جامعة 20 أوت 1955-سكيكدة-

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

المركز القانوني للمحكم

مذكّرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانـون أعمـــال

من تقديم الطالبان:

كشوط أحسن

بوحويتة قرمش فيروز

تحت إشراف:

د. بوالصلصال نورالدين

لجنة المناقشة:

الاسم و اللقب	الرتبة العلمية	الصفة
أ.د. تياب نادية	أستاذة تعليم عالي	رئيسا
د. بوالصلصال نورالدين	أستاذ محاضر	مشرفا ومقررا
أ. بوشامة فائزة	أستاذة مساعدة	مناقشا

دورة جـوان 2024

((يُؤْتِي الحِكْمَةَ مَنْ يَشَاءُ وَمَنْ يُؤْتَ الحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ خَيْرًا كَثِيرًا))

البقرة -الآية 269-

إهـــــــــــــــداء

بسم الله الرحمن الرحيم

أهدي ثمرة جهدي هذا إلى التي كانت ثمرة جهدها أن تراني في أعلى المراتب، إلى أعز وأغلى إنسانة

أمـــــــــــــــــــــي

إلى روح أبي الطاهرة تغمده الله عنده برحماته

إلى السند **زوجتي**

إلى عناقيد الروح أولادي حيدر، أويس، غفران

إلى كل إخوتي وأخواتي

إلى كل من ساندني من قريب أو بعيد

أحـــــــــسن

إهـــــــــــــــداء

إلى عيناي اللاتي أرى بهما الوجود الرائع كل يوم

ولداي نيل وجاد

أتمنى لكما كل شيء جميل في هذا العالم المضطرب.

إلى عائلتي كبيرها وصغيرها وأخص بالذكر زوجي الكريم الذي كان معي دائما في كل خطوة أخطوها نحو الأمام

إلى والدي الذي كان دوما عونا لي في المحن .. أطال الله عمره.

إلى كل الذين كان لهم الفضل علي في مساري الجامعي أساتذة وطلبة، إداريين وعمال

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل الأكاديمي المتواضع

فيروز

شكر وتقدير

الحمد لله على توفيقه وإحسانه، والحمد لله على فضله وإنعامه، والحمد لله على جوده وإكرامه، الحمد لله حمدا يوافي نعمه ويكافئ مزيده.

نشكر الله عز وجل الذي أمدنا بعونه ووهبنا من فضله ومكننا من إنجاز هذا العمل ولا يسعنا إلا أن نتقدم بشكرنا الجزيل إلى كل من ساهم في تكويننا ونخص بالذكر الأستاذ المشرف

****بوالصلصال نورالدين****

على تواضعه معنا، والذي تكرم بإشرافه على هذه المذكرة ولم يبخل علينا بنصائحه الموجهة لخدمتنا فكان لنا نعم الموجه والمرشد.

كما نتقدم بالشكر الجزيل لكل من أسهم في تقديم يد العون لإنجاز هذه المذكرة ونخص بالذكر أساتذتنا الكرام الذين أشرفوا على تكوين دفعة قانون الأعمال والأساتذة القائمين على عمادة وإدارة كلية الحقوق بجامعة 20 أوت 1955 بسكيكدة.

إلى الذين كانوا عونا لنا في بحثنا هذا وقدموا لنا المساعدات والتسهيلات والمعلومات، فلهم منا جزيل الشكر المشفوع بأصدق الدعوات.

قائمة المختصرات:

الإختصار	الشرح
ج.ر.ج.ج	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
ص	صفحة
ص. ص	من الصفحة إلى الصفحة
ق.إ.م.إ.ج	قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري
د. ط	دون طبعة
C.C.I	غرفة التجارة الدولية باريس chambre commerce internationale
ق.إ.م.ف	قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

مقدمة

مقدمة:

تُحيلنا مقولة ابن خلدون بأن الإنسان كائن اجتماعي بطبعه إلى استنتاج مفاده أن الإنسان يعيش في وسط إجتماعي يتعرض فيه لشتى صنوف المعاملات التي تشمل الجوانب الإجتماعية والاقتصادية والثقافية والشخصية...إلخ، ومما لا شك فيه فإن المعاملات التجارية تشكل حيزا كبيرا من الحياة اليومية للأفراد والمجتمعات، حيث ينخرط الأفراد كأفراد منفردين أو داخل جماعات مهيكلة في معاملات تجارية قد تكون بسيطة كالنشاطات اليومية والروتينية التي تشمل عمليات البيع والشراء البسيطة، وقد تتوسع لتستوعب وتشمل المعاملات التجارية الكبيرة والمعقدة التي تنطوي على الاستثمارات الضخمة والصفقات التجارية طويلة المدى.

وبما أن المصلحة المتبادلة هي المحرك الرئيس والهدف المبتغى من وراء الدخول في مثل هذه المعاملات فإن الإخلال بهذا الهدف قد يؤدي إلى حدوث نزاعات بين الأطراف، ما يدفع أحد الأطراف المتضررين أو كلهم إلى البحث عن الطرق والوسائل التي تمكنهم من استرداد حقوقهم، وغالبا ما يلجأ فريق من هؤلاء المتخاصمين إلى الطرق المعتادة للفصل في النزاع عن طريق التوجه إلى القضاء التابع للدولة، إلا أن فريقا آخر يفضل الطرق البديلة كالصلح والوساطة والتحكيم، التي تمنح مزايا لم يعد بإمكان القضاء التقليدي توفيرها، كتجنب التكاليف المالية الباهظة، وتوفير الوقت والجهد والموارد، والحفاظ على السرية وسمعة الشركة.

ويعد التحكيم أحد أهم الطرق البديلة المفضلة لفئة كبيرة من المتخاصمين منذ القدم، ليس للمزايا التي تم ذكرها آنفا فقط وإنما كما قال الفيلسوف اليوناني أرسطو أن هذا التفضيل يعود إلى كون القاضي لا يعتد إلا بالتشريع، في حين يرى المحكم العدالة التي تفوق الحاجة لحفظ الوجود البشري.

أما في العصر الحديث فنظرا للتقدم العلمي والتكنولوجي الذي شمل كل مناحي الحياة، فقد زادت أهمية التحكيم وأصبح من الضرورة بمكان الإلتجاء إليه كوسيلة ناجعة وفعالة في الفصل في الخصومات، ففي ظل محدودية قدرة القضاء على حل كل المشاكل المطروحة لديه، والمتصفة بالتنوع والدقة والتعقد والمتجاوزة لحدود الدولة الواحدة في كثير من الأحيان، أقرت أغلب التشريعات على إمكانية الإلتجاء للتحكيم سواء أكان ذلك على المستوى المحلي أو

المستوى الدولي كطريق بديل ومساعد للجهاز القضائي على حل الخلافات بين الأطراف المتخاصمة، حيث يلجأ الشركاء إلى تعيين شخص أو مجموعة من الأشخاص يُطلق عليهم اسم المحكم لتجنب الخلاف أو للفصل في القضية الخلافية التي قد تحدث بين الأطراف في المستقبل، لذلك ونظرا لما يلعبه هذا الأخير في نجاح العملية التحكيمية، يسعى الأطراف ويتفقون بناءً على إرادتهم المجتمعة على تعيين شخص أو مجموعة من الأشخاص يتمتعون بخبرة ودراية عالية بجوهر مهنتهم ومقتضاها وبقدرتهم على تنفيذ المهمة الموكلة إليهم، تكون بموجبها قراراتهم ملزمة لجميع الأطراف وتنشأ بينه وبين الأطراف روابط قانونية مختلفة، تجعله في مركز قانوني ومكانة هامة ومتميزة تضاهي وتفوق المكانة التي يتمتع بها القاضي العمومي في بعض الأحيان.

وتكمن أهمية الدراسة التي بين أيدينا في أهمية الموضوع في حد ذاته حيث تتناول أحد أهم المواضيع والمهن الأكثر استقطابا للدراسة والبحث العلمي في ميدان الحقوق، لما لها من ارتباط بجملة التحولات المتسارعة التي يشهدها العصر الحديث ألا وهو موضوع المحكم والتحكيم، هذه الأخيرة القديمة في نشأتها والحديثة والمتغيرة في أحكامها ومادتها ودراستها بحداثة وتغير الظروف والمتغيرات التي يشهدها العصر الحالي الذي يطلق عليه عصر السرعة، والذي ينتج عنه بالضرورة الدراسة المستمرة والدائمة لكل ما هو جديد ومتعلق بهذه المهمة التي تزداد صعوبة يوما بعد يوم.

ويقف وراء اختيارنا لموضوع **المركز القانوني للمحكم** في التحكيم التجاري الدولي كموضوع لمذكرة الماستر مجموعة متداخلة من الدوافع والحوافز تمزج بين الدوافع والأسباب الذاتية المتعلقة بالباحث والدوافع والأسباب الموضوعية المتعلقة بالموضوع.

أما الأسباب الذاتية فتكمن في رغبة وميول واهتمام الباحث بمواضيع قانون الأعمال بصفة عامة والتحكيم بصفة خاصة والرغبة في إثراء موضوع التحكيم بالبحث عن كل ما هو مستجد فيما يتعلق بالمركز القانوني للمحكم بما تفرضه عليه هذه المهمة من التزامات اتجاه الأطراف وما تمنحه من صلاحيات وامتيازات.

وأما الأسباب الموضوعية فتكمن في توضيح المكانة والدور الذي أصبح يتمتع بهما المحكم في العصر الحديث المتسم بالتغير المتسارع، الأمر الذي نتج عنه بالضرورة ظهور المستجدات في العملية التحكيمية التي تستدعي الدراسة الدائمة والمستمرة، وتكمن أيضا في محاولة توضيح المركز القانوني للمحكم بالطريقة التي يمكن معها إزالة اللبس والخوف الذي يتملك المتعاقدين الذين لديهم النية في اختيار التحكيم كطريق بديل عن القضاء التقليدي.

وقد تم بناء فصول هذه الدراسة بناء على مجموعة من الدراسات السابقة، وهي في نظرنا دراسات كثيرة إلا أنها تختلف في الزاوية التي تناولت بها موضوع المركز القانوني للمحكم، ومن بين هذه الدراسات ما يلي:

_ قطاف حفيظ، المركز القانوني للمحكم الداخلي،أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة،الجزائر، 2024.

- نهال محمود حافظ أبو عياش، المركز القانوني للمحكم: دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2021.

_ زين الدين بروال، المركز القانوني للمحكم في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي،الجزائر، 2017-2018 .

وبناء على ما سبق فإننا سنمضي في دراسة موضوعنا المتمثل في المركز القانوني للمحكم من الإشكالية التالية:

ما مدى قوة المركز القانوني للمحكم ؟

وقد انبثقت عنها مجموعة من الأسئلة الفرعية:

_ ماهي الشروط الإتفاقية والقانونية الواجب توافرها في المحكم لتولي مهمة الفصل في النزاع ؟ وما طرق اختياره وتعيينه للقيام بذلك ؟

_ ماهي مظاهر وحدود سلطة المحكم ؟

وقد اقتضى موضوع الدراسة تسليط الضوء على المركز القانوني للمحكم بالإعتماد على منهجين علميين يكملان بعضهما البعض: المنهج التحليلي لأهميته ومناسبته لطبيعة وموضوع البحث من خلال تمكينه لنا من عرض النصوص القانونية والآراء الفقهية التي ذهب إليها المشرع، وكذا تحليل الأبحاث والمقالات والكتب المتاحة المتعلقة بجزئيات وتفاصيل الموضوع محل الدراسة ثم تحليلها ومناقشتها، ما يمكننا من الوصول إلى فهم أعمق وأكثر اكتمالا للموضوع وتحليله بشكل نقدي وبناء. هذا علاوة على اعتماد أحد المناهج المهمة والمنتشرة في كل الدراسات الأكاديمية، ألا وهو المنهج المقارن حيث مكننا هذا المنهج من عرض مختلف القوانين و التشريعات المتعلقة بالمركز القانوني للمحكم ومقارنتها فيما بينها في الفترات المختلفة، وكذا مقارنة النتائج المتوصل إليها.

وعلى هذا الأساس ولطبيعة هذه الدراسة فإننا قسمنا البحث إلى فصلين:

الفصل الأول تم التطرق فيه إلى الطبيعة القانونية لمهام المحكم، حيث خصصنا المبحث الأول لدراسة النظريات التي قيلت في عمل المحكم، ثم تناولنا في المبحث الثاني الشروط الواجب توافرها في المحكم وطرق اختياره، ثم تطرقنا في المبحث الثالث منه إلى دراسة ضمانات الخصوم في مواجهة المحكم.

أما الفصل الثاني فتم تخصيصه لمعالجة الإطار القانوني لمهمة المحكم أثناء سير الخصومة التحكيمية بالتعرض في المبحث الأول منه إلى سلطات المحكم في بداية الخصومة التحكيمية، ثم التعرض في المبحث الثاني إلى سلطات المحكم أثناء الخصومة التحكيمية، ونختم هذا الفصل في المبحث الثالث بسلطات المحكم بعد صدور الحكم التحكيمي. و في خاتمة دراستنا سنعرض أهم ما توصلنا إليه من نتائج و إقتراحات من خلال مراحل هذه الدراسة.

الفصل الأول

الطبيعة القانونية لمهام المحكم

الفصل الأول: الطبيعة القانونية لمهام المحكم

إن البحث في موضوع المركز القانوني للمحكم التجاري بما يثيره من إشكالات تتمحور حول شخص المحكم وطبيعة عمله ودوره في خصومة التحكيم، يقتضي في المقام الأول تحديد الضوابط القانونية للمحكم، وإن التحديد العلمي الدقيق لهذه الضوابط يتطلب بيان الطبيعة القانونية لعمله التي أثارت الكثير من الإختلافات بين الفقهاء بسبب الغموض والتساؤلات التي تدور حول شخص المحكم، والشروط الواجب توافرها في من يعتلي منصة التحكيم، ودوره في الخصومة التحكيمية بدءا من الإجراءات المناسبة التي يجب عليه التقيد بها أثناء أداء مهمته وصولا إلى صدور الحكم التحكيمي.

وعليه سوف نتطرق في هذا الفصل إلى الطبيعة القانونية لمهام المحكم ، بحيث ندرس النظريات التي قيلت في عمل المحكم في (المبحث الأول) ونتطرق في (المبحث الثاني) إلى الشروط الواجب توافرها في المحكم وطرق تعيينه، أما (المبحث الثالث) فخصصناه إلى ضمانات الخصوم في مواجهة المحكم.

المبحث الأول: النظريات التي قيلت في عمل المحكم

أدت الطبيعة المعقدة لعمل المحكم إلى بروز عدة اتجاهات فقهية اختلفت في تحديدها. حيث ذهب فريق من الفقهاء إلى القول بأن المهمة التحكيمية ذات طبيعة عقدية، كونه يخضع إلى إرادة الأطراف، في حين ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى القول بأن عمل المحكم عمل قضائي، وذلك استنادا إلى جوهر طبيعة المهمة ذاتها، بينما توسط آخرون الرأيين السابقين بترجيح الطبيعة المختلطة لمهمة المحكم كون التحكيم يجمع بين الطبيعتين العقدية والقضائية، ويأخذ اتجاه آخر بالطبيعة المستقلة لمهمة المحكم،

ولدراسة طبيعة عمل المحكم ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث خصصنا (المطلب الأول) لدراسة النظرية الأحادية لعمل المحكم أما (المطلب الثاني) فخصصناه لدراسة النظرية الثنائية لعمل المحكم.

المطلب الأول: نظرية الطبيعة الأحادية لمهمة المحكم

أثار استمرار الخلاف بين الفقهاء حول مسألة التكييف القانوني لمهمة المحكم في الخصومة التحكيمية جدلا كبيرا حول ما إذا كان عمل المحكم مجرد عمل اتفاقي ومهمته ذات طبيعة تعاقدية أم أن عمله قضائي ومهمته ذات طبيعة قضائية.

ولقد ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، ندرس في (الفرع الأول) الطبيعة التعاقدية لعمل المحكم أما في (الفرع الثاني) فندرس الطبيعة القضائية لعمل المحكم.

الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية لمهمة المحكم

تثير الطبيعة المتميزة لعمل المحكم الكثير من الغموض حول التكييف القانوني لمهمته، فالطابع التعاقدي يحكم واقعة وميلاد مهمة المحكم والتحديد الرضائي يزكي الطابع التعاقدي لعمل المحكم[1].

أولا: مضمون النظرية

يرى مؤيدو النظرية العقدية أن نظام التحكيم هو نظام تعاقدي بطبيعته وأن المحكم المكلف بالفصل في النزاع ليس قاضي بل مجرد فرد عادي ليس له ولاية الحكم، وأن أحكام التحكيم التي يصدرها ليست أحكام قضائية وإنما تستمد آثارها من إرادة الأطراف المحتكمين الذين حكّموهم للفصل في منازعتهم[2].

ويستند أنصار هذه النظرية في حجتهم إلى أن عقد التحكيم يتم باتفاق الطرفين المحتكمين ويعتبر مظهرا لسلطان إرادتيهما خاصة أنهم هم من يتولون تحديد اختصاص المحكم وسلطته في تطبيق القواعد القانونية وتعيينه وتحديد المهل في نظر النزاع[3].

1- عبد القادر سرحاني ، مزاولي محمد، "التكييف القانوني لطبيعة عمل المحكم في التحكيم التجاري الدولي"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2020، العدد 02، ص 147.

2- محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، (د ط)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 262.

3- بلباقي بومدين، التحكيم التجاري، (د ط)، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، 2020، ص 53.

كما أن الإرادة الخاصة في التحكيم هي التي تحدد الإجراءات الواجبة الإتباع، والقانون الموضوع الواجب التطبيق على النزاع عكس الوضع أمام قضاء الدولة، كما أن المحكم هو مجرد فرد عادي لا ينتمي للهيئة القضائية وأحكامه لا تنفد إلا بعد صدور أمر التنفيذ من قضاء الدولة، كما يجوز الطعن فيها بدعوى بطلان أصلية كالعقود، ولا شيء من ذلك في نظام الأحكام الصادرة عن قضاء الدولة[1].

وطبقا لأنصار النظرية العقدية فإن التحكيم يقوم على عملين: عمل من طرف التحكيم وهو اتفاق التحكيم، وعمل من المحكم وهو الفصل في النزاع بقرار ملزم لطرفيه. فعقد التحكيم يمثل جزءا من نظام التحكيم، كما يتسم بالتبعية لاتفاقية التحكيم، إذ لا يمكن إبرام عقد تحكيمي دون وجود مسبق لاتفاقية التحكيم[2].

كما أن عقد التحكيم يتسم بالخصوصية في طريقة إبرامه، فهي تختلف عن باقي العقود في القانون المدني، ومثال ذلك عندما يتم تشكيل محكمة التحكيم من ثلاثة محكمين، إذ يقوم كل طرف من الأطراف المحتكمة بتعيين محكم ويقوم هذان المحكمان باختيار المحكم الثالث، زيادة على ذلك فإن إبرام عقد التحكيم لا يتم إلا عندما يقبل المحكمون بالمهمة[3]. فهو له طبيعة مستقلة لأنه يختلف عن سائر العقود من حيث أركان انعقاده وآثاره، فالعلاقة التي تربط بين أطراف التحكيم والمحكمين خاصة ومتميزة، فالأطراف المحتكمين على الرغم من أن إرادتهم تكون هي مصدر سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم إلا أنهم لا يملكون التدخل في عملها[4].

1- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 32.

2- فراح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، (د.ط)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 36.

3- سحر عبد الستار إمام يوسف، المركز القانوني للمحكم، (د.ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 19.

4- محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 265.

ولقد وجد هذا الاتجاه صداه لدى محكمة النقد الفرنسية في العديد من أحكامها القضائية، حيث أيدت الطبيعة التعاقدية للتحكيم بتقريرها أنه: قرارات التحكيم الصادرة على أساس اتفاق التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذا الاتفاق وتنسحب عليها صفتها التعاقدية[1].

ثانيا: نقد النظرية

وجهت للنظرية العقدية لطبيعة عمل المحكم مجموعة من الإنتقادات، فمن جهة أهملت هذه النظرية حقيقة وظيفة المحكم القضائية وركزت على دور الإرادة في الاتفاق على التحكيم، ذلك الدور الناشئ من الإرادة الفردية ومن ترخيص القانون الذي يسمح لفرد عادي بإصدار حكم يعترف به القانون كحكم القضاء[2]. إذ أن مهمة المحكم لا تنصب على الكشف عن إرادة الأطراف المحتكمة وإنما الكشف عن إرادة القانون في الحالة المعنية[3]. كما أن عملية التحكيم مع أن مصدرها إرادة الأطراف إلا أنه يصبح إلزاميا متى انصبت هذه الإرادة في الشكل المحدد قانونا. ومن جهة أخرى قد يكون تعيين المحكمين عن طريق القضاء أو هيئات التحكيم فلا يتم دائما باتفاق الأطراف، ويُضاف إلى ذلك أن العقد المبرم بين الأطراف لا يتضمن حلا للنزاع، فمن غير الصواب اعتبار حكم التحكيم الذي يتضمن حل النزاع ذو طبيعة عقدية[4].

الفرع الثاني: الطبيعة القضائية لمهمة المحكم

على خلاف النظرية السابقة يعتبر التحكيم طريقا قضائيا يتمتع فيه المحكم بسلطات ذاتية ومستقلة للفصل فيما يطرحه الخصوم عليه من النزاع، وهو يؤدي نفس الدور الذي تؤديه محاكم الدولة من وظيفة قضائية، فيؤدي المحكم وظيفة القضاء بين الخصوم بحكم حاسم للنزاع يحوز حجية الأمر المقضي فيه، وهذا هو جوهر الوظيفة القضائية وإن استندت مهمة المحكم في وجودها لاتفاق التحكيم.

1- محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 269.

2- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 33.

3- فراح مناني، المرجع السابق، ص 38.

4- نوال زروق، الرقابة على أحكام المحكمين في ظل التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف2، الجزائر، 2014-2015، ص 62.

أولا: مضمون النظرية

وفقا لهذه النظرية يعد المحكم قاضيا رغم أنه ليس قاضي دولة، على أساس أن الوظيفة التي يقوم بها المحكمة هي في ذاتها التي يقوم بها القاضي، وبالتالي فإن عمل المحكم يكون عملا قضائيا، ويتم نظر النزاع أمامه على نفس الإجراءات التي تتم أمام القضاء، كما أن التحكيم يتضمن كل عناصر العمل القضائي وهي الادعاء والمنازعة والعضو الذي له ولاية القضاء ويخوله القانون سلطة حسم المنازعات، وبالتالي تكون لها الطبيعة القضائية بإصدار حكم لا يختلف عن حكم القضاء من حيث الشكل والمضمون والآثار[1].

وفي هذا الشأن يرى الدكتور أبو العلا النمر أن المحكم يشغل مركز القاضي وإن كان لا يعد قاضيا بالمعنى الدقيق، إذ توجد اختلافات جوهرية بين المحكم والقاضي إلا أن هذه الاختلافات لا تقدح في القول بأن المحكم يعد بمثابة قاضيا ويتمتع بسلطة قضائية تخوله حسم النزاع في إطار من المشروعية[2].

ويستند أنصار هذا النظرية على مجموعة من الحجج أبرزها:

- أن حكم المحكم يحوز حجية الشيء المقضي به وينفذ تنفيذا جبريا بعد صدور الأمر بتنفيذه[3].
- استخدمت مختلف القوانين مصطلح حكم التحكيم لنعت الحكم الصادر من المحكم، ووصف الحكم لا يكون إلا للعمل القضائي.
- حرية الأطراف في اختيار المحكم ليست مطلقة وإنما فرضت عليهم العديد من القيود حماية لهم ولحسن سير العدالة[4].

كما استند أنصار هذه النظرية في فرنسا إلى نصوص القانون لتدعيم رأيهم الذي يضفي الصبغة القضائية على حكم التحكيم، حيث أجازت المادة 1023 من ق.إ.م.ف استئناف حكم

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

2- منير يوسف المناصير، التزامات وسلطات المحكم في الإثبات، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016، ص 80.

3- فراح مناني، المرجع السابق، ص 40.

4- منير يوسف المناصير، المرجع السابق، ص 80.

التحكيم، ومن المتعارف عليه أن الاستئناف لا يرد على العقود إنما يرد على الأحكام[1]. فحسب هذا الاتجاه لا يبنى التحكيم على معايير عضوية أو شكلية تتعلق بشخص من يؤدي هذه الوظيفة، بل على معايير موضوعية تتعلق بأصل وظيفته[2].

وخلاصة ما ذهب إليه أنصار هذه النظرية أنهم اعتبروا عمل المحكم شكل من أشكال ممارسة العدالة، فالمحكم غالبا ما يطبق قواعد القانون الموضوعي ويفصل في نزاع حقيقي بين الخصوم ويلتزم باحترام حقوق الدفاع، فالتحكيم في نظرهم ملزم للخصوم يحل محل قضاء الدولة الإجباري لا يمكن التملص منه[3].

ثانيا: نقد النظرية

رغم سلامة ومنطق الطبيعة القضائية للتحكيم إلا أنها لم تسلم من النقد، ولاقت هي الأخرى اعتراضات عدة، ومن بين ما يعاب عليها ما يلي:

- اعتبار المحكم المكلف بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم قاضيا خاصا أو عاما، أمرا ترفضه قواعد القانون الوضعي، والتي تخضع المحكم إلى نظام قانوني خاص مختلف عن النظام الذي يخضع له القاضي العام في الدولة من حيث صلاحيته ومسؤوليته وسلطاته، فلا يشترط في المحكم ما يشترط في القاضي العام في الدولة من حيث السن أو الجنس أو الجنسية أو المؤهلات والخبرة، وهو لا يكون مرتكبا لجريمة إنكار العدالة في حالة امتناعه عن الحكم في النزاع دون مبرر أو عذر، وإنما يخضع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية[4].

1- معتز محمد حمدان الحوامدة، دور المحكم في إجراءات التحكيم الداخلية، الطبعة الأولى، دار المعتز للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2020، ص 54.

2- بلباقي بومدين، المرجع السابق، ص 56.

3- عبد القادر سرحاني ، مزوالي محمد، المرجع السابق، ص 150.

4- محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 565.

- إن الدعوى ببطلان حكم المحكم متصلة بالعيوب المتعلقة بعقد التحكيم، وهي بهذا الوصف تثير الشك في الصفة القضائية لحكم التحكيم، ودليل ذلك وقف تنفيذ حكم المحكم عند رفعها[1].
- الاستناد إلى العمل الذي يقوم به المحكم هو نفس العمل الذي يقوم به القاضي لا يكفي للقول بالطبيعة القضائية لمهمة المحكم، فوظيفته وظيفه قانونية بغض النظر عن وجود نزاع أم لا.
- يكفي وجود مصلحة للشخص حتى يصدر القاضي حكم يكفل حماية هذه الحقوق والمراكز[2].
- لا تتمتع أحكام التحكيم بالقوة التنفيذية التي تتمتع بها أحكام القضاء لأن الطبيعة الاتفاقية الخاصة بحكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم تجعل حجيته غير متعلقة بالنظام العام في القانون الوضعي خلافا للحكم القضائي والتي تتعلق دائما بالنظام العام في القانون الوضعي[3].

المطلب الثاني: نظرية الطبيعة الثنائية لمهمة المحكم

بعد أن اختلف فقهاء التحكيم حول ما إدا كانت طبيعة عمل المحكم ذات طبيعة تعاقدية أم قضائية، ظهر إتجاهين فقهيين آخرين، أحدهما أعطى التحكيم والمحكم صفة العقد وصفة القضاء في الوقت نفسه، حيث نادى أصحاب هذا الإتجاه بالطبيعة المختلطة لعمل المحكم بينما اتجه أصحاب الإتجاه الفقهي الآخر إلى القول بأن عمل المحكم لا يمكن أن يتصف بالعمل العقدي، ولا بالعمل القضائي، ولا حتى بالعمل المختلط، بل إن عمل المحكم مستقل وذو طبيعة خاصة.

ولقد ارتاينا تقسيم هذا المطلب الى فرعين (الفرع الاول) ندرس فيه الطبيعة المختلطة لعمل المحكم، اما (الفرع التاني) فندرس الطبيعة المستقلة لعمل المحكم.

1- فراح مناني، المرجع السابق، ص 44.

2- عبد القادر سرحاني، محمد مزوالي ، المرجع السابق، ص 150.

3- محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 590.

الفرع الأول: الطبيعة المختلطة لمهمة المحكم

أمام اختلاف النظريتين العقدية والقضائية ظهر اتجاه فقهي آخر يجمع بين النظريتين السابقتين ويرى أن المهمة التحكيمية تحتل مركزا وسطا بين العقد والقضاء، منطلقا في طرحه من العيب المشترك بين النظرية التعاقدية والنظرية القضائية ليقرر الطبيعة المختلطة لعمل المحكم.

أولا: مضمون النظرية

يرى أنصار هذه النظرية أن المهمة التحكيمية لها طبيعة مختلطة، ويقولون أن الطبيعة المركبة لعمل المحكم تبرز وجها تعاقديا وهو العمل الإرادي للأطراف المحتكمين، وتبرز وجها قضائيا كون أن الحكم الصادر في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم يلزم الأطراف بقوة تختلف عن قوة العقد[1]. لذا فعمل المحكم وفقا لهذه النظرية هو عقدي بالنظر إلى الوجود الإتفاقي للأطراف، فهو قضائي بالنظر إلى كون الحكم الذي يصدره المحكم يلزم الأطراف المحتكمين.

ويرى أنصار نظرية الطبيعة المختلطة أنه إذا كان أنصار النظريتين التعاقدية والقضائية يقفون من طبيعة مهمة المحكم موقفا متشددا، حيث أصبغ عليها البعض الطبيعة التعاقدية في كافة مراحلها والبعض الآخر يعتقدون في طبيعتها القضائية فإنهم –أي أنصار ومؤيدي هذه النظرية– يرصدون هذه النظرية من خلال موازنتهم للتأثيرات المزدوجة في نظام التحكيم، أي فكرة العقد وفكرة القضاء[2].

غير أن أنصار هذا الإتجاه اختلفوا حول تحديد اللحظة التي يتحول فيها عمل المحكم من الطبيعة التعاقدية إلى الطبيعة القضائية وذلك في رأيين، حيث يرى الرأي الأول أن المهمة التحكيمية في أولها اتفاق وفي وسطها إجراء وتنتهي بقضاء في صورة حكم يصدره المحكم.

1– خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، مصر، 2002، ص 113.
2– محمد السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 597.

أما الرأي الثاني فيذهب إلى أن حكم التحكيم وإن كان يعتبر عقدا قبل أمر التنفيذ إلا أنه يتحول إلى حكم قضائي بموجب هذا الأمر[1].

ثانيا: نقد النظرية

إن هذه النظرية وان كانت قد لاقت استحسان جانب من الفقه إلا أنها وجهت إليها انتقادات نذكر منها:

هذه النظرية لم تأت بجديد في تحديد طبيعة عمل المحكم، ذلك أنها اعتمدت على ما استندت إليه النظرية العقدية والنظرية القضائية[2]. ولم تتصدى لجوهر المشكلة بإيجاد حل فاصل، وإنما اختارت أيسر الطرق المعروفة للخروج من الخلاف، وهي طريقة التوسط والجمع بين الطبيعتين التعاقدية والقضائية[3].

فالواجب في مواجهة مثل هذه الحقائق المركبة محاولة تحليلها لردها إلى عناصرها ومحاولة تحديد كل عنصر في كل مرحلة من المراحل المختلفة.

إن القول بالطبيعة المختلطة لعمل المحكم يؤدي إلى الخلط بين حجية الحكم الذي يصدره المحكم وبين قوته التنفيذية فالأول يثبت لحكم التحكيم لمجرد صدوره على عكس القوة التنفيذية التي لا يحوزها حكم التحكيم إلا بصدور أمر قضائي بتنفيذه[4].

الفرع الثاني: الطبيعة المستقلة لمهمة المحكم

في ظل وجود انتقادات للاتجاهات الثلاثة السابقة برز اتجاه رابع يقول أنصاره بأن نظام التحكيم وعمل المحكم له طبيعته الخاصة وذاتيته المستقلة التي تختلف عن العقود وتختلف عن حكم القضاء العام في الدولة والتي تنادي باستقلالية المهمة التحكيمية.

1- بلباقي بومدين، المرجع السابق، ص 57.

2- فطومة بودلال، التحكيم في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2015-2016، ص 67.

3- بلباقي بومدين، المرجع السابق، ص 58.

4- فراح مناني ، المرجع السابق، ص. ص 45-46.

أولا: مضمون النظرية

يرى أنصار هذه النظرية أن عمل المحكم وسيلة قانونية متميزة لفض المنازعات ونظام مستقل قائم بذاته، وذلك أنهم يرون أن العقد ليس هو جوهر التحكيم بدليل أنه لا يوجد في التحكيم الإجباري، كما أن المحكمون لا يعينون دائما باتفاق الأطراف وإنما قد يتم تعيينهم بواسطة المحكمة أو عن طريق مراكز التحكيم التي يلجأ إليها الأطراف[1]. فالتحكيم يهدف إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية متميزة والمتمثلة في استمرار التعايش السلمي بين المحتكمين في المستقبل فضلا عن تحقيق العدالة[2].

فعمل المحكم هو بالضرورة حسم النزاع وفقا للمبادئ العامة التي تستمد وجودها من النظام القانوني وأهمها مبدأ المساواة ومبدأ المواجهة وغيرها من المبادئ القضائية مع تطبيق ما جاء به اتفاق التحكيم على المحكمة، أي أن المحكم عليه أن يطبق شروط اتفاق التحكيم مثله في ذلك مثل القاضي عندما يطبق شروط عقد معين متعلق بالنزاع المطروح عليه، فالوظيفة القضائية للمحكم تتحدد باتفاق التحكيم، حيث يطبق المحكم ما جاء في هذا الأخير للتعرف على حدود المنازعات التي تدخل في ولايته وللتعرف على القواعد الإجرائية والموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع[3].

ثانيا: نقد النظرية

لم تسلم هذه النظرية من الإنتقاد على أساس اختلاف نظام التحكيم عن نظام القضاء ونظام العقد لا يكفي للقول بالطبيعة المستقلة والخاصة لعمل المحكم، وذلك للمبررات التالية:

1- سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص 32.

2- بلباقي بومدين، المرجع السابق، ص 59.

3- فراح مناني ، المرجع السابق، ص 47.

- لا يمكن التسليم بأن وظيفة المحكم هي وظيفة اجتماعية واقتصادية غايتها تحقيق التعايش السلمي بين الأفراد، لأن هذا لا ينطبق عندما يكون المحكم ملتزم بتطبيق القانون الموضوعي وبالتالي قد يصدر حكما لا يرضي أحد الخصوم أو كلاهما معا[1].
- إن هذه النظرية قد ربطت بطريقة غير صحيحة بين القضاء العام في الدولة وبين تطبيق القانون من جهة، وبين التحكيم وتطبيق الأعراف أو قواعد العدالة من جهة أخرى، فالقاضي له السلطة التقديرية في الاستناد إلى القواعد القانونية أو الأعراف أو قواعد العدالة في حال غياب القاعدة القانونية التي تحكم النزاع، وهو الدور نفسه الذي يقوم به المحكم عندما يكون مكلفا بالفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة دون التقيد بقواعد القانون[2].
- إن تحديد الطبيعة القانونية لعمل المحكم يتم من خلال تحديد الأصل الذي ينتمي إليه وليس من خلال الأثر المترتب عليها، فإن كان هذا الأصل سلطان الإرادة كان عمل المحكم ذو طبيعة عقدية، وإذا كان الأصل الذي ينتمي إليه هو سلطة القضاء كان عملا قضائيا.
- كما أن هذه النظرية لم تأت بجديد وإنما قامت بطرح نفس أفكار النظرية المختلطة[3].

1- فطومة بودلال ، المرجع السابق، ص 71.

2- أشجان فيصل شكري داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص 54.

3- نسرين كروم، النظرية العامة للتحكيم في مجال التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2022/2021، ص 48.

المبحث الثاني: الشروط الواجب توافرها في المحكم وطرق اختياره

إدا كانت القاعدة العامة تقضي بحرية الأطراف في اختيار محكميهم، فقد أوجبت أغلب التشريعات توافر شروط معينة في المحكم المختار، وهذا ضمانا لعدم الإنحراف بالتحكيم ومنعا للمساس بقيمته وتحقيقا للأمن التحكيمي، فالمحكم هو محور العملية التحكيمية وجوهرها ونجاحه فيها متوقف على مؤهلاته بمختلف أبعادها. والأطراف لهم الحرية الكاملة في إختيار المحكمين لتشكيل المحكمة التحكيمية، فليس هناك وصاية عليهم في ذلك، كما خولت لهم بالمقابل إمكانية تسليم حقهم في الإختيار إلى جهة أخرى، وفي حالة الإختلاف أو التقاعس من أحد الأطراف، أوكلت الأمر إلى تدخل سلطة محددة يناط بها مهمة القيام بالتعيين وقت اللزوم لإنقاد اتفاق التحكيم وتحقيقا لفعاليته.

وسنعالج فيما يلي الشروط والضوابط الواجب توافرها في المحكم(المطلب الاول) وبيان طرق إختياره والإشكالات التي يمكن أن تثيرها هذه المسألة(المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشروط الواجب توفرها في المحكم

حرصت مختلف التشريعات فى وضع بعض الضوابط التي يجب توافرها فيمن يتولى مهمة التحكيم نظرا لكونه أعطى الأطراف الحرية في إختيار شخص المحكم، باعتبار أن الثقة في شخصه هي السبب الرئيسي الذي يتم بناء عليه اختيار المحكم، فهذه السلطة الواسعة لأطراف التحكيم ليست مطلقة بل تخضع لضوابط وشروط نصت عليها قوانين التحكيم المختلفة[1].

وعليه سوف نتطرق في هذا المطلب إلى الشروط القانونية الواجب توافرها في المحكم (الفرع الأول)، أما (الفرع الثاني) سنتطرق فيه إلى الشروط الاتفاقية.

1 – دريس كمال فتحي، مطبوعة بيداغوجية بعنوان: التحكيم التجاري الدولي، موجهة لطلبة السنة تانية ماستر تخصص قانون أعمال، جامعة حمه لخضر– الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الوادي، الجزائر، 2021–2022، ص 40.

الفرع الأول: الشروط القانونية

نص المشرع الجزائري على ضرورة تمتع المحكم بالأهلية، وأكد على مبدأ الحياد والإستقلال، كشروط يجب توافرها في المحكم، وتعد هذه الشروط من النظام العام نظرا لأن المشرع لم يترك أمر تقديرها إلى حرية الأطراف، وإنما أوجب توافرها فيمن يتولى هذا العمل.

أولا: الأهلية

تجمع الأنظمة القانونية الخاصة بالتحكيم بصفة عامة على إشتراط أن يكون المحكم كامل الأهلية المدنية.

فالمشرع الجزائري لا يختلف عن غيره من التشريعات، حيث أشترط في من يتولى مهمة المحكم أن يكون متمتعا بحقوقه المدنية.

وقد أوردت المادة 1014 من ق.إ.م.إ.ج[1] هذا الشرط حيث نصت على أنه: " لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية". فالمحكم بما أنه سيقوم بأعمال قضائية استلزم ذلك أن يكون أهلا لإجرائها، وبالتالي لا يكون المحكم أهلا لتولي مهمة التحكيم إلا إذا استكمل جميع عناصر التمييز وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني الجزائري.[2] والتي تنص على أن: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة "[3].

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يذكر أهلية المحكم واعتبر ذلك أمر بديهي في وجوب توفر الأهلية في المحكم وأن لا يكون محجورا عليه حسب ما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر، التي اعتبرت أن كامل الأهلية متمتعا بحقوقه المدنية على غرار ما نهجه المشرع المصري الذي ذكر الأهلية في النص المتعلق بالشروط الواجب

1- قانون رقم 08- 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ج. ر عدد 21 المؤرخ في 17 ربيع التاني عام 1429 الموافق ل 23 ابريل سنة 2008.

2- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، (ج.ر، عدد 78، المؤرخ في 30-9-1975).

3- بلباقي بومدين ، المرجع السابق ، ص 376.

توافرها في المحكم، حيث نصت المادة 1/16 من قانون التحكيم المصري على أنه: " لا يجوز أن يكون المحكم قاصر أو محجورا عليه، أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره"[1]. ومن ثم لا يجوز أن يكون محكما من لم تتوفر فيه الأهلية المدنية الكاملة، وذلك بأن كان قاصرا سواء كان مأدونا له بإدارة أمواله أو غير مأذون له بهذه الإدارة، أو محجورا عليه لأي سبب لجنون أو عته أو سفه أو غفله أو كان محكوما عليه بعقوبة جنائية، أو كان ممنوعا من مباشرة حقوقه المدنية كما لو كان مفلسا أو اجتمعت فيه عاهتان من ثلاث: الصم والبكم والعمى[2].

ولقد انتقد بعض الشراح في فرنسا اتجاه الرأي الذي لا يجيز للقاصر أن يكون محكما، ذلك أنه قد يكون القاصر في بعض الأحيان محاميا أو مهندسا أو محاسبا ويكون في عمله ورجاحة عقله أفضل بكثير ممن بلغ سن الرشد، وقيل أن القاصر الذي يجوز له القيام بأعمال الإدارة أو التجارة يجوز تعيينه محكما في حدود تلك الأعمال[3].

وبداهة، من لا يملك أن يتعاقد لنفسه أو يتصرف في ملكه لا يمكن أن يسمح له القانون أن يكون قاضيا (محكما) في شأن من شؤون الغير، ويتصرف في حقوق الغير بكامل إدارته[4].

أما عن القانون الواجب التطبيق على أهلية المحكم هو القانون الذي يحكم حالته الشخصية، أي قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، أو الدولة التي يتوطن فيها على حسب الأحوال، وإلا لما كانت هناك فائدة من نص المادة 1014 السالفة الذكر، والتي اشترط من خلالها المشرع أن يكون المحكم متمتعا بحقوقه المدنية[5].

1- قانون رقم 27 لسنة 1994 المتضمن قانون التحكيم في المواد التجارية المصري، صدر في 18 أفريل 1994، ج.ر عدد 16، الصادرة بتاريخ 21 أفريل 1994. المنشور علو الموقع: https; www.africa-laws.org يوم الإطلاع: 2024/02/04 على الساعة: 19:50

2- محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية،(د.ط)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص 151.

3- أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء وبالصلح،(د.ط)، دار المطبوعات الجامعية، دون بلد النشر، 2008، ص 140.

4- أحمد أبو الوفا، التحكيم في القوانين العربية،(د.ط)، دار النشر مكتبة الوفاء القانونية، دون بلد النشر، 2015، ص 33.

5- بلباقي بومدين، المرجع السابق، ص 377.

أما بالنسبة لحكم التحكيم الصادر دون مراعاة شروط الأهلية فإنه يكون باطلا حتى لو كان أحد المحكمين كامل الأهلية، فحضور الخصوم أمام هيئة التحكيم لا يصحح هذا البطلان كونه متعلق بالنظام العام، أما إذا قبل الخصوم حكم التحكيم وتنازلوا عن البطلان فإن هذا التنازل من جانبهم يصحح الإجراءات ويمنع من التمسك ببطلان الحكم الصادر من محكم غير صالح للتحكيم[1].

ثانيا: يجب أن يكون المحكم شخصا طبيعيا

لا يجوز أن يكون المحكم شخصا معنويا، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1014 من ق إ.م.إ على أنه: " لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية، إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا تتولى هذه الأخيرة تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم".

ويُفهم من نص المادة أن المشرع الجزائري قد اشترط أن يكون المحكم شخصا طبيعيا، فلا يجوز أن يعهد بالتحكيم لشخص اعتباري أو معنوي، والشخص الطبيعي حسب تعريف القانون له في المادة 25 من ق.م.ج التي نصت على أنه: " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته".

وهو ما نصت عليه صراحة المادة 1/1451 من ق.إ.م الفرنسي أنه: " لا يمكن أن تعهد مهمة المحكم إلا للشخص الطبيعي ويجب على هذا الأخير أن يتمتع بالأهلية التي تخوله ممارسة كافة حقوقه المدنية، وإذا عين العقد التحكيمي شخصا معنويا فإن هذا الأخير لا يتمتع إلا بصلاحية التحكيم"[2].

أي أن هذا الشخص لا يكون له سوى سلطة تنظيم التحكيم، وعليه يجوز إسناد مهمة الإشراف وإدارة التحكيم إلى شخص معنوي، غير أنه لا يمكن لهذا الأخير أن يتولى مهمة التحكيم ذاتها، أما إذا عين اتفاق التحكيم شخصا معنويا كأن ينص على أن تسوية الخلاف

1- معتز محمد حمدان الحوامدة، المرجع السابق، ص 61.

2- المرسوم رقم 354 لسنة 1980 المؤرخ في 14-05-1980، المتضمن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل بالمرسومين: رقم 500 لسنة 1981 المؤرخ في 12-5-1981 والمرسوم رقم 48 لسنة 2011 المؤرخ في 13-01-2011.

الناشئ عن العقد يتم بالتحكيم عن طريق غرفة التجارة الدولية، فهذا يعني أن غرفة التجارة الدولية تقوم بتنظيم عملية التحكيم ولا تكون الغرفة المذكورة محكما، أي لا تتولى مهمة التحكيم بل يتم اختيار المحكمين وفقا لقواعد الغرفة[1]. فلا يتصور أن يتولى الشخص المعنوي مهام التحكيم وإصدار حكم في المنازعة[2].

ثالثا: حياد و إستقلال المحكم

يعتبر المحكم قاضي خاص ومن ثم يجب أن تتوافر فيه ما يجب أن يتوافر في القاضي العادي من حياد واستقلال عن أطراف النزاع أو بأحد المحكمين[3].

وقد ذهب الاتجاه الحديث في التحكيم الذي أرسته قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن الأمم المتحدة[4]، وأخذته عنها دول عديدة من بينها الجزائر في المادة 1015 من ق.إ.م.إ، ومصر في المادة 3/16 من قانون التحكيم، إلى إلزام المحكم بإخطار الأطراف عن كل الظروف التي من شأنها أن تثير الشكوك حول حيدته واستقلاله من تلقاء نفسه، بحيث لا يمكنه مباشرة مهامه إلا بعد إبلاغهم بهذه الظروف، وقبول الأطراف صراحة قيامه بالمهمة.

ويقصد بالإستقلال انقضاء صلة المحكم بموضوع النزاع، وأن لا يكون له مصلحة فيه، أو ارتباط بأي من الأطراف أو من يمثلهم، ولا يجب أن يكون تابعا لأحد الأطراف وعلى الأخص من النواحي المادية، وهذا ما قد أكد عليه نظام التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس في نص المادة 7.

1- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة – لأحكام التحكيم الدولي كما جاءت في القواعد والإتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية مع إشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، دون بلد النشر 2006، ص 153.

2- فراح مناني ، المرجع السابق، ص 134.

3- إبراهيم رضوان الجغبير، بطلان حكم المحكم، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 209.

4- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الدي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونيسترال، سنة 1985، منشور في الموقع، https://.UNICITIRAL.un..ORG، وقت الإطلاع، 2024/02/04 على الساعة 19:30.

ويتعين عدم الخلط بين استقلال المحكم وبين حياده، فالإستقلال يعني عدم تبعية المحكم لأي طرف من طرفي النزاع، أما الحياد فيعني عدم الميل أو الحكم بالهوى لصالح أي منهما. حيث لا يجوز للمحكم أن يكون طرفا في النزاع أو له مصلحة فيه على أي وجه، فإذا اختار الطرف المحتكم محكما معتقدا أنه تتوفر فيه صفة الحياد ثم اتضح أنه تربطه بالطرف المحتكم الآخر علاقة خاصة تجعله غير صالح لنظر النزاع المراد عرضه على التحكيم، وإنه وفقا للقواعد العامة في العقود يستطيع أن يطلب إبطال التحكيم، وذلك لغلط في صفة جوهرية في شخص المتعