هدى مجي عبد الرحمان، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، القاهرة، سنة 1997 ص 102 .

³ - شحاتة غريب شلقامي، عقد المحكم بين تشريعات التحكيم وتطويع القواعد العامة في القانون المدني: دراسة تحليلية في ظل التشريعات العربية والفقہ الاسلامي، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، سنة 2015 ،ص 100.

⁴ - فتحي والي، المرجع السابق ، ص 248.

⁵ - المرجع نفسه، ص 248 .

العملية، ولا يجوز للمساهم في شركة المساهمة أن يكون حكماً في نزاع بين الأخيرة والغير لتعارض مصلحته مع ما قد تسفر نتيجة التحكيم¹.

وبناء على ما سبق يمكننا القول أن انقطاع الصلة بين المحكم وأطراف النزاع، سواء كانت هذه العلاقة، علاقة مهنية، أو وظيفية، أو عائلية، أو مالية، أو حتى قضائية، بوجود خصومة مثلاً هي العنصر الرئيسي الأبرز الذي يعتمد عليه لإبراز وجود أو عدم وجود ضغوطات أو مؤثرات خارجية على حرية إتخاذ قرار التحكيم في النهاية من قبل محكمة التحكيم ومنه المساس باستقلالية المحكم من عدمه .

وأشارت المادة 1016 من ق إ م إ إلى بعض الحالات التي يعد وجودها شبهة في عدم استقلالية المحكم ويجعله محلاً للرد إذ نصت على أنه : " يجوز رد المحكم في الحالات الآتية... وذكرت : - عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط..."

ومنه متى تبين وجود علاقة منفعية أي إقتصادية أو تجارية أو وجود رابطة عائلية بين المحكم وأحد الخصوم أو خضوعه لتعليمات مركز التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع فإن إستقلاليته تكون محل نظر ويمكن رده على أساسها².

2- الحياد لدى المحكم الداخلي

الحياد أمر نفسي يتعلق بذات المحكم ويجعله يمسك بميزان العدل للطرفين على نحو موضوعي مجرد دون محاباة لأحدهما على حساب الآخر³. فالحياد حالة نفسية قوامها مجموعة المفاهيم والقناعات التي تستقر في ضمير القاضي أو المحكم، وتشكل فكرته عما هو حق أو عدل، دون ميل أو هوى، ومضمونها عدم الميل إلى جانب أحد الخصمين⁴.

1 - أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق ، ص 158-159

2 - مصعب محمد الطراونة ، المرجع السابق ، ص 38 .

3 - النمر أبو العلا، الجدائي أحمد، المرجع السابق، ص 27 وما بعدها .

4 - سالم خلف أبو قعود، الحيدة شرط لاختيار المحكم ، مجلة علوم الشريعة والقانون ، المجلد 42 ، العدد 3، سنة

و على اعتبار أن المحكم يعد قاض فإنه يكون محكوم بالمبادئ التي تحكم عمل هذا الأخير بما فيها مبدأ الحياد المنضبط به عمله، وفي هذا الشأن هناك من يرى أن الحياد هو ملكة التقدير أو الحكم على شخص أو موضوع أو فكرة دون إتخاذ أي موقف مؤيد أو معاكس سلفاً، فهو يعكس حالة نفسية معينة أو موقف معين للقاضي ومعه المحكم تجاه عناصر النزاع أو المتنازعين¹، في حين يرى البعض الآخر أن الحياد يعني ابراز القاضي او المحكم للوقائع والحجج التي ستناقش أمامه بشكل يثبت عدم انحيازه، فيظهر الحياد كقاعدة إثبات أساسية للنزاع.²

فالقاضي المدني والمحكم الداخلي يفصلان طبقاً للقانون وهما مقيدان سلفاً بأدلة الإثبات المحددة بموجبه، وفق اجراءات وشروط معينة و دورهما يقتصر على أعمال الموازنة بين الأدلة المقدمة من الخصوم في الدعوى.

وبهذا المفهوم فدورهما سلبي، ذلك أن مبدأ حياد القاضي والمحكم يقتضي احترام مبدأ المطالبة القضائية لأنه لو سمح لهما أن يعملوا من تلقاء نفسيهما لأصبح كل منهما مدعياً وحكماً في الوقت نفسه، وهذا ما ترفضه قواعد العدالة³.

وإذا كان عدم الحياد شعوراً عاطفياً ليس له مظهر خارجي، فإن هناك ظروفًا إذا توافرت يغلب معها ألا يكون المحكم محايداً كأن يكون زوجاً أو قريباً أو صهرًا لأحد الأطراف أو صديقاً له، أو كان قد سبق له أن أبدى رأيه في النزاع أو كان هناك نزاع سابق أو حال بينه وبين أحد الأطراف، أو كان للمحكم مصلحة مادية في النزاع كما لو كان المحكم دائماً لأحد الطرفين أو كفيلاً له، كما يعتبر غير محايد أيضاً، المحكم الذي اشتهر بعدائه للثقافة القومية أو للتراث القانوني أو للعقيدة الدينية لأحد الطرفين⁴. إذ يجب أن تكون هناك مسافة تفصل المحكم عن الثقافة القانونية والسياسية والدينية والمحلية، أي

¹ - راميا الحاج، مبدأ حياد القاضي المدني بين النظرية والتطبيق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2008، ص 48.

² - M. Frison-Roche , l'impartialité du juge , 6e cahier , Chron , paris , 1999 , p 54.

³ - حمد علي خليل الطعاني، سلطة القاضي في توجيه سير إجراءات الخصومة المدنية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، سنة 2009، ص 32.

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 718.

يجب أن يتجاوز المُحكّم تقاليده وأن يتمتع بانفتاح فكري على أنواع أخرى من الفلسفات والمدارس الفكرية والثقافات.

وتظهر خطورة الحياد في التحكيم بصورة أكثر إلحاحاً، إذ المحكم يكون في حالة من التردد في الخروج بقرار ينسلخ فيه عن أي ميل داخلي في نفسه يؤدي به إلى لمصلحة من عينه¹. وبالنظر الى ذلك فالحياد على عكس الاستقلالية مسألة ذاتية ونفسية يصعب التحقق منها، مما جعل المحاكم تجعل سندها في إنعدام الحياد هو إنعدام الاستقلال كونه كما سبق مسألة يسهل كشفها والاستدلال عليها².

و شرط الحياد أو الإستقلال لا يتعلق بالنظام العام، وإنما بمصلحة الخصوم، ولهذا إذا توافرت القرائن على عدم التزام المحكم بذلك، فإن على كل ذي مصلحة من طرفي النزاع أن يتمسك بهذا العيب وإلا سقط حقه في التمسك به، وفي هذا نصت المادة 1016 ف 4 من ق إ م إ على أنه: " لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه أو شارك في تعيينه إلا لسبب علم به بعد التعيين."

الفرع الثاني

الشروط الإتفاقية في تعيين المحكم الداخلي

فضلا عن الشروط القانونية الواجبة التحقيق فيمن يتولى منصة التحكيم والتي فرضتها الأنظمة القانونية إلا أن هاته الأخيرة من جهة أخرى تمنح للخصوم أحقية فرض شروط يرونها مناسبة وتشمل في الأغلب مايلي :

أولاً- جنسية وجنس المحكم

اختلف الفقه الوضعي حول مدى جواز إختيار الأجنبي محكما في التحكيم الداخلي ، فقد ذهب جانب من الفقه إلى عدم إشتراط الأهلية السياسية في المحكم، ومن ثم يجوز أن يكون المحكم أجنبيا حتى ولو كان جاهلا لغة الأطراف، وذلك باعتبار أن التحكيم غير القضاء العام في الدولة الذي لا يجوز أن يتولاه الأجانب، والمحكم وإن كان يقوم

1 - أبو العلا النمر، دراسة تحليلية للمشكلات العملية والقانونية في مجال التحكيم التجاري الدولي، دار ابو المجد للطباعة الهرم ، القاهرة ، سنة 2004 ، ص 91

2 - مصعب محمد الطراونة، المرجع السابق ، ص 41 .

بوظيفة قضائية إلا أنه لا يمارس وظيفة عامة دائمة ، وبالتالي يكفي أن يتمتع بالأهلية المدنية، دون اشتراط الأهلية السياسية.

وذهب رأي آخر إلى إشتراط أن يكون المحكم متمتعاً بالحقوق السياسية، ومنه لا يمكن أن يكون المحكم أجنبياً، ويؤسس هذا الرأي من كون المحكم قائماً بقضاء والقضاء لا يجوز أن يتولاه الأجانب.

والمشرع الجزائري لم يتطرق لهذه المسألة بما يفيد أنه لم يجعل من الجنسية الوطنية شرطاً لتولي مهمة التحكيم لأنه لو أراد ذلك لكان قد أضاف التمتع بالحقوق السياسية إلى جانب الحقوق المدنية ولكنه لم يفعل ذلك¹.

ونعتقد بأن الترجيح بين محكم وطني ومحكم أجنبي يقوم على أسس موضوعية يأتي في مقدمتها نزاهة المحكم، وحياده بالإضافة إلى إلمامه بالنظام القانوني الجزائري، فضلاً عن ثقافته القانونية وإتقانه للغة الخصوم، وهذا بالرغم من أن البعض يرى أن لجنسية المحكم تأثير كبير على إستقلاله وعلى مواقفه، مما ينعكس بدوره على قراره بشأن النزاع. وذلك بالنظر لما تعبر عنه من الانتماء لنظام قانوني وسياسي واقتصادي قد يختلف كلية عن الخصوم، فاختلافها يكون مؤثراً بقدر إختلاف ثقافته القانونية والخلفيات التي ترسبت بداخله فهو لا يمكن أن ينفصل عن البيئة الثقافية له، وعلى الخصوم مراعاة أنه لا يمكن تجاهل الجذور الدينية والعرقية والسياسية للمحكم²

والواقع أن أطراف النزاع قد يطمئنون إلى الأجنبي أكثر ممن هو حامل لجنسيتهم، وهذا الرأي اخذت به محكمة النقض المصرية حين أجازت أن يتولى التحكيم الداخلي أشخاص غير مصريين³.

وبخصوص جنس المحكم فإن القوانين التحكيمية لم تشترط أن يكون المحكم أو المحكمين من جنس محدد، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري الذي لم يشر إلى عدم جواز

1 - محمود السيد التحيوي، المرجع السابق ، ص 153-154-155

- أنظر أيضاً أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق ، ص 154 .

2 - هدى محمد مجدي عبد الرحمان ، المرجع السابق، ص 97-98 .

3 - فتحي والي، المرجع السابق، ص 232 - 233

تولي المرأة مهمة التحكيم، بل ساوى بينها وبين الرجل من خلال إستعماله مصطلح الشخص الطبيعي في المادة 1014 منه دون تمييز، أما في التشريع المصري فنجد نص صراحة في المادة 16 فقرة 2 على عدم اشتراط أن يكون المحكم من جنس معين إلا إذا إتفق الأطراف على ذلك¹.

ويتجلى من هذا أن التشريعين لم يشترطا إبتداء لممارسة المحكم مهمته، أن يكون من جنس معين، فيجوز للأطراف تعيين رجل أو امرأة كمحكم متى توافرت في أي منهما الشروط الواجبة، فإن إتفقوا على عدم تولية الأمر للمرأة أو نص القانون على عدم جواز مثل هذا التعيين فعندئذ لا مناص من إحترام ذلك².

ثانيا : الخبرة والكفاءة

أول ما يعترض الأطراف من إشكال عند لجوئهم إلى التحكيم بينهم تحديد مواصفات المحكم، فهنا تظهر الخبرة كعامل أساسي ومهم، وعندما نتحدث عن الخبرة لا يقصد بها الخبرة في الجانب الفني والتقني فقط، بل أيضا في الجانب القانوني لإجراءات التحكيم . فمن الناحية الفنية يجب أن تتوفر في المحكم الخبرة العلمية والعملية والتدريبية، ومن الناحية القانونية من المهم جدا أن يكون المحكم ذا خبرة في الأنظمة والقوانين المعمول بها في مكان التحكيم، فليس من المعقول - لا سيما في النزاعات المهمة - أن يعين محكم صاحب خبرة في مجال القانون إلا أنه تعوزه الخبرة في ممارسة التحكيم ، والأمر كذلك بالنسبة للخبير التقني فمهما كانت قدراته ومهما كانت خبرته مرتبطة بمواضيع النزاع، إلا أنه ينبغي أن تكون لديه خبرة كافية في كيفية القيام بإجراءات التحكيم وإتمامها .

¹ - تنص المادة 16 ف2 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 على أن : " لا يشترط في المحكم ان يكون من جنس او جنسية معينة الا اذا اتفق اطراف التحكيم او نص القانون على خلاف ذلك " .

² - لزهري بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 167
وقد اشترط جمهور الفقهاء المسلمين فيمن يولى ولاية التحكيم الذكورة، ذلك ان التحكيم عندهم شأنه شأن القضاء الا أن المذهب الحنفي ذهب الى إجازة تحكيم المرأة ما عدا ما تعلق بالحدود والقصاص لان التحكيم عندهم مبني على الشهادة والمرأة لا تصلح شاهدة في قضايا الحدود والقصاص. أنظر ابن قدامة ، المرجع السابق ، ص 12 .

وخبرة المحكم هي مبعث الثقة في نفسه أولاً، وفي التحكيم ثانياً، ولذلك اشترطت بعض الأنظمة القانونية كالنظام السعودي للتحكيم أن يكون المحكم من ذوي الخبرة، حسن السيرة والسلوك، فضلاً عن حيازته شهادة جامعية في الشريعة أو القانون، كما اشترطت أن يكون مسلماً¹، و نجد مثلاً أيضاً النظام الإسباني والكلومبي يشترطان أن يكون المحكم محامياً إذا كان التحكيم بالقانون وليس بالصلح، ويذهب التشريع التايواني إلى أبعد من ذلك حين يشترط أن يتولى التحكيم ذوي مهنة معينة كالقضاة أو أصحاب المهن الحرة كالمحامين الموثقين، أما الأساتذة والمختصين في المهنة محل النزاع فيشترط فيهم أن يكون لهم خبرة 07 سنوات من عملهم على الأقل².

لكن رغم ذلك فإن أغلب الأنظمة الوطنية سكتت عن هذا الشرط وتركت الأمر لتقدير طرفي التحكيم، ومنها التشريع الجزائري الذي لم يشترط في المحكم خبرة أو مؤهلات معينة أو ضرورة التخصص في القانون، إلا أنه أوجب إحترام إرادة الخصوم تحت طائلة الرد في حالة ما إذا كان المحكم المختار لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها فيما بينهما وفق ما نصت عليه المادة 1016 فقرة 1 من ق إ م إ³.

ويشترط البعض أن يكون المحكم ملماً بالقراءة والكتابة لأن وظيفته تستلزم أن يحسن قراءة مستندات الخصوم وأوراقهم وفهمها، وعليه كتابة الحكم وتوقيعه وذكر أسبابه وأن يحسن الإطلاع على القوانين والأنظمة في هذا المجال وغير ذلك من الأمور التي تستدعي ذلك، وإذا لم تكن الأنظمة القانونية تنص صراحة على هذا الشرط فلائ ذلك بديهي من حيث وجوبية التحقق⁴.

¹ - المادة 14 من قانون التحكيم السعودي تنص على انه: "يشترط في المحكم ما يأتي
1- أن يكون كامل الأهلية 2- أن يكون حسن السيرة والسلوك 3- أن يكون حاصلاً على الأقل على شهادة جامعية في العلوم الشرعية أو النظامية، وإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم فيكتفي توافر هذا الشرط في رئيسها.

- بخصوص التشريع السعودي للتحكيم رقم 34 الصادر بتاريخ 16-4-2012، انظر الموقع الإلكتروني (اطلع عليه بتاريخ 2021-02-26) <https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails>

² - Tomace Clay , op.cit , p 445

³ - تنص المادة 1016 فقرة 1 من ق إ م إ على أن: "يجوز رد المحكم في الحالات التالية : 1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها من الأطراف ...".

⁴ - مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 613-614

في حين يرى البعض الآخر أنه لا مانع من ذلك بشرط ألا يكون وحده في محكمة التحكيم لأن القانون لا يفرض ذلك، ومن الجائز اتفاق الخصوم على تعيين محكم واحد يجهل القراءة والكتابة بشرط أن يعينوا شخصا آخر لكتابة الحكم والأوراق اللازمة لمباشرة العملية¹.

وما قيل أعلاه بخصوص عنصر الخبرة يقال أيضا بخصوص عنصر الكفاءة فالمحكم قاض خلال حسمه للنزاع ، لذلك يفترض فيه كفاءة وتخصص يتيحان له تكوين رأي عن المراكز القانونية للخصوم وكيفية إدارة العملية التحكيمية بمهارة خاصة، عندما يثير النزاع مسائل تتطلب درجة عالية من التخصص و الإحاطة بموضوع النزاع على الوجه المطلوب ضمانا للوصول إلى حكم عادل .

ويعتبر تطلع أطراف النزاع الى المحكم الذي يمتلك المؤهلات والكفاءة المتخصصة من الأسباب المهمة في تفضيلهم التحكيم على القضاء الوطني ، وعلى ذلك وجب على المحكم الداخلي أن يكون في مستوى تطلعات الأطراف مبدعا في عمله ، إذ يتحقق من مدى صحة الإدعاءات المتبادلة بالوقوف على حيثيات النزاع ثم إنزال حكم القانون عليها بوضع آليات الإثبات موضعها الصحيح، فيستجيب لما يثبت لديه ويرفض ما عداه، وهذه المسألة تستوجب أن يكون المحكم عالما بأحكام القانون لا سيما الموضوعية منها، ولا يكفي علمه بإجراءات التحكيم فقط، وهذا ما أكدته نائب رئيس مؤسسة المحكمين الأمريكيين روبرت كولسن بقوله : " إن منزلة العدالة الرفيعة في أي نظام للتحكيم ليست بأحسن أو أفضل من شخصية ومؤهلات الحاكم أو المحكم "² .

ولذلك يطالب جانب من الفقه في حال تعدد المحكمين أن يكون أحدهم على الأقل من رجال القانون، فتطبيق أحكام القانون وصياغة حكم التحكيم تعد من المسائل المتخصصة التي تتطلب مثل هذا التخصص، ولم تعد ثقة الخصوم فيه كافية، بل أصبح مشروطا فيه الكفاءة والتخصص والعلم بقواعد القانون وأصول ممارسة المهنة . فالمحكم

¹ - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 155 .

² - أسعد فاضل منديل، عقد التحكيم وإجراءاته، منشورات زين الحقوقية ، بيروت لبنان، سنة 2011، ص 119 .

الذي يمتلك الخبرة الفنية في الموضوع المتنازع عليه ويكون جاهلا بأحكام القانون وأصوله يكون حكمه معرضا للبطلان، ولذلك فإن اختيار ذوي الكفاءة القانونية هو الأجدر بالاتباع وإن كانت تكلف المحكّمين أتعابا أكثر، فالمهم هو صحة الحكم التحكيمي¹.

ولعل مثل هذه الاعتبارات هي النتيجة الحتمية في الحالة التي تأخذ فيها بعض التشريعات في مجال التحكيم الداخلي بالتحكيم بالقانون كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الجزائري الذي قضى في المادة 1023 من ق إ م إ بأن: "المحكّمون يفصلون وفقا لقواعد القانون" ولا يمكن إدراك أحكام القانون ما لم يكونوا ملمين به بكفاءة وتخصص.

ومن هنا يمكن أن نخلص أن المشرع اشترط في المحكم الداخلي أن يكون من ذوي الكفاءة العلمية في مجال القانون والتي تصقلها الخبرة المهنية في مجالاته كالمحاميين ذو الأقدمية والموثقين والمكلفين بالمنازعات في الهيئات والمؤسسات الخاصة والوطنية...الخ.

ثالثا: مسألة تعيين القاضي كمحكم

نص قانون السلطة القضائية في مصر رقم 46 لسنة 1982 في مادته 63 على أنه لا يجوز للقاضي أن يتولى التحكيم ولو بغير أجر، ولو كان النزاع غير مطروح على القضاء، إلا بموافقة المجلس الأعلى للقضاء، وهذا متى كان أحد اطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة لدخول الغاية، كما لا يجوز له بغير موافقة المجلس المذكور ندب القاضي ليكون محكما عن الحكومة أو إحدى الهيئات العامة متى كانت طرفا في نزاع يراد فضه عن طريق التحكيم وفي هذه الحالة يتولى هذا المجلس وحده تحديد المكافاة التي يستحقها القاضي².

وفي فرنسا درج العمل على إجازة تولي القضاة للتحكيم لانعدام نص قانوني يمنعهم من ذلك، وعلى الرغم من ذلك يذهب البعض تطبيقا لأحكام المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 94-314 المؤرخ في 20 افريل 1994 المعدل لاحكام المادة 37 من المرسوم التنفيذي 93-21 المتعلق بتنفيذ أحكام الامر رقم 58-1270 المؤرخ في 22-

1 - مهذ احمد الصانوري ، المرجع السابق ، ص 77.

2 - أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 385

12-1958 المتضمن القانون الأساسي للقضاء الفرنسي على ضرورة الحصول على تصريح من رئيس المجلس القضائي مع مراقبة غياب التعدي على حياد واستقلالية القضاء¹.

ويرى فليب فوشار (Philipe fouchard) أن جلوس القاضي للتحكيم جائز متى اختاره الأطراف، وفي هذا احترام لسلطان الإرادة، فضلا عن أن اعتياد القاضي القيام بنفس مهام المحكم يجعله يكون الأكثر تأهيلا وكفاءة لممارسة التحكيم وهو ما أيده أيضا توماس كلاي (Tomas Clay)².

كما يذهب رأي آخر أن المهنة لا تحرم صاحبها من أن يكون محكما حتى وإن كان قاضيا، غاية ما في الأمر أن يكون هذا التعيين تعيينا له بصفته الشخصية لا بصفته قاضيا³.

ويذهب أحمد سلامة عبد الكريم إلى التأكيد على أنه من الواجب الحد من قبول القضاة كمحكمين، وذلك لعدة اعتبارات منها أن القاضي يجب أن يتفرغ لوظيفته الأساسية التي يتقاضى أجرا من الدولة عليها، وحتى لا يكون مثقلا بتبعات تؤثر على حسن أدائه العدالة لدى قضاء الدولة، ومنها النأي بهم عن أية شبهة خصوصا إذا كانت القضية مطروحة على التحكيم قد سبق أن عرضت على محاكم الدولة ومنها الحفاظ على هيبة القضاة، إذ كيف يقبل القاضي أن يعمل محكما ويصدر حكما قد يتعرض للبطلان، أو عدم الإعراف به من قبل المحاكم الوطنية خصوصا إذا كان مستشارا بإحدى المحاكم العليا، ثم يلغى الحكم من قبل محكمة أعضاؤها أقل درجة في السلم القضائي من المحكم القاضي الذي أصدر الحكم⁴.

ويؤيد البعض هذا الرأي حتى وإن كان القانون لا يمنع من تولي القاضي مهمة التحكيم، إذ ليس من الملائم أن يقبض القاضي أتعابا من المحامين نيابة عن موكلهم ثم

¹ - Belletp ,le juge-arbitre ;revue de l'arbitrage ,1980 ,p 394 .,Tomas Clay ,op ;cit ,p 409

² - ibid ,p 414-419

³ - Jean Robert ; L'arbitrage en droit Interne et droit International Privé ; 6^{éd} Dalloz 1993; p : 231.

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 385-386

ينظرويفصل بدعاوى تعود لهؤلاء المحامين بالأصالة أو بالوكالة، أو يضطر مجددا لعرض تنحيه عن النظر بهذه الدعوى، ومن جهة أخرى اعتبر البعض أن مسألة جواز تولي القاضي للتحكيم يجب لمرة أخيرة أن تكون خارج نطاق أي نقاش أو بحث فالمسألة واضحة لا بل جلية الوضوح لا تحتاج الى تفسير أو تأويل في ضوء غياب نص قانوني صريح لا يجيز للقاضي تولي التحكيم، والذين يرون بعدم الجواز فإن ذلك يرجع بكل بساطة إلى صعوبة تقبل الفكرة¹.

وفي الحالة الجزائية فإنه وبالرجوع الى القانون الأساسي القضاء²، لا يوجد نص صريح بخصوص هذه المسألة سواء كان يجيز أو لا يجيز للقاضي تولي التحكيم، لكن الملاحظ أنه لا يجيز من جهة أخرى للقاضي ممارسة أي وظيفة عمومية أو خاصة تدر عليه ربحا ما عدا ما تعلق بالتدريس³ وبترخيص من وزير العدل، ولما كان التحكيم يعد ممارسة لنشاط مدر للربح نظير الأتعاب المتحصل عليها من هذا النشاط، فإننا نعتقد بعدم جواز تولي القاضي التحكيم بالأصل لقيام هذا المانع القانوني، فهذا النص يدخل في طياته أي نشاط خارج مجال عمله كقاضي، والاستثناء الوحيد هو ممارسة نشاط التدريس بعد الحصول على رخصة من وزير العدل، وطالما التحكيم لم يشمل الاستثناء فهو محظور عليه.

¹ - منح ميري، هل يجوز للقاضي أن يكون محكما، الملتقى القضائي التحكيمي ببلبنان، المركز اللبناني للتحكيم – غرفة التجارة والصناعة في بيروت، مطبعة صادر، سنة 2005، ص 18 وما بعدها. وتعليق مروان كوكبي على ما ورد بها، انظر في نفس المرجع، ص 22 وما بعدها.

² - القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق لـ 06 سبتمبر 2004 يتضمن القانون الاساسي للقضاء (الجريدة الرسمية رقم 57 لسنة 2004).

³ - تنص المادة 17 من القانون العضوي اعلاه على ان: " يمنع على القاضي ممارسة أية وظيفة أخرى عمومية كانت أم خاصة تدر ربحا، غير أنه باستطاعته ممارسة التعليم والتكوين طبقا للتنظيم المعمول به بترخيص من وزير العدل.

يمكن القاضي ودون الحصول على إذن مسبق، القيام بأعمال علمية أو أدبية أو فنية لا تتنافى مع صفة القاضي. غير أنه لا يمكن الإشارة إلى صفة القاضي إلا بإذن من وزير العدل، بعد الاستشارة المسبقة للمجلس الأعلى للقضاء".

المبحث الثاني

قبول المحكم للقيام بالمهمة التحكيمية وانعقاد عقد المحكم

يقتضي إنهاء تشكيل محكمة التحكيم وفقا للقانون أن يقبل المحكم القيام بالمهمة الموكلة اليه من أطراف النزاع، ويقبوله ينشأ عقد المحكم كرابطة قانونية بينه وبين أطراف النزاع تعد هي الأساس في تأهيله لمباشرة الوظيفة القضائية وما يترتب عنها من استعماله لسلطات وخضوعه للالتزامات واستفادته من حقوق وتعرضه لمسؤوليات. ونظير أهمية هذا العقد وخصوصيته في تحديد المركز القانوني للمحكم الداخلي سنفصل في هذا العقد بغرض بيان كل ما يتعلق به بعد تحديد معنى القبول المنشأ لهذا العقد

المطلب الأول

القبول بالمهمة التحكيمية لاكتمال تشكيل محكمة التحكيم وكيفية إثباته

ينبغي لانعقاد المحكمة التحكيمية قبول المحكم وموافقته على القيام بالمهمة، وإثبات هذا القبول يكون وفقا لأوضاع وقواعد معينة.

الفرع الأول

مفهوم القبول بالمهمة التحكيمية

إذا كان عنصر التعيين للمحكمين موكول للإرادة المشتركة للأطراف، فإن قبول المحكم للمهمة المسندة إليه يبقى متوقفا على إرادته. ويرى أبو العلا علي أبو العلا النمر أنه إذا تحدد في اتفاق التحكيم أشخاص المحكمين أو تم ذلك في اتفاق لاحق فإن هذا يعد مجرد ترشيح لهؤلاء المحكمين وليس تعيينا لهم، حيث أن تعيينهم يقتضي قبول هؤلاء صراحة القيام بهذه المهمة¹.

ومسألة الموافقة على القيام بالمهمة التحكيمية تبقى مسألة ضرورية لتأكيد نتيجة أساسية، وهي أن المحكم قاضي خاص واختصاصه وسلطاته ليسا دائمين، وإنما مرتبطين

¹ - أبو العلا علي أبو العلا النمر، تكوين هيئات التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2000، ص 47

بتراضيين اثنين، التراضي بين أطراف النزاع على تعيينه محكما، وتراضيه مع أطراف النزاع على ذلك¹. وقد نص المشرع على هذا الشرط ضمن أقسام الاحكام المشتركة بين التحكيم الداخلي والدولي في المادة 1015 فقرة 1 حيث جاء فيها: "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم".

ومن ثم فإن هذا القبول من جانب المحكم يتطلب أن يكون ثمة علاقة تعاقدية أخرى تخضع لقانون الإرادة، وتختلف تماما عن إتفاق التحكيم وتستقل عنه²، فلا يمكن إجبار المحكم على القيام بالمهمة المسندة إليه حتى ولو كان تعيينه من قبل المحكمة المختصة، فالمحكم له الخيار في قبولها أو عدم قبولها³.

وإذا كانت القوانين غير مجمعة على شكل هذا القبول أو هذه الموافقة فإنه إن لم تكن مكتوبة فيجب أن تعبر عن نفسها بشكل واضح وأكيد لا مجال فيه لأي شك أو التباس، فالقبول يجب أن يكون نهائيا وقاطعا غير معلق على شرط، أو متضمنا حق المحكم في العدول عنه⁴.

فالمحكم لا يمكن إجباره على القيام بالمهمة المسندة إليه، وإنما له الخيار في قبولها أو رفضها، حتى ولو كان مختارا من طرف المحكمة ذاتها⁵ فالشخص لا يجبر على قبول تعيينه مُحكماً. إذ من حقه أن يرفض هذا التعيين بعد تبليغه له، ولا مسؤولية عليه في ذلك، خاصة إذا لم يتم أخذ رأيه مسبقاً بترشيحه، بل من حقه أن لا يجيب على الكتاب أو القرار المتضمن تعيينه لا سلباً ولا إيجاباً، ويعتبر رافضاً لهذا التعيين، مادام أنه لم يقبله كتابة بأي وجه من أوجهها.

¹ - عبد الحميد الاحدب، المرجع السابق، ص 314

² - عبد المجيد منير، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، القاهرة، منشأة المعارف، سنة 1997، ص 134

³ - إبراهيم رضوان الجعير، بطلان حكم المحكم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2009، ص 207.
- Jean Robert, Arbitrage civil et commercial, droit interne droit international privé, 5^{em} éd, Dalloz, 1993, page 113-114. Thomas CLAY, l'Arbitrage dans Le Nouveau Droit Algérien, Congrès de la Cour Suprême d'Algérie, Alger, 16 Mars 2009, p 9.

⁴ - فتحي والي، المرجع السابق، ص 226

⁵ - بلعابد سامي، المرجع السابق، ص 120.

و ما يمكن ملاحظته بهذا الشأن أنه لا يترتب على رفض المحكم لمهمته بطلان إتفاق التحكيم المبرم بين الخصوم أو انتهائه ، وإنما - كما يرى جانب من الشراح - أن اتفاق التحكيم الذي اختار فيه الطرفان، المحكم يكون معلقا على شرط واقف، وهو قبول المحكم لمهمة التحكيم، فإذا رفضها اعتبر الإتفاق منتهيا وكأن لم يكن لتخلف الشرط الواقف، في حين يرى البعض الآخر بأن آثاره تعلق إلى حين إتمام القبول من محكم آخر يتفق عليه الأطراف¹.

ويذهب البعض الآخر إلى أنه لا يعد باطلا إلا اتفاق التحكيم الذي كان المحكم معيناً فيه باسمه أو بصفته ومرد ذلك أنه قبل نشوء النزاع لم تكن شخصيته بذات الاعتبار الذي أعطي لشخصية المحكم الذي عينه الخصوم بعد نشوء النزاع أي الذي تم تعيينه في عقد التحكيم².

ونلاحظ أن المشرع في المادة 1012 من ق إ م إ قد ساير الموقف الثاني عندما نص أنه في حالة رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة اليه، يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة³. فهنا نتساءل إن كان اللجوء إلى القضاء لأجل تعيين محكم آخر وجوبي أم إختياري أي هل في حالة اتفاق الأطراف على استبدال المحكم الذي رفض التعيين بمحكم آخر يغني عن اللجوء الى القضاء ؟ نعتقد أن اللجوء إلى القضاء لأجل القيام بفعل الإستبدال للمحكم الراض القيام بالمهمة يكون في حال عدم الإتفاق بين الأطراف على اسم المحكم الجديد، وهو ما فيه احترام لمبدأ سلطان الإرادة ويتمشى مع الأحكام المنصوص عليها بالمواد 1024 ، 1009 من نفس القانون.

1 - مصطفى محمد الجمال ، عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، صفحة 594 .
2 - أحمد خليل ، قواعد التحكيم - دراسة معمقة في طرق الطعن في القرار التحكيمي الصادر في تحكيم داخلي - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت لبنان ، سنة 2003 ، صفحة 62 .
3 - تنص المادة 1012 من ق إ م إ على أنه : " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا يجب ان يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع واسماء المحكمين، او كيفية تعيينهم . اذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة اليه ، يستبدل بغيره بأمر من رئيس المحكمة المختصة " .

والمحكم الداخلي لا يعد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة إذا امتنع عن القيام بعمله بعد سبق قبوله وموافقته القيام بها، لأن هذه الجريمة تخص القاضي ويخضع لها بنص قانون العقوبات وهي بالنسبة له تعد خطأ جسيما موجب للعزل¹، في حين أن المحكم لا يخضع لها وإنما يلزم بالتعويض إن لم يكن له عذر مقبول يبرر امتناعه عن ذلك وهو ما سنفصل فيه عند بحث مسؤولية المحكم.

وإذا كانت مسألة القبول لا تطرح متى كان المحكم فرد فإنه في حالة التعدد الأمر فيه نقاش، إذ عند تعدد المحكمين فإننا نكون أمام تعدد لإرادات، و هذه الإرادات في الغالب لا يمكن أن يعبر عنها في وقت واحد، والإشكال المترتب عن ذلك يكمن في حالة التزام أحد المحكمين القيام بالمهمة في إطار محكمة تحكيمية لم تتشكل بعد، أي ما زال في انتظار قبول باقي المحكمين، الأمر الذي لا يمكن معه الاعتماد على إرادته لوحده، فهنا يكون تشكيل المحكمة التحكيمية نهائيا واقفا على شرط، وهو قيام الخصوم باتمام تحصيل القبول من باقي المحكمين لأجل مباشرة المهمة²، أي لا يكون عقد المحكم الأول ناجزا متى لم يتم استكمال باقي العقود لارتباطهم ببعضهم البعض فمجموع هذه العقود في حال تعدد المحكمين هو المؤدي الى تشكيل الهيئة التحكيمية .

ومن جهة أخرى فإنه من الممكن أن يقوم المحكم المختار برفض الجلوس بجانب محكم تم اختياره من بعده، وقبل التشكيل النهائي للمحكمة أي أن قبول المحكم في هذه

¹ - بالرجوع الى القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 06-09-2004 المتضمن القانون الاساسي للقضاء نجد من بين الاخطاء التي تعد جسيمة وتؤدي الى العزل بالنسبة للقاضي هو انكار العدالة حيث تنص المادة 62 بهذا الصدد على ان : "تعتبر اخطاء تاديبية جسيمة لا سيما منها : ...

- انكار العدالة

- الامتناع العمدي عن التنحي في الحالات المنصوص عليها قانونا ."

وتنص المادة 63 ف1 من نفس القانون على أن : "يتعرض القاضي الذي ارتكب خطأ جسيما الى عقوبة العزل ."
- وتنص المادة 136 من قانون العقوبات الجزائي على ان : "يجوز محاكمة كل قاض او موظف اداري يمتنع باي حجة كانت عن الفصل فيما يجب عليه ان يقضي فيه بين الاطراف بعد ان يكون قد طلب اليه ذلك وبصر على امتناعه بعد التنبيه عليه من رؤسائه ويعاقب بغرامة من 20000 دج الى 100000 دج وبالحرمان من ممارسة الوظائف العمومية من خمس سنوات الى عشرين سنة ."

² - Tomas Clay ,op. cit., p 513-514

الحالة وكيف على أنه قبول مبدئي قبل القبول النهائي الذي لا يصدره إلا بعد معرفة أسماء باقي المحكمين المكونين معه لهيئة التحكيم¹

ولا يجب الخلط بين القبول مبدئيا القيام بالمهمة وبين القبول النهائي، فأحيانا ما يطلب المحكم من أطراف النزاع منحه مهلة للتفكير في قبول المهمة أو رفضها ، وهي مهلة يراجع فيها المحكم موقفه، سواء فيما يتعلق بالجوانب الموضوعية للمهمة ،أو بالجوانب الشخصية التي ترجع إلى علاقته بالخصوم، ويعتبر هذا الطلب قبولا مبدئيا للتحكيم لا يترتب آثار القبول النهائي الذي يلزم المحكم بالتحكيم² .

وإذا كان القبول في التحكيم الحر يكون بالشكل أعلاه فكيف الأمر بالنسبة للتحكيم المؤسسي؟

من المعروف أن أنظمة مراكز التحكيم تعد بمثابة دعوة دائمة وثابتة لأجل التعاقد فهي ايجاب مفتوح للجميع ومن دون مهلة زمنية معينة، وفي العادة فإن التزام المركز التحكيمي بتنظيم التحكيم بعد تقديم طلب التحكيم المحرر من الخصوم لا يكون نافذا ونهائيا في مواجهته متى كان هذا النظام يحتفظ بالحق للمركز لأجل رفض أو قبول تنظيم التحكيم بعد تقديم الطلب ومنه التعاقد مع الخصوم ،فمثل هذا الايجاب لا يعد إيجابا وإنما دعوة بسيطة للتعاقد .

وبهذا الصدد يمكن الاستشهاد بقواعد التحكيم على مستوى مركز المصالحة والوساطة والتحكيم للغرفة التجارية والصناعية الجزائرية³، أين حدد نظامها في المادة 13 منه الشروط المطلوبة في المحكمين وكيفية التعبير عن إرادتهم في القبول بالمهمة إذ تنص على أن : " يتوجب أن يكون المحكم مؤهلا للقيام بمهامه ومستقلا وغير منحازا، وجاهزا، كما يجب ألا تكون له أية علاقة مباشرة أو غير مباشرة بالأطراف . لهذا الغرض، يُوقع المحكمون المعينون على تصريح بالقبول يكون مطابقا للنموذج المحدد من قبل المركز المرفق بهذه القواعد".

1 - فتحي والي، المرجع السابق ، ص 226 .

2 - المرجع نفسه ، ص 223

3 - أنظر نظام التحكيم لمركز المصالحة والوساطة والتحكيم بالغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ، المرجع السابق .

الفرع الثاني

إثبات قبول المحكم الداخلي بالمهمة

أكد المشرع المصري في نص المادة 16 فقرة 3 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 أن قبول المحكم القيام بمهمته يجب أن يكون كتابيا، في حين أن التشريع الفرنسي لم يتطرق إلى ذلك واكتفى بالنص في المادة 1456 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل والمتمم¹ على أن : " المحكمة التحكيمية تعد مشكلة متى قبل المحكم أو المحكمين بالمهمة المسندة إليه" وهذا من دون أن يبين طريقة التعبير .

أما المشرع الجزائري فقد أخذ بما جاء في التشريع الفرنسي ونحا نحوه بهذا الخصوص ونص على شرط القبول صراحة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ضمن قسم الأحكام المشتركة بين التحكيم الداخلي والدولي في المادة 1015 فقرة 1 حيث نصت على أنه : " لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم". إلا أنه لم يبين طريقة القبول، كما فعل التشريع المصري الذي اشترط الكتابة .

و في ظل غياب النص فإنه يمكن القول أن القبول يمكن إثباته بكافة وسائل الإثبات المنصوص عليها قانونا في قواعد القانون المدني المتعلقة بطرق التعبير عن القبول في مجال العقود، ومنه يمكن الاعتماد على الإقرار أو القرائن أو اليمين الحاسمة ، وهذا القبول قد يكون صريحا أو ضمنيا كقيام المحكم بمباشرة أعمال تدخل في نطاق التحكيم.

لكن هناك من يرى أن الكتابة في إظهار القبول بالمهمة أمر مطلوب لتعلق المسألة بانعقاد الهيئة التحكيمية وتشكلها، على أنها في هذا المقام هي مجرد وسيلة لإثبات القبول، و ليست شرطا لصحة التحكيم أو صحة إجراءاته، القصد منها هو تفادي كل نزاع قد ينشأ في المستقبل بصدد حصول القبول أو عدم حصوله².

1 - انظر قانون الإجراءات المدنية الفرنسية المعدل والمتمم ، المرجع السابق .

2 - منير يوسف المناصير، التزامات وسلطات المحكم في الاثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة - الدار العملية للنشر والتوزيع، الاردن، 2016، ص 101 .

ولقد أثبت الواقع أن العملية تتم بين الخصوم والمحكم أو المحكمين عن طريق تبادل خطي مكتوب يُظهر إرادتهم المشتركة في الإلتزام ببدء الخصومة التحكيمية، ومن مثال ذلك محاضر تشكيل المحكمة، محاضر فتح الإجراءات أو عديد الرسائل التي تتم بينهم في هذا الإطار، أي أن معاينة القبول - ومنه وجود عقد المحكم - لا يعني وجود آلية محددة تثبت ذلك وإنما مجرد أي وسيلة مكتوبة يعتمد عليها للإثبات¹.

ومن الجائز أن تثبت الكتابة في صلب اتفاق التحكيم أو على ذيله أو أن تتم في صورة خطاب يرسله المحكم إلى الأطراف أو شروعه في القيام بالمهمة أو القيام بها بالفعل بما يقطع في الدلالة على قبوله لها ، أو دعوة المحكم الأطراف إلى الحضور أمامه في تاريخ معين لإجراء الجلسة التمهيدية، كما لا يشترط توافر وسيلة معينة يرد بها فقد تكون بخط اليد أو بالآلة الكاتبة أو بالكمبيوتر كما يمكن أن يكون مرسلا بالإنترنت أو الفاكس والتلكس أو البريد الإلكتروني وقد تكون في ورقة عرفية أو رسمية .

المطلب الثاني

قيام عقد المحكم كأثر للقبول بالمهمة من المحكم

يترتب على قبول المحكم لمهمته التحكيمية خلق إلتزامات متبادلة بين المحكم وأطراف النزاع، يكون في صورة عقد بينهم، فيلتزم المحكم بالتحكيم ويلتزم الطرف المتنازع بدفع الأتعاب.

وبالرغم من ارتباط كل من الخصوم والمحكم بعلاقة تعاقدية قوامها العقد المبرم بينهم، إلا أن هذا العقد والذي يعد الأساس والأرضية في بناء المركز القانوني للمحكم لم يحظ بالدراسة والتمحيص اللازمين لا سيما في إطار التحكيم الداخلي، ولعل ذلك راجع إلى عدم وجود تنظيم قانوني له.

وبالنظر إلى الحاجة الملحة لإخراجه إلى الضوء باعتباره العقد الاساس الذي تتحدد من خلاله حقوق والتزامات المحكم ومن خلاله يظهر مركزه القانوني فإنه يستوجب

¹ - Tomas Clay ,op. cit., 520

- انظر ايضا عبد الحميد الاحدب ، المرجع السابق ، ص 315 .

التعريف به وبكل الأحكام المتعلقة به، على أننا نترك دراسة الآثار المترتبة عنه بخصوص الحقوق والالتزامات المرتبطة بالمحكم على وجه الخصوص في الفصل الموالي.

الفرع الأول

تعريف عقد المحكم وخصائصه

عرف عقد المحكم تسميات مختلفة اختلاف نظرة الفقه اليه، وبالنظر الى خصوصية مهمة المحكم فقد تميز هذا العقد بخصائص معينة تختلف عن باقي العقود.

أولاً : تعريف عقد المحكم

1- بخصوص التسمية

ليس لعقد المحكم اسم محدد وإنما له عدة تسميات سواء في الفقه أو لدى الإجتihad القضائي. ففي الفقه يرى البعض أنه بالرجوع إلى التاريخ وبالضبط إلى القانون الروماني فإن أول تسمية لهذا العقد هي " تعهد المحكم " (receptum arbitrii) أين وضع تشريع جيتسنيان لهذا العقد فصل كامل يعكس أهميته، و أشار هؤلاء أن مصطلح receptum لا يعني مصطلح (recevoir) أي استقبال أو تلقي بالمعنى الحرفي، وإنما يأخذ معنى التزام (engagement) أي إلتزام المحكم بمهمة الفصل في النزاع التي ألقاها على عاتقه الخصوم ووضعوا ثقتهم فيه للتكفل بها¹، ومنه اقترحوا الأخذ بهذه التسمية الرومانية .

في حين ذهب البعض الآخر سنة 1955 إلى اقتراح تسمية أخرى تتمثل في "عقد التأهيل" (contrat d'investiture) وتعني تأهيل المحكم وإعطاءه السلطة من طرف الخصوم لأجل الفصل في النزاع الحاصل بينهم، وهذه التسمية دخلت في الفقه الفرنسي سنة 1983² ، ليتبناها بعد ذلك فريق من الفقه المقارن سواء بهذا التحديد أو بتسمية أكثر

¹- Raymond Monier, Petit Vocabulaire de Droit Romain, Domat Montchrestien, coll. Lucerna Juris, 3^e éd, 1942, V^o Receptum Arbitrii.

² -Mathieu de Boissésou, le droit français de l'arbitrage, étude de l'arbitrage interne et international. GLN Joly, 1990, spéc. N^o 211 .

دقة كتسمية عقد التأهيل التحكيمي¹ (contrat d'investiture arbitrale) أو عقد تأهيل المحكم (contrat d'investiture de l'arbitre)²، و أفضلية هذه التسميات الأخيرة هو تركيزها على آثار هذا العقد الذي يمنح تأهيلا لشخص عادي لممارسة سلطة قضائية³

وفي الوقت الراهن تذهب الأغلبية إلى الأخذ بتسمية عقد التحكيم (contrat d'arbitrage) وهي التسمية التي ظهرت في مقال للفقيه ديتشاف (Ditchev) حول العقد بين المحكم والخصوم⁴ لينتشر استعمالها بين الفقه اللاتيني الفرنسي و السويسري على الخصوص .

وفي الآونة الأخيرة ظهرت تسمية عقد المحكم (contrat d'arbitre) بداية في مرجع سويسري تحت عنوان قانون التحكيم الداخلي والدولي في سويسرا⁵، وكذلك في دراسة حول المركز القانوني للمحكم للفقيه فليب فوشار (Philipe Fouchard)⁶، كما استخدمها ودافع عنها الفقيه توماس كلاي في أطروحته المعنونة بالمحكم (l'arbitre). وذهب الأخير بهذا الخصوص بعد نقده للتسميات السابقة إلى القول أن التسميات أعلاه لا تفي بالمطلوب لأجل تحقيق الإستقلالية النظرية للعقد ما بين المحكم والخصوم، وأن التسمية التي تفي بذلك هي عقد المحكم (contrat d'arbitre)، إذ أن لها ثلاث امتيازات الأولى أنها واضحة والثانية أنها تبرز أي من الأطراف (المحكم أو الخصوم) من يتحمل الالتزامات المهمة في العقد وهو المحكم، فهي تحدد دوره وليس تركز التحكيم كطريق لحل النزاع وبالتالي تميزه عن اتفاقية التحكيم التي تبرم ما بين الخصوم ،

¹ - Oppetit Bruno, la théorie de l'arbitrage, PUF, coll. droit, éthique, société, 1998, p 22

² - Emmanuale Putman, Contentieux économique, PUF, coll. Thémis-droit privé, 1998, spéc. N° 593

³ - Tomas Clay , op ; cit , p 491.

⁴ - Alexandre Ditchev op. cit, p 395 .

⁵ - Piére Lalive, **Jean-François Poudret** et Claude Reymond: Le droit de l'arbitrage interne et internationale en suisse. Payot, Lausanne, 1989. spec. p.332-333

⁶ - Ph. Fouchard, « Rapport final sur le Statut de l'Arbitre de la Commission de l'arbitrage international de la CCI », Bulletin de la Cour, Mai 1996

كما أن تسليط الضوء وتوجيه الاهتمام حول مصطلح المحكم يتطابق والتطور الحالي الذي يضع المتعاقدين في قلب أي تعريف للعقد، والثالثة أنها تسمية يسهل ترجمتها في الأنظمة القانونية المختلفة كون مصطلحي العقد والمحكم يوجدان ومعروفان لدى الكل فضلا عن أنها يمكن أن تكون تسمية أصيلة¹

ونعتقد أنه لذات الأسباب يحبذ الأخذ بهذه التسمية .

أما في الاجتهاد القضائي والاجتهاد الفرنسي على الخصوص فقد أخذ في البداية بتسمية عقد التحكيم (contrat d'arbitrage) وفي بداية سنوات التسعينات أخذ بتسمية عقد التأهيل (contrat d'investiture) إلا أنه تراجع بعده عنها ولاسيما محكمة استئناف باريس وتم الأخذ بالتسمية الأولى². ولعل الدراسات اللاحقة بشأن المحكم وعلاقته بأطراف النزاع لا سيما دراستي فليب فوشار وتوماس كلاي أعلاه كان لهما الأثر في تبني الاجتهاد القضائي الفرنسي في قرارات لاحقة له مصطلح (عقد المحكم) سنتي 2008 و 2010 قبل ان يتبنى هذا المصطلح المرسوم رقم 2011-48 المؤرخ في 13-01-2011 المتعلق بالاصلاحات على قانون التحكيم³ .

وبالرجوع الى الفقه العربي - بما فيها شراح القانون بالجزائر- لم نجد مناقشات بخصوص التسمية، ففتحي والي عند تطرقه الى تكييف العلاقة ما بين المحكم والأطراف أورد أن هناك من الفقه من ينكر وجود عقد بينهما، وإنما الأمر يتعلق بنظام قانوني ينطوي على حقوق للمحكم والتزامات عليه مصدرها القانون، أي أنه لا وجود لعقد حتى

¹ - Tomas Clay ,op ;cit ,page 493-494-495-496-497. «... contrat d'arbitre comporte au moins trois avantages , dans chacun serait suffisant. Dabord, elle présente l'intérêt d'être parfaitement intelligible...est de metre l'accent sur celle des parties qui fournit l'obligation essentielle,c'est-à-dire l'arbitre ...en outre la mise en exergue du terme (arbitre) est en conformité avec l'évolution actuelle qui replace les contractants au cœur de la définition des contrats...c'est une dénomination qui est facilement traduisible dant d'autres systèmes juridiques et d'autres langues ...pour les raisons qui ont été développées ,celui qui remplit le mieux cette mission est,selon nous, le (contrat d'arbitre) ... »

² - Tomas Clay ,op ;cit ,p 491-492-493.

³-Akentour Anissa, le contrat d'arbitre en droit international, Mémoire Master 2 Droit des contrats, Université Paris-sud Faculté de Droit Jean-Monnet, 2014 .P 07. voir le lien elct :
- http://memoire.jm.u-psud.fr/affiche_memoire.php?fich=3971&diff=public

نسميه، في حين يرى الرأي الغالب بحسبه أن هناك عقد بين المحكم والأطراف يمكن تسميته تمييزاً له عن اتفاق التحكيم بعقد المحكم¹.

كما ذكر عبد الحميد الأحذب أن القوانين التحكيمية لا تركز صراحة وجود عقد ثان بين المحكم وأطراف النزاع إلى جانب اتفاق التحكيم المبرم بين أطراف النزاع، لأنها ستصبح إذ ذاك ملزمة بوصف هذا العقد الثاني لو اعترفت به، وملزمة أيضاً بتنظيم أحكامه وشروطه وآثاره، الأمر الذي يضيف تعقيداً إلى العملية التحكيمية، ولكن من ناحية الواقع أصبح هذا العقد أمراً واقعاً قانونياً ويسمى بعقد المحكم الذي ينشأ حقوقاً وواجبات متبادلة بين المحكم وأطراف النزاع²

ونعتقد أنه بالنظر إلى التمايز بين الارتباطات والالتزامات التي ينشأها التحكيم ما بين الأطراف أنفسهم، وبين الأطراف والمحكم، والمحكم ومركز التحكيم، والأطراف ومركز التحكيم، فإنه يكون من الأسلم لوضع القالب والتكييف القانوني الصحيح في إطار تحديد المسؤوليات أن يتم فرز هذه العلاقات، وعلى ذلك فإنه من الأجدر أن تتفرد العلاقة التي تربط المحكم بأطراف التحكيم بعقد ينفرد ويتميز في التسمية عن باقي العقود الأخرى وليس هناك من تسمية تحقق المطلوب كتسمية هذا العقد بـ (عقد المحكم) .

2 - بخصوص التعريف

يعرف بعض الفقه عقد المحكم بأنه: " العقد الذي بمقتضاه يلزم شخص ويسمى المحكم بإصدار الحكم خلال مهلة معينة في المنازعات المعروضة عليه من الخصوم مقابل مبلغ من المال يؤديه الخصوم له "³.

كما عرف بأنه : " العقد الذي يربط المحكم بالخصوم، وموضوع التزام المحكم فيه هو تحقيق نتيجة وليس بذل عناية، وتحقيق النتيجة يكون بإصدار حكم تحكيمي يفصل في النزاع ."⁴ أو أنه : " الاتفاق ما بين المحكم والمحتكم على أن يقوم الأول بعمل قضائي

1 - فتحي والي، المرجع السابق، ص 277 .

2 - عبد الحميد الأحذب، المرجع السابق، ص 368-369 .

3 - أحمد عبد الرحمن الملحم، عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكم والخصوم مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد 2 ، سنة 1992 ، ص 192

4 - عبد الحميد الأحذب، المرجع نفسه، ص 314 .

يتمثل في دراسة وقائع ومستندات نزاع معين يحسمه بحكم ملزم لقاء أجر غالبا يدفعه الثاني¹

فالعقد الذي نحن بصددده هو عقد غير مسمى مختلط الطبيعة فهو اتفاقي في أصله إجرائي قضائي بموضوعه وهو قيام المحكم بحسم النزاع، وبمقتضاه يستقبل المحكم التحكيم أي يقبل أداء مهمته، وينشأ عن ذلك عدة التزامات متبادلة².

وعقد المحكم يربط بين أطراف النزاع (الخصوم) من جهة والمحكم الذي سيفصل في النزاع من جهة أخرى، فالخصوم ينخرطون في جانب واحد من العقد في اللحظة التي يبرم فيها هذا العقد وهو ما يجعل له خصوصية غير تلك التي في العقود الأخرى³. و في حالة تعدد المحكمين فإن هناك عدة عقود للمحكم لا تقل عن عدد المحكمين، ولا يمكن للخصوم جمعهم مع بعضهم في نفس الوقت وجعلهم في كفة طرف متعاقد واحد، وإنما يمكنهم هم ذلك، وهذا بالنظر الى كون هؤلاء لهم مهمة شخصية خالصة وكل واحد منهم محل اعتبار⁴.

ومن خلال هذا التعريف يمكن استخلاص خصائص هذا العقد والتي تمكنا من تحديد الأحكام والمبادئ العامة التي تحكم علاقة المحكم بأطراف النزاع .

ثانيا : خصائص عقد المحكم

يتميز عقد المحكم بأنه عقد غير مسمى وأنه رضائي، ملزم لجانبيين، مستمر، ويقوم على مبدأ الثقة وحسن النية.

1 - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 394 .

2 - المرجع نفسه، ص 394-395

3 - Alexandre Ditché, le contrat d'arbitrage , op. cit, p 502.

4 - وبحسب توماس كلاي فإنه يمكن التحقق من ذلك بالرجوع إلى نص المادة 1452 فقرة 2 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي التي بينت أن أسباب رد المحكم ترجع إلى شخصه بذاته وليس إلى المحكمة التحكيمية ، بل أنه وأثناء تنفيذ العقد تظهر إستقلالية كل عقد محكم على حدى بجميع أبعاده ، اذ يكون مسؤولا شخصيا عن تنفيذ التزامه ولا مسؤولية على المحكمة التحكيمية إذا لم تكن هي كذلك مخطئة .

وبنفس الطريقة إذ اعتقدنا أن جميع المحكمين قد التزموا بموجب نفس العقد فإن رد أو عزل أو تنحية أحدهم يؤدي إلى انتهاء العقد إلا إذا تم الاتفاق بخلاف ذلك، وهذا ما لا يمكن قبوله كون كل محكم تعاقد باسمه الشخصي وتحت مسؤوليته

- أنظر : Tomas Clay ,op ;cit ,page 498

1 - عقد غير مسمى

تقسم العقود إلى عقود مسماة وأخرى غير مسماة، فأما المسماة فهي ما خصصه القانون باسم معين وتولى تنظيمها لشيوعها بين الناس في تعاملهم، وأما غير المسماة فهي التي لم يتولى المشرع تنظيمها ولم يخصصها باسم معين بل ترك أمر تكوينها والآثار التي تترتب عليها إلى القواعد العامة في نظرية الالتزام التي تعنى بجميع التصرفات¹ ليعمل كل من الفقه والقضاء على تكييفها وفق هذه القواعد بما يتفق والاعراض المشروعة التي يسعى إليها المتعاقدون.

وبالرجوع إلى العقود المسماة في القانون المدني الجزائري لا نجد منها عقد المحكم، كما لا نجد هذا العقد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في بابہ المتعلق بالتحكيم، الأمر الذي يجعل من هذا العقد عقدا غير مسمى وتطبق بشأنه القواعد العامة من حيث التكوين والأركان والشروط والآثار مع بعض الخصوصية التي يتميز بها، ومن حيث أنه يعد الأساس لمهمة قضائية، وهي المهمة التي رأينا أن لها طابع خاص.

2- عقد رضائي

يعد العقد رضائيا متى تم الاكتفاء في انعقاده بتراضي المتعاقدين²، وبالرجوع إلى عقد المحكم فإنه ينعقد بمجرد إرتباط الإيجاب بالقبول، أي إرتباط الإيجاب الصادر عن الخصوم بالقبول من المحكم، فمتى قام الخصوم بالعرض على المحكم توليته مهمة الفصل في النزاع القائم بينهم وصادف هذا الإيجاب قبولا من المحكم على الوجه المشار إليه سابقا انعقد العقد .

1 - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، ص 167.

2 - أي اقتران الإيجاب بالقبول، قالتراضي وحده هو الذي يكون العقد ولا يمنع العقد من أن يكون رضائيا ان يشترط في اثباته شكل مخصوص اذ يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة اثباته فما دام يكفي في وجود العقد رضا المتعاقدين فالعقد رضائي، حتى لو اشترط القانون لاثباته كتابة أو نحوها، فالكتابة هنا شرط من شروط الإثبات وليس عنصرا من عناصر وجود هذا العقد. والفائدة العملية من هذا التمييز ان الكتابة اذا كانت لا زمة للإثبات فان العقد غير المكتوب يجوز اثباته بالاقرار أو اليمين أما اذا كانت الكتابة ركنا شكليا في العقد فان العقد غير المكتوب لا يكون موجودا حتى مع الاقرار واليمين

3- عقد ملزم للجانبين

يعد العقد عقدا ملزما لجانبين متى أنشأ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، ويمكن القول أن عقد المحكم يعد عقد ملزم لجانبين من حيث المبدأ فالالتزام الجوهري للمحكم هو تنفيذ إتفاقية التحكيم المبرمة بين الخصوم، و إصدار الحكم خلال المهلة المحددة، ويقابل هذا الإلتزام إلتزام الخصوم بأداء الأجر أو الأتعاب للمحكم وفي حال تنازل المحكم عن أتعابه فإنه يصبح العقد حينئذ ملزم لجانب واحد وهو المحكم، إذ يكون مدينا بالفصل في النزاع دون أن يكون الخصوم مدينون بأي أجر أو أتعاب

4- عقد المحكم عقد ثقة وحفظ لسر الاعمال وممتد في الزمن

العقود كأصل عام تتطلب في تنفيذ ما اشتملت عليه بحسن النية وشرف التعامل، كما أنه يمكن استخلاص وجوب حسن النية حتى أثناء التعاقد من خلال معايير عدم جواز التعسف في استعمال الحق، وعقد التحكيم المبرم بين الخصوم والمحكم يوجب على أطرافه وبعد إبرامه التحلي بحسن النية في الإفصاح والكتمان إذ يتعين¹ :
- الإفصاح من قبل الخصوم والإيضاح عن طبيعة النزاع وما تتضمنه اتفاقية التحكيم المبرمة بينهما كي يقرر المحكم مدى أهليته للقيام بالمهمة التحكيمية، وفي المقابل يتعين على المحكم الكشف عن الظروف والوقائع التي قد تقدر أهليته للفصل في النزاع.
- الكتمان إذ يتوجب على المحكم الحفاظ على سرية التحكيم وعلى المعلومات التي أفضى بها الخصوم إليه أثناء الجلسات التحكيمية، وقد أضحى على تسمية هذا النوع من العقود "Ubevrina Fides" ويعني سلامة النية المثلى أو الأمان والصراحة الخالصة² ويعتبر عقد المحكم من جهة أخرى العقود المستمرة التنفيذ أي أنه من عقود المدة التي يستوجب استيفاء إلتزاماتها امتدادها في الزمن وليس من العقود الفورية التنفيذ مثل عقد البيع، فالزمن عنصر جوهري في هذا العقد، وعلى المحكم إنهاء المهمة الموكلة إليه خلال مدة زمنية معينة .

¹ - أحمد عبد الرحمان الملحم، المرجع السابق، ص 197

² - عصنون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 94

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لعقد المحكم

لما كان محل عقد المحكم ينصب على عمل أو خدمة يقدمها المحكم إلى الخصوم قوامها الفصل في النزاع المعروض عليه، فإنه يتوجب تبيان الطبيعة القانونية لهذا العقد المبرم بين المحكم والخصوم ومقارنته بعقود الخدمات الأخرى أو الواردة على العمل والتي قد تتداخل معه في بعض العناصر، فالهدف من تكييف هذه العلاقة التعاقدية هو عملي من جهة ، إذ من الأهمية ربط هذا العقد بنموذج من العقود المعروفة للرجوع إلى الأحكام القانونية المطبقة عليه، ونظري من جهة أخرى في كونه يوضح الجانب التعاقدى لنظام المحكم.

ولقد اختلف الفقه حول تكييف هذا العقد فقد اتجه رأي الى اعتباره عقد وكالة، في حين ذهب البعض الآخر إلى اعتباره عقد مقاوله، في حين ذهب الرأي الثالث إلى اعتباره عقد من طبيعة خاصة، كما أن هناك من اعتبره عقد عمل إلا أنه رأي مهجور وسوف نبدأ به.

أولاً: تكييف عقد المحكم على أساس عقد عمل

عقد العمل هو ذلك العقد الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر . وعقد العمل بهذا التعريف لا يمكن الأخذ به لتكييف عقد المحكم، فعلاقة التبعية التي تظهر بين المتعاقدين تتناقض تماماً مع تلك القائمة بين المتعاقدين في عقد المحكم على الرغم من أن هناك من يعتبر أن المحكم تابع للخصوم بالنظر إلى كونه قاضي معين من طرفهم¹.

ومنهم من يؤكد هذا التكييف على أساس القانون الضريبي الذي يعتبر أحيانا المحكم كعامل أجير لدى الخصوم، كما هو الشأن في بعض الدول كالسويد، النرويج ، الدانمارك وفلندا إلا أن هذا التحليل لم يكن مقبول كونه يميع الطبيعة الحقيقية لوظيفة

¹ - Tomas Clay ,op ;cit- , p 764.

المحكم.وبالنقيض من ذلك تذهب بعض الدول الأخرى كإيطاليا، ألمانيا، إسبانيا إلى فرض الضريبة على دخل المحكم على أساس أنه ممارس لمهنة حرة.

أما القانون الجبائي الفرنسي ومثله التشريع الجبائي الجزائري فلم يشر إلى ذلك سواء باعتباره كعامل أجير أو كممارس لمهنة حرة، وبهذا الخصوص يرى توماس كلاي (Tomas Clay) أنه بانعدام الإشارة إلى مركز المحكم في القانون الجبائي الفرنسي نصل إلى نتيجة سلبية وهي أن هذا القانون مثله مثل القانون المدني لا يعتبر المحكم كعامل أجير وبالنتيجة لا يمكن تكييف عقد المحكم كعقد العمل¹.

كما أن هذا التكييف لا يصلح بالنظر إلى كون أن المحكم في عقد المحكم يتمتع باستقلال تجاه الخصوم، ولا يكون خاضعا لرقابتهم وتوجيههم، بينما في عقد العمل يخضع العامل لإشراف رب العمل، بالإضافة إلى أنه يوجد إختلاف جوهري في محل العقد في كل من التحكيم والعمل، ففي عقد المحكم يكون محله القيام بعمل ذي طابع قضائي وجب فيه أن يكون مستقلا وغير خاضع لأهواء إلى أي من الخصوم ، أما في عقد العمل فيكون محل العقد هو القيام بعمل بدني أو ذهني يخضع فيه العامل لتوجيهات رب العمل².

وبالنظر إلى شذوذ هذا التكييف تم استبعاده من غالبية الفقه وتم تركيز التحليل على ما يمكن أن يلائمه من عقدي الوكالة والمقولة .

ثانيا: تكييف عقد المحكم كعقد وكالة

يذهب هذا الاتجاه إلى تكييف عقد المحكم بعقد الوكالة على أساس وجود تشابه بين المركز القانوني لكل من المحكم والوكيل، إذ كلا منهما يؤدي تصرفا قانونيا. ويضاف إلى ذلك مراعاة الأطراف في كلاهما العنصر الشخصي عند الاختيار وهنا يظهر وجه التقارب بينهما³.

¹ - Tomas Clay ,op ;cit, p 765.

² - ماهر محمد حامد، النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، القاهرة، سنة 2011 ص 137 .

³ - بن الصغير شهرزاد حسين، المركز القانوني للمحكم – دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون الجزائري - دار الفاروق للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الاولى ، سنة 2011 ، ص 38 .

ويستند هذا الرأي إلى أن المحكم يستمد ولايته التحكيمية من الإرادة المشتركة للخصوم، فهو وكيل عن الطرفين¹ شأنه شأن الوكيل، وأن للطرفين الحق في الاتفاق على العدول عن التحكيم، وبهذا تنتهي مهمته بانتهاء الوكالة وأن المحكم كوكيل لا يستطيع أن يتتحي قبل إتمام مهمته وإلا التزم بالتعويض

ويذهب بعض أنصار هذا الاتجاه أن الوكالة هنا هي وكالة لمصلحة مشتركة للطرفين ولهذا فإنه ليس لأي منهما عزله بصورة انفرادية ولو كان هو الذي عينه إلا بموافقة باقي الأطراف² مما يجعل المحكم غير خاضع للطرف الذي اختاره، وهو ما يعكس مبدأ استقلال المحكم في أداء مهمته.

كما أنه في عقد المحكم يكون أطراف النزاع ملزمين بتمكين المحكم من الوسائل التي تسمح له بأداء مهمته، ومن ذلك الاستفادة من تعويض المصاريف وهو نفسه في عقد الوكالة، إذ للوكيل الحق في تعويض المصاريف التي يمكن أن يكون قد أنفقها بمناسبة تنفيذ الوكالة، كما يمكن أن يكون كلا العقدين بدون أجر، وإذا كانت أتعاب المحكم مرتفعة فيمكن للقاضي التدخل لأجل تخفيضها، وهو نفس الأمر بالنسبة للوكيل، وفضلا عن ذلك فإن كلا العقدين يتميزان في كونهما عقدان رضائيين و مؤقتين³.

وعلى الرغم من التشابه الظاهري بين العقدين إلا أن الدارس لأحكام الوكالة يكتشف قصورها عن تفسير دور المحكم وعلاقته بالأطراف، ويظهر ذلك من خلال :

- أن المحكم يتمتع باستقلال كامل في أداء مهمته ولا يتصور تلقيه تعليمات أو توجيهات من الطرف الذي تولى اختياره نظرا لطبيعة مهمته.

- لا تصلح فكرة الوكالة في تبرير المركز القانوني للمحكم حتى ولو اعتبر وكيلا مشتركا عن الطرفين، ويرجع ذلك إلى كون أن مصالح الطرفين متعارضة ولا يمكن للمحكم مراعاة مصالح الطرفين في الوقت ذاته، فهناك شخص يحكم له والآخر يحكم عليه، كما أن المحكم لا يعبر عن المصالح المشتركة للطرفين إنما يحسم نزاعا بينهم.

1 - يوسف سحر عيد الستار، المرجع السابق، ص 43 .

2 - فتحي والي، المرجع السابق، ص 278 .

3 - Tomas Clay ,op ;cit ,page 772-773

- صلاحية المحكم تتجاوز صلاحية الوكيل فهو لا ينوب عن أطراف النزاع ولا يمثلهما، فالتحكيم يخول له سلطة قضائية، وهي سلطة لا يملكها الطرفان ولهذا لا يستطيعان توكيل المحكم في مباشرتها، إذ بينما يلتزم الوكيل بأن يتبع التعليمات التي يصدرها له الموكل وإعلامه بكل ما تعلق بإدارته فإن المحكم يباشر سلطة فوق سلطة من اختاروه¹. وإذا سلمنا من كون المحكم وكيلا فإنه بهذا سيكون الحكم والخصم وهو ما لا يجوز وبذلك فإن تكييف هذا العقد على أنه عقد وكالة غير منضبط وغير مقبول ومن الصعوبة إدراجه ضمن نطاقه².

ثالثا: عقد المحكم عقد مقاوله

يذهب جانب من الفقه إلى تكييف عقد المحكم على أساس عقد مقاوله، وبحسب هذا الرأي فإن عقد المقاوله يعتبر الانسب في ذلك على اعتبار أن هذا العقد قائم على التزام شخص بأداء عمل - مهما كان نوعه مادي أو فكري - لصالح شخص آخر بشكل مستقل على أساس سعر متفق عليه بينهما، وهو ما يتوافق مع عقد المحكم، ذلك أن محل كلا العقدين هو تقديم خدمة أي أداء عمل، فالمحكم يقوم بمهمة يمكن وصفها عند تحليلها على أنها مجموعة من الخدمات الفكرية يؤديها لصالح الخصوم لقاء أجر، فهو يلتزم تجاه الخصوم بتقديم علمه و خبراته للاستفادة منها بموجب عقد.

فعقد المحكم على قول الدكتور عبد الحميد الأحذب يمكن اعتباره عقد إعاره خدمات حرة لها طابع فكري يقدمها المحكم لصالح الطرفين بصورة مستقلة بمقابل أتعاب، فالمحكم كما الحقوقيين المتخصصين يلتزم بإعارة أطراف النزاع من تجربته وعلمه وهو بذلك يبذل عناية ويقوم بتحقيقات في القضية ويعقد جلسات ويستمع الى أطراف النزاع أو وكلائهم... الخ وهو ما يشكل إعاره لخدماته في عقد يلزمه بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية³.

ويعاب على هذا الرأي أن مهمة المحكم هي مهمة قضائية و ليست مقاوله، إذ يكون من المتعسف فيه أن تكييف جميع التصرفات القائمة على أداء خدمة على أنها عقد

¹ - فتحي والي، المرجع السابق، ص 278-279

² - أحمد عبد الرحمان الملحم، المرجع السابق، ص 199

³ - عبد الحميد الاحذب، المرجع السابق، ص 372 .

مقولة ، ولهذا فإنه إذا كان المحكم لا يقوم بعمله إلا بإرادة الطرفين فإنهما لا يحددان مضمون هذا العمل الذي هو مباشرة سلطه قضائية تخوله سلطات غير مستمدة من العقد فقط، وإنما من القانون مباشرة أيضا ، فالمحكم مؤهل للقيام بالفصل في النزاع على الوجه القضائي، وليس القيام بعمل مقولة أو مشروع اقتصادي تجاري يراد منه التريح¹.

فضلا عن أن المقولة تقوم على عنصر المضاربة وهو ما لا يتوافر في علاقة المحكم بالأطراف، كما أن شخصيته غالبا ما تكون محل اعتبار، وهو الأمر ليس نفسه بالنسبة للمقاول²، وعلى ذلك فإن هذا التكييف رفضه الفقه على العموم³.

وبالنظر إلى ما تقدم فإن عقد المحكم لا يمكن أن ينضوي تحت نموذج معروف من العقود المسماة المعروفة في القانون المدني، فهذا العقد نتيجة حتمية للطبيعة الخاصة للتحكيم عامة، فهو تعاقدى المصدر وقضائي المحل وهو ما يجمع عليه أغلب الفقه الأمر الذي دعى جانب من الفقه إلى اعتبار أن هذا العقد عقد مستقل وذو طبيعة خاصة.

رابعاً: عقد المحكم عقد مستقل ذو طبيعة خاصة

من الصعب أن يكون عقد المحكم عقد مقولة أو عقد وكالة فهو عقد له طبيعة خاصة نابعة من خصوصية طابع المهمة التحكيمية في حد ذاتها، فهو يعتبر كما كيفه الفقه الفرنسي⁴ عقد ولاية وتأهيل (contrat d'investiture) باعتبار أن الطرفين يخولون بموجب المحكم ولاية الفصل فيما بينهما من نزاع ويمنحونه تأهيلا لذلك، ويلتزم بموجب

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 689 .

² - النمر أبو العلا ، قسمت الجداوي ، المرجع السابق ، ص 90 .

³ - Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman , op, cit,p 1120 .

- voir aussi : Philippe Fouchard : « Rapport final sur le statut de l'arbitre », Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI Vol. 7 N° 1,1996.28,spéc.p 30 . voir le lien elc (consulté le 13-06-2020)

https://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION_REPORTS/.

⁴ - Matthieu de Boissésou ,op. cit, p 575.

هذا العقد باستعمال سلطاته التي يمنحها له القانون أو الأطراف للفصل في النزاع وإتمام المهمة¹.

وفي ظل غياب نصوص تشريعية منظمة لعقد المحكم، فإننا نعتقد أن التكييف الأخير هو الأرجح بالنظر للطبيعة الذاتية للتحكيم في حد ذاته والتي تم التفصيل فيها سلفا، وهذا على الرغم من أن بعض الفقه انتهى إلى القول بفشل إمكانية وضع تكييف مقبول لعقد المحكم، وأنه من المستحيل ربطه بصنف قانوني موجود سلفا فهو بخصائصه يجعله عقد نموذجي لعقود أخرى يمكن أن تنشأ من نفس الطبيعة².

الفرع الثالث

تكوين عقد المحكم

محل عقد المحكم وموضوعه هو منح المحكم مهمة قضائية الأمر الذي يجعلنا أمام عقد ذو طابع مدني أي أن تكليف المحكم من طرف الخصوم للقيام بهذه المهمة لا يمكن أن يشكل نشاطا أو عملا تجاريا وهذه المسألة متفق عليها من الفقه منذ زمن بعيد³. وبالنظر إلى ذلك فإن تحديد مدنية العقد يعد أمر مهما إذ تتحدد من خلالها القواعد الواجب إعمالها في تنظيمه وتكوينه، وهو ما يجعله متميزا بذاته عند مسايرته للتصرفات القانونية الأخرى المرتبطة بالخصومة التحكيمية. وعلى ذلك سنحاول أن نبين كيفية تكوين هذا العقد والشروط المطلوبة في ذلك.

¹ - Tomas Clay ,op ;cit, page 785-786

² - و هو ما ذهب إليه ابراهيم أحمد ابراهيم الذي أورد أن : (الحقيقة أن محاولة وضع نظام يتميز في إطار التقسيمات والأنظمة التقليدية، غالبا ما يكون على حساب الحقائق العلمية وصحتها. فالتحكيم أداة متميزة لحل المنازعات فيه اتفاق وفيه قضاء وفيه ما يميزه عنهما، فلماذا نغير حقيقة التحكيم بهدف الزج به في أحضان أنظمة قانونية يتشابه معها في أمور ويختلف عنها في أمور أخرى ؟ لماذا لا نقر للتحكيم طبيعته الخاصة وذاتيته المستقلة التي تختلف عن العقود كما تفرق عن أحكام القضاء ... التحكيم نظام قانوني ... لا يجد مأواه في قوانين الدول فحسب بل في غيرها من المواثيق الدولية ...). انظر ابراهيم احمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2010، ص 39-40.

³ - Matthieu de Boissésou, Droit francais de l'arbitrage interne et international, GLN Joly, 1990. spec. n° 211 et 650 .

أولاً: الشروط الموضوعية لتكوين عقد المحكم

الشروط الموضوعية المنصوص عليها في القواعد العامة تطبق بصورة عادية على عقد المحكم الداخلي وهذه الشروط هي تلك المتعلقة بالرضا، المحل، السبب .

1- توفر الرضا والأهلية

يعد الرضا ركناً أساسياً لقيام أي عقد ويثبت بمجرد توافق إرادتين على الأقل من خلال تبادل الإيجاب والقبول بقصد إحداث أثر قانوني .

ولقيام الرضا في عقد المحكم يستوجب أن تكون هناك إرادة صحيحة لدى كلا طرفي العقد واتجاه هذه الإرادة بالنسبة لأطراف النزاع إلى اختيار المحكم لأجل الفصل في النزاع الذي بينهم بحكم ملزم، وبالمقابل اتجاه إرادة المحكم إلى موافقته وقبوله القيام بهذا الغرض .

و التعبير عن الرضا في كلاهما يكون وفقاً للقواعد العامة إما صريحاً باللفظ أو الكتابة في أي شكل من أشكالها، وإما ضمناً يتم الكشف عنه من خلال الظروف التي تم فيها كالقيام بأفعال لا تفسر سوى على مراد صاحبها¹، ولا يكفي لإبرام العقد التعبير عن الإرادة بل وجب فوق ذلك أن يعلن كل طرف تعبيره إلى الطرف الآخر لكي يعلم به ويدركه، وفي هذه المسألة نحيل إلى ما أشرنا إليه عند التطرق إلى قبول المحكم بالمهمة التحكيمية.

والقانون يعتد بالإرادة إذا كانت صادرة ممن له القدرة على معرفة ما يترتب عليها من آثار ولا يعتد بتلك الصادرة من شخص ليس له أهلية كالصبي غير المميز أو المجنون، فانعدام الأهلية يعني بالضرورة انعدام الإرادة تأسيساً على أن الأهلية تدور مع الإرادة وجوداً وعدماً كما لا ونقصاناً .

ولقد كانت لنا فرصة تفصيل شرط الأهلية عند عرض الشروط الواجب توفرها في المحكم، لكن بحث الأهلية في نطاق عقد المحكم الأمر مختلف، لكونها مشروطة على

¹ - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضروسي ، النظام القانوني لاتفاق التحكيم - دراسة تحليلية مقارنة - المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، سنة 2005 ، ص 101-102

جميع الأطراف (المحكم والخصوم) هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القدرة على أداء مهمة التحكيم تختلف عن القدرة المطلوبة لأي التزام تعاقدى آخر.

ومن وجهة نظر قانونية بحتة فإنه يمكن لكل الأشخاص التوقيع على عقد المحكم، وهنا يطرح التساؤل بخصوص القاصرين المرشدين لممارسة التجارة الموقعين على اتفاق التحكيم هل يمكنهم التوقيع إلى جانب المحكم على عقد المحكم؟

في هذه المسألة لما كان عقد المحكم ذو طابع مدني في أساسه فإن توقيع العقد من طرف القاصر يخضع في تقديره إلى القواعد العامة. ونظرا لكون هذا العقد له أهمية وخطورة في نفس الوقت لما يترتب عنه في النهاية من آثار على الذمة المالية لأطراف النزاع، فإنه يشترط في هؤلاء أن يكونوا بالغين سن الرشد القانوني ومتمتعين بكامل قواهم العقلية وغير محجور عليهم، ولا يملك ناقص الأهلية - كالصبي المميز البالغ سن التمييز دون سن الرشد- الذي تكون تصرفاته موقوفة على إجازة شخص آخر كالولي والوصي، الأهلية لأن يكون طرفا في عقد المحكم¹، وإنما يجوز لمن كان نائبا قانونيا كالولي أو الوصي إبرام عقد المحكم نيابة عنهم. وفي هذا يقول أحمد أبو الوفاء عند شرحه لهذه الأحكام بخصوص اتفاق التحكيم (...وبالنسبة للأب والولي بوجه عام فإنه لا يملك التحكيم إلا فيما يملك فيه التصرف وإذا تطلب القانون اذن المحكمة للتصرف كان هذا الاذن واجبا ايضا بالنسبة الى التحكيم...)².

وفي الحالة التي يكون فيها الشخص قاصرا مرشدا للقيام بأعمال التجارة ويكون قد وقع اتفاق التحكيم في هذا الإطار، فإن التوقيع على العقد من طرفه يكون صحيحا، ومن ناحية أخرى فإن هذا العقد لا يكون قائما إلا إذا كان المحكم له أهلية كاملة للتصرف ومتمتعاً بجميع حقوقه المدنية وفقا للترتيب المشار إليه عند التكلم عن شروط تعيينه.

2- السبب و المحل في عقد المحكم

تحليل السبب والمحل في عقد المحكم لا يثير إشكالات في العموم بالنظر إلى كون القواعد العامة في القانون المدني هي الواجبة التطبيق، فموضوع التزام المحكم ليس فقط

1 - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ، المرجع السابق، ص 116

2 - أحمد ابو الوفاء، المرجع السابق، ص 52

هو الفصل في الخصومة، وإنما هو السير بها إلى نهايتها بإصدار حكم فاصل في النزاع وهو ما يجعل هذا الإلتزام يتطلب امتداده في الزمن.

وبالمقابل من ذلك فإن موضوع إلتزام الخصوم هو تأهيل المحكم للقيام بالمهمة ودفع أتعابه عند وفائه بذلك، ويبقى إلتزاما قائما في جانبهم إلى نهاية المهمة، فالطرفين (الخصوم والمحكم) محكومين معا بمجموعة من الإلتزامات وهو ما يجعل هذا العقد عقد معاوضة أو قائم على علاقات تبادلية¹.

أما السبب في عقد المحكم فهو تحصيل حكم يفصل في الخصومة بالنسبة للخصوم في حين بالنسبة للمحكم فالسبب هو تحقيق العدالة²، ولكن هذا لا أن يمنع من أن يكون السبب هو تحصيل أتعاب.

ثانيا: الشروط الشكلية لتكوين عقد المحكم

لا وجود لأي شك بأن عقد المحكم الداخلي هو عقد رضائي ولا يتطلب أية شكلية معينة وهو ما يستشف من التشريع الجزائري ومثله الفرنسي كما ذكرنا سلفا، ولما كان موضوع العقد هو تأهيل المحكم لممارسة مهمة قضائية فإنه لا وجود لأي مبرر للقول أن رضا المتعاقدين يستفيد من حماية إضافية بالمقارنة مع باقي العقود، وبذلك فالكتابة ليست شرط لصحة القبول بمهمة التحكيم، وهذا على عكس بعض التشريعات الأخرى كالتشريع المصري على الخصوص الذي يشترط الكتابة في إثبات القبول بالمهمة التحكيمية، وهذا على الوجه الذي سبق لنا بيانه سلفا.

¹ - Tomas Clay ,op ;cit ,p 518 . « Les obligations de ce contrat,synallagmatique,sant les siuivantes: le paiement des honnaires aux arbitres constitue l'objet de l'obligation des parties en litiges,rendre une sentence tranchant le litige qui oppose les parties constitue l'objet de l'obligation des arbitres »

²-Alexandre Kojève,Esquisse d'une phénoménologie du droit ,Gallimard,coll. Bibliothèque des idées,ed posthume,1981,p 194 « On aime être juge ou arbitre parce qu'on possède une idée ou un idéal de justice , et parce qu'on tend à réaliser toutes ses idées.(...) le spécifique (et spécifiquement humain) qu'on éprouve à être arbitre témoigne dans l'homme d'une idée *sui generis* qu'il tend à réaliser. Et c'est cette idée que nous appelons l'idée de justice... » .

و ضمانا لعدم المنازعة في صحة التصيب للمحكم وتأكيذا لاستقلالية هذا الأخير في أداء مهمته وبدء ممارسة مهمته القضائية، فإنه لا بد على الأطراف والمحكم قبل بدء الإجراءات تحرير ما يسمى بمستند المهمة (acte de mission)¹. والذي تبدو أهميته في² :

- أنه من تاريخ توقيعه تبدأ المهمة ويبدأ حساب المدة الواجب عليه فيها الفصل في النزاع وهو بهذا يبدو أنه كأنه عمل تمهيدي تفتتح به الخصومة وتبدأ به إجراءات التحكيم
- توقيع هذا المستند لازم للتدليل على صحة تشكيل محكمة التحكيم وذلك يثبت رضا المحكم أو المحكمين باداء المهمة المسندة اليهم ولا وجود لإجبار لهم لأدائها .
- من تاريخ توقيع مستند المهمة يمتنع على المحكم الإنسحاب من هيئة التحكيم أو التخلي عن مهمته ما لم توجد أسباب قوية تبرر ذلك، فإن فعل ذلك دون أسباب جدية قامت مسؤوليته تجاه الأطراف والتزم بتعويضهم في حال تحقق الضرر .

¹ - سلامة أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 395

² - المرجع نفسه ، ص 396.

الفصل الثاني

سلطات المحكم الداخلي، التزاماته، حقوقه وضوابط مسؤوليته في ظل

التحكيم الداخلي

للطبيعة الخاصة لمهمة المحكم دور في إضفاء طابع خاص على صلاحياته وسلطاته، إذ تتزوج بين ما يسنه له الأطراف في إطار عقد المحكم وما تفرضه عليه قواعد القانون، وهو نفسه بالنسبة لالتزاماته وحقوقه .

ومهما يكن فإنه يمكن لارادة أطراف النزاع أن توسع في هذه السلطات والالتزامات والحقوق ولها أن تحد منها، وهذا من دون المساس بالمبادئ الأساسية للتقاضي وكل ما من شأنه أن يخرج عن طبيعة العمل القضائي، وفي مقابل وفائه وتمتعته بذلك يكون المحكم مسؤولا عن أي إخلال في القيام بما هو مطلوب منه ,

و سنقوم بتحليل سلطات وصلاحيات المحكم الداخلي التي يخولها له مركزه القانوني من خلال بيان أساسها ثم تحديد نطاقها سواء في التحكيم بالصلح أو التحكيم بالقانون لنبين موقف المشرع الجزائري منها، لنفصل بعدها في التزاماته وحقوقه ومدى قيام مسؤوليته عن أي إخلال بذلك من طرفه.

المبحث الاول

سلطات المحكم الداخلي ونطاقها

أداء وظيفة معينة يستلزم تمتع صاحبها بسلطة على جميع ما تعلق بهذه الوظيفة، وعلى ذلك فالمحكم لا بد له من سلطة على أطراف النزاع، وعلى كافة الإجراءات التي يقوم بها ليصل إلى حل النزاع، فمن غير سلطة يجد المحكم نفسه أمام عقبات لا يستطيع تذليلها، إلا أن هذه السلطة وجب أن تكون في إطار ما اتفق عليه الأطراف أو نص عليه

التشريع أو لائحة المركز التي يتبعها¹. أي أن سلطات المحكم الداخلي تضيق وتتسع حسب اتفاق الأطراف وما سمح به القانون أو لائحة المركز القيام به².

وبالرجوع إلى الدراسات الفقهية في مجال التحكيم وإلى النصوص القانونية نجد أن سلطات المحكم الداخلي تتداخل مع سلطات المحكم الدولي في البعض منها، وتتميز عنها في البعض الآخر وتتقلص منها في البعض الآخر، وهي في التحكيم الدولي أكثر تحررا وبروزا بالمقارنة مع التحكيم الداخلي، ونظرا لكوننا في مجال البحث عن السلطات التي يتمتع بها المحكم الداخلي في إطار مركزه القانوني، فإننا لن تطرق إلى هذا التمايز - الذي يتطلب بحثا آخر - إلا وفق ما يعزز تحليلنا لها.

المطلب الأول

أساس السلطات الممنوحة للمحكم الداخلي

يرى الفقيه لازارف (Lazareff) أن المحكم جزء من النظام الإتفاقي، وأن القرار الذي يصدره يقع في نفس مستوى أحكام إتفاق الأطراف، ويضيف أن المحكم بهذا الشكل في وضعية محيرة ، بحيث يستمد سلطاته من إرادة الأطراف المتعاقدة من جهة، أي أنه طرف في هذا النظام الإتفاقي، ومن جهة أخرى فهو ملزم بتطبيق القانون وإحترام الأحكام الإجرائية المحددة سلفا من قبل الأطراف في إتفاق التحكيم الذي يعكس إرادتهم المشتركة³.

¹ - لافي محمد دراركة، الاتجاهات الحديثة لمسؤولية المحكم وموقف القانون الكويتي منها، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد 4- الجزء الاول - ماي 2019 ، ص 174. انظر الرابط الالكتروني للمجلة :

<https://journal.kilaw.edu.kw> تم الزيارة بتاريخ 2021-8-13 .

² - مهند احمد الصانوري ، المرجع السابق ، ص 93 .

³ - Serg lazareff, l'arbitre et le contrat, le respect du contrat, journée d'étude organisé à paris le 12/01/1984 par le comité (2 Français de l'arbitrage – Rev – arb 1984, n° p 209

فالاتفاق التحكيمي، يعد دستور التحكيم ومصدر سلطات المحكمين، وهو الحائل دون اختصاص القضاء بالنزاع موضوع التحكيم¹، وإذا كان الاتفاق التحكيمي هو المنشأ للمهمة التحكيمية والمحدد لموضوعها المراد الفصل فيه فإن عقد المحكم يعد الأساس في تبيان الإلتزامات الواقعة على كلا الطرفين ومن خلاله يضبط الأطراف ما للمحكم من سلطات وصلاحيات يرونها مناسبة لأجل حل نزاعهم، ونجد كثير من الدراسات تكتفي بالإشارة إلى الاتفاق التحكيمي دون هذا العقد على الرغم من ارتباطهما مع بعضهما البعض، إذ في الغالب تفرغ فيه كل الإلتزامات والسلطات المتفق عليه في الاتفاق التحكيمي. وتكون قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، منفذاً مميزاً لإعطاء المحكم صلاحيات أكبر وفق الإرادة الممنوحة من الأطراف.

ومن هذا المنطلق يمارس المحكم بموجب هذا العقد في البداية تأهيله لمباشرة المهمة التحكيمية، ومن خلاله يمارس صلاحياته ويوضع له المسار الذي يسير عليه لحل النزاع فضلاً عن تحديد جميع الجوانب الشكلية والاجرائية المتعلقة به .

وإذا كان إختصاص القاضي هو إختصاص عام وشامل، فإن اختصاص المحكم مخصص ومحدد وفق ما تمنحه له إرادة الأطراف من سلطات وصلاحيات، في مقابل تقييدها بمجموعة من الإلتزامات حتى لا يخرج عن حدود المهمة القضائية المعهودة اليه من طرفهم .

ورغم إن إرادة الخصوم هي قوام وجود التحكيم، والركيزة الأساسية للسلطات التي يحوزها المحكم إلا أنها غير كافية وحدها لتفعيل ذلك، بل لا بد له من رخصة تشريعية

¹ - وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 1007 من ق إ م إ عندما يكون كشرط في العقد الأصلي على أنه : " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الاطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم ."
وفي المادة 1011 من نفس القانون عندما يكون في عقد مستقل عن العقد الأصلي على أنه : " الاتفاق الذي يقبل الاطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم ."

تبين حدودها ونطاقها وتضع ضوابطها ضمانا لتحقيق الهدف المنشود من التحكيم¹. وهذه المرجعية للتشريع والقانون اقتضتها الطبيعة الخاصة للمركز القانوني للمحكم و التي تجتمع فيه ثلاث إرادات : إرادة المحكّمين وإرادة المحكم وإرادة القانون

فغالب الأنظمة التشريعية المقارنة تضع للمحكم في إطار مباشرته لمهمته التحكيمية مجموعة من الصلاحيات والسلطات لا يمكن في البعض منها لأطراف النزاع التخلي عنها أو منعها عنه، فهي تعد بمثابة قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق بخلافها لمساسها بأسس الوظيفة القضائية وكونها تشكل ضمانات لأجل إنهاء الخصومة بحكم ملزم عادل.

وإلى جانب الأساس الإرادي والقانوني يجد المحكم نفسه أيضا مرتبط في ممارسة سلطاته باللوائح التنظيمية الموضوعة من المراكز التحكيمية متى لجأ أطراف النزاع لاجل إليها وقبولهم بلوائحها والأنظمة الموضوعة من طرفها، و هاته اللوائح قد توسع وقد تضيق سلطاته وفق طبيعة النزاع دون أن يكون للخصوم الإحتجاج على ذلك، طالما كانوا قد قبلوا بها، على أنه إذا أعطت هذه اللوائح لأطراف النزاع تسطير ما يروونه مناسبا من سلطات للمحكم يمكن له ممارستها، وجب احترام ذلك، لكنها تبقى تحتفظ بحق المراجعة لها ورقابتها درءا لأي إخلال قد يعيق تنفيذ الحكم التحكيمي².

ففي العادة يكون المركز التحكيمي بمثابة مدير ومنظم ومراقب لإجراءات التحكيم ويتعامل مع المحكم على هذا الأساس، فالمحكم بموجب هذا العقد عندما يقبل مهمته التحكيمية فإنه يقوم بها تحت إشراف المركز ووفق ما تنص عليه قواعده، كما يقبل قيام المركز بسلطاته التي تخولها له هذه القواعد مثل سلطة تحديد الأتعاب أو سلطة عزله أو رده أو استبداله، ومراقبة مشروع الحكم التحكيمي³.

1 - محمد محمود ابو ليل، التحكيم رديفا للقضاء في حل المنازعات - دراسة فقهية - المجلة الاردنية للدراسات الاسلامية، كلية الشريعة، جامعة الاردن، المجلد 16، العدد 3 لسنة 2020 ص 398 .

- أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2007، ص 16 .

2 - انظر بهذا الخصوص : نظام التحكيم على مستوى الغرفة الجزائرية للصناعة والتجارة ، ونظام التحكيم بالغرفة التجارية الدولية ببياريس ، المرجعين السابقين .

3 - فتحي والي ، المرجع السابق، ص 281 .

لكن الأهم هو أن هذه العلاقة التعاقدية بين المحكم والاطراف تبقى نفسها من حيث اتفاقهم على المهمة القضائية للمحكم، وتبقى حقوق وواجبات كل من الاطراف والمحكم نفسها وغير مختلفة من حيث الجوهر بالرغم من أن طريقة تنفيذها مختلفة بالنظر لوجود نظام تحكيمي ينظم العملية التحكيمية فالمركز يتوسط هذه العلاقة التعاقدية التي تبقى قائمة في هذه الحالة وتصبح ثلاثية.

وبالنظر الى تنوع المصادر التي يستمد منها المحكم الداخلي سلطاته فان ذلك ينعكس بالنتيجة على تنوع هذه السلطات بحسب المراحل التي تمر بها الخصومة التحكيمية .

المطلب الثاني

سلطات المحكم الداخلي في بداية الخصومة التحكيمية

يقصد بإجراءات الخصومة التحكيمية مجموعة الأعمال الإجرائية المتتابعة التي تستهدف الحصول على حكم من هيئة التحكيم يكون فاصلا في النزاع¹، كما تعرف بأنها مجموعة من الإجراءات، تشمل الأوضاع والخطوات والمواعيد التي يتم تحديدها بالاتفاق أو بالقانون ويقوم ببعضها طرفا التحكيم أو من يمثلهم سواء تمثيلا قانونيا أو قضائيا أو اتفاقيا، والبعض الآخر محكمة التحكيم وأعاونها، وتبدأ بالطلب وتنتهي بصدور حكم في موضوعه ، وقد تنتهي بغير حكم في الموضوع².

وفي بداية هذه الخصومة يمارس المحكم جملة من السلطات تتعلق باختيار الاجراءات ومكان ولغة التحكيم، فضلا عن صلاحية النظر في مدى اختصاصه بالفصل في النزاع.

¹ - عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي و الداخلي في المواد المدنية و التجارية و الادارية، منشأة المعارف، سنة 1995 ، ص 49.

² - سيد أحمد محمود، إجراءات التحكيم، ورقة عمل مقدمة إلى الدورة الثالثة لتأهيل المحكمين العرب التي نظمها الغرفة العربية للتوفيق والتحكيم في الفترة من 30 مارس 2006 ، دار الضيافة ، جامعة عين شمس ص 1 .

الفرع الأول

اختيار إجراءات التحكيم المتبعة

يعد حق الخصوم في اختيار الإجراءات الواجب إتباعها من محكمة التحكيم عند الفصل في النزاع من موجبات التحكيم ومزاياه، ومن هنا كان من الطبيعي أن يسمح القانون لهم أن يتفقوا على استبعاد الإجراءات المتبعة أمام القضاء ووضع قواعد اجرائية أخرى تكون مناسبة وفق ما يرونهم لبلوغ الهدف المنشود .

ويرى البعض أن إتفاق الأطراف على إعفاء محكمة التحكيم من تطبيق أصول المحاكمة العادية كاف لعدم الأخذ بها حتى ولو لم يتفقوا على إجراءات بديلة، وهو ما يجعل تطبيق قواعد المحاكمة القضائية العادية في هذا الفرض دون مستوى القواعد القانونية المكملة وهو ما لا يجوز إذ من اللازم الإتفاق على قواعد بديلة¹ .

واتفاق الأطراف على إعفاء المحكم من تطبيق قواعد المحاكمة القضائية قد يكون في صورة مباشرة من خلال الإكتفاء بالنص صراحة في العقد على هذا الإعفاء أو في صورة غير مباشرة من خلال تضمينه أصولا لخصومة التحكيم مختلفة عن تلك التي تحكم الخصومة القضائية أو باختيارهم لنظام إجرائي نافذ في مؤسسة أو مركز تحكيمي² .

و يمكن للأطراف أن يخولوا لمحكمة التحكيم اختيار الإجراءات التي يرونها مناسبة للفصل في النزاع أو الإتفاق على اتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات الإجرائية المدنية والادارية بالنسبة للخصومة القضائية، بل ويمكن حتى الإتفاق على اتباع إجراءات كان ينص عليها قانون ملغى³، وتكون واجبة الاحترام باعتبارها اجراءات اتفق عليها الطرفان⁴ .

وإذا كان للأطراف سلطة اختيار الإجراءات المتبعة للفصل في النزاع فإنه من جهة أخرى إذا لم يتفق الأطراف على إجراءات التحكيم أو تم إعفاء المحكمين من تطبيق أو

1 - أحمد خليل، المرجع السابق ، ص 95

2 - المرجع نفسه ، ص 94

3 - كما هو الشأن بالنسبة للإجراءات التي كان ينص عليها قانون الإجراءات المدنية الجزائري الملغى الأمر رقم

66-154 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية

4 - فتحي والي، المرجع السابق ، ص 296 .

عندما يكتفون بتنظيم المسائل الإجرائية التي تبدو لهم ذات أهمية خاصة ويلتزمون الصمت إزاء غيرها من المسائل، فإن التساؤل يطرح بخصوص الاجراءات التي يجب على محكمة التحكيم اتباعها؟

لما كانت الدعوى ملك للخصوم فإن الخصومة التحكيمية ملك للمحكم طالما أن الأطراف لم يقيدوه بإجراءات خاصة واجبة الاتباع، ولذلك فإن المحكم في الاحوال السابقة تكون له سلطة واسعة في أن يختار الإجراءات التي يراها توافق طبيعة النزاع وظروف القضية وتسمح له بالوصول بها في وقت معقول إلى نهايتها وإصدار الحل المناسب لها، كما يكون له عند اتفاق الأطراف على إجراءات معينة تكملة هذه الإجراءات إذا لم تكن كافية.

على أن سلطة المحكم الداخلي في هذا الشأن ليست مطلقة، إذ يجب عليه في تحديد أو تكملة الإجراءات مراعاة أحكام ما نصت عليه¹ قواعد التحكيم الداخلي المنوه عنها في التشريعات الوطنية.

وفي هذه المسألة هناك من يرى أن نطاق سلطة المحكم هي نفسها التي للأطراف عند اتفاقهم على الإجراءات المتبعة، فله أن يضع بنفسه ولنفسه القواعد الإجرائية التي يراها مناسبة لظروف النزاع في كل مسألة من المسائل الاجرائية التي تصادفه، وله أن يصيغ هذه القواعد جملة عند اتصاله بالنزاع أو أن يضع ما تعن الحاجة اليه منها أولاً بأول مع تقدم السير في الدعوى، وله أن يستعين بقواعد أو أنظمة مراكز ومؤسسات التحكيم²، وهو ما يأخذ به الفقه الفرنسي لا سيما بعد التعديل الأخير لقانون الاجراءات المدنية الفرنسي في سنة 2011، بالنظر إلى كون قواعد التحكيم الداخلي المنصوص

¹ - فتحي والي، المرجع السابق، ص 298

²² - أحمد خليل ، المرجع السابق 96

- أنظر أيضا مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص 148

عليها في هذا القانون في المادة 1464 لا تشترط ذلك ولا تضع مثل هذا القيد¹، بل تشترط فقط مراعاة المبادئ العامة للتقاضي الملزم بها القاضي والمنصوص عليها في المواد من 4 إلى 23 من نفس هذا القانون.

في حين يرى بعض الفقهاء في مصر أن المحكم قيده المادة 25 من قانون التحكيم² بوجوب مراعاة أحكام هذا القانون عند وضعه للإجراءات المتبعة، وهذا دون التفرقة بين ما إذا كانت أحكام أمرة أو أحكام مكملة، فالمحكم أمام قيد وجب عليه إحترامه على عكس أطراف النزاع الذين لهم السلطة الكاملة في وضع الإجراءات التي يرونها مناسبة، الأمر الذي يجعل من سلطته تقتصر على تكملة الإجراءات غير المنصوص عليها، وليس له بناء نظام إجرائي مخالفا للنظام الاجرائي الذي ينص عليه قانون التحكيم المصري، كما ليس له إختيار تطبيق نظام إجرائي آخر في قانون تحكيم أجنبي أو لائحة مركز تحكيم معين إذ مثل هذا الإختيار يتعارض مع المادة أعلاه³.

أما بالنسبة للجزائر فقد سائر المشرع التشريعات المقارنة بخصوص تكريس مبدأ سلطان الإرادة، حينما أعطى لأطراف النزاع الحرية في الإتفاق على الإجراءات التي يرونها مناسبة للسير بالخصومة التحكيمية والفصل في النزاع، على أن يراعى فيها عدم تنافيتها مع النظام العام الداخلي على الخصوص وعدم مخالفتها لمبادئ التقاضي، وهنا ليس للمحكم حينئذ أي سلطة عليها سوى تطبيقها.

¹ - Arti 1464 de CPCF prévoit que : « A moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques. Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1. Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure. Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité. »

² تنص المادة 25 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 94 على أن : " لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مراكز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة وذلك مع مراعاة احكام هذا القانون " .

³ - فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 295-296-297

وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك أو سكوتهم عنها أو في حالة تفويضهم ذلك الى للمحكم فاننا نلاحظ أن المشرع لم يمنحه السلطة والحرية في اختيار الاجراءات التي يراها مناسبة للفصل في النزاع، بل ألزمه عندئذ بتطبيق الاجراءات المعمول بها أمام الجهات القضائية المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية والادارية وهو ما نصت عليه المادة 1019 من ق إ م إ¹.

وبهذا يكون التشريع الجزائري قد تميز عن التشريعين الفرنسي والمصري و قيد سلطة المحكم الداخلي بخصوص الإجراءات بقاعدة أمره تلزمه بتطبيق الآجال والأوضاع والأشكال المعمول بها أمام المحاكم القضائية الابتدائية، فإذا خالف ذلك فإن الحكم التحكيمي قد يكون معرضا للإلغاء أمام جهة الاستئناف أو يُرفض تنفيذه تلقائيا من رئيس المحكمة لمخالفته النظام العام الاجرائي الداخلي .

ونعتقد أن المشرع بتقييده لسلطة المحكم في اختيار الاجراءات وضبط الآجال على النحو المعمول به أمام الجهات القضائية يكون قد جانب الصواب من حيث :

- أن المحكم الداخلي أو الدولي في الأصل لا يعمل باسم الدولة ولا يصدر حكمه باسمها فهو مختار من قبل الخصوم ويستمد سلطته من اتفاقهم، ولا يمكن أن يفرض عليهم اتباع اجراءات معينة إلا أن ارتضوها، وما عدا ذلك فإنه يكون منافيا لقواعد التحكيم²
- خضوع المحكم الداخلي للإجراءات القضائية بما فيها من مواعيد وشكليات قد لا تساعد في الفصل في النزاع في الوقت المحدد لا سيما إذا كان النزاع معقدا، فضلا عن أن ذلك يستدعي منه أن يكون ملما بالأحكام الاجرائية على الوجه الذي يجنبه بطلانها في حال مخالفتها وهو ما قد لا يكون مؤهلا فيه من هذه الزواية .

- ذهنية المشرع بهذا الشكل توحى وأن المحكم الداخلي له الولاء للدولة ونظامها وأنه يعمل تحت وصايتها، وهو ما لا يستقيم حتى وإن كانت جميع عناصر النزاع تنتمي لجنسيتها، وحتى وإن كان البعض يذهب إلى القول أن المحكم يعد قاض له ولاية كاملة

¹ - تنص المادة 1019 من ق إ م إ على أن : " تطبق على الخصومة التحكيمية الاجال والاوزاع المقررة امام الجهات القضائية ما لم يتف الاطراف على خلاف ذلك "

² - أحمد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 320 - 322.

في شأن أعمال التحكيم الداخلي استنادا الى القاعد الشهيرة التي ذكرها شارل جارسون (Charles Jarasson) أن المحكم مستقل وينطق بالقانون - كما وضحنا سلفا - ولذلك كما يقول أحمد عبد الكريم سلامة : "...ونحن نشد على أيدي أطراف التحكيم وناشدتهم الحرص على إختيار القواعد الإجرائية للتحكيم، فهي الوسيلة الأفضل للإفلات من القواعد الإجرائية الوطنية، وأن يكونوا أكثر حيطة وانتباها بتضمين إتفاقيهم حلولا للمشكلات الإجرائية التي يمكن أن تعترض سير عملية التحكيم وعليهم أن يجتهدوا في ذلك"¹.

ومتى كانت قواعد التحكيم الوطني على العموم تسمح للمحكم بأن يضع الإجراءات التي يراها مناسبة في حال عدم اتفاق الأطراف عليها أو في حال ترك أمر تنظيمها له وإعفاؤه منها وحتى في الحالة المنصوص عليها في التشريع الجزائري - إذا ما اتفق الأطراف على منح سلطة الإختيار للمحكم دون تطبيق القواعد المعمول بها أمام القضاء - فإنه وجب عليه أن يحيط طرفي النزاع علما بها ويتم هذا ببيان هذه الإجراءات في محضر الجلسة يحرر في بداية التحكيم ويحاط أطراف النزاع علما به.

كما عليه أن يراعي في ذلك توفير الضمانات الأساسية للتقاضي والمحاكمة لا سيما ما تعلق منها بكفالة مبدأ المواجهة بين الخصوم ومعاملتهم على قدم المساواة واحترام حق

1 - أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 324

- ورغم ذلك فإن هناك من الفقه من يرى أن تطبيق الاجراءات القانونية الموضوعة من طرف الدولة لا مؤاخذة عليه من حيث : - أن تطبيق الإجراءات المحددة من طرف النظام الإجرائي في الدولة أمر لا بد منه لأن الأمر يتعلق بعمل قضائي لا يتم بعيدا عن الاشكال والاضاع التي تكفل اداء عدالة حقيقية على اقليمها

- أن تطبيق الاجراءات المنصوص عليها في قانون الدولة - كما هو الشأن في قانون الاجراءات المدنية والادارية - ليس فيه أية مفاجأة لأطراف التحكيم، فهم بحسب الأصل الذين يحددون محل أو مكان التحكيم وبذلك المكنة لا يكون غريبا عليهم تطبيق قانون ذلك المكان

- أن الروابط العضوية بين قانون الدولة وبين عملية التحكيم ذاتها لا يمكن انكارها وتتجسد خلال مراحل التحكيم المختلفة اذ صور تدخل القضاء فيها كثيرة سواء من حيث المساعدة او الرقابة

- أن وضع المشرع الوطني قواعد اجرائية داخلية ويحعلها قواعد امرة لا يجوز الخروج عنه يشكل ذلك نظاما عاما وطنيا خاصا به وجب احترامه واعماله على التحكيم

- أنظر نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 107. احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 330 - 331

الدفاع ، كما عليه مراعاة أن لا تكون هذه الإجراءات مدعاة لرفض الاعتراف بالحكم أو تنفيذه .

الفرع الثاني

اختيار مكان ولغة التحكيم

يقصد بمكان التحكيم المكان الذي يجب أن يصدر منه الحكم وهو عادة المكان الذي يجري فيه التحكيم وإجراءاته¹.

وإذا كان تحديد مكان وزمان التحكيم لا تخفى أهميته بالنسبة للمحكم الدولي فإنه كذلك بالنسبة للمحكم الداخلي، وإن كان بدرجة أقل، فاتخاذ منطقة جغرافية معينة داخل الدولة لإجراء التحكيم يعطي الإختصاص للجهات القضائية الواقعة في دائرة هذه المنطقة لتقديم المساعدة في سير التحكيم، وفي الرقابة على عمل المحكمين وتنفيذ الحكم التحكيمي

والأصل في تحديد المكان يرجع إلى إرادة أطراف النزاع فهي المحددة والموجهة لعملية التحكيم بالأساس، و من الطبيعي أن يكون لها الدور في تحديد المكان الذي تجرى فيه العملية، فيكون لهم حق اختيار الحيز الجغرافي أو المنطقة التي يرونها مناسبة لهم وعلى محكمة التحكيم احترام ذلك وعقد جلساتها بها. إلا أن كان ذلك يمس بالنظام العام الاجرائي والموضوعي.

أما في التحكيم الذي يجري تحت مظلة مركز تحكيم منتظم أين تعترف لائحة إجراءاته بحق الأطراف في اختيار مكان التحكيم، فإنه غالباً ما يلزم أن توافق أو تصادق الهيئة الإدارية أو الأمانة العامة لذلك المركز على هذا الاختيار وهذا لأجل حسن إدارة العملية التحكيمية والتنسيق بين أجهزته المركز ومحكمة التحكيم.

وفي حالة ما إذا تقاعس الخصوم عن القيام بذلك أو سكتوا تولى المحكم أو المحكمون سلطة القيام بذلك²، وهو ما نص عليه التشريع المصري صراحة بالمادة 28

¹ - محسن جميل الجريح ، التحكيم التجاري الدولي والتحكم الداخلي - دراسة مقارنة - منشورات زين الحقوقية ، بيروت لبنان ، سنة 2016 ، ص 105.

² - المرجع السابق، ص 106.

منه بالقول: " لطرفي التحكيم الإتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها فإذا لم يوجد إتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافها..."، أما في التشريع الجزائري فلا نجد مثيلا لهذا النص، إذ لم ينظم هاته المسألة ما يتعين معه بالضرورة تطبيق أحكام المادة 1019 من ق إ م إ المنوه عنها سلفا وهو الأمر نفسه بالنسبة للتشريع الفرنسي أين يتم تطبيق أحكام المادة 1446 المشار إليها.

ولعل السبب في ذلك يعود لكون المشرع المصري لم يميز نصا بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي على عكس الجزائر وفرنسا، وبالنظر الى كون التحكيم الداخلي يجرى حتما ضمن النطاق الترابي لدولة الجزائر أو فرنسا، فلا يثير مسألة تحديده إشكالات قانونية إلا من زاوية الاختصاص الاقليمي للجهة القضائية التي يتم اللجوء اليها للمساعدة أو الرقابة أو التنفيذ لاتمام العملية التحكيمية. وهي الاشكالات التي تعالج وفق القواعد المنصوص عليها في هذا القانون.

وفي كل الأحوال فان تقييد سلطة المحكم الداخلي في تحديد مكان التحكيم بما يتفق عليه الاطراف لا يمنعه من أن يعقد بعض جلسات المحكمة في مكان آخر يبدو في تقديره ملائما لسير اجراءات الخصومة، دون أن يؤثر ذلك في أن يظل المكان الأول هو المكان المختار من الأطراف .

و في الحالة التي يتدخل فيها المحكم لأجل تحديد مكان التحكيم أو لعقد بعض جلسات المحكمة فيه، يتعين عليه إلترام الموضوعية بحيث يكون باستطاعة الأطراف الحضور، وتقديم طلباتهم ودفعهم بسهولة ويسر وإلا كان فيه إخلال بحقوق الدفاع ، ويستحسن أن يكون قريبا منهم أو من ممثليهم، وقريبا من محل النزاع لتيسير معابنته إن لزم الأمر، كما يفضل أن يكون مكان تتوافر فيه وسائل الإتصال و ملائما للإجتماعات.

والأهم أن لا يخضع لسلطة أحد أطراف النزاع بحيث يكون مكانا محايدا يمكن تنفيذ الحكم فيه دون صعوبات أو عوائق . فمثلا في حال اختلاف الأطراف حول الإقليم أو المنطقة (الولاية أو البلدية) التي يجرى فيها التحكيم، فإن المحكم تكون سلطته مقيدة على أساس الاختصاص الإقليمي المحدد في قانون الاجراءات المدنية والادارية أي

المكان الذي أبرم فيه العقد أو المكان الذي سينفذ فيه وهوما يتوافق مع أحكام المادة 1019 من قانون التحكيم .

أما بخصوص إختيار اللغة فالمقصود به إختيار اللغة التي تتم بها الإجراءات والمرافعات وتقديم المستندات والوثائق والحكم وقد تكون لغة واحدة في كافة المراحل وقد تتعدد. ولا تأثير للغة في تحديد طبيعة التحكيم أي لا يمكن الحكم على نوع التحكيم بناء على اللغة التي كتب بها الحكم¹ .

والقاعدة أن لأطراف النزاع الحرية الكاملة في تحديد اللغة التي تتم بها الإجراءات وعلى المحكم اتباع ما جاء بالاتفاق، وفي حالة عدم إتفاقهما أو سكوتهما عن ذلك يحدد المحكم أو المحكمون اللغة التي تجري بها الإجراءات، ولهم عند الحاجة الإستعانة ب مترجم لترجمة أقوال الطرفين أو الشهود أو الخبراء مع الأخذ بعين الإعتبار معرفة الطرفين للغة مشتركة ومعرفة المحكمين لتلك اللغة التي كتب بها العقد الأصلي.

وقد عالجت المادة 28 من قانون التحكيم المصري هذه المسألة حين قررت أن التحكيم يجري باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان أو هيئة التحكيم على لغة أو لغات أخرى² .

وبالنسبة للمشرع الجزائري والفرنسي فإننا لا نجد مثل هذا التنظيم فهي من الاجراءات التحكيمية المتروكة لاتفاق أطراف النزاع أو للمحكمين بحسب الحال ولعل السبب الرئيسي يرجع الى كون التحكيم الداخلي لا يعرف تزام في اللغات بشكل كبير كما هو الشأن في التحكيم الدولي .

الفرع الثالث

الفصل في الاختصاص

قد يقوم أحد أطراف المنازعة التحكيمية رغبة منه في المماطلة أو التحايل على خصمه بالتذرع بعدم اختصاص محكمة التحكيم للنظر في النزاع لسببين: عدم صحة

¹ - لزهري بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 265

² - أنظر المادة 28 من قانون التحكيم المصري المرجع السابق .

العقد الأصلي أو عدم وجود إتفاق التحكيم، وأمام هذا الوضع الذي يهدد اختصاص محكمة التحكيم اتجهت كل التشريعات الوطنية والدولية إلى منح الاختصاص لها للنظر في مدى اختصاصها.

وإذا كان هذا المنح معترف به بصراحة من المشرع الجزائري عندما يتعلق الأمر بالتحكيم الدولي، إلا أنه في مجال التحكيم الداخلي لا نجد ما يفيد بذلك على الرغم من أهمية هذه المسألة القانونية، وقبل تحليل مدى تمتع المحكم الداخلي بهذه السلطة من عدمه، سنستعرض ماهية هذه السلطة لنصل إن كان المشرع الجزائري كان قاصدا عدم تنصيبه عليها، ومنه لا سلطة للمحكم الداخلي في الرقابة على اختصاصه أم أن ذلك إغفال منه يستوجب تداركه لسد هذا الفراغ ؟

تعد سلطة المحكم في الفصل في إختصاصه من السلطات التي أثارت العديد من الجدل بالنظر إلى تقاطعها مع سلطة القضاء الوطني بهذا الخصوص ، فهذه السلطة تعني أن للمحكم سلطة في أن يفصل على نحو نهائي في مسألة إختصاصه من عدمه¹ مع خضوعه للرقابة اللاحقة للقضاء الوطني المختص. فالمحكم يبحث وبحرية كاملة في حقيقة اختصاصه، فإن تبين له صحة اتفاق التحكيم، فإنه يعلن اختصاصه بنظر النزاع الموضوعي، وإذا تبين له عكس ذلك، فإنه يقضي بعدم اختصاصه ويكون الاختصاص بذلك للجهة القضائية المنصوص عليها قانونا

فهذا المبدأ ينطوي على جانبان: جانب إيجابي، يهدف إلى الاعتراف للمحكم بسلطة الفصل في مسألة اختصاصه. وجانب سلبي، يمنع القضاء الوطني من النظر في مسألة الاختصاص حتى يفصل المحكم فيها بالاولوية.

وإذا كان الجانب الأول المتعلق بالأثر الايجابي لهذا المبدأ مكرس في جل القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية، فإن الجانب الثاني الخاص بالأثر السلبي يشكل لحد الساعة

¹ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص 228-229

خصوصية فرنسية¹ كرسته محكمة النقض² قبل أن تنص عليه المادة 1465 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي المعدل والمتمم والواردة في اطار قواعد التحكيم الداخلي وهذا من خلال اعطاء الاولوية للفصل في مسالة الاختصاص للمحكم تحت الرقابة القضائية اللاحقة بمناسبة ممارسة طرق الطعن أمام القضاء .

وأثبتت التجربة العملية أن عدم تبني هذا المبدأ أو هذه السلطة للمحكم وعدم أعمالها يفقد اتفاق التحكيم فعاليته ويصبح على حد تعبير البعض مجرد "اتفاق رجل مهذب"، تتوقف فعاليته على مقدار تهذيب طرفيه وصدق نواياهما واحترامهما للاتفاق المبرم بينهما وأن إهدار ذلك هو إهدار لقيمة التحكيم ذاته³، فإعمال هذا المبدأ يسمح لمحكمة التحكيم الاستمرار في أدائها لمهمتها رغم إثارة الدفع بعدم اختصاصها⁴، وهو ما يضع حدا للطرق والوسائل الاحتياطية الرامية إلى المماطلة وتعطيل الفصل في النزاع إلى أمد لا يعرف نهايته⁵.

¹ - Ebru AY, La validité de la convention d'arbitrage en droit Turc et comparé de l'arbitrage international, Thèse de doctorat en droit, faculté de droit et des sciences économiques, université Paris I Panthéon- Sorbonne, 2009, p167.

² - Cass. civ.1e, 5 janvier 1999, n°96-21.430, M. Zanzi C/J. de Coninck et autres, Rev. arb. , 1999, p260 s. note Ph. FOUCHARD.

³ - تعويلت كريم، الرقابة القضائية على اختصاص المحكم ، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، المجلد 5، العدد 2 ، سنة 2014 ، ص 200 .

⁴ - تعويلت كريم، التحكيم الداخلي في القانون الجزائري -مقتضيات تشجيعة وتفعيله - المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، المجلد 8، العدد 2 خاص، سنة 2017 ، ص 169 .

⁵ - في هذا المعنى :

- Ahmed Alaâ Toumlilt, La dualité de l'arbitrage : Analyse critique de la loi 08-05, Tome I, thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit de Grenoble, Université Pierre Mendès, France, 2010, p225

ويرى البعض أن مثل هاته التصرفات تعبر عن تردي الاخلاق في التجارة الدولية على الخصوص :

« Le principe de compétence- competence constitue l'une des regles materielles les plus en vogue actuellement dand l'arbitrage international, Cela est du la aussi a cette « degradation des mœurs , tout decrree en ce qui concerne la constitution du tribunal arbitral et qui, generalement, ne cesse pas avec l'inttervention d'une autorié pour aider à ladite constitutions »

- Taaritani Mostefa, Droit Algerien de l'arbitrage commercial international, Berti Editions, Alger, 2007,p105

ولقد استقر الرأي على أن سلطة المحكم في الفصل في اختصاصه أساسها النص القانوني أي التشريع الوطني الذي يفصل في مسألة اختصاص المحكم للاعتراف به أمام المحاكم الوطنية¹

و إذا كان هذا المنح للإختصاص معترف به صراحة من المشرع الجزائري عندما يتعلق الأمر بالتحكيم الدولي كما هو منصوص عليه بالمادة 1044 من ق إ م إ² ، إلا أنه في مجال التحكيم الداخلي لا نجد الإشارة إلى ذلك على الرغم من أهمية هذه المسألة القانونية وهذا على عكس قانون الاجراءات المدنية الفرنسي الذي قام بالتتصيص على هذه القاعدة في باب التحكيم الداخلي بالمادة 1465 منه³.

لكن ما يلاحظ على هذا النص أنه جاء على صفة الإطلاق، ورفع يد القضاء تماما من النظر في مسألة الاختصاص حتى يفصل فيها المحكم على سبيل الأولوية، وفي ظل عدم تحديد الوقت الذي يبدي فيه هذا الدفع بعدم الاختصاص فإن ذلك يعني جواز إبداءه أمام المحكمة التحكيمية في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، وهذا بعكس التشريع المصري الذي أعطى لهيئة التحكيم صلاحية الفصل في اختصاصها على سبيل الأولوية سواء تعلق الامر بالتحكيم الداخلي أو التحكيم الدولي على أنه وضع لها أحكام مفصلة وموضحة في كيفية تطبيقها⁴

أما بالنسبة لعدم تنصيب المشرع الجزائري عليها فيرى عبد الحميد الأحذب بمناسبة تحليله لتطبيق هذه القاعدة أمام المحكم الداخلي، أنه إذا اعترض طرف على صحة العقد الأصلي بما فيه شرط التحكيم، فإن المحكم لا يعود مختصا للنظر فيه إلا إذا كان القانون متبنيا لنظرية استقلالية الشرط التحكيمي عن العقد، أما إذا تم الطعن في الشرط التحكيمي

¹ - تعويلت كريم ، المرجع السابق ، ص 202-203 .

² - تنص المادة 1044 من ق إ م إ على أن : " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ، ويجب اثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل اي دفاع في الموضوع " .

³ - Arti 1465 du CPCF prévoit que : « Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel »

⁴ - أنظر المادة 22 من قانون التحكيم المصري ، المرجع السابق .

- أنظر أيضا أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 302-303-304 .

ذاته في كونه معيوب بعيب الرضا دون العقد، فالمحكم لا يكون مختصا كذلك إلا اذا تبنى القانون نظرية اختصاص المحكم بنظر اختصاصه¹.

وهو ما يؤدي بنا إلى القول أن مسألة سلطة المحكم الداخلي للنظر في اختصاصه متوقف تطبيقها على مدى أخذ المشرع بمبدأ استقلالية الشرط والاتفاق التحكيمي عن العقد الأصلي².

إن المشرع لم يتطرق لفكرة استقلالية الاتفاق التحكيمي عن العقد الأصلي في باب التحكيم الداخلي سواء سلبا، أي بالنص صراحة على امتداد بطلان وعدم صحة العقد الأصلي إلى الاتفاق التحكيمي، أو إيجابا بعدم امتداده ومنه استقلال العقدين عن بعضهما البعض وهو ما يزيد الغموض أكثر حول موقفه بشأن مبدأ عدم الاختصاص في التحكيم الداخلي.

وبهذا الخصوص يذهب عبد الحميد الأحذب إلى القول أن القانون الجديد أي قانون الاجراءات المدنية والادارية في باب التحكيم الداخلي لم يتبن نظرية إستقلالية الشرط التحكيمي، وبالتالي فإن منازعة أحد الطرفين بصحة العقد تشمل سلطة المحكم الداخلي في الفصل في اختصاصه ويعود الاختصاص للقضاء، فإذا قضى بصحة العقد الأصلي عادت الحياة للشرط التحكيمي وإلى التحكيم والعكس صحيح³.

1 - عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص 40 وما بعدها.
2 - والمبررات الداعية لاستقلال شرط أو اتفاق التحكيم هي أن شرط التحكيم والعقد الأصلي يشكلان عملين متميزين فمحل الشرط أو الاتفاق التحكيمي عمل إجرائي بحت يتمثل في إحالة النزاع الذي قد ينشأ عن العقد أو الذي نشأ إلى التحكيم وهو محل منفصل عن العقد الأصلي الذي يضاف إليه على نحو يجعل كل منهما عقدا متميزا عن الآخر ، وأن تضمنتما وثيقة واحدة، حيث أن العمل الإجرائي محل شرط التحكيم إنما يتعلق بحسم المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي الذي يهدف إلى تحديد الحقوق والالتزامات الموضوعية للأطراف، كما أنه يمكن الاستناد إلى نظرية انتقاص العقد في القانون المدني والتي تقضي بأنه إذا كان العقد باطلا في احد اجزائه فيمكن إعمال الأجزاء الأخرى فضلا عن الكتابة ركن من أركان شرط التحكيم بخلاف العقد الأصلي الذي قد تشتط فيه الكتابة وقد لا تشتط، إضافة إلى أن إثبات شرط التحكيم محصور بالكتابة، في حين أن العقد الأصلي يمكن إثباته بالكتابة أو بأي طريق من طرق الإثبات الأخرى واستقلالية الشرط أو الاتفاق التحكيمي أخذت به الاتفاقات الدولية والتشريعات المقارنة، وهذا من دون التمييز بين التحكيم الداخلي والدولي .

- مصطفى الجمال، امتداد شرط التحكيم خارج الاطار التقليدي للعقد المتعلق به ،مجلة الدراسات القانونية ،كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، لبنان، العدد السابع، 2001، ص 67. عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، المرجع السابق ، ص 89-90 .

3 - عبد الحميد الأحذب ، المرجع السابق ، ص 70 .

وتعقيبا على هذا الرأي فإننا نعتقد أنه في ظل عدم النص صراحة على عدم إستقلالية الاتفاق التحكيمي عن العقد الأصلي، فإنه يكون للقضاء الاجتهاد بهذا الخصوص على النحو الذي يتيح تطبيق المبدأ في التحكيم الداخلي وفق ما هو مستقر عليه في الاجتهادات والتشريعات المقارنة .

و يمكن القول أنه في ظل غياب إتفاق الأطراف أو سكوتهم عن تنظيم هذه المسألة فإن المحكم بمناسبة الدفع أمامه بعدم الإختصاص ما عليه إلا تطبيق أحكام المادة 1019 من ق إ م إ أي يرجع إلى الإجراءات والأوضاع المعمول بها أمام الجهات القضائية في باب الاختصاص، ومنه فإن له الحق في نظر صحة أو بطلان الشرط التحكيمي، حتى وإن طعن أمامه في العقد الأصلي، مثله مثل القاضي الذي يدفع أمامه بعدم إختصاصه - سواء الاقليمي أو النوعي - فلا يرفع يده مباشرة عن نظر الدفع بل ينظره ويفصل فيه ، وفي هذه المقاربة ترجيح للتوجه العام بالنسبة للمشرع في اعتبار المحكم الداخلي بمثابة قاضي كامل الصلاحيات وهذا على حد قول الدكتور عبد الحميد الأحذب أن : " في الجزائر اعطى القانون الجديد للتحكيم الداخلي أجوبة قاطعة إذ اعتبر التحكيم مؤسسة قضائية والمحكم قاض واستبعد التحكيم بالصلح واعتمد التحكيم بالقانون وحده واكد الصيغة القضائية التي تغلب عليه " ¹.

وبالنظر إلى عدم وجود مذكرة تفصيلية تحدد السبب من وراء كل نص أو مادة في قانون الاجراءات المدنية والادارية، ومنه معرفة نية المشرع، وإنما هناك فقط عرض أسباب عام قدمه وزير العدل حافظ الأختام بمناسبة طرحه هذا القانون للمناقشة والتصويت أمام البرلمان²، وبالنظر الى عدم وجود ما يبين توجه المحكمة العليا أو القضاء الجزائري بصفة عامة بهذا الخصوص فان المسالة تبقى محل نظر إلى حين تحقيق ذلك .

وتجدر الاشارة في الاخير أن نظام التحكيم للغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة أخذ بصلاحيه محكمة التحكيم في الفصل في اختصاصها وكذا مراقبة صحة رفع طلب

¹ - عبد الحميد الأحذب ، المرجع السابق ، ص 88.

² - أنظر الجريدة الرسمية للمناقشات، المجلس الشعبي الوطني ، المرجع السابق

التحكيم أمام المركز، إذ نصت المادة 41 منه على أنه: "تفصل المحكمة في الاختصاص الخاص بها وكذا في صحة رفع طلب التحكيم أمام المركز". وسواء كان ذلك متعلقا بالتحكيم الداخلي أو التحكيم الدولي¹.

المطلب الثالث

سلطات المحكم الداخلي أثناء الخصومة التحكيمية

يمارس المحكم بعد مباشرته لإجراءات الخصومة نشاطا ايجابيا من حيث بسط سلطاته على أدلة الإثبات وتدخله في الإجراءات التحفظية والمؤقتة، وفي الطلبات والدفع وتجاوز العوارض القانونية فضلا عن سلطاته في الطريقة المتبعة للفصل في النزاع.

الفرع الأول

سلطة المحكم الداخلي بخصوص طرق الإثبات

الإثبات هو طريقة لتكوين إقتناع القاضي أو المحكم بشأن وجود أو عدم وجود واقعة قانونية متعلقة بالدعوى، فهو يعني إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها².

ولم يضع المشرع الجزائري كغيره من القوانين المقارنة لم يضع تنظيم لقواعد الإثبات أمام محكمة التحكيم الداخلي، الأمر الذي يجعلها تخضع لما تخضع إليه الإجراءات بشكل عام في الخصومة التحكيمية .

وإذا كان الأصل في إجراءات تنظيم وتسيير الخصومة التحكيمية أنها تخضع لإرادة أطراف النزاع فإن نفس الأمر ينطبق على إجراءات الإثبات وقواعده، وفي الحالة التي يسهون فيها عن ذلك أو يتركوا أمر تنظيمها للمحكمين، فهنا نتساءل إن كان هؤلاء يطبقوا قواعد الإثبات المتبعة أمام قضاء الدولة أم لهم أن يأخذوا ما يرونه مناسبا للنزاع، بل وهل لهم الحق في اختيار قواعد أخرى غير تلك المنصوص عليها في القانون الداخلي للدولة ؟

¹ - أنظر بخصوص نظام التحكيم لدى الغرفة الجزائرية للصناعة والتجارة المرجع السابق .
² - عادل حسن علي، الإثبات في المواد المدنية ، مكتبة زهراء الشرق، دون مدينة نشر، سنة 1996 ، ص5

في هذه المسألة ظهر إتجاهين :

- الاتجاه الأول يرى أن لمحكمة التحكيم ذاتها مهمة تحديد اجراءات الاثبات المناسبة وكيفية إدارة الأدلة بما يتماشى والغاية المبتغاة من اللجوء الى التحكيم لا سيما التحرر من القواعد الشكلية المعمول بها أمام قضاء الدولة، وقد أخذ بهذا الاتجاه التشريع المصري¹ والتشريع الفرنسي²، ومن سار على نهجها أين منح لأطراف النزاع حرية الاتفاق على أي من الاجراءات التي يرونها مناسبة لتسيير الخصومة التحكيمية بينهم، وان لمحكمة التحكيم أن تختار الإجراءات التي تراها مناسبة³ في حالة عدم وجود هذا الإتفاق.
- الاتجاه الثاني يرى أنه من واجب محكمة التحكيم تطبيق قواعد الاثبات المطبقة أمام محاكم الدولة مع موائمة هذه القواعد بما يتماشى وخصومة التحكيم⁴، ويكون بالادلة المقررة قانونا بالنسبة للواقعة المراد اثباتها، وبحسب قوة كل دليل وأهميته في تكوين إقتناعها، وعليها بهذا الخصوص الرجوع إلى القوانين الداخلية المنظمة للإثبات وإلى شروحات الفقه بشأنها⁵.

وتبنى المشرع في المادة 1019 المنوه عنها سلفا هذا الاتجاه ، على أنه لم يترك للمحكم الداخلي الحرية في تكيف هذه القواعد بما يتماشى والنزاع، بل ألزمه بتطبيق ما هو معمول به أمام محاكم الدولة، وهذا بعكس التحكيم الدولي أين لمحكمة التحكيم ضبط الإجراءات من طرفها مباشرة أو إستنادا إلى قانون ما أو إلى أي نظام تابع لمركز تحكيمي ، وكل ذلك وفقا لما تراه مناسبا دون التقيد بقواعد معينة سوى تلك المتعلقة أساسا بالنظام العام الداخلي والدولي .

¹ - أنظر المواد من 31 الى 36 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 ، المرجع السابق .

² - Arti 1467 de CPCF prévoit que : « Le tribunal arbitral procède aux actes d'instruction nécessaires à moins que les parties ne l'autorisent à commettre l'un de ses membres. Le tribunal arbitral peut entendre toute personne. Cette audition a lieu sans prestation de serment. Si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte. » .

³ - منير يوسف المناصير ، المرجع السابق ، ص 225

⁴ - عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم ،دراسة تحليلية وفقا لأحداث التشريعات والنظم المعاصرة ،الطبعة الثانية مكتبة الجلاء الجديد ،المنصورة، سنة 1998 ،ص283،285

⁵ - فتحي والي، المرجع السابق ، ص 358

وبين الاتجاهين تطرح بعض التساؤلات بخصوص سلطة المحكم الداخلي في مسائل الإثبات وما إن كانت له السلطة في اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات من تلقاء نفسه أو رفض القيام بها في حالة ما إذا طلبها أحد الأطراف ، وهل يملك العدول عن ذلك ؟

أولاً: اختيار إجراءات وقواعد الإثبات

لقد ضمن المشرع الحرية لأطراف النزاع في التحكيم الداخلي لاختيار قواعد وإجراءات الإثبات على غرار التشريعات المقارنة كما وضحنا سلفاً، وفي حالة لم يقوموا بذلك أو أنهم تركوا المسألة لمحكمة التحكيم فإن هذه الأخيرة هي من تتكفل بهذه المسائل، ولها أن تقوم بذلك من تلقاء نفسها دون طلب منهم باعتبار المحكم قاضي شأنه شأن قاضي المحكمة في النزاع المنظور أمامه

وأخذاً بالقواعد المعمول بها بخصوص إجراءات الإثبات أمام القاضي والمُلزمة للمحكم الداخلي تبعاً - ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك - لنص المادة 1019 من ق ا م ا فإنه يمكن للقاضي، وبالتبعية المحكم الداخلي طبقاً للمادة 75 من نفس القانون سواء بناء على طلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفسه أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون¹.

وإذا أمرت محكمة التحكيم الداخلي بإجراء من إجراءات الإثبات من تلقاء نفسها ولم يستجب أحد الطرفين لما طلب منه، فإنها تفصل في الدعوى التحكيمية وفقاً للأدلة المتاحة أمامها، وهو ما نصت عليه المادة 1022 من ق ا م ا بالقول: " يجب على كل طرف تقديم دفاعه ومستنداته قبل إنقضاء أجل التحكيم بخمسة عشر يوماً على الأقل، وإلا فصل المحكم بناء على ما قدم إليه خلال هذا الأجل ".

وبمثله أخذ التشريع المصري للتحكيم الذي نص في المادة 35 منه على أن: " إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور إحدى الجلسات أو عن تقديم ما طلب منه من مستندات

¹ - إصدار الأمر باتخاذ أمر من إجراءات الإثبات في شكل شفوي دون تسببه من طرف المحكم الداخلي قد يتعارض ونص المادة 1027 اعلاه التي تشترط التسبب وعلى ذلك ومنعاً لهذا التعارض، فإنه يكون من الأوجب على المحكم الداخلي استصدار الأمر بالإجراء كتابة أي في شكل حكم يكون مسبباً وهو الأدعى للتطبيق لكونه قد يستوجب تدخل القضاء للأمر بتنفيذه كما سنرى .

جاز لهيئة التحكيم الإستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم في النزاع إستناداً إلى عناصر الإثبات الموجودة أمامه"، وبمقارنة هذه المادة بالمادة 291 من ق إ م إ التي تنص: "إذا امتنع أحد الخصوم الحاضر القيام بإجراء من الإجراءات المأمور بها في الآجال المحددة يفصل القاضي بحكم حضوري بناء على عناصر الملف " نجد أن هناك تماثل بهذا الخصوص بين المحكم الداخلي والقاضي، كما أن هذا النص يتماشى وأحكام المادة 1019 من نفس القانون بشأن تطبيق المحكم – في حال عدم الاتفاق بخلاف ذلك – للقواعد المعمول بها أمام الجهات القضائية .

ولمحكمة التحكيم – كما هو الحال بالنسبة للقاضي العادي – أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات متى تبين لها وجود أدلة أخرى تغني عن الدليل الذي أمرت بتقديمه أو متى تبين لها أن في الملف من الأدلة ما يكفيها لتكوين إقتناعها .

وإذا كان للمحكم سلطة اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات، فإنه يستطيع أيضاً رفض القيام بذلك متى رأى أن الإجراء المطلوب اتخاذه لن يزيد شيئاً في قناعته، أو لا يستهدف من وراءه سوى التسويف وإطالة الإجراءات، أو إذا رأى أن ذلك الإجراء ليس له أي قيمة أو إذا وجد في الملف من الأدلة ما يكفيها لتكوين إقتناعه، وتعزيز عقيدته دون اتخاذ الإجراء المطلوب. على أنه من الواجب ممارسة هذا السلطة بحرص شديد حتى لا يتعرض حكمهم للطعن لإخلاله بحق الدفاع .

والأصل أنه يجب على محكمة التحكيم أن تقوم بنفسها بإجراءات الإثبات إلا أنه يمكنها أن تفوض أحد أعضائها ما لم يخولها القانون أو إتفاق الاطراف القيام بذلك ، وبهذا نصت المادة 1020 من ق إ م إ¹ .

ثانياً: تقدير الأدلة

يقصد بتقدير أدلة الإثبات تلك العملية الذهنية التي تنتهي باقتناع المحكم أو عدم إقتناعه بوجود الوقائع التي يدعيها أو يحتج بها الخصوم¹، وهو بهذا الخصوص له

¹ - تنص المادة 1020 من ق إ م إ على أنه: "تنجز أعمال التحقيق والمحاظر من قبل جميع المحكمين ، إلا اذا أجاز اتفاق التحكيم سلطة ندب أحدهم للقيام بذلك ."

¹ - محمود جمال الدين زكي، المبادئ العامة في الإثبات، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، سنة 2001 ص 180.

السلطة نفسها التي لقاضي الدولة وهذا على النحو الآتي¹ :

- بالنسبة لأدلة الإثبات القانونية كالإقرار والكتابة ليس من سلطته تقدير حجيتها، إذ حددها المشرع مقدما ، ولهذا تنحصر سلطته في التأكد من توافر شروطها القانونية .
- بالنسبة لأدلة الإثبات الأخرى، للمحكم كامل السلطة في تقديرها لكي لا يبني حكمه إلا على ما يطمئن إليه وجدانه وضميره، ولهذا فإن للمحكم سلطة تقدير قيمة الشهادة للأخذ بها من عدمه، وله الأخذ بتقرير الخبير للأسباب الواردة به متى اطمأن إليه، وله إستنباط القرائن القضائية التي يعتمد عليها ويقتنع بها في حكمه ما دامت القرينة تؤدي عقلا ومنطقا إلى ثبوت الواقعة المرتبة للأثر القانوني المدعى به .

فمحكمة التحكيم تقدر كل دليل أو مستند أو واقعة وفق ما يرتاح إليه ضميرها ووجدانها وتوازن بين تلك الأدلة مراعية عدم الإخلال بدفاع جوهرى من شأنه لو صح لتغيير به وجه الرأي في الدعوى، وألا يكون من شأنه أن يشكل مخالفة لقاعدة موضوعية من قانون الإثبات حينما تكون مقيدة بمراعاة أحكام قانون التحكيم وأن يكون تقديرها للوقائع مستساغا ومقبولا

و سوف تقتصر على الإجمال في بيان سلطة المحكم الداخلي بخصوص الأدلة المعروضة عليه دون التفصيل بالنظر لتشعبها، إذ سنأخذ ما هو مرتبط مباشرة بموضوعنا

1- بخصوص الاطلاع على المحررات والمستندات الكتابية والإلزام بتقديم مستند ما

من المعتاد إن محكمة التحكيم تفضل الإستناد في حكمها إلى أدلة مكتوبة لتمتعها بقوة ثبوتية أكثر من أي دليل آخر فيما عدى الإقرار، وتقديرها يكون أيسر لها ، إذ تكون ملزمة بما يعطيه القانون الوطني من حجية لها على الادلة الأخرى، وبالتالي يكون الأطراف على علم بحجيتها، وهذا على عكس المحكم الدولي الذي تتنازع أمامه عدة قوانين بشأن قوتها الإثباتية.

ولقد أعطت مختلف التشريعات الوطنية والأنظمة الخاصة بالتحكيم السلطة لمحكمة التحكيم في إلزام أطراف النزاع بتقديم أصول المستندات اللازمة للفصل في الدعوى ،

¹ - فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 362 .

- أنظر أيضا ، منير يوسف المناصير ، المرجع السابق ، ص 238-239

وذلك من تلقاء نفسها دون أن يطلب الطرف الآخر، وبهذا أخذ التشريع المصري للتحكيم سواء بالنسبة للتحكيم الداخلي أو الدولي¹، أما في التشريع الجزائري فإنه لا وجود لمثل هذا النص بخصوص التحكيم الداخلي على عكس التحكيم الدولي كما أشير إليه سلفاً، لكن رغم ذلك فإن المادة 1022 من ق إ م إ تلزم الخصوم بتقديم مستنداتهم لمحكمة التحكيم قبل انقضاء أجل التحكيم بـ 15 يوم على الأقل وإلا فصلت بناء على ما قدم إليها، و يجوز لمحكمة التحكيم أن تأمر تطبيقاً لأحكام المادة 1019 من ق إ م إ المشار إليها بتقديم أصول هذه المستندات أو نسخ منها وفقاً لسلطتها التقديرية، كما هو معمول به أمام القاضي²، وفي حالة رفض التقديم، لها أن تنتظر النزاع وكأن المستند غير موجود ويفصل في النزاع على حالته³، أما ما تعلق بتقدير حجية الدليل الكتابي فيخضع إلى أحكام المادة 324 وما بعدها من القانون المدني .

2- بخصوص الإقرار والأمر بالحضور الشخصي للخصوم للاستجواب :

يقصد بالإقرار اعتراف مقصود من شخص بواقعة يترتب عليها أثر قانوني في مواجهته، ويكون ذلك غالباً بالتسليم بما يدعيه الخصم ، والإقرار بواقعة متنازع عليها ، فهذا دليل قاطع على ثبوتها، وقد يصدر الإقرار من الشخص مباشرة وقد يصدر نتيجة مناقشة الخصم له أو من خلال الاستجواب⁴. ويملك المحكم الداخلي الأخذ بالإقرار وفقاً للشروط والضوابط المقررة في أحكام المادتين 341-342 من القانون المدني .

1 - في المادة 30 فقرة 3 منه أين نص على : " - 3يجوز لكل من الطرفين أن يرفق ببيان الدعوى أو بذاكرة الدفاع على حسب الأحوال صوراً من الوثائق التي يستند إليها وأن يشير إلى كل أو بعض الوثائق وأدلة الإثبات التي يعتزم تقديمها ولا يخل هذا بحق هيئة التحكيم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى في طلب تقديم أصول المستندات أو الوثائق التي يستند إليها أي من طرفي الدعوى." .

2 - المادة 21 من ق إ م إ تنص على أن : " يجب إيداع الأوراق والسندات والوثائق التي يستند إليها الخصوم دعماً لادعاءاتهم بأمانة ضبط الجهة القضائية بأصولها أو بنسخ رسمية منها أو نسخ مطابقة للأصل وتبلغ للخصم ، غير أنه يجوز للقاضي قبول نسخ عادية عند الاقتضاء ... " .

3 - فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 365

4 - محمد حسين منصور، قانون الإثبات " مبادئ الإثبات وطرقه، دون طبعة ، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 1998 ص 201 .

- عرفته المادة 314 من القانون المدني الجزائري بأنه : " اعتراف الخصم امام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها " .

ولمحكمة التحكيم بالمقابل أن تطلب حضور الخصوم أو أحدهم لاستجوابه بشأن أي مسألة من المسائل التي يثيرها النزاع، بالرغم من أنها وسيلة إثبات نادرة الاستعمال من حيث الواقع، كون الخصوم يمثلون بأنفسهم أمامها طوعاً واختياراً، ويطبق المحكم بشأن ذلك - ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك - أحكام المواد من 98 الى المادة 107 من ق إ م إ ، وفي حال تخلف الخصم عن حضور الاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني، جاز للمحكمة أن تقرر قبول الإثبات بشهادة الشهود أو القرائن فيما لا يجوز قبولها فيه أصلاً¹.

3- بخصوص الشهادة

شهادة الشهود هي قيام شخص من غير أطراف الخصومة التحكيمية بالتصريح أو الإخبار أمام محكمة التحكيم بما يعرفه شخصياً ومسبقاً، حول حقيقة وقائع تصلح محلاً للاثبات فهي إخبار من شخص على وجود حق لغيره على غيره² والاستعانة بشهادة الشهود كدليل في الإثبات من عدمه يخضع لتقدير المحكم، بحيث يكون له أن يأخذ بها إذا ما اطمأن إليها، أو أن يرفضها إذا سايره الشك حولها مع مراعاة التقيد بما اتفق عليه الأطراف في هذا الشأن، بحيث إن كانوا قد اتفقوا على عدم الحاجة إليها فلا يجوز له من الأصل الاعتماد عليها³ والعكس صحيح وفي قانون التحكيم المصري⁴ يكون سماع الشهود والخبراء بدون أداء اليمين سواء

¹ - رولا عمر جبرائيل الصليبي، رولا عمر جبرائيل الصليبي، إجراءات الإثبات أمام المحكمين وفق قانون التحكيم الفلسطيني دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات العليا، جامعة القدس، فلسطين ، سنة 2013 ، ص 77

² - توفيق حسن فرج ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003 ، ص 156

³ - احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ن ص 529

⁴ - تنص المادة 33 ف 4 من قانون التحكيم المصري : " ويكون سماع الشهود والخبراء بدون أداء يمين ". ويرى أحمد عبد الكريم سلامة أن العلة في عدم إمكان تحليف الشهود اليمين ترجع إلى أن ذلك فيه نوع من القهر والاجبار الذي يحتاج إلى سلطة الأمر ، وهو ما لا تملكه هيئة التحكيم، كما أن حلف اليمين يعني أن الحالف صادق في شهادته فإن تبين بعد ذلك كذبه كان مرتكباً لجريمة شهادة الزور المعاقب عليها، وهيئة التحكيم لا تملك سلطة توقيع عقوبات جنائية . أنظر احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 530.

في التحكيم الداخلي أو الدولي وكذا الشأن بالنسبة لقانون التحكيم الداخلي الفرنسي¹، أما بالنسبة للتشريع الجزائري فإنه لم يفرد نص خاص بهذا الخصوص، كما فعل التشريعين السابقين، وعلى ذلك فإن المحكم طبقا للمادة 1019 من ق إ م إ - في حال عدم وجود اتفاق يخالف ذلك - عليه تطبيق قواعد الإثبات بالشهادة المحددة في القانون المدني في المواد من 333 إلى 336 وفي قانون الإجراءات المدنية والادارية في المواد من 150 إلى المادة 163. وقد أخذ بهذا الاتجاه قانون التحكيم الأردني وبالنتيجة فإن لمحكمة التحكيم الداخلي أن تأمر الشاهد بأداء اليمين بأن يقول الحقيقة أو أن تعفيه منها اذا توافرت الأسباب المحددة قانونا²

وإذا كان لمحكمة التحكيم صلاحية سماع الشهود فإنه متى امتنع شاهد عن الحضور يمكن الرجوع الى القضاء الوطني لاستصدار أمر بالحضور قابل للتنفيذ مع

¹ - Arti 1467 de CCPF prévoit que : « Le tribunal arbitral procède aux actes d'instruction nécessaires à moins que les parties ne l'autorisent à commettre l'un de ses membres. Le tribunal arbitral peut entendre toute personne. Cette audition a lieu sans prestation de serment. Si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte » .

² - و نعتقد أن حلف اليمين غير مرتبط بسلطة المحكم الداخلي فهذا الأخير له أمر الشاهد بأداء اليمين لتحقيق الطمأنينة لديه بصدق شهادته فقط ، كونه يستند إلى ضمير الشاهد فإن أبى أدائها فللمحكم السلطة في الأخذ بها أو تركها على أن قوتها في الأخذ بها من المحكم لا تكون محققة كالذي يؤدي اليمين أي أن الشاهد المؤدي اليمين تؤخذ شهادته على سبيل الدليل في حين في غيرها تكون على سبيل الاستئناس .

ونوضح هنا أنه إذا تبين فيما بعد كذب الشاهد في أقواله بعد أدائه اليمين القانونية لا يمكن متابعته جزائيا بشهادة الزور طبقا للأحكام المادة 235 من قانون العقوبات الجزائري، كون هذا التجريم يتعلق بالذي يؤدي شهادة بشأن دعوى قضائية مدنية أمام القاضي ، وأخذا بالتفسير الضيق للنص فإنه لا يمكن تمديد ذلك للذي يؤدي شهادته أمام المحكم حتى وإن أدى اليمين القانونية وإنما في هذه الحالة للطرف المتضرر من الشهادة إلا الرجوع بالتعويض على صاحبها وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية ، وبالعكس من ذلك نجد أن المادة 32 من قانون التحكيم الأردني تنص على أن للمحكم تحليف الشهود اليمين وكل من أدى شهادة كاذبة أمام المحكم في مسألة جوهرية يعتبر أنه ارتكب جرم الشهادة الكاذبة ويجوز التحقيق معه ومحاكمته . أنظر قانون التحكيم الاردني رقم 31 لسنة 2001 ، المرجع السابق.

إمكانية توقيع العقوبات عليه عند التخلف¹.

4- بخصوص الخبرة

تعتبر الخبرة من أكثر وسائل الإثبات شيوعاً، فهي تهدف الى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية²، ووضع نتائج ذلك تحت يد المحكم من أجل الوقوف على حقيقة النزاع المعروض عليه، فالخبير شخص له علم وتخصص تقني في أحد العلوم يمكنه من إعطاء الرأي والمشورة والاقتراحات فيما يعرض عليه من أمور³.

وبالرغم من أنه يتم اختيار المحكم في الغالب بسبب ما يتوفر لديه من خبرة سواء كانت قانونية أم فنية، مما يعني الاستغناء عن اللجوء إلى أصل الخبرة إلا أن هناك حالات تقنية وفنية يتعذر فيها تحقيق ذلك، ويستعصى عليه الاحاطة بها، وبالتالي لا مناص من اللجوء إلى الخبرة⁴، ولا تلجأ هيئة التحكيم إلى الخبرة كإجراء من إجراءات الإثبات إلا إذا عجزت إجراءات المعاينة والمشورة عن إجلاء الغموض عما شاب الوقائع⁵ واللجوء إلى الخبرة جوازي لمحكمة التحكيم، إذ يدخل ذلك في سلطتها التقديرية⁶ على أنه يجوز للأطراف الإتفاق على إلزامها بذلك، وهنا وجب عليها الإلتزام بذلك حتى وإن كان هذا الاتفاق أثناء سريان الخصومة.

ولقد أفرد المشرع المصري نص خاص بخصوص الخبرة⁷، في حين أن التشريع الفرنسي في شقه المتعلق بالتحكيم الداخلي لا يوجد نص خاص ينظم هذه المسألة، الامر

1 - مهذ احمد الصانوري ، المرجع السابق ، ص 114-115
- في قانون الاجراءات المدنية والادارية لا نجد ما يفيد أن للقاضي مكنة توقيع عقوبة على الشاهد في حالة تخلفه عن الحضور، وهو ما يعد فعلاً فراغاً لا ندري لماذا لم ينتبه اليه المشرع، سيما وأن القانون القديم في المادة 67/2 منه كان ينص على ذلك بالقول: "يجوز الحكم على الشهود الذين يتخلفون عن الحضور بغرامة مدنية لا تجاوز 50 دج مع النفاذ المعجل ... ويجوز إعادة تكليفهم وتحميلهم المصاريف فإذا تخلفوا يحكم عليهم بغرامة لا تجاوز 100 دج ...". و نعتقد أنه في ظل غياب الجزاء في القانون الجديد لا نجد محفزاً في لجوء الهيئة التحكيمية الى القضاء للمطالبة بتنفيذ أمر سماع شهود.

2 - تنص المادة 125 من ق إ م إ على أن: " تهدف الخبرة الى توضيح واقعة مادية تقنية او علمية ".
3 - Maré-Anne Frison Rochet et Denis Mazeaud, L'expertise ; Dalloz ; 1995.p. 3

4 - رولا عمر جبرائيل الصليبي ، المرجع السابق ، ص 89

5 - منير يوسف المناصير ، المرجع السابق ، ص 384

6 - فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 369

7 - انظر المادة 36 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 ، المرجع السابق .

الذي يجعلها خاضعة لإرادة الأطراف أولاً، وفي حالة عدم الاتفاق أو السكوت عنها يؤول للهيئة التحكيمية السلطة التقديرية في اللجوء إليها مع احترام فقط مبدأ المواجهة والدفاع أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يفرد بدوره نص خاص بشأن ذلك مما يجعلها خاضعة لأحكام المادة 1019 منه أي أنه عند عدم وجود اتفاق مخالف يطبق المحكم إلزاماً القواعد المعمول بها بهذا الشأن أمام القاضي أي الأحكام المنوه عنها في المواد من 125 الى 145 مع تكييف ذلك مع ما يلائم التحكيم .

5- المعاينة والانتقال إلى الأماكن

المعاينة إجراء من إجراءات الإثبات تتم من خلال انتقال محكمة التحكيم أو أحد أعضائها لمكان تواجد المال المتنازع عليه والوقوف عليه بنفسها لا على ما رآه الغير ووصفه لها، فهي تعرف على أنها الكشف الحسي المباشر من قبل محكمة التحكيم لإثبات حالة البضاعة أو الأموال أو غيرها من الأشياء المتنازع عليها ما بين الأطراف¹ ومنه تعطي لها العلم والمعرفة الدقيقة والصحيحة عن حقيقة النزاع.

وتخضع المعاينة - في حال عدم وجود اتفاق يخالف ذلك - لكامل تقدير محكمة التحكيم في اللجوء إليها من عدمه سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم، إلا أنها مقيدة بذكر أسباب الرفض، حتى وإن كانت قد قررت الانتقال للمعاينة ووجدت فيما بعد أن أوراق الدعوى تكفي لتكوين قناعتها للفصل في النزاع، فلها أن تعدل عن قرارها في الانتقال للمعاينة، حيث أنها لا تنتقيد بهذا القرار لكن ينبغي عليها بيان أسباب العدول².

وبالرجوع الى قانون الاجراءات المدنية والادارية نجد أن المحكم الداخلي ليس له نصوص خاصة تنظم هذا الإجراء، وإنما كغيره من الإجراءات يخضع لإرادة الأطراف أولاً فإن لم يوجد أي إتفاق بهذا الخصوص يطبق تلك الإجراءات المعمول بها أمام القاضي أي القواعد المنصوص عليها في المواد من 146-149 من ق إ م إ. وعلى عكس

¹ - منير يوسف المناصير ، المرجع السابق ، ص 414
² - رولا عمر جبرائيل الصليبي ، المرجع السابق ، ص 99-100

المعاينة والشهود فإن التشريعين المصري والفرنسي لم يضعوا نصوص خاصة حول المعاينة وإنما تخضع للقواعد العامة التي تحكم إجراءات التحكيم.

6 - القرائن

تعرف القرائن بوجه عام بأنها افتراض تحقق أمر معين من تحقق أمر آخر على أساس أنه يغلب تحقق الأول إذا تحقق الثاني، أي أنها استنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت¹ وهذا متوقف على الظن والترجيح وعلى مدى فطنة القاضي والمحكم وذكائهما. وسلطة المحكم الداخلي في استنباط القرائن تمر بمرحلتين²: في المرحلة الأولى يقرر المحكم بأن واقعة معينة أو عدة وقائع تعد ثابتة في النزاع المعروض أمامه، لينتقل في المرحلة الثانية إلى تقرير أن قيام الواقعة أو الوقائع التي اعتبرها ثابتة يترجح معها ثبوت الواقعة القانونية مصدر الحق المتنازع عليه بين أطراف الخصومة، وفي هذه المرحلة للمحكم سلطة واسعة في تقدير دلالة الواقعة الثابتة على الوقائع غير الثابتة وهي ليست ملزمة له، وتقديرها يأخذ مأخذ الشهادة مع تحمل المحكم كل المسؤولية الاخلاقية عند الحكم بها لأنها مبنية على استنباطه.

و بالرجوع الى النظام القانوني الجزائري نجد أن تنظيم القرائن وأحكامها واردة ضمن المواد من 337 الى 340 من القانون المدني، والمحكم الداخلي في حال عدم وجود اتفاق يخالف ذلك يطبق هذه القواعد كما هو الشأن بالنسبة لطرق الإثبات الأخرى.

7 - اليمين

تعرف اليمين بأنها الحلف الذي يصدر من أحد الخصمين على صحة ما يدعيه أو عدم صحة ما يدعيه خصمه³ فهي مرتبطة بديانة الشخص وخلقه وهي على نوعين يمين حاسمة ويمين متممة.

¹ - سليمان مرقس، طرق الإثبات في تقنيات البلاد العربية ، بحث مقدم لمعهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، سنة 1974 ، ص 73 .

² - منير يوسف المناصير ، المرجع السابق ، ص 469-470-471 .

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، الإثبات، دار النهضة العربية، سنة 1982، ص 674.

ولم يحدد المشرع الجزائري كذلك أحكام خاصة باليمين، وإنما أخضعها لما يتفق عليه أطراف الخصومة التحكيمية، وفي الحالة المعاكسة يطبق المحكم القواعد المعمول بها بهذا الخصوص أمام القاضي في المواد 348 إلى 350 من القانون المدني والمواد 189 إلى 193 من ق إ م إ.

وفي هذا الإطار وجب الإشارة إلى أن اليمين الحاسمة توجه من أحد أطراف الخصومة التحكيمية إلى الطرف الآخر ولا سلطة للمحكم الداخلي في توجيهها، وإذا ما حلفها من جهة إلى حكم له المحكم ويكون ملزما بما يتم التوصل إليه حتى وإن كانت قناعته مغايرة لذلك، أما إن نكل عن حلفها دون أن يردّها إلى من وجهت له حكم عليه وخسر الدعوى، ويجوز توجيهها في أي حالة كانت عليها الخصومة التحكيمية على أنه فقط لا يجوز أن تكون منصبة على واقعة مخالفة للنظام العام والآداب العامة، فالدعوى تحسم بإرادة الأطراف ليبقى المحكم دوره ينحصر في مراقبة الشروط التي نص عليها القانون فقط¹.

أما اليمين المتممة للمحكم الداخلي توجيهها من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين ليستكمل بها إقتناعه عندما يرى أن ما قدمه الخصم من أدلة لم يكن كافيا، وهي تخضع لسلطته التقديرية²، كما أنه لا يكون ملزم بنتيجتها، وذلك لأن حلفها لا يؤدي إلى حسم النزاع كاليمين الحاسمة فقد تظهر له أدلة لها قوتها الثبوتية، ويمكن له أن يعيد تقدير الأدلة الناقصة فيرجع عن رأيه ويقرر أنها كافية لتكوين عقيدته³.

¹ - Bertrand Moreau, l'intervention du tribunal au cours de la procédure arbitrale en droit français et droit comparé, Rev. arb. 1978, p. 323.

² - منير يوسف المناصير، المرجع السابق، ص 446-447.

³ - المرجع نفسه، ص 448 - 451.

أما بالنسبة للتشريعين المصري والفرنسي فلا نجد بهما أيضاً تنظيمًا خاصًا لها على غرار الشهود والخبرة الأمر الذي يجعلها تخضع للقواعد القانونية التي تم إخضاع إجراءات التحكيم لها.

الفرع الثاني

سلطة المحكم الداخلي في اتخاذ الإجراءات التحفظية والمؤقتة

لا تخلو وقائع الدعوى التحكيمية من وجود حالات طارئة تهدد مصالح الخصوم، أو تكون سبباً في إلحاق الضرر بالحق أو المركز القانوني للخصم، ولذلك توجهت التشريعات الوطنية والدولية إلى إيجاد حل يسمح للخصم باتخاذ إجراءات وقتية سريعة صيانة لمصلحته دون المساس بأصل الحق و يكون الحكم الذي يصدر فيها ذو صفة مؤقتة، ويمكن الرجوع عنه أو تعديله من الجهة التي أصدرته¹ ومثالها التعويض المسبق الذي يحكم به حتى يتم الفصل في دعوى الموضوع بصفة نهائية، سماع شاهد على فراش الموت تكون شهادته منتجة في الدعوى التي يحتمل طرحها أمام القضاء، إثبات حالة، حجز تحفظي، الحراسة المؤقتة على الشيء، الأمر ببيع البضاعة السريعة التلف، إثبات واقعة يخشى زوال معالمها عند النزاع فيها... الخ².

¹ - حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة النشر، ص 181 وما بعدها.

² - ولقد اختلف الفقه والقضاء في تعريفها إلا أنه إجمالاً يمكن تعريفها على أنها تلك التدابير التي تتخذ على سبيل الاستعجال ولا تمس أصل الحق، والهدف منها هو الحفاظ على إمكانية تنفيذ الحق في المستقبل أو تحقيق مصلحة آنية للطالب أو حمايتها، فهي وسائل تكفل وجود الحق والحصول عليه عند المنازعة فيه، وتنتهي بزوال الخطر تلقائياً أو بواسطة أعمال الحماية الموضوعية وعادة ما تصدر في شكل قرار مؤقت لحين إصدار الحكم النهائي، وتتميز في كونها لا تهدف إلى حل النزاع مباشرة بل إلى تسهيل تحقيق غرض الخصومة الأصلية و توقي خطر داهم حال أو يمكن توقعه في المستقبل، كما أنها غير نهائية ولا تحوز على حجية عند الفصل في موضوع النزاع فبقاء سريان هذه التدابير مرتبط بنتيجة الدعوى الأصلية وعلى ذلك فهي تبعية تتخذ بصدد نزاع موجود وقائم أو محتمل الوقوع في المستقبل والذي اتفق على الفصل فيه عن طريق التحكيم.

وهناك من يُميّز بينهما على أساس أن التدابير المؤقتة تشكل حماية بديلة مؤقتة تهدف إلى حماية مصلحة عاجلة لا يتسنى حمايتها بالطرق العادية وتظل قائمة إلى أن يتم توفير الحماية العادية، فحين أن التدابير التحفظية تهدف إلى صون و المحافظة على الحق لضمانه في المستقبل فهي تتخذ بهدف الاحتياط لحق يخشى زوال الدليل عليه عند حدوث نزاع حوله في المستقبل، أو لأجل المحافظة على الضمان العام للدائن كإجراء الحجز التحفظي.

- أنظر المرجع نفسه، ص 404. يوسف حسني الحر، صلاحية اتخاذ التدابير التحفظية والوقائية في الاعمال التحكيمية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، فلسطين، سنة 2014، ص 14.

وانطلاقاً من طبيعـية الخصومة التحكيمية وما تقتضيه مهمة المحكم بالنظر في موضوع النزاعات واتخاذ جميع الإجراءات الواجبة لحفظ حقوق الأطراف، نادى الفقهاء بضرورة تمكين محكمة التحكيم من اتخاذ الوسائل الكفيلة لتحقيق ذلك، وفي هذا المجال تم التمييز بين المرحلة ما قبل تشكيل المحكمة والمرحلة ما بعد تشكيلها.

أولاً: اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفيزية قبل تشكيل محكمة التحكيم

قبل تشكيل محكمة التحكيم يستأثر القضاء الوطني على سبيل الحصر باتخاذ هذه التدابير، ويرجع ذلك لعدة أسباب أهمها أن الإجراءات المؤقتة أو التحفيزية ذات طابع مستعجل، وأن التريث في اتخاذها لـحين تشكيل محكمة التحكيم قد يلحق الضرر دون مسوغ بأحد الأطراف فمبدأ الضرورة يقتضي مثل هذا التدخل من القاضي¹.

وعلى الرغم من استئثار القاضي الوطني قبل تشكيل محكمة التحكيم باتخاذ هذه التدابير، فقد رآه البعض بأنه غير ملائم لمصالح الكثير من أطراف التحكيم لأنه لا يحقق طموحاتهم في التحرر من التشريع والقضاء الوطني، ولا يضمن لهم السرية والسرعة المطلوبة في مجال الأعمال والاستثمار، و لذلك قد يتفق الأطراف على وضع إجراءات خاصة تتيح إصدار تدابير طارئة في مرحلة ما قبل تشكيل المحكمة، تعهد هذه المهمة إلى محكم فرد أو محكمين، كما قد يتفقون على اللجوء إلى تحكيم الطوارئ المؤسسي، أين تضع في الغالب هذه المؤسسات التحكيمية قواعد تمنح من خلالها لشخص يعين من

- علي الشحات الحديدي، التدابير الوقائية والتحفيزية في التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، 1998، ص 19. راغب وجدي، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، جامعة عين شمس، 1973، ص 198. الصانوري مهند أحمد، المرجع السابق، ص 103.

² - Jean-François Poudret et Sébastien Bessen, droit comparé de l'arbitrage international , Bruxelles, L.G.D.J. 2002, P549

¹ - لعجال يسمينة، ربيعة رضوان، حتمية تدخل القاضي الوطني في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد التاسع، الجزائر، 2018 ، ص 136 ، حفيزة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 21 - Mohamed El Mehdi Najib, L'intervention du juge dans la procédure arbitrale, Université de Bordeaux, Français, 2016 , p.37. voir le lien elc : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01372508>. (19 sep 2021).

- وباستقراء قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع نظم أحوال الاستعجال التي تستلزم اتخاذ التدابير التحفيزية والمؤقتة من طرف القاضي في المواد من 299 الى 312 منه.

قبل المؤسسة سلطة إصدار تدابير وقائية¹. لكن من الناحية العملية ونظر للتكاليف المرهقة في كثير من الاحيان يستغني الخصوم عن ذلك .

ثانيا : اتخاذ التدابير بعد تشكيل محكمة التحكيم

اختلف الفقه بهذا الخصوص فهناك من جعل سلطة اتخاذها لهيئة التحكيم استثنائا وهناك من أعطاها للقاضي العمومي وفريق ثالث جعلها مشتركة ما بين المحكم والقاضي وكان لكل رأي حججه واسانيده في ذلك:

- **فالاتجاه الأول** يذهب إلى أنه متى وجد بند صريح في اتفاقية التحكيم أو عقد المحكم يمنح للمحكم صلاحية اتخاذ تدابير وقائية أو تحفظية، فإن هذا البند يصبح أساساً لسلطته باتخاذ هذه الاجراءات، ويكون لمثل هذا الاتفاق الدور الاقصائي والمبعد لتدخل القضاء، كما يمكن أن يكون ذلك ضمناً في حالة الاحالة على نظام مركز أو مؤسسة تحكيمية تكفل القيام بهذه المهمة²، و مادام الأطراف قد اختاروا بأنفسهم التحكيم، فإن الطرف الذي صدرت ضده سيضطر للتنفيذ الطوعي إحتراما لمبدأ حسن النية³.

فعلى حد تعبير محكمة النقض الفرنسية منح الاختصاص للمحكم هو : " امتداداً وضرورة للفصل في أصل النزاع، وهو أمر لازم لتأمين فاعلية الوظيفة التحكيمية، ولا يشكل أي تجاوز لمهمة المحكم"⁴.

¹ - وفكرة محكم الطوارئ يقصد منها ملء الفراغ في الفترة الزمنية الواقعة بين نشوء النزاع أو احتمال نشوئه، وفترة تشكيل محكمة التحكيم . وعلى مقتضى هذا النظام، فإن محكم الطوارئ يخول صلاحية اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية قبل تشكيل المحكمة، وهو ما يمنح الفرصة للأطراف للمحافظة على سرية منازعتهم والمحافظة على سمعتهم في السوق ويجنبهم، في الوقت ذاته، تدخل القضاء الذي تتصف اجراءاته - عادة - بالعلنية والبطء والكلفة العالية والتعقيد.

- أنظر سيد أحمد محمود، تحكيم الطوارئ في منازعات الاستثمار، 2015، ص 7-8 . متوفر على الموقع الآتي : <http://law.tanta.edu.eg> (18-sep-2021) . نجلاء توفيق فليح ، تنازع الاختصاص بين القضاء وهيئة التحكيم في اتخاذ التدابير التحفظية والمؤقتة، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة عجمان ،الامرات العربية المتحدة ، المجلد 13 العدد 04 لسنة 2020 ، ص 94-95 .

² - Alfred Bernard, L'arbitrage volontaire en droit privé. L'arbitrage en droit interne belge et français, étude critique comparée. Paris, L. G. D. J., 1937, p.66

³ - بكر عبد الفتاح السرحان، شرح قانون التحكيم الإماراتي، دار الحافظ، الإمارات العربية المتحدة، 2020 ، ص 37، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص 23 ، نجلاء توفيق فليح ، المرجع السابق ، ص 98 .

⁴ - Paris, 7 oct. 2004, Otor, J. Int'l Arb. 2005. 357, note D Bensaude. Voir le lien elc : <https://www.bensaudeparis.com/actualit%C3%A9s/>. (3-10-2021 عليه بتاريخ)

وأما ما تعلق بافتقار المحكمة لسلطة الجبر فانه يمكنه تجاوزها باتخاذ وسائل جبرية كالغرامة التهديدية¹، ويمكن لها - كما في القضاء - أن تطلب تأمينات وضمائن مالية أو كفالة مسبقة من الأطراف، لتعويض ما يلحق بقية الأطراف من خسائر في حالة وجود أضرار ناجمة عن سوء نية من طلبها، ويؤمن في الوقت نفسه استجابتهم والتزامهم بقبول تنفيذ تلك التدابير تجاههم، بصورة طوعية وفورية².

- أما الاتجاه الثاني فيرى أن وجود اتفاقية التحكيم لا يعطل الإختصاص الأصيل للقاضي الوطني في مجال الاستعجال حتى وإن كانت محكمة التحكيم منعقدة، ذلك أن صلاحية هذه الأخيرة في نظر موضوع النزاع إستثناء عن الأصل، الأمر الذي يتعين معه عدم التوسع في صلاحياتها وكف يد القضاء عن نظر النزاع على الجانب الموضوعي منه فقط³، كما أن موضوع التدابير التحفظية والمؤقتة منظم بنصوص آمرة تتعلق بالنظام العام ولا يمكن أن تخضع لإرادة الأطراف⁴.

- أما الإتجاه الثالث فذهب للقول أنه ينبغي توزيع سلطة اتخاذ هذه التدابير ما بين القاضي والمحكم في إطار مبدأ الإختصاص المشترك ما بين القضاة أين يتم تقدير أي من منهما أكثر قدرة على كفالة الإجراء الوقتي أو التحفظي المطلوب اتخاذه، وضمان تنفيذه على وجه السرعة نظراً لحالة الاستعجال التي تقتضيها. ومعنى ذلك أنه يعترف لمحاكم الدولة بالفصل في التدابير الوقائية التي تعرض عليها على الرغم من وجود اتفاق التحكيم وحتى وإن كانت محكمة التحكيم منعقدة، بما يخول للطرف المستعجل الاستفادة من طابع النفاذ للأوامر الصادرة عن القضاء بهذا الخصوص من دون أن يشكل ذلك تنازلاً عن

¹ - الحسين السالمي، الاختصاص الاستعجالي في التحكيم، مجلة القضاء التجاري، عدد 05، ص 2

² - تنص المادة 1046 من ق إ م إ في مجال التحكيم الدولي على انه: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة وتحفظية بناء على طلب أحد الأطراف مالم يتم ينص اتفاق التحكيم بخلاف ذلك إذا لم يقر الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم ان تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي

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

³ - نجلاء توفيق فليح، المرجع نفسه، ص 100-101

⁴ - الحسين السالمي، المرجع نفسه، ص 23

اتفاق التحكيم¹. على أنه بالمقابل يمكن لمحكمة التحكيم اتخاذ هذه التدابير في حالة اللجوء اليها ليتم اللجوء الى القضاء بعدها للجبر على تنفيذ الأوامر الصادرة عنها.

ثالثا: موقف المشرع والقضاء الجزائري بخصوص سلطة المحكم الداخلي في الأمر بالتدابير التحفظية والوقائية

باستقراء النصوص الخاصة بالتحكيم الداخلي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتبين لنا عدم وجود أحكام خاصة بتنظيم هذه المسألة، وهذا على عكس المادة 1046 منه، والتي أعطت للمحكم الدولي سلطة الأمر باتخاذ هذه التدابير، بناء على طلب أحد الأطراف ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، وفي حال عدم القيام بالتدبير المأمور به يمكن للمحكم اللجوء إلى القضاء لأجل طلب التدخل لجبره على التنفيذ، كما يمكن للمحكم عند الأمر بالتدبير إخضاعه لتقديم ضمانات مالية، وهنا يظهر أن المشرع أخذ في التحكيم الدولي بمبدأ توزيع الاختصاص المشترك، وحسم الجدل الفقهي لصالح الاتجاه الثالث حين أعطى سلطة الأمر بالتدابير التحفظية مشتركة بين القاضي والمحكم وهو ما يستخلص من قراءة الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة.

وبالنظر إلى عدم تنظيم المشرع لهذه المسألة في مجال التحكيم الداخلي فإن ذلك يدعونا الى التساؤل إن كان للمحكم الداخلي صلاحية اتخاذ مثل هذه التدابير؟ وهل يمكن تكييف الاحكام المنوه عنها بالمادة 1046 أعلاه لتشمله؟

بالرجوع إلى التشريع الفرنسي في المادة 1468 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي²، أعطى المشرع الفرنسي للمحكم في ظل التحكيم الداخلي صلاحية اتخاذ أي تدبير تحفظي أو مؤقت يراه مناسبا تحت طائلة فرض غرامة تهديدية على الممتنع عن

¹ - نادية محمد مصطفى قزمار، سلطة المحكم بإصدار أحكام مستعجلة، مجلة بحوث جامعة الشرق الأوسط، ص 247، أنظر أيضا سونا عمر عبادي، أحمد حسن الباز، المرجع السابق، ص 89-90

² - Art 1468 de CPCF prévoit que : « Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires
Le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée »

التنفيذ ما عدا ما تعلق بالحجز التحفظي، وما له علاقة بحسن سير مرفق القضاء فان القضاء هو وحده المختص بنظرها، وإذا ما تبين للمحكم العدول عن التدبير المتخذ فله ذلك.

كما أن التشريع المصري أعطى للهيئة التحكيمية على المستوى الداخلي أو الدولي سلطة اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية دون أن يكون الاختصاص قاصرا عليها، فحول للقاضي من حيث الأصل سلطة اتخاذ هذه الإجراءات وأجاز في الوقت نفسه للخصوم الاتفاق على إعطاء هذه السلطة للمحكم¹.

ويمكن القول بالنسبة للتشريع الجزائري أنه في ظل الفراغ بخصوص تنظيم هذه المسألة في التحكيم الداخلي يتم تطبيق أحكام المادة 1019 من ق إ م إ، إذ بهذا الخصوص يتم النظر في عقد المحكم، فإذا كان الأطراف قد خولوا للمحكمة صلاحية النظر في هذه التدابير وجب تطبيق أحكام هذا الاتفاق، فإذا لم يتفقوا على ذلك جاز لأي منهم أن يطلب إتخاذ هذه التدابير من القضاء.

¹ - تنص المادة 14 من قانون التحكيم المصري على أنه: "يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون أن تأمر بناء على طلب أحد طرفي التحكيم، باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها".

- وقضت محكمة النقض المصرية بأن: "مشاركة التحكيم لا تمنع القاضي المستعجل من البت في الإجراءات الوقتية والتحفظية، لأنه ليس من العدالة في شيء أن يقف القضاء المستعجل مكفوف اليدين أمام خطر داهم يستوجب اتخاذ إجراء وقتي حتى يفصل في موضوع الحق لا لشيء إلا لأن طرفي الخصومة قد عهدا بالفصل في هذا النزاع إلى هيئة التحكيم، وقد يستغرق الفصل في هذا النزاع أمدا طويلا أمام هذه الهيئة تتعرض خلالها مصالح أحد الطرفين للضياع ومن ثم كان حقا على القضاء المستعجل أن يتخذ إجراء وقتيا حفظا لحقوق المتخاصمين، حتى ولو كان النزاع مطروحا أمام هيئة التحكيم، لأن في ذلك صونا للحقوق وعلى الأخص إذا ما لوحظ أن الإجراءات التحفظية هي إجراءات وقتية لا تمس صميم الحق ولا تتعرض لأصل النزاع وهي بذاتها لا تحوز قوة الأمر المقضي فيه، كما أن منطق القانون لا يمنع من ذلك لأن مناط اختصاص القضاء المستعجل يقوم على توافر ركني الخطر وعدم المساس بأصل الحق. فإذا ما توافر هذان الركنان كان لزاما على القضاء المستعجل أن يأمر بما يراه حفاظا للحقوق على الوجه الذي يستظهره من أوراق الدعوى ومستنداتها وهو في ذلك يحمي لهما حقوقهما ويصونها من كل عبث حتى تقول هيئة التحكيم كلمتها".

- استئناف مختلط في 1936/04/22، المحاماة، السنة 17، رقم 618، ص 1248. أورده سيد أحمد محمود، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري، مرجع سابق، ص 25 و 26.

- انظر أيضا محمود سمير الشرقاوي، الإجراءات المؤقتة والتحفظية في مجال التحكيم التجاري، مجلة التحكيم العالمية، عدد 18، أبريل 2013، ص 118.

أما في حالة سكوتهم عن تنظيم هذه المسألة وتم رفع طلب من أحد الأطراف لاتخاذ التدبير التحفظي أو المؤقت أمام المحكمة التحكيمية فهنا نعتقد - بعكس ما ذهب إليه البعض الآخر¹ - أنها تتمتع بسلطة الامر باتخاذها، ولها في هذا الشأن اتباع الأحكام المنصوص عليها في المواد 299 الى 312 من ق إ م إ مع مراعاة ما يلائم طبيعة النزاع وخصوصية بعض الإجراءات.

وإذا كان لا يوجد ما يمنع في الأصل من اتباع أحد الأطراف الطريق القضائي لأجل اتخاذ التدابير التحفظية والمؤقتة بالنظر إلى طبيعتها وتعلقها بالنظام العام، فإنه من جهة أخرى على القاضي أن يكون مرنًا، حتى وإن كان له الحق في التدخل فيكون دوره احتياطيًا²، وهذا متى رأى أن محكمة التحكيم قد تم إخطارها لاتخاذ مثل هاته التدابير، وذلك تجنباً لصدور قرارات متناقضين ولحسن سير الخصومة التحكيمية سيما متى تم الرضا بذلك من الأطراف³.

الفرع الثالث

سلطة المحكم الداخلي بخصوص الطلبات والدفع

تخطر محكمة التحكيم بالخصومة التحكيمية عن طريق طلب يرفع إليها بهذا الخصوص، ومن خلال ذلك يمكن لها بحث ما تضمنه وتضمن الطرف الآخر من الرد عليه بمختلف الدفع وما بين هذه الطلبات والدفع، للمحكم الداخلي صلاحيات وسلطات نبينها فيما يلي.

¹ - ذهب عبد الحميد الأحذب إلى القول أنه عندما لم ينص قانون الإجراءات المدنية القديم و قانون الإجراءات المدنية والادارية الجديد فإن ذلك معناه أن صلاحية الأمر بالتدابير التحفظية والوقائية يؤول للقضاء حصرا في مجال التحكيم الداخلي .

انظر بهذا الخصوص عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص باليومين الدراسين عن الطرق البديلة لحل النزاعات، الصلح والوساطة والتحكيم، يومي 15-16 جوان 2008 ، المؤسسة الوطنية للاتصال و النشر والاشهار، روية، الجزائر، سنة 2009، ص 121

² - Terki Noureddine, l'arbitrage commercial international en Algérie, OPU Alger 1999- P-113-114 .

³ - قمر عبد الوهاب، لا أثر لشرط التحكيم على اختصاص القضاء المستعجل بإصدار الإجراءات المؤقتة والتحفظية في النزاع موضوع اتفاق التحكيم في التشريع الجزائري ، مجلة التحكيم ، العدد السابع يوليو 2010 . ص 286

أولاً: سلطة المحكم بالنسبة للطلبات الأصلية

يشكل الطلب الوسيلة الإجرائية التي يتم بموجبها تقديم الادعاء أمام هيئة التحكيم¹، وعلى أساسه يتحدد النطاق الموضوعي لسلطة المحكم، إذ من خلال هذا الطلب يظهر للمحكم النزاع المطلوب للفصل فيه و المتفق على التحكيم بشأنه سواء فيما يتعلق بمحله أو بسببه.

و من البديهي ألا تخرج الطلبات الأصلية عن نطاق عقد المحكم واتفاق التحكيم، إذ على الرغم من إمكانية توسيع نطاق الخصومة التحكيمية بتعديل الطلبات، إلا أن ذلك يكون مقيداً بما ورد فيهما، فلا يجوز التعديل أو الإضافة إليه بما يتجاوزهما، لكن وأخذاً بمبدأ الاقتصاد في الخصومة الذي يقتضي وجوب تصفية المنازعات المرتبطة بالطلب الأصلي أو المتفرعة عنه، مع تلك المتعلقة بهذا الطلب سواء كانت طلبات مقابلة يقدمها المدعى عليه أو طلبات إضافية يقدمها المدعي. فإنه يمكن للمحكمة نظرها بشرط أن تكون مرتبطة بموضوع النزاع ولا يوجد اتفاق يمنعها من ذلك².

ثانياً: سلطة المحكم بالنسبة للطلبات العارضة

الطلبات العارضة هي تلك الطلبات التي تقدم أثناء سير الخصومة تسمح بإضافة أو تعديل أحد عناصر الطلب الأصلي، وقد ترد في شكل طلبات مقابلة أو طلبات إضافية³.

ويشترط في الطلبات المقابلة أن تكون مرتبطة بموضوع النزاع المطروح على محكمة التحكيم تحت طائلة الرفض⁴، أما الطلبات الإضافية فهي تقدم من المدعي أو

1 - يقصد بالطلب نوع الحماية القانونية التي يطلبها المدعي أو المدعى عليه في خصومة التحكيم، على حق أو مركز قانوني يدعيه لنفسه في مواجهة خصمه.

2 - فتحي والي، المرجع السابق، ص 345

3 الطلبات المقابلة هي الطلبات التي يقدمها المدعى عليه (المحتكم ضده) في خصومة التحكيم فهي طلبات تقدم دائماً بعد تحريك الخصومة وأثناء سيرها وتسمى بالمقابلة اعتباراً أن المدعى عليه (المحتكم ضده) يقابل بها طلبات المدعي (المحتكم) أو يرد بها عليه

- أنظر عمر زودة، الاجراءات المدنية على ضوء آراء الفقه و القضاء، انسكلوبديا للنشر، بن عكنون-الجزائر، بدون سنة نشر ص 207

4 - فتحي والي، المرجع السابق، ص 247 - 248 .

المدعى عليه بعد تقديم الطلب الأصلي بغية تعديل نطاق الخصومة من حيث الموضوع أو السبب. و تكون في أي مرحلة كانت عليها الدعوى التحكيمية.

ووجب التقيد في الطلبات بما تم الاتفاق عليه بين الأطراف والمحكم في عقد المحكم، ويكون ذلك ملزماً لهم، بحيث ليس لأي طرف أن يعدل طلباته خارج نطاق هذا الاتفاق، وبخلاف ذلك إذا حدد عقد المحكم المسائل المتنازع عليها والتي يشملها التحكيم دون ذكر للطلبات المتعلقة بها، فإنه فهذه الحالة يجوز تعديل الطلبات الأصلية أو المقابلة¹، دون استلزام الإذن من محكمة التحكيم مادام أن هذا التعديل يدخل في نطاق المسائل المتفق على التحكيم بشأنها ومرتبطة بالطلب الأصلي أو المقابل².

وتمارس محكمة التحكيم سلطة تقديرية في قبول الطلب الإضافي أو رفضه عند تقديمه أثناء سير إجراءات الخصومة التحكيمية، مستعينة بذلك بذات المعايير التي تخضع لها مقبولية الطلب الإضافي أمام القاضي العادي .

وليس في التشريع الفرنسي نص صريح بخصوص سلطة المحكم الداخلي في تعامله مع الطلبات الأصلية والعارضة، الأمر الذي يتعين معه تطبيق المادة 1464 منه وبالتالي يمكن لهيئة التحكيم اتباع القواعد والإجراءات المعمول بها أمام الجهات القضائية على أن تحترم المبادئ المنصوص عليها لا سيما المبينة بالمادة 4 منه³.

والتشريع المصري بدوره نص صراحة على أن لهيئة التحكيم سواء في التحكيم الداخلي أو التحكيم الدولي⁴ عدم قبول أي تعديل أو طلب إضافي إذا رأت في ذلك من

¹ - جارد محمد، المرجع السابق ، ص 71 .

² - فتحي والي ، المرجع السابق ، 349 .

³ - Art 1464 du CPCF:prévoit que : « A moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques.

Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1... »

⁴ - تنص المادة 32 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 على أنه : " لكل من طرفي التحكيم تعديل طلباته أو أوجه دفاعه أو إستكمالها خلال إجراءات التحكيم ما لم تقرر هيئة التحكيم عدم قبول ذلك منعاً من تعطيل الفصل في النزاع".

شأنه أن يعطل الفصل في النزاع، أي أن الأمر يؤول لسلطتها التقديرية لكن كمبدأ عام ليس لهيئة التحكيم أي سلطة في رفض إضافة أو تعديل الطلبات متى كانت مرتبطة بالطلب الأصلي أو المقابل .

أما في الجزائر فإن المشرع لم ينظم في قواعد التحكيم الداخلي هذه المسألة ، الأمر الذي يستدعي إعمال أحكام المادة 1019 من ق إ م إ المنوه عنها سلفاً، أين يتم تطبيق الأوضاع والقواعد المعمول بها أمام الجهات القضائية المنصوص عليها في المادتين 25 و 26 من ق إ م إ ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك .

ثالثاً: سلطة المحكم الداخلي بخصوص الدفوع والمسائل العارضة

يقصد بالدفع جواب الخصم على ادعاء خصمه بقصد منع الحكم له بما يدعيه، والدفوع التي يمكن تقديمها في خصومة التحكيم هي نفس الدفوع التي يجوز تقديمها في الخصومة أمام الجهات القضائية الوطنية، إذ يمكن لأطراف التحكيم التمسك بكافة أنواع الدفوع في خصومة التحكيم سواء الموضوعية أو الشكلية أو الدفوع بعدم القبول¹. وتختلف سلطة المحكم الداخلي في التعامل معها بالنظر إلى طبيعة كل نوع منها.

1- بخصوص الدفوع الشكلية

الدفوع الإجرائية أو الشكلية هي دفوع لا توجه إلى موضوع الحق وإنما توجه إلى إجراءات الخصومة، والأصل فيها أن تخضع إلى نفس القواعد المشروطة أمام الجهات القضائية إلا ما تنافي منها مع طبيعة الخصومة التحكيمية، أو اتفق الأطراف على مخالفتها. ومحكمة التحكيم تملك سلطة الفصل في الدفوع بشكل مستقل أو أن تضمها إلى الموضوع للفصل فيهما معا دون أن يحوز هذا الحكم على حجية الأمر المقضي فيه

¹ - وتخضع هذه الدفوع بشكل عام بغض النظر عن نوع الدفع إلى بعض القواعد العامة نذكر منها :
- أن يكون متعلقاً بموضوع الدعوى أو بإجراءاتها، وأن يكون مؤثراً فيها على نحو يؤدي معه إلى تغيير وجه الفصل فيها فيما لو ثبت صحته
- أن تتوافر الصفة في الدفع، فالأصل أن تقديم الدفوع لا يكون مقبولا إلا لمن شرعت لمصلحته، فيكون وحده صاحب الصفة في إبدائه لكن بعض الدفوع تعتبر من النظام العام بحيث يكون لهيئة التحكيم أن تثيرها وتعمل بها من تلقاء نفسها وفي هذه الحالة يكون لأي من الخصوم أن ينبه المحكم بها

لأنه لا يتضمن فصلا في موضوع النزاع، كما أنه لا يستنفذ سلطتها في نظر موضوع الدعوى.

ومن أنواع الدفع التي تثار أمام محكمة التحكيم، نذكر الدفع بعدم اختصاصها الدفع بالبطلان والذي تطبق فيه احكام المادة 60 الى المادة 66 من ق إ م إ ، الدفع بوحدة الموضوع والارتباط والذي يطبق المحكم بشأنه المواد 55 و 56 من ق إ م إ مع مراعاة ما يلائم قواعد التحكيم، الدفع بعدم الاختصاص الاقليمي وهذا في حالة انعقاد المحكمة التحكيمية في غير المكان المحدد من الأطراف فإنه يمكن للمدعى عليه في التحكيم (المحتكم ضده) الدفع بعدم الاختصاص الاقليمي للمحكمة أين تطبق أحكام المواد من 47 الى 52 من ق إ م إ .

2 - بخصوص الدفع بعدم قبول الدعوى التحكيمية

الدفع بعدم القبول وهو ذلك الدفع الذي لا يوجه إلى موضوع الدعوى بالمعنى الدقيق، ولا يوجه إلى الإجراءات، وإنما يوجه إلى الحق في الدعوى. فموضوعه هو التمسك بعدم توافر شرط من شروط الدعوى ، كإنتفاء الصفة أو انتفاء المصلحة أو تقادم الحق موضوع الدعوى أو إنقضاء الميعاد المحدد لرفع الدعوى، أو سبق الفصل فيها بحكم نهائي وهو ما نصت عليه المادة 67 من ق إ م إ

ويخضع الدفع بعدم قبول الدعوى التحكيمية أمام المحكم الداخلي لنفس أحكام الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية المشار إليها في المواد من 67 إلى 69 من ق إ م إ ، والأحكام التي تصدرها محكمة التحكيم بعد قبولها لهذا الدفع رغم أنها لم تفصل في الموضوع، إلا أنها تكون قطعية تستنفذ بها ولاية المحكم أو القاضي لأنها أجابت عن دفع وحيد محدد سواء بالقبول أو عدم القبول¹.

3- بخصوص الدفع الموضوعية

الدفع الموضوعي هو الذي يوجه إلى الحق موضوع الدعوى ويستهدف الحكم برفض الدعوى كلياً أو جزئياً، ومنه ما هو سلبي يقتصر على مجرد إنكار الوقائع التي يدعيها

¹ - بشير سليم، المرجع السابق، ص 118 .

الخصم أو إنكار أثرها القانوني، ومنها ما هو إيجابي يتجاوز الإنكار إلى تأكيد واقعة معينة من شأنها أن تمنع قيام الحق المدعى به أو تؤدي إلى إنهائه.

والدفع الموضوعية بغض النظر عما إذا كانت مقدمة إلى القضاء الوطني أو إلى محكمة التحكيم لا يتقيد إبدائها بترتيب محدد أو وقت معين. ومن ثم فإن إبداء أحد الدفع الموضوعية لا يسقط الحق في تقديمها في أية مرحلة تكون عليها الإجراءات.¹

وبالرجوع الى كيفية تعامل المحكم الداخلي مع الدفع الموضوعية فإنه لا يوجد نص خاص ينظم سلطته في ذلك، وبهذا الخصوص فإنه يتم تطبيق الأوضاع والمسائل المعمول بها أمام المحاكم التي لا يوجد اتفاق بخلافها من طرف الأطراف، ومنه يتم الرجوع إلى أحكام المادة 48 من ق إ م إ التي تنص على أن : " الدفع الموضوعية هي وسيلة تهدف إلى دحض ادعاءات الخصم ويمكن تقديمها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ".

وعلى ذلك فإن تعامل المحكم بخصوص الدفع الموضوعية هو تعامل القاضي بشأنها فيجب عليه أن ينظرها ويمحصها، ويوازي بينها وبين ما يطلبه الخصم ويرجحها أو يستبعدا بناء على ضوء النصوص الاتفاقية أو القانونية.

4- بخصوص الوقف المؤقت للإجراءات بسبب مسألة أولية

يعتبر تنظيم حالات وقف إجراءات خصومة التحكيم من صميم المسائل الإجرائية التي تكون أثناء سريان الخصومة وهي تهدف إلى عدم السير فيها وعدم متابعتها لأسباب يقدرها الأطراف أنفسهم أو محكمة التحكيم أو القانون.

وسلطة المحكم الداخلي في عملية وقف السير في الدعوى متوقفة على وجود الاتفاق التحكيمي من عدمه حول هذه المسألة:

- ففي حالة ما إذا تراضى واتفق الخصوم على هذا الوقف فإن المحكم يلتزم بذلك وذلك في أية حالة كانت عليها إجراءات الدعوى وفي هذا تطبيق لأحكام المادة 1019 من ق إ م إ.

¹ - نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 176 . مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 646-647.

- وفي حالة عدم وجود اتفاق فانه يمكن تقرير الوقف من محكمة التحكيم الداخلي وفقا لسلطتها التقديرية كلما رأت ضرورة لذلك ويكون في الغالب لوجود مسألة أولية¹ تخرج عن ولايتها وتدخل في اختصاص جهة قضائية وطنية، فإن قدرت أن الفصل في هذه المسألة لازما للفصل في موضوع النزاع كان لها أن تحكم بوقف سير الإجراءات حتى يتم الفصل فيها من الجهة صاحبة الاختصاص، أما أن قدرت غير ذلك و لم تستجب للطلب لها أن ترفضه وتستمر في الإجراءات حتى نهايتها².

وبالرجوع إلى قانون التحكيم المصري نجده أورد بعض هذه الحالات التي تعد مسائل أولية لهيئة التحكيم أن توقف خصومة التحكيم بشأنها إلى حين الفصل فيها كحالة الطعن بالتزوير في ورقة قدمت لها أو اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن فعل جنائي آخر، فهنا جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع، إذا رأت أن الفصل في تزوير هذه الورقة أو في الفعل الجنائي الآخر ليس لازما للفصل في موضوع النزاع، وإلا أوقفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في هذا الشأن.

وأخذ المشرع الجزائري أيضا بهذه الحالة بالمادة 1021 فقرة 2 من إ م ق إ م المتعلقة بالتحكيم الداخلي، إذ نص: "إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة، أو إذا حصل عارض جنائي يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، ويستأنف سريان التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة".

والسؤال الذي يطرح هنا هو ما إن كان هناك مكنة أو سلطة لمحكمة التحكيم لأجل أن تفصل هي في الطعن بالتزوير المدني المثار أمامها حول مستند أو ورقة أم أنه لا سلطة لها بهذا الخصوص؟.

بالرجوع إلى حرفية نص المادة 1021 أعلاه فإن محكمة التحكيم الداخلي لا تملك هذه السلطة وفق ما يملكه القاضي المدني بخصوص مضاهاة الخطوط أو بالنسبة لدعوى

¹ - المسألة الأولية هي تلك المسألة التي يتوقف الحكم في الدعوى على الفصل فيها، إذ لا بد من الفصل فيها أولا حتى يتسنى الحكم في الدعوى، فيبقى الحكم في القضية معلقا على الفصل فيها. فهي بذلك مسألة مبدئية لا بد من البث فيها أولا من قبل الجهة القضائية المختصة. أنظر: أحمد هندي أصول المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، سنة 2002، ص734

² - جارد محمد، المرجع السابق، ص 303-304

التزوير الفرعية والمشار إليها في المواد من 164 الى 193 من ق إ م إ أي أنه ليس لها مكنة النظر في الطعن بالتزوير المثار أمامها، فهي إما أن تقبله وتوقف الإجراءات وتحيل الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة وإما أن ترفضه وتستبعد الدفع وتواصل السير في الخصومة.

لكن في حالة ما إذا ترك أطراف النزاع الحرية للمحكم في اتخاذ الاجراءات المناسبة بخصوص المسائل الأولية أو تخويله سلطة الفصل فيها دون إحالتها إلى الجهات القضائية.

فهنا يمكن له إذا ما رأى جدية الدفع أن يصدر الحكم بإرجاء الفصل في النزاع إلى حين البت في الدفع المتعلق بالتزوير أو مضاهاة الخطوط في المحرر العرفي، وله أن يطبق الأحكام التي يطبقها القاضي الوطني والمنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية والادارية المشار إليها أعلاه¹ مع تكييفها وفق ما يتناسب وخصوصية التحكيم.

وعلى نقيض التشريع الجزائري نجد أن المشرع الفرنسي في التعديل الذي أدخله على قانون المرافعات في سنة 2011، قد أعطى للمحكم الداخلي صلاحية الفصل في مسألة مضاهاة الخطوط أو في التزوير المدعى به وفق القواعد المعمول بها من طرف القاضي² وفي هذا دلالة أخرى على أن المحكم الداخلي في النظرة التشريعية أصبح يعامل معاملة القاضي من حيث السلطات .

رابعا: سلطة المحكم الداخلي بخصوص طريقة الفصل في النزاع

المقصود بكيفية الفصل في النزاع هو القواعد والأحكام الموضوعية التي يطبقها المحكم الداخلي عند فصله في الخصومة، وفي هذا الشأن هل هو ملزم بتطبيق القانون أم

¹ - أنظر بهذا الخصوص المواد من 164 الى 174 من ق إ م إ بخصوص مضاهاة الخطوط في المحرر العرفي وإذا ما تم الطعن فيه بالتزوير فيتم تطبيق المواد من 175 الى 178 من نفس القانون أما في حالة الادعاء بالتزوير في محرر رسمي فيتم تطبيق المواد من 179 الى 188 من نفس القانون .

² - Art 1470 du CPCF prévoit que : « Sauf stipulation contraire, le tribunal arbitral a le pouvoir de trancher l'incident de vérification d'écriture ou de faux conformément aux dispositions des articles 287 à 294 et de l'article 299.

En cas d'inscription de faux incident, il est fait application de l'article 313 »

يمكن إعفاؤه من ذلك وتطبيق مبادئ العدالة والإنصاف¹.

1- الفصل وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف

أطراف النزاع هم أصحاب الحق في اختيار طرق فض النزاع الذي يحصل بينهم ومن هذه الطرق تفويض المحكم سلطة الفصل في وفق قواعد العدالة والإنصاف²، والتي تهدف الى خلق حلول ذاتية تتلاءم مع النزاع وإن أدى ذلك إلى عدم الالتزام بحرفية القانون³.

والمحكم بموجب هذه السلطة المخولة له من قبل أطراف النزاع يتمتع بسلطة اختيار قواعد العدل والإنصاف بعد البحث عليها في مختلف المصادر من تشريع وأعراف

¹ - وفي هذا المجال نميز بين نوعين من التحكيم :

- التحكيم بالقانون : الأصل أن يتفق أطراف التراجع على حل خلافاتهم وفقاً لأحكام القانون، حيث يمارس المحكم سلطة القاضي فيلزم بتطبيق أحكام القانون على التراجع المطروح عليه، فيبحث في ادعاءات كل من الطرفين ثم يترل حكم القانون عليها بغض النظر عن مدى عدالة النتائج التي توصل إليها .

- التحكيم بالصلح : فهو الذي لا يتقيد فيه المحكم بقواعد القانون الموضوعي، وإنما يلجأ إلى قواعد العدالة التي تحقق توازن المصالح بين الطرفين حتى ولو كانت مخالفة لأحكام القانون الذي يحكم التراجع.

يستعمل مصطلح التحكيم مع التفويض بالصلح في فرنسا فيما يستخدم المصطلح الآخر (التحكيم وفقاً للعدالة) في سويسرا . والمشرع الجزائري في القانون الملغى كان يستخدم مصطلح التحكيم مع التفويض بالصلح، ولما كان المحكم وفقاً لهذا النوع من التحكيم يفصل بالنزاع وفقاً لاعتبارات العدالة والإنصاف مغلباً بذلك احساسه بما تقتضيه العدالة واستبعاد القواعد القانونية فأن مصطلح التحكيم وفقاً للعدالة يفضل على مصطلح التحكيم مع التفويض بالصلح ويدل على المسمى بصورة أدق ، فالمحكم ليس ممثلاً أو وكيلاً عن طرفي النزاع في إبرام صلح بينهما وإنما هو يمارس عملاً قضائياً يتوج بصور قرار ملزم لطرفي النزاع وذلك بالاستناد الى الاتفاق التحكيمي وهو ما دفعنا الى تبني المصطلح المتقدم.

² - وتعني قواعد العدالة " تلك القواعد التي تحقق التوازن لنتائج النشاط الإنساني ، أو في نفس الوقت التطلع نحو هذا التوازن والبحث عنه وهي بذلك تختلف عن القانون الذي لا يهتم إلا بنتائج هذا التطبيق "وتعرف كذلك بأنها " تحقيق العدل في حالة خاصة وذلك بتطبيقه على واقعة معينة أو حالة فردية ليكون الحكم المستمد منها مطابقاً لظروفها الخاصة" فهي كما يرى البعض الآخر " بأنها شعور أخلاقي يستلهمه القاضي في إثناء محاولته تخفيف حكم قاعدة قانونية في تطبيقها على حالة معينة حينما يأذن له القانون بنص استثنائي صريح. "

اما قواعد الانصاف فعرفت بأنها : " مجموعة المبادئ العليا التي يسلم العقل الإنساني بضرورتها لتنظيم العلاقات بين الأفراد في أي مجتمع إنساني " وهو يطلق على اسم " القانون الطبيعي".

- انظر في هذه التعريفات عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، هيثم عادل ابراهيم، الإطار القانوني لسلطة المحكم المفوض بالصلح، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون جامعة بابل، العراق، العدد الأول، سنة 2020، ص 149 . أنظر كذلك إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون و الحق، سنة 1992، ص 160. منير عبد المجيد: قضاء التحكيم في منازعات عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، سنة 1995 ، ص223.

³ - نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق ، 166

ومبادئ عامة¹، إذ يملك سلطة تتمثل في إنشاء حل ملائم للنزاع معتمداً على العدالة فهو يكون في حل من تطبيق أي قانون، ويسعى إلى حل وسط عادل ومنصف، وله في هذا الشأن الإمتناع عن تطبيق أحكام القانون الإجرائية والموضوعية التي لا تتعلق منها بالنظام العام، إذا كان تطبيقه لهذه الأحكام يؤدي إلى نتيجة غير عادلة².

كما يمكن له تطبيق هذه الأحكام كلما اتضح له أنها تتضمن حل عادل ولكن دون أن يعتبر تطبيق القانون هنا ملزماً، أي أن التفويض بالصلح يشمل في وقت واحد رخصة تطبيق قواعد القانون من جهة وواجب استبعاد أي حل قانوني يتعارض مع مبادئ العدل والإنصاف من جهة أخرى ما عدا منها ما تعلق بالنظام العام الداخلي كالمبادئ الأساسية للتقاضي من احترام حق الدفاع، ومبدأ المواجهة والمساواة بين الخصوم³.

وهناك من يرى أن إرادة الأطراف لا تكفي وحدها، لأن تكون تكون أساساً لسلطة المحكم الداخلي للفصل وفق قواعد العدل بل لابد من اعتراف القانون الوطني للدولة بها⁴ في حين ذهب البعض الآخر إلى أن الإرادة وحدها كافية استقلالاً عن أي قانون وطني¹ ويمكن القول أن الإرادة لا تكفي لوحدها كأساس قانوني لسلطة المحكم في هذه الحالة.

¹ مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، ص 756 وما بعدها . نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 167

² - فتحي والي، المرجع السابق، ص 416، أحمد خليل، قواعد التحكيم - دراسة معمقة في طرق الطعن في القرار التحكيمي الصادر في تحكيم داخلي - منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2003، ص 108. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، هيثم عادل ابراهيم، المرجع السابق، ص 162 وما بعدها

³ - علي بركات، الرقابة على دستورية نصوص التحكيم، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص 173. انظر أيضاً، نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 167. مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 111. عبد الحميد الأحذب، التحكيم أحكامه و مصادره الجزء 1 مؤسسة نوفل للنشر، لبنان، سنة 1999 ص 289.

وكتب عبد الحميد الأحذب بهذا الصدد أن " المحكم بالصلح يحمل مصباح العدل في يده ليستدل على الطريق، ويحفظ نص القانون في حقيته، هذا القانون الذي فيه خريطة الطريق، فإذا استشرف الحل في ذهنه وضميره، واستكشف الطريق على ضوء المصباح الذي بيده فلا يكون بحاجة الاستعانة بالخريطة، أما إذا استعصى عليه الأمر فإنه يفتح حقيقته وي طرح منها الخريطة ويتفحص خطوطها على ضوء مصباح العدالة

⁴ -Eric Loquin « Les pouvoirs des arbitres internationaux á la lumière de l'évolution récente du droit de L'arbitrage international » , J.D.I,1983,p.318.

¹ - ibid ,p.318.

بالنظر الى كونها تستمد سلطاتها من اعتراف المشرع لها بهذا الدور وبالتالي فهي لاتخرج عن حدود القانون وانما تمارس دورها في اطار القانون.

والمشرع الجزائري في النصوص المتعلقة بالتحكيم الداخلي لا يعتمد التحكيم بالصلح كنوع من التحكيم يمكن لأطراف النزاع اعتماده في الفصل في نزاعهم فقد استبعد صراحة ذلك في المادة 1023 من ق إ م إ حين نص على : " يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون ".

ويعتبر هذا الموقف من المشرع تراجعاً غير مبرر عما كان ينص عليه قانون الاجراءات المدنية الملغى، حيث كانت المادة 451 منه في فقرتها الاخيرة تنص على : "وفصل المحكمون والمحكم المرجح في التحكيم وفقا للقواعد القانونية إلا إذا كان اتفاق التحكيم قد خول لهم سلطة الفصل في النزاع كمحكمين مفوضين بالصلح". وفي مقابل ذلك نجد التشريع الفرنسي في مجال التحكيم الداخلي أعطى للأطراف مكنة اللجوء إلى هذا النوع من التحكيم وفق نص المادة 1478 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي¹.

كما أن التشريع المصري أخذ بدوره سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي بفكرة التحكيم بالصلح ولم يستبعداها، وهو ما جاءت به أحكام المادة 39 في الفقرة الاخيرة بنصها على أنه : " يجوز لهيئة التحكيم - إذا إتفق طرفاً التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح - أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون ".

وبالنظر إلى إبقاء التشريعات المقارنة على التحكيم بالصلح وإتاحته للأطراف فإنه بالمقابل في ظل غياب المذكرة الايضاحية للقانون فاننا لا ندري لم المشرع الجزائري قام

¹ - Art 1478 du CPCF prévoit que : « Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition »

باستبعاده لا سيما وأن هناك جانب من الفقه يرى أن فصل محكمة التحكيم كمفوض بالصالح يلجأ إليه أكثر في التحكيم الداخلي منه في التحكيم الدولي¹.

2 - الفصل وفقا لقواعد بالقانون

إذا كان التحكيم تحكيما عاديا فان المحكم شأنه شأن القاضي يطبق أحكام القانون، فعليه أن يبحث بعد تكييفه للوقائع عن القواعد القانونية التي تطبق عليها تطبيقا سليما، ليخلص من هذا التطبيق إلى الحكم وإعلان إرادة القانون فيما قدم له من ادعاء.

وفي مجال التحكيم الداخلي نص المشرع صراحة في المادة 1023 من ق إ م إ على أن المحكمون يفصلون في النزاع وفقا للقانون ، ولكن السؤال الذي يطرح ما هي هذه القواعد القانونية التي تطبقها محكمة التحكيم ؟

الأصل أن المحكم الداخلي في العادة يطبق قواعد القانون الموضوعي الوطني أي الجزائري سواء القواعد الآمرة منها أو المكملة، وعليه الإلتزام بترتيب مصادر القانون المنوه عنها في المادة الأولى من القانون المدني، ففي حالة عدم وجود نص تشريعي اعتمد مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وفي المجال التجاري يطبق قواعد القانون التجاري فإذا لم يوجد يطبق قواعد القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء².

ولا تنثور المشكلة بالنسبة للقاضي إذ أنه يطبق قانونه الوطني كونه يمارس سلطة هذه الدولة ويلزم بتطبيق قوانينها أو القانون الذي تحيله عليه قواعد الاسناد، فيها، أما المحكم الداخلي فالأمر بالنسبة إليه مختلف، فهو لا يمارس سلطة الدولة إلا أن المشرع يلزمه بتطبيق القانون فهل معنى ذلك أنه لاوجود لأي دور لإرادة الأطراف في اختيار القواعد الموضوعية؟ .

¹ - Thomas Clay, "Liberté, Egalité, Efficacité": La devise du nouveau droit français de l'arbitrage", JDI n° 2, 2012, p. 501.

² - تنص المادة 1 مكرر من الامر 59-75 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم (ج ر رقم 101 المؤرخة في 19-12-1975) على انه : " يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار ، وفي حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني واعراف المهنة عند الاقتضاء ".

في الحقيقة أنه يظل لإرادة الأطراف المشتركة دور في إعمال قواعد القانون وذلك من خلال إمكانية إستبعادهم للقواعد المكملة واتفاقهم على أن يكون حل النزاع بواسطة المحكم وفق أحكام قانون أجنبي. وهو ما يجيزه قانون التحكيم المصري حتى ولو كان التحكيم داخليا¹.

أما في التشريع الجزائري فإنه لا يوجد نص صريح يخول للمحكم الداخلي الفصل في النزاع وفق قواعد قانون أجنبي إذا اتفق الأطراف على ذلك، باعتبار نص المادة 1023 من ق إ م إ اشترط على المحكمين أن يفصلوا فقط وفق القانون دون أن يحدد إن كان القانون المقصود هو القانون الوطني أو القانون المختار من الأطراف.

وتحويل الطرفين حرية اختيار قانون أجنبي لحكم علاقتهما في المعاملات الداخلية قد يبدو (لأول وهلة من شأنه أن يمكنهم من التحايل على أحكام القانون الداخلي المتعلقة بالنظام العام الوطني إذ يكفيهم للإفلات من هذه القواعد اختيار قانون أجنبي لا يتضمن مثل هذه القواعد ... لكن الأمر يبدو غير ذلك تماما فهذه القواعد - التي يتضمنها القانون محل الاختيار - يعتبر مجرد امتداد للعقد أو التصرف القانوني، وتعامل باعتبارها ملحقة له، أو باعتبارها شروطا إرادية، ويترتب على هذا التصوير أنه إذا ما تعلق الأمر بعلاقة وطنية في كافة عناصرها تعين استبعاد أحكام القانون الأجنبي محل الاختيار كلما تعارضت مع القواعد الأمرة في القانون الوطني (الجزائري)، أو بعبارة أخرى مع النظام العام فيه، بحسبانها مجرد شروط تعاقدية يلحقها البطلان عند تعارضها معه.

وهذا ما يؤكد سلطان القانون الوطني ويحفظ له احترامه، فتحويل الأطراف في معاملة داخلية الحق في اختيار القواعد الموضوعية في قانون أجنبي لا يخرج إذن عن حدود الحق الذي يخوله لهم القانون الوطني ذاته في إعمال تنظيم آخر في غير التنظيم الذي تقدمه القواعد المكملة فيه ... ولذلك فإن إختيار الطرفين للقواعد الموضوعية في

¹ - تنص المادة 39 من قانون التحكيم المصري على انه: "1- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا إتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك- 2. وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع- 3. يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة".

قانون أجنبي معين إنما ينصرف إلى قواعده النافذة وقت وقوع هذا الاختيار فإذا أصابها تعديل أو تغيير لاحق فلا محل للأخذ بهذا التعديل أو التغيير لأن إرادتهما لم تنصرف إليه ، مما يجعل الأخذ به مخالفا لتوقعاتهما¹ .

وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على قواعد قانونية معينة قامت محكمة التحكيم الداخلي في إطار سلطتها القضائية باختيار القواعد القانونية الموضوعية فهي من تختار القواعد الأنسب فإذا كانت المنازعة مدنية وجب تطبيق قواعد القانون المدني الجزائري وإذا كانت تجارية وجب تطبيق قواعد القانون التجاري.

وللمحكم الداخلي، فضلا عن تطبيق القواعد القانونية فإن له سلطة تطبيق الاعراف السائدة في المجال المهني الذي ينتمي اليه الخصوم أو السائدة في مجال التجارة والمبررات النظرية التي توجب على المحكم تطبيق هذه القواعد ترجع الى الدور الكبير الذي يلعبه العرف والعادات لا سيما في المجال التجاري في ضبط العلاقات بين التجار .

ولذلك نجد أن هذا المصدر يوليه القضاء التجاري أهمية كبيرة استدعى من المشرع في قانون الإجراءات المدنية والادارية أن يكون مع القاضي ضمن التشكيلة التي تفصل في المواد التجارية مساعدين لهم دراية بالمسائل التجارية ويبينوا للقاضي أعراف وعادات التجارة لاسيما في المنطقة محل تواجد النزاع²، وتعرف هذه الأعراف بالخصوص في المجال الدولي باسم Lex Marcatoria أو قانون التجار وتشكل نظاما قانوني مستقل كاف لحسم النزاع، وقد أشرنا اليها في الجزء الأول من البحث، وحتى وإن تم تطبيق القانون الوطني إلا أن ذلك لا يمنع الاستئناس بهذه القواعد على سبيل الاحتياط.

والملاحظ أن تخويل المحكم الداخلي سلطة الفصل في النزاع وفق احكام القانون وأعراف التجارة تجعله كالقاضي الوطني و له أن يمارس جميع الصلاحيات المخولة له مع مراعاة خصوصية التحكيم مع بعض الاحكام التي يفتقد فيها المحكم لسلطة الجبر .

¹ - مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، المرجع السابق، بند 178 وما يليه . أحمد خليل، المرجع السابق، ص 111-

112 . أنظر أيضا فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 419 .

² - انظر بهذا الخصوص المادة 536 مكرر 2 من ق إ م . ! .

خامسا : سلطة المحكم الداخلي في إنهاء خصومة التحكيم

الأصل أن تنتهي الخصومة التحكيمية بصور الحكم المنهي للنزاع إلا أنه يمكن أن تنتهي قبل ذلك¹ بإرادة الأطراف فيجوز لهم وفي أي حال كانت عليه الإجراءات الإتفاق على وضع حد للخصومة وإنهاء إجراءاتها، ويجب أن يتم هذا الإتفاق بين جميع الأطراف فإذا اتفق البعض دون البعض الآخر فإن هذا الإتفاق لا يترتب أثره القانوني ووجب على محكمة التحكيم الإستمرار في السير في الدعوى، وإذا صح هذا الاتفاق فإنها تكون ملزمة بإصدار قرار بإنهاء الإجراءات، إذ ليس لها سلطة تقديرية في هذا الشأن فان تجاهلت هذا الاتفاق ومضت رغم ذلك كان حكمها باطلا .

وبالمقابل لذلك لمحكمة التحكيم سلطة إنهاء خصومة التحكيم- ما لم يوجد اتفاق مخالف -في حالات متعددة منها ما نص عليها القانون ومنها ما هو معمول به أمام الجهات القضائية ونذكر منها:

1 - إذا ما رأت المحكمة لأي سبب عدم جدوى إستمرار إجراءات التحكيم واستحالته بسبب تخلف الأطراف معا مثلا عن تقديم مستنداتهم أو عدم تعاونهم أو عدم حضورهم وممثلهم لجلسات التحكيم والملاحظ هنا هو عدم تعاون الاطراف معا وليس طرف دون الآخر، إذ في حال ما استجاب أحد الأطراف لطلباتها وتعاون معها دون الطرف الآخر فإن لها أن تواصل الفصل في القضية بناء على ما قدم أمامها من وثائق أو ما توفر لديها من أدلة وهو ما نصت عليه المادة 1022 من ق إ م إ .

كما أنه يمكن إنهاء التحكيم بسبب وفاة المحكم، أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له.

¹ - تنص المادة 1024 من ق إ م إ على أن: "ينتهي التحكيم :
- بوفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له ما لم يوجد شرط مخالف أو إذا اتفق الأطراف على استبداله أو استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين، وفي حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009 من ق إ م إ".

- بانتهاء المدة المقررة للتحكيم، فإذا لم تسترط المدة فابنتهاء مدة أربعة أشهر (04)
- بفقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه
- بوفاة أحد أطراف العقد "

ويدخل ضمن هذه الحالة أيضا فقد الشيء موضوع النزاع وهلاكه هلاكاً كلياً أو انقضاء الدين المتنازع فيه لأي سبب من أسباب انقضاء الدين بحيث لا يعد هناك محلاً للمنازعة، كما يدخل ضمن هذه الحالة وفاة أحد أطراف العقد الأصلي بالنظر إلى الاعتبار الشخصي في المحكم المعين من طرف الشخص المتوفى، وبالتالي تنتهي الخصومة القائمة مع إمكانية إعادة تجديدها بإجراءات جديدة مع الغير سواء خلف العام أو الخاص إن كان لذلك مقتضى.

2 - إذا ثبت لهيئة التحكيم الداخلي إهمال المحكم المدعي وتقصيره في متابعة إجراءات التحكيم بعد بدءها، إذ يكون لإنهاء إجراءات خصومة التحكيم في هذه الحالة طابع جزائي، على اعتبار أن طالب التحكيم من المفروض أن يكون الأحرص على تفعيل إجراءات الخصومة التحكيمية وتنشيطها وليس التراخي والتكاسل بشأنها، وهذا ما نص عليه التشريع المصري في المادة 34 ف1 منه وتتوافق معه القواعد العامة في التشريع الجزائري¹.

3- حالة انتهاء المدة المقررة للتحكيم، فإذا لم تستطع المدة فبانقضاء مهلة أربعة أشهر وهي الحالة المنصوص عليها بالمادة 1024 من ق إ م إ، فإذا كان لمحكمة التحكيم سلطة الفصل في النزاع فإن هذه السلطة يجب أن تمارس خلال ميعاد معين وجب عليها فيه أن تصدر الحكم المنهي للخصومة، سواء كان هذا الميعاد محدد من طرف الأطراف أو من طرف القانون فإن تم تجاوز هذا الأجل بدون إصدار الحكم تصدر محكمة التحكيم قراراً بانتهائها وبهذا أخذ التشريع الفرنسي أيضاً².

¹ - ونقصد هنا إجراء شطب القضية من الجدول المعمول به أمام الجهات القضائية فهذا الإجراء يشابه الإجراء المنصوص عليه في تشريع التحكيم المصري في المادة 34 ف1 والتي تنص على أن: "إذا لم يقدم المدعي دون عذر مقبول بياناً مكتوباً بدعواه وفقاً للفقرة الأولى من المادة (30) وجب أن تأمر هيئة التحكيم بإنهاء إجراءات التحكيم ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك."

كما أن تطبيق هيئة التحكيم الداخلي إجراء الشطب فيه تطبيقاً لاحكام المادة 1019 من ق إ م إ التي يلزم المحكم الداخلي بتطبيقها عند عدم وجود اتفاق يخالف ذلك وعليه فإن هيئة التحكيم لها أن تقرر بانتهاء إجراءات التحكيم (شطب القضية) بسبب عدم القيام بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون أو المتفق عليها أو تلك التي أمرت بها الهيئة.

² - Art 1477 du CPCF prévoit que : « L'expiration du délai d'arbitrage entraîne la fin de l'instance arbitrale »

ويمكن للأطراف أن يتفقوا على التحكيم دون يحددوا مهلة انتهائه أو أنهم يفوضوا للمحكمة سلطة تحديد ذلك وفق ما تراه مناسبا أو أن يتفقوا على تطبيق لائحة تحكيمية لا تشترط أي ميعاد فعندئذ وجب على محكمة التحكيم الداخلي - دون أن تكون لها السلطة في تمديد الميعاد - عدم تجاوز مهلة 04 أشهر للفصل في النزاع ، وهو ما نصت عليه المادة 1018 فقرة 1 من ق إ م إ ، وهو ما أخذت به المحكمة العليا - الغرفة التجارية والبحرية - في قرارها الصادر بتاريخ 16-01-2020 في الملف رقم 1340362¹ .

ولأطراف الخصومة التحكيمية سلطة إبرام اتفاق لاحق لمد الميعاد المحدد لإنهاء التحكيم دون وجود حد أقصى بخصوص ذلك، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 1018 من ق إ م إ ، وبهذا الخصوص فإن تمديد ميعاد التحكيم يخضع دائما لسلطة وإرادة أطراف النزاع بالأساس، فقد يكونوا متفقين على التمديد لكن مختلفين في مدته، فهنا يمكن للمحكمة التمديد وفق لائحة المركز التحكيمي - إن كان التحكيم مؤسسيا- أو

¹ - قرار المحكمة العليا الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 16-01-2020 في الملف رقم 1340362 بين (ش ع) ضد شركة شركة ذ.أ SPA KPM بحضور الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة جاء فيه بهذا الخصوص : " تنتهي الخصومة التحكيمية، بانتهاء مدة أربعة أشهر إذا لم تشترط مدة معينة للتحكيم فعلا حيث يتبين من القرار المطعون فيه أن القضاة سببوا قضاءهم بأن الخصومة التحكيمية المقدمة أمام الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة لم يتم الفصل فيها بعد وأنه لا يمكن إعمال نص المادة 1024 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لعدم استنفاد جهة التحكيم لولايتها بعد وبذلك ألغوا الحكم المستأنف وصرحوا بعدم الاختصاص النوعي.

حيث أن هذا التسبب غير سليم وغير قانوني، ذلك أن الطاعن تقدم أمام المطعون ضدها الثانية الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة من أجل طرح النزاع التحكيمي عليها في 2015/03/19 وبعد سنة من ذلك وفي غياب قيامها بالإجراءات القانونية لتعيين المحكم الثالث لجأ إلى رئيس محكمة بئر مراد رابيس بطلب تعيين المحكم الثالث وصدر أمر بذلك في 2016/07/14، لكن بعد ذلك ورغم تبليغ المطعون ضدهما بالأمر لم يتم اتخاذ أي إجراء ولم تنعقد الخصومة التحكيمية لغاية مباشرة الدعوى الحالية أمام محكمة بئر مراد رابيس في 2017/05/28 وكان قد مضى على ذلك ما يقارب سنة كاملة.

حيث إنه طبقا للمادة 1024 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن الخصومة التحكيمية تنتهي بوفاء المحكم أو تنحيته وانتهاء المدة المقررة للتحكيم، فإذا لم تشترط المدة فبانتهاء مدة أربعة أشهر، وأنه لا يوجد بالملف ما يفيد أنه تم الاشتراط على مدة معينة، وعليه فإن قضاة الموضوع عندما ألغوا الحكم القاضي بانتهاء الخصومة التحكيمية رغم فوات عليها أكثر من سبعة أشهر فإنهم لم يسببوا قرارهم تسببا قانونيا، وعرضوه للنقض والإبطال".

- انظر مجلة المحكمة العليا ، قسم الوثائق والدراسات القضائية، الديوان الوطني للاشغال التربوية والتمهين ، العدد الاول لسنة 2020 ، ص 93 .

اللجوء إلى رئيس الجهة القضائية المختصة سواء من طرف رئيسها أو من الطرف صاحب المصلحة بغرض تمديد الأجل .

والملاحظ أنه لا سلطة للمحكمة في تمديد المهلة من تلقاء نفسها، بل لا بد عليها الرجوع إلى القضاء أو قواعد المركز التحكيمي، وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي أيضا في المادة 1463 من ق إ م ف، مع منحه إياها استثناء سلطة التمديد عندما يتم إعادة السير في الدعوى التحكيمية بعد توقفها أو إنقطاعها دون اللجوء إلى الأطراف أو القضاء بشرط أن لا تتجاوز المهلة الإضافية أو المدة مدة ستة أشهر وفق ما نصت عليه 1475 من نفس القانون¹. وهذا بعكس المشرع الجزائري الذي لم يمنح الهيئة التحكيمية هذه المكنة .

و ما يستخلص منه بهذا الشأن أن المشرع أراد الابتعاد عن تنظيم مد الميعاد لأنه أدرك أن العملية لها علاقة بالواقع ولا يمكن تقنين مثل هذه الحالات، ففتح المجال للأطراف، وفي حالة عدم الاتفاق يمكن سواء لأحد الأطراف أو هيئة التحكيم تقديم طلب إلى رئيس المحكمة المختصة. وحسنا فعل لما أخضع هذا الإجراء إلى رقابة القضاء².

المطلب الثالث

سلطات المحكم الداخلي عند الفصل في الخصومة التحكيمية وبعدها

يقوم المحكم بمهامه وفقا لإتفاق التحكيم وعقد المحكم، و ينتهي في آخر المطاف إلى اصدار حكم قطعي منهي للخصومة التحكيمية، و قد لا يبلغ ذلك، و يصدر أحكاما مؤقتة لا تنهي النزاع، وإنما تمهد لإنهائه وقد يصدر أحكاما جزئية قطعية تفصل في جزء من النزاع.

¹ - Art 1475 du CPCF prévoit que : « L'instance reprend son cours en l'état où elle se trouvait au moment où elle a été interrompue ou suspendue lorsque les causes de son interruption ou de sa suspension cessent d'exister.

Au moment de la reprise de l'instance et par exception à l'article 1463, le tribunal arbitral peut décider que le délai de l'instance sera prorogé pour une durée qui n'excède pas six mois »

² - بشير سليم ، المرجع السابق ، ص 106 .

و الواقع العملي كثيرا ما يكشف أن محكمة التحكيم قد تصدر أحكاما غامضة مما يستلزم معه تفسير الغموض الوارد بها، أو بها أخطاء مادية أو إغفال في الإجابة عن بعض الطلبات ، ما يستلزم معه تصحيح هذه الأخطاء المادية، والفصل في الطلبات التي لم يفصل فيها أو أغفلها.

الفرع الأول

سلطة المحكم الداخلي بخصوص الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع

و يطلق عليها معظم الفقهاء الأحكام الفرعية لأنها مرتبطة و تابعة للموضوع، و المتفق عليه أن هذه الأحكام جميعها ليست مستقلة و غير حاسمة للنزاع، و من ثم لا تنتهي بها ولاية القاضي أو المحكم، وهي التي تسمى أيضا بالأحكام التمهيدية والأحكام التحضيرية، إلا أن هناك فئة من هذه الأحكام لا تفصل في موضوع النزاع و لكنها قطعية فيما فصلت فيه، وتستنفذ ولاية المحكمة فيما فصلت فيه، وهي التي نسميها بالأحكام الجزئية¹.

1- بخصوص الأحكام التمهيدية أو التحضيرية

يقصد بأحكام التحكيم التمهيدية والتحضيرية تلك الأحكام التي تصدر تحضيريا للفصل في الموضوع الأساسي للنزاع، وتتميز هذه الأحكام بأنها ليست أحكاما فاصلة في موضوع النزاع كليا أو جزئيا وليست منهية للخصومة، وانما تقررها محكمة التحكيم في غالب الأوضاع لأجل ممارسة سلطتها التحقيقية والتحري في موضوع النزاع، وهي بذلك

¹ - المشرع الجزائري لم يعد يعرف التمييز بين الحكم التمهيدي والحكم التحضيري، ووضع حد للجدل بين الفقهاء في تحديد معايير التمييز بينهما، إذ وحد بينهما تحت مسمى الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع ويصدره بحسب نص المادة 298 منه لأجل الأمر بإجراء تحقيق أو الأمر بتدبير مؤقت، وهو لا يحوز على حجية الشيء المقضي فيه ولا يستنفذ به القاضي ولايته على النزاع. على أنه في مجال التحكيم لم يتخل المشرع عن الاصطلاح القديم ، فنص صراحة في المادة 1035 المتعلقة بالتحكيم الداخلي على : " يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة..." ونعتقد أن ذلك فيه مسايرة فقط لما هو معمول به في الفقه والقانون المقارن في مجال التحكيم ، كما أنه أمام الجهات القضائية لم يشر إلى فكرة الحكم الجزئي صراحة، على أنه أشار إلى بعض المسائل والإجراءات التي يؤدي الفصل فيها من القاضي إلى إنهاء ولايته عليها على أنه بالمقابل يمكن أن يفهم ضمنا من خلال النص المذكور على أنه يمكن للمحكم استصدار مثل هذه الأحكام الجزئية.

تكون متعلقة بإجراءات الإثبات ووسائله، ولا تستنفد ولايتها وسلطتها بخصوص النزاع المعروض عليها، إذ بعد القيام بالاجراء التحقيقي يمكن إعادة السير في الدعوى. و سلطة المحكم الداخلي في إصدار هذه الأحكام قد يقررها له الأطراف و في حالة عدم وجود ذلك يرجع إلى القواعد العامة المعمول بها أمام الجهات القضائية مع تكييفها بما يتوافق وخصوصية التحكيم .

وبالنظر كون الأحكام التحضرية وفقا لمفهوم المادة 298 من ق إ م إ تشمل إجراءات التحقيق أو التدابير التحفظي فإننا نحيل بخصوص ذلك الى ما تطرقنا اليه عند معالجتنا لسلطة المحكم الداخلي بخصوص إجراءات الإثبات.

2 - بخصوص الأحكام الجزئية

يقصد بالحكم التحكيمي الجزئي ذلك الحكم الذي يصدر عن محكمة التحكيم في شأن بعض المسائل الجزئية من النزاع الأصلي المعروض عليها من حيث الإجراءات أو الموضوع، على أن تبقى هذه الولاية قائمة بالنسبة لباقي الطلبات الأخرى التي لم يفصل فيها الحكم الجزئي¹، فالأصل أن محكمة التحكيم الداخلي لها سلطة إصدار الأحكام الجزئية وفقا لطبيعة كل نزاع وظروفه، إذ يدخل ذلك ضمن سلطتها التقديرية، والاستثناء أنه لا يمكن تقييدها إلا بناء على إرادة الأطراف².

¹ - ماهر محمد صالح عبد الفتاح، إتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، سنة 2004 ، ص344 . أنظر طيب قبائلي، كريم تعويلت، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية ، دار بلقيس للنشر ، الجزائر ، سنة 2020 ، ص 106 و تلعب أحكام التحكيم الجزئية دورا هاما في حل النزاعات التجارية المترتبة على العقود المركبة والمعقدة، والتي من طبيعتها أن يتفرع عنها العديد من المسائل الجزئية والمستقلة التي تتطلب الفصل فيها من قبل محكمة التحكيم قبل إصدار حكم التحكيم المنهي للخصومة التحكيمية، وهذا ما جعل بعض التشريعات الوطنية الداخلية وأنظمة التحكيم تعنى بالنص صراحة على منح المحكمين سلطة إصدار أحكام تحكيم جزئية من مثالاها المادة 42 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 التي نصت على أنه: " يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاما مؤقتة أو في جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها."

- تنص المادة 54 فقرة 1 من قواعد التحكيم لدى الغرفة الجزائرية للصناعة والتجارة على انه: " يمكن للمحكمة أن تصدر أحكاما قبل الفصل في الموضوع أو أحكاما جزئية، أو أن تأمر بتدابير تحقيق تراها مفيدة، كما أنها تتمتع بجميع الصلاحيات من أجل البحث عن كل عنصر أو وثيقة أو شهادة أو أي عنصر تقديري آخر. "

² - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، 306

وعلى الرغم من أن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لا يتضمن نصا صريحا يمنح المحكمين سلطة إصدار أحكام تحكيم جزئية أو تحضيرية، إلا أن جانبا من الفقه الفرنسي يرى أنه يجوز للمحكم ممارسة سلطته بهذا الخصوص¹.

ويمكن أن نضيف الى هذا النوع من الأحكام، الأحكام الوقتية التي تفصل في أحد التدابير المؤقتة سواء كنا بصدد تدبير مستعجل عادي أو تدبير مؤقت وتحفظي أثناء نظر الموضوع، و القرار الوقتي الاستعجالي الصادر عن المحكم يفصل في حالة معينة على نحو ملزم ويتم تنفيذه بأمر من القضاء، وسلطة المحكم في هذا النوع من الأحكام وصلاحيته نحيل بخصوصها على ما تم تناوله بشأن في التدابير المؤقتة والتحفظية .

الفرع الثاني

سلطة المحكم الداخلي عند جاهزية ملف الخصومة للفصل فيه

عندما تكون اجراءات الخصومة مستكلمة ويصبح الملف بعناصره جاهز للفصل فيه بحكم منهي للخصومة تأمر محكمة التحكيم في إطار سلطتها التقديرية بقفل باب المرافعة ووضع القضية في المداولة للحكم فيها². و متى أغلق باب المرافعة فلا يكون لها بعد هذا التاريخ تسلم أي مذكرة أو مستند إحتراما لمبدأ الوجاهية وحق الدفاع، لكن لها سلطة تقديرية في إعادة فتحها متى تبين لها أن بعض جوانب الدعوى لم يتم استيفاءه، ولا يمكن لأي من الأطراف إلزام المحكمة بإعادة فتحها إلا أن تم الاتفاق بينهم على ذلك.

وبعد المداولة يصدر المحكم الداخلي حكم نهائي كلي يفصل فيه في جميع الأوجه والمسائل المتنازع فيها حيث يستنفذ ولايته بنظرها من جديد ، فالحكم النهائي الكلي في موضوع النزاع هو الحكم الذي يحسم موضوع النزاع كليا قيتحقق اليقين القانوني اتجاه

1 - المرجع نفسه، ص 311.

2 - فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 427

الحق أو المركز القانوني محل النزاع¹ .

وقد أخذ بهذا الوصف المشرع الجزائري وفق ما يستشف من المادة 1035 فقرة 1 المشار إليها سلفاً، ووفق المادة 1030 فقرة 1 من ق إ م إ بالنص على أن: "يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه." وهو الأمر نفسه بالنسبة للمشرع الفرنسي في المادة 1485 فقرة 1 من ق إ م ف²، أما التشريع المصري لسنة 1994 فلم يرد به مثل هذا النص على الرغم من إقرار الفقه والقضاء المصري به³ باعتبار هذا المبدأ يعتبر أصلاً من أصول التنظيم القضائي يجب اعماله حتى مع عدم النص عليه⁴.

وإذا كان المحكم الداخلي ملزماً بالفصل وفق قواعد العدالة والإنصاف فان سلطته في إصدار الحكم النهائي المنهي للخصومة هي مثلها متى كان محكماً بالقانون على أنه يراعى فقط خصوصية هذا النوع من التحكيم والتي تم بحثها سلفاً.

الفرع الثالث

سلطة المحكم الداخلي على الخصومة التحكيمية بعد الفصل فيها

إذا كانت القاعدة العامة هي استنفاد محكمة التحكيم لولايتها بمجرد صدور الحكم يرد عليها استثناءات فرضها الواقع العملي ودفع بالمشرع إلى تقنينها، إذ قد يحصل وأن

¹ - بشير سليم ، المرجع السابق ، ص 179 . انظر ايضا قبائلي طيب ، تعويلت كريم ، المرجع السابق ، 105 - ويستخدم الفقه مصطلح الحكم التحكيمي النهائي للتعبير عن معان مختلفة ، فأحيانا يستخدم للتعبير عن حكم تحكيمي يفصل في كل المسائل المتنازع عليها والذي يتضمن بالتالي انتهاء المحكم من مهمته على نحو تام يؤدي الى استنفاد ولايته ووفقا لهذا المعنى الأول يكون الحكم النهائي مقابلا للحكم التحكيمي الوقي أو التمهيدي أو الجزئي الذي لا يضع نهائية لمهمة المحكم، ويستخدم الفقه الانجليزي تعبير نهائي للدلالة على الحكم النهائي الذي ينهي إجراءات التحكيم ، وإلى جانب هذا المعنى فإن هذا المصطلح استخدم أيضا للتعبير عن حكم التحكيم الذي يفصل في المنازعة ككل أو في جزء منها . انظر بهذا الخصوص حفيظ السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 302-303 .

² - Arti 1485 du CPCF prévoit que : « La sentence dessaisit le tribunal arbitral de la contestation qu'elle tranche »

³ - أحمد أبو الوفاء ، المرجع السابق ص 276

- أنظر كذلك قرار محكمة النقض المصرية: "من المقرر أنه إذا حسمت المحكمة النزاع في المسائل المعروضة عليها انقضت سلطاتها بشأنها ولم تعد لها أية ولاية في إعادة بحثها أو تعديل قضائها ولو باتفاق الخصوم، ويعمل بهذه القاعدة بالنسبة لسائر الأحكام القطعية والموضوعية والفرعية.." المرجع نفسه .

⁴ - أنظر أيضا نبيل اسماعيل عمر ، المرجع السابق، ص 196

تصدر أحكاما غامضة يلزم معه تفسير الغموض الوارد بها، كما أنه قد يوجد بها بعض الأخطاء المادية التي تتطلب تصحيحها، وفي النهاية قد تغفل عن الفصل في بعض الطلبات فلا تستنفذ ولايتها بشأنها إلا بعد الفصل فيها بحكم إضافي.

ومن هنا تظهر لنا أن للمحكم الداخلي سلطات على الحكم التحكيمي تمتد إلى ما بعد فصله في الخصومة التحكيمية فتكون هذه السلطة تكميلية للولاية الأصلية، كما يرى البعض¹، و يكون في إطار حدود معينة وهو ما نبينه فيما يلي :

أولاً: سلطة المحكم في تصحيح الأخطاء المادية في الحكم التحكيمي

للمحكم الداخلي سلطة تصحيح الأخطاء المادية الواردة بالحكم مثله مثل القاضي عند تحريره للحكم القضائي، والخطأ المقصود هنا الخطأ في التعبير وليس في التقدير، فالمحكم في تقديره قد يستخدم ألفاظاً أو تعبيراً أو أرقاماً غير التي كان يجب أن يستخدمها للتعبير فيما انتهى إليه بالمنطوق من قضاء²، أي أن الخطأ لا يتعلق بفهم المحكم أو تقديره أو بتقرير ما يراه، وإنما ما يمكن اعتباره زلة قلم.

والتصحيح لا يهدف إلى تقدير جديد منه، وإنما الصياغة الصحيحة لما تم التوصل إليه سواء كان ذلك برفع الأخطاء اللغوية أو تصحيح ما تم كتابته، و قد يقع الخطأ في المنطوق أو في جزء من الحكم مرتبط بالمنطوق، على أن يكون الخطأ واضحاً فيه أو بعد مقارنة هذا الأخير بالبيانات الأخرى للحكم، وليس للمحكم تحت ستار هذا التصحيح أن يقوم بتعديل حكمه فيما ورد به من قضاء في منطوقه³، ولا يجوز التصحيح إذا كانت الأخطاء المادية واردة في طلبات التحكيم أو في المذكرات المقدمة أو في تقارير الخبراء أو في محاضر الجلسات⁴.

1 - أحمد هندي، التحكيم دراسة إجرائية في ضوء قانون التحكيم المصري و قوانين الدول العربية و الأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2013 ، ص 122.

2 - فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، علما وعملا، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2014، ص 9 . أنظر أيضا أبو العلا النمر، دراسة تحليلية للمشكلات العملية والقانونية في مجال التحكيم الدولي، دار ابو المجد للطباعة ، القاهرة ، مصر، 2004 ، ص 236 .

3 - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 124

4 - أبو العلا النمر ، المرجع السابق ، ص 237.

والمرشح منح لمحكمة التحكيم الداخلي مكنة وسلطة تصحيح الأخطاء المادية الواردة في الحكم، فنص في المادة 1035 فقرة 1 منه¹، ومن خلالها أحال إجراءات القيام بذلك إلى القواعد المعمول بها أمام الجهات القضائية أي إلى المادتين 286-287 من نفس القانون، ويقصد بالخطأ المادي وفق المادة 287 أنه "عرض غير صحيح لواقعة مادية أو تجاهل لوجودها" أي أن المرشح حدد هذا الخطأ المستوجب التصحيح في الخطأ الوارد بالحكم من حيث وقائعه أو البيانات المتعلقة به، كما قد يكون في وقائع مادية وتجاهل وجودها، كالخطأ في التعبير أو في استخلاص الوقائع الموجودة في الملف، على نحو غير صحيح²، ويضيف الاجتهاد الفقهي على هذا الخطأ المادي أن يكون مؤثرا في الحكم.

وبخصوص الإجراءات المتبعة فإنه يتبع فيها الإجراءات المنصوص عليها بالمادة 286 من ق إ م إ المشار إليها، أما ما تعلق بميعاد تقديم طلب التصحيح، فإنه لا يوجد ميعاد محدد، وبالتالي فإنه لمحكمة التحكيم سلطة القيام بالتصحيح ما دام من الممكن قانونا أن تتعقد مرة أخرى .

أما إذا تعذر عليها الإنعقاد، لأي سبب من الأسباب، أو أنه لم يتم الطعن قضائيا في الحكم التحكيمي الداخلي فإن التساؤل يطرح عن الجهة المختصة بالتصحيح وهل هناك ميعاد معين للفصل في طلب التصحيح ؟.

في فرنسا فإن الجهة المختصة بالتصحيح هي المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع وهو ما أشارت إليه المادة 3/1485 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل والمتمم³ . ونعتقد أن ما جاء به التشريع الفرنسي يصدق تطبيقه في الحالة الجزائرية على

¹ - نصت المادة 1035 فقرة 1 من ق إ م إ على أن: " يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه " ليستثني من ذلك في الفقرة الثانية: " غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم، أو تصحيح الأخطاء المادية والاعفالات التي تشوبه ، طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون".

² - خالد احمد سالم الشوحة ، المرجع السابق، ص 47 .

³ - Arti 1485 alinia 3 du CPCF prévoit que : « Si le tribunal arbitral ne peut être à nouveau réuni et si les parties ne peuvent s'accorder pour le reconstituer, ce pouvoir appartient à la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage. »

اعتبار أن التصحيح لا يكون إلا بدعوى عادية يراعى فيها مبدأ الوجاهية وحق الدفاع، لكن على أن ترفع أمام المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها هذا الحكم .

ولعل هذا الحل أحسن مما جاء في التشريع الفرنسي من حيث أن البحث عن المختصة أصلاً بنظر النزاع الأصلي، قد يطرح إشكالات أخرى يكون الأطراف في غنى عنها، فقد يتم الخطأ في تحديد هذه المحكمة المختصة أو يكون هناك تعدد في الاختصاص المحلي، ولذلك يكون من الأجدر اللجوء إلى المحكمة التي صدر فيها الحكم التحكيمي والتي تتبع المجلس القضائي المختص أصلاً بنظر طعن الاستئناف في الحكم التحكيمي في حال وجوده، ويمكن تفسير هذا الحل على ضوء نص المادة 1033 من ق إ م إ الذي جاء فيه : " يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد (1) من تاريخ النطق به، أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم ... " أي المشرع لم يقل أمام المجلس القضائي الذي تتبعه المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وإنما أمام المحكمة التي صدر الحكم في دائرة اختصاصها وتلك التي تدخل رئيسها في رفع العقبات التي تعيق سير الخصومة.

ثانيا : سلطة المحكم الداخلي فيما أغفل الفصل فيه من طلبات

الإغفال المقصود هو ألا تفصل محكمة التحكيم في طلب ما بأي شكل من أشكال القضاء، فهي وإن كانت ملزمة بالفصل في كل الطلبات المقدمة لها كلا على حدى بالرفض أو القبول، إلا أنها ينبغي أن تكون صيغة منطوق الحكم دالة على ذلك، سواء بقبولها جميع طلبات المدعي (المحتكم) ، أو أنها رفضتها جميعها، أو أنها قبلت طلبا معينا و رفضت باقي الطلبات¹.

ولا يقبل طلب إصدار حكم إضافي إذا كان الهدف منه إعادة مناقشة ما فصل فيه حكم التحكيم أو طرح المنازعة أو بعض جوانبها من جديد على محكمة التحكيم، مما يؤدي معه إلى المساس بما تم القضاء به، ومن ثم الإخلال بحجيته².

¹ - عيد محمد القصاص ، المرجع السابق ، ص 208 .

² - فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، المرجع السابق ، ص 607 .

والحكم الإضافي بعد صدوره يضاف إلى الحكم التحكيمي الأول ويعتبر جزء لا يتجزأ من منه، ويتم تنفيذهما معا بنفس الشروط و الإجراءات.

ولقد منح بدوره المشرع الفرنسي في المادة 1485 من ق إ م ف للمحكم الداخلي تدارك ما أغفل عنه بإصدار حكم إضافي وفقا للإجراءات المتبعة بخصوص تصحيح الخطأ المادي والتي أشير إليها سابقا، وهو ما أخذ به أيضا المشرع المصري مع بعض الخصوصية في المادة 51 من قانون التحكيم¹.

أما بالنسبة للحالة الجزائية فإن المشرع أجاز للمحكم إصدار أحكام تحكيم إضافية وذلك في حالة إغفاله الفصل في أحد الطلبات، وقد أخضع أوضاع وإجراءات القيام بذلك إلى القواعد المطبقة بشأن الأحكام القضائية²، فالمشرع أقرن إجراءات استكمال واستدراك الطلبات المغفلة في الحكم التحكيمي بنفس الإجراءات المطبقة على تصحيح الخطأ المادي في الحكم التحكيمي، وعلى ذلك لا داعي لتكرارها هنا.

ثالثا : سلطة المحكم الداخلي في تفسير الحكم التحكيمي

إن مبدأ إمتداد ولاية القاضي لتفسير ما يصدر عنه من أحكام غامضة رغم استنفاده الولاية مبدأ مستقرعليه منذ وقت بعيد، و نصت عليه قوانين المرافعات صراحة، وهو كذلك بالنسبة للمحكم، فقد يصدر حكم التحكيم المنهي للخصومة وهو مشوبا ببعض الغموض أو الإبهام، سواء في العبارات أو الالفاظ المشككة لمنطوقه، بحيث لا يدل على مضمون ما قضى به ، مما يجعل معه أطراف النزاع أو أحدهم بحاجة إلى توضيح هذا الغموض من المحكمة التي أصدرت الحكم.

1 - عيد محمد القصاص، مرجع سابق، ص241 .

- وتنص المادة 51 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 على أن : "1- يجوز لكل من طرفي التحكيم ولو بعد إنتهاء ميعاد التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم إصدار حكم تحكيم إضافي في طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم ويجب إعلان هذا الطلب إلى الطرف الآخر قبل تقديمه .

2- وتصدر هيئة التحكيم حكمها خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم الطلب ويجوز لها مد هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة لذلك".

2 - انظر المواد 1030، 287، 286 من قانون الاجراءات المدنية والادارية المشار اليها اعلاه .

والمقصود بالتفسير هو إظهار الحقيقة المبهمة وكذلك إيضاح الغموض لتحديد ما يتضمنه الحكم من تقدير عن طريق البحث في عناصر الحكم الذي يتكون منها، وليس في البحث عن إرادة من أصدره¹، فهو يهدف الى توضيح مدلوله وتحديد مضمونه كما جاء في أحكام المادة 285 من ق إ م إ .

و يشترط لقبول طلب التفسير، أن يكون يكون الحكم المراد تفسيره قطعياً، و يجب أن يكمن الغموض و الإبهام في منطوق الحكم بحيث يحتمل هذا الغموض عدة معاني، مع ضرورة وجود مصلحة لطالب التفسير²، على أن ينحصر التفسير في توضيح النص أو العبارات والألفاظ الغامضة أو المبهمة في الحكم دون أن يؤدي ذلك إلى تعديل منطوقه بالزيادة أو النقصان، أو تعديل في الحقوق الناتجة للخصوم في هذا المنطوق³. ولقد ربط التشريع المصري في المادة 43 منه⁴ تقديم طلب التفسير بآجال محددة يترتب على انقضائه زوال سلطة محكمة التحكيم في التفسير. وهو نفس الامر بالنسبة التشريع الفرنسي وفق ما نصت عليه المادة 1486 منه⁵.

أما المشرع الجزائري فقد منح لمحكمة التحكيم سلطة تفسير الحكم الذي أصدرته متى كان غامضاً أو مبهماً، دون أن يوضح الإجراءات التي يجب على طالب التفسير

1 - نجيب أحمد الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، المكتب الجامعي الحديث، صنعاء اليمن، سنة 2006، ص4
2 - بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطالان أحكام التحكيم الدولية، دراسة مقارنة، دار الجامعة، الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2007، ص 80 .
3 - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص32
4 - المادة 43 فقرة 1 و 2 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 تنص على انه "1- يجوز لكل من طرفي التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض ويجب على طلب التفسير إعلان الطرف الآخر بهذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم
2 - يصدر التفسير كتابة خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تقديم طلب التفسير لهيئة التحكيم ويجوز لهذه الهيئة مد هذا الميعاد ثلاثين يوماً إذا رأت ضرورة لذلك..."

5 - Art 1486 du CPCF prévoit que « Les demandes formées en application du deuxième alinéa de l'article 1485 sont présentées dans un délai de trois mois à compter de la notification de la sentence.

Sauf convention contraire, la sentence rectificative ou complétée est rendue dans un délai de trois mois à compter de la saisine du tribunal arbitral. Ce délai peut être prorogé conformément au second alinéa de l'article 1463. La sentence rectificative ou complétée est notifiée dans les mêmes formes que la sentence initiale »

اتباعها عند تقديمه الطلب والشروط المطلوبة لذلك، حيث أحال إلى تطبيق المادة 285 من ق إ م إ الخاصة بتفسير الأحكام القضائية ، وهو ما يستخلص من عبارة (طبقاً للأحكام الواردة في هذا القانون) الواردة في نص المادة 1030 فقرة 2 أعلاه، وهو ما يفهم معه أن طلب التفسير المقدم إلى محكمة التحكيم يخضع لنفس الأحكام التي يخضع لها طلب تفسير الأحكام القضائية.

وبهذا الصدد تنص المادة 285 فقرة 1 على أن : "إن تفسير الحكم بغرض توضيح مدلوله أو تحديد مضمونه من اختصاص الجهة القضائية التي أصدرته". وبإسقاط هذه القاعدة فإن لمحكمة التحكيم التي أصدرت الحكم أن تنتظر طلب التفسير بنفس الاجراءات المعمول بها بخصوص طلب التصحيح.

غير أن منحها هذه السلطة قد يصطدم في الواقع العملي بالعديد من الصعوبات، فقد يحدث أن تظهر الحاجة إلى تفسير حكم التحكيم في وقت يكون فيه اجتماع المحكمة من جديد غير ممكن، لأي سبب من الأسباب، ففي هذه الحالة يعطي المشرع الفرنسي صلاحية التفسير للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، في حين أن المشرع المصري والجزائري لم يشيرا إلى ذلك، وقد قلنا سابقاً عند الحديث عن هذا الأمر بالنسبة للحالة الجزائرية هو الرجوع أفضل أمام المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصها وليس المختصة أصلاً بنظر النزاع¹.

وتقوم المحكمة التحكيمية بتفسير منطوق الحكم وفقاً لقواعد تفسير الأحكام بالنظر إلى أسبابه وعناصره الأخرى، وهذا الحكم لا يعتبر حكماً ثانياً يضاف إلى حكم التحكيم

¹ - وتجدر الإشارة إلى أن قواعد بعض المؤسسات التحكيمية في الجزائر عالجت مسألة تفسير الحكم التحكيمي وتصحيحه وبهذا الشأن نذكر قواعد نظام مركز المصالحة والتحكيم والوساطة للغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة اذ اشارت المادة 59 منه على أنه يجوز للأطراف تقديم طلبات تفسير أو تصحيح الحكم خلال مدة أقصاها 60 يوم اعتباراً من تاريخ استلام الحكم وتقوم أمانة المركز بارسال هذه الطلبات إلى الطرف الآخر الذي ينبغي عليه ان يقدم ملاحظاته أو جوابه خلال أجل شهر من تاريخ الاخطار أو التبليغ بالطلب لتقوم بعدها الأمانة بعرض مذكرات الأطراف على المحكمة لتفصل فيها خلال اجل 30 يوماً اعتباراً من تاريخ رفع الدعوى إليها بحسب الفقرة الثانية من المادة 60 ، كما انه وبحسب الفقرة الاولى من نفس المادة فان لهيئة التحكيم صلاحية التدخل التلقائي دون دعوى أو مرافعات لأجل القيام بالتصحيح للأخطاء المادية أو لتفسير الحكم ويعتبر الحكم الصادر سواء بالتصحيح أو التفسير جزء لا يتجزأ من الحكم الأصلي

- انتظر قواعد التحكيم لدى مركز المصالحة والوساطة والتحكيم للغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ، المرجع السابق.

الأصلي، بل هو حكماً متمماً لحكم التحكيم ويسري عليه نفس القواعد والآثار، ويمكن الطعن فيه منفرداً بطرق الطعن اذا تعدت محكمة التحكيم القيود المحددة لها في تفسير حكمها، متعرضة بالتعديل، لمنطوق الحكم الصادر، حيث يعتبر الحكم التفسيري في هذه الحالة مستقلاً عن الحكم الأول وغير مندمج فيه¹.

و ما ينبغي ملاحظته حول سلطات المحكم الداخلي بخصوص طلب التفسير والتصحيح والفصل في الطلبات المغفلة بالنسبة لأحكام التحكيم، هو أن المشرع الجزائري رغم أنه أحال هذه الدعاوى أو الطلبات إلى المواد 285، 286، 287 المتعلقة بالأحكام القضائية، إلا أن هذا غير كاف فحبذا لو أنه أفرد لكل حالة مادة خاصة تبين الإجراءات الخاصة بها أو على الأقل التتصيص على المواعيد و حالة الجهة المختصة عند عدم تمكن المحكمة من الإنعقاد درءاً لأي إجتهاادات أو إشكالات قد تعيق تنفيذ الحكم التحكيمي وتزيد من إرهاب الأطراف جهداً ومصاريفاً .

وبعد تحليل السلطات التي يتمتع بها المحكم الداخلي في اطار مركزه القانوني ننقل الى تحليل التزاماته والحقوق التي يتمتع بها .

المبحث الثاني

إلتزامات وحقوق المحكم الداخلي وضوابط مسؤوليته

كان لامتزاج الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية بخصوص مهمة المحكم الأثر في تحديد مجال الإلتزامات التي تقع على عاتقه بمناسبة ممارسته لهاته المهمة والمسؤولية المترتبة عن الاخلال بها فضلاً عن تحديد مجال حقوقه التي يتمتع بها. وعلى ذلك فإن الإلتزامات وحقوق المحكم ومسؤوليته تتحدد من خلال عقد المحكم المبرم بينه وبين اطراف

¹ - خالد أحمد سالم الشوحة، المرجع السابق، ص45 . وأنظر أيضاً جارد محمد، المرجع السابق، ص 486 .

النزاع وتحدد من خلال القواعد القانونية المنظمة لعمله فضلا عن لوائح الانظمة والمؤسسات التحكيمية التي ينتمي اليها .

المطلب الأول

إلتزامات المحكم الداخلي

تستند العديد من الإلتزامات التي تقع على عاتق المحكم الداخلي إلى العقد المبرم ما بينه وبين أطراف الخصومة التحكيمية (عقد المحكم)، و هناك إلتزامات أخرى أنشأها القانون على ذمته باعتباره يمارس مهمة قضائية وهي إلتزامات قانونية قضائية وكلاهما يظهران خلال مسار الخصومة التحكيمية قبل إنعقادها وأثناء سريانها وفي نهايتها على أن هناك الإلتزامات قد تقع عليه قبل إبرام عقد المحكم وتبقى قائمة إلى غاية انتهاء الخصومة .

الفرع الأول

الإلتزامات ما قبل التعاقد أو ما قبل سير الخصومة التحكيمية

أثناء مرحلة السعي لتشكيل محكمة التحكيم والبدء في إجراءات ذلك، فإنه وعلى الرغم من عقد المحكم لم ينشأ بعد إلا أنه يقع على عاتق المحكم الإلتزامين أساسيين يشملان الإلتزام الإفصاح عن الظروف والوقائع التي من شأنها إثارة الشكوك حول حيديته واستقلاله والإلتزام المحافظة على السرية. ويعد هذين الإلتزامين سابقان عن التعاقد ويرتبان مسؤولية غير عقدية للمحكم عن الضرر، بالنظر إلى كون عقد المحكم لم يتشكل بعد¹ وكلما تأخر إبرام العقد نهائيا كلما زاد نطاق مسؤوليته التقصيرية. ويضاف اليهما الإلتزام المساعدة على تشكيل المحكمة التحكيمية .

¹ - Pierre Mousseron : « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité délictuelle », RTD com. 1998.243, spéc. n° 18 et s.

أولاً: إلتزام الإفصاح عن الظروف والوقائع التي من شأنها إثارة شكوك حول حيديته واستقلاله

الإلتزام بالإفصاح يعني مبادرة الشخص المختار لتولي التحكيم من تلقاء نفسه بإحاطة أطراف النزاع علماً عن أي علاقة مباشرة له بأي منهما أو بوكلائهما أو العاملين لديهما أو أقاربهما أو أصدقائهما سواء كانت هذه العلاقة مادية أو مهنية أو اجتماعية وسواء كانت علاقة سابقة أم علاقة حالية¹، كما يفصح أيضاً بذلك لباقي المحكمين الذين تم اختيارهم في نفس التحكيم وإلى مركز التحكيم أن كان التحكيم مؤسسياً².

ويعد الإلتزام بالإفصاح كواجب مفروض على جميع المحكمين تجاه أطراف النزاع جميعاً، بمعنى أنه لا فرق بين المحكم المعين من أحد الأطراف وبين المحكم الثالث أو المحكم المفرد، وفي هذا المجال قطع الإجتهد القضائي الفرنسي قراره بشأن هذه المسألة بالقول أنه يلزم كل المحكمين بمستوى واحد من الحياد والاستقلال الذهني ويعتبر تعيين أحد الأطراف للمحكم ليس تصرفاً منفرداً منه ولو كان بمبادرة منه بل هو يعتبر تصرفاً صادراً من إرادة الطرفين³.

¹ - هدى محمد مجدي عبد الرحمان، المرجع السابق ص 161 . أنظر كذلك قتحي والي، المرجع السابق، ص 228، منير يوسف المناصير، المرجع السابق، ص 194 - 195.

² - يجري العمل في العادة بالمراكز التحكيمية أن يطلب من المحكم عند قبوله مهمته إقراراً بعدم وجود أية ظروف تؤثر في حيديته واستقلاله، ومنها مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي والذي يختص أيضاً بالتحكمات الوطنية أو الداخلية إذ ورد في المادة 11 فقرة 2 من قواعد التحكيم لديه على أن: "لا تتم إجراءات تعيين المحكم إلا بقبوله للمهمة. ويجب على المحكم، حال قبوله مهمة التحكيم، أن يقدم خلال أسبوع من تاريخ إخطاره بالترشح إقراراً مكتوباً يؤكد بموجبه حيديته واستقلاله". أنظر قواعد المركز على الموقع الإلكتروني (اطلع عليه بتاريخ 03-02-

2022) : https://crica.org/rules/arbitration/2011/cr_arb_rules_ar.pdf

كما أن قواعد التحكيم لدى مركز المصالحة والوساطة والتحكيم بالغرفة الجزائرية للصناعة والتجارة تشترط كذلك مثل الإقرار إذ ورد في المادة 13 منه على أن: "يتوجب أن يكون المحكم مؤهلاً للقيام بمهامه ومستقلاً وغير منحازاً، وجاهزاً، كما يجب ألا تكون له أية علاقة مباشرة أو غير مباشرة بالأطراف

لهذا الغرض، يوقع المحكمون المعينون على تصريح بالقبول، يكون مطابقاً للنموذج المحدد من قبل المركز المرفق بهذه القواعد". انظر هذه القواعد، المرجع السابق

³ - TGI Paris (1^{er}Ch.,1^{er}Sect.), 28mars 1984, Raffinerie de pétroles d'Homs et de Banias, Rev. arb., 1985, p.141

- عبد الحميد الاحدب، المرجع السابق، ص 334 .

وحتى يتسنى للمحكم الوفاء بالتزامه يقع على عاتقه واجب تحديد العلاقات التي يمكن أن تثير مثل هذه الشبهات بشكل معقول قبل إبرام العقد أي قبل إبدائه الموافقة والقبول بالمهمة .

و يعفى المحكم من هذا الالتزام إذا كانت الواقعة تدخل في العلم العام، ومع ذلك فإنه يجوز له أن يفصح عن تلك الظروف¹ للمحافظة على الانطباع المطلوب من أطراف الخصومة بخصوص استقلاله وحياده، إذ بهذا الإعلام يمكنهم الاعتراض عليه أو التنازل عن ذلك لا اعتقادهم أن هذه الظروف لا تؤثر في استقلاله².

وهذا الالتزام يعد التزاما غير مرتبط مباشرة بعقد المحكم إلا أنه ملزم للمحكم قبل التعاقد وقبل قبوله لمهمته ولذلك فإن المسؤولية المترتبة هنا هي مسؤولية تقصيرية، بالنظر إلى كون العقد لم ينعقد بعد، وكلما زاد تأجيل الإبرام النهائي للعقد في الوقت المناسب زاد نطاق المسؤولية التقصيرية له³. وهو ما سارت عليه محكمة النقض الفرنسية التي قضت بأنه على المحكم عند عرض مهمة التحكيم عليه أن يبحث عن الأسباب التي قد تؤثر في حياده واستقلاله قبل قبوله لهذه المهمة⁴.

ولقد أخذ المشرع الفرنسي صراحة بذلك في المادة 1456 من ق إ م ف أين أوجب على المحكم قبل قبول مهمة التحكيم الإفصاح عن كل الظروف التي تثير الشك و تمس

¹ - فتحي والي، المرجع السابق ، 228

- Voir aussi Philippe fouchard : « le status de l'arbitre dans la jurisprudence Française » ,Rev.arb.1996.p352

² - أبو العلا النمر، دراسة تحليلية للمشكلات العملية والقانونية في مجال التجطيك التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص76.

³ - Tomace Clay , op.cit page 602

⁴ - Cass.Civ,1^{er}ch,16 mai 1999,Bull.Civ,I . Voir Eric Loquin,La réforme du droit français interne et internationale de l'arbitrage,RTD. 2011.p255

باستقلاليتيه أو حياده¹، فهذا الالتزام يعد التزام بالإعلام سابق عن التعاقد، كما ورد وصف ذلك في حكم صادر عن المحكمة الاتحادية السويسرية². على أنه وجب على أطراف النزاع الرد بسرعة بعد إفصاح المحكم عن أية شكوك حول حياده واستقلاله وهذا خلال المهلة المحددة وفقا لقواعد الإجراءات المطبقة³.

أما في التشريع المصري فقد نصت المادة 16 في الفقرة 3 منه على أنه ينبغي على المحكم أن يبدي قبوله بالمهمة كتابة وعليه عند هذه اللحظة أن يفصح عن أي ظروف قد تثير الشك في استقلاليتيه أو حيده أي أن هذا الالتزام يقع على عاتق المحكم بعد قبوله للمهمة بما يجعله التزام تعاقدي.

¹ - Art 1456 du CPCF prévoit que : « Le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. A cette date, il est saisi du litige.

Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission.

En cas de différend sur le maintien de l'arbitre, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux »

² - Tribunal fédéral suisse, 15e Cour civ., 14 mars 1985 (Sté Z. c. L.), Bull. Ass. suis. arb. 1986.76 .

³ - Cass.Civ,1^{er}ch,19 déc. 2018 , N° de pourvoi: 16-18349 « Les parties ne sont pas recevables à se prévaloir devant le juge de l'annulation de faits les faisant douter de l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre si elles ne les ont pas soulevés dans les délais du règlement d'arbitrage applicable, sans qu'aucune information complémentaire, autre que notoire, ait été découverte. » voir la décision sur le cite :

<https://www.courdecassation.fr/> ou sur le liens elc:

https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2019/01/16-18.349_0.pdf

وانظر في التعليق على هذا القرار :

- Claire Debourg, Obligation de révélation de l'arbitre et obligation de s'informer à la charge des parties : un équilibre encore perfectible, 12 décembre 2019 sur le cite internet : <https://www.dalloz-actualite.fr/> . consultu le 17-04-2022

أما في التشريع الجزائري فإن محكمة التحكيم الداخلي لا تعد مشكلة تشكيلا صحيحا إلا إذا قبل المحكم بالمهمة المسندة إليه أي لا ينعقد عقد المحكم إلا وفقا لذلك ، و يتعين عليه حينئذ إعلام الأطراف بأي سبب من الأسباب التي قد تدعو إلى رده لاسيما وجود شبهة مشروعة في استقلاليته، ناتجة عن وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية له مع أحد الاطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

ويلاحظ أن هذا الالتزام في التشريع الجزائري يكون بعد قبول المهمة وليس قبلها، والدليل على ذلك أن المشرع في نص الفقرة الثانية من المادة 1015 من ق إ م إ لم يسمح للمحكم مباشرة المهمة في حالة إفصاحه عن الشبهة في استقلاليته، إلا إذا وافق على ذلك الأطراف، وطالما أن المباشرة للمهمة لا تكون إلا بعد تشكيل المحكمة، وهذه لا تكون - بحسب نص الفقرة الاولى من نفس المادة - إلا بعد قبول المحكم أو المحكمون القيام بالمهمة فانه بالنتيجة يمكن اعتبار أن الالتزام بالإفصاح يعد التزام تعاقدي وليس قانوني، وما يزيد ذلك ترجيحاً أنه إذا وافق الأطراف على مواصلته المهمة رغم وجود الشبهة يكون المحكم في حل من هذا الالتزام في حدود ما صرح به .

ولم يتطرق المشرع أن كان هذا الإفصاح يتم كتابة، وهذا على عكس المشرع المصري الذي أوجب في المادة 16 فقرة 3 المنوه عنها سلفاً أن يكون ذلك كتابة ، إلا أننا نعتقد أن الوفاء به يعد صحيحاً متى تحقق العلم به بأي وسيلة من الوسائل التي تكفل ذلك، ويبقى عبء اثبات وقوعه على المحكم.

وبالنظر إلى أهمية هذا الإلتزام في تحقيق نزاهة التحكيم فإنه يكفي على أنه إلتزام بتحقيق نتيجة، وهويظل قائم على عاتق المحكم طوال إجراءات الخصومة التحكيمية ، ولهذا فانه إذا حدثت ظروف من شأنها التأثير في استقلاله أو حياده ولم تكن قائمة عند قبوله التحكيم أو لم يكن يعلمها وعلمها بعد ذلك ، فإن عليه أن يفصح بها فوراً للأطراف أو يثبتها في بداية جلسات التحكيم في مواجهتهم . ونظراً لطابعه النسبي، فإن هذا الإلتزام يعد التزاماً ببذل عناية¹.

¹ - Thomas Clay, op. cit, p 617.

ثانياً: إلزام المحافظة على السرية

تعد ميزة السرية أحد الأسباب الداعية إلى إختيار الأفراد قضاء التحكيم على قضاء الدولة. و يعتبر بعض الفقهاء أن التحكيم الجيد هو الذي لا يسمع به ولا يراه إلا الخصوم والمحكمين، ويشبهون محكمة التحكيم بالغرفة السوداء المغلقة على الجميع فلا يتم تبادل المعلومات إلا بينهم وبين المحكمين¹.

ولما كان مبدأ السرية من خصائص التحكيم، فقد ذهب البعض أنه لا ضرورة لاتفاق الأطراف على إحترامه في عقد المحكم، فهو يشكل أحد العناصر الطبيعية المكونة لهذا النظام والذي لا تقوم له قائمة بدونها².

ولقد تعددت الآراء في الأساس الذي يستند عليه هذا الإلتزام في عمل المحكم³ فمنهم من ذهب إلى الاستناد على الثقة المتبادلة بينهم تجاه المحكم . ومنهم من ذهب إلى القول بأن الإلتزام بالسرية المفروض على المحكم ينبع من دوافع أخلاقية، تتصل بنظام التحكيم.

في حين ذهب رأي ثالث إلى القول بأن الأساس الحقيقي للإلتزام المحكم بعدم إفشاء أي معلومات هو عقد المحكم فبمجرد توقيعه عليه، يصبح متعهدا بضمان السرية، وبحسبه فإن سريان هذا التعهد يمتد حتى إلى ما قبل إنعقاد العقد وتوقيعه عليه نتيجة تريثه ومحاولته توفير أكبر قدر من المعلومات لاتخاذ القرار المناسب بقبول المهمة أو رفضها، فهذا أخلاقيا لا يجوز له افشاء أي معطيات أو معلومات وصلت اليه بهذا الصدد تحت طائلة قيام مسؤوليته المدنية⁴.

¹ - Marie-Claire :« justice Arbitrage », revue générale de droit processuel N0 5 janvier ,Mars, Dalloz 1997- p.343 et 346.

² - Jean-Louis Delvolve «Vraies et fausses confidences ou les petits et les grands secrets de l'arbitrage », Rev. arb. 1996 p 373 no 12 et 17

³ - Thomas Clay, op. cit p 598 – 599 . Jean-Louis Delvolve, op. cit ,n°17

⁴ - Jan Paulsson et Nigle Rawding, « Les aléas de la confidentialité », Bull. CCI 1994, vol. 5, n° 1 spéc. p. 59-60

- Elie Bertrand, « Confidentialité de l'arbitrage, évolution ou mutation après l'affaire Esso », RDAI 1996, n° 2

-Crystelle SANCHEZ SAËZ , << USAGES ET ARBITRAGE >> op. cit ;p129 au 140

والتزام السرية لا يظهر نفس السمات فيما يتعلق بالوثائق والجلسات من جهة وما يثور في نطاق المداولات من جهة أخرى ، فإذا كان السر موجود في الوثائق المخطر بها الخصم أو التي تم تبادلها بالجلسات لا توجد أي صعوبة في تحديده وتاويله، فهنا المسؤولية تتوزع بين الخصوم والمحكم ومحاميهم أو مستشاروهم لكن ما تعلق بالسرية في المداولات فإن الأمر دقيق، فالتزام المحكم باحترام سرية المداولات ينقسم إلى قسمين¹ :

- الأول وهو منع أي طرف من الحضور في المداولات سواء كان من الغير أو من أطراف النزاع أو مستشاريهم أو المحامين أو المترجمين أو الخبراء وحتى بالنسبة لأمين الجلسة، فالمحكّمون المشكّلون لهيئة التحكيم وحدهم من لهم الحق في حضورها، وكل ذلك ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك، فالمحكّم بموجب عقد المحكم يكون ملزماً بتأمين ان تكون قاعة المداولات مغلقة .

- والثاني الإمتناع عن الإفصاح بما دار بالقاعة أي يجب على المحكم أن لا يخبر بمحتوى ما جرى في قاعة المداولات، ولا يعد إخلالاً بالسرية إذا قام بالإبلاغ على وقائع تشكل جريمة اكتشفها أثناء ذلك أوبعد اطلاعه على الوثائق. كما لا يعد مخلاً بالتزامه متى أجاز له الخصوم أو القضاء القضاء بالمعلومات والبيانات التي وقفوا عليها.

و لم يضع المشرع أحكاماً خاصة بهذا الالتزام، إذ أشار فقط إلى جزئية واحدة تتعلق بهذا الالتزام وهي سرية المداولات في المادة 1025 بالقول : "تكون مداولة المحكمين سرية " في حين أن التشريع الفرنسي نص مباشرة على هذا الالتزام في نص الفقرة 4 من المادة 1464 ق إ م ف بالقول أن : " مع مراعاة الالتزامات القانونية وما لم يتفق الطرفان بخلاف ذلك، تخضع إجراءات التحكيم لمبدأ السرية"، كما مد هذا المبدأ الى المداولة وفق ما نصت عليه المادة 1479 م ق إ م ف¹.

¹ - Thomas Clay, op. cit, p 600-601 . Jean Denis Bredin : « Le secret du délibéré arbitral », in Mélanges Pierre Bellet. 2. Cette règle s'applique pour l'arbitrage interne et pour l'arbitrage international soumis à la loi Litec, 1991, p. 71

¹ -Arti 1464 du CPCF prévoit que : « Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité ».

-Arti 1479 du CPCF prévoit que : « Les délibérations du tribunal arbitral sont secretes »

أما بالنسبة للمشرع المصري فإنه لم يورد أية إشارة إلى اشتراط علنية أو سرية الجلسات فالأمر متروك لإتفاق أطراف الخصومة، وفضلا عن ذلك حتى بالنسبة للمداولات فقد ترك مسؤولية تقرير كيفية إجرائها إلى هيئة التحكيم ما لم يقرر أطراف النزاع خلاف ذلك وحتى بالنسبة لنشر الحكم التحكيمي. وقد إعتبر بعض الفقه أن عدم نص المشرع المصري على سرية المداولة، لا يؤدي إلى الشك في ضرورة الالتزام بهذه القاعدة، باعتبارها من أصول التقاضي الأساسية التي يجب مراعاتها¹.

وفي الأخير فإن التزام المحافظة على السرية لا يمكن التملص منه إلا إذا نص عقد المحكم على ذلك أو كانت لوائح المركز التحكيمي تجيز ذلك، فالأمر متروك لاتفاق أطراف الخصومة مع المحكم فلهم الخيار في طلب عقد جلسات علنية أو سرية، أو القيام بنشر الحكم التحكيمي أي لهم رفع السرية تماما أو إبقائها أو رفعها في جزء منها فقط .

ثالثا: الإلتزام بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم

لا يوجد هذا الإلتزام إلا في حالة التشكيلة الجماعية لمحكمة التحكيم ولايتعلق إلا بالمحكمن الذين سبق إختيارهم. ويمكن تصور فرضيتين في هذا المجال يكون فيهما سلوك المحكم إيجابيا في الأول وسلبي في الثاني¹ :

¹ - عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، سنة 1990، ص 388 ، انظر كذلك أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، طبعا للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الثالثة ، بدون دار نشر ،سنة 2002 ، ص 473 .

وقد أخذت قواعد التحكيم بالمركز الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي بهذه السرية في المادة 40 التي نصت على أنه : " ما لم يتفق الأطراف صراحة وكتابة على غير ذلك. يتعهد الاطراف بالمحافظة على سرية جميع أحكام التحكيم والقرارات وكذلك جميع المستندات المقدمة من الأطراف أثناء إجراءات التحكيم، وذلك ما لم تكن تدخل في العلم العام وبإستثناء وفي حدود ما قد يكون مطلوبا من أحد الأطراف بموجب واجب قانوني لحماية أو متابعة أو تنفيذ أو الطعن على حكم التحكيم بمقتضى إجراءات قانونية أمام سلطة قضائية.

ويسري هذا التعهد أيضا على المحكمن والخبراء المعينين من قبل هيئة التحكيم وعلى أمانة هيئة التحكيم والمركز. تكون مداولات هيئة التحكيم سرية بإستثناء وفي حدود ما قد يكون مطلوبا الافصاح عنه بموجب قرار من سلطة قضائية. يتعهد المركز بعدم نشر أي قرار أو حكم تحكيم أو جزء منه بما يكشف عن شخصية أي من الاطراف بدون الموافقة الكتابية المسبقة من جميع الاطراف." انظر قواعد المركز، المرجع السابق.

¹ - Matthieu Moreau-Cucchi : op,cit,p 471

- إما أن أطراف النزاع بعد إبرامهم لعقد المحكم مع المحكمين الأول والثاني لم يتفقوا على المحكم الثالث، فيكون المحكمون المختارين ملزمين فرادى باختياره، أو بإحالة المسألة إلى القضاء¹ لكي يفعل ذلك فهذا يكون سلوكهم إيجابي

- إما أن يقترح أطراف النزاع أسماء من يختارونه ليكون محكم ثالث، فهذا يجب على المحكمين تجنب إبطاء عملية إنشاء محكمة التحكيم أو عرقلتها، إذ حتى وإن كان من الناحية النظرية اتفاق المحكمين الذين سبق اختيارهم عليه ليس ضروريا، إلا أنه من الناحية العملية يتم بموافقة الخصوم والمحكمين معا. وعند هذه النقطة يجب على المحكم أن لا يعارض بدون سبب المقترحات التي قدمت، فإن عارضها يجب أن يكون ذلك لأسباب موضوعية وجدية وإلا عد سلوكه سلبيا من شأنه أن يقيم مسؤوليته في حال إلحاق أي ضرر بالأطراف نتيجة ذلك.

الفرع الثاني

الالتزامات التعاقدية للمحكم الداخلي خلال مسار خصومة التحكيم

ينشأ عقد المحكم الداخلي للالتزامات متعددة في ذمة المحكم، تتراوح بين ما تم الاتفاق عليه كتابة و بين ما تقتضيه طبيعة العقد في حد ذاتها، وهناك من الالتزامات التي تحمل وجهين يمارسها بصفته قاضي وفي نفس الوقت بصفته طرفا متعاقدا، وهذه الالتزامات لا تتعلق بمرحلة معينة من الخصومة التحكيمية أو قاصرة على إجراء معين، وإنما يلتزم بها المحكم في جميع مراحلها.

والالتزامات التعاقدية منها ما هو تعاقدى محض ومنها ما هو ذو طبيعة مزدوجة تحتل وجهين بحسب الحالة أي أنها التزام عقدي وقانوني في نفس الوقت.

¹ - المحكم لا يمكنه إحالة استكمال تشكيل محكمة التحكيم إلى القضاء إلا إذا تم تأهيله بصورة نهائية لمباشرة مهمته كمحكم، وبعبارة أخرى إلا إذا تم إبرام عقد المحكم معه من طرف الخصوم . ولذلك فإنه من المتصور إبرام عقد المحكم بالنسبة لكل محكم سبق اختياره من دون أن تكون محكمة التحكيم قد تشكلت فلا يكون المحكم عندئذ قادرا على أداء واجباته. فهذا للمحكم أن يعرض المسألة على القاضي لأجل تعيين المحكم الثالث، ويكون بذلك قد شرع بالفعل في مهمته القضائية ، لأنه يقوم بخطوة أولى أساسية من أجل التوصل إلى قرار التحكيم الذي التزم به بموجب عقد المحكم، لاسيما وأن إبرام العقد نهائيا لم يعد محل شك، كون القاضي هو من سيتكفل بذلك ولن تكون هناك أية عرقلة في اتمام تشكيل المحكمة . انظر بهذا الخصوص : Tomace Clay , op.cit page 603-

أولاً: الإلتزام باحترام الضمانات الأساسية للمحاكمة

يجمع الفقهاء أن المحكم عليه التزم التحقق من أن إجراءات التحكيم تجري في امتثال صارم للضمانات الأساسية للتقاضي¹، وهذا من خلال ضمان احترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة والمساواة بين أطراف النزاع. فهذا الإلتزام يكمن أولاً وقبل كل شيء في العنصر القضائي المشكل لمركز المحكم. فصفته كقاض تجبره على احترام هذه الضمانات ، ولو اتفق الأطراف على ما يخالفها ولا يجوز بأي حال إعفاء المحكم من أي منها² وأهم هذه المبادئ هي :

أ- الإلتزام بمبدأ المساواة بين الخصوم ويقصد به أن تلتزم هيئة التحكيم الداخلي بمنح الخصوم فرصاً متساوية لبدء دفاعهم وطلباتهم وهو ما يحقق الثقة والاطمئنان فيه كما أن المساواة تكون أيضاً في تعامل محكمة التحكيم مع أطراف النزاع³.

والملاحظ أن هذا المبدأ يقتصر على الحقوق الإجرائية للطرفين في الخصومة، فلا شأن له بما تقضي به محكمة التحكيم، أو بما تقوم به استعمالاً لسلطتها التقديرية في تقدير الأدلة المقدمة من الخصوم، فالمقصود بمبدأ المساواة بين الخصوم هو المساواة الإجرائية¹. ولقد نص قانون التحكيم المصري على هذا المبدأ في المادة 26 منه بالقول : " يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه" في حين لا نجد لهذا النص مثيل في التشريع الجزائري ، إلا أنه وتطبيقاً لاحكام

¹- Patrice Level : « Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre », op. cit., spéc . n° 4 . voir aussi Philippe Fouchard : « Les rapports entre l'arbitre et les parties et l'institution arbitrale », op. cit, spéc. n° 1129.

² - فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 301.

³ - وعلى هذا فإنه لا يجوز لها ان تمنح أحد الطرفين ميعاداً لتقديم مذكرة بدفاعه، وتمنح الطرف الآخر ميعاداً أطول أو أقصر، ولا أن تسمح لممثل أحد الطرفين بالمرافعة الشفوية أمامها وتمنع هذا الحق عن الطرف الآخر مكتفية بما قدمه من مذكرة مكتوبة، ولا أن تخول أحد الطرفين دون الآخر الحق في الاطلاع على الوثائق أو تقرير خبرة . أو الاستمرار في نظر النزاع على الرغم من عدم سداد المحكم ضده لحصته في مصروفات التحكيم. كما لا يجوز لها أن تخص أحد المتخاصمين بالدخول عليها والقيام له، أو الإقبال عليه أو البشاشة له والنظر إليه، ذلك أن تخصيص أحد الخصمين بمجلس أو إقبال أو إكرام مفستتان، أحدهما طمعه في أن يكون الحكم له فيقوى قلبه، والثانية، أن الخصم الآخر ييأس من عدل محكمه فيضعف قلبه وتتكرر حجتة

- انظر احمد السيد الصاوي، المرجع السابق، ص 210- 112-113.

¹ - فتحي والي ، المرجع السابق، ص 302 .

المادة 1019 من ق إ م إ فإنه يكون ملزماً كما هو الشأن بالنسبة للقاضي احترام هذا المبدأ وفق ما نصت عليه المادة 03 فقرة 2: "... يستفيد الخصوم أثناء الخصومة من فرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم ...".

ب- الالتزام بمبدأ المواجهة : ويقصد به ضرورة التزام المحكم بمواجهة الأطراف بادعاءاتهم ودفاعهم، فهذا الالتزام يكرس حق كل محتكم في أن يعلم أو يُمكن من العلم بما لدى المحتكم الآخر من وسائل دفاع وبيانات، و ما يتخذ في الخصومة من إجراءات وذلك في وقت مناسب وكاف حتى يُمكنه الرد على ما قدمه خصمه ومناقشتها¹.

فجوهر المواجهة في حق الخصم هو العلم بالاجراءات المتخذة في الخصومة وما تحتويه من عناصر سواء تعلق ذلك الأمر بالواقع أو القانون، مادامت محكمة التحكيم سوف تستند إليه في أسباب حكمها الذي ستصدره²، فمبدأ المواجهة هو أن يعلم الخصم علماً تاماً وفي وقت مناسب بكافة إجراءات الخصومة التحكيمية، وما تحتويه من عناصر واقعية وقانونية يمكن أن تكون أساساً في تكوين اقتناع المحكم³، وأهميتها تكمن في أن احترامها يعد ضماناً قانونية ووسيلة لإحداث نوع من التوقع لقرار هيئة التحكيم⁴.

ولم ينص المشرع على هذا الالتزام ومنه يكون أساسه بالنسبة للمحكم الداخلي هو القواعد المعمول بها أمام الجهات القضائية تطبيقاً لأحكام المادة 1019 من ق إ م إ ، أي أنه يكون خاضعاً لأحكام المادة 03 فقرة 3 من نفس القانون التي تنص: " يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ المواجهة .." ومنه فاحترام هذا المبدأ يكون من خلال تطبيقاته المشار إليها أعلاه من طرف الخصوم والمحكم على أنه ينبغي التتويه ان قاعدة (ما لم

¹ - عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم ، الطبعة الاولى ، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، سنة 2010، ص 298. أنظر ايضاً علي رمضان بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن ، دار النهضة العربية، القاهرة ، سنة 1996 ، ص 58.

² - Sayed Mahmoud: Le Principe du contradictoire dans la procedure civile en France et en Egypte, Thèse, Rennes, 1990, no 346, p.178.

³ - منير يوسف المناصير ، المرجع السابق، ص 161 . انظر ايضاً عيد محمد القصاص ، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، دراسة تحليلية مقارنة بين قانون المرافعات المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2010، ص 20 .

⁴ - Cécil Chainais ,L'arbitre, le droit et la contradiction ,Revue de l'arbitrage ,n°1 2010 ,p.29

يتفق الاطراف بخلاف ذلك (المشار اليها في المادة 1019) لا محل لها من التطبيق بخصوص هذا المبدأ باعتباره يتعلق بالنظام العام الداخلي ولا يجوز لاي طرف مخالفته تحت طائلة بطلانه .

اما بالنسبة لقانون التحكيم المصري فقد عدد صور متعددة لكيفية تطبيق هذا المبدأ وهي تلك المنصوص عليها بالمواد (31 - 33 - 36)¹، في حين المشرع الفرنسي اوجب على المحكم الداخلي في المادة 1464 من ق ا م ف مراعاة نفس الاجراءات التوجيهية للمحاكمة التي تطبق امام القضاء بهذا الخصوص².

ج - الالتزام باحترام الحق في الدفاع: ويعني إتاحة الفرصة كاملة لكلا الخصمين في المثل أمام محكمة التحكيم، لشرح إدعاءاتهم وتفنيد مزاعم خصومهم، وتمكينهم من كل ما من شأنه إثبات دعواهم¹. سواء تم ذلك بأنفسهم أو عن طريق وكيل، فحق الدفاع عبارة عن الممارسة لعملية الاستنباط الفعلي والمنطقي التي يقوم بها كل خصم في مواجهة الآخر مثل الرد على الحجة وإبراز وجه التناقض في أقوال الخصم، و تقديم كافة الدفوع والأسانيد المثبتة لحق كل واحد منهما، وكذلك سماع وجهة نظر الخصوم في

¹ - أنظر المواد (31 - 33 - 36) من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 ، المرجع السابق.

² - أنظر المادة 1464 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي المعدل والمتمم لسنة 2011 ، المرجع السابق .
ومما هو جدير بالذكر ان الواقع في فرنسا ما بين سنتي 1981 و 1992 أثبت أن الاستناد لاخلال المحكم بمبدأ المواجهة لرفع دعوى البطلان من اكثر الحالات استعمالا، وذلك على النحو المسلم به أمام قضاء الدولة وكل حكم تحكيم يخل بمبدأ المواجهة يعتبر باطلا وقضت محكمة استئناف باريس ببطلان حكم التحكيم لانتهاء ركن المواجهة المتمثل في عدم علم الخصوم بمضمون مستندات الخصومة ، كما قضت محكمة النقض الفرنسية ان مبدأ المواجهة هو " تمكين كل طرف من أطراف الخصومة التحكيمية من الإطلاع أو اتصال علمه بطلبات ودفوع الطرف الآخر وإدعاءاته" . انظر بهذا الخصوص :

- Sophi Crépin; Les Sentences arbitrales, devant le juge francais, Thèse, Paris2, Soutenue en 1994, préface p.h. fouchard, no 399, p 249.

- Cour d'appel Paris, Pole ,23 juin 2011 ,no 09/28310,Gaz.Pal,no 315,2011,p.19.

- Cour de cassation (1re Ch. Cive.) 19 décembre 2012, société CLL pharma c/ société Anapharm Inc.Revu de l'arbitrage 2013-no 1.p292.

¹ - فاطمة الزهراء ليرانتني، حق الدفاع في خصومة التحكيم في البيوع التجارية، مجلة الباحث في العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة محمد الشريف مساعدية سوق اهراس، الجزائر، العدد الاول، جوان 2019، ص 182 .

الطلبات والدفاع ومنحهم كل المهل والآجال المطلوبة لتقديم هذه المسائل ومنحهم الوقت الكافي للدراسة والاطلاع وسماع ردهم وتحقيق دفاعهم¹

ولكن وجوب احترام حق الدفاع لا يحول دون تنظيم المحكمة لاستعماله، إذ لها تحديد مواعيد للأطراف لتقديم مذكراتهم ومستنداتهم، وإذا قدمت مذكرة أو مستند بعد الميعاد، فللهيئة عدم قبولها، دون أن يعد ذلك إخلالا بهذا الحق، ويكون للمحكمة هذه السلطة ولو كانت قد حددت تواريخ ايداع مذكرات الطرفين دون مراعاة الاتفاق المبرم بين الطرفين في هذا الصدد، طالما كفلت لكل طرف من الأطراف الرد على المذكرات التي تقدم بها الطرف الآخر خلال مدة معقولة².

ولم ينص المشرع صراحة على هذا الحق في باب التحكيم إلا إنه وباعتباره من النظام العام الداخلي فإنه لا يجوز للأطراف الإتفاق على منعه، ومنه على المحكم الداخلي التحري في كل مسألة تعترضه بخصوص تنظيم هذا الحق وفق ما هو منصوص عليه في ثنايا قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكيفية تعامل القاضي معها.

د- الإلتزام بعدم جواز القضاء بالعلم الشخصي: ويعد من القواعد المقررة أمام محاكم الدولة، إلا أنه يصلح تطبيقه أمام قضاء التحكيم ، ومنه فليس للمحكم أن يبني حكمه على معلوماته الشخصية. فلو كان حسب علمه الخاص متأكدا من ثبوت واقعة معينة ، فإنها تبقى غير ثابتة حتى يثبتها أحد الخصوم.

¹ - ليس من السهل أو اليسير حصر حقوق الدفاع، ولكن يمكن اجمالها : في حقوق أساسية أو رئيسية : وتشمل حق الخصم في التمسك بالدفع المتعلقة بالإجراءات أو الموضوع، و الحق في تقديم الأدلة المثبتة لدعواه أو لدفعه، وكذلك دحض أدلة خصمه، والحق في مخاطبة هيئة التحكيم بغرض توضيح وقائع القضية أو القانون، ويمكن أن تكون شفاهة أو كتابة.

- حقوق ثانوية أو فرعية : وتشمل حق الخصم في العلم بإجراءات الخصومة من خلال العلم بطلبات الخصم و دفعه، والأدلة المقدمة من طرفه، والحق في منح أجل للاستعداد لتقديم أوجه الدفاع، وعدم مفاجأة الخصم بطلب تقديم دفعه دون إعطائه المهلة اللازمة لتحضيره، والحق في الحضور اثناء جميع مراحل القضية أمام هيئة التحكيم في الجلسات المخصصة لنظر النزاع، سواء في جلسات المرافعة أو في إجراءات الإثبات ومناقشة أي دليل، وأخيرا الحق في الاستعانة بمحام أو أي شخص آخر يستطيع الدفاع عنه أو تمثيله في منازعته أمام هيئة التحكيم ، ولا يستثنى من هذا القول في نظام التحكيم إلا الشخص الذي لا يتمتع بأهلية التقاضي كالقاصر وغيره، إذ يباشر الدفاع عن الخصم ناقص الأهلية ممثله القانوني، والحال نفسه بالنسبة للشخص المعنوي. - أنظر فاطمة الزهراء ليراتي ، المرجع السابق ، ص 182-183 . منير يوسف المناصير ، المرجع السابق ، ص 126 - 130 الى 137 .

² - فتحي والي، المرجع السابق، ص 306 .

أي يجب أن يعتمد على الأقوال التي سمعها والمستندات التي قدمها الخصوم أثناء المرافعة، وليس له أن يقضي بناء على وقائع يعلمها أو علمها شخصيا بطريقته الخاصة دون أن يكون أحد الاطراف قد أقام الدليل عليها، ومرد ذلك أن أطراف الخصومة التحكيمية لا يستطيعون إفتراض هذا العلم لدى المحكم، كما لا يستطيعون مراقبة وجوده¹، ولكن بالمقابل من ذلك فإن للمحكم أن يستند في حكمه إلى المعلومات العامة المعروفة لدى الكافة من دون الحاجة إلى إقامة الدليل عليها².

وفي الأخير فإن إلتزام المحكم باحترام مبادئ التقاضي الاساسية ونظرا للصعوبات التي تكتنف سلوك محكمة التحكيم والذاتية القائمة في تفسير هذه المبادئ، ربما يكون من المبالغة (ولكن ليس من المستحيل) اعتبار المحكم مخطئ في أدنى خرق لأحد المبادئ الإجرائية الأساسية . إذ إن التزم المحكم التعاقدية تجاه أطراف النزاع لا يعني تطبيق المبادئ الإجرائية الأساسية (التي تقع ضمن اختصاصه القضائي) بقدر ما يعني فرض هذه المبادئ. وباختصار، يتعين على المحكم أن يرصد باستمرار الامتثال للمبادئ الإجرائية للتقاضي ونظرا لطابعه النسبي، فإن هذا الإلتزام يعد التزاما ببذل عناية³.

ثانيا: الإلتزام بالمشاركة في اجراءات الخصومة التحكيمية

بموجب عقد المحكم يؤهل أطراف النزاع محكمة التحكيم الداخلي لأجل الفصل في نزاعهم بما يلزمهم ضمنا السير بالخصومة التحكيمية، وهذا من خلال الإلتزام بالحضور لجلسات المحاكمة المنعقدة والمشاركة فيها (obligation de siéger)¹ ، والاستماع للخصوم وممثليهم، بما يقتضي معه أن يكون المحكم على معرفة بموضوع النزاع وطلبات الخصوم، ومطلعا على الوثائق المقدمة له لاسيما المهمة منها، وإعلامه لهم بمعطيات

¹ - مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 691.

² - المرجع نفسه ص 693.

³ - Thomas Clay, op. cit, p 617.

¹ - Philippe Fouchard : « Les rapports entre l'arbitre et les parties et l'institution arbitrale », in « Le statut de l'arbitre ». 12 colloque CCI-CIRDI-AAA, Paris, 17 nov. 1995, Bull. CIA de la CCI (spécial). ICC Publishing n 564, 1996, p. 12, spéc. n° 23

النزاع¹، فهذا المحكم لا يكون ملزماً بتحقيق النتيجة وإنما ببذل العناية، لكنه في التزام الحضور والجلوس يكون ملزماً بتحقيق ذلك².

ومما يتطلبه إلتزام المشاركة في الجلسات التفرغ للمهمة (Obligation de disponibilité)، إذ يجب عليه أن يخصص للخصوم الوقت الكافي بل عليه أن يضحي بأشغاله الأخرى لتحقيق ذلك فالأولوية لهذه المهمة³، وهذا التفرغ والتكفل يسري في جميع مراحل الخصومة وإلى غاية إصدار الحكم. فالمحكم حين يقبل المهمة يجب أن يكون لديه الوقت الكافي واللازم لدراسة القضية دراسة وافية وعميقة ويقوم بذلك شخصياً، فإذا لم يكن لديه هذا الوقت فيجب عليه أن يرفض المهمة والا فإنه سيصدر حكماً غير مدروس⁴.

¹ - Patrice Level , op cit, p. 259, spéc. n° 4 .

² - Thomas Clay, op. cit, p605

³ -Thomas Clay,« Un bon arbitre ne doit pas avoir peur de déplaire aux parties » , Interviews avec Séverine Tavenec le 19 septembre 2020 en ligne : <https://www.lepetitjuriste.fr/> , consulté le 11-04-2022

« Un bon arbitre ne doit pas avoir peur de déplaire aux parties. Pour exercer cette fonction, il faut accepter de changer d'avis. Au-delà des qualités juridiques, l'arbitrage exige aussi une très grande disponibilité car les dossiers sont monumentaux et les audiences durent des jours »

⁴ - عبد الحميد الاحدب ، المرجع السابق ، ص 366 .

وهذا الالتزام يشكل قاعدة من مجموع القواعد الأخلاقية المفروضة من الجمعية الدولية للمحكمين، إذ تشترط على المحكم الذي يريد القيام بمهمة التحكيم أن يكون مقتنعاً تماماً بذلك ومؤهلاً لتحديد النزاع، وله معرفة كافية بلغة التحكيم، وأن يكون قادراً على تخصيص الوقت الكافي للقيام بالمهمة، وأن يكون جدياً في ذلك وفق ما يبتغيه الأطراف . وهو ما اكدته القاعدة الثانية من هذه القواعد التي جاء فيها :

« 2.1 A prospective arbitrator shall accept an appointment only if he is fully satisfied that he is able to discharge his duties without bias. 2.2 A prospective arbitrator shall accept an appointment only if he is fully satisfied that he is competent to determine the issues in dispute, and has an adequate knowledge of the language of the arbitration. 2.3 A prospective arbitrator should accept an appointment only if he is able to give to the arbitration the time and attention which the parties are reasonably entitled to expect » .

- انظر بخصوص القواعد الاخلاقية للمحكم الدولي المعتمدة من الجمعية الدولية للمحكمين على الموقع الالكتروني المطلاع عليه بتاريخ 2022-02-10 :

https://iaanetwork.com/wpcontent/uploads/2021/03/iba_publications_ethics_arbitrators_19

87pdf

والإلتزام بالتفرغ للمهمة لا يعني أن للخصم أو محاميه المكنة في تغيير تواريخ الجلسات كما يشاؤون، فالتحكيم ليس بمهنة ثابتة، والمحكمون من المؤكد لهم نشاطات أخرى يجب أخذها بعين الاعتبار. وعلى ذلك يؤخذ هذا الإلتزام تحت السلطة التقديرية لمحكمة التحكيم ويدخل ضمن الإلتزام ببذل عناية¹.

ومما يستدعيه الوفاء بالإلتزام المشاركة و التفرغ للمهمة أيضا هو عدم الاستقالة والتخلي عن اداء المهمة بعد مباشرتها، إذ التهرب من محكمة التحكيم عن طريق الاستقالة والنتحي من أجل إبطاء الفصل في الخصومة أو شلها يكشف عن مدى تأثير الخصم على المحكم الذي اختاره²، وبشكل إنتهاكاً كاملاً للإلتزام الرئيسي الذي التزم به المحكم في عقد المحكم وهو إدارة الإجراءات حتى نهايتها باصدار حكم بشأن الخصومة. ولذلك نجد الاحكام العامة للتحكيم تحظر على المحكم تنحيه أو استقالته، الا أن قامت هناك أسباب معقولة ومقبولة لا يظهر معها سوء نيته. فالمانع الذي يحول دون مباشرة المحكم لمهامه يقصد به كل عائق واقعي أو قانوني يضع المحكم في استحالة من القضاء في النزاع المعروض عليه، فقد يكمن هذا العائق في مرضه أو عجزه الصحي أو فقدانه للأهلية بعد سير الخصومة التحكيمية بصدور حكم عليه يحرمه من ممارسة حقوقه المدنية، وقد يكون في حدوث ظرف في شخص المحكم يجعل الجمع متعذرا عليه بين وظيفته ووظيفة أخرى تولّاها بعد مباشرة التحكيم، كما لو عين في وظيفة عامة تمنع عليه أن يكون محكما ولا سيما محكما لقاء أجر³. أو ظهر عجزه عن الفصل في موضوع النزاع لتجاوزه قدراته التأهيلية المتفق عليها، أو قامت لديه الشبهة أو الشك في استقلاله أو حياده¹.

ولقد نصت على ذلك المادة 1021 من ق إ م إ بالقول أنه : " لا يجوز للمحكمين التخلي عن المهمة إذا شرعوا فيها، ولا يجوز ردهم إلا إذ طرأ سبب من أسباب الرد بعد

¹ - Thomas Clay, op. cit, p 607 .

² - Emmanuel Gaillard : « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », Rev. arb. 1990.759, spec. p.781-785

³ - أحمد خليل، المرجع السابق، ص 68 .

¹ - Thomas Clay, op. cit, p 608 .

تعيينهم". والملاحظ أن المشرع حمل المنع على الإطلاق أي بمجرد مباشرة المهمة التحكيمية لا يجوز للمحكم الداخلي الاستقالة أو التتحي مهما كان السبب، لكن تحليل النص في جزئه الثاني يظهر امكانية ذلك متى توافرت أحد أسباب الرد المبينة قانونا في نص المادة 1016 من نفس القانون، وهي المتعلقة أساسا بعدم توفره على المؤهلات الكفيلة بنظر النزاع أو قيام شبهة تمس استقلاليتة وحياده، أو إذا كانت لائحة المركز التحكيمي تجيز له ذلك، في حين أن المشرع المصري أجاز للمحكم التخلي عن المهمة التحكيمية متى قام لديه عذر شرعي وكان من شأن هذا العذر أن يؤخر الفصل فيها ، فان لم يستقل اجاز القانون عزله اتفاقا او قضاء مع تحميله المسؤولية في ذلك¹.

أما المشرع الفرنسي فقد أوجب على المحكم أن يقوم بمهمته المعهودة إليه إلى نهايتها، فان أثر نزاع حول السبب الحقيقي من وراء التخلي عن المهمة يمكن اللجوء الى المحكمة المختصة لأجل النظر في ذلك خلال شهر من تاريخ التخلي².

وفي كل الأحوال لا يمكن تقييم مشروعية السبب في ذلك إلا القاضي الذي طرحت أمامه دعوى مسؤولية المحكم عن الاضرار اللاحقة بالطرفين أو بأحدهما جراء هذه الاستقالة والتتحي. ولذلك لا يعد هذا الالتزام التزاما ببذل عناية بل التزاما بتحقيق نتيجة وهو البقاء في السير بالخصومة التحكيمية الى نهايتها¹.

¹ - نصت المادة 20 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه: "إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير لا مبرر له في إجراءات التحكيم ولم ينتج ولم يتفق الطرفان على عزله جاز للمحكمة المشار إليها في المادة(9) من هذا القانون الأمر بإنهاء مهمته بناءً على طلب أي من الطرفين". انظر القانون المصري المرجع السابق .

² - Arti 1457 du CPCF prévoit que : « Il appartient à l'arbitre de poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci à moins qu'il justifie d'un empêchement ou d'une cause légitime d'abstention ou de démission.

En cas de différend sur la réalité du motif invoqué, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui saisi dans le mois qui suit l'empêchement, l'abstention ou la démission »

¹ - Thomas Clay, op. cit, p 609

ثالثا: الالتزام بمراقبة ومراجعة اجراءات الخصومة التحكيمية وانهاؤها في موعدها

إذا كانت الخصومة التحكيمية ملك لأطرافها فهذا لا يعني أن لمحكمة التحكيم دور سلبي فيها، بل على العكس من ذلك، فهي مسؤولة عن إتمامها، مما يعني ضمنا أنها هي من تديرها وتسيطر عليها. ويكون المحكم -على نحو ما- ضامنا للالتزام جميع الأطراف بالقواعد الموضوعية من طرفها كونها المسؤولة عن تنظيم الخصومة وعن ضمان سيرها وإنجازها في آجالها المحددة والمعقولة على أن تحترم فيها الضمانات الأساسية للتقاضي.

ويكون المحكم الداخلي مسؤولا عن تنظيم الخصومة من خلال وضع يده وسيطرته ماديا على سيرها، إذ يجب عليه بمجرد تأهيله أن يتولى شخصا مسؤولية كل شيء يتعلق بالبنية التحتية لجلوسه أو لجلوس المحكمة إن كانت جماعية ولا يعهد بذلك لأحد الخصوم أو كليهما.

فالمحكم في هذا المجال تقع عليه ثلاثة واجبات: الأولى يكون ملزما بإيجاد وحجز أماكن لإجراء المحاكمة وعقد الجلسات تكون محايدة ومحترمة، والثانية عليه تأمين وسائل العمل والثالثة تأمين الموارد البشرية مثل السكرتارية والمترجمين إن كان لهم مقتضى¹.

¹ - Matthieu Moreau-Cucchi «La responsabilité civile de l'arbitre », Thèse de doctorat de l'université Paris-Saclay, soutenue le 30 novembre 2021,p 464 . Voir le lien elc :

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-03542335/document>

وعليه أيضا استدعاء جميع الأطراف المعنية بالخصومة من أطراف النزاع ومحاميهم ومستشاريهم والشهود والخبراء والمترجمين .. إلخ بشكل صحيح ومؤكد والتحقق من حضورهم وامتنالهم ، كما عليه أن يشرف على عمليات تبادل الوثائق بين أطراف النزاع والسهر على تمكين كل طرف من تحصيله لها في الأجل المحددة، والسماح لهم بالإطلاع على محاضر الجلسات وما إلى ذلك، ويجب أن يفعل ذلك " بحزم متساهل " كما أورد ذلك شارل جارسون (Charles Jarrosson) أي يجب أن يشدد في احترام الاجراءات في وقتها مع إمكانية التخلي بعض الشكليات . انظر :

- Charles Jarrosson : « Rapport de synthèse sur l'efficacité de l'arbitrage », in colloque « Actualités de l'arbitrage au Liban », 16-17 mars 1995, Gaz. Pal. 14-15 févr. 1996, n° spécial, p. 26, spéc. p. 27..

والمحكمة التحكيمية المشكلة بأكثر من محكم نجد رئيسها هو المسؤول عن هذه المهام الإدارية¹. وتحقيق هذا الالتزام في حقيقته متوقف على مدى تعاون اطراف الخصوم في تحقيق ذلك الامر الذي يجعل من هذا الالتزام هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة².

أما بخصوص إلتزام المحكم بإنهاء الخصومة التحكيمية في آجالها فان يعني أن يتولى المهمة على الوجه الذي يضمن إنائها في آجالها، وإصدار حكمه في الخصومة المعروضة عليه خلال المدة المحددة لذلك، وفقا لما هو محدد قانونا، أو وفقا لما ورد في عقد المحكم، أو وفق ما ورد في لائحة المركز التحكيمي³، وفي هذا المجال يكون على المحكم التشدد مع أطراف النزاع في الالتزام بالمهل الزمنية والمواعيد الممنوحة لهم للقيام باجراء ما، ويكون من الأجدى لو أنه يضع جدول زمني يتفق فيه مع الأطراف عليه بخصوص الإجراءات والعمليات المعمول بها في الخصومة مع تحديد آجالها وتوقيعهم عليه كالتزام منهم⁴.

ونجد من زاوية أخرى أن مراكز التحكيم تضع معايير مشددة تكون معلومة للاطراف بما فيها المحكم للسير في الخصومة وفي الغالب تنشر أشكال نموذجية بهذا الخصوص⁵.
و إذا كان وضع الجدول الزمني أمر مطلوب لضمان الوفاء بالمواعيد النهائية، إلا أنه بالمقابل قد يعطل أحد أطراف النزاع، أو كلاهما عملية سير خصومة التحكيم عمدا أو عن غير قصد، وعلى ذلك فإن التزام المحكم هنا يكون ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة¹، إذ يستوجب فقط منه أن يبدي الجدية والاهتمام بالقيام بالمهمة.

¹ - En ce sens, Claude Reymond : « Le président du tribunal arbitral », in Mélanges Pierre Bellet. Litec, 1991, p. 467, spéc. p. 468-477

² - Thomas Clay, op. cit, p 610

³ - أبو العلا النمر، ميعاد التحكيم، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1999، ص 5 .

⁴ - En ce sens, Piere Bellet : « Présentation de la chronique des décisions de procédure », JDI 1993.1059

⁵ - Thomas Clay, op. cit, p 612

¹ -ibid, p 613

وليس هناك من ضرورة لاتفاق أطراف النزاع وموافقتهم على طريقة تسيير الإجراءات، إذ المحكم سيد إجراءاته، وله أن يفرض على أي من الخصمين أي تدبير يدخل في نطاق الإجراء المتخذ من طرفه، لكن سلطته في كل ذلك تبقى محدودة من جهتين: الأولى بما ورد في إتفاق التحكيم، دون أن يكون ذلك نهائياً لأنه لا يمكن أن ينتهك قواعد النظام العام سواء أرادوا تطبيقها أم لا، فهو ليس آلة يتحكمون فيها كما يريدون، وإنما هو قاضي يحكمه ضميره قبل هوى الأشخاص. والثانية بما جاءت به مبادئ التحكيم والقوانين الوطنية وما هو مسموح به للخصوم تقريره، ووجب عليه مراعاة الأحكام القانونية المطلوبة لتنفيذ الحكم¹، وأن يفعل كل ما في وسعه لضمان عدم تعريض قرار التحكيم إلى الإلغاء أو البطلان أو إلى رفض تنفيذه.

وعلى ذلك ينبغي توسيع مجال حرية المحكم في التسيير وهو ما يذهب إليه الاتجاه الحالي من المختصين في الشأن التحكيمي، إذ يعتبر شارل جارسون أن التحكيم مبني على الحرية التي مجالها واسع فيه²، ولهذا السبب يختاره الأطراف كمجال آخر للتقاضي³.

¹ - Thomas Clay, op. cit , p 617-618-119

²- Charles Jarroson : « Rapport de synthèse », in « L'arbitrage en questions (chefs d'entreprise, comment organiser le règlement de vos litiges ?) », colloque du Centre de droit des affaires de Rennes, 21 mai 1999, Cab. dr. entrep. 1999, n° 3, p. 34, spéc. p. 34. Sur la liberté de l'arbitre,.

³ - ونعتقد أن المحكم الداخلي يجب عليه عند إبرام عقد المحكم تنبيه الخصوم إلى حريته الكاملة في تسيير الإجراءات وفق ما تقتضيه مهمته القضائية، وفي هذا الشأن من المناسب أن يدعو الطرفين إلى جلسة تمهيدية يستمع فيها إليهما أو إلى من يمثلهما للتوصل إلى تفاهم حول المراحل الإجرائية لنظر النزاع والمواعيد المتعلقة بها وذلك بمراعاة حجم النزاع والأوقات المناسبة للمحكم ولممثلي الطرفين، وإذا تعدد المحكمون فمن المناسب أن يعقدوا – قبل تلك الجلسة – اجتماعاً مغلقاً لتبادل الرأي والاتفاق حول جدول أعمال الجلسة التمهيدية والقرارات التي ستتخذ فيها، وعلى المحكم أن يرسل إلى الطرفين أو من يمثلهما قبل يوم الاجتماع بوقت كاف جدول الأعمال لكي يعلم الأطراف بالمسائل التي ستكون محل مناقشة والقرارات المقترحة بشأنها وأن يطلب من كل منهما إبداء تعليقاته حولها، وعلى المحكم أن يعمل على تضمين هذا الاجتماع إعطاء الحرية الكاملة له في إدارة الخصومة وفق مبادئ المساواة والمواجهة والحياد باعتباره قاضياً، وبفرغ ما ينتهي إليه هذا الاجتماع التمهيدي في محضر جلسة يوقع عليه من الأطراف أو من يمثلهم ومن المحكمين. أنظر بهذا الخصوص فتحي والي، المرجع السابق، ص 323 وما بعدها.

رابعاً : الالتزام بالمداولة

بعد الإنتهاء من تبادل المذكرات والمستندات بين الخصوم، وسماع المرافعات وتحقيق الدعوى، تأمر محكمة التحكيم بقبل باب المرافعة وحجز الدعوى للحكم بعد أن صارت مهينة للفصل فيها¹ أين يتم تداول المحكمين بشأن.

والمقصود بالمداولة هو تبادل الرأي بين المحكمين بشأن جميع نقاط النزاع، قصد التوصل لإصدار حكم تحكيمي فاصل فيها، حيث يعطى كل محكم فرصة للتعبير عن وجهات نظره وأسانيده بخصوص تلك النقاط والحكم على آراء زملائه بشأنها قبل إصدار الحكم في النزاع². وحتى المحكم الفرد فإن الحوار الداخلي الذي يجريه مع نفسه يعد تداولاً منه كما ذهب الى ذلك بعض الفقه³.

والالتزام بالمداولة إجراء واجب عليه حتى ولو لم يكن هناك نص قانوني يقضي بذلك صراحة. ولعل إشارة المشرع في المادة 1025 من ق إ م إ إلى كون المداولة تجري سرياً⁴، فإن ذلك يفهم منه أن هذا الإجراء من البديهيّات الواجب القيام بها، ولا يحتاج التتصيص على وجوبه، فالمداولة حق لأطراف النزاع يتعلق بضمانات التقاضي الأساسية التي تتصل بالنظام العام، فهي تهدف إلى حماية حقوق الأطراف واحترام حقوق الدفاع بالدرجة الأولى⁵ وقد جاء في حكم لمحكمة استئناف باريس في سنة 1973 أن: "كل قرار قضائي صادر عن محكمة جماعية، ينبغي أن يسبق صدوره مداولة بين أعضاء المحكمة، وهذه القاعدة العامة متصلة بالنظام العام لأنها تهدف إلى ضمان حقوق أطراف النزاع"¹.

1 - نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2006، ص 47.

2 - محمد ماهر أبو العينين، و عاطف محمد عبد اللطيف، قضاء التحكيم، دراسة تحليلية بخصوص التحكيم الدولي والداخلي، بدون دار نشر، الكتاب الثاني، سنة 2010، ص 32

3 - Matthieu de Boissésou : Le droit français de l'arbitrage interne et international, op. cit., spéc. n° 781.

- حتى وإن كان ذلك ليس تداولاً بالمعنى الفني والقانوني لهذه الكلمة، أي أن صدور الحكم لا يحتاج إلى تصويت، وإنما ينحصر الحل فيما يراه المحكم المنفرد، الذي تتشكل منه محكمة التحكيم.

4 - تنص المادة 1025 من ق إ م إ على أنه: "تكون مداولات المحكمين سرية".

5 - عبد الحميد الاحدب، المرجع السابق، ص 468

1 - Cour d'appel de paris (1^{er}Ch.suppl.), 5 avril 1973(1^{er} espèce),Rev. Arb ,1974 ,p .17.

ويقتضي الوفاء بالتزام المداولة أن تقوم محكمة التحكيم الداخلي بتحديد تاريخ بدء المداولات وذلك بعد غلق الإجراءات والمرافعات، و إنهاء تبادل الوثائق وتمكين الخصوم من الإدلاء بكل ما لديهم من طلبات ودفع وأوجه دفاع¹.

والمشرع لم يشر إلى هذه المسألة في تحديد تاريخ حجز القضية للمداولة² مثله مثل التشريع المصري بما يؤدي إلى تطبيق قواعد المادة 1019 من ق إ م إ ومنه أحكام المادة 271 من نفس القانون المتعلقة بهذه المسألة فيلتزم المحكم الداخلي مثله مثل القاضي بعد إقفال باب المرافعات بتحديد تاريخ المداولة والنطق بالحكم ويبلغ الخصوم بهذا التاريخ.

ويجوز لمحكمة التحكيم وفقا لسلطتها التقديرية فتح باب المرافعات من جديد إذا ما رأت ضرورة لذلك ولأسباب جدية سواء تلقائيا أو بناء على طلب من أحد الخصوم، على أنه وجب أن تعطي الفرصة الكاملة للخصم للاطلاع على المذكرات أو المستندات ومنحه المهلة الكافية للرد، حتى لا يخل بمبدأ المساواة والمواجهة واحترام حق الدفاع³. ولم ينظم

¹ - بشير سليم، إصدار الحكم التحكيمي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد 08-09 المؤرخ في 25-02-2008، مجلة الاحياء، كلية العلوم الاسلامية، جامعة باتنة 1، المجلد 12، العدد 1، سنة 2010، ص 680.

² - المادة 271 من ق إ م إ تنص على انه: "يتم النطق بالحكم في الحال، أو في تاريخ لاحق، ويبلغ الخصوم بهذا التاريخ خلال الجلسة، في حالة التأجيل يجب أن يحدد تاريخ النطق بالحكم للجلسة الموالية لا يجوز تمديد المداولة إلا إذا اقتضت الضرورة الملحة، على أن لا تتجاوز جلستين متتاليتين".

³ - بشير سليم، إصدار الحكم التحكيمي، المرجع السابق، ص 680. انظر ايضا فتحي والي، المرجع السابق، ص 427.

كما تعطي مراكز التحكيم المكنة لهيئة التحكيم من اعادة فتح باب المرافعات، انظر بهذا الخصوص المادة 31 فقرة 2 من قواعد التحكيم لدى مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التي تنص على أنه: "لهيئة التحكيم أن تقرر، من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الاطراف، إعادة فتح باب المرافعة في أي وقت وقبل صدور حكم التحكيم إذا رأت ضرورة ذلك نظرا لوجود ظروف استثنائية." أنظر قواعد المركز، المرجع السابق. كما نصت المادة 22 فقرة 1 من قواعد التحكيم لدى غرفة التحكيم الدولية ببافيا على انه:

« Le tribunal arbitral prononce la clôture des débats lorsqu'il estime que les parties ont eu une possibilité suffisante d'être entendues. Après cette date, aucune écriture, aucun argument ni aucune preuve ne peuvent être présentés, sauf à la demande ou avec l'autorisation du tribunal arbitral »

المشرع هذه الحالة على عكس ما هو الحال بالنسبة للعمل القضائي الأمر الذي يستتبع معه تطبيق الأحكام المنوه عنها في العمل القضائي بالمادة 268 من ق إ م ¹ .

وعند المداولة يلتزم كل محكم بالحضور شخصيا، فلا يجوز أن يندب ممثل عنه وفي حال إن امتنع عن المداولة فهنا غالبية الفقه يرى أن هذا السلوك يتماشى وطرق التأخير المعاصرة و أفضل وجه لمحاربهته هو إحباطها، إذ في هذه الحالة لباقي المحكمين إجراء المداولة في غيبته، وتعد محكمة التحكيم قد أجرت مداولات صحيحة متى أتيحت للمحكم الممتنع الفرصة للتداول ورفض ذلك²، وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن المداولة صحيحة متى كان المحكم المخالف في وضع يمكنه من إبداء كل الملاحظات التي لديه حول تعديل مشروع الحكم الاساسي وامتنع عن ذلك³، فالشرط الوحيد الذي يقاس عليه هو ما إذا كانت قد أتيحت للمحكم كل الوسائل التي تمكنه من إبداء وجهة نظره خلال مناقشة القرار الذي يفصل في النزاع أم لا⁴.

ويمكن رفع دعوى مدنية ضد المحكم الذي امتنع عن التصويت إذا كان غيابه بسبب التحيز وعدم الحياد⁵، إذ قد يكون قاصدا من وراء ذلك تعطيل إصدار حكم التحكيم، خاصة عندما يستشعر بأنه قد لا يكون في مصلحة الطرف الذي عينه، فيحاول

1 - تنص المادة 268 من ق إ م إ على أنه : " يجوز للجهة القضائية المعروض أمامها النزاع ، بعد إقفال باب المرافعات ، أن تعيد القضية إلى الجدول ، كلما دعت الضرورة لذلك كما يمكن ان تقوم بذلك بناء على طلب احد الخصوم او بسبب تغيير تشكيلتها تفتح المرافعات من جديد ، بناء على امر شفوي من رئيس التشكيلة المعني " .

2 تصدى لكن بعكس هذا الرأي ذهب الفقيه جون دوما (Jean Domat) الى القول : " في حالة تم تعيين عدة محكمين في اتفاق التحكيم فإنهم لا يمكن أن يصدروا حكمهم إلا أن كان جميعهم قد شارك في الإجراءات والمداولة معا ، وفي حالة إصدار الحكم في غياب أحد المحكمين فإن الحكم يكون باطلا، لأن المحكم الغائب يعد من القضاة ورأيه يمكن أن يكون له تأثير على رأي البقية " انظر :

- Jean Domat : Les lois civiles dans leur ordre naturel; le droit public, et Legum delectus. Augustin Chevallier, Luxembourg, 2° éd., 1702, spéc. Tome 1", livre I, titre XIV, sect. II, n° V .Thomas Clay, op. cit, p 628

³ - Cass.(2^{em}Ch.civ.),28 janv.1981,Rev,arb.,1982,p.425 .

4 - عبد الحميد الاحدب، المرجع السابق، ص 467

⁵ - Alan Redfern, Martin Hunter et Marray Smith, droit et pratique de l'arbitrage commercial international, LGDJ ,2^{em}edition,1994,p300. T.Clay, op. cit, p 627

عرقلة وتأخير المداولات باستخدام حجج وأذار واهية ، مما يعرضه للمسؤولية المدنية كذلك.

ويمكن الاستنتاج من المادة 1029 من ق إ م إ أن المشرع أخذ بهذا الحل على غرار المشرع الفرنسي حينما اعتبر أن امتناع أحد المحكمين عن التوقيع لا يمس بحجية الحكم وآثاره متى تم توقيعه من البقية¹، وتأخذ بعض مراكز التحكيم بهذا الحل، كما هو معمول به في مركز التحكيم التابع للغرفة الجزائرية للصناعة والتجارة أو مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي².

وينبغي على المحكم وفقا لمقتضيات المداولة أن يتداول بشأن جميع المسائل المعروضة، وعلى كل نقطة من النقاط التي هي موضوع القرار، أي بمعنى أن جميع مسائل الواقع والقانون التي فصل فيها من طرف محكمة التحكيم وجب التداول بخصوصها³.

وفي النهاية يعد التزام تحديد تاريخ المداولة وتنظيم طريقة إجرائها ما لم يتفق أطراف النزاع بخلاف ذلك، يعد التزاما ببذل عناية في حين باقي الالتزامين المتعلقين بالمشاركة في التداول والتداول بشأن جميع المسائل المعروضة التزاما بتحقيق نتيجة. وتضيف بعض لوائح المراكز التحكيمية إلتزاما آخر يقع على عاتق المحكمة التحكيمية هو عرض مشروع القرار قبل النطق به على أمانة المركز أو الإدارة، والتي

¹ - تنص المادة 1029 من ق إ م إ على أنه: "توقع احكام التحكيم من جميع المحكمين ، وفي حالة امتناع الاقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك ، ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين".

- Arti 1480/3 du CPCF prévoit que : « Si une minorité d'entre eux refuse de la signer, la sentence en fait mention et celle-ci produit le même effet que si elle avait été signer par tous les arbitres ».

² - تنص المادة 57 فقرة 1 من نظام التحكيم على مستوى الغرفة الجزائرية للصناعة والتجارة على انه: "يعلل الحكم، ويؤرخ ويوقع من قبل المحكمة. في حال تعدد المحكمين يصدر الحكم بالأغلبية، وإذا رفض أحدهم التوقيع، يتم الإشارة إلى ذلك".

- وتنص المادة 34 فقرة 4 من قواعد التحكيم لدى مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم على انه: "يوقع المحكمون الحكم، ويجب أن يشتمل على تاريخ صدوره والمكان الذي صدر فيه. وفي حالة وجود أكثر من محكم واحد ولم يوقع أحدهم يجب أن يبين الحكم سبب عدم التوقيع".

³ - Thomas Clay, op. cit, p 628 .

يمكن لها أن تلفت انتباه المحكمين إلى نقطة تراها مفيدة، يتعين تداركها قبل إصدار الحكم، ومثالها قواعد التحكيم على مستوى الغرفة الجزائرية للصناعة والتجارة¹.

خامسا : الالتزام بإصدار الحكم التحكيمي بالأغلبية

هذا الالتزام لا تثار بشأنه أي مشكلة متى كان تشكيل المحكمة التحكيمية من محكم فرد، في حين أنه يطرح بعض الأشكال في حالة التشكيل الجماعي فقد يصدر الحكم التحكيمي إما بالإجماع وإما بالأغلبية، والأصل إذا ما تحقق الإجماع فلا إشكال، إذ يصدر في هذه الحالة دون معارضة من أي عضو من أعضاء المحكمة.

والملاحظ أن المشرع بالنسبة للتحكيم الداخلي لم يعتد بفكرة الإجماع وألزم محكمة التحكيم بإصدار الحكم بأغلبية الأصوات²، مما يفهم منه أنه أراد تجاوز إمكانية حصول أي عوائق للفصل في النزاع بانتهائه دون حصول هذا الفصل بسبب عدم جدوى الاستمرار في الإجراءات، وهو نفسه بالنسبة للتشريع الفرنسي الذي أخذ بدوره بفكرة الأغلبية، وفق ما نصت عليه المادة 1480 ف 1 من ق ا م ف³.

¹ - تنص المادة 56 فقرة 1 من قواعد التحكيم لدى الغرفة الجزائرية للصناعة والتجارة على أنه: " يعرض مشروع حكم التحكيم ، قبل إمضائه من قبل المحكمين ، على اللجنة التي يمكن أن تلفت أنتباه المحكمين الى أي نقطة قد تراها من الصواب." انظر قواعد الغرفة ، المرجع السابق .

-Arti 34 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale prévoit que : « Avant de signer toute sentence, le tribunal arbitral doit en soumettre le projet à la Cour. Celle-ci peut prescrire des modifications de forme. Elle peut, en respectant la liberté de décision du tribunal arbitral, attirer son attention sur les points intéressant le fond du litige. Aucune sentence ne peut être rendue par le tribunal arbitral sans avoir été approuvée en la forme par la Cour.» . voir le règlement , op,cit .

ويرى عبد الحميد الأحذب أنه من خلال التجربة فإن الرقابة السابقة للحكم التحكيمي مفيدة لأن دافعها هو تأمين حكم تحكيمي محصن قوي وليس حكما تحكيميا سريع العطب ، مما يؤمن طريقا سالما أمام تنفيذه ، ولكن هذه الرقابة تطرح مسألة مسؤولية المركز الى جانب المحكمين في حال حصول اخطاء فهنا ذهب الاجتهاد الفرنسي مثلا بخصوص مسؤولية الغرفة الدولية للتحكيم الى كونها غير مسؤولية كون رقابتها هي رقابة إدارية على الحكم التحكيمي . انظر عبد الحميد الأحذب ، المرجع السابق، ص 469 و 470 .

² - تنص المادة 1026 من ق ا م ف على أنه: " تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الاصوات ":

³ - Art 1480/ 1 du CPCF prévoit que : « La sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix » .

والأغلبية بالنسبة للتحكيم هي نفسها بالنسبة للقضاء¹ وتعني الأغلبية البسيطة أي النصف زائد واحد بمعنى إذا كانت التشكيلة من ثلاثة محكمين، فالأغلبية هي إثنان وإذا كانوا خمسة فالأغلبية هي (03) ثلاثة، على أنه قد يطرح فرضية تشتت الآراء وتعددتها أكثر من رأيين فما هو الحل يا ترى؟

في هذه المسألة تعددت آراء الفقه² إلا أن الرأي الراجح ذهب إلى القول أنه من الأصوب أن تكون الكلمة الأخيرة للرئيس الذي يعبر عنه بالشيرمان (Chairman) أي أن الرئيس له صلاحية إصدار الحكم منفردا في حالة عدم تحقق الأغلبية وهو المعمول به في تحكيمات العالم³.

و من أجل معالجة هذه الصعوبات الناجمة عن عدم تحقق الأغلبية المطلوبة لإصدار حكم التحكيم، فقد حرصت لوائح هيئات التحكيم الدولية على إيجاد بعض الحلول فنظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس - والذي تعطي الاختصاص لها، كما أشرنا بالنظر أيضا في نزاعات التحكيم الداخلي - في المادة 25 فقرة 1 منه على أنه في حالة

1 - تنص المادة 270 ق إ م ! على أن: "يصدر الحكم الفاصل في النزاع بأغلبية الأصوات"

2 - ذهب جانب من الفقه إلى أنه في حالة إنقسام الآراء بين المحكمين، فإنه يجب على هيئة التحكيم أن تستمر في مداولاتها حتى تصل إلى حل يضم غالبية الآراء فإن لم تتكون وجب على الهيئة الحكم بانتهاء إجراءات التحكيم من قبل هيئة التحكيم، ولو من تلقاء نفسها، لعدم جدوى الاستمرار فيه أو إستحالته.

- في حين يذهب رأي آخر في الفقه إلى أنه في حالة الاختلاف الحاد بين آراء المحكمين على نحو لا تتحقق معه الأغلبية المطلوبة لإصدار حكم التحكيم، فإن هذا الأمر قد يدفع رئيس هيئة التحكيم إلى الالتزام بالانضمام إلى رأي أحد المحكمين، حتى وإن لم يقتنع بصوابه، وذلك من أجل تحقيق الأغلبية المطلوبة، وحتى لا يتعطل إصدار حكم التحكيم إلى ما لا نهاية. وفي هذه الحالة لا بد أن يلتزم المحكمون بالحرص على أن يضمنوا أسباب حكم التحكيم إعتراضهم على منطوق الحكم، وأنهم ما وافقوا عليه إلا من أجل تحقيق الأغلبية المطلوبة لإصدار حكم التحكيم.

أنظر جارد محمد، المرجع السابق، ص 418، أنظر أيضا محمد نور عبد الهادي شحاتة، الرقابة على أعمال المحكمين، موضوعها و صورها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص 89، فتحي والي، المرجع السابق، ص 432.

3 - بشير سليم، اصدار الحكم التحكيمي، المرجع السابق، ص 683

عدم تحقق الأغلبية المطلوبة لإصدار حكم التحكيم يقوم رئيس هيئة التحكيم بإصدار الحكم منفرداً¹.

و نفس الحل تبناه المشرع الفرنسي في المادة 1513 من قانون الإجراءات المدنية² وهذا بخصوص التحكيم الدولي أما في التحكيم الداخلي فلم يتطرق الى هذه المسألة .في أن حين التشريع المصري³ لم يفصل فيها.

أما المشرع الجزائري، فقد جاء النص الجديد بخصوص كلا التحكيمين الداخلي والدولي غير موضحين في كيفية الفصل في هذه الحالة الأمر الذي يدعونا إلى انتظار رأي الاجتهاد القضائي بهذا الخصوص.

سادسا : الالتزامات المتعلقة بالحكم التحكيمي

ضرورة إثبات الحكم كتابة متفق عليه منذ مدة طويلة⁴، إذ تكاد تجمع مختلف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على أن شرط الكتابة يعتبر من أهم الشروط الشكلية المطلوبة لإصدار حكم التحكيم، وهي توثيق لعمل المحكم بكافة أركانه، واشهاد

¹ - Arti 32/ 1 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale prévoit que : « En cas de pluralité d'arbitres, la sentence est rendue à la majorité. À défaut de majorité, le président du tribunal arbitral statue seul. » op,cit .

- تنص المادة 33 من نظام التحكيم لدى مركز القاهرة الاقليمي على أن : " في حالة وجود أكثر من محكم واحد، يصدر أي حكم أو أي قرار آخر من هيئة التحكيم بأغلبية المحكمين فيما يتعلق بمسائل الاجراءات، يجوز أن يصدر القرار من المحكم الرئيس وحده إذا لم تتوافر الاغلبية أو أجازت هيئة التحكيم ذلك، ويكون هذا القرار قابلا لاعادة النظر من قبل هيئة التحكيم " فالملاحظ هنا بخصوص قواعد مركز القاهرة انها اجازت للرئيس الانفراد في اصدار الاحكام الاجرائية المتعلقة ببحث الادلة او الجزئية غير المنهية للنزاع ولم تشر الى الحالة التي نحن بصددھا أما قواعد التحكيم لدى الغرفة الجزائرية للصناعة والتجارة فلم تتكلم عن هذه الحالة .

² - Arti 1513/ 3 du CPCF prévoit que : « A défaut de majorité, le président du tribunal arbitral statue seul. En cas de refus de signature des autres arbitres, le président en fait mention dans la sentence qu'il signe alors seul. »

³ - عبد المنعم دسوقي، التحكيم التجاري الدولي والداخلي في القانون الجديد رقم 27 لسنة 1994، مكتبة مدبولي، القاهرة ، سنة 1995 ص24 .

⁴ - Thomas Clay, op. cit, p 629.

بمراعاة المحكم للاشكال التي حددها القانون و على ذلك، فإن الكتابة شرط لوجود الحكم التحكيمي للإثباته¹ وبعدم وجودها يكون الحكم منعما وغير موجود².

وقد نص صراحة التشريع المصري على هذا الالتزام في المادة 43 فقرة 1 منه التي نصت على أن : " - يصدر حكم التحكيم كتابة...".

أما المشرعين الجزائري والفرنسي فلم ينصا صراحة على هذا الالتزام، غير أنه يمكن استخلاصه ضمنا من النصوص القانونية المنظمة للتحكيم في كلا التشريعين . فالمواد 1027 و 1028 و 1029 من ق إ م إ باستقراءها يتبين جليا أن إحتواء الحكم التحكيمي الداخلي على مجموع البيانات المنوه عنها في هذه المواد يقتضي حتما أن يكون ذلك مكتوبا، وهو نفسه بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي أورد ذلك في المواد 1480 و 1481 - 1482 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي والتي تتعلق بوجوبية التوقيع وتكوين أسماء الأطراف وغيرها من البيانات مع التسبب .

ويعد من بين أهم إلتزامات المحكم الداخلي بالنسبة للحكم التحكيمي الإلتزام بذكر بياناته التعريفية المتمثلة على الخصوص إسم ولقب المحكم أوالمحكمين، تاريخ ومكان صدور الحكم، أسماء وألقاب الأطراف، موطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الإجتماعي، أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الإقتضاء، وهو ما أشار إليه المشرع في المادة 1028 من ق إ م إ ، ويضاف إلى البيانات التعريفية السابقة ما أورده المادة 1027 من نفس القانون - على غرار التشريعين المصري والفرنسي³ - أن يكون الحكم التحكيمي متضمنا ملخصا لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم المقدمة من طرفهم .

¹ - محمد نور عبد الهادي شحاتة، المرجع السابق، ص 104. أنظر أيضا اسماعيل نبيل عمر، المرجع السابق، ص 179.

² - Terki Noureddine : L'arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U, 1999. P 120

³ - أنظر المادة 43 فقرة 3 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 وأيضا المواد 1481 و 1482 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي المعدل والمتمم ، المرجع السابق.

ولم يبين المشرع الجزاء المترتب عن اغفال مثل هذه البيانات التعريفية ، ولما كان لا يوجد ما يدل على وجود اجتهاد قضائي جزائري في هذا الخصوص، فانه يمكن القول أنه لامناس من تطبيق الأحكام المعمول بها بخصوص الحكم القضائي تطبيقا لحكم المادة 1019 من نفس القانون المتعلقة بالتحكيم الداخلي، وبهذا الخصوص فان المادة 283 من ق إ م إ نصت على أن : " لا يترتب على إغفال أو عدم صحة أحد البيانات المقرر لصحة الحكم بطلانه ، اذا ثبت من وثائق ملف القضية او من سجل الجلسات انه تم فعلا مراعاة القواعد القانونية " .

وعلى ذلك فإن إغفال أحد البيانات المنوه عنها في المادة 1028 أعلاه نعتقد أنه لا يترتب مسؤولية المحكم عن هذا الإغفال متى أمكن رفعه بعد الرجوع الى محضر الجلسة أو من خلال وثائق الملف.

وتعود في العموم مسألة تحرير الحكم التحكيمي الى رئيس المحكمة التحكيمية الذي يقوم بالتحرير والصياغة اللازمتين ويعرضهما فيما بعد على باقي المحكمين ليأخذوا بها علما، ومنه إما تعديلها إن كان لذلك مقتضى أو موافقتهم عليها بدون تعديلات¹ .

ويضاف الى التزام تدوين البيانات التعريفية التزام التوقيع إذ تستلزم سلامة حكم التحكيم واعتباره حكما ملزما لأطرافه أن يتضمن توقيع المحكمة التي أصدرته، فلا شك أن التوقيع عليه من شأنه أن يعطيه مصداقية وجدية، فهو دليل على أن المحكم قد شارك في الاجراءات والمناقشات ، وشارك في المداولة وأن الرأي الذي صدر به الحكم هو ما انتهت إليه المحكمة لحل النزاع².

ومسألة التوقيع على قرار التحكيم لا يختلف فيها كالتزام من المحكم سواء كان محكما فردا او جماعيا وهي مثلها مثلما هو الشأن بالنسبة للقرار القضائي³ . وقد نص

¹ - Crystelle Sanchez Saez , « usages et arbitrage » op. cit, p133

² - محمد جارد، المرجع السابق ، ص 420.

³ - بالنسبة للتوقيع في الحكم القضائي أمر ضروري حيث نصت المادة 278 من ق إ م إ على أن : « يوقع على أصل الحكم الرئيس وأمين الضبط والقاضي المقرر عند الإقتضاء ويحفظ أصل الحكم في أرشيف الجهة القضائية » والحكم القضائي لكي يكون له وجود قانوني ويكون حجية بما اشتمل عليه من منطوق وأسباب معا ، يجب أن يكون موقعا عليه من القاضي الذي أصدره ، وإلا كان عبارة عن ورقة تحمل بيانات لا قيمة لها قانونا .

المشرع في المادة 1029 فقرة 1 من إ م ق إ م على هذا الالتزام بالقول أن : " توقع احكام التحكيم من جميع المحكمين ". وهو نفس الأمر بالنسبة للتحكيم المصري والفرنسي¹ وإذا كانت محكمة التحكيم تتشكل من محكم واحد، فلا مشكلة تثار بصدد التوقيع على حكم التحكيم، إذ يلتزم بأن يوقع بمفرده على الحكم ، أما إذا كانت مشكلة بأكثر من محكم، فالأصل أن يوقع جميع المحكمين أعضاء المحكمة، غير أن الإشكال يثور في حالة إمتناع بعضهم وتفاديهم التوقيع عليه، فكيف يكون الحل ؟

بهذا الخصوص نصت الفقرة الثانية من المادة 1028 من إ م ق إ م على أنه : "في حالة إمتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك ، ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين " وهو ما أخذ به أيضا المشرع الفرنسي في التحكيم الداخلي² و يلاحظ ان التشريعين لم يشترطا ذكر أسباب هذا الامتناع، وليس لرئيس هيئة التحكيم - ان لم يكن هو الممتنع - إلا إثبات امتناع المحكم الراض التوقيع وفقط دون ذكر أسباب هذا الامتناع في متن الحكم.

وبالمقابل نجد أن التشريع المصري في المادة 43 منه نص على أنه : " ... في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفى بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية."

ولا يثبت امتناع المحكم عن التوقيع إلا بتاريخ صدوره أي تاريخ التوقيع على الحكم من المحكمين، أما قبل ذلك التاريخ فلا يمكن الجزم بامتناع المحكم عن التوقيع، ولهذا يجب لصحة الحكم في حالة الامتناع عن التوقيع أن يكون المحكم الممتنع عن التوقيع محتفظا بصفته كمحكم عند صدور الحكم³.

¹ - تنص المادة 43 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 على أنه : " يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون... ". المرجع السابق

-Arti 1480 /2 du CPCF prévoit que : « Elle est signée par tous les arbitres »

² - Arti 1480 /3 Du CPCF prévoit que : « Si une minorité d'entre eux refuse de la signer, la sentence en fait mention et celle-ci produit le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres » op,cit .

³ - En ce sens, Jean Baptiste Moreau: La signification des sentences arbitrales », note sous Cass. 2° civ 15, .tère, 1995, Rey, arb. 1996.223, spéc. p. 226.

وهناك فرضيتين لتحليل التزام المحكمين بالتوقيع¹:

الأولى إذا كانت هيئة التحكيم مؤلفة من محكم واحد، يكون من الطبيعي المحكم ملزما بالتوقيع على قرار التحكيم لجعله صحيحا، وإلا فإن مهمته الأساسية المتمثلة في إصدار قرار التحكيم فاصل في النزاع تكون غير منحزة وترتب اثارها عليه جراء ذلك. أما الثانية إذا كانت هيئة التحكيم جماعية، فيتعين علينا أن نفرق بين حالة المحكمين الذين يوقعون وحالة أولئك الذين يرفضون التوقيع. ففي الحالة الأولى الأغلبية توقع مع الإشارة إلى عدم توقيع الأقلية، فإن لم تلتزم بذلك ولم تقم بالإشارة إلى ذلك تتحمل مسؤوليتها. أما فيما يتعلق بالحالة الثانية، فإن رفض التوقيع لا يعني إسقاط التزام التوقيع عنهم، بل وجب عليهم أن يكفلوا أن يتضمن قرار التحكيم توقعات كافية ببذلهم العناية الكافية للوفاء بالالتزام فكل واحد منهم ملتزما شخصيا تجاه أطراف النزاع لضمان صحة قرار التحكيم وبالتالي توقيعه².

وفي مقابل الالتزام بالتوقيع يلتزم أيضا المحكم الداخلي بتسبيب الحكم لأنه يسمح بمعرفة كيف فصل في النزاع وعلى أي أساس³. وقد استقر الفقه والقضاء على أنه يجب أن يكون التسبيب محددا وواضحا، ومستوفيا الرد عن كل طلب أو دفع على حدة، كما يجب أن تتوافر صلة منطقية بين الأسباب ومنطوق الحكم، بحيث تكفي هذه الأسباب لحمل هذا المنطوق أو للنتيجة المتوصل إليها.

ولقد نص المشرع الجزائري على وجوب تسبيب حكم التحكيم الداخلي في المادة 1027 من ق إ م إ الفقرة الثانية التي جاء فيها على أن: "يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة". والوجوبية هنا تعتبر قاعدة آمرة لا يجوز للأطراف الإتفاق بخلافها، وإن كان المشرع لم يبين الجزاء في حالة الإخلال بها، إلا أننا نعتقد أنه يمكن اعتبار التسبيب للحكم

¹ - Thomas Clay, op. cit, p 631 .

² - ibid, p 632 .

³ - جمال عمران إغنية الورفلي، تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الأجنبية في القانون الليبي. والأردني و الإماراتي، "دراسة مقارنة للاتفاقيات الدولية"، دار النهضة العربية، 2009، ص 99

الداخلي من النظام العام الداخلي¹، والذي يترتب عن الاخلال به رفض طلب التنفيذ في حال عدم الطعن فيه أو الغائه أمام جهة الاستئناف إن كان هناك اتفاق على إمكانية ممارسة هذا الطعن.

أما المشرع الفرنسي في تعديل قانون الاجراءات المدنية لسنة 2011 فقد نص على ان قرارات التحكيم الداخلي تكون مسببة في المادة 1482 فقرة 2 منه² ورتب عن الاخلال بذلك بطلان الحكم وفقا لأحكام المادة 1483 المشار اليها سلفا. ولكن الملاحظ أنه باستقراء هذه المادة يتبين أن البطلان المنوه عنه هو بطلان نسبي يمكن تداركه إذا ما تبين من خلال وثائق الإجراءات أو بأي وسيلة أخرى احترام المحكم في الواقع للشروط القانونية المطلوبة في إعداد الحكم بما فيها مسألة التسبيب.

أما التشريع المصري لسنة 1994 فقد نصت المادة 43 الفقرة الثانية على أنه : " يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا إتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم". وتشترط كذلك بعض المراكز أن تكون الأحكام التحكيمية معللة ومسببة ومثالها مركز التحكيم التابعة للغرفة الجزائرية للصناعة والتجارة وكذا مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم³ وغيرهما من المراكز .

1 - ويختلف التزام المحكم الداخلي بخصوص التسبيب عن المحكم الدولي، إذ يعتبر في الاولى من النظام العام الداخلي في حين لا يعد كذلك في التحكيم الدولي ، ولكن رغم ذلك في الممارسة العملية أغلب الأحكام التحكيمية تكون مسببة كما يلاحظ التنامي الكبير في اشتراطه ، ولهذه الأسباب ذهب فليب فوشار الى الاقتراح - عند تعديل أحكام قانون التحكيم الفرنسي - بضرورة اشتراط التسبيب في الحكم التحكيمي ما لم يتفق الأطراف بخلاف ذلك ، وهو ما أخذ به فعلا المشرع الفرنسي في التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية في المادة 1483 بالنسبة للتحكيم الداخلي والمادة 1506 بالنسبة للتحكيم الدولي .

- Voir Serge Guinchard: «L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire (à propos de quelques décisions rendues en 1996) », Rev. arb. 1997.185, spéc. p. 198. Adde J.-L. Delvolvé: « Essai sur la motivation des sentences arbitrales », op. cit . Thomas Clay, op. cit, p 637 .

² - Art 1482 /2 du CPCF prévoit que : « Elle est motivée . »

³ المادة 57 من قواعد التحكيم لدى مركز التحكيم بالغرفة الجزائرية للصناعة والتجارة تنص على انه : " يعلل الحكم، ويؤرخ ويوقع من قبل المحكمة...". وتنص المادة 34 من نظام التحكيم لدى مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي على انه : " ... يجب أن تسبب هيئة التحكيم الحكم، ما لم يكن الاطراف قد اتفقوا على غير ذلك...".

ويرى البعض أن التزام التسبب في الحكم التحكيمي من طرف المحكم لا يعود إلى المصدر القضائي لالتزامات المحكم لوحده، بل أيضا إلى المصدر التعاقدية من خلال ما يحق لأطراف النزاع توقعه من المحكمين .

وقد كان الاجتهاد القضائي متخوفا من تأسيس التزام التسبب على إرادة الاطراف ولذلك ذهب الى ضرورة اعتماد نموذج ينص على أن : " المحكمون ملتزمون بتسبب حكمهم للرد على التوقعات والآمال المشروعة والمؤكددة لأطراف النزاع " وهذا ما يدل على العلاقة المباشرة ما بين المحكم والخصوم والتي تنشأ من عقد المحكم الذي يؤطرها¹.

سابعا : الالتزام المتعلق بتنفيذ الحكم التحكيمي وتسليمه

بحسب نيل ماك كورميك (Neil Mac Cormick) فان قوة الحجة تكمن في أن تجعل القرار ممكن التنفيذ وليس ملزما فقط²، ومن خلال هذه الفكرة فإن المحكم لا يلتزم فقط باصدار حكم تحكيمي ملزم وإنما أن يكون قابلا للتنفيذ، و عليه أن يعمل كل ما في وسعه لتحقيق ذلك لأن هذا الأمر هو حق من حقوق أطراف الخصومة عند لجوءهم الى التحكيم³.

و إذا كان صحيحا أن الفقه يعترف بسهولة بهذا الالتزام⁴، فإنه لا القانون ولا الاجتهاد القضائي يشيران إليه⁵. ومن الواضح أن هذا الالتزام للمحكم الداخلي يدخل حيز التنفيذ طوال فترة إعداد قرار التحكيم، وهذا يعني ضمناً أنه يتعين عليه أن يكون حذرا متيقظاً أثناء التحقيق في القضية وأثناء صياغة الحكم، وألا يتردد في تصحيح أي خطأ

¹- Thomas Clay-, op. cit, p 636

² - Neil Mac Cormick: Raisonement juridique et thbéorie du droit. Trad. J. Gagey. PUF, coll. Les voies du droit, 1996, spéc. p. 224.

³ - En ce sens, Jean Loui Delvolvé: « L'instance arbitrale », Arbitrage et propriété intellectuelle. Colloque IRPI Henri-Desbois, 26 janv. 1994. Librairies techniques, coll. Le droit des affaires Propriété intellectuelle, n° 12, 1994, p. 41, spéc. p. 42

⁴ - A. Ditchev: « Le "contrat d'arbitrage". Essai sur le contrât ayant pour objet la mission d'arbitrer », Rev. arb. 1981.395, spéc. n5 . Patrice Level: op,cit , p. 259, spéc. n° 4;

⁵ - فقط قواعد معينة أكثرها رمزا هي تلك التابعة لمحكمة التحكيم الدولية المنضوية تحت غرفة التجارة الدولية بباريس - والتي تختص أيضا بالنظر في التحكيمات الداخلية متى منح الأطراف لها الاختصاص وفقا للمادة 01 منها - ، اذ تنص على أن المحكمة وهيئة التحكيم تعملان بكل جهدهما لاجل ضمان عدم تعرض الحكم لأي إجراء قانوني من الغاء أو إبطال .

كتابي، أوتوضيح نقطة غامضة، وما إلى ذلك¹. وأن يراعي النظام العام الداخلي وكأنه يكون حارسا على ذلك مثله مثل القاضي الوطني.

وفي نهاية المطاف، فإن الإلتزام بإصدار قرار التحكيم هو الإلتزام الرئيسي والأكثر تعقيدا على حد سواء، لأنه ناتج عن جميع الوسائل أو النتائج الأخرى. وبناء على ذلك، فهو إلتزام ببذل عناية²، وإذا لم يصدر الحكم أو كان معيبا، فإن للخصوم إثبات أن المحكم لم يأخذ كل العناية اللازمة للوفاء بالتزامه ومنه إثارة مسؤوليته التعاقدية.

وبعد إصدار الحكم التحكيمي فإنه يكون من حق كل طرف من أطراف الخصومة سواء كان محكوما له أو محكوما عليه، أن يحصل من محكمة التحكيم أو من مركز التحكيم على نسخة مطابقة للأصل من حكم التحكيم تكون موقعة ومشار فيها الى من رفض التوقيع، وإذا كان الاتفاق يلزمها أن تقوم بذلك خلال مهلة معينة، فإنه وجب على الهيئة احترام ذلك تحت طائلة قيام مسؤوليتها عن أي ضرر يترتب عن هذا التأخير³.

وقد نص التشريع المصري على هذا الإلتزام صراحة في المادة 44 ف1 منه⁴، في حين لا نجد لهذا النص مثيلا في التشريعين الجزائري والفرنسي .

ونعتقد أنه يجوز لأي من طرفي النزاع في حالة إمتناع المحكم دون مبرر من تسليم الحكم التحكيمي الداخلي لأجل مباشرة إجراءات تنفيذه أو الطعن فيه، من رفع دعوى أمام القضاء الوطني وفقا للقواعد العامة، ويمكنه طلب ذلك تحت طائلة غرامة تهديدية، وفقا لأحكام القانون المدني.

أما ما تعلق بإيداع الحكم التحكيمي والذي يتم لدى أمانة ضبط المحكمة التي صدر فيها الحكم التحكيمي الداخلي، فإنه لا يعد التزاما تقوم به محكمة التحكيم، وإنما يقع عبئه

¹ - Pierre Mayer : « Le contrat illicite », in « L'arbitre et le contrat », Travaux du Comité français de l'arbitrage, Paris, 12 janv. 1984, Rev. arb. 1984.205, spéc. p. 206.

² - En ce sens, Adbul Hamid El-Ahdab: « La loi libanaise sur l'arbitrage », Rev. ord. avoc. 1994, n° 2, spéc. p. 50.

³ - فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 454

⁴ - نصت المادة 44 ف 1 من قانون التحكيم المصري على انه : " تسلم هيئة التحكيم الى كل من الطرفين صورة من حكم التحكيم موقعة من المحكمين الذين وافقوا عليه خلال ثلاثين يوما من تاريخ اصداره " .

على الطرف الذي يهيمه التعجيل والذي يتحمل مصروفات ذلك وفقا للمادة 1035 من ق إ م إ.

المطلب الثاني

حقوق المحكم الداخلي

كما هو الشأن في العقود الملزمة لجانبين يقابل إلتزامات أحد المتعاقدين حقوقا له تجاه الطرف الآخر، فمقابل إلتزام المحكم بواجباته وتقديمه لخدماته، له حقوق مستحقة نظير ذلك، وهكذا يكون المحكم في عقد المحكم دائن تعاقديا بجميع إلتزامات أطراف النزاع التحكيمي فبالإضافة إلى حقوقه في المطالبة باتعابه على وجه الخصوص يتمتع بحقوق أخرى يمكن تجميعها في فئتين: وهما تلك المتعلقة بأداء المهمة التحكيمية وتلك المتعلقة بالحكم التحكيمي

الفرع الاول

الحقوق المتعلقة بأداء المهمة التحكيمية

إذا كان صحيحا أن المحكم هو المدين بالالتزام الأساسي في عقد المحكم و هو الفصل في النزاع¹، تبقى الحقيقة أن الخصوم هم أيضا مدينون بالتبعية بالتزامات تجاهه . ولاحتمال عدم وفاءهم بالتزاماتهم المالية على الخصوص، أعطي للمحكم مكنة حماية نفسه من ذلك بوسائل تكرسها القواعد العامة وتتدخل من ضمن حقوقه .

أولا: الحق في الحصول على الأتعاب والمصاريف

عمل المحكم ليس تبرعا - وان كان للمحكم أن يقوم به تبرعا - إنما هو عمل يؤديه مقابل أجر أو أتعاب يُتفق عليها في الغالب مع الخصوم ويتم تحديدها وكيفية

¹- En ce sens, Pière Lalive: Problèmes relatifs à l'arbitrage commercial international », Kec cours La Haye 1967.L565, spéc p. 676.

الوفاء بها في عقد المحكم أو في اتفاق لاحق أو عن طريق مركز التحكيم ، وقد أصبح ذلك مقبولا الآن في جميع النظم القانونية وفي إجماع الفقه¹.

وبما أن عقد المحكم ينص على أن المحكم سيؤدي واجباته مقابل أتعاب مالية، فإن الخصوم يكونوا ملزمين بدفع ما التزموا به إلى المحكم، ومن حقه أن يستعمل كافة الطرق المشروعة لأجل تحصيلها إذا لم يدفعوا له الأجر المتفق عليه². وقد يترتب عن المنازعة في تحصيل الأتعاب أو التسبيقات عليها خطر توقف إجراءات الخصومة التحكيمية، أو مباشرتها من الأساس، سواء بسبب رفض المحكم (أو مركز التحكيم) الشروع في الإجراءات قبل تلقي كل الأتعاب، أو ورفض المدعى عليه (المحتكم ضده) دفع نصيبه من الأتعاب، أو رفض المدعي (طالب التحكيم) دفع اشتراك المدعى عليه (المحتكم ضده) ، فكيف يكون الحل لا سيما ما تعلق بتحديد المحكمة المختصة بالبت في هذا النزاع؟

مناطق هذه المشكلة هو تزواج الاختصاص ما بين المحكم والقاضي ، فهنا إذا كانت الرسوم والأتعاب محددة في العقد فإنه يحق للمدعي في التحكيم الحصول على الأمر بالامتثال للتسديد واحترام البند التعاقدية، وهذا أمام القاضي الاستعجالي والذي يمكن الترافع أمامه على أساس عنصر الاستعجال في الدفع أو باعتباره قاضي دعم مكلف برفع العراقيل التي تعتري تشكيل الهيئة التحكيمية ما لم تكن قد تشكلت .

أما إذا لم تكن المصاريف محددة فإن الوضع يكون أصعب، حيث لا يمكن للمحكم أن يفرض مبلغ محدد في قرار التحكيم، ولذلك ما لم يكن هناك اتفاق على مبلغ محدد مع أطراف النزاع، فالأمر متروك للقاضي للبت فيه مع تحديد نصيب كل واحد منهم، وفي الغالب يكون قاضي المحكمة الابتدائية المختص في الفصل في جميع النزاعات التعاقدية وهذا الحل يطرح مسألة المساس بالسرية وتعطيل الفصل في النزاع . وبالنتيجة يدفع هذا

¹- Réne David : L'arbitrage dans le commerce international. Économica, coll. Études juridiques comparatives, 1982, spéc. n° 295.

²- Patrice Level , op. cit., spéc . n° 4 et 11

الأمر بأطراف النزاع والمحكم إلى الإتفاق حول مبلغ الاتعاب والمصاريف أو على الأقل تشجيع المحكم على السير في الاجراءات دون انتظار قرار القضاء بهذا الخصوص¹ . ويرى توماس كلاي (Thomas Clay) أن الحل الأقرب الى التطبيق لتحصيل المحكم مصاريف الإجراءات وأتعابه هو تقديم أطراف النزاع لضمان يغطي ذلك²، وهذه الممارسة هي الأكثر شيوعاً³. ومنها الأمر بإيداع تأمين أو كفالة في مرحلة مبكرة من الاجراءات⁴، فقد يلتزم المحكم لأسابيع بالقيام بعمله وبالتالي يفوت على نفسه أعمالاً يجني من خلالها أرباحاً، ومنه فإن مبلغ الضمان يغطي المطلوب من التكاليف المحتملة من كل متقاضي، كما يسمح للمحكم بضمان أداء الخصوم لحقوقه المالية المترتبة من عقد المحكم.

وثمة طريقة أخرى للتأكد من أداء اطراف النزاع لالتزاماتهم، وهي أن يخضع المحكم السير في مهمته بأداءهم للمصاريف، والتي يمكن استرجاعها في حالتين⁵: الأولى إذا أنهى الأطراف النزاع وهي الحالة الغالبة قبل البدء في التحكيم، والثانية إذا أنهى الأطراف مهمة المحكم قبل البدء فيها وهي الحالة الأقل احتمالاً .

وهذه الأحوال كلها في الغالب تتعلق بالتحكيم الحر، أما في التحكيم المؤسسي فإن الأصل العام أن تتضمن لوائح مؤسسات ومراكز التحكيم الدائمة قوائم معدة سلفاً بأجور المحكمين تكون بمجرد قبولهم بالمهمة، وفي حال غياب مثل هذه القوائم فإن تحديد الأتعاب يكون من قبل هذه الهيئة الدائمة بعد استشارة المحكم الفرد أو المحكم الرئيس

¹ - Thomas Clay, op. cit, p 641.

- من الأفضل خاصة في التحكيم الحر أن يتناقش الأطراف مع المحكمين حول مبلغ أتعابهم ومن الأفضل أن تكون هذه المفاوضات عند تشكيل محكمة التحكيم لتجنب سوء تفاهم لاحق وليتم كل اتفاق بحضور الخصوم أو ممثليهم ويحضر كل اتفاق بين المحكم والطرف الذي عينه على حدى.

² - Thomas Clay, op. cit, p 644

³ - Claude Reymond : « Note sur l'avance des frais de l'arbitrage et sa répartition », in Études de procédure et d'arbitrage . Mélanges Jean-François Poudret. Faculté de droit de Lausanne, 1999, p. 495. Sur la pratique à la CCI, cf. D. Byrne : « Le versement d'avances sur honoraires aux arbitres dans les arbitrages CCI », Bull. CIA de la CCI, vol. 7 n° 2, 1996.86

⁴ - عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية – دار النهضة العربية - القاهرة ، سنة 1997 ص 609.

⁵ - أحمد عبد الرحمن ملحم، المرجع السابق، ص 288

فقط دون أطراف النزاع الذين لا يدخلون معهم في المشاورات، إذ المحكمون لا يستطيعون أبدا التفاوض بشأن أتعابهم مع الأطراف المتنازعة فإدارة وتحديد التكاليف الإجرائية محجوزان لمؤسسات التحكيم فقط¹.

كما أنه لا يحق للمحكم أن يقوم بقبض الأتعاب مباشرة من الأطراف إلا أن كانت اللائحة تجيز ذلك². و تشمل تكاليف التحكيم المؤسسي عموما أتعاب المحكمين، والمصاريف الإدارية، وعند الاقتضاء مصاريف الخبراء الذين تعينهم محكمة التحكيم، وكذا الشهود³.

ولحساب أتعاب المحكم توجد على الأقل ثلاثة طرق وهي الأكثر استعمالا في الممارسات التحكيمية وهي تشمل⁴ :

- حسب قيمة النزاع من خلال تحديد المبلغ موضوع النزاع والنسبة المتفق عليها وقد تبنت هذه الطريقة العديد من مراكز التحكيم الدائم فهناك مبلغ أقصى وحد أدنى⁵ ، وينظر

¹ - وبخصوص كفاءات دفع هذه التكاليف نجد مثلا في المادة 36 من قواعد التحكيم لدى الغرفة الجزائرية للصناعة والتجارة تنص على انه : "يسدد كل طرف الدفعة أو الدفعات المسبقة مناصفة. في حالة تخلف أحد الطرفين أو رفضه، يجوز للطرف الآخر، بمبادرة منه أو بدعوة من الأمانة، أن يحل محل الطرف المتخلف. وفي جميع الأحوال، يمكن للجنة أن ترسل الملف الى المحكمة من أجل الفصل فيه بموجب قرار تحكيمي جزئي بسبب تخلف أحد الطرفين عن تسديد الدفعة، وتواصل إجراءات الدعوى".

² - Thomas Clay, op. cit, p 686.

³ - ونجد في هذه المسألة قواعد مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم تحدد مفهوم مصاريف التكاليف في المادة 42 منه وتشملها في : رسم التسجيل، المصاريف الإدارية، اتعاب هيئة التحكيم، نفقات السفر المعقولة، المصاريف المعقولة للخبرة أو أية مساعدة من ترجمة أو إعداد محاضر ، نفقات الشهود .

⁴ - عصنون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 113. أنظر أيضا :

- Alan Redfern et Martin Hunter : Droit et pratique de l'arbitrage commercial inter national – Traduit de l'anglais en français par Eric Robine 2ème edition LGDJ 1994.p 202

⁵ - ومثالها قواعد التحكيم لدى الغرفة الجزائرية للصناعة والتجارة أين ترفق في آخرها جدولاً بالتكاليف الادارية وأتعاب المحكمين ويحدد فيه قيمتها بحسب قيمة النزاع ونجد فيه الخانات التالية -1 مبلغ النزاع ، -2 مصاريف التسجيل ، -3 المصاريف الإدارية وتدخل فيها مصاريف (المركز ، المقرر ، الرئيس) ، -4 أتعاب المحكمين (1) أو (3) . وبالرجوع أيضا إلى قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي المشار إليها سابقا نجد في المادة 44 منه أن تقدير أتعاب المحكمين يكون على أساس قيمة النزاع .

في تحديد قيمة النزاع إلى ما يطلبه الأطراف من مبالغ وإذا كان الأمر حول أموال غير مقدرة القيمة، فينظر إلى قيمتها عن طريق الخبرة بتاريخ رفع طلب التحكيم أمام المحكمة¹. حسب المدة الزمنية ويكون بتحديد مبلغ معين عن كل يوم يخصه المحكم لحل النزاع، وبالتالي يضاعف هذا المبلغ بحسب عدد الأيام التي خصصها، وهذا الوقت لا يحسب فقط بالساعات التي قضاها المحكم أثناء الجلسات ، وإنما أيضا بحساب الأوقات الخارجة عنها.

- التحديد الجزافي وذلك بتحديد مبلغ جزافي كامل وشامل دون الرجوع إلى أهمية النزاع أو الوقت الذي سيستلزمه الفصل فيه، وذلك بعد التفاوض مع الأطراف للوصول إلى مبلغ جزافي شامل متفق عليه .

وفي الأخير يمكن القول أن أطراف النزاع يكونون مدينون للمحكم بأجر معقول و عادل عن العمل المنجز، وعن المسؤولية التي تكبدها²، ولكلا الطرفين حرية الاتفاق على ما يرونه مناسبا آخذين في الحسبان عدة عوامل منها الوقت اللازم، صعوبة النزاع، المصاريف المحتملة، سمعة أو كفاءة المحكم.

والأصل العام هو إشتراك الأطراف في تحمل التكاليف مناصفة بينهم ، إذ يتحمل كل طرف جزء، بينما الاستثناء هو تحميل أحد الأطراف وحده هذه التكاليف وهذا متى كانت هناك مبررات معقولة مثل سوء النية، أو الإهمال والمماطلة في السير بالاجراءات

¹ - بالرجوع الى قواعد غرفة التحكيم الدولية بباريس والتي تختص أيضا بنظر التحكيمات الداخلية نجدها تحدد في المادة 30 منها أسس تحصيل التكاليف وتقديرها بما فيها أتعاب المحكمين وفي هذا المجال تعتمد في ذلك على الطلبات الاصلية والمقابلة والاضافية مع إمكانية إعادة التقييم في وقت ، وتدفع هذه التكاليف بالتساوي بين الأطراف وفي حالة عدم تسديد طرف لحصته يمكن أن يتحمل الطرف التسديد والا فانها تعلق المحاكمة لمدة 15 يوم والا يتم سحب الطلب . ويمكن للمحكمة طبقا للمادة 31 أن تحدد أتعاب إضافية للمحكمين على أنه ينبغي في القرار النهائي تصفية تكليف التحكيم وتقرير أي من الطرفين مسؤول عن الدفع أو النسبة التي يتقاسمها كلا الطرفين فيما بينهما . انظر القواعد المرجع السابق .

- بالنسبة لقيمة النزاع وفق قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم المشار إليها سلفا تتحدد طبقا للمادة 44 منه على أساس إجمالي قيمة جميع الطلبات والمقابلة، والحقوق التي يتمسك بها بقصد الدفع بالمقاصة . وفي حالة تعذر تحديد قيمة النزاع يتولى المركز تحديد أتعاب المحكمين مع مراعاة كافة الظروف .

2 - R. Percerou : « Quel est le coût de l'arbitrage ? », in « L'arbitrage en questions (chefs d'entreprise, comment organiser le règlement de vos litiges ?) », colloque du Centre de droit des affaires de Rennes, 21 mai 1999, *Cah. dr. entrep.* 1999, p. 20

فيكون ذلك كجزاء له. وهذه القاعدة معمول بها في فرنسا، ومثالها قواعد غرفة التحكيم الدولية ببياريس والتي تم الإشارة إليها سلفا .

و توجد قاعدة " التكاليف تتبع الحدث " أو كما تسمى " costs follow the event"¹ حيث يتحمل الطرف الخاسر وحده كافة التكاليف بما فيها أتعاب المحكمين، وهذا ما هو معمول في إنجلترا، والاستثناء هو اقتسام التكاليف حسب ما يراه المحكمون، كما هو الشأن في التجربة الأمريكية²، في حال مثلا تعسف الطرف الرابح في طلباته أو سوء نيته أو أن يربح المدعي جزءا من دعواه، فيمكن للمحكم أن يقتسم التكاليف بالتساوي أو حسبما يراه عدلا، وفي غياب نص ملزم فلأطراف المتنازعة الاتفاق مع المحكم قبل البدء في التحكيم على تطبيق أي من القاعدتين السابقتين الذكر.

والمشرع الجزائري لم يخصص نص بحق المحكم الداخلي ولا حتى الدولي في اتعابه وكيفية تحصيلها أو أدائها إليه، وعلى ذلك فالأمر متروك للاتفاق ما بينه وبين أطراف النزاع في عقد المحكم، وهو بند لا ينبغي التهاون في تحديده درءا لأي إشكالات من مثل ما تم تداوله أعلاه، كما أنه يمكن للمحكمة التحكيمية أن تحدده ولكن وجب أن يكون تحديدها معقولا ، ونفسه بالنسبة للتشريع المصري والفرنسي.

¹- Walid Ben Hamida et Thomas Clay , « l'argent de l'arbitrage », Rapport de synthèse.2013 .p.202 voir le lien consulté le 18-03-2022
<https://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2015/08/20131101EGBook-largent-dans-larbitrageRapport-de-synthese-largen>

² - Walid Ben Hamida et Thomas Clay ,op,cit p202

« Sur la charge définitive de la rémunération des arbitres, on observe deux tendances. La première tient à la progression de la règle anglaise « costs follow the event » en matière d'arbitrage. On le sait, la tradition anglaise et la tradition américaine sont ici très opposées. En Angleterre, la partie qui succombe au fond est généralement appelée à supporter la charge des frais du procès. Aux États-Unis, la règle est inverse, chaque partie conservant, en principe, la charge de ses frais d'avocat. Il s'agit, dans la tradition américaine, de ne pas décourager l'accès à la justice. En matière d'arbitrage, les arbitres jouissent d'une très grande discrétion sur l'attribution de la charge définitive au frais de l'arbitrage. Dans l'exercice de cette discrétion, on constate cependant une tendance à mettre les frais, à tout le moins les frais raisonnablement exposés, à la charge de la partie qui succombe. »

ثانيا: الحق في الاحتجاج بعدم التنفيذ

إذا كان من حق المحكم في حالة إخلال أطراف النزاع أو أحدهما بالتنفيذ طبقا للقواعد التي تحكم هذا النوع من العقود أن يطالب بفسخ العقد، فمن باب أولى يكون له أن يتخذ إجراء الاحتجاج أو الدفع بعدم التنفيذ الذي يقتصر أثره على وقف تنفيذ التزاماته أي تعليق مهمته حتى ينفذ الطرف الممتنع إلتزاماته، بدلا من اتخاذ طريق الفسخ الذي يجعل العقد كأن لم يكن¹.

على هذا الأساس، فإن الاحتجاج بعدم التنفيذ هو حق للمحكم يستعمله كوسيلة ضغط لحمل الطرف الممتنع عن التنفيذ دون اللجوء إلى القضاء، فهذا الحق حماية له وتهديدا في نفس الوقت للطرف الممتنع من الخصوم و ذلك يستغرق مدة قصيرة. وهذا الحق وإن كان لم يسبق له أن تعرض إلى تطورات جوهرية إلا أنه تم تأكيده من طرف الفقه ضمن النقاش العام حول حقوق المحكم².

وإذا كان من الطبيعي والأكيد على حد سواء أن يستخدم هذا الاحتجاج بعدم الدفع في الحالات التي لا يفي فيها الخصوم بالتزاماتهم المالية، بيد أنه بالنظر إلى العواقب المحتملة للوقف، من الضروري بصفة خاصة أن يقيم المحكم بعناية الآثار المترتبة على قراره بشأن معالجة النزاع .

¹ - في تعريف حق الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة لجانبين انظر : - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المصادر، الآثار - الأوصاف- الانتقال الانقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر سنة 2004، ص299، - إلياس ناصف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء السابع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 1993، ص 336، خليل احمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، سنة 2010، ص50.

² - Patrice Level : op,cit , p. 259, spéc. n° 11

- Charles Jarrosson : « Remarques sur le contrat d'arbitrage, à propos de l'irrecevabilité du recours en annulation pour contester les honoraires des arbitres », note sous Paris 19 déc. 1996, Rev. arb. 1998.121, spéc. n° 11

- Ch. Jarrosson : Intervention aux débats in « Les institutions d'arbitrage en France, le choix des arbitres ». Travaux du Comité français de l'arbitrage, Paris, 19 juin 1990, Rev. arb. 1990.375, spéc. p. 380

ثالثا: حق حجز الحكم والوثائق

يعتبر البعض هذا الحق في الاحتفاظ بالحكم والوثائق وعدم تسليمهما لأطراف النزاع باعتباره "طريق الإنفاذ الخاص" وهو في فعاليته الكبيرة يشبه العبارة المستخدمة في قانون الغاب "كن أولا تكون"¹.

وحق الإحتفاظ أو الحجز معناه أنه في حالة عدم الوفاء التام من أطراف النزاع أو من أحدهم بحقوق المحكم فإن هذا الأخير يكون له مكنة الاحتفاظ بأي شيء له صلة مادية أو قانونية بادعائه. ويمكن ممارسة حق الاحتفاظ من المحكم بطريقتين²، فمن ناحية، يمكنه أن يحجز قرار التحكيم أو عدم إصداره، مما يعني أن المحكم "يحتفظ" بقرار التحكيم لديه إلى أن يتم دفع كل مستحقاته بالكامل. ومن ناحية أخرى، يمكنه الإحتفاظ بالمستندات التي وضعت تحت يده أثناء الإجراءات وظلت في حوزته . وهذا النوع الثاني من حق الإحتفاظ هو الأكثر تأثيرا وأكثر فعالية، ولا سيما فيما يتعلق بالخصم الذي يحجم عن مواصلة إجراءات التحكيم ويريد استرجاع وثائقه.

والحق في الإحتفاظ بالقرار أو بالوثائق بعدما كان الإعتراف به متذبذب من الاجتهاد القضائي المقارن إلا أنه في الوقت الحالي معترف به، و يمكن ملاحظة أن هذا الحق يرتب نفس المساوئ التي يربتها حقه في الاحتجاج بعدم التنفيذ، لا سيما خطر انتهاء ميعاد التحكيم دون الفصل في القضية مما قد يرتب مسؤوليته، ولذلك وجب أن يستعمل المحكم حقه بصورة عامة في الإحتفاظ بالوثائق لسبب جدي و بطريقة معقولة³.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري وحتى الفرنسي والمصري لا نجد تنصيحا على هذين الحقين سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي، وبذلك يخضع في أحكامه إلى إتفاق

¹ - Philipe Malaurie et Laurent Aynès : Droit civil. Sûretés. Publicité foncière. Cujas, 10^e éd. par L. Aynès, 2000 spéc. n° 435.

² - Catherine Malecki : L'exception d'inexécution, op.cit., spéc.n° 146-189.

³ - Jacques Mestre : « Privilèges. Droit de rétention. Présentation générale. Domaine » J.-C. civ., art. 2092-2094, Fasc. 10 (mai 1995, mise à jour en mai 2000), spéc. n° 109. Thomas Clay, op. cit, p 648

الأطراف في عقد المحكم، فإن لم يوجد يتم تطبيق القواعد العامة التي تحكم العقود الملزمة للجانبين المنصوص عليها في القانون المدني والتي تشترك فيها أغلب هذه التشريعات.

الفرع الثاني

الحقوق المتعلقة بالحكم التحكيمي

هذه الحقوق تدخل في صميم عمله القضائي وتشمل الحق في التعبير عن رأيه بخصوص الحل، وما يترتب له عن ذلك من حقه في مخالفة باقي المحكمين والاعتراض عما توصلوا إليه من حل، بالإضافة إلى حقه في تعاون الأطراف معه واحترام عمله التحكيمي وبما قضى به، وحقوق أخرى تتعلق بحقه في السرية وحق التأليف .

أولاً: الحق في التعبير عن رأيه لظهور وجهة نظره

لا يعني تواجد المحكم في تشكيلة جماعية على الخصوص أنه لا وجود لإستقلالية في التعبير عن رأيه، إذ إستقلاله الفكري وتكوينه وقناعاته عن باقي المحكمين، قد يدفعه الى اعتماد رأي مختلف عما أبدوه من رأي بخصوص الحل للنزاع، ومظاهر ممارسة المحكم لهذا الحق في الاعتراض يتبين من خلال إما صدور الحكم بالأغلبية أو باكثر جدية التأشير في الحكم برفضه التوقيع أو على نحو أكثر كشافاً تدوين رأيه المخالف في الحكم.

ففي الحالة الأولى لا تعني الأغلبية بالنسبة له قبوله برأي باقي المحكمين واقتناعه بذلك، وإنما لأنها أغلبية يستوجبها الإتفاق والقانون لإصدار الحكم وليس لأنه مقتنع بها سواء كان ذلك في كل ما قضى به الحكم أو في جزء منه¹.

أما في الحالة الثانية فإن الأصل أن يوقع جميع المحكمين، أعضاء المحكمة، على حكم التحكيم، إلا أنه يجوز للمحكم المعارض التمسك بحقه في عدم التوقيع، و هذا الحق مضمون له فقها وقضاء وتشريعاً كما نوهنا عنه سلفاً أعلاه، إذ في العادة أن رفضه التوقيع على الحكم هو إنعكاس لرفضه الموافقة على مضمون الحكم.

¹ - Thomas Clay, op. cit, p 649

وبالنظر إلى سلبيات هذا العمل وتأثيره على العملية التحكيمية تم تجاوز هذه المسألة وأخذت النصوص القانونية ولوائح مراكز التحكيم بحلول أخرى تضمن إصدار الحكم التحكيمي في حالة تمسك المحكم بحقه في رفض التوقيع ، وهو ما اشرنا له سابقا بخصوص الالتزام بالتوقيع .

و أما في الحالة الثالثة فان المحكم يمكنه أن يذكر في متن الحكم سبب عدم موافقته على قرار التحكيم¹، ولكنه ممنوع من الكشف عن محتوى المداولة ومحتوى رأي الحكّمين المشاركين². فإظهار الرأي المخالف هو حق للمحكمّ لأنه يسمح له بالمتصل من منطق أو قرار لا يعترف به و مخالف لقناعته.

ورغم هذا الغاية النبيلة إلا أن الأمر ليس كذلك في كل الأحوال إذ قد يكون ذلك ينم عن رغبة منه في إظهار دفاعه عن مصالح الطرف الذي عينه. كما قد يكون السبب تشبّه بموقف سبق له ابدأه في دراسة علمية ويعتبره إجتهدا حتى وإن كان رأيا علميا شاذاً³، وحتى وإن كان ذلك من شأنه أن يؤثر في تعيينه في نزاعات مماثلة مستقبلا.

¹ - ممارسة المحكم لحقه في إظهار رأيه في متن الحكم التحكيمي شائع لدى هيئات التحكيم الانجلوساكسونية ومحظورة بشكل عام في محاكم التحكيم اللاتينية ، حتى ولو كان بعض المنظرين القانونيين يأسفون لذلك. الا انه بالمقابل اعرب البعض الاخر عن أمله في ألا تكرر المحاكمات التحكيمية اظهار الآراء المخالفة للاغلبية بسبب آثاره الضارة.

وبالنظر إلى كون التحكيم الدولي يخضع إلى أحكام أخرى فإن التحكيم الداخلي في المحاكم التحكيمية اللاتينية نادرا ما يتم فيه بيان الرأي المخالف، لأنه يتعارض مع التقاليد المعمول بها في الممارسة التحكيمية ولا سيما الفرنسية منها، و ينبغي أن تكون هناك أسباب حقيقية لتبرير ذلك في حالة وجود العكس . انظر :

- Marie- Alen Frison-Roche (sous la direction de): De l'injuste au juste. Colloque des 27-28 janv. 1995. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1997, p. 89, spéc. p. 99.

² - Pierre-Lalive, Jean-François-Poudret et Claude- Reymond : Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse. Payot, Lausanne, 1989, spéc. p. 416-417.

³ - وهو ما قد يستغله محامي الأطراف وفق ما يخدم مصلحة موكله في النزاع، اذ في الغالب يقوم قبل التعيين بمحاولة معرفة كل ما يتعلق بمواقف سابقة للمحكم حول المسألة محل النزاع وهذا النشر للرأي المخالف يسمح له اما باقتراح تعيين هذا المحكم من عدمه بل ويمكنه ان يطلب ذلك حتى من المحكم الذي يريد ان يعينه حتى يفهم طريقة تفكيره ولا يمكن أن يشكل البحث عن هذا النوع من المعلومات أي تدخل في استقلاله على ان ذلك يجب ان لا يتعدى الى استجوابه عن ارائه بغية الزامه بها ففي هذا انتهاك لاستقلاله . أنظر بهذا الخصوص :

- Jean-Denis Bredin : « La révélation, Remarques sur l'indépendance de l'arbitre en droit interne français », in Études de procédure et d'arbitrage. Mélanges Jean-François Poudret. Faculté de droit de Lausanne, 1999, p. 349, spéc. p. 357.

ولذلك ينبغي على المحكم وفقا للممارسات الأخلاقية تجنبه احتراماً لمهمته النبيلة، إذ يكفيه الدفاع عن رأيه أمام باقي المحكمين فهو مسؤول عن ذلك وليس مكلفاً بالدفاع عن مصلحة معينة .

ويلاحظ أن التشريع الجزائري والفرنسي في حالة إمتناع المحكم عن التوقيع لم يشترطاً ذكر أسباب هذا الإمتناع، وإنما يكفي كما قلنا لرئيس محكمة التحكيم - إن لم يكن هو الممتنع - إلا إثبات وفقط. كما لا يوجد ما يعطي الحق للمحكم الممتنع عن التوقيع أن يرفق مذكرة بالحكم الصادر تتضمن رأيه المخالف، فإرفاق ذلك ليس له أي سند قانوني وقد يؤخذ عليه المحكم متى اعتبر ذلك إفشاء لسر المداولة.

على أنه بالمقابل نجد أن المشرع المصري في المادة 43 من قانون التحكيم لسنة 1994 نص بخصوص هذه المسألة على أنه: "... في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفى بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية." فهذا النص أوجب أن يتم إثبات أسباب عدم توقيع الأقلية في ورقة الحكم ذاته¹، أو يمكن في ورقة مستقلة ترفق بالحكم سواء تم ذلك من المحكم الممتنع نفسه أو من الباقي .

وفضلاً عن الحقوق السابقة فإن من حق المحكم أيضاً ضمان السرية وهذا بالنسبة للوقائع والمعلومات التي يكون قد صرح بها للخصوم أو مركز التحكيم إذا كان التحكيم مؤسسياً، إذ يحق له أن يفرض على الخصوم عدم الكشف عما يجري لأي كان أثناء سريان إجراءات الخصومة، كما أنه ولما كان هو ملزم بأن لا يكشف عن هوية أطراف

- Ch. Jarroson: Compte rendu de « La procédure arbitrale et l'indépendance des arbitres », 6^e colloque CCI-CIRDI-AAA, Paris, 27 oct. 1988, Rev. arb. 1988.748, spéc. p. 749.

¹ - يستجيب هذا المقتضى لنظرية الرأي المخالف التي تعرفها بعض التشريعات والتي تهدف إلى إشباع اعتبار معنوي نفسي للقضاة المشاركين في هيئة المحكمة ولهم رأي مخالف عن رأي الأغلبية بشأن القضاء الصادر، فالمشرع في هذه القوانين يسمح لأصحاب هذا الرأي بكتابته مع أسبابه في ورقة مستقلة تلحق بالحكم تبين رأي القضاة المخالفين وأسباب مخالفة الأغلبية للمحافظة على شعورهم، ولكن ورقة الحكم لا تشمل هذا الرأي، حتى لا تهتز صورة القضاء أمام الجمهور بالقول أن الهيئة القضائية كانت متضاربة ومختلفة مما يخل بهيبة القضاء، ولكن المشرع المصري خالف ذلك في أحكام المحكمين ونص على ضرورة إثبات الرأي المخالف وأسبابه في ورقة الحكم الصادر من هيئة التحكيم. انظر نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 181.

النزاع ولا عن سبب النزاع، فإن من حقه عليهم أن يحافظوا بصرامة على سرية هويته وعلى تطور سير الاجراءات في الخصومة، وأي خرق لذلك يجيز للمحكم أن يقيم المسؤولية على الاطراف إذا سبب له ذلك ضرر .

ويخفف التزام الأطراف بهذا الحق في حالة اشهار الحكم التحكيمي بالطرق المشروعة كما هو الحال عند عرضه أمام المحاكم لأجل إنفاذه أو الطعن فيه، إذ سيعلن اسم المحكم دون أن يتمكن المحكم من حضره، كما أنه لا يعد انتهاكا من الأطراف لحق المحكم في السرية على الاجراءات في حال مما إذا رفع النزاع أمام القضاء بشأن إثبات مدى قيام المحكم بدوره المناط به وقيامه بواجباته من عدمه.

ولما كان الحكم القضائي كما يقول جيرار كورني (Gérard Cornu) هو " تعبير مكتوب عما يفكر فيه القاضي" فهو المؤلف الوحيد لهذا الحوار الاستثنائي (مونولوج) المفصل¹، ويمكن اعتباره عمل فكري محمي بالمعنى القانوني، فإن ذلك يعد نفسه بالنسبة للحكم التحكيمي الذي بدوره هو تعبير عن عمل يقوم فيه المحكم بالفصل في نزاع على أسس اجتهادية تتطلب عملا فكريا، الأمر الذي جعل البعض يذهب إلى القول أن المحكم يتمتع بحق التأليف، وأن له الملكية الفكرية على حكمه لكن رغم ذلك لا يمكن اعتباره مصنفا فيه إبداع فكري .

ثانيا: حق المحكم في تعاون الأطراف معه واحترام عمله التحكيمي

يستلزم هذا الحق توقيير أطراف النزاع للمحكم بإعطائه الإحترام الواجب كونه قاضيا². ولا ينبغي حتى التذكير بهذا الالتزام الطبيعي بالاحترام، إذ المحكم وإن كان شخصا عاديا يمثل نفسه إلا أنه بمجرد تعيينه لتولي الفصل في النزاع المثار بينهم، يستلزم بالضرورة منهم الانضباط والخضوع لقواعد ومتطلبات القضاء المستوجب للاحترام له لذاته. وبالتالي فإن المحكم يجب أن يتمتع بذات الحقوق التي يتمتع بها قانوناً القاضي ومن حقه الاحترام والتوقير

¹ - Gérard Cornu : Linguistique juridique. Montchrestien, coll . Domat-droit privé, 2e éd., 2000, spéc.n°90.

² - M. de Boissésou : op,cit , spéc. n° 728

كما ينبغي أيضا أن يتمتع المحكم بالحصانة والضمانات الكافية التي تحميه وتجعله في منأى من الوقوع تحت أي فعل أو تأثير من أطراف النزاع ليكون حيادياً وموضوعياً وعادلاً. فالهدف من الحصانة ليس شخص المحكم بل وظيفته فيجب أن يكون مستقلاً في عمله لا يتأثر بأي جهة سواء حكومات أو أشخاص، وحتى لا تمارس عليه ضغوط سواء سياسية أو مالية تجعله ينحرف عن العدالة لصالح طرف معين، كما أن ترك المحكم عرضة للملاحقات القضائية دون مبرر أو الحكومية التعسفية أمر سيؤدي برجال القانون الذي يتمتعون بالعلم والنزاهة إلى عدم ولوج طريق التحكيم، فمن حق المحكم أن يتمتع بالحصانة القضائية حتى يتمكن من إنجاز المهمة المكلف بها على أن ذلك يكون في إطار شروط معينة سنتكلم عنها لاحقاً .

وحتى يوفي المحكم بمهمته فإن من حقه تعاون أطراف النزاع معه وفق ما يسمى "بمبدأ التعاون" بين المحكم وأطراف النزاع، أي أن عقد المحكم له ميزة خاصة تدمج بين شكلين مختلفين جداً من التعاون التعاقدي والتعاون في مجال الإجراءات. فالتزام الأطراف بالتعاون في إجراءات التحكيم معترف به بالإجماع تقريباً في الفقه، وأصبح منذ فترة طويلة أحد المبادئ الأساسية التي يبنى عليها مركز المحكم¹. فالتعاون المتوقع من الخصوم يجب أن يكون بنفس الترتيب في المحاكمة التحكيمية كما هو الحال في المحاكمة أمام القضاء.

و ينبغي على الخصوم احترام ما يقوم به المحكم، وذلك باحترامهم للمواعيد والآجال وبتقديمهم الأدلة والمستندات المطلوبة منهم دون الدخول في مناورات القصد منها تعطيل الإجراءات²، أو ممارسة ضغوط على المحكم واختلاق النزاعات معه بهدف رده، والامتناع عن أي عمل من شأنه أن يؤدي إلى توسيع النزاع أو تفاقمه .

¹ - J -L. Delvolvé: « Le droit à l'arbitre », colloque de l'AFA, 28 sept. 1994, Publications de l'AFA, spéc. p. 32 . Ph. Fouchard : « Les rapports entre l'arbitre et les parties et l'institution arbitrale », op,cit p. 12

² - A. Ditchév ,op,cit.p 395, spéc. n° 7.

وفي هذا الإطار كذلك للمحكم الحق في الوصول بمهمته الى نهايتها، فلا يجوز عزله من مهمته إلا بإجماع الخصوم وهذا مانصت عليه المادة 1018 فقرة 3 من ق إ م إ على أنه : " لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف". و إذا أراد الأطراف إنهاء التحكيم فليس للمحكم الاعتراض على ذلك، غير أن ذلك وجب أن يكون من طرفي النزاع معاً، وهذا يشكل ضماناً للمحكم ليكون مستقلاً ومحيداً، بل وكما أوصى تشارلز جارسون أطراف النزاع بالقول : " استقلال المحكم عليك أن تحترمه."¹

فعدم إتمام مهمة التحكيم بسبب غير راجع لإرادة المحكم من شأنه الإساءة إلى مركز المحكم الأدبي هذا من جانب ومن جانب آخر لا شك أن عدم إتمام مهمة التحكيم يفقده حقوقه المالية أيضاً، و لذلك ينبغي عدم التعسف في استخدام عزل المحكم ووجب أن يكون ضمن قواعد محددة اتفاقاً أو قانوناً ويكون كل واحد منهم على بينة من أمره . وإذا كان للمحكم حقوق يتمتع بها وله أن يطالب بالوفاء بها، فإنه بالمقابل يكون مطالباً بعدم الإخلال بالتزامات المفروضة عليه لأن ذلك من شأنه أن يقيم مسؤوليته وهذه المسؤولية لها أحكامها وهو ما سنبينه أدناه .

المبحث الثاني

مسؤولية المحكم الداخلي في الإخلال بالتزاماته

بالنظر إلى الاختلاف الفقهي في تحديد التكييف القانوني لطبيعة عمل المحكم بصفة عامة بين من يصبغ عليه بصبغة عقدية إستناداً إلى منشأ العلاقة بينه وبين الأطراف و بين الذي يصبغه بصبغة قضائية، نأظروا إليه من زاوية الحكم الذي يصدر عنه، وبين من يجمعهما معها ويعتبره ذو طبيعة مختلطة، ورأي رابع يعتبره ذو طبيعة

¹ -Ch.Jarrosion :« Rapport de synthèse sur l'efficacité de l'arbitrage », in colloque « Actualités de l'arbitrage au Liban », 16-17 mars 1995, Gaz. P. 14-15 févr. 1996, n° spécial, p.26

مستقلة خاصة، فإن ذلك كان له عميق الأثر في تحديد معالم مسؤولية المحكم الداخلي على الخصوص في حالة ارتكابه لأفعال وأخطاء ضارة بأطراف النزاع أو بأحدهم. إذ خضوعه لأحكام المسؤولية لم يكن بالمسألة البديهية لا سيما في ظل تقصير التشريعات الوطنية في وضع إطار لها، الأمر الذي جعل الفقه ومعه الإجتهد القضائي هو الذي تصدى لإرساء أحكامها، إلا أن ذلك كان مرتبطاً بطبيعة الاتجاه المتبنى من كلاهما ونظرته لمدى مسؤولية المحكم من حيث قبولها أو معارضتها .

المطلب الأول

مسؤولية المحكم الداخلي ومجالها

انقسمت الاتجاهات الفقهية بخصوص مسؤولية المحكم الداخلي بين المقر بها وبين المعارض عليها إلى اتجاهين، اتجاه يغلب مصلحة التحكيم فيعفيه بشكل كلي من أية مسؤولية قانونية، وبالمقابل اتجاه يحمله المسؤولية الكاملة عن أي أخطاء قد يرتكبها أثناء ممارسته لوظيفته التحكيمية أو بمناسبتها، ولكل منها له مبرراته. لينعكس ذلك على مجالها ما بين المسؤولية المدنية والجنائية والتأديبية.

الفرع الأول

مسؤولية المحكم الداخلي ما بين الاقرار والاعتراض

ليس من السهل الجزم بأن المحكم الداخلي مسؤول عن اخلاطاته بالتزاماته، إذ في هذا الشأن ظهر اتجاهين أحدهما يقر بها والآخر ينفى عنها.

أولاً: الاتجاه المعارض لمسؤولية المحكم

يرى هذا الاتجاه أن المحكم بمناسبة ممارسته لمهمته التحكيمية محصن من أية مسؤولية يمكن تحميلها له، فهو محمي من جميع الدعاوي المدنية التي ترفع عليه من قبل الخصوم، فالمحكم يمارس عمل القاضي وبالتالي يتعين اعفاؤه ومركز التحكيم من أي مسؤولية¹.

¹ - يمثل هذا الاتجاه المدرسة الانجلوساكسونية (الأمريكية والانجليزية على الخصوص) . وقد وضعت المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية معايير معينة يمكن الرجوع إليها لمعرفة ما إذا كان الشخص تشمله

ويورد هذا الاتجاه مجموعة من الاعتبارات لتبرير موقفه تشمل:

- مهمة المحكم قضائية فعمله مشابه لعمل القاضي والاثنان يصدران حكم ملزم لاطراف النزاع، ومن ثم وجب أن يتمتع بالحصانة التي يتمتع بها القاضي فلا يسأل مدنيا بسبب

الحصانة القضائية من عدمه، وتتمثل هذه المعايير: - ما إذا كان الشخص المعني يقوم بعمل مماثل لعمل القاضي (وظيفة شبه قضائية)، - ما إذا كان النظام الذي يخضع له الشخص المعني فيه ضمانات كافية للطرف الآخر بحيث تبرر استبعاد دعوى المطالبة بالتعويض، - ما إذا كانت مسألة مقاضاة الشخص المعني احتمال واقع على اعتبار أن أحد الاطراف سيخرج خاسرا لصدور الحكم ضده، - ما إذا كان عمل الشخص المعني يعتمد بشكل كبير على سلطته التقديرية (أي يعتمد على الجهد العقلي).

وبناء على ذلك منحت الحصانة لكاتب المحكمة والمحققين والمحققين... الخ ولم يقتصر منح الحصانة على العاملين في محاكم الدولة وإنما جُري منح الحصانة من المسؤولية لأي فرد يعمل كمحايد بين طرفين متنازعين ، فكلما كان عمل الشخص مقارب لعمل القاضي كلما سهل شموله بالحصانة. ولعل من أكثر المهام مقاربة لوظيفة القاضي هي مهمة المحكمين، إلا أنه ما يلاحظ أن المحكمة اشترطت التماثل أو التشابه بين الوظيفة القضائية والمهمة التحكيمية، فهذا يعني أن الولايات المتحدة الأمريكية على الرغم من أنها أخذت بالطبيعة القضائية للمهمة التحكيمية، إلا أن هذه الطبيعة القضائية لا تثبت للمحكم على سبيل القطع واليقين، وإنما على سبيل التجاور والتشابه بخلاف ما ذهب اليه البعض من أن مهمة المحكم مهمة قضائية أصلية، وما يترتب على ذلك أن الحصانة من المسؤولية لا تمنح للمحكم ابتداءً وبشكل مباشر، وإنما بعد التحقق من التشابه بين مهمة المحكم ووظيفة القاضي وفي كل حالة على حدة. فالعامل المشترك الأهم بين عملهما هو عملية صنع القرار وما يتطلبه القيام بهذا العمل من حياد واستقلال من جانب المحكم . انظر بهذا الخصوص :

- Michael Crowell, Basic of judicial immunity, UNC school of government, University of north Caroline, 2008, p5.- Dennis R. Nolan, Roger I. Abrams, arbitral immunity, Journal of Dispute Resolution, vol1, 2009. p 230. Voir le lien :

<https://repository.library.northeastern.edu/files/neu:333082/fulltext.pdf>

وقد قضت إحدى المحاكم الأمريكية " بعدم مسائلة المحكم عن سلوكه سيئ النية والمتمثل في الاحتيال، واستندت في حكمها إلى أن الوظيفة التي يؤديها المحكم تكاد تكون قريبة من القاضي " كما قضت أخرى " بحق تمتع المحكم بالحصانة حتى أن أفعاله العمدية التي يرتكبها بقصد الإضرار بأحد الخصوم أو الأفعال الاحتيالية المتمثلة في التآمر مع أحد الخصوم أو محاميه لإصدار حكم معين إضراراً بالطرف الآخر " واستندت هذه المحاكم إلى أن السياسة الفدرالية الأمريكية تشجع التحكيم وأن المحكم هو عنصر لا غنى عنه في تطبيق هذه السياسة .

وفي بريطانيا ولما كان النظام القضائي يسير على مبدأ السوابق القضائية، فقد كانت أولى القضايا في إنجلترا رفض أحد القضاة إرساء مسؤولية المحكم عن إهماله، بالنظر إلى عدم وجود سابقة قضائية تجيز مقاضاة المحكم ونفس الحكم ذهبت إليه المحكمة الكندية العليا بالقول (إن الحصانة تكون مرتبطة فقط عندما تكون وظيفة المحكم واضحة بأنها قضائية كوجود نزاع حقيقي رغب الأطراف أن يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم) . انظر في هذا المعنى :

- أرشد طه حطاب، فراس سامي حميد ،مسؤولية المحكم التقصيرية في الفصل في النزاع التحكيمي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد خاص بابحاث المؤتمر العلمي الدولي الثالث لكلية بلاد الرافدين الجامعة، جامعة ديالى، العراق ، سنة 2020 ، ص 175-176 .

ما يترتب عن أحكامه من أضرار، وحصانته هذه مرتبطة بالمهمة الموكلة إليه¹. أي يجب حماية المحكم عن طريق الإعراف له بنوع من الحصانة كذلك المعترف بها للقضاة، وهذه الحصانة لازمة لا لمصلحة المحكّمين، وإنما لمصلحة تحقيق العدالة².

- السماح لأحد الخصوم برفع دعوى ضد المحكم هو باب خلفي ووسيلة غير مباشرة للطعن على حكم المحكم ومراجعته أمام القضاء وهو ما يؤثر على جدوى التحكيم في حد ذاته³.

- عدم وجود سوابق قضائية أو نصوص قانونية تقضي بمساءلة المحكم عما يصدر منه من أخطاء⁴.

- مراعاة هيبة نظام التحكيم وما ينبغي أن يتوافر له من احترام وفاعلية كوسيلة سريعة وناجحة لفض المنازعات⁵، فخضوع المحكم للمساءلة والاستجواب يفقده قيمته كنظام قضائي ويفقد المحكم هيئته في أداء مهمته التحكيمية⁶.

- صعوبة إثبات خطأ المحكم بالنظر إلى طابع السرية الذي يهيمن على إجراءات التحكيم، بحيث يتعذر على أطراف النزاع الوقوف على الحقيقة، فقد استقر القضاء الأمريكي على خلق قاعدة قانونية مؤداها " حضر التدخل أو إعادة النظر فيما تم في

1 - درويش مدحت الوحيددي، التحكيم في تشريع الفلسطيني والعلاقات الدولية، مطابع شركة البحر، غزة، سنة 1998 صفحة 305 .

2 - ابراهيم رضوان الجبيري، مسؤولية المحكم المدنية عن الاخلال بالتزاماته ، مجلة جامعة العلوم التطبيقية ، مملكة البحرين ، المجلد الثالث ، العدد 1 ، سنة 2019 ، ص 12 ،

3 - وفاء فاروق محمد حسني، مسؤولية المحكم، أطروحة دكتوراة، غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 2008، ص 294

4 - وهذا ما تبناه القضاء الامريكي حيث رفضت المحكمة الاتحادية مساءلة المحكم عن الضرر الذي أصاب أحد الخصوم نتيجة أفعاله الاحتياطية لعدم وجود السوابق القضائية. وهو ما قرره القضاء الإنكليزي أيضا مستندا في ذلك إلى أن حكم المحكم هو أفضل دليل على معناه، ولا يجوز استجوابه بشأن المداولات التي أجراها، وأن الدافع الحقيقي وراء هذا المسلك هو تقادي إقرار سابقة مؤداها خضوع المحكّمين للاستجواب والمساءلة من قبل الأطراف . انظر هدى مجدي عبد الرحمن، المرجع السابق ، ص 392 ، محمد نظمي محمد صعبانه، مسؤولية المحكم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008 ، ص 175 و ص 389-390

5- عبد الحميد الأحذب ، مسؤولية المحكم ، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، سنة 2000 ، ص 32 .

6- عدنان يوسف محمد الحافي، النظام القانوني للمحكم في القانون الفلسطيني، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، سنة 2008 . - انظر أيضا هدى مجدي عبد الرحمان، المرجع السابق ص 136.

مرحلة المداولات التي اجراها المحكمون احتراماً لسرية المداولات ولحرية المحكم واستقلاله¹ فضلاً عن شبه الاستحالة في الإمساك بدليل فعلي لإثبات التحيز أو أي خلل في الحكم.

وقد انتهجت غرفة التحكيم الدولية (CCI) بباريس بصورة معاكسة لما هو معمول به في فرنسا بأن حصنت الغرفة التجارية وأعضائها ولجانها والمحكمة و المحكمين في إطار التحكيم الذي يتم وفقاً لنظامها من أي مسؤولية قانونية عن أي فعل أو إغفال، بمناسبة ممارسة التحكيم². إلا أنها في تعديل قواعدها في سنة 2017 و 2021 أجازت ذلك في الحدود التي يكون فيها تحديد المسؤولية محظوراً بموجب القانون واجب التطبيق.

ثانياً: الاتجاه المؤيد لتقرير مسؤولية المحكم الداخلي

إلى جانب الإتجاه المعارض لقيام مسؤولية المحكم هناك إتجاه آخر³ يؤيد تحميل المحكم المسؤولية، وبموجب ذلك لا يعفى المحكم من جميع الأخطاء التي تصدر منه وإنما وجب مسائلته عنها، فالحصانة من المسؤولية لا تشمل سوى الأخطاء غير العمدية التي يرتكبها المحكم أثناء نظره النزاع، أما الأخطاء التي يرتكبها بسوء نية وبقصد الإضرار بأحد الخصوم أو كليهما، كالإحتيال والغش والإهمال المتعمد فإنه يكون مسؤولاً عن ذلك

¹ - عمرو محمد المرايا، مشكلات المسؤولية المدنية في نطاق التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2017، ص 100 .

² -Arti 41 du règlement de la CCI ,op,cit. (, les personnes nommées par le tribunal arbitral, l'arbitre d'urgence, la Cour et ses membres, la CCI et son personnel, les comités nationaux et groupes de la CCI et leurs employés et représentants ne sont responsables envers quiconque d'aucun fait, d'aucun acte ou d'aucune omission en relation avec un arbitrage, sauf dans la mesure où une telle limitation de responsabilité est interdite par la loi applicable).op,cit

³ - يأخذ بهذا الإتجاه الانظمة اللاتينية على الخصوص

وهو ما يتماشى مع المبدأ القانوني "الغش يفسد جميع التصرفات" ¹ ويستند هذا الاتجاه إلى الاعتبارات التالية²:

- القاضي رغم تمتعه بالعديد من الضمانات والحصانات القانونية إلا أن ذلك لا يمنع من قيام مسؤوليته إذا أخل بواجباته المهنية، فحصانته ليست مطلقة.
- مهنة التحكيم تدر على المحكم أرباحاً كبيرة ومن ثم يتعين أن يتحمل تبعه أية تقصير أو إهمال في أداء عمله³. فالقول بأن المحكم يقوم بعمل طوعي ولا يتقاضى عنه الأجر لم يعد له محل في الوقت الحاضر وخصوصاً بعد إنشاء مراكز التحكيم، إذ أصبح المحكم كأبي مهني آخر يتقاضى أتعابه من المحكّمين. ولا شك أن المحكم الحريص سيكون في منأى عن تحمل أية مسؤولية.
- لما كان إبطال الحكم ورد المحكم وعزله لا يكونان إلا في حالات محددة، فضلاً عن أنهما لا يعوضا الطرف المضرور عن جميع ما أصابه من ضرر، فإنهما لا يكونا كافيين ولذلك يتعين أن لا يتمتع المحكم بالحصانة من المساءلة فشأنه شأن أي شخص آخر يسأل بالتعويض إذا أخطأ⁴.
- وفضلاً عن ذلك فإن الطعن بالحكم شيء والدعوى المدنية الرامية للتعويض شيء آخر، كما أن هناك حالات لا يكون فيها حكم أصلاً حتى يمكن الطعن به، كحالة امتناع المحكم عن القيام بمهمته بعد قبولها دون سبب مشروع، فطرق الطعن وإن كانت تصلح لإزالة العيب المتعلق بقرار التحكيم، إلا أنها لا تصلح لمعالجة الضرر الناشئ عن عيب مصدر القرار أو الممتنع عن إصداره⁵.
- إحجام الأشخاص عن العمل كمحكّمين إذا تم مسألتهم حجة واهية، لأن ذلك يكون متى تعرض المحكم للمساءلة عن كل خطأ يصدر منه مهما كان يسيراً، هذا من جهة،

1 - أرشد طه خطاب، فراس سامي حميد، المرجع السابق، ص 177.

2 - إبراهيم الملا، مسؤولية المحكم، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، أكتوبر 2010، ص 799.

3 - كرم محمد زيدان النجار، المركز القانوني للمحكم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2010، ص 263.

4 - أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 216.

5 - عيد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، سنة 2010، ص 86. أنظر أيضاً محمد مرعي صعب، مخاصمة القضاة، ج 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، سنة 2006، ص 230.

ومن جهة أخرى أن تحصينه من المسؤولية المدنية بالمطلق يؤدي بحد ذاته إلى عدم لجوء الأشخاص إلى التحكيم كما أنه مناقض للسياسة الراهنة المشجعة على ذلك¹.

- قبول المحكم للمهمة رغم وجود حالة من حالات رده وعلمه بها دون إفصاحه عنها يمثل مخالفة جسيمة يترتب عليها ضياع وقت وجهد ومال أطراف النزاع، مما يستلزم قيام مسؤوليته.

- يتمتع المحكم عند نظره النزاع بصلاحيات واسعة مقارنة بتلك التي للقاضي ولضمان عدم إساءته استعمالها كان من الضروري تكريس مسؤوليته، كضمانة احترازية لأطراف الخصومة التحكيمية، خاصة وأن تدخل القضاء يكون في نطاق ضيق احتراماً لخصوصية التحكيم ولسريته ولطابعه الرضائي².

- تقرير قواعد واضحة لمسؤولية المحكم تقتضيها قواعد العدالة لاسيما في حالة عدم مشروعية مسلك المحكم، كما في حالة التحيز الشخصي من جانبه، أو عند إتباعه أساليب تدليسية ترقى إلى مرتبة الغش³.

ونعتقد أن ما استند إليه مؤيدي فكرة مسؤولية المحكم أقرب للعدالة مقارنة بما ذهب إليه من عارضها، فإذا كانت فكرة المنع من المسؤولية مطلوبة ابتداءً إلا أنه ينبغي ألا يكون ذلك على إطلاقه بل مقيداً، وهذا تحقيقاً لنوع من التوازن بين جبر الأضرار التي تلحق بأطراف النزاع ودعم الثقة في التحكيم والمحكمين من جهة، وبين تمكين المحكمين من أداء عملهم بجد واهتمام دون تهديد بالمسؤولية من جهة أخرى.

وهو ما يعدّ تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأن الضرورة تقدر بقدرها، فإذا كانت حصانة المحكم اقتضتها ضرورة استقلاله، فإن هذه الضرورة ينبغي إحاطتها بنظام دقيق ومحدد وغير فضفاض.

وإذا كانت نظرة الفقه مختلفة بشأن تقرير المسؤولية للمحكم فما موقف المشرع والقضاء الجزائري منها؟

1 - أريج مؤيد عبد المنعم ، وليد خالد عطية ، المرجع السابق، ص 56

2 - زروق نوال ، المرجع السابق ، ص 201

3 - كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 263.

ثالثاً: موقف القضاء و المشرع الجزائري من نظام مسؤولية المحكم

الداخلي

لم يحدد المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أية قواعد خاصة بشأن مسؤولية المحكم بشكل عام، كما لم يفرد لها أحكام خاصة في القانون المدني، وكذا الحال بالنسبة للتشريعين الفرنسي والمصري¹، إذ لا نجد تنظيمها لها ولا حتى الإشارة إليها بما لا يمكن معه تحديد موقف المشرع منها و أي الإتجاهين تم تبنيه بشأنها. وبالنظر إلى هذا الفراغ يتبادر لنا التساؤل إن كان الحال كذلك بالنسبة للقضاء ؟

بالرجوع إلى القضاء الفرنسي فإن هناك العديد من الأحكام التي صدرت بخصوص مسؤولية المحكم سواء كان المحكم الداخلي أو الدولي على السواء، وقد اتخذ فيها موقفاً وسطاً، فهو يربط حصانة المحكم بطبيعة المهمة القضائية التي تقتضي توفير الحماية الضرورية له لممارستها، والتي تحول دون قيام مسؤوليته الشخصية المدنية في حالة سوء التقدير المحتمل في الحكم L'arbitre a mal jugé ، إلا أنه من جهة أخرى يسأل متى ثبت وقوعه في خطأ جسيم، يرتبط بالغش أو التدليس، أو التواطؤ مع الخصم الآخر².

¹ - وبالعكس هذه التشريعات نجد قانون أصول المحاكمات اللبنانية نص في المادة 769 على أنه: " بعد قبول المهمة لايحوز للمحكم التنحي بغير سبب جدي والا جاز الحكم عليه بالتعويض للمتضرر". ومن خلال هذا النص نلاحظ أن المشرع اللبناني رتب المسؤولية على عاتق المحكم في حالة قبوله للمهمة كتابة والتنحي بعد ذلك من دون سبب جدي . والى الاتجاه نفسه ذهب قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي لسنة 1980 إذ نصت المادة 2/178 منه على أن : "إذا تنحى المحكم بغير سبب عن القيام بعمله بعد قبوله التحكيم جاز الحكم عليه بالتعويضات"، كذلك نص المادة 748 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي لسنة 1953، والمادة 11 من مجلة التحكيم التونسي لسنة 1993 . كل تلك القوانين عالجت مسؤولية المحكم من زاوية واحدة فقط وهي حالة التنحي عن ممارسة العمل التحكيمي بغير سبب جدي. فهي الحالة الوحيدة التي يمكن ان يسأل المحكم فيها. انظر عبد الحميد الاحدب، دراسة حول قانون التحكيم اللبناني ، دار المنشورات الحقوقية، بيروت ، بدون سنة النشر، ص 45 ومابعدا .

² - Tribunal Grande Instance de Paris, 13 juin 1990, Bompard c/ C., Gaz. Pal. 1990 II somm. p.417 « La responsabilité civile des arbitres ne peut être engagée [...] que s'il est établie à leur en contre la preuve d'une fraude, d'un dol ou d'une faute lourde » .

كما أكدت ذلك في قرار لها بتاريخ 12 octobre 1995 ، أنظر بهذا الصدد :

- TGD . 1^{ère} Ch., 12 octobre 1995, Merkorla Sucden c/ société Raoul Duval, Rev. Arb. 1999.324 « Le lien de nature contractuelle qui unit l'arbitre aux parties justifie que sa responsabilité soit appréciée dans les conditions de droit commun sur le fondement de 1142 du Code civil. L'arbitre ne peut se soustraire aux principes de responsabilité de droit

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 15-01-2014 هذا الموقف من أنه يُستبعد إخلال المحكم بواجب الحياد وحسن النية ما لم يكن هناك دليل حقيقي يشكل خطأ شخصيا مساويا للاحتيال أو يشكل إحتيالا أو إهمال جسيم أو إنكار للعدالة¹.

كما يربط القضاء الفرنسي مبدأ الحصانة بإمكانية الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم، فهو يعتبر الطعن في حكم التحكيم ضمانا كافية للمحتكمين، وعليه فلا داعي لفتح المجال أمامهم لممارسة دعوى المسؤولية ضد المحكم لمجرد أنه أخطأ في الحكم، لأن ذلك يؤدي إلى ازدواجية في المسؤولية، وإلى خرق لاتفاقية التحكيم التي تعتبر اتفاقا ضمنيا بين الأطراف على استبعاد مسؤولية المحكم².

وبمراجعة القرارات الصادرة عن المحكمة العليا المتعلقة بمسائل التحكيم المنشورة بشكل عام³، سواء المتعلقة بالتحكيم الداخلي أو التحكيم الدولي لم نجد ما يشير إلى تعاطي

commun en imposant la preuve d'une faute lourde ; la responsabilité de l'arbitre à l'égard des parties peut être engagée pour tout manquement à ses obligations ».

¹ -cass 1 ère ch.civ, arrêt no 02 du 15 janvier 2014 « ...exclu l'existence d'un manquement des arbitres à leur obligation d'impartialité et de bonne foi, a écarté leur responsabilité en l'absence de preuve de fait propre à caractériser une faute personnelle, équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice... ».

² - Diane Sytsma, Responsabilité et immunité de l'arbitre, Le blog du master arbitrage et commerce international , p.p.1 « En droit français, contrairement au droit comparé, l'immunité reconnue à l'arbitre n'est pas absolue. Elle ne permet d'éviter que les actions fondées sur un éventuel mal jugé. Le principe de l'immunité est lié aux possibilités de recours en annulation des sentences arbitrales. Aujourd'hui la tendance va dans le sens d'une limitation des causes d'annulation d'une sentence. Mais les parties ont de plus en plus la volonté de contredire la sentence de l'arbitre, et à défaut de pouvoir faire annuler la sentence, elles se retournent contre l'arbitre ... Par ailleurs, sous l'angle du respect de la convention d'arbitrage, admettre la possibilité de remise en cause de la responsabilité de l'arbitre serait contraire à cette convention. En effet les parties en adhérant à la convention d'arbitrage se prononcent en faveur de l'exclusion de la responsabilité de l'arbitre »

Voir le lien elc :- https://maciuvsq.wordpress.com/2011/01/16/responsabilite-et-immunite-de-larbitre/#_ftn5

³ - انظر قرارات المحكمة العليا، بالهامش ص 68.

القضاء الجزائري مع مثل هذه النزاعات، الأمر الذي لا يمكننا معه معرفة موقفه من ذلك وما إذا كان يجيز مساءلة المحكم من عدمه.

وعلى العموم يمكن القول أن الحصانة المطلقة للمحكم من جميع الدعاوى قد يؤدي إلى عزوف الأشخاص من اللجوء إلى التحكيم لعدم وجود الضمانات الكافية للأطراف في حال إلحاق الضرر بهم من طرف المحكم، كما أن القول بقيام المسؤولية بإطلاقها وانعدام الحصانة سيدفع المحكم إلى انشغاله في كيفية التخلص من أية مسؤولية محتملة عوض التفكير في الفصل في النزاع و التهرب من الالتزام بذلك، ويمكن للقضاء في ظل هذا الفراغ التشريعي الاستئناس بالاجتهادات الفقهية التي أصبح أغلبها يميل إلى إمكانية مساءلة المحكم . غير أن المساءلة هنا في ظل غياب نصوص تشريعية خاصة تكون وفق القواعد العامة للمسؤولية المنوه عنها في القانون المدني .

وفي الخلاصة يمكن القول أن السلطة التقديرية الممنوحة للمحكم باعتباره يباشر مهمة قضائية تقتضي بسطه سلطته في التقدير سواء في تحديد الوقائع، وفي تكييفها، وفي تطبيق القانون الواجب عليها، وعلى ذلك لا يسأل عن الخطأ العادي أو الإهمال غير المتعمد سواء في التقدير أو في الحكم أو في الإجراءات ما لم يكن قد ارتكب غشا أو تدليس أو خطأ جسيم إذ في هذه الأحوال يكون المحكم قد خالف ما تقتضيه مهمته القضائية التي تتطلب منه أن يكون سلوكه غير منحاز لأي من الطرفين ، والقول بغير ذلك يهدم نظام التحكيم¹.

الفرع الثاني

مجال مسؤولية المحكم الداخلي

تنشأ بقبول المحكم المهمة التحكيمية روابط قانونية مختلفة بينه وبين كل أطراف النزاع من ناحية، وبينه وبين مركز التحكيم من جهة أخرى والغير من جهة ثالثة، وهذا

¹ - فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 287

على الوجه الذي شرحناه سابقا، ويرى أغلب الفقه¹ أن طبيعة العلاقات القانونية بين مختلف هذه الأطراف هي علاقات تعاقدية في الأساس، إذ يظهر مركز المحكم فيها مركب ما بين كونه طرفا متعاقدا في عقد المحكم وقاضيا خاصا في نفس الوقت، وكونه من جهة أخرى موظفا عندما يتم تعيينه من طرف المركز التحكيمي بعد لجوء الأطراف إلى المركز². وعلى ذلك فإن مسؤولية المحكم تتنوع ما بين المسؤولية المدنية والجنائية والتأديبية.

أولا: المسؤولية المدنية للمحكم

تعد دعاوى المسؤولية المدنية للمحكم³ هي المجال الخصب الأكثر انتشارا والأكثر لجوءا إليها في أغلب الأحيان بالمقارنة بباقي المسؤوليات الجزائية والتأديبية، وعلى اعتبار أن المسؤولية المدنية للمحكم تحدد في الأساس من خلال إخلاله بالالتزامات المفروضة عليه تعاقديا، فتكون مسؤولية عقدية أو من خلال إخلاله بالالتزامات المفروضة عليه قانونا فتكون مسؤولية تقصيرية، فانه بذلك تطبق عليها القواعد العامة للمسؤولية المنصوص عليها في القانون المدني في المواد (176 الى 187) والمواد (124 إلى 137) وهذا بحسب طبيعة كل مسؤولية. وبما أن عقد المحكم ينص على الإطار العام لنشاط المحكم، فإن دراسة المسؤولية التعاقدية سوف تسبق دراسة المسؤولية التقصيرية، إذ ببيان ما يدخل في الأولى فإن ما تبقى تشمله الثانية.

1 - سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 705.

2 - زروق نوال، المرجع السابق، ص 203.

3 - استقر فقهاء القانون على أن المسؤولية المدنية عبارة عن مجموعة من القواعد التي تلزم من سبب للغير بخطئه ضررا أن يجبره عن طريق التعويض، وهي بذلك تقوم على ثلاثة أركان وهي الخطأ، الضرر و العلاقة السببية . فأما الخطأ فهو إخلال بواجب قانوني مقترن بادراك المخل بذلك ، و أما الضرر فهو مساس بحق أو بمصلحة مشروعة للغير، في حين أن السببية المطلوبة فهي السببية المباشرة بين الخطأ أو الضرر.و التعويض الذي يتحمله المسؤول هو نتيجة إخلاله بالتزام سابق رتبه القانون أو العقد . انظر سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، المجلد الثاني، في الطبعة الخامسة ، ص 1 وما بعدها .

1- المسؤولية العقدية

تنشأ المسؤولية العقدية بشكل عام عند الإخلال بالتزام مصدره العقد، بحيث إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه أو تأخر في تنفيذه، جاز للطرف الآخر أن يرجع عليه بالتعويض عما أصابه من ضرر¹، فأطراف عقد المحكم محكومين بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وبتنفيذ ما اشتمل عليه من التزامات بأقصى درجات حسن النية، ولا يقتصر الأمر على هذا فقط بل يتعدى ذلك إلى مستلزماته وفقا للقانون والعرف ولما تقتضيه العدالة، و أي إخلال من الأطراف أو من احدهم بذلك يرتب قيام مسؤوليته نتيجة خطئه العقدي .

والمسؤولية العقدية للمحكم يعترف ويتبناها كثير من الفقهاء ووضعو إطارها ضمن القواعد العامة التي تحكم العقود والالتزامات والمنصوص عليها في القانون المدني²، فهي موجودة نظريا وعمليا، و يرجع تفسيرها الحقيقي إلى الطبيعة الأصلية لمهمته إلا أن البعد القضائي لعمله، يحول والقول أن إلتزامات المحكم تعاقدية محضة ومنه القول أن مسؤوليته عقدية فقط.

ويذهب الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى القول أن مسؤولية المحكم العقدية لا تكون إلا في حالة الإخلال الجسيم، فالمسؤولية التعاقدية للمحكم لا تكون إلا عن الأخطاء التي

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 889.

² - Philippe Fouchard: « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », Rev. arb. 1996.325, spéc. n° 68; Jean Robert: L'arbitrage: droit interne, droit international privé. Avec la collaboration de Bernard Moreau. Dalloz, 6 éd., 1993, spéc. n° 152

توصف بأنها "شخصية"¹، شأنها شأن تلك المطلوبة لمسؤولية القاضي، وهي تشمل المخالفات الناشئة عن التدليس أو الغش أو التي تشكل خطأ جسيم أو فيها إنكار للعدالة، وبالنظر إلى ذلك فمسؤولية المحكم العقدية هي مسؤولية استثنائية².

و نتيجة لذلك لا يمكن أن يشكل أي إخلال تعاقدى من المحكم سببا لتحمله المسؤولية، وهنا يكون من الأجدى لأمن التحكيم والمحكم وضع مجموعة من الفرضيات التي يمكن أن يتحمل فيها المسؤولية العقدية، وهذا على ضوء الالتزامات التي تم تحليلها سابقا. وبالنظر إلى كون الالتزامات العقدية يتم التمييز فيها بين ما هو التزام ببذل عناية ومنها ما هو التزام بتحقيق نتيجة³، فإنه يمكن أن نأخذ هذا المعيار لأجل تحديد الفعل

¹ - Jean-Yves Sorrente « La responsabilité de l'arbitre », op ; cit, p 71.

- والمسؤولية العقدية قد تكون عن الفعل الشخصي للمدين أي عندما يكون المدين هو المتسبب بفعله الشخصي في عدم تنفيذ الالتزام، أو قد تكون عن فعل الغير عندما يستخدم المدين أشخاصا آخرين لتنفيذ التزامه العقدي، فيكون مسؤولا مسؤولية عقدية عن خطأ هؤلاء إذا تم الإضرار بالدائن وقد تكون عن الأشياء الموضوعة تحت حراسته

- ويعتبر بعض الفقه الفرنسي أن الخطأ الشخصي ليس له معنى يذكر في قانون التحكيم، وأن خطأ المحكم هو بالضرورة خطأ شخصي مهما كان الالتزام الذي أخل به، ومنه لا يمكن إعطاء تعريف له يتلائم مع المحكم، إذ استخدام هذا المصطلح لتوصيف الفعل المولد لمسؤوليته لا يوفر ضمانات الوضوح وإمكانية التوقع التي تكفل طمأنينته في ممارسة وظيفته، وبالتالي فعالية مبدأ الحصانة. وعلى ذلك لا يمكن مسألته إلا لأجل التعويض ولا يمكن جبره على التنفيذ بالنظر للطابع القضائي لمهمته التحكيمية.

- Léonor Jandard, La relation entre l'arbitre et les parties, critique du contrat d'arbitre, Thèse de doctorat, soutenue en 2018 à Paris 10, p.332 ;. dans le même sens Marc Henry, « La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive », Les cahiers de l'arbitrage, 2015, spé. n°6 p.316

² - أنظر إلى قرارات محكمة الاستئناف الفرنسية ومحكمة النقض الفرنسية المنوه عنها سلفا . أنظر أيضا :

- Thomas Clay, op. cit, p 708 . Jean-Yves Sorrente « La responsabilité de l'arbitre », op ; cit, p 71 .

³ - هناك التزام لا يكون تنفيذه إلا بتحقيق غاية معينة هي محل الالتزام - فالالتزام بنقل حق عيني. والالتزام باداء بعمل معين والالتزام بالامتناع عن عمل ما ، كل هذه الالتزامات يقصد بها بها تحقيق غاية معينة ، هي نقل الحق أو القيام بالعمل أو الامتناع عن العمل . فتنفيذها لا يكون إلا بتحقيق هذه الغاية وهي نقل الحق أو القيام بالعمل أو الامتناع عن العمل . فإذا لم تتحقق الغاية - أي كان السبب في ذلك - بقي الالتزام غير منفذ . وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الالتزام في الفقه الفرنسي بعبارة (obligation de résultat) ، ويسمى في الفقه العربي، الالتزام بتحقيق غاية وهناك التزام لا يرمي إلى تحقيق غاية معينة ، بل هو التزام ببذل الجهد للوصول إلى غرض، سواء تحقق الغرض أو لم يتحقق فهو التزام باداء عمل . ولكنه عمل لا تضمن نتيجته . والمهم فيه أن يبذل المدين لتنفيذه مقدار معينة من العناية . والأصل أن يكون هذا المقدار هو العناية التي بذلها الشخص العادي، و يزيد هذا المقدار أو ينقص تبعا لما ينص عليه القانون أو يقضي به الاتفاق . فمتى بذل المدين العناية المطلوبة منه، يكون قد نفذ التزامه، حتي لو لم يتحقق الغرض المقصود . فالمدين يكون قد وفي بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي . ولو لم يتحقق الغرض المقصود . هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غيره، وفي كل حال يبقى المدين مسؤولا

الموجب لتحمل المحكم المسؤولية¹. وبهذا الخصوص عندما لا يتم تنفيذ الالتزام الموصوف بأنه إلتزام بتحقيق نتيجة يمكن تحميل المحكم بسهولة المسؤولية ما لم يوجد ما يعفيه من ذلك طبقا للقواعد العامة أو طبقا لاتفاق الأطراف، فهذه التزامات لا تستوجب تدخل اطراف النزاع، إذ يمكن بسهولة أن يعزى عدم أدائها إلى خطأ المحكم لأنه هو المجبر بتنفيذها وتتطلب تدخله لوحده شخصيا . وتشمل على الخصوص: الالتزام بالحضور للجلسات المنعقدة والمشاركة فيها، الالتزام بعدم الاستقالة والتخلي عن اداء المهمة بعد مباشرتها، الالتزام باجراء المداولة والمشاركة فيها، الالتزام بالتوقيع على قرار التحكيم عندما تكون هيئة التحكيم مؤلفة من محكم واحد فقط.

وفيما يتعلق بعدم الوفاء بالالتزامات التي تعد التزامات ببذل عناية، فإن مسؤولية المحكم فيها أكثر تعقيدا لأن هذه الالتزامات ليست كلها بنفس الدرجة. فبعضها التزامات تقليدية يكون المحكم فيها مسؤول عن الإخلال بها بمجرد وقوع خطأ بسيط من جانبه، وهي تشمل الالتزام بمبادئ واجراءات التقاضي، الالتزام بالحياد والاستقلالية، الالتزام بالمحافظة على السرية، الالتزام بالتفرغ للمهمة فهنا في حالة عدم وفاء المحكم بأحد هذه الالتزامات، يجوز تحميله المسؤولية شريطة أن يعزى ذلك الى فعله الشخصي والذي يختلف تقديره بحسب شخصية المحكم ومدى علمه وثقافته ومستوى خبرته.

ومن ناحية أخرى، فإن جميع الالتزامات الأخرى للمحكم هي التزامات ببذل عناية لا يمكن أن تنطوي على مسؤوليته المدنية التعاقدية إلا في حالة الخطأ الشخصي من جانبه، ولذلك لا يكفي مثلا عدم إصدار قرار تحكيم لكي يكون المحكم مسؤولا، كما أنه حتى في حالة تقاعس المحكم عن أداء مهمته خلال المهلة المحددة قانونا أو اتفاقا ولم تحترم المواعيد النهائية للتحكيم، بما يؤدي ذلك الى إستعادة محاكم الدولة إختصاصها

عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم . وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الترام في الفقه الفرنسي (obligation de moyen). انظر عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 656 وما يليها .

¹- Rapport du club des juristes de Commission Ad Hoc ,sur « La responsabilité de l'arbitre »,Juin 2017 , p 33 . Thomas Clay, op. cit, p 706-707 . Jean-Yves Sorrente « La responsabilité de l'arbitre »,op ;cit ,p 71 .

ويضيع كل أثر للاتفاق التحكيمي فإنه لا يكون مسؤولاً إلا بإثبات أن المحكم ارتكب "خطأ شخصي" تسبب في عدم إحترام هذه المهلة وتجاوزها¹.

وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها في سنة 2005² أن طلب المحكم تمديد المهلة يعد إلتزام بتحقيق نتيجة لأنه متروك لهم وحدهم، في حين أن إنهاء التحكيم في مدته يعد إلتزام ببذل عناية لتوقفه أيضاً على تدخل الخصوم كما جاء في قرار لها في سنة 2010³، أي أن التمييز بين الإلتزامات قد يصعب حتى في الواحد منها ويرجع تقديره للقاضي.

ونفس الأمر بالنسبة للإلتزام بالتسبيب، الإلتزام بتسيير ومراقبة وتنظيم الخصومة التحكيمية، والإلتزام بانتهاء المداوالت، الإلتزام بإصدار حكم تحكيمي صحيح ، فهنا يجب إثبات خطأ المحكم الشخصي لتحمله المسؤولية حتى في حالة ما إذا وقع خطأ في محتوى الحكم ذاته، سواء تم إلغاؤه أم لا. وينطبق ذلك بصفة خاصة إذا كان المحكم مسؤولاً عن التحريف للحكم⁴ أو التناقض في الأسباب أو سوء تطبيق القانون⁵ على أنه يختلف تقديره كذلك بحسب شخصية المحكم ومدى علمه وثقافته ومستوى خبرته⁶.

إن التمايز الموجود بين الإلتزامات المفروضة على المحكم ذات الطبيعة الواحدة أي باعتبارها التزامات ببذل عناية (التزم بوسيلة) يمكن شرحها على أساس أن الأولى إما أنها تدخل ضمن تعريف التحكيم أو علة وجوده (الاستقلال، السرية... الخ)، وإما أنها تتعلق بالتنفيذ الحسن لها (التفرغ للمهمة، والحرص على مراقبة وتنظيم الاجراءات... الخ)، ومن ثم فإن المعيار المقترح يتيح القول بأن التزامات المحكم لا تشترك جميعها في

¹ - Rapport du club des juristes de Commission Ad Hoc, op,cit ,p 33-34

² - Cass. 1re civ., 6 décembre 2005 , Bull. civ. I, n° 462

³ - Cass. 1re civ., 17 novembre 2010, pourvoi n° 09-12352 ; Bull. civ. I, n° 233

⁴ -Jean Robert : « La dénaturation par l'arbitre. Réalités et perspectives », Rev, arb.1982.405, spéc. p. 417

⁵ - La contradiction de motifs n'est même plus contrôlée lors d'un recours en annulation contre la sentence (Cass. 1" civ., 11 mai 1999 (Ste Rivers), Rev. arb. 1999.811 (1" esp.), note E. Gaillard : RTD com. 2000.336

⁶ - هدى محمد مجدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 247.

نفس القيمة. والغرض من هذا التصنيف هو تحقيق الامن للمحكم بعد تحديد طبيعة كل التزام على حدى وبوضع هذا التنظيم للالتزامات يصبح المحكم أقل عرضة للتداعي عليه لأنه يعرف مسبقا الالتزامات التي يترتب عن الإخلال بها قيام مسؤوليته¹.

ولكون كل محكم مرتبط بالأطراف بعقد محكم خاص به مستقل عن باقي عقود المحكمين الأخرى فإن العلاقة تكون شخصية وفردية ومنه يجب أن تكون دعوى المسؤولية دائما موجهة ضد كل محكم على حدة، فالمسؤولية العقدية شخصية - كما هو الشأن بالنسبة لعقد المحكم - وبالتالي يتعين توجيهها ضد كل محكم بصفة انفرادية حتى وأن كانت المحكمة هي المقصودة من الدعوى إلا أنه يمكن تحميلها لمحكم واحد من بينهم، ولا يمكن أن يؤدي تحميل هيئة التحكيم المسؤولية إلى القول بوجود تضامن بين المحكمين المشكلين لها، ما لم يتقرر خلاف ذلك.

2 - المسؤولية التقصيرية²

المسؤولية التقصيرية تقوم عند الإخلال بالتزام قانوني عام وهو الإلتزام بعدم الإضرار بالغير، فالقانون هو الذي يترتب آثارها بالنظر إلى عدم وجود رابطة عقدية بين المسؤول والمضرور، وسند هذه المسؤولية نصوص المواد من 124 إلى 137 من القانون المدني .

ويمكن تحميل المحكم المسؤولية التقصيرية من خلال فرضيتين الأولى إذا كان الشخص الذي يريد تحميلها للمحكم لا تربطه به أية علاقة عقدية، والثانية إذا كان المحكم مذنب بارتكابه الخطأ قبل التعاقد³.

- فالبنسبة للفرضية الاولى

لاتقتصر فقط على طرف ثالث في إجراءات التحكيم يمكن أن يتعرض لضرر يعزى سببه إلى المحكم، بل أيضا تتعدى الى متدخلين آخرين في الإجراءات ليسوا ملزمين

¹ - Thomas Clay, op. cit, p 710

² - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 754 وما بعدها.

³ - Jean-Yves Sorrente « La responsabilité de l'arbitre »,op ;cit ,p 71-72 .

بعقد المحكم، وفي هذا الفرضية يمكن تصور ثلاث حالات¹:

- أن يقوم المحكم بعمل أو تصرف ضد محكم آخر يجلس معه في نفس هيئة التحكيم بسبب له الضرر.

- أن يتعرض الخصوم للضرر نتيجة عدم وفاء المحكم بالتزام وارد في اتفاق التعاون التحكيمي يلزمه به مركز التحكيم ولم يدرج ذلك في عقد المحكم.

- ثالثاً وعلى العكس من ذلك، يمكن أن يكون مركز التحكيم هو الذي يتصرف ضد المحكم بسبب اخلاله بالتزام وارد في عقد المحكم. ومن الصعب تصور هذه الحالة الأخيرة لأن المحكم يتعهد في عقد التعاون التحكيمي بالوفاء بالتزامات عقد المحكم الذي هو مدين للخصوم به. وبعبارة أخرى فإن الأداء السليم لعقد المحكم هو أحد التزامات المحكم التعاقدية تجاه مركز التحكيم.

ويمكن القول بأن هذه الفرضيات الثلاثة تعد هامشية وصعبة التحقق عملياً والأرجح هو الفرضية الثانية التي يخل فيها المحكم بالتزاماته السابقة للتعاقد .

- أما النسبة للفرضية الثانية :

إخلال المحكم بالتزاماته قبل التعاقد يكون على وجه الخصوص إذا كان المحكم يحجب جزءاً من العلاقة بينه وبين أطراف النزاع أو المتدخلين الآخرين في إجراءات التحكيم، فهذا الالتزام سابق للتعاقد، و لا يقع ضمن المهمة القضائية للمحكم لأنه لم يعد محكماً بعد إلا بعد إبرام عقد المحكم، على أنه ينبغي التوضيح بهذا الخصوص وكما نوهنا عنه سلفاً - عند تحليل هذا الالتزام- أن هذا الالتزام بالإفصاح وإن كان إلزاماً ينشأ بمجرد إختيار الشخص ليكون محكم أي قبل إبرام عقد المحكم معه، فإنه يبقى إلى حين إنتهاء الخصومة.

ولذلك فإن هذا الالتزام ينشأ على عاتق المحكم قبل إبرام عقد المحكم فيكون التزام قانوني ويبقى بعده فيتحول إلى إلزام تعاقدى. أي أنه في حالة ما إذا تم إثبات أن أسباب الشك حول إستقلال وحيدة المحكم كانت قائمة قبل إبرامه عقد المحكم فإنه هنا يسأل

¹ - Thomas Clay, op. cit, p 711

مسؤولية تقصيرية، أما إن تم إثبات أن هذه الأسباب كانت بعد إبرام عقد المحكم فيسأل مسؤولية عقدية¹. ونفس الأمر بالنسبة لالتزام المحافظة على السرية والتزام المساعدة على تشكيل محكمة التحكيم

وباعتبار أن المشرع الجزائري وكغيره من التشريعات المقارنة الفرنسية والمصرية على الخصوص لم ينظموا قواعد مسؤولية المحكم بما يؤدي بالقاضي الى تطبيق القواعد العامة المنوه عنها في القانون المدني كما ذكرنا سلفا، فإنه بخصوص المسؤولية التقصيرية للمحكم فإن سند تطبيقها هو المادة 124 من القانون المدني مع مراعاة خصوصية عمل المحكم وما جاء به الفقه .

ثانيا: المسؤولية الجنائية للمحكم الداخلي²

المتابعات الجزائية المتخذة ضد المحكمين ليست كثيرة، والواقع أن القضايا التي خضع فيها المحكمون بشكل عام لمثل ذلك تظل إستثنائية، ومن النادر أن أسفرت

¹ - Philippe Fouchard: « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », op.cit., spéc.n° 71-76. Ph. Fouchard, E.Gaillard, B.Goldman : Traité de l'arbitrage commercial inter- national, op. cit., spéc. n° 1090-1095 .

² - اختلف الفقه في تعريف المسؤولية الجنائية فمنهم من عرفها بأنها هي التزام شخص يتحمل نتائج فعله الإجرامي ، أو بما تعهد القيام أو الامتناع عنه إن أخل بذلك ومنهم من عرفها بأنها تحمل شخص تبعة سلوكه الإجرامي أو نتيجة عمله، والالتزام بالخضوع للجزاء الجنائي المقرر قانونا . انظر مصطفى العوجي، المسؤولية الجنائية في المؤسسة الاقتصادية، سنة 1982 ، مؤسسة نوفل، بيروت ص 23، عوض محمد، قانون العقوبات- القسم العام- سنة 2000 ، جامعة الإسكندرية، ص 416، منصور رحمانى الوجيز في القانون الجنائي العام، سنة 2006 م، دار العلوم للنشر، عنابة، الجزائر، ص 192

كما عرفت بأنها صلاحية الشخص لتحمل الجزاء الجنائي المقرر للجريمة التي ارتكبتها. انظر : محمد علي سويلم، المسؤولية الجنائية في ضوء السياسة الجنائية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، سنة 2007 ، ص 12 وينفرد هذا التعريف الأخير بالخصائص التالية :

- أن المسؤولية في جوهرها أثر أو جزاء جنائي يوقعه القاضي للإخلال بالتكليف الجنائي المفروض على الشخص .
- أن الجزاء الجنائي لا يقتصر فحسب على العقوبة بل يشمل التدبير الاحترازي.
- أنه لا مسؤولية جنائية بدون جريمة فالجريمة، شرط أساسي لانعقاد المسؤولية الجنائية، (الركن الشرعي للجريمة)
- أن هذا التعريف يصور المسؤولية باعتبارها " صلاحية للشخص " مما يتوجب توافر شرط المسؤولية بأن يكون المسؤول جنائيا مدركا مختارا حال ارتكابه للجريمة وإلا انتفت عنه المسؤولية الجنائية.

وتختلف المسؤولية الجنائية عن المسؤولية المدنية في كونها تقوم على اساس ان هناك ضرر أصاب المجتمع وليس الفرد كما ان الذي يطالب بالجزاء فيها هو النيابة العامة ممثلة هذا المجتمع في حين ان المضرور هو من يقوم بذلك في الثانية كما ان المسؤولية الجزائية تستوجب حصر الجرائم والعقوبات فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وهذا بخلاف الثانية التي تترتب عن كل اخلال بالتزام عقدي او قانوني . انظر في هذا التمييز عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 744-745 .

المحاكمات التي تمت عن إدانة، وينظر إلى السبب على أنه انعكاس لشخصية المحكم التي يتوقى فيها الأطراف عند إختياره توفرها على الأخلاق والاستقامة والسمعة الحسنة . كما يمكن تفسير ذلك أيضا بالأثر الرادع للمسؤولية الجزائية، فضلا عن صعوبة الإثبات التي تؤدي إلى إحجام أطراف الخصومة أو موكلهم عن تقديم شكاويهم، لكن مع تطور العلاقات وتشعبها وكثرة قضايا التحكيم لم يعودوا يترددون في القيام بذلك ضد محكم أو أكثر لغرض وحيد وهو عرقلة سير عمليات التحكيم¹.

من المرجح أن المحكم قد يرتكب أثناء أدائه لواجباته وقائع جرمية تتعارض مع مبادئ التحكيم. والتهديد الذي تشكله له مسؤوليته الجزائية يعد ضمانا لحسن سلوكه من خلال سعيه الكبير للنأي بنفسه أن يجنبها العقوبات التي قد يتعرض لها مع إمكانية حرمانه من إعتلاء منصة التحكيم مجددا، وهو ما يحقق القاعدة التي مفادها ان « قيمة التحكيم من قيمة المحكم »، وفي نهاية المطاف سمعة مؤسسة التحكيم. كما أنه من جهة أخرى هذه المسؤولية الجزائية تدفع أطراف النزاع بالنأي بأنفسهم عن ما من شأنه قد يعرضهم للعقاب باعتبارهم شركاء مع المحكم في الفعل².

وفي الحقيقة لا يطرح تحليل المسؤولية الجزائية للمحكم الداخلي أي مسألة ذات طابع خصوصي لأن قواعد قانون العقوبات هي المطبقة على جميع سلوكاته التي تشكل جريمة، والتي تقع أثناء ممارسة مهمته أو بمناسبة، كما يمكن أن تطبق عليه قوانين خاصة عقابية أخرى كالقانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد³ ومكافحته والقانون 01-05 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما⁴.

¹ - Rapport du club des juristes de Commission Ad Hoc, op,cit, p 39-40.

² - Rapport du club des juristes de Commission Ad Hoc, op,cit, , 41 .

³ - القانون رقم 06 – 01 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق لتاريخ 2006-02-20 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (الجريدة الرسمية عدد 4 بتاريخ 03-08-2006)

⁴ - القانون رقم 01-05 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق لـ 06-02-2005 يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الارهاب ومكافحتهما المعدل والمتمم (الجريدة الرسمية عدد 11 بتاريخ 09-02-2005) .

أما في الإجتهاد القضائي الفرنسي على الخصوص أورد توماس كلاي أن القضية الوحيدة التي عرفها والتي أدت إلى إدانة المحكم هي قضية " Tronic Bel " والتي تمت بمناسبة تحكيم دولي¹ لكن ظهرت فيما بعد قضايا أخرى وإن كانت قليلة². وعلى العموم فإن هناك فرضيات أخرى يمكن أن يواجه فيها المحكم، المتابعات الجزائية عن جرائم التزوير واستعمال المزور، النصب، جرائم الفساد، إفشاء السر المهني، تبييض الأموال³.

وهنا اعتبر أحدهم أن المحكم غير مسؤول عن التحقيق في مشروعية العقد المتنازع عليه حتى وإن بدى له ذلك. ويرى آخر أنه على العكس من ذلك بل يجب عليه أن يحرص على عدم التواطؤ في جريمة عندما يكون محل العقد غير مشروع، أو إذا تبين له

¹ - لحل نزاع بين شركة كندية وشركة فرنسية، تم الطلب من المجلس الوطني للتحكيم ببوردو تشكيل هيئة تحكيم تتكون من ثلاثة محكمين. فقامت هذه الهيئة بعدها باصدار حكم تحكيمي حملت المسؤولية كاملة للشركة الكندية فقامت هذه الاخيرة برفع دعوى بطلان للحكم تم رفضها من محكمة الاستئناف ببوردو . انظر قرار محكمة استئناف بوردو : Bordeaux 14 oct. 1987 Sté de droit canadien B.E.L. Tronic's Ltd c. Sté Portex), rôle gén.2916-87 et 2917-87,inédit) . ولكن بعد ذلك أظهر تحقيق للشرطة أن مركز التحكيم كان وهمياً، وأنه لم تكن هناك أي جلسة تحكيم، وأن المحاضر كانت مزورة ، وأن المحكم الوحيد كان أيضاً رئيس مركز التحكيم وقد ساعده شخصان لا علاقة لهما بالتحكيم ، وأنه تصرف بالتواطؤ مع مدير الشركة الفرنسية التي استفادت من قرار التحكيم. فحكم على هذا المحكم بتهمة الاحتيال ومحاولة الاحتيال والتزوير واستعمال المزور، بالسجن لمدة ثلاث سنوات وغرامة 200.000 فرنك فرنسي . انظر محكمة الاستئناف الكبرى بباريس :

-TGI Strasbourg, 7 ch. correctionnelle, 1er juill. 1988 (Min. publ. c. Vignals, Ardouin, Viandier et Sté Portex; partie civile : Sté de droit canadien B.E.L. Tronic's Ltd), inédit; et sur appel

وبعد ذلك حُكم عليهم جميعاً معاً وبشكل منفرد بتعويضات مدنية لصالح الشركة الكندية بلغت مليون فرنك. انظر :

-TGI Strasbourg, 79 ch. correctionnelle, 6 mars 1990 (Sté de droit canadien B.E.L. Tronic's Ltd c. B. Ardouin, M. Viandier, M. Vignals et Sté Portex), inédit; et sur appel, rejeté: Colmar, 7 ch.correctionnelle, 19 mars 1992,inédit

- Thomas Clay, op. cit, p 713.

² - محكم آخر تم التحقيق معه بخصوص التزوير واستعمال المزور في قضية برنار تابي (Bernard Tapi) ليتم اكتشاف أن الأمر يتعلق بقضية احتيال من طرف جماعة إجرامية منظمة وأدين عن ذلك وهي مازال مستمرة الى الوقت الراهن أي أكثر من 30 سنة انظر حيثيات القضية من خلال القرار :

- Cass. crim., 19 janvier 2016, n° 15-81.039. voir le cite elc :

<https://www.courdecassation.fr/acces-rapide-judilibre>

³ - Rapport du club des juristes de Commission Ad Hoc, op,cit ,42-48

أن التحكيم صوري وأن يقر بعدم إختصاصه¹، فإن كان سلوكه ينطوي على التستر والتواطئ مع أطراف النزاع أو مع أحدهم أم لا، فقد يتم إغرائه وإقناعه بالدخول في تحكيم صوري لغرض تبييض الأموال، كما قد يقوم أطراف النزاع بالإنخراط في التحكيم لإبغرض التستر على عمليات غير مشروعة قد لا تظهر للمحكم، إلا إنه كان بإمكانه العلم بها فيكون بذلك متواطئاً معهم رغماً عنه ويصعب عليه عندئذ التخلص من المسؤولية، ويجد نفسه تحت طائلة قانون مكافحة الفساد².

ثالثاً: المسؤولية التأديبية للمحكم الداخلي

تصنف المسؤولية التأديبية عموماً على أنها مسؤولية قانونية، إلى جانب المسؤولية المدنية والجنائية³. ونظام الجزاءات المرتبطة بعدم الإمتثال للقواعد التأديبية نظام مستقل من حيث السلطات المختصة والإجراءات، وكذلك تعريف المخالفات وطبيعة العقوبات المسلطة.

ويشير توماس كلاي (Thomas Clay)، إلى أن وظيفة التحكيم ليست مهنة موحدة مثل مهنة المحامين أو القضاة فهو يتملص من إلتزاماتها مستغلاً الفراغات القانونية والتنظيمية التي تحكم المهن الأخرى فلا تأمين، ولاضرائب محددة، ولا تسلسل وظيفي أو رقابي مهني للمحكمين، ولا مدونة أخلاقيات،... إلخ.

¹- George Vedel : « L'arbitre et la corruption », colloque de l'AFA, 27 sept. 1995, Publications de l'AFA,spec . p.32-36 .. P. Mayer : « Le contrat illicite », in «L'arbitre et le contrat », Travaux du Comité français de'arbitrage, Paris, 12 janv. 1984, Rev. arb. 1984.205, spéc. p. 206 et 216-217.

² - Alexandre de Fontmichel,"Droit pénal et arbitrage, une question d'actualité "،article Posté le 24-03-2015 sur le cite internet : <https://www.magazine-decideurs.com/news/droit-penal-et-arbitrage-une-question-d-actualite> . consulté le 09-04-2022

³ - Pierre-Brice Lebrun « La responsabilité » Empan, 3/2015 (n°99), p. 105-109 Voir le cite elc <https://www.cairn.info/revue-empan-2015-3-page-105.htm>

ولذلك فمن المستحيل عمليا وضع نظام مستقل للمسؤولية التأديبية للمحكم¹، فضلا عن أن غياب تنظيم قانوني موحد لقضاء التحكيم، وغياب نظام مهني يسهر على تسيير ورقابة التحكيم، يمكن أن يفسر كذلك عدم وجود مسؤولية مهنية بالمفهوم الدقيق. وبالتالي غياب الجزاء المهني المنظم الذي قد يتعرض إليه المحكم²، ويرى بعض الفقه أن هناك خلط بين الأخلاقيات في التحكيم وبين الإنضباط التأديبي نتيجة بعض التداخل بينهما، إلا أنه لا وجود في التحكيم لهذا الأخير سوى على الهامش على مستوى مراكز التحكيم³. ولا يمكن تطبيق النظام التأديبي للمهنة الأصلية الممارسة من المحكم على النشاط التحكيمي له بالنظر إلى عدم كفايتها واختلاف أحكامهما عن بعضهما البعض⁴.

وبالرجوع الى التشريع الجزائري وحتى بالنسبة للتشريعات المقارنة فإنه يوجد فراغ قانوني بخصوص تنظيم هذه المسؤولية مثلها مثل باقي المسؤوليات، وبالنظر إلى ذلك فإنه ينبغي حماية التحكيم من المحكمين المخلين بقواعده وأخلاقه والتي تمس بمركزهم القضائي.

فالتحكيم وبالنظر إلى كونه لا يحوز على هيئة منظمة تشرف عليه فإنه لا يوجد أي وسيلة لتوقيع العقوبات التأديبية عليه، سوى القيام بتحديد مثل هؤلاء المحكمين كما هو

¹ - Thomas Clay, « L'arbitre est-il un être normal ? », Mélanges R. Badinter, Dalloz, 2016, p. 234. « L'arbitrage n'étant pas un métier, il se glisse dans les interstices de la réglementation et épouse celle des autres professions : pas d'assurance, pas de fiscalité spécifique, pas d'ordre professionnel des arbitres, pas de déontologie, etc . Il est donc impossible en pratique de mettre en place un régime unique de responsabilité disciplinaire de l'arbitre. ».

² - زروق نوال ، المرجع السابق ، ص 205

³ - Ch. Jarroson, « Ethique, déontologie et normes juridiques dans l'arbitrage », L'Ethique dans l'arbitrage, Actes du colloque Francarbi, Bruylant, 2011, p. 9, « À mi-chemin entre le corporatif et le juridique, on pourrait envisager le disciplinaire. Dans la magistrature, l'éthique se confond parfois avec le disciplinaire, mais le disciplinaire n'existe pas en matière d'arbitrage, sauf peut-être et à la marge, au sein d'une institution d'arbitrage »

⁴ - Rapport du club des juristes de Commission Ad Hoc, op,cit ,p 73

المعمول في بعض مراكز التحكيم العامة التي تقوم بتحديد قائمة سوداء بالمحكمين الذين ارتكبوا أخطاء تمنع تعيينهم مستقبلاً، وهو ما يشكل عقوبة حقيقية للمحكم .

وذهبت مجموعة من القانونيين إلى التفكير في تطوير قواعد المسؤولية للمحكم من خلال وضع تصنيف لسلوكات¹ يمكن فرض عقوبات تأديبية لها إلا أن الملاحظ فيها أنها تشكل في حقيقتها إلتزامات على عاتق المحكم، يولد الإخلال بها مسؤوليته المدنية.

وبالنظر إلى إستقلال المسؤوليتين عن بعضهما البعض فإنه يمكن القول أن كل إخلال قانوني أو عقدي من المحكم يمكن أن يشكل في نفس الوقت خطأ تأديبي تحكيمي ويرتب عنه مسؤوليته التأديبية، إلا أن تحديد العقوبات التأديبية هو المسألة التي لم تتوضح بعد وذلك رغم وجود بعض الجزاءات، كتعرض المحكم إلى دفع تعويضات مقابل الأضرار اللاحقة أو الإلتزام بإعادة المبالغ المالية التي تلقاها مقابل قبوله المهمة التحكيمية، إلا أن هذه الجزاءات ليست جزاءات مهنية بكل ما يحمله هذا المصطلح من معنى².

وفي كل الأحوال فإنه يمكن لكل مركز تحكيمي وضع قواعد مهنية يلتزم المحكمون التابعين له بتطبيقها، وكل إخلال بهذه الإلتزامات قد يعرض مرتكبها لجزاءات مهنية تتراوح في الشدة من مركز لآخر منها الشطب من قائمة المحكمين لديها أو سحب بطاقة المحكم أو عدم دفع الاتعاب³ .

المطلب الثاني

آثار قيام مسؤولية المحكم الداخلي والإعفاء منها

إذا ما توافرت الشروط اللازمة لقيام مسؤولية المحكم الداخلي سواء المدنية أو الجزائية وجب تحميله الجزاء اللازم الذي يجبر الضرر اللاحق بالطرف المتضرر وبالمجتمع وبالنظر إلى طبيعة المهمة التحكيمية، فإن المحكم ينفرد إلى جانب تحميله العقوبات

¹ - Rapport du club des juristes de Commission Ad Hoc, op,cit ,p 75-76

² - زروق نوال ، المرجع السابق ، ص 205

³ - المرجع نفسه ، ص ، 205

-Thomas Clay, op. cit, p 715.

المالية والجسدية وكذا تعويض الطرف المضرور، ببعض صور الجزاء الأخرى التي تتلاءم وهذه المهمة وهي ذات طابع وقائي¹ أكثر منه عقابي وتشكل ضمانات للأطراف يتوخون بها حماية نزاهة التحكيم بالدرجة الأولى ومن الإضرار بهم بالدرجة الثانية .

الفرع الأول

الجزاءات الوقائية

توقع هذه الجزاءات ذات الطابع الوقائي على المحكم لأجل منعه من المساس بنزاهة قضاء التحكيم ووقوعه في الخطأ بما يضر بأحد الأطراف أو كلاهما، فإذا كان تحميل المسؤولية للمحكم يشكل جزاء لاحق عن إرتكابه أي إخلال بالتزاماته، فإن منح أطراف النزاع حق منع المحكم من نظر النزاع أو استمراره فيه يشكل وسيلة جزاء ردعية تساعد على تحقيق الأهداف من تحميل المحكم المسؤولية والمنوه عنها سابقا، وهذه الجزاءات تتبلور في ثلاثة صور وهي الرد، العزل وإنهاء المهمة باتفاق الأطراف .

أولاً: رد المحكم الداخلي

يعني الرد تعبير الخصم عن إرادته في منع المحكم من نظر الخصومة لسبب من الأسباب التي تثير الشكوك حول حياده أو استقلاله². فهو يهدف إلى إستبعاد المحكم أو القاضي من تشكيل المحكمة أو من الحكم في الدعوى بطلب من أحد الخصوم إذا كان من الممكن أن يفقد هذا المحكم أو القاضي حياده³.

¹ - داود سلمان داود العزاوي، صلاحيات المحكم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2015، ص 150 .

² - أمال يدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة - جامعة الجزائر، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، سنة 2012، ص 50

³ - عزمي عبد الفتاح عطية، اجراءات رد المحكمين في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة الثامنة، العدد الرابع، ديسمبر 1984، ص 239.

فالرد ضمانة إجرائية وقائية يجب توفيرها للخصوم وللمحكم وحتى للقاضي بغرض حمايته هو من نفسه ابتداءً، وما يمكن أن يقوده إليه هواه من التردّي في مواطن مضنة السوء التي تنال من نزاهته¹، وبالتالي فهو يضمن الحماية للأطراف بصفة قبلية ووقائية ضد خطر تحيز المحكم أو إصداره لحكم لم يكن أهلاً للفصل فيه، لعدم توفره على المؤهلات المطلوبة.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع في المادة 1016 منه وضع قواعد مشتركة بخصوص هذا الجزاء للمحكم سواء كنا أمام تحكيم داخلي أو دولي، وهو نفسه بالنسبة للمشرع الفرنسي والمصري، وأخذت بعض مراكز التحكيم به أيضاً كالغرفة التجارية الدولية (CCI) في المادة 14/1 من النظام المنظم لها²، والمادة 14 و 13 من قواعد التحكيم لدى الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة³ والمادة 13 من قواعد التحكيم لدى مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم⁴.

والاسباب الداعية لرد المحكم يمكن استنباطها من نص المادة 1016 من ق إ م إ المذكورة، إذ حددت ثلاثة أسباب بهذا الخصوص⁵ وهي :

- عدم توافره على المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف، إذ عادة ما يتم الإتفاق على أن تتوفر في المحكم أو المحكمين صفة أو صفات معينة، كأن يكون حاملاً لشهادات معينة مثلاً أو له خبرة معينة، فإن لم يتوفر ذلك يكون للأطراف رفع طلب الرد على أن يبقى للمحكمة السلطة التقديرية في تقدير جدية المؤهل أو الصفة المطلوبة من عدمه .
- وجود سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف، أي إذا إتفق الأطراف على إختيار تطبيق قواعد نظام تحكيم مؤسسي ما، فإنه يتم تطبيق القواعد المحددة في هذا النظام لأجل رد المحكم وتعيينه.

1 - احمد سلامة عبد الكريم ، المرجع السابق ن ص 412 .

2 - قواعد الغرفة التجارية الدولية (CCI)، المرجع السابق

3 - قواعد التحكيم بالغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، المرجع السابق .

4 - انظر قواعد التحكيم بهذا مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم، المرجع السابق

5- المشرع الفرنسي في المادة 1014 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي إلى أن المحكم يرد لذات الاسباب التي يرد بها القاضي أو التي يعتبر بسببها غير صالح للحكم ،

- إظهار الظروف لشبهة مشروعة في استقلاليته¹ لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط
و ما يلاحظ على هذه الأسباب أن مسألة عدم الاستقلالية تعد أهمها بل والمحور الذي يدور عليه طلب الرد وجودا وعدما². وقد ذكر المشرع الجزائري في المادة 1016 من (ق إ م إ) أعلاه بعض مظاهرها كأن تكون هناك علاقة اقتصادية أو عائلية مع الأطراف مباشرة أو غير مباشرة، أو أن تكون له مصلحة في النزاع.
ويرى هنري مارك (Marc Henry) أن ملاحظة هذه الإستقلالية لا تكون إلا بالنظر إلى معاملة المحكم ونتائج هذه المعاملة اتجاه الأطراف، فهي نظرة موضوعية وليست شخصية، إذ الكشف عن نية المحكم مسألة نسبية يرجع تقديرها إلى الطرف الذي يرى أن هناك مساسا أو خطرا على مصلحته إذا نظر المحكم في النزاع³.
ويبقى من الصعب التفرقة بين الإستقلالية والحياد- ونحيل بهذا الخصوص ما ذكرناه سابقا بخصوص الشروط الواجب توافرها في المحكم- ولذلك من الأفضل إعطاء حرية أكبر للأطراف لتحديد كل الصفات التي يرونها ضرورية في المحكمين، وهي كثير يصعب حصرها، وعلى المحكمة أن تراعي ذلك عند الفصل في طلب الرد إذا ما عرض عليها النزاع.

¹ - ويختلف الأخذ بشرط الاستقلالية والحياد من المحكم المعين من الأطراف عن ذلك المعين من الغير فالأول يصعب القول باستقلاليته التامة عكس المحكم الرئيس أو المعين من قبل الغير فيفترض استقلاليته . ولكن في كلتا الحالتين يجب على المحكم أن لا يخضع لتعليمات الأطراف بل للقانون وما يمليه عليه ضميره .

² - في الحقيقة لا يمكن لأي شخص أن يترك القضاء بنزاهته وحياده لينتجأ إلى محكم غير مستقل فليس البحث عن السرية والسرعة في الفصل، وما تأخذه من بساطة في الإجراءات أن يخسر الخصم الحياد والاستقلالية عند الفصل في النزاع .

³ - Marc , Henry , Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre a la lumière de la jurisprudence récente,Revue de l'arbitrage, Comité Francis de l'arbitrage N02 Paris-1999- p 194.

والملاحظ أن المقارنة بين أسباب رد القاضي¹ وتلك المنوه عنها بالنسبة للمحکم تظهر لنا أن المشرع تعامل مع المحکم الداخلي باعتباره قاضيا، أي أنه حتى وإن لم يفصل في طبيعة العلاقات الاقتصادية والعائلية كما فعل بالنسبة للقاضي، إلا أن تفصيلاتها التي وضعها بالنسبة لهذا الأخير تدخل في هذه العلاقات المقصودة بالنسبة للمحکم، وكأن أسباب الرد بالنسبة للقاضي جاءت مفصلة وأسباب الرد بالنسبة للمحکم وردت موجزة .

والقارئ لصياغة المادة 1016 من ق إ م إ يجد أن الأسباب أو الحالات المحددة فيها لأجل رد المحکم واردة على سبيل الحصر، إلا أنه في الحقيقة كما هو الشأن في بعض القوانين المقارنة تعد هذه الأسباب عامة تتطوي صياغتها على عدة أسباب أخرى، حيث أن كل سبب يمكن أن يشكك في حياد المحکم أو إستقلاليتة يجوز الأخذ به للرد على انه وجب ان تكون كلها في اطار مفهوم العلاقة الاقتصادية او العائلية أو مصلحة ظاهرة . كما أن اثارها لا يعد من النظام العام لتعلقها بمصلحة الأطراف .

ومتى رفض المحکم التنحي ولم يقبل الرد أو تمسك الطرف الآخر بعدم قبول رد المحکم بدعوى أن طالب الرد كان له العلم المسبق أثناء التعيين في الإتفاق التحكيمي، أو أنه لا وجود لشبهة ماسة بالحياد أو الاستقلالية، فإن ذلك قد يشكل منازعة أعطى فيها المشرع للقاضي إمكانية التدخل بعد تقديم أحد الأطراف طلبا بذلك، لكن لم يحدد بدقة الضوابط وإجراءات الرد أمام القضاء، وفي هذا نقص اذ اكتفى بالنص فقط في المادة 1016 فقرة 2 من ق إ م إ نصت على أنه: " في حالة النزاع، إذا لم يتضمن نظام

1 - نصت المادة 241 من ق إ م إ على أنه : " يجوز رد القاضي ، او مساعد القاضي ، في الحالات الاتية :

- 1- إذا كان له أو لزوج مصلحة في النزاع .
- 2- إذا وجدت قرابة أو مصاهرة بينه وبين زوجه وبين أحد الخصوم أو أحد المحامين أو وكلاء الخصوم في الدرجة الرابعة .
- 3- إذا كان له أو لزوج أو أصولهما أو فروعهما خصومة سابقة أو قائمة مع أحد الخصوم .
- 4 - إذا كان له أو لزوج أو أحد الأصول أو الفروع دائنا أو مدينا لأحد الخصوم .
- 5- إذا سبق له أن أدلي بشهادة في النزاع .
- 6 - إذا كان ممثلا قانونيا لأحد الخصوم في النزاع .
- 7 - إذا كان أحد الخصوم في خدمته .
- 8- إذا كان بينه وبين أحد الخصوم علاقة صداقة حميمة أو عداوة بينة ."

التحكيم كإجراءات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمله التعجيل¹.

والملاحظ أن المشرع لم يبين عكس الأمر بالنسبة لرد القاضي إجراءات الرد بالنسبة للمحكم سواء من حيث المدة التي يجب أن يقدم فيها الطلب ولا الجهة المختصة بالفصل في الطلب ولا الآثار المترتبة عن الطلب، وفي هذا نقص كان على المشرع تداركه سيما وأن القانون جديد، وكان عليه التماشي والتشريعات الحديثة².

وفي كل الأحوال فإننا نعتقد أنه في ظل إنعدام التتبع على الإجراءات المتخذة بشأن الفصل في طلب الرد في إتفاق التحكيم³، أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد وديا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه لا ضير من إتباع الإجراءات المنصوص عليها فيما يخص تدخل القاضي في التعيين للمحكم أو المحكمين وهي تلك التي تم الإشارة إليها سلفا مع مراعاة ما نصت عليه المادة 1016 ق إ م إ .

1 - ومن هذا النص نستشف أن الأصل في رد المحكم هو حرية الأطراف في الإتفاق على الإجراءات التي يرونها مناسبة، وهنا يتعين على طالب الرد أن يحترم الإجراءات المتفق عليها، فإن لم يوجد هذا الإتفاق فإنه يتعين عليه أن يُبلغ طلبه كتابة إلى المحكم الذي يعتزم رده ثم يبلغ هيئة التحكيم في حالة التشكيل الثلاثي والطرف الآخر (الخصم) بسبب الرد وهذا من دون تأخير، وهو ما نصت عليه المادة المذكورة بالقول (تبلغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد)، أي إعلام المحكم المراد رده والطرف الذي عينه بذلك ولعل الحكمة من هذا الأمر هو توقي اللجوء إلى القضاء بإتخاذ الإجراءات الودية إن صح التعبير وهو مقصد المشرع، أي أن ينظر المحكم المراد رده في الطلب فإن تنحى فالأمر مفصول فيه وإن لم ينتج فمعناه هناك منازعة ويكون لطالب الرد الحق في اللجوء إلى القضاء.

2 - أنظر المادة 19 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 المعدلة بالقانون رقم 08 لسنة 2000 ، المرجع السابق.

3 - المقصود هنا سواء الإتفاق المكتوب بين الأطراف المحدد لإجراءات الرد أو الاتفاق باللجوء بشأن ذلك إلى نظام مؤسسة تحكيم دائمة، وفي الأخيرة ثار تساؤل إن كان يمكن اللجوء إلى القضاء لطلب الرد ، فذهب اتجاه إلى القول أنه لا يجوز لطالب الرد أو هيئة التحكيم إن تعددت تقديم الطلب إلى القضاء العادي للفصل فيه لأن ذلك فيه خرق لما تم الاتفاق عليه بين الأطراف من تطبيق أحكام الرد للمؤسسة التحكيمية المختارة بينما ذهب اتجاه آخر من الفقه الفرنسي إلى القول بإمكانية ذلك على اعتبار أن المواد المنضمة للرد من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. إلا أننا نعتقد في القانون الجزائري النص واضح هو إمكانية اللجوء إلى القضاء ، وهذا متى وجد نزاع فالنظام التحكيمي المؤسسي المتفق على اللجوء إليه شأنه شأن الإتفاق التحكيمي الذي يحدد فيه الأطراف بإرادتهم الإجراءات المتبعة بالتفصيل، فهو مقيد لهم باعتبار العقد شريعة المتعاقدين فإن رضي طالب الرد بالنتيجة فالقرار الصادر هو الذي يطبق وإن كان هناك نزاع مهما كان سببه، فإنه لا مناص من اللجوء إلى القضاء والذي وحده يعد الكفيل بالتطبيق الحسن لاتفاق التحكيم .

ثانيا: عزل المحكم

عزل المحكم في حقيقته يشكل إقالة من أحد الأطراف أو كليهما له ومنعه من نظر النزاع، ويقصد به سحب الخصوم من المحكم سلطة الفصل في النزاع ، بحيث لا يواصل المهمة المسندة إليه إلى نهايتها¹.

والعزل بخلاف الرد الذي يقوم على فكرة درء خطر انحياز المحكم إلى أحد الأطراف، وقيام شبهة الحيادة في حقه، فهو جزاء يسلط على المحكم الذي يُخل إخلالا فاحشا بقواعد نظام التحكيم وبالتزاماته أي أنه جاء كإجراء عقابي وعلاجي²، يقوم به أطراف النزاع معا وليس لأي طرف بارادته المنفردة القيام بذلك ولو كان هذا المحكم تم تعيينه بواسطة هذا الطرف.

ونظريا يمكن أن يكون هذا العزل ضمنيا إذا ما اتفق أطراف النزاع على تسوية موضوع النزاع بالتصالح فيما بينهما، أو بلجوتهم الى القضاء لحل النزاع أو بتركهم جميع إجراءات التحكيم، غير أنه في أغلب هذه الحالات يكون ذلك في الحقيقة إنهاءً للتحكيم أكثر من كونه عزلا للمحكمين، ولهذا فان العزل عمليا يكون صريحا ولم يشترط المشرع شكلا معينا للقيام به ومن ثم يجوز التعبير عنه بكل الطرق التي لاتدع شكا في دلالتها على ذلك، إلا أنه يفضل عمليا أن يكون كتابة ليسهل إثباته في حال النزاع.

والمشرع في المادة 1018 فقرة 3 منه أقر بالعزل للمحكم الداخلي، واشترط فيه أن يكون إتفاقيا بين الأطراف وهذا بالنص على أنه: " لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف" أي خلال المدة المحددة لانتهاء التحكيم اتفاقا أو قانونا أو بعد التمديد وفق الفقرتين 1 و2 من نفس المادة.

وبخلاف جزاء الرد الواجب تأسيسه على أحد الاسباب المحددة قانونا، كما تم الإشارة إليه سابقا فإن العزل لا يستلزم تأسيسه وتبريره بأسباب محددة قانونا، بل ولا

¹ - حامد، ماهر محمد، المرجع السابق ، ص 191، مهند احمد الصانوري، المرجع السابق ، ص 212 . حامد ابراهيم الخليل، إنهاء مهمة المحكم والآثار القانونية والمرتبة عن ذلك ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة جرش، الاردن ،سنة 2018 ، ص 58.

² - الحسين السالمي، المرجع السابق ، ص 497.

يشترط التسبب أصلاً، فالأمر متروك لإرادة الأطراف مجتمعين¹، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري وقد أحسن ذلك بالنظر الى كون اختيار المحكم يكون لاعتبارات الثقة الشخصية، فيكون من المنطق أن يعطى الاطراف الحق في عزل المحكم إذا زالت هذه الثقة ولولم يصدر من المحكم خطأ واضح أو سبب ظاهر في مرحلة من مراحل الخصومة².

ويتحليل المادة 1024 فقرة 2 من إ م ق إ م المتعلقة بحالات انتهاء التحكيم الداخلي والذي جاء فيها: "ينتهي التحكيم... بوفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مخالف، أو إذا اتفق الأطراف على استبداله أو استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين. وفي حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009 أعلاه ..:" يتبين أنه يترتب على عزل أو تنحية المحكم من طرف جميع أطراف النزاع وفق أحكام المادة 1018 إنتهاء التحكيم إلا في حالة اتفاقهم على بقاء الاجراءات التحكيمية و استبدال المحكم المعزول بمحكم آخر، فهنا تستمر الإجراءات بعد تعيين المحكم البديل، فإن لم يتفقوا على هوية المحكم البديل أو لم يتم السعي لتعيينه فإنه يمكن للطرف المستعجل اللجوء إلى القضاء، وبالضبط إلى رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مقر التحكيم أو محل إبرام العقد أو تنفيذه وفق أحكام المادة 1009 المتعلقة بطرق تعيين المحكم.

وعلى ذلك يظهر أن مسألة تدخل القضاء في عزل المحكم الداخلي لا يقر بها المشرع إلا إذا تم الاتفاق عليها مسبقا بين الأطراف وهذا بخلاف عزل المحكم الدولي الذي جاء نص المادة 1041 من إ م ق إ م وإضحا في هذا المجال¹.

1 - أحمد السيد الصاوي ، المرجع السابق، ص 106.

2 - ابو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم ، المرجع السابق ، ص 172.

1 - نصت المادة 1041 من إ م ق إ م على أنه: "يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم. في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهيمه التعجيل القيام بما يأتي

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

ويرى البعض أن العزل لا يعد كاف لجبر الضرر الذي قد يلحق بالأطراف ولذلك
أمكن إلحاقه بالتعويض على أن يكون ذلك كجزاء عن ثبوت المسؤولية المدنية للمحکم
وليس كجزاء تبقي للعزل¹.

ثالثاً: المنع من ممارسة التحكيم مؤقتاً أو نهائياً

للمؤسسات التحكيمية بحكم سلطتها التأديبية، أن تفرض جزاءات ضد المحكمين في
حالة التقصير في أداء مهامهم، ولا سيما في حالة الإخلال بالالتزام بالاستقلال أو النزاهة،
أو بالتزامهم بتقديم المعلومات حول ارتباطاتهم بالنزاع وأطرافه .
وللجزاءات التي تتوخاها المؤسسات التحكيمية درجة متفاوتة من الفعالية، وقد يتخذ
الأضعف منها شكل رد الأتعاب. وهذه العقوبة قد تمنع وتردع المحكمين من التورط في
سوء السلوك ومخالفة قواعد العمل التحكيم السليم، إلا أنها لا تمنعه من ممارسة التحكيم
والوقوع مرة أخرى في نفس السلوكات، ولهذا تم التفكير في جزاء يكون أكثر تأثيراً في ردع
المحکم، وبهذا الخصوص تقوم بعض المراكز باستبعاده وشطبه من قائمة المحكمين
المرخص لهم ممارسة التحكيم على مستواها، إلا أن ما يعاب على هذه العقوبة هو أنها لا
تمنعه من الانتساب إلى مركز تحكيمي آخر².

ولذلك فإن أفضل عقوبة ردعية هي تطوير مراكز التحكيم مجتمعة لما يسمى
بالقوائم السوداء التي تحدد المحكمين ذوو السمعة السيئة، بما يمنعهم تماماً من ممارسة
التحكيم على الأقل في مؤسسات التحكيم، فضلاً عن تأثيرها الكبير في تجنب أطراف
النزاع لهم حتى في التحكيم الحر. فهذه القائمة أطلق عليها البعض "العلامة ذات الضوء
الاحمر *marque au fer rouge*"، إذ تتاح لجميع المؤسسات ومراكز التحكيم فرصة
الرجوع إليها ، وبالتالي عدم تعيين مثل هؤلاء المحكمين بما يمنعهم من ممارسة التحكيم¹.
ويمكن القول أن العقوبات التأديبية لا سيما ما تعلق منها بالمنع من ممارسة التحكيم
سواء كان لفترة معينة أو بصفة دائمة تعد مسألة ردعية وقائية لها تأثيرها الكبير على

¹ - زروق نوال، المرجع السابق، ص 209 .

² - المرجع نفسه، ص 210

¹ - Diane Sytsma, op.cit, p.p1

المحكمين، وتدفعهم الى العمل على إنجاز المهمة الموكلة إليهم بجدية ونزاهة بما يحقق لهم السمعة المنشودة، ومنه سمعة المركز الذي ينتمون إليه، وما يزيد ذلك أثرا أن غالب منازعات التحكيم في الوقت الحالي يلجأ فيها أطرافها إلى مراكز التحكيم، وقليلة هي المنازعات التي تتم في إطار التحكيم الحر بما يحتم عليه بالضرورة مراقبة سلوكاته والأخذ بمدونة السلوكات والتعليمات التي تضعها المراكز بغرض الرقي بالعمل التحكيمي.

الفرع الثاني

الجزاءات العقابية

على الرغم من أن الجزاءات الوقائية للمحكم تضمن للأطراف أن يفصل في المنازعة وفق ما يثبت لديه من حجج دون أن يكون لديه ميل أو حيف إلا أن ذلك لا يعد كافيا، كونها لا تجبر جميع الأضرار التي يمكن أن تلحق بهم، ولذلك تأتي الجزاءات العقابية كوسيلة احتياطية تتيح للمضرور اللجوء إلى القضاء لأجل جبر ضرره، وهذا في الحالات التي يتم فيها ثبوت مسؤولية المحكم سواء المدنية منها أو الجزائية .

والجزاءات العقابية تشمل جزاءات مدنية وأخرى جزاءات جزائية وعلى ذلك سنتكلم عن الجزاءات المدنية والجزاءات الجزائية التي يمكن أن يتعرض لها المحكم الداخلي في حالة قيام مسؤوليته في الإخلال بالتزاماته المنوه عنها سلفا .

أولاً: الجزاء المدني

المسؤولية المدنية الموجبة للتعويض للطرف المضرور تكون إما بموجب دعوى أصلية مستقلة أو بمناسبة دعوى تبعية لدعوى جزائية، و في كلاهما يكون الهدف منهما إلزام المحكم بالتعويض نتيجة إخلاله بالتزاماته على الأوجه المشار إليها سلفا .

وتتم الأولى عن طريق دعوى عادية ترفع أمام القضاء المدني وفق القواعد المعمول بها في قانون الإجراءات المدنية والادارية شأنها شأن أي دعوى قضائية، في حين أن الثانية تتم بعد التأسيس كطرف مدني أمام القضاء الجزائي وفق أحكام قانون الإجراءات الجزائية. وهذا الحق المترتب للطرف المضرور أو للأطراف المضرورة معا يعد

حقاً مدنياً خالصاً يقتضي من المحكم تعويض وجبر ما وقع منه من ضرر¹، تجاههم وليس مجرد زجره وردعه فقط.

ومسألة تصنيف الأضرار والتعويض المستحق عنها، لا تثير إشكالية أو صعوبة خاصة في المجال التحكيمي، إذ تخضع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، وهي تشمل الضرر المادي والمعنوي²، والتعويض عنهما يكون وفق الطرق المقررة قانوناً، وهو يختلف مداه بين ما إذا كانت المسؤولية تقصيرية أم تعاقدية وفي هذا الشأن مجمل النصوص القابلة للتطبيق هي أحكام المواد من 124 إلى 133، المادة 136-137-138، المواد من 176 إلى 187 من القانون المدني. أي أن التعويض إن لم يكن مقدراً في العقد أو في القانون يقدره القاضي على أنه في كل ذلك وجب مراعاة خصوصية المهمة التحكيمية.

و لا يمكن الوقوف عملياً على كيفية تطبيق أحكام هذه المسؤولية من القضاء الجزائي بالنظر إلى ندرة القضايا المعروضة عليه بهذا الخصوص، إذ لم نعثر على أي قرار عالج مثل هذا الموضوع، كما أن المتصفح لاجتهاد محكمة النقض الفرنسية يجد أن مثل هذا الموضوع يكاد يكون نادراً وكان أول قضية عالجها هي قضية راوول ديفال (Raoul Duval)¹.

وتبعاً للقاعدة العامة بخصوص الإغفاء من المسؤولية المدنية إذا ما تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه²، ولكون المهمة التحكيمية تبنى أساساً على العقد المبرم بين

¹ - سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1998 ، ص 203.
² - ونذكر في هذا الشأن أن الضرر يكون معنوياً مثلاً في حال ما إذا أفشى المحكم أسرار أطلع عليها بوصفه محكماً في النزاع، إذ الأسباب التي تدفع الأفراد والشركات في اللجوء إلى التحكيم هو لضمان بقاء أسرارهم الصناعية والتجارية غير معلومة للغير. فإذا لم يحرص المحكم على ذلك يكون قد ارتكب خطأ يضر بأحد الطرفين أو كلاهما
1- Cass. 1re civ., 16 déc 1997, pourvoi n° 96-10.703; - Voir le cite <https://www.courdecassation.fr> (consulté le 23-2-2022)

² - مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية؛ الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2007، ص 95.

وتنص المادة 178 ف 2 من القانون المدني على أنه: "... وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من الأشخاص الذي يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

المحكم والخصوم فإنه لا يوجد ما يمنع أن يدرجوا باتفاقهم بند يعفي المحكم سواء كلياً أو جزئياً من أي مسؤولية عقدية، يمكن أن تترتب في ذمته جراء إخلاله بأي التزام عقدي والذي يرجع لفعله الشخصي، ومثل هذا الاتفاق حتى وإن كان اتفاقاً أي برضا الأطراف إلا أنه يضعف في حقيقته رابطة الثقة التي تجمع المحكم بأطراف النزاع¹.

ويبقى الاستثناء في حالة ارتكابه غشاً أو خطأ جسيماً فإن بند الإعفاء لا يعتد به إلا إذا كان هذا الغش صادراً ممن يستخدمهم كالكاتب مثلاً، وهو ما نصت عليه المادة 178 فقرة 2 من القانون المدني²، والملاحظ هنا أن تطبيق هذه الأحكام على عقد المحكم لا حرج فيها، إذا ما عرضت على القضاء الجزائي لأنه بصدد تطبيق القواعد العامة التي تحكم العقود والتي لا يعد عقد المحكم استثناء عليها.

أما بالنسبة إلى الاتفاقات المعدلة للمسؤولية التقصيرية للمحكم جزئياً أو كلياً فإنها تقع باطلّة، كونها تمس بالنظام العام وهذا سواء كانت المسؤولية ناجمة عن خطئه الشخصي أم كانت ناجمة عن خطأ تابعيه، وهو ما نصت عليه المادة 178 فقرة 03 من القانون المدني¹. و بالمقابل يجوز التشديد فيها وهذا بالاتفاق مسبقاً على تحمل ضرر محتمل وقوعه في المستقبل كالاتفاق مثلاً بين الطرفين على أن يكون الخطأ مفترضاً من جانب المحكم في حالات لا يفترض فيها القانون الخطأ، كما هو الشأن في الاتفاق على تقدير التعويض أكثر من الضرر².

ولرفع الحرج عن المحكم في أداء مهمته اتجه غالب الفقه إلى أن الحل يكمن في تأمينه من مخاطر المسؤولية بموجب عقد تأمين يضمن له العمل بأريحية وباستقلالية وحرية، ونجد في الغالب أن مراكز التحكيم هي من تبرم هذا العقد لصالح المحكم، كما أنه لا يوجد ما

¹ - En ce sens, cf. P. Lalive : « Sur l'irresponsabilité arbitrale », op. cit., spec. p. 425

² - تنص المادة 178 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري على أن: "...وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه العقدي، إلا ما ينشأ عن غشه، أو خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه..."

¹ - تنص المادة 178 ف 3 من القانون المدني على أنه: "... يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي..."

² - تنص المادة 178 ف1 من القانون المدني على أنه: "...يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة..."

يمنع المحكم الذي يمارس النشاط التحكيمي بشكل معتاد من الإستفادة من عقد تأمين بهذا الخصوص على غرار المهن الحرة الأخرى كالمحامين والموثقين و المحضرين¹.

ثانيا: الجزاء الجنائي

تقوم المسؤولية الجنائية عند ارتكاب فعل مجرم وفق أحكام القانون الجنائي، والجزاء العقابي فيها يختلف بحسب طبيعة الجريمة وخطورتها سواء مخالفة أو جنحة أو جناية و تكون العقوبة إما مالية كالغرامات أو عقوبة بدنية كالإعدام أو تمس بحرية الجاني كالحبس.

فإذا شكل تصرف المحكم نموذجا موصوفا لواقعة إجرامية معاقب عليها وفق أحكام قانون العقوبات أو القوانين الخاصة، كما هو الشأن في الجزائر بالنسبة للقانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد² ومكافحته والقانون 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الارهاب ومكافحتهما¹، أو كان يقوم بالتزوير لوثائق أو محررات أو استعمالها مع علمه بأنها مزورة، أو تلقيه أو طلبه رشوة أو قيامه بتبييض الأموال... الخ فإنه يتحمل بصفة شخصية العقوبة (السجن والغرامة مع العقوبات التكميلية) ويلتزم بالمقابل وفق القواعد العامة للدعوى المدنية التبعية المنصوص عليها بالمادة 02 وما يليها من قانون الإجراءات الجزائية²، بتعويض الطرف المتضرر من الجريمة طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها بالمادة 124 من القانون المدني .

والظاهر أن مثل هذه الدعاوى المدنية التبعية القائمة على ثبوت المسؤولية الجنائية للمحكم لم توجد إلا نادر³ لندرة التصرفات والأخطاء ذات الطابع الجنائي للمحكم.

¹ - وفي فرنسا هناك تطور في هذا المجال إذ بدأت تتجه شركات التأمين إلى تأمين هذا النوع من النشاط التحكيمي على غرار شركة (GAN) للتأمين أين تقترح بوليصة تأمين خاصة تغطي أنشطة أساتذة القانون في مجال التحكيم .
- انظر الموقع الالكتروني : <https://www.gan.fr>

² - القانون رقم 06 - 01 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق لتاريخ 20-02-2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (الجريدة الرسمية عدد 4 بتاريخ 08-03-2006)

¹ - القانون رقم 05-01 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق لـ 06-02-2005 يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الارهاب ومكافحتهما المعدل والمتمم (الجريدة الرسمية عدد 11 بتاريخ 09-02-2005) .

² - تنص المادة 02 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم :"

³ - Thomas Clay, op. cit, p 712

خلاصة الباب الثاني

وكخلاصة لهذا الباب الثاني فإنه يمكن القول أن تجليات المقاربة القضائية بمكوناتها العضوية والموضوعية ما بين المحكم والقاضي، أظهرت أن المركز القانوني للأول في ظل التحكيم الداخلي يتشكل بتدخل إرادة الأطراف ومؤسسة التحكيم اختياراً ويتدخل القضاء فرضاً، و أنه يستلزم في من يتولاه جملة من الشروط القانونية ذات الطابع الوجوبي وأخرى شروط اختيارية اتفاقية .

وأنه لكي يباشر المحكم وظيفته القضائية يستلزم انعقاد قبوله وموافقته على ذلك مع ما يترتب عن ذلك من انعقاد عقد المحكم ما بينه وبين الخصوم، و تبين لنا أن هذا العقد بشروط تكوينه وخصائصه وما ينتظم بداخله من تحديد لسلطات المحكم وحقوقه ومن بيان لالتزاماته و مسؤوليته القانونية عن الاخلال بها، يعد هو الإطار العام الذي يمكن أن يعيش فيه المركز القانوني للمحكم وجوداً أو عدماً سواء في إطار علاقته المباشرة بالأطراف أو غير مباشرة في إطار التحكيم المؤسسي .

وبالنظر إلى كون محل وسبب هذا العقد هو إنجاز مهمة قضائية فإن ذلك كان له الأثر المباشر في تدخل التشريع الداخلي للدولة في تأطير هذه الممارسة وعدم تركها لاتفاق الأطراف فقط، الأمر الذي جعل المركز القانوني للمحكم يستند إلى مصدر مزدوج بين العقد والقانون، وهو ما انعكس على مسؤوليته عند إخلاله بواجباته بين من يؤيدها وبين من يرفضها لينتهي الحال إلى قبولها ضمن شروط حددها الفقه والقضاء على الخصوص.

خاتمة

إن الاهتمام بالمحكم كفاعل من فواعل العملية التحكيمية لا يعد مسألة هينة، فلقد أظهرت لنا هذه الدراسة تشعب وتداخل مركزه القانوني مع فواعل أخرى على الوجه الذي تظهره في شئ من الدونية في بعضها، ومساويا لها في البعض الآخر، بل وراقيا في الكثير منها، وهو ما كان له الأثر بالتبعية على مدى اختيار التحكيم من طرف الأشخاص واستعماله كوسيلة للقضاء، تشبع رغباتهم في الحل الوفاقي وتغنيهم عن مشاكل محاكم الدولة وتعقيداتها وعن الحلول الصدامية .

فالتحكيم الذي يعد نظام قديم في نشأته حديث في أحكامه ومادته ودراسته، مؤسس على قاعدة ذهبية مفادها أن قيمته بقيمة المحكم، فبقدر أهلية هذا الأخير وكفاءته، ومعرفته بسلطاته وحدودها وبالتزاماته ومسؤوليته عنها تكون سلامة الإجراءات وصحة وعدالة الحكم الصادر منه، ومنه بالضرورة تعزيز الأمن القضائي التحكيمي لدى الغير . ولما كان التحكيم الداخلي يختلف عن التحكيم التجاري الدولي، بالنظر إلى كون جميع عناصره تتعلق بدولة واحدة دون غيرها سواء من حيث موضوع النزاع، جنسية الخصوم، جنسية المحكمين، القانون الواجب التطبيق، المكان الذي يجري فيه التحكيم، كما يظهر فيه إنحصار لمبدأ سلطان الإرادة، وتوسع في التدخل التشريعي بخصوص تنظيم قواعده، فإن ذلك خلق بالضرورة تمايز في القواعد الضابطة للمركز القانوني ما بين المحكم الداخلي والمحكم الدولي حتى وإن كان ذلك في الجزئيات دون الكليات.

فالمرکز القانوني للمحكم الداخلي الذي عُرف على أساس أنه مجموعة من القواعد القانونية والاتفاقية المحددة لمنشأ تأهيله وعلاقته بالغير، والضابطة لسلطاته وحقوقه والتزاماته ومسؤوليته القانونية عن أي إخلال بشأنها، تجاذب الفقهاء حول طبيعته وطبيعة المهمة الموكلة فيه للمحكم، ما بين من يعتبره مركزا قائم على عمل تعاقدية ومن يعتبره قائما على عمل ذو طبيعة قضائية ومن يعتبره مختلطا بينهما وآخر يقيم له طبيعة خاصة به ومستقلة .

ولقد كان لهذا الاختلاف أثره في تكييف التداخلات والعلاقات الناشئة ما بينه وبين الأطراف الأخرى في الخصومة التحكيمية، إذ تبين قيام روابط تعاقدية تؤطرها عقود

مختلفة غير مسماة - كعقد المحكم ما بينه وبين أطراف النزاع، وعقد التعاون التحكيمي ما بينه وبين مركز التحكيم، وعقد تنظيم التحكيم ما بين المركز التحكيمي والخصوم-، لا تظهرها القواعد القانونية المنظمة لإجراءات الخصومة التحكيمية ومخرجاتها، بل تحكمها في الغالب القواعد العامة في القانون المدني و لوائح مؤسسة التحكيم على الوجه الذي يضمن تحقيق الغاية من وجودها.

وعلى أعتاب هذه الدراسة حاولنا ضبط المركز القانوني للمحكم الداخلي وتحديد معالمه على أساس المقاربة القضائية بشقيها العضوي والموضوعي أي باعتماد مركز القاضي كمحك للقول إن كان فعلا المحكم الداخلي يعد قاضيا صاحب ولاية كاملة أم أنه غير ذلك، وفي هذه المسألة تبين لنا أن الخصائص المميزة لمركز القاضي من العمومية والدوام والجبرية لا يفتقر إليها المحكم الداخلي، إلا في مواجهة القاضي المحترف دون باقي صنوف القضاة غير المحترفين كالمحلفين في محكمة الجنايات والمساعدين في المحاكم التجارية المتخصصة و الاقسام الاجتماعية فهو يماثلهم .

كما تبين في وجه آخر أن المحكم يعد مالكا لنافسية سلطة الحكم في النزاع على الوجه الذي يملكه القاضي وبصلاحيات قد تفوقه في بعض مخرجاتها، فمارسته للوظيفة القضائية بتأهيل مزدوج أساسه عقد المحكم وقواعد القانون هي من أعطته سلطة الحكم وبسط صلاحيته في النظر الى مدى تأهيله واختصاصه بالنزاع، وهي بهذه الخاصية تبدو أقوى مما هي عليه لدى القاضي الذي ليس له سوى سلطة النظر في اختصاصه دون تأهيله.

على أنه من جهة أخرى، حتى وإن كان الفقه قد سعى إلى تأطير التحكيم والمحكم بنظام قانوني مستقل وسيادي عن نظام الدولة، يُلزم الخصوم بالخضوع الطوعي لحكم المحكمة التحكيمية، إلا أن هذه الدراسة أظهرت لنا أنه بالرغم من ذلك يبقى المحكم محتاجا لسلطة الجبر التي يفتقر إليها، لعدم امتلاكه وسائل التنفيذ المدنية أو تسخير القوة العمومية ضد أو لصالح أحد المختصمين، الأمر الذي يجعله يستند بالقاضي لإسعافه بهذه القوة، ومنه بالنتيجة يكون المحكم بسبب ذلك - وهذا من دون أن يعتبر ذلك مساسا بمقومات الوظيفة القضائية - ليس بصاحب ولاية كاملة كالتالي للقاضي.

وباسقاط هذه التحليلات والنتائج بغية إظهار تجلياتها خلال مسار الخصومة التحكيمية وجدنا في البداية أن تشكيل محكمة التحكيم يتم إما من أطراف النزاع أو بتدخل من القضاء، وأن تولي منصة التحكيم يستلزم فيها أن يكون المحكم حائزا على شروط قانونية وجوبية وأخرى اتفاقية متى طلبها أطراف النزاع، وكل ذلك متوقف على موافقة المحكم بالأصل للقيام بهذه المهمة، وقد وجدنا أن بقبوله ينشأ عقد المحكم باعتباره الإطار العام الذي تتحرك فيه الخصومة التحكيمية، فهو المحدد - إلى جانب قواعد القانون المنظمة للتحكيم الداخلي - لسلطات المحكم، حقوق والتزامات أطرافه فضلا عن مسؤولية كلا واحد منهم.

وفي معرض بيان هذه الاطار العقدي والقانوني تأكدت المقاربة القضائية لعمل المحكم من خلال سلطاته في بداية الخصومة التحكيمية أو أثنائها أو بعد نهايتها، فضلا عن خضوعه للالتزامات متعددة يفرضها عليه القانون في بعض المواطن، ويفرضها عليه عقد المحكم في مواطن أخرى، كما أنه في مقابل ذلك يتمتع بحقوق تجاه أطراف النزاع، أغلبها من مخرجات عقد المحكم ومن القواعد العامة التي تحكم العقود، وهو مسؤول في مواجهة الخصوم عن الوفاء بالتزاماته تحت طائلة تعرضه لجزاءات مدنية وتأديبية على الخصوص وذلك بشروط حددها الفقه والقضاء .

وفي النهاية فإن هذا البحث والتقصي عن المركز القانوني للمحكم في ظل التحكيم الداخلي أظهر لنا جملة من النتائج والاستنتاجات نجملها فيما يلي :

- التحكيم الداخلي باعتباره وسيلة بديلة للقضاء يعد متميزا عن التحكيم التجاري الدولي لاهتمامه بالمنازعات الداخلية التي تكون جميع عناصرها تنتمي لنظام قانوني واحد دون غيره، سواء من حيث موضوع النزاع، أو الخصوم أنفسهم، المحكمين، القانون الواجب التطبيق والمكان الذي يجري فيه التحكيم، فهو يجري إجباريا في التراب الوطني ويطبق التشريع الوطني (الجزائري) ولا تثار فيه أدنى مشكلة بالنسبة لقواعد تنازع القوانين، أو كيفية تنفيذه .

- قواعد التحكيم الداخلي في قانون الاجراءات المدنية والادارية تعد قواعد متميزة تم وضعها من المشرع لتوازي مقومات القضاء الوطني، ومتطلبات اعتبار حكم التحكيم

الداخلي بمثابة حكم قضائي كامل، وهو ما يستشف من خلال القيود المفروضة على المحكم بمناسبة فصله في النزاع، لا سيما منها تلك المتعلقة بالإجراءات أين تم تقييده - في حالة انعدام أي اتفاق مخالف- بإعمال القواعد المعمول بها أمام الجهات القضائية، فضلا عن تلك المتعلقة بالموضوع أين ألزمه بالفصل فيه وفقا للقانون وأخضع الحكم التحكيمي لرقابة موضوعية في حال الطعن فيه شأنه شأن الحكم القضائي.

- خصوصية التحكيم الداخلي على الوجه المبين وانغلاق دائريته في محيط الدولة الواحدة، انعكس ذلك بالضرورة على المقومات التي تحكم وتنظم المركز القانوني للمحكم، وهذا على الوجه الذي يؤدي إلى الإعتقاد خطأ أن المحكم له الولاء للدولة أكثر من ولائه للأطراف وما يتوقعونه منهم.

- المقاربة القضائية لأجل ضبط المركز القانوني للمحكم الداخلي كمحك يقاس عليه إن كان المحكم قاضي صاحب ولاية ناقصة أو ولاية كاملة، مثلها مثل التي للقاضي العام، أثبتت في شقها العضوي تمتعه بسلطة الحكم، وفي شقها الموضوعي افتقاره لسلطة الأمر والجبر، وهذا على الرغم من تمتعه بنظام قانوني مستقل ذي سيادة غير مرتبطة بحيز جغرافي معين على إقليم الدولة، وموجه بالأصل إلى مجتمع التجار بتنوعاته دون غيرهم .

- تجسيد المقاربة القضائية من المشرع في قانون الاجراءات المدنية والادارية كان متماشيا - على الرغم من النقائص - مع ما توصل إليه الفقه والقضاء، ويظهر ذلك في تأطيره لعمل محكمة التحكيم الداخلي عند تسييرها للخصومة التحكيمية، لا سيما من حيث سلطاتها والتزاماتها، إذ أبدى توجهها مقصودا في تبنيه الطابع القضائي بخصوصها، حتى وإن كان هناك تدخل لإرادة الأطراف في كثير من أجزائها، فهؤلاء تسييرهم لها مرتبط أساسا بالقواعد الإجرائية للقانون الداخلي للدولة، وفصل المحكم في نزاعهم يكون بتطبيق أحكامه أي أن ارتباط المحكم الداخلي بقانون الدولة بالنسبة للمشرع هو كارتباط القاضي الداخلي به.

وعلى الرغم من ذلك فعدم تمكين المحكم الداخلي من آليات الأمر والجبر كالتى للقاضي وربطها دائما بتدخل هذا الأخير فقط، يؤكد لنا استمرار تخوف السلطات

العمومية من انحراف المحكم في استعمال هذه السلطة على الوجه الذي يضر بالتحكيم وأطرافه من جميع جوانبه وبالتالي لا بد من رقابة مستمرة عليه في ذلك .

- تعيين واختيار محكمة التحكيم مسألة بالغة الأهمية بالنسبة لأطراف النزاع بالنظر إلى تأثيرها الكلي على سير العملية التحكيمية سلبا أم إيجابا، ولذلك يكون من الواجب عليهم الحرص على انتقاء ممن هو أجدر في القيام بالمهمة، لاسيما من حيث تجرده واستقلاله عنهم، وعليهم التقصي عن لهم حسن الصيت والسمعة ومن تتوفر فيه المؤهلات العلمية والقانونية والخبرة الواجبة للفصل في النزاع في المهمة المحددة .

- بالنظر إلى المتطلبات الأساسية لأطراف النزاع في الوصول بنهاية آمنة للنزاع فإن لهم حق العلم بالمحكم الذي يستثمرونه في المهمة، سواء من حيث انتقاء ما يعيق استقلاليته وحياده أو من حيث عرض مؤهلاته عليهم، وهوما يستلزم في الأولى على الخصوص قيامه بالكشف والإفصاح عن جميع الروابط التي تربطه مع مختلف أطراف التحكيم مهما كانت، وليس قصرها فقط على أطراف النزاع، ليتترك مسألة مواصلة المهمة في ظل ذلك إلى إرادة الأطراف فيما إذا كانوا يريدون حقًا هذا الشخص، بصفته المحكم المطلوب أم لا .

- للمحكم الداخلي مركز قانوني متميز تميز التحكيم الداخلي، وعلى الرغم من ازدواجية مصدره بين العقد والتشريع فقد أثبت عقد المحكم أنه يوفر إطارا لتنظيمه ، وبذلك تصبح حقوق والتزامات المحكمين وأطراف النزاع، بل وحتى على نحو غير مباشر حقوق والتزامات مركز التحكيم، معروفة وأكثر سهولة. و سيستفيد أكثر التحكيم بشكل عام من الاعتماد على عقد المحكم لأنه يحدد العلاقات بين مختلف المتدخلين في الدعوى وسيكون تعميم هذه الأداة مفيدا بشكل خاص في تحقيق ذلك .

- معاملة المشرع المحكم الداخلي بصفته قاضيا جعلت هامش حريته في تسيير الخصومة التحكيمية محدود من خلال جعل الأحكام والأوضاع المعمول بها أمام الجهات القضائية - في حال عدم وجود اتفاق يخالف ذلك- هي الواجبة التطبيق من طرفه وليس له الحق في اختيار قواعد أخرى يراها مناسبة كما هو الشأن في التحكيم الدولي

وعلى عكس من يعتبر ذلك مخالفا لمبادئ التحكيم فأنني أعتقد أن المشرع أحسن ذلك لسببين: الأول أن أطراف النزاع سيكونون على بينة من أمرهم أنه في حالة عدم اتفاقهم على إجراءات معينة فإنه سيتم تطبيق هذه الأحكام من المحكم، وعلى ذلك يكونوا على علم مسبق بها هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن هذه الأحكام ليس بالضرورة تقيد حرية المحكم بل إن حريته قد يجدها فيها شأنه شأن القاضي المدني الذي له السلطة الكاملة في تسيير الخصومة، فضلا عن أن المحكم ما عليه سوى تكييفها وفق ما تتطلبه خصومة التحكيم لا سيما من حيث الآجال .

- يتمتع المحكم في ظل خصومة التحكيم الداخلي بسلطات إجرائية وموضوعية يخولها له عقد المحكم أو القانون في حالة انعدام الإتفاق حولها، وفي هذا الإطار تم التوصل إلى القول أن هذه السلطات، إن لم تكن مشمولة ومحددة في العقد فإنه لا مفر للمحكم من البحث عنها في نظام القاضي الوطني، أما التزاماته فإنها تتنوع كذلك من التزامات تعاقدية وأخرى قانونية، وفي كل منهما يكيف البعض منها بأنه إلتزام ببذل عناية وأخرى بأنه إلتزام بتحقيق نتيجة، وبالتبعية لذلك تكون مسؤوليته- على الرغم من جدل الفقه حولها- متنوعة من مدنية الضابط فيها هو القواعد العامة في القانون المدني، وتأديبية الضابط فيها هو قواعد ولوائح المؤسسات التحكيمية، وجنائية الضابط أو المرجع فيها هو قانون العقوبات والقوانين العقابية الخاصة .

وبالمقابل من ذلك تم التوصل الى أن المحكم لا يتمتع فقط بحقه في الحصول على الاعتبار والأجرة وفقا للعقد، وإنما له حقوق تخولها له قواعد التحكيم الداخلي والقواعد العامة في القانون المدني، كحق عدم التنفيذ وحق الحبس والحجز للوثائق، فضلا عن حقوقه المرتبطة بالحكم التحكيمي كإظهار رأيه وامتناعه عن التوقيع، وحقه في تعاون أطراف النزاع معه .

- خصوصية مهمة المحكم القضائية ومواجهةً للمعوقات المفتعلة من احد الاطراف للتأخير في الفصل في النزاع تفرض عليه الإلتزام بالمبادئ العليا للقضاء، حتى لو كان ذلك يعني استبعاد ما اتفق عليه أطراف النزاع من إجراءات متى كانت مخالفة لها. ويجب على المحكم أن يحافظ على وعي عال بمهمته وأن يدير الإجراءات وفقا لذلك. وبالمقابل

يحتفظ الخصوم بحرية عزل المحكم عندما يرغبون في ذلك، شريطة أن يكون القرار مشتركاً. وهكذا يحترم ميزان القوى فالتحكيم في خدمة أطراف النزاع ، ولكنه ليس خادماً لهم. - في مواجهة مركز التحكيم، تكون لدى المحكم الوسائل الكفيلة برفض أي تدخل في وظيفته القضائية فالعقد الذي يربط المحكم بمركز التحكيم هو عقد تعاون يهدف إلى تمكين المحكم من أداء مهامه، وأي تفسير آخر لعلاقتها قد ينتهك كامل الصلاحية القضائية للمحكم.

وتبعاً للنتائج المتوصل إليها على الوجه المبين فإن تحقيق مركز قانوني للمحكم الداخلي متميز كالذي يتمتع به قاضي الدولة يستلزم توافر مجموعة من المتطلبات يرتبط البعض منها بالمحكم والبعض الآخر بالمشروع والبعض الآخر بمركز التحكيم ونذكر من هذه المتطلبات :

- إلزام المحكم واجب التحفظ بعد مباشرته للمهمة القضائية أمر مطلوب، وأحسن وسيلة تجنبه شبهة عدم الحياد هو عدم الإتصال بأي من أطراف النزاع أو محاميهم خارج جلسات الاستماع . وفي هذا الصدد، يكون وجود أمين ضبط أو مساعد للمحكمة التحكيمية يتولى السكرتارية من الأدوات المساعدة على ذلك بالنظر إلى تكفله بجميع أعمال الاتصال بالأطراف خارج جلسات المحكمة .

- تخوف السلطات العمومية من منح المحكم الداخلي سلطة الأمر والجبر يمكن تجاوزه لسببين الأول على اعتبار أن المحكم الداخلي ينتمي إلى جنسيتها ويمارس مهامه في إطار حيزها الجغرافي، أي أنه تحت رقابتها بصورة غير مباشرة، فضلاً عن أنه يمكن وضع إطار قانوني معين يسمح لكل من تتوفر فيه الشروط القانونية لأن يكون محكماً بتقديم طلب الحصول على الاعتماد أمام لجنة متخصصة يعهد إليها بهذه المهمة، وهذه الأخيرة تصدر قائمة بالمحكمين، ولها أن تجتمع دورياً لتحيين هذه القائمة.

وفي حالة اختيار أطراف النزاع لمحكم خارج هذه القائمة يمكن اللجوء مباشرة إلى طلب الترخيص لمباشرة المهمة بخصوص هذا النزاع فقط من طرف جهة معينة قضائية على الخصوص (كرئيس المجلس القضائي الذي يتواجد به مقر التحكيم)، على أن تنتهي

صلاحيته بنهاية النزاع. أي أنه يمكن الأخذ بطريقة اعتماد الخبراء القضائيين. وهناك من الدول من تأخذ بهذه الطريقة كالمغرب مثلاً.

- يكون المحكم أكثر مقاومة لمحاولات زعزعة استقراره، والتي قد يكون أصلها متنوعاً، إذا كان يعتمد على وضع أو نظام قانوني متين ومحدد. و كان القصد من هذه الدراسة هو إما شرح أو استكمال هذا النظام القانوني الذي يحكم مركز المحكم.

ولكن رغم ذلك تبقى غير كافية إلا إن تم الإجابة عن التساؤلات التي طرحت في ثناياها بنصوص قانونية محددة سواء ما تعلق منها بمبدأي اختصاص المحكم الداخلي بنظر تأهيله واختصاصه، أو ما تعلق بسلطاته عند البحث عن الأدلة وتقييمها، أو في مدي قدرته في اتخاذ الإجراءات التحفظية والمؤقتة، وسلطته في إنهاء خصومة التحكيم والفصل وفق مبادئ العدالة والإنصاف، إذ خلو قانون الاجراءات المدنية والادارية من ذلك يشكل في حقيقته معوقات تكبح فعالية اللجوء إلى التحكيم، و خلقاً لأوضاع كان المشرع في غنى عنها لو نص عليها لا سيما وأن القانون جديد وهو ما يمس بالامن التحكيمي المنشود من اطراف النزاع.

وفضلاً عن ذلك فإن عدم التنصيص على حقوق المحكم وإخضاعها إلى القواعد العامة في الإلتزامات من طرف الاجتهاد الفقهي والقضائي، فيه إجحاف لمركز المحكم لإمكان أطراف النزاع إنكارها عليه، وبالمقابل من ذلك فإن الإشارة فقط لبعض الإلتزامات التي يتقيد بها بمناسبة فصله في النزاع، دون الإشارة الى جل الإلتزامات يجعل استناد أطراف النزاع الى القواعد العامة لأجل استلزام ما تبقى منها فيه مضرة له وللتحكيم لامكان الاختلاف حولها.

كما أن عدم إشارته إلى أحكام مسؤوليته وإخضاعها بالمجمل إلى القواعد العامة لا يعد فعلاً مبرراً بالنظر إلى أن تطور التشريع التحكيمي يسمح بالتنصيص عليها في قواعد محددة لا تحتل التأويل.

وسيكون من الأجدى والأأنفع للتحكيم الداخلي أن يتم وضع قالب محدد منظم للعلاقة بين المحكم وأطراف النزاع على الوجه الذي يرفع النقائص المشار إليها بما يعزز عمل المحكم ويحقق الشفافية والأمن التحكيمي، فكل طرف يعرف ما له وما عليه. ولا يوجد

أحسن من نظام عقد المحكم كاداة محققة لذلك متى تم التقنين له بنصوص آمرة ومكملة شأنه شأن العقود المسماة. أو إصدار تنظيم قانوني خاص بممارسي التحكيم الداخلي مثله مثل باقي المهن الأخرى فمن شأن ذلك خلق الثقة أكثر في المحكم وفي التحكيم كوسيلة ثانية للتقاضي توازي القضاء.

ولأجل النهوض بالوظيفة التحكيمية بعد التأطير القانوني لها عقداً كان أو تنظيمياً ينبغي الترويج لها والتعريف بها بشتى الوسائل الإعلامية والتكنولوجية و نشر الفكر التحكيمي بين مختلف فئات المجتمع ، كما ينبغي التشجيع والمساهمة في خلق مراكز التحكيم وتأطيرها بكفاءات عالية المستوى تتحكم في العملية التحكيمية وتسييرها بما يضمن رفع المعقوات عن عمل المحكم، ويسهم في تحصيل حكم صحيح يجنبه اشكالات بطلانه.

كما يعد عقد الدورات التكوينية لممارسي التحكيم على المستوى الوطني باستمرار من أهم العوامل المساعدة على الرقي بالمحكم والتعريف بمركزه، لا سيما وأن المحكم الداخلي يفصل وفقاً للقانون بما يتطلب منه رسكلة متواصلة تسمح له بمسايرة تعقيد النزاعات والحلول المقترحة لها.

هذا بشكل عام أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها، ولا بد من التأكيد على أن ما احتواه هذا البحث من نقاط وتحليلات ومناقشات هي اجتهادات منا تشكل وجهة نظر قانونية قضائية، تعطي الطريق لغيري لإثرائه والاستفاضة فيه.

وفي نهاية هذا البحث هناك فائدة عظيمة معبرة ذكرها "الأصفهاني" في مقولته الشهيرة حين قال : " أني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده، لو غير هذا لكان أحسن، لو زيد هذا لكان يستحسن، و لو قُدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل.. وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جُملة البشر".

تم بحمد الله وعونه

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية

المعاجم

1. ابن منظور الدمشقي، لسان العرب المحيط، دارصادر للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى، الجزء 12، 1990
2. الفيروز ابادي، القاموس المحيط، الجزء الرابع، المؤسسة العربية للتأليف، دار بيروت للنشر، بيروت
3. ممدوح حقي، قاموس المصطلحات الحقوقية والتجارية، مطبعة لبنان، بيروت، 1973

4. الكتب العامة

1. إبراهيم احمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2010
2. ابن قدامة، المغني - القضاء ج 14، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 1997، ص 13
3. ابن محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، مكتبة الرياض الحديثة، الجزء التاسع ، طبعة 1981،
4. أبو العلا النمر، دراسة تحليلية للمشكلات العملية والقانونية في مجال التحكيم التجاري الدولي، دار ابو المجد للطباعة الهرم ، 2004
5. أبو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، سنة 1981،
6. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الخامسة ، 1987
7. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، 2007
8. أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقا لقانون رقم 27 لسنة 1914 دون دار النشر، الطبعة الثانية، 2004
9. أحمد السيد الصاوي، الوجيز في التحكيم ، طبقا للقانون رقم 39 لسنة 4771 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الثالثة، بدون دار نشر، 2002

10. أحمد انعم الصلاحي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، صنعاء، اليمن، 1994
11. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2004
12. أحمد محمد عبد البديع، شرح قانون التحكيم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2005
13. أحمد هندي أصول المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر لإسكندرية، 2002،
14. أحمد هندي، التحكيم دراسة إجرائية في ضوء قانون التحكيم المصري و قوانين الدول . العربية و الأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2013
15. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون و الحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2004
16. أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006
17. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، ط 9، 2006
18. إلياس ناصف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء السابع، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1993
19. أمال يدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة - جامعة الجزائر، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان الطبعة الأولى 2012
20. البجاد محمد بن ناصر بن محمد، التحكيم في المملكة العربية السعودية. مركز البحوث والدراسات الادارية ، السعودية 199
21. بكر عبد الفتاح السرحان، شرح قانون التحكيم الإماراتي، دار الحافظ، الإمارات العربية المتحدة، 2020
22. بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية، دراسة مقارنة، دار الجامعة ، الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007
23. بناسي شوقي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2010

24. توفيق حسن فرج ، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003
25. جمال عمران إغنية الورفلي، تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الأجنبية في القانون الليبي .و الأردنني و الإماراتي،"دراسة مقارنة للاتفاقيات الدولية"،دار النهضة العربية، 2009
26. حاتم غائب سعيد، النظام القانوني لضمانات وحوافز الاستثمار الاجنبي الخاص في العراق، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، 2017
27. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2006
28. حمد علي خليل الطعاني، سلطة القاضي في توجيه سير إجراءات الخصومة المدنية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2009
29. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الاولى 2002
30. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة ،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2010
31. درويش مدحت الوحيد، التحكيم في تشريع الفلسطيني والعلاقات الدولية، مطابع شركة البحر، غزة، سنة 1998
32. راغب وجدي، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، جامعة عين شمس، 1973 .
33. راميا الحاج، مبدأ حياد القاضي المدني بين النظرية والتطبيق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2008
34. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة 2000
35. سامية راشد ،التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري دون طبعة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1986
36. سمير عبد السيد تتاغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية - مصر، 1984

37. سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، طبعة 2002
38. سيد أحمد محمود، نظام التحكيم دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2003
39. صبرينة جبالي، اجراءات التحكيم في منازعات العقود الادارية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2016
40. طيب قبايلي، كريم تعويلت، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية ، دار بلقيس للنشر ، الجزائر، سنة 2020
41. عادل حسن علي، الإثبات في المواد المدنية، دون طبعة، مكتبة زهراء الشرق، دون مدينة نشر، 1996
42. عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم ، الطبعة الاولى ، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2010
43. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم ،دراسة تحليلية وفقا لأحداث التشريعات والنظم المعاصرة ،الطبعة الثانية مكتبة الجلاء الجديد ،المنصورة 1998
44. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية - دار النهضة العربية -القاهرة ، 1997
45. عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة 2008
46. عبد الباسط محمد عبد الواسع الضروسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم - دراسة تحليلية مقارنة - المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، الطبعة الاولى، سنة 2005 .
47. عبد الحميد الاحدب ،دراسة حول قانون التحكيم اللبناني، دار المنشورات الحقوقية ،بيروت، بدون سنة النشر.
48. عبد الحميد الأحدب، التحكيم أحكامه و مصادره، الجزء 1، مؤسسة نوفل للنشر لبنان، سنة 1999 .
49. عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم - التحكيم الدولي - الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، 2008

50. عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي و الداخلي في المواد المدنية و التجارية و الادارية، منشأة المعارف 1995
51. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الاثبات، دار النهضة العربية، 1982
52. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المصادر، الآثار - الأوصاف - الانتقال الانقضاء، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر سنة 2004
53. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الاول، نظرية الالتزام بوجع عام - مصادر الالتزام - ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، سنة 2000
54. عبد الصادق احمد محمد، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، دار القانون للإصدارات القانونية، القاهرة ، ط 6، 2014 .
55. عبد المنعم دسوقي، التحكيم التجاري الدولي والداخلي في القانون الجديد رقم 27 لسنة 1994، مكتبة مدبولي، القاهرة ، 1995
56. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1990
57. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، 2008
58. علي بركات، الرقابة على دستورية نصوص التحكيم، دار النهضة العربية، مصر، 2003
59. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، المجلد الرابع ، 2003
60. علي رمضان بركات ، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن ، دار النهضة العربية القاهرة ، طبعة 1، 1996
61. عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1 سنة 2010
62. عمر زودة، الاجراءات المدنية على ضوء آراء الفقه و القضاء، انسكلوبديا للنشر، بن عكنون-الجزائر، بدون سنة نشر
63. عمرو محمد المرايا، مشكلات المسؤولية المدنية في نطاق التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017

64. عوض محمد، قانون العقوبات- القسم العام- ، جامعة الإسكندرية، مصر 2000
65. عيد محمد القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، دراسة تحليلية مقارنة بين قانون المرافعات المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010
66. فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الاولى 2007
67. فؤاد علي القهالي، النظام القانوني لتنفيذ احكام المحكمين الداخلية - دراسة مقارنة - ، مكتبة القانون والاقتصاد، السعودية، الطبعة الاولى، 2013
68. قبايلي طيب، تعويلت كريم، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بلقيس، الجزائر، سنة 2000
69. كمال ابراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي مصر ، الطبعة الاولى 1991،.
70. كيرة حسن، المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية مصر، سنة 1974
71. لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية والقوانين المقارنة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر
72. ماجد راغب الحلو، العقد الاداري الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2007
73. الماوردي، الاحكام السلطانية، دار الحديث ، القاهرة ، 2006 .
74. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997 .
75. محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبدالله، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء الاول، دار الجيل - بيروت، 1973
76. محمد حسين منصور، قانون الإثبات" مبادئ الإثبات وطرقه، دون طبعة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1998
77. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، المطبعة العالمية، القاهرة 1952
78. محمد ماهر أبو العينين، و عاطف محمد عبد اللطيف، قضاء التحكيم، دراسة تحليلية بخصوص التحكيم الدولي والداخلي، بدون دار نشر، الكتاب الثاني، 2010
79. محمد مرعي صعب، مخاصمة القضاة، الجزء 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006

80. محمد نور عبد الهادي شحاتة، الرقابة على أحكام المحكمين، دار النهضة العربية، طبعة 1993
81. محمد حسن حامد، نظام التحكيم الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة أولى، 2007
82. محمدي فتح الله حسين، شرح قانون التحكيم والتحكيم الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2005
83. محمود السيد التحيوي ، التحكيم في المواد التجارية والمدنية وجوازه في منازعات العقود الادارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1999
84. محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف الاسكندرية مصر، 2003
85. محمود جمال الدين زكي، المبادئ العامة فيالاثبات، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 2001
86. محمود حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية مصر، 2007.
87. محمود سمير الشرقاوى، القانون التجاري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1976
88. محمود مختار البريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة 2، سنة 2004
89. محمود مختار البريري، قانون المعاملات التجارية ،الجزء الأول، دار النهضة العربية ،2000،
90. مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007 .
91. مصطفى العوجي، المسؤولية الجنائية في المؤسسة الاقتصادية، ط 1، مؤسسة نوفل، بيروت 1982
92. مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، 1998
93. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الاردني والمقارن، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر وتوزيع الاردن، 1998 .
94. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1995

95. منير عبد المجيد، الاسس العامة للتحكيم الداخلي والدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط 2000

96. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، القاهرة، منشأة المعارف، 1997

97. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1 سنة 2010

98. نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، الطبعة الاولى 2004

99. نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر مصر، 2006

100. نجيب احمد الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، المكتب الجامعي الحديث، صنعاء اليمن، 2006 .

101. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، سنة 2002

الكتب المتخصصة

1. إبراهيم رضوان الجغبير، بطلان حكم المحكم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009

2. أبو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، طبعة 1، دار ابو ماجد للطباعة ، القاهرة ، 2006

3. أبو العلا النمر، ميعاد التحكيم، دار النهضة العربية، ط1 ، 1999

4. أبو العلا النمر، الجداوي أحمد، المحكمون: دراسة تحليلية لإعداد المحكم، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة. 2002

5. أبو العلا علي أبو العلا، تكوين هيئات التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000

6. أحمد خليل، قواعد التحكيم - دراسة معمقة في طرق الطعن في القرار التحكيمي الصادر في تحكيم داخلي - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت لبنان ، 2003

7. أحمد محمد حشيش، طبعة المهمة التحكيمية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007

8. أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2008
9. أسعد فاضل منديل، احكام عقد التحكيم واجراءاته -دراسة مقارنة - منشورات زين الحقوقية ، دار نيبور للطباعة والنشر، العراق، سنة 2011
10. بن الصغير شهرزاد حسين، المركز القانوني للمحكم - دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون الجزائري -، دار الفاروق للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الاولى، سنة 2011
11. حامد ماهر محمد، النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر، عمان، 2011
12. الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2008
13. حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الاجراءات الوقتية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996
14. شحاتة غريب شلقامي، عقد المحكم بين تشريعات التحكيم وتطويع القواعد العامة في القانون المدني: دراسة تحليلية في ظل التشريعات العربية والفقہ الاسلامي، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2015 .
15. الشрман ناصر محمد ، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، مركز الدراسات للنشر والتوزيع، مصر ، الطبعة الاولى 2015
16. عادل محمد خير، حضانة المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة ،مصر، سنة 1997
17. عدنان يوسف محمد الحافي، النظام القانوني للمحكم في القانون الفلسطيني، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2008
18. علي أحمد الطشي، مبدأ الإختصاص بالإختصاص في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009
19. علي الشحات الحديدي، التدابير الوقتية والتحفظية في التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية ، 1998
20. علي خالد الفقيه، تشكيل هيئات التحكيم رضاء وقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة ، سنة 2009

21. العوا فاطمة، عقد التحكيم في الشريعة والقانون، المكتب الاسلامي بيروت، الطبعة الأولى، 2002
22. عيد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط 2، دار النهضة العربية، 2010
23. قحطان عبد الرحمان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، مطبعة الخلود، بغداد، العراق، الطبعة الاولى، 2011
24. كرم محمد زيدان النجار، المركز القانوني للمحكم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010
25. ماهر محمد حامد، النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011
26. محمد نظمي صعابنة، مسؤولية المحكم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2008
27. محمد نظمي محمد صعابنة، مسؤولية المحكم المدنية -دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2008
28. محمد نور عبد الهادي شحاتة، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1997
29. محمد نور عبد الهادي شحاتة، الرقابة على أعمال المحكمين، موضوعها و صورها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993
30. منح متري، مداخله بعنوان هل يجوز للقاضي أن يكون محكما، الملتقى القضائي التحكيمي بלבنا، المركز اللبناني للتحكيم - غرفة التجارة والصناعة في بيروت، مطبعة صادر 2005
31. منير يوسف المناصير، التزامات وسلطات المحكم في الاثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة - الدار العملية للنشر والتوزيع، الاردن، الطبعة الاولى، 2016
32. مهدي احمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2005
33. هدى محمد مجدي عبد الرحمان، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1997

34. هشام خالد، تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة الدولية، منشأة المعارف ، الاسكندرية القاهرة، 2008

35. وفاء فاروق محمد حسن، مسئولية المحكم، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، ط1، 2008

36. يوسف سحر عبد الستار، المركز القانوني للمحكم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2006

الرسائل الجامعية

1. أبي إسماعيل بكير، التحكيم الداخلي وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجزائر، 2015

2. احدادن الطاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق جامعة تيزو وزو ، سنة 2012

3. أسعد عمر قاسم شجراوي، وسيلة التحكيم التجاري الدولي في الدول العربية، اطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق 2014

4. أشجان فيصل شكري داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وطرق الطعن به ، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين 2008

5. أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام و التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دراسة في قضاء التحكيم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1996

6. باسود عبد المالك، حماية الاستثمارات الاجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2015

7. باكلي نور الدين، إتفاق التحكيم في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، سنة 1996

8. جارد محمد، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، سنة 2018

9. حازم المرابط، مهمة المحكم، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية سلا، السنة الجامعية، سنة 2009

10. حامد ابراهيم الخليل، انتهاء مهمة المحكم والاثار القانونية والمرتبة عن ذلك، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة جرش، الاردن، 2018
11. حميد محمد اللهيبي، المحكم في التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراة، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، سنة 2002
12. داود سلمان داود العزاوي، صلاحيات المحكم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، سنة 2015
13. عصنون عبد الكريم، النظام القانوني للمحكم في الميدان التجاري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الادارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 2016
14. علي تبريتي، المحكم الدولي ما بين القواعد القانونية و القواعد الدولية ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، سلا، سنة 2007
15. عيادي فريدة، سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001
16. قطاف حفيظ، مجال تدخل القضاء في خصومة التحكيم التجاري الدولي على ضوء قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد (08-09) ، رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة سطيف 02 ، 2015
17. ماهر محمد صالح عبد الفتاح، إتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
18. مصعب محمد الطراونة، استقلال وحياد المحكم في التحكيم التجاري الدولي -دراسة مقارنة - ،رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الاردن 2011
19. هشام قائد عبد السلام الشميري، النطاق الموضوعي لسلطات المحكم، دراسة مقارنة في القانون اليمني والمصري، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة صنعاء اليمن، 2010
20. وفاء فاروق محمد حسني، مسؤولية المحكم، أطروحة دكتوراة، غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 2008
21. يوسف حسني الحر، صلاحية اتخاذ التدابير التحفظية والوقائية في الاعمال التحكيمية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الاوسط، فلسطين، 2014

المجلات والدوريات

1. إبراهيم الملا، مسؤولية المحكم، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، أكتوبر 2010
2. ابراهيم رضوان الجغبير، مسؤولية المحكم المدنية عن الإخلال بالتزاماته، مجلة جامعة العلوم التطبيقية ، مملكة البحرين، المجلد الثالث، العدد 1، سنة 2019
3. أحمد الورفلي، الإتجاهات التشريعية والقضائية في بلدان المغرب العربي في ميدان التحكيم، المجلة التونسية للتحكيم، العدد الثاني، مطبعة علامات تونس، 2000
4. أحمد رضوان الجغبير، مسؤولية المحكم عن الاخلال بالتزاماته، مجلة جامعة العلوم التطبيقية، كلية الحقوق، جامعة لعلوم التطبيقية، مملكة البحرين، المجلد 3، العدد 1، 2019
5. أرشد طه خطاب، فراس سامي حميد، مسؤولية المحكم التقصيرية في الفصل في النزاع التحكيمي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد خاص بابحث المؤتمر العلمي الدولي الثالث لكلية بلاد الرافدين الجامعة ، جامعة ديالي، العراق، سنة 2020
6. أكثم أمين الخولي، تنفيذ أحكام التحكيم الدولية طبقا للقانون الجزائري الجديد، مجلة التحكيم، العدد الخامس يناير 2010
7. باسود عبد المالك، ماهية النظام العام الدولي في التحكيم التجاري الدولي، مجلة المعيار، جامعة تسمسليت، المجلد 05، العدد 09، سنة 2014
8. بدر أشهبون، التحكيم الداخلي والدولي في القانون المغربي والقانون المقارن، مجلة القانون والاعمال تصدر عن كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الاول - سطات، المغرب، مطبعة فريز، 2017
9. بشير سليم، إصدار الحكم التحكيمي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد 08-09 المؤرخ في 25-02-2008، مجلة الاحياء، كلية العلوم الاسلامية، جامعة باتنة 1، المجلد 12، العدد 1، سنة 2010
10. بوصنبورة خليل، التدخل القضائي في مجال التحكيم الدولي في التشريع الجزائري ، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2006
11. تعويلت كريم، التحكيم الداخلي في القانون الجزائري -مقتضيات تشجيعة وتفعيله - المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد 8، العدد 2 خاص، سنة 2017

12. تعويلت كريم، الرقابة القضائية على اختصاص المحكم، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد 5، العدد 2، سنة 2014 .

13. جمال محمود الكردي، الفرق بين دعوى التحكيم في القانون الداخلي ودعوى التحكيم في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم للمؤتمر العملي لكلية الحقوق - جامعة طنطا " القانون و الاستثمار"، 29-30 افريل 2014

14. الحسين السالمي، الاختصاص الاستعجالي في التحكيم،مجلة القضاء التجاري، الرباط عدد 05 ، سنة 2015

15. حورية يسعد، التحكيم التجاري الدولي طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر المجلد 47، العدد 01، 2010

16. رقية عواشرية، التحكيم المؤسسي ودوره في تحقيق الذاتية الخاصة للمنازعات البحرية، مقال منشور في مجلة دفاتر القانون والسياسة ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، العدد 2 لسنة 2009

17. زرqون نورالدين، مقال بعنوان الدور المساعد للقاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي" دراسة حالة المساعدة في تعيين المحكمين"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد (12) ، جانفي 2015

18. سالم خلف ابو قعود، الحيدة شرط لاختيار المحكم، مجلة علوم الشريعة والقانون ، المجلد 42 ، العدد 3، سنة 2015

19. سامي بلعابد، انعقاد الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري ، مجلة الحوار الفكري ، مخبر الدراسات الانسانية والعلوم الاجتماعية، جامعة أدرار، المجلد 12، العدد 14، سنة 2017

20. سعد حسين عبد ملحم، دور التحكيم في تشجيع الاستثمار النفطي، مجلة البحوث والدراسات النفطية، كلية القانون-جامعة الفلوجة، العدد 30، سنة 2021

21. سونا عمر عبادي، احمد عباس الباز، سلطة هيئة التحكيم واختصاصها في إجراءات التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون النموذجي "اليونسترال"، المجلة الاردنية للدراسات الاسلامية، المجلد 12، العدد الأول، 2016

22. سيد أحمد محمود، إجراءات التحكيم، ورقة عمل مقدمة إلى الدورة الثالثة لتأهيل المحكمين العرب التي نظمها الغرفة العربية للتوفيق والتحكيم في الفترة من 30 مارس 2006، دار الضيافة، جامعة عين شمس
23. سيد أحمد محمود، تحكيم الطوارئ في منازعات الاستثمار، 2015
24. شعران فاطمة، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي تيسمسيلت، الجزائر، العدد الثاني، ديسمبر 2016
25. الشهابي ابراهيم الشرقاوي، مصطفى أبو العينين، الطبيعة القانونية لعلاقات التحكيم و المسؤولية المدنية الناشئة عنها، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة عجمان للعلوم والتكنولوجيا، الامارات العربية المتحدة، العدد الأول، 1 يناير 2013
26. عبد الحميد الاحدب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم، الجزء الاول، قسم الوثائق، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والاشهار 2009
27. عبد الحميد الأحدب، مسؤولية المحكم، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، سنة 2000
28. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، هيثم عادل ابراهيم، الاطار القانوني لسلطة المحكم المفوض بالصلح، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون جامعة بابل، العراق، العدد الاول، سنة 2020
29. عزمي عبد الفتاح عطية، إجراءات رد المحكمين في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة الثامنة، العدد الرابع، ديسمبر 1984
30. العيساوي حسين، الحصانة القضائية للمحكم بين الإطلاق والتقييد، مجلة المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، العدد 4 لسنة 2017
31. غني امينة، لجوء الاشخاص المعنوية العامة للتحكيم، مجلة قانون النقل والنشاطات المينائية، جامعة وهران 02، المجلد 04، العدد 1، سنة 2017
32. فاطمة الزهراء ليراتني، حق الدفاع في خصومة التحكيم في البيوع التجارية، مجلة الباحث في العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة محمد الشريف مساعدي سوق اهراس، الجزائر، العدد الاول، جوان 2019

33. قمر عبد الوهاب، لا أثر لشرط التحكيم على اختصاص القضاء المستعجل بإصدار الإجراءات المؤقتة والتحفظية في النزاع موضوع اتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 23-03-1985، مجلة التحكيم، العدد السابع يوليو 2010
34. لافي محمد دراركة، الاتجاهات الحديثة لمسؤولية المحكم وموقف القانون الكويتي منها، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد 4- الجزء الاول - ماي 2019
35. لعجال يسمينة، ربيعة رضوان، حتمية تدخل القاضي الوطني في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد التاسع، الجزائر، 2018
36. مجدي راغب فهمي، مفهوم التحكيم وطبيعته، مجلة كلية الحقوق، جامعة الكويت، العددان الأول والثاني لسنة 1993
37. محمد شلال العاني، أضواء في القضاء والتنظيم القضائي، دراسة مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، الامارات العربية المتحدة، المجلد السادس، العدد الثاني، جوان 2009
38. محمد محمود أبو ليل، التحكيم رديفا للقضاء في حل المنازعات - دراسة فقهية - المجلة الاردنية للدراسات الاسلامية، كلية الشريعة، جامعة الاردن، المجلد 16، العدد 3 لسنة 2020
39. نادية محمد مصطفى قزمار، سلطة المحكم باصدار احكام مستعجلة، مجلة بحوث جامعة الشرق الأوسط، العدد 49، 2019
40. محمود سمير الشرقاوي، الإجراءات المؤقتة والتحفظية في مجال التحكيم التجاري، مجلة التحكيم العالمية، عدد 18، أبريل 2013
41. مصطفى الجمال، امتداد شرط التحكيم خارج الاطار التقليدي للعقد المتعلق به، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، لبنان، العدد السابع، 2001
42. نجلاء توفيق فليح، تنازع الاختصاص بين القضاء وهيئة التحكيم في اتخاذ التدابير التحفظية والمؤقتة، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة عجمان، الإمارات العربية المتحدة، المجلد 13 العدد 04 لسنة 2020

43. نظام جبار طالب، تتنازع الثقافات القانونية بين السرية والافصاح عن قرارات التحكيم التجاري الدولي، تقييم نقدي للاتجاهات المتعارضة، مجلة اوروك، جامعة المثنى كلية التربية للعلوم الاسلامية، المجلد 11، العدد 2، سنة 2018.

النصوص القانونية

1. القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق لـ 06 سبتمبر 2004 يتضمن القانون الاساسي للقضاء (الجريدة الرسمية رقم 57 لسنة 2004)
2. قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008 (ج . ر العدد 21 لسنة 2008 م)
3. الأمر رقم 356/88 مؤرخ في 38 صفر 3588 ،الموافق لـ 8 جوان 3888 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل المتمم ، (ج. ر عدد رقم 47 لسنة 1966.) (ملغى)
4. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم، يتضمن القانون المدني (ج. ر رقم 78 لسنة 1975)
5. الأمر رقم 74-59 المؤرخ في 28 سبتمبر 1974، المعدل والمتمم، يتضمن القانون التجاري
6. القانون رقم 05-01 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق لـ 06-02-2005 يتعلق بالوقاية من تبويض الأموال وتمويل الارهاب ومكافحتها المعدل والمتمم (ج ر عدد 11 بتاريخ 09-02-2005).
7. القانون رقم 06 - 01 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق لتاريخ 20-02-2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (ج. ر عدد 4 بتاريخ 08-03-2006)
8. المرسوم الرئاسي رقم 99-234 المؤرخ في 9 رجب عام 1420 الموافق 19 أكتوبر سنة 1999، يتضمن إحداث اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة (الجريدة الرسمية رقم 74 لسنة 1999)
9. الجريدة الرسمية للمناقشات بالمجلس الشعبي الوطني، السنة الاولى رقم 47 الصادرة بتاريخ 28-01-2008 للفترة التشريعية السادسة الدورة العادية، الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 06-01-2008 لدراسة مشروع القانون المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.

10. قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل بموجب المرسوم رقم 354 لسنة 1980 المؤرخ في 14-05-1980 والمعدل بالمرسومين : رقم 500 لسنة 1981 المؤرخ في 12-5-1981 والمرسوم رقم 48 لسنة 2011 المؤرخ في 13-01-2011
11. قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 المعدل والمتعم بالقانون رقم 09 لسنة 1997 والقانون رقم 08 لسنة 2000 .

قرارات قضائية

1. قرار المحكمة العليا بتاريخ 29-12-2004 في الملف رقم 326706، منشور في مجلة المحكمة العليا العدد الثاني لسنة 2004 ص 153
2. قرار المحكمة العليا بتاريخ 18-04-2007 في الملف رقم 461776، منشور في مجلة المحكمة العليا العدد الثاني لسنة 2007 ص 207
3. قرار المحكمة العليا بتاريخ 07-05-2008 في الملف رقم 528940، منشور في مجلة المحكمة العليا العدد الأول لسنة 2008 ، ص 185
4. قرار المحكمة العليا بتاريخ 18-03-2010 في الملف رقم 543309، منشور في مجلة المحكمة العليا العدد الاول لسنة 2010 ص 146
5. قرار المحكمة العليا بتاريخ 04-07-2012 في الملف رقم 791649، منشور في مجلة المحكمة العليا العدد الثاني لسنة 2012، ص 211
6. قرار المحكمة العليا بتاريخ 05-05-2011 في الملف رقم 662541، منشور في مجلة المحكمة العليا العدد الاول لسنة 2013، ص 183
7. قرار المحكمة العليا بتاريخ 07-11-2013 في الملف رقم 914221، منشور في مجلة المحكمة العليا العدد الثاني لسنة 2013، ص 216
8. قرار المحكمة العليا بتاريخ 14-10-2015 في الملف رقم 1037542، منشور في مجلة المحكمة العليا العدد الثاني 2015، ص 189
9. قرارات للمحكمة العليا بتاريخ 14-11-2019 في الملفين رقم 1391275 و رقم 1392935 منشورين بمجلة المحكمة العليا العدد الثاني لسنة 2019، ص 108-114
10. قرار المحكمة العليا بتاريخ 16-1-2020 في الملف رقم 1340362 منشور في مجلة المحكمة العليا العدد الاول لسنة 2020 ، ص 93

المواقع و الروابط الالكترونية

- <https://www.bensaudeparis.com/actualit%C3%A9s/>.
- <https://www.cairn.info/revue-empan-2015-3-page-105.htm>
- <https://www.coursupreme.dz>
- <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar>.
- <https://www.caci.dz/fr/Arbitrage->
- https://crica.org/rules/arbitration/2011/cr_arb_rules_ar.pdf
- <https://iccwbo.org>
- <https://maqam.najah.edu/legislation/158https://www.adr.org/>
- <https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails>
- <http://www.jcca.org.jo/userfiles/file>
- https://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION_REPORTS/..
- http://memoire.jm.upsud.fr/affiche_memoire.php?fich=3971&diff=public
- <https://repository.library.northeastern.edu/files/neu:333082/fulltext.pdf>
- <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-0137250>
- <https://www.courdecassation.fr/acces-rapide-judilibre>
- <https://www.academia.edu/36534744/>
- <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-03542335/document>

الوثائق :

- قواعد التحكيم بالغرفة التجارية الدولية بباريس (ICC) منشورة على الموقع :
<https://iccwbo.org>
- قواعد مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، منشورة على الموقع :
https://crica.org/rules/arbitration/2011/cr_arb_rules_ar.pdf
- قواعد التحكيم بالغرفة الجزائرية للصناعة والتجارة (caci) منشورة على الموقع :
- <https://www.caci.dz/fr/Arbitrage->

Ouvrages

1. Alan Redfern, Martin Hunter et Marray Smith, « droit et pratique de l'arbitrage commercial international », Traduit de l'anglais en français par Eric Robine , LGDJ ,2^{em} edition,1994.
2. Alexandre Kojève,« Esquisse d'une phénoménologie du droit » ,Gallimard,coll. Bibliothèque des idées,ed posthume,1981
3. Alfred Bernard , « L'arbitrage volontaire en droit privé. L'arbitrage en droit interne belge et français », étude critique comparée. Paris, LGDJ., 1937
4. Antoine Kassis :« Théorie générale des usages du commerce (droit comparé, contrats et arbitrages internationaux, lex mercatoria), LGDJ,1984.
5. Boisseson Matthieu,« Le droit français de l'arbitrage interne et international » 18ème édition 2019.
6. Bruno Oppetit : « Théorie de l'arbitrage ». PUF, coll. Droit, éthique, société, 1998.
7. Bruno Oppetit :« Philosophie de l'arbitrage commercial internationa », JDI 1993,publié aussi in B.Oppetit :Théorie de l'arbitrage.PUF,coll. Droit,éthique ,société,1998
8. Bruno Oppetit :« Le droit international privé, droit savant (Volume 234)» , in Recueil des cours 1992 III, Boston : Martinus Nijhoff Publishers
9. Catherine Blanchin :« L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ? » préface H.Gaudemet-Tallon.LGDJ,coll. Travaux de recherches Panthéon-Assas (Paris 2), droit ,1995

10. Charle Jarrosson,« Ethique, déontologie et normes juridiques dans l'arbitrage», L'Ethique dans l'arbitrage, Actes du colloque Francarbi, Bruylant, 2011
11. Charles Jarrosson :« la notion de l'arbitrage » LGDJ ,coll. Bibliothèque de droit privé,t,198,1987
12. Christian Gavalda et Cave De Lucas De Leyssac : « L'ARBITRAGE » ; DALLOZ, .1993
13. Claude Reymond :« Le président du tribunal arbitral », in Mélanges Pierre Bellet. Litec, 199
14. Claude Reymond :« Note sur l'avance des frais de l'arbitrage et sa répartition», in Études de procédure et d'arbitrage . Mélanges Jean-François Poudret. Faculté de droit de Lausanne, 1999 coll. Études juridiques comparatives, 1982
15. Dictionnaire le petit robert 1, paris ,1978
16. Elie Bertrand,« Confidentialité de l'arbitrage, évolution ou mutation après l'affaire Esso», RDAI 1996
- 17.Emmanuale Putman,« Contentieuxéconomique » ,PUF,coll.Thémis-droit privé,1998
18. Emmanuel Gaillard et Pierre de Lapasse:« Le nouveau droit français del'arbitrage interne et international », Dalloz, 2011
19. Eric Loqin : La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage, RTD com. 2011
20. Eric Loquin « Les pouvoirs des arbitres internationaux á la lumière de l'évolution récente du droit de L'arbitrage international » , J.D.I,1983
21. Étienne Bartin : principes de droit internationale privé selon la loi et la jurisprudence. Domat Montchrestien,t. 1^{er}, 5^e ed,1930
22. F. E. Klein: « Considerations sur l'arbitrage en droit international privé », Bale, 1955
23. Fouchard Philippe ,Gaillard Emmanuel ,Goldman Berthod :« Traité de l'arbitrage commercial international » , Litec , 1996

24. Fouchard Philippe, préface thèse, « L'arbitrage commercial international et l'ordre public », J-B Racine, LGDJ, 1999
25. George Vedel : « L'arbitre et la corruption », colloque de l'AFA, 1995
26. Georges Bolard: « L'arbitraire du juge », in Le juge entre deux millénaires. Mélanges Pierre Drat. Préface de J. Foyer. Dalloz, 2000
27. Gérard Cornu, « Vocabulaire juridique ». Association Hinrich Capitant, PUF. 8ème. 2000
28. Gérard Cornu : « Linguistique juridique ». Montchrestien, coll. Domat-droit privé, 2e éd., 2000
29. Gérard Cornu et Jean Foyer « procédure civile » PUF, coll. Thémis-droit privé, 3^e éd 1996 ,
30. Gérard Cornu, « Le règne discret de l'analogie », in Mélange André Colomier. Litec, 1993,
31. Gérard Cornu, « l'art du droit en quête de sagesse ». PUF, coll. Doctrine juridique, 1998
32. Glasson, Tissier, Morel : « Traité théorique et pratique de l'organisation judiciaire de la compétence et de procédure civile », Sirey Dalloz, 3ème ed .
33. Hamel et Lagard : « Droit commercial », Tome I, 1980
34. Henri Battifol : « l'état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouest, journal du droit international » JDI , 1973
35. Henri Motulsky: « la nature de l'arbitrage » Écrits. Études et notes sur l'arbitrage. Dalloz, t.2, 1974
36. Henry Solus et Roger Perrot : « Droit judiciaire privé ». Sirey, 1973, t2
37. J -L. Delvolvé: « Le droit à l'arbitre », colloque de l'AFA, 28 sept. 1994, Publications de l'AFA,;
38. Jacqueline Rubellin-Devichi : « l'arbitrage, nature juridique, droit interne et droit internationale privé ». Thèse Lyon, éd. LGDJ . 1965.
39. Jean Denis Bredin : « Le secret du délibéré arbitral », in Mélanges Pierre Bellet. 2. Litec, 1991

40. Jean Domat : « Les lois civiles dans leur ordre naturel ; le droit public, et Legum delectus. A. Chevallier, Luxembourg, 2e éd., 1702, spéc. Tome I^{er}, livre I^{er}, titre XIV « Des compromis », Preamble
41. Jean Robert ; « L'arbitrage en droit Interne et droit International Privé » ; 6^{éd} Dalloz 1993
42. Jean Robert, « Arbitrage civil et commercial, droit interne droit international privé », 5^{em} éd, Dalloz, 1993
43. Jean Robert, « Arbitrage Droit interne , Droit international privé », Dalloz, éd. N° 1, 1993
44. Jean-François Poudret et Sebten Bessen, « droit compare de l'arbitrage international » , Bruxelles, L.G.D.J. 2002
45. Karl Geiler : « L'ordre juridique de l'économie allemande (Contribution au problème juridique de l'institution) », traduit par P. Roubier et H. Mankiewicz, in Introduction à l'étude du droit comparé. Mélanges Edouard Lambert. Préface de P. Garraud. Sirey-LGDJ, 1938, t.3
46. M. Frison-Roche , « l'impartialité du juge » , 6e cahier , Chron , paris , 1999
47. Maezger Ernest : « La jurisprudence française relative aux sentences arbitrales étrangères et (4) la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de droit privé », Mélanges - Maury, Paris 1960, T. I.
48. Malaurie Philipe : « Rapport de synthèse, in L'ordre public à la fin du XXe siècle », Dalloz, 1996
49. Marie-Claire , « justice Arbitrage » , revue générale de droit processuel N° 5 janvier , Mars, Dalloz 1997
50. Matthieu de Boissésou, « Réflexions sur l'espace et le temps dans l'arbitrage international » , in mélanges Pierre Bellet. Litec, 1991
51. Matthieu de Boissésou, « Droit français de l'arbitrage interne et international », GLN Joly, 1990.

52. Neil Mac Cormick: « Raisonement juridique et théorie du droit ». Trad. J. Gagey. PUF, coll. Les voies du droit, 1996
53. Paul Level : « Breves réflexions sur l'office de l'arbitre » , in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? , Mélanges Roger Perrot. Dalloz, 1996,.
54. Paul Lagarde ,« Approche critique de la lex mercatoria », in Le droit des relations économiques internationales. Mélanges Berthold Goldman. Litec, 1982
55. Philippe Fouchard: « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges Gérard Farjat. Frison-Roche, 1999
56. Philippe Malaurie et Laurent Aynès :« Droit civil. S  uret  s. Publicité foncière ». Cujas, 10   éd. par L. Aynès,2000
57. Piere Bellet :«Présentation de la chronique des décisions de procédure », JDI 1993
58. Piere Hébraud :« la juridiction arbitrale et la notion de comp  tance » ,RTD civ ,1962
59. Piere Hébraud :« Le rôle respectif de la volonté des éléments objectifs dans les actes juridiques » in mélange Jacques Maury. préface de G. Marty.Dalloz-Sirey,Université Des sciences sociales de Toulouse, 1960,t2
60. Pi  re Lalive, Jean-François Poudret et Claude Reymond: « Le droit de l'arbitrage interne et internationale en suisse ».Payot,Lausane,1989.
61. Pierre Crocq: « le droit à une tribunal impartial »,in R. Cabrillac,M.A. Frison-Roche et Th.Revet (sous la direction de) :Libertés et droit fondamentaux. Dalloz,6     d,2000
62. Pierre Mousseron:«Conduite des négociations contractuelles et responsabilité délictuelle », RTD com. 1998
63. Raymond Monier, « Petit Vocabulaire de Droit Romain »,Domat Montchrestien,coll. Lucerna Juris,3     d,1942, V   Receptum Arbitrii.

64. René David : « Le commerce international L'avenir de l'arbitrage », in
Mélanges Martin Domke. Martinus Nijhoff, La Haye, 1967,
65. René David: « Arbitrage international ou arbitrage étranger», *in*
Mélanges Hans G. Ficker, Préface de M. Ferid. Alfred Metzner,
Frankfurt, Berlin, 1967,
66. René .David , « Droit naturel et arbitrage », *in Natural law and world*
low. Mélange Kataro tanaka, Yuhikaku, Tokyo 1954
67. Roger Perrot ,« Institutions judiciaries », LGDJ, 15e edition ,2012
68. Santa Romano: « L'ordre juridique », introduction de Ph. Francescakis.
Traduction de L. François et P. Gothot. Dalloz, coll. Philosophie du
droit, 1975, page 174 / (édition italienne de 1946)
69. Sophie Crépin : « Les Sentences Arbitraires Devant Le Juge Français »,
Paris, 1995, (1) L.G.D.G.
70. Taaritani Mostefa, « Droit Algerien de l'arbitrage commercial
international », Berti Editions, Alger, 2007
71. Terki Noureddine : «L'arbitrage commercial international en
Algérie » , O.P.U, 1999
72. Terki Noureddine, « l'arbitrage commercial international en Algérie »,
OPU Alger 1999
73. Thomas Clay, «L'arbitre est-il un être normal ? », Mélanges R.
Badinter, Dalloz, 2016
74. Tomas Clay ,« L'arbitre », nouvelle bibliothèque de Thèses, Dalloz, Vo
2, 2001
75. Yves Guyon, « droit des affaires ». Tome 1 droit commercial général et
société ». 10ème édition. Ecomica paris 1998

Thèse et memoires

1. Ahmed Alaâ Toumlilt, La dualité de l'arbitrage : « Analyse critique de la
loi 08-05 », Tome I, thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit de
Grenoble, Université Pierre Mendes, France, 2010

2. Akentour Anissa, « le contrat d'arbitre en droit international », Mémoire Master 2 Droit des contrats, Université Paris-sud Faculté de Droit Jean-Monnet, 2014
3. Bencheik Noureddine, « l'arbitrage dans les relations commerciales Internationales de l'Algérie », thèse de doctorat d'état, Université du Maine, France, novembre 1992.
4. Crystelle Sanchez Saez, « Usages et Arbitrage » ;Thèse de doctorat ; Délivré par l'Université de Montpellier Préparée au sein de l'Ecole Doctorale Droit et Science politique et de l'Unité de Recherche Centre du Droit de l'Entreprise (CDE) Spécialité : Droit privé et sciences criminelles , Soutenue le 04 juillet 2017
5. Ebru AY, La validité de la convention d'arbitrage en droit Turc et comparé de l'arbitrage international, Thèse de doctorat en droit, faculté de droit et des sciences économiques, université Paris I Panthéon- Sorbonne, 2009
6. Hocine Farida, « L'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international », Thèse pour le Doctorat en Droit, Université Mouloud Mammeri de Tizi-Ouzou, Faculté de Droit et Sciences Politiques, 20 Juin 2012
7. José Carlos Fernández Rozas, « Arbitrage interne et international , la réglementation soi-disant unitaire en Espagne », Actes du colloque de Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne du 2 octobre 2009, Librairie Droz, Genève 2010.
8. Matthieu Moreau-Cucchi «La responsabilité civile de l'arbitre », Thèse de doctorat de l'université Paris-Saclay, soutenue le 30 novembre 2021
9. Matthieu Moreau-Cucchi « La responsabilité civile de l'arbitre ». Thèse de doctorat, faculté du Droit . Université Paris-Saclay, 2021
10. Mohammed Zeffiri, «L'arbitrabilité des litiges, selon le code procédure civile et administrative Algérien » ,mémoire Magistère ,faculté du droit université d'oran, 2010 .

11. Philipe Théry :« pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit internationale privé) » Thèse Paris 2 ,sous la dirction de Roger Perrot ,dact.,soutenu en nov .1981
12. Sayed Mahmoud: « Le Principe du contradictoire dans la procedure civile en France et en Egypte », Thèse, Rennes, 1990
13. Sophi Crépin; « Les Sentences arbitrales, devant le juge francais », Thèse de. Université Paris2, 1994
14. Toussaint Gallaux : « la dénationalisation de l'arbitrage commercial international ». Thèse Paris 2 soutenue le 24 juin 1998

– Articles et communications

1. Adbul Hamid El-Ahdab: «La loi libanaise sur l'arbitrage », Rev. ord. avoc. 1994
2. Alexandre de Fontmichel, « Droit pénal et arbitrage, une question d'actualité »,article Posté le 24-03-2015 sur le cite internat : <https://www.magazine-decideurs.com/news/droit-penal-et-arbitrage-une-question-d-actualite> .
3. Alexandre Ditchev :« le contrat d'arbitrge », étude sur le contrat ayant pour objet la mission d'arbitrer, in Rev,arb.1981
4. Alexandre Hory: «Mesures d'instruction in futurum et arbitrage », Rev. arb 1996.
5. Bedjaoui Mohmed, « L'évolution des conceptions et de la pratique algériennes en matière d'arbitrage international, «nécessité ou fatalité» Revue Mutations N°03, Alger 1994
6. Bellet et Mezger : « L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civil », Rev.Crit, 1981
7. Belletp ,le juge-arbitre ;revue de l'arbitrage ,1980
8. Bertrand Moreau « lintervention du tribunal au cours de la procédure arbitral en droit français et droit compré » ,Rev.arb.1978
9. Cécil Chainais ;« L'arbitre, le droit et la contradiction » ,Revue de l'arbitrage ,n°1 2010

10. Charles Jarrosson ,Compte rendu de :« La procédure arbitrale et l'indépendance des arbitres » ,6° colloque CCI-CIRDI-AAA, Paris, 27 oct. 1988, Rev. arb. 1988.
11. Charles Jarrosson, Intervention aux débats in « Les institutions d'arbitrage en France, le choix des arbitres ». Travaux du Comité français de l'arbitrage, Paris, 19 juin 1990, Rev. arb. 1990.
12. Charles Jarrosson :« Rapport de synthèse sur l'efficacité de l'arbitrage », in colloque « Actualités de l'arbitrage au Liban », 16-17 mars 1995, Gaz. P. 14-15 févr. 1996,
13. Charles Jarrosson :« Remarques sur le contrat d'arbitrage, à propos de l'irrecevabilité du recours en annulation pour contester les honoraires des arbitres », note sous Paris 19 déc. 1996, Rev. arb. 1998
14. Claire Debourgle, Obligation de révélation de l'arbitre et obligation de s'informer à la charge des parties : un équilibre encore perfectible, 12 décembre 2019 sur le cite internat <https://www.dalloz-actualite.fr> . vue le 17-04-2022
15. D. Byrne : « Le versement d'avances sur honoraires aux arbitres dans les arbitrages CCI », Bull. CIA de la CCI, vol. 7 n° 2, 199
16. Diane Sytsma, « Responsabilité et immunité de l'arbitre, Le blog du master arbitrage et commerce international » , p.p.1 Voir le lien elc
17. Emmanuel Gaillard : « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », Rev. arb. 1990
18. Emmanuel Gaillard, Charles Jarrosson, Eric Loquin, Mathieu dBoisséon :« Intervention aux débats in « Les institutions d'arbitrage en France » .Travaux du Comité français de l'arbitrage,Paris, 19 janv.1990,Rev.arb.1990
19. Filali Osman : « Les principes généraux de la lex mercatoria », Préface de Eric Loquin .LGDJ,coll. Bibliothèque de droit privé,t. 224,1992. Résumé Thèse de doctorat en Droit privé du F.Osman mentionné dans le cite internat : – <https://www.theses.fr/1991DIJOD005>

20. Fragistas N. ,« Arbitrage étranger et arbitrage international en droit international privé », Rev. crit, 1960,
21. Henri Solus , « intervention aux débats (le juge et l'arbitrage) » ,11^e colloque des instituts d'études judiciaires, Dijon,6-8 oct. 1977,Rev.arb.1980.
22. Thomas Clay,« Un bon arbitre ne doit pas avoir peur de déplaire aux parties » , Interviews avec Séverine Tavenec le 19 septembre 2020 en ligne : <https://www.lepetitjuriste.fr/> , vue le 11-04-2022
23. Issaad Mohand,« La nouvelle loi algérienne relative à l'arbitrage international », Rev.Arb, n° 3, 2008
24. Jacque Mestre :« Privilèges. Droit de rétention. Présentation générale », Domaine J.-C. civ., art. 2092-2094, Fasc. 10 (mai 1995, mise à jour en mai 2000)
25. Jan Paulsson et Nigle Rawding, « Les aléas de la confidentialité », Bull. CCI 1994, vol. 5
26. Jean Baptiste Moreau: « La signification des sentences arbitrales », note sous Cass. 2^o civ 15,.tère, 1995, Rev, arb. 1996.
27. Jean Loui Delvolvé:« L'instance arbitrale», Arbitrage et propriété intellectuelle. Colloque IRPI Henri-Desbois, 26 janv. 1994. Librairies techniques, coll. Le droit des affaires Propriété intellectuelle, n° 12, 1994,
28. Jean Robert :« La dénaturation par l'arbitre. Réalités et perspectives », Rev, arb.1982
29. Jean Robert : « l'annulation de la sentence pour violation des droit de la défense et la caducité du compromis par épuisement des pouvoirs des arbitres ayant rendu leur sentence » ,note sous Cass. 2^e civ ; 17 juill. 1978,Rev.arb.1979.
30. Jean-Denis Bredin :« La révélation. Remarques sur l'indépendance de l'arbitre en droit interne français », in Études de procédure et d'arbitrage. Mélanges Jean-François Poudret. Faculté de droit de Lausanne, 1999,

31. Jean-Louis Delvolve : « Vraies et fausses confidences ou les petits et les grands secrets de l'arbitrage », Rev. arb. 1996
32. La contradiction de motifs n'est même plus contrôlée lors d'un recours en annulation contre la sentence (Cass. 1^{re} civ., 11 mai 1999 (Ste Rivers), Rev. arb. 1999.811 (1^{re} esp.), note E. Gaillard : RTD com. 2000.
33. Léonor Jandard, La relation entre l'arbitre et les parties, critique du contrat d'arbitre, Thèse de doctorat, soutenue en 2018 à Paris 10
34. Marc Henry : « Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente », Revue de l'arbitrage, Comité Francis de l'arbitrage N02 Paris- 1999
35. Marc Henry, « La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive », Les cahiers de l'arbitrage, 2015,
36. Marie- Alen Frison-Roche (sous la direction de): « De l'injuste au juste ». Colloque des 27-28 janv. 1995. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1997
37. Matthieu Gaudet : « la coopération des juridiction étatique à l'arbitrage institutionnel », Bull, Ass, suis. arb. 1988
38. Michael Crowell, « Basic of judicial immunity », UNC school of government, University of north Caroline, 2008,
39. Mohamed El Mehdi Najib, « L'intervention du juge dans la procédure arbitrale », Université de Bordeaux, Français, 2016 .
40. Philipe Fouchard : « Les rapports entre l'arbitre et les parties et l'institution arbitrale », in « Le statut de l'arbitre ». 12 colloque CCI-CIRDI-AAA, Paris, 17 nov. 1995, Bull. CIA de la CCI (spécial). ICC Publishing n 564, 1996
41. Philipe fouchard, « le status de l'arbitre dans la jurisprudence Français » , Rev. arb. 1996.
42. Philippe Fouchard: « Quand un arbitrage est-il international », Revue de l'arbitrage, 1970.

43. Philippe Fouchard (sous la direction de) : « Rapport final sur le statut de l'arbitre », Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI Vol. 7 N° 1,1996.
44. Piére Lalive: « Problèmes relatifs à l'arbitrage commercial international », Kec cours La Haye 196
45. Piere Mayer : « Le contrat illicite », in «L'arbitre et le contrat », Travaux du Comité français de l'arbitrage, Paris, 12 janv. 1984, Rev. arb. 1984
46. Pierre Level , « L'arbitrabilité »,Rev ,arb,1992.
47. Pierre Mayer :« Le contrat illicite », in « L'arbitre et le contrat », Travaux du Comité français de l'arbitrage, Paris, 12 janv. 1984, Rev. arb. 1984
48. Pierre-Brice Lebrun « La responsabilité » Empan, 3/2015 (n°99
49. Rapport du club des juristes de Commission Ad Hoc ,sur « La responsabilité de l'arbitre »,Juin 2017 ,
50. Rapports P. Fouchard, « Rapport final sur le Statut de l'Arbitre de la Commission de l'arbitrage international de la CCI », Bulletin de la Cour, Mai 1996
51. Roger Percerou :« Quel est le coût de l'arbitrage ? », in « L'arbitrage en questions (chefs d'entreprise, comment organiser le règlement de vos litiges ?) »,colloque du Centre de droit des affaires de Rennes, 21 mai 1999, *Cah. dr . entrep.* 1999,
52. Serg lazareff, l'arbitre et le contrat, le respect du contrat, journée d'étude organisé à paris le 12/01/1984 par le comité (2 Français de l'arbitrage – Rev – arb 1984,
53. Serge Guinchard:«L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire (à propos de quelques décisions rendues en 1996) », Rev. arb. 1997
54. Thomas Clay, « Liberté, Egalité, Efficacité», La devise du nouveau droit français de l'arbitrage", JDI n° 2, 2012
55. Thomas Clay,« l'Arbitrage dans Le Nouveau Droit Algérien », Congrès de la Cour Suprême d'Algérie, Alger, 16 Mars 2009 .

56. Walid Ben Hamida et Thomas Clay ,« l'argent de l'arbitrage » , Rapport de synthèse.2013

Sentence et Jurisprudence

1. TGI Paris (1^{er}Ch.,1^{er}Sect .) ,28mars 1984,Raffinerie de pétroles d'Homs et de Banias ,Rev .arb.,1985,p.14
2. Tribunal fédéral suisse, 15e Cour civ., 14 mars 1985 (Sté Z. c. L.), Bull. Ass. suis. arb. 1986.
3. Cass.Civ,1^{er}ch,19 déc. 2018 , N° de pourvoi: 16-18349
4. Cass. Civ. 1re. 4 juillet 1972, Rev. crit DIP, 1974. 82, note Pierre. Level.
5. TGI Strasbourg, 7 ch. correctionnelle, 1er juill. 1988 (Min. publ. c. Vignals, Ardouin, Viandier et Sté Portex; partie civile : Sté de droit canadien B.E.L. Tronic's Ltd), inédit; et sur appel
6. TGI Strasbourg, 79 ch. correctionnelle, 6 mars 1990 (Sté de droit canadien B.E.L. Tronic's Ltd c. B. Ardouin, M. Viandier, M. Vignals et Sté Portex), inédit; et sur appel, rejeté: Colmar, 7 ch.correctionnelle, 19 mars 1992,inédit
7. Cass. crim., 19 janvier 2016, n° 15-81.039.
8. Cass ,com ,18 juin1958 . Rev ,Arb.p91
9. Tribunal Grande instance de Paris 22 Janv. 2010, Rev. arb 2010
10. Cour d'appel Paris, Pole ,23 juin 2011 ,no 09/28310,Gaz.Pal,no 315,2011
11. Cour de cassation (1re Ch. Cive.) 19 décembre 2012, société CLL pharma c/ societe Anapharm Inc.Rev de l'arbitrage 2013.
12. Cass.(2^{em}Ch.civ.),28 janv.1981,Rev,arb.,1982,
13. Cour d'appel de paris .(1^{er}Ch.civ.),13 janv.1971,Rev,arb.,1973,p.68 .
14. Cass.(2^{em}Ch.civ.),19 Avr.1985,Rev,arb.,1986,
15. Cass -1 ère ch.civ, arrêt no 02 du 15 janvier 2014
16. Cass. 1re civ.,16 déc 1997, pourvoi n° 96-10.703

17. Cour d'appel de paris (1^{er}Ch.suppl.) ,5 avril 1973(1^{er} espèce),Rev. Arb ,1974 ,p .17.
18. Cass. civ.1e, 5 janvier 1999, n°96-21.430, M. Zanzi C/J. de Coninck et autres, Rev. arb. , 1999, p260 s. note Ph. FOUCHARD.
19. Paris, 7 oct. 2004, Otor, J. Int'l Arb. 2005. 357, note D Bensaude
20. Cass. 1re civ., 6 décembre 2005 , Bull. civ. I, n° 46
21. Cass. 1re civ., 17 novembre 2010, pourvoi n° 09-12352 ; Bull. civ. I, n° 233
22. Cass.Civ,1^{er}ch,16 mai 1999,Bull.Civ,I
23. Tribunal Grande Instance de Paris, 13 juin 1990, Bompard c/ C., Gaz. Pal. 1990 II somm.
24. TGD . 1^{ère} Ch.,12 octobre 1995, Merkorla Sucden c/ société Raoul Duval, *Rev. Arb.* 1999.324

3- المراجع باللغة الانجليزية

1. Martin Domke, «Domke on commercial arbitration»: the law and practice of commercial arbitration, 3rd ed, V 1, Thomson Reuters ,2020 .
2. Catherine A. Rogers, « Transparency in International Commercial Arbitration », 54 U. Kan. L. Rev. 2006 ,. voire le lien elct (consulté le 07-05-2021)
3. Clive Maximilian Schmitthof, « The Jurisdiction of the Arbitrator », in: The Art of Arbitration – Liber Amicorum Pieter Sanders, 1982.
4. Elina Zlatansk : « To Publish, or Not To Publish Arbitral Awards: That is the Question » ,Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management Volume 81, Issue 1 (2015) p. 25 – 37
5. Dennis R. Nolan, Roger I. Abrams, « arbitral immunity », Journal of Dispute Resolution, vol1, 200:

6. Ronán Feehily, « Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration : Finding the Right Balance », Harvard Negotiation Law Review, 2017,
7. William Little, Henry Watson Fowler, Charles Talbut Onions; « The Shorter Oxford English Dictionary On Historical Principles » Published by Clarendon Press, Oxford, 1984

الفهرس

شكر وتقدير

قائمة أهم المختصرات

01	مقدمة
13	الباب الأول: الإطار المفاهيمي للمحكم الداخلي ومقاربات ضبط مركزه القانوني.....
14	الفصل الأول: ماهية المحكم في ظل التحكيم الداخلي وطبيعة عمله.....
	المبحث الأول: التعريف بالمحكم وبالتحكيم الداخلي ومعايير التمييز بينه وبين التحكيم
14	التجاري الدولي.....
14	المطلب الأول: ماهية التحكيم الداخلي ومجاله.....
15	الفرع الأول: التعريف العام التحكيم عامة وأهميته.....
15	أولاً: التحكيم في اللغة وفي الإصطلاح الفقهي والقانوني.....
15	1- التحكيم في اللغة
16	2- التحكيم في الإصطلاح القانوني والفقهي.....
19	ثانياً: أهمية التحكيم ودوافع اللجوء إليه.....
19	1- الإعتبارات السلبية لمرق القضاء.....
20	2- الاعتبارات الاقتصادية.....
22	الفرع الثاني: التحكيم الداخلي ونطاق تطبيقاته.....
22	أولاً : تعريف التحكيم الداخلي.....
25	ثانياً: الموضوعات القابلة للتحكيم الداخلي واستثناءاتها.....
25	أ- حالة الأشخاص و أهليتهم.....
27	ب- النظام العام.....
29	المطلب الثاني: معايير وأهمية التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي.
30	الفرع الأول: أهمية التمييز بين التحكيمين.....
30	أولاً: التنظيم القانوني.....
31	ثانياً: مبدأ سلطان الإرادة.....

32	ثالثا: بخصوص الحكم التحكيمي وطرق الطعن فيه.....
35	الفرع الثاني: معايير التمييز.....
36	أولا: المعيار العضوي أو الشكلي.....
36	ثانيا: المعيار الموضوعي أو الوظيفي (موضوع النزاع).....
36	1- المعيار القانوني.....
38	2- المعيار الاقتصادي.....
39	3- المعيار المختلط.....
40	الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري بخصوص معيار التمييز.....
43	المبحث الثاني: ماهية المركز القانوني للمحكم الداخلي وطبيعته.....
43	المطلب الأول: ضبط المفاهيم المرتبطة بالمحكم وتمييزه عن باقي المهن.....
44	الفرع الأول: مفهوم المركز القانوني للمحكم.....
44	أولا: التعريف بالمحكم ومركزه القانوني.....
44	1- التعريف اللغوي، الفقهي والقانوني للمحكم.....
47	2- تعريف المركز القانوني للمحكم.....
49	الفرع الثاني: تمييز مهمة المحكم عن غيرها من المهن.....
49	أولا: التمييز بين مهمة المحكم ومهمة الخبير.....
51	ثانيا: التمييز بين المحكم و المصالح.....
52	ثالثا: التمييز بين المحكم والوسيط أو الموفق.....
53	رابعا: التمييز بين المحكم والوكيل.....
54	المطلب الثاني: طبيعة عمل المحكم الداخلي وآثار تحديد ذلك على مركزه القانوني..
54	الفرع الأول: الاتجاهات الفقهية حول طبيعة المركز القانوني للمحكم.....
55	أولا: تصور المذهب العقدي في بيان طبيعة عمل المحكم ومركزه القانوني.....
55	1- مضمون المذهب وأسانيده.....
58	2- تقييم المذهب العقدي.....
59	ثانيا: تصور المذهب القضائي في بيان طبيعة عمل المحكم ومركزه.....

1- مضمون المذهب وأسانيده.....	59
2- تقييم المذهب	62
ثالثا: تصور المذهب المختلط في بيان طبيعة عمل المحكم ومركزه.....	63
1- مضمون المذهب وأسانيده.....	63
2- تقييم المذهب.....	65
رابعا: تصور المذهب الذاتي أو المستقل في تصور طبيعة عمل المحكم ومركزه....	66
1- مضمون المذهب وأسانيده	66
2- تقييم المذهب.....	67
خامسا: موقف القضاء والتشريع الجزائي.....	68
الفرع الثاني: آثار التجاذب الفقهي حول طبيعة عمل المحكم و مركزه القانوني على علاقاته المختلفة.....	69
أولا: التكيف القانوني للعلاقة ما بين أطراف النزاع والمحكم.....	70
ثانيا: التكيف القانوني للعلاقة ما بين أطراف النزاع والمركز التحكيمي.....	71
1- عقد تنظيم التحكيم ما بين الخصوم والمركز التحكيمي.....	71
2- طبيعة عقد تنظيم التحكيم.....	74
ثالثا: الطبيعة القانونية للعلاقة ما بين مركز التحكيم والمحكم أو المحكمين.....	76
الفصل الثاني: المقاربة القضائية في ضبط المركز القانوني للمحكم الداخلي.....	78
المبحث الأول: خصائص الوظيفة القضائية وتناظرها مع مركز المحكم الداخلي على المستوى العضوي.....	80
المطلب الأول: عمومية القضاء وأثرها على مركز المحكم الداخلي (قاضي عام وقاضي خاص).....	81
الفرع الأول: مضمون الخاصية.....	81
الفرع الثاني: أثر العمومية في مواجهة نظام المحكم الداخلي.....	83
المطلب الثاني: القضاء المفروض وأثره على مركز المحكم الداخلي (قاضي مفروض وقاضي مختار).....	86

الفرع الأول: مضمون الخاصية.....	86
الفرع الثاني: أثر القضاء المفروض في مواجهة المحكم الداخلي	87
المطلب الثالث: استمرارية القضاء (قاضي دائم وقاضي مؤقت)	89
الفرع الأول: مضمون الخاصية.....	89
الفرع الثاني: أثر خاصية الاستمرارية في مواجهة المحكم الداخلي.....	91
المبحث الثاني: خصائص الوظيفة القضائية وتناظرها مع مركز المحكم الداخلي على المستوى الموضوعي.....	92
المطلب الأول: سلطة المحكم الداخلي في الحكم وتمثيلها مع سلطة القاضي.....	94
الفرع الأول: تأهيل المحكم الداخلي لممارسة الوظيفة القضائية.....	95
الفرع الثاني: ثنائية التأهيل للمحكم الداخلي في مواجهة نظام القاضي.....	96
المطلب الثاني: سلطة الأمر والجبر في مواجهة المحكم الداخلي.....	101
الفرع الأول: غياب نظام قانوني عام (تابع للسلطة العامة) عن المحكم.....	101
أولاً: غياب النظام القانوني للدولة عن التحكيم والمحكم على مستوى الاجراءات.....	103
ثانياً: غياب النظام القانوني للدولة عن التحكيم والمحكم على مستوى التنظيم الهيكلي..	105
ثالثاً: غياب النظام القانوني لقضاء الدولة على مستوى علاقة المحكم بقانونها.....	106
الفرع الثاني: فكرة وجود نظام قانوني للمحكم مستقل عن النظام القانوني للدولة....	108
أولاً: مضمون التصور.....	109
ثانياً: متطلبات الفكرة	111
1- استقلالية المحكم عن الحيز الاقليمي للدولة	111
2- قانون التجار ومجتمعه كإطار للنظام القانوني للمحكم	113
الفرع الثالث: الآليات المكرسة للنظام القانوني للمحكم الداخلي.....	116
أولاً: الاجتهاد القضائي التحكيمي	116
1- دور الاجتهاد في تأطير عمل المحكم ونظامه.....	116
2- فعالية النشر والاشهار في تكريس الاجتهاد التحكيمي	119
ثانياً: مؤسسات التحكيم كآلية عملية وتنظيمية مكرسة للمركز القانوني للمحكم.....	122

1- مفهوم التحكيم المؤسسي أو المنظم.....	123
2- تنوع المراكز التحكيمية.....	123
3- تجسيد المؤسسة التحكيمية للمركز القانوني للمحكم الداخلي.....	126
خلاصة الباب الأول	128
الباب الثاني: تجليات المركز القانوني للمحكم على ضوء قواعد التحكيم الداخلي... ..	130
الفصل الأول: عقد المحكم ومستلزمات انعقاد محكمة التحكيم الداخلي.....	132
المبحث الأول: تشكيل محكمة التحكيم الداخلي والشروط المطلوبة في أعضائها	132
المطلب الأول: تعيين محكمة التحكيم الداخلي.....	133
الفرع الأول: التعيين المباشر والشخصي من الأطراف للمحكم وحكم انتقاؤه.....	135
الفرع الثاني: التعيين باللجوء إلى مركز تحكيمي دائم	140
الفرع الثالث: التعيين القضائي للمحكم أو المحكمين	141
أولاً: حالات و شروط تدخل القاضي الوطني في تعيين المحكمين	142
1- حالات التدخل للتعين وشروطه.....	142
2- المحكمة المختصة عند التدخل في تعيين المحكمين وكيفية الفصل في الطلب.....	144
المطلب الثاني: الشروط المطلوب توافرها في المحكم الداخلي.....	148
الفرع الأول: الشروط القانونية.....	148
أولاً: أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً متمتعاً بالأهلية الكاملة.....	148
ثانياً: التمتع بالحقوق المدنية.....	150
ثالثاً: أن يكون عدد المحكمين المشكلين للمحكمة وتراً	151
رابعاً: إستقلال وحياد المحكم الداخلي	154
1- الاستقلالية لدى المحكم الداخلي.....	156
2- الحياد لدى المحكم الداخلي.....	158
الفرع الثاني: الشروط الإتفاقية في تعيين المحكم الداخلي.....	160
أولاً: جنسية وجنس المحكم.....	160

161.....	ثانيا: الخبرة والكفاءة
165	ثالثا: مسألة تعيين القاضي العمومي كمحكم
168	المبحث الثاني: قبول المحكم الداخلي للقيام بالمهمة التحكيمية وانعقاد عقد المحكم
168	المطلب الأول: القبول بالمهمة التحكيمية لاكتمال تشكيل محكمة التحكيم الداخلي وكيفية إثباته
169.....	الفرع الأول: مفهوم القبول لاستكمال تشكيل محكمة التحكيم
173	الفرع الثاني: إثبات قبول المحكم بالمهمة
174	المطلب الثاني: قيام عقد المحكم كأثر للقبول بالمهمة من المحكم الداخلي
175	الفرع الأول: تعريف عقد المحكم وخصائصه
175	أولا: تعريف عقد المحكم
175	1- بخصوص التسمية
178	2- بخصوص التعريف
178	ثانيا: خصائص عقد المحكم
180	1- عقد غير مسمى
180	2- عقد رضائي
181	3- عقد ملزم للجانبين
181	4- عقد المحكم عقد ثقة وحفظ لسر الاعمال وممتد في الزمن
182	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد المحكم
182	أولا: تكييف عقد المحكم على أساس عقد عمل
183	ثانيا: تكييف عقد المحكم كعقد وكالة
185	ثالثا: عقد المحكم عقد مقاوله
186	رابعا: عقد المحكم عقد مستقل له طبيعة خاصة
187	الفرع الثالث: تكوين عقد المحكم
188	أولا: الشروط الموضوعية لتكوين عقد المحكم
188	1- توفر الرضا والأهلية

189	2- السبب و المحل في عقد المحكم.....
190	ثانيا: الشروط الشكلية لتكوين عقد المحكم.....
	الفصل الثاني: سلطات المحكم الداخلي، التزاماته، حقوقه وضوابط مسؤوليته في ظل
192	لتحكيم الداخلي.....
192	المبحث الأول: سلطات المحكم الداخلي ونطاقها.....
193	المطلب الأول: أساس السلطات الممنوحة للمحكم الداخلي.....
196	المطلب الثاني: سلطات المحكم الداخلي في بداية الخصومة التحكيمية.....
197	الفرع الأول: اختيار إجراءات التحكيم المتبعة.....
201	الفرع الثاني: إختيار مكان ولغة التحكيم.....
204	الفرع الثالث: الفصل في الاختصاص.....
210	المطلب الثاني: سلطات المحكم الداخلي أثناء الخصومة التحكيمية.....
210	الفرع الأول: سلطة المحكم الداخلي بخصوص طرق الاثبات.....
212	أولا: اختيار إجراءات وقواعد الاثبات.....
213	ثانيا: تقدير الأدلة.....
	1- الاطلاع على المحررات والمستندات الكتابية والالتزام بتقديم مستند ما.....
214	.
215	2- الاقرار والأمر بالحضور الشخصي للخصوم للاستجواب.....
216	3- الشهادة.....
218	4- الخبرة.....
219	5- المعاينة والانتقال الى الاماكن.....
220	6- القرائن.....
220	7- اليمين.....
222	الفرع الثاني: سلطة المحكم الداخلي في اتخاذ الإجراءات التحفظية والمؤقتة.....
223	أولا: اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية قبل تشكيل محكمة التحكيم.....
224	ثانيا: اتخاذ التدابير بعد تشكيل محكمة التحكيم.....

ثالثا: موقف المشرع والقضاء الجزائي بخصوص سلطة المحكم الداخلي في الأمر	
بالتدابير التحفظية والوقائية.....	226
الفرع الثالث: سلطة المحكم الداخلي بخصوص الطلبات والدفع.....	228
أولا: سلطة المحكم بالنسبة للطلبات الأصلية.....	229
ثانيا: سلطة المحكم الداخلي بالنسبة للطلبات العارضة.....	229
ثالثا: سلطة المحكم الداخلي بالنسبة للدفع والمسائل العارضة.....	231
1- بخصوص الدفع الشكالية.....	231
2- بخصوص دفع بعدم قبول الدعوى التحكيمية.....	232
3- بخصوص الدفع الموضوعية.....	232
4- بخصوص الوقف المؤقت للإجراءات بسبب مسألة أولية.....	233
رابعا: سلطة المحكم الداخلي بخصوص طريقة الفصل في النزاع.....	235
1- الفصل وفقا لمبادئ العدالة والانصاف.....	236
2- الفصل وفقا لقواعد القانون.....	239
خامسا: سلطة المحكم الداخلي في إنهاء خصومة التحكيم.....	242
المطلب الثالث: سلطات المحكم الداخلي عند الفصل في الخصومة التحكيمية	
وبعده.....	245
الفرع الأول: سلطة المحكم الداخلي في الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع.....	246
1- بخصوص الأحكام التمهيدية أو التحضيرية.....	246
2- بخصوص الأحكام الجزئية.....	247
الفرع الثاني: سلطة المحكم الداخلي عند جاهزية ملف الخصومة للفصل فيه.....	248
الفرع الثالث: سلطة المحكم الداخلي على الخصومة التحكيمية بعد الفصل فيها....	249
أولا: سلطة تصحيح الأخطاء المادية في الحكم التحكيمي.....	250
ثانيا: سلطة الفصل فيما أغفل الفصل فيه من طلبات.....	252
ثالثا: سلطة تفسير الحكم التحكيمي.....	254
المبحث الثاني: التزامات وحقوق المحكم الداخلي وضوابط مسؤوليته.....	256

المطلب الأول: إلتزامات المحكم الداخلي في التحكيم الحر والمؤسسي.....	257
الفرع الأول: الإلتزامات ما قبل التعاقد أو ما قبل سير الخصومة التحكيمية.....	257
أولاً: إلتزام الافصاح عن الظروف والوقائع التي من شأنها إثارة شكوك حول حيديته واستقلاله.....	258
ثانياً: إلتزام المحافظة على السرية.....	262
ثالثاً: الإلتزام بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم.....	264
الفرع الثاني: الإلتزامات التعاقدية للمحكم الداخلي خلال مسار خصومة التحكيم... ..	265
أولاً: الإلتزام باحترام الضمانات الاساسية للمحاكمة.....	266
ثانياً: الإلتزام بالمشاركة في اجراءات الخصومة التحكيمية.....	273
ثالثاً: الإلتزام بمراقبة ومراجعة اجراءات الخصومة التحكيمية وانهاؤها في موعدها....	274
رابعاً: الإلتزام بالمداولة.....	277
خامساً: الإلتزام باصدار الحكم التحكيمي بالأغلبية.....	281
سادساً: الإلتزامات المتعلقة بالحكم التحكيمي.....	283
سابعاً: الإلتزام المتعلق بتنفيذ الحكم التحكيمي وتسليمه.....	289
المطلب الثاني: حقوق المحكم الداخلي.....	291
الفرع الأول: الحقوق المتعلقة بأداء المهمة التحكيمية.....	291
أولاً: الحق في الحصول على الأتعاب والمصاريف.....	291
ثانياً: الحق في الاحتجاج بعدم التنفيذ.....	297
ثالثاً: حق حجز الحكم والوثائق.....	298
الفرع الثاني: الحقوق المتعلقة بالحكم التحكيمي.....	299
أولاً: الحق في التعبير عن رأيه لاطهار وجهة نظره.....	299
ثانياً: حق المحكم في تعاون الأطراف معه واحترام عمله التحكيمي.....	302
المبحث الثاني: مسؤولية المحكم الداخلي في الإخلال بالتزاماته.....	304
المطلب الأول: مسؤولية المحكم الداخلي ومجالها.....	305
الفرع الأول: مسؤولية المحكم الداخلي ما بين الاقرار والاعتراض.....	303

أولاً: الاتجاه المعارض لمسؤولية المحكم الداخلي	305
ثانياً: الاتجاه المؤيد لتقرير مسؤولية المحكم الداخلي.....	308
ثالثاً: موقف القضاء و المشرع الجزائري من نظام مسؤولية المحكم الداخلي.....	311
الفرع الثاني: مجال مسؤولية المحكم الداخلي.....	313
أولاً: المسؤولية المدنية للمحكم الداخلي.....	314
1- المسؤولية العقدية.....	314
2- المسؤولية التقصيرية.....	319
ثانياً: المسؤولية الجنائية للمحكم الداخلي	321
ثالثاً: المسؤولية التأديبية للمحكم الداخلي	324
المطلب الثاني: آثار قيام مسؤولية المحكم الداخلي والإعفاء منها.....	326
الفرع الأول: الجزاءات الوقائية.....	327
أولاً: رد المحكم	327
ثانياً: عزل المحكم.....	332
ثالثاً: المنع من ممارسة التحكيم مؤقتاً أو نهائياً.....	334
الفرع الثاني: الجزاءات العقابية.....	335
أولاً: الجزاء المدني.....	335
ثانياً: الجزاء الجنائي.....	338
خلاصة الباب الثاني	339
خاتمة.....	340
قائمة المراجع	347
الفهرس	383
الملخص	

الملخص

لقد كان لتمييز التحكيم ما بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي، فضلا عن تجاذب الطابع التعاقدى والطابع القضائي في تحديد طبيعة المهمة التحكيمية، الأثر العميق في تشخيص القواعد التي تحكم المركز القانوني للمحكم وضوابط ممارسته لمهمته، وقواعد مسؤوليته.

ولما كان المحكم الداخلي في محك نظام القاضي يعد قاضي غير كامل الولاية لامتلاكه سلطة الحكم واقتضاه لسلطة الجبر والأمر، فإن ذلك لم يمنع الفقه من تأسيس مركز قانوني له، متميز ومماثل للمركز القانوني للقاضي يمارس فيه وظيفته القضائية بتأهيل مزدوج أساسه عقد المحكم وقواعد القانون.

وأكدت المقاربة القضائية هذه النتيجة أين ظهرت تجلياتها في عديد السلطات التي منحت له في بداية الخصومة التحكيمية أو أثنائها أو بعد نهايتها، ومن خلال مجمل الالتزامات التي فرضها عليه القانون في بعض المواطن، وفرضها عليه عقد المحكم في مواطن أخرى، فضلا عن حقوقه تجاه أطراف النزاع، والتي أغلبها من مخرجات هذين المصدرين، وهو بالمقابل مسؤولا في مواجهتهم عن الوفاء بالتزاماته تحت طائلة تعرضه لجزاءات مدنية وتأديبية على الخصوص، حدد الفقه والقضاء شروطها.

الكلمات المفتاحية : المركز القانوني، المحكم، التحكيم الداخلي، المقاربة القضائية، عقد المحكم، الحقوق والالتزامات، المسؤولية.

Abstract

The distinction between both the international and Internal arbitration, as well as the link between the contractual and judicial aspects in the definition of the nature of the function of arbitration, have both a profound impact on the identification of the rules governing the arbitrators' legal status, those governing the exercise of their function and those of their liability.

Even though internal arbitrators are considered, within the scope of a judge system, as incomplete judges that are empowered to issue judgements, but lack the authority to coerce and to order, it has not prevented the jurisprudence from establishing a specific legal status for them. A status that allows them, just like judges, to exercise their judicial function with qualifications based on the arbitrator's contract and the rules of law.

The comparative jurisdictional approach confirmed this conclusion, on one hand, through the different powers conferred to the arbitrators at the beginning, during, or after the end of arbitration dispute, and on the other hand, through all the obligations that are imposed on them sometimes by the law and some other times by the arbitrator's contract. Not to forget their rights vis-à-vis the dispute parties, rights that are mostly derived from the aforementioned sources. In parallel, they are also responsible for fulfilling their obligations under civil and disciplinary sanctions. Jurisprudence and the judiciary set out their terms.

Keywords: legal status, arbitrator, Internal arbitration, jurisdictional approach, arbitrator's contract, Rights and obligations, responsibility.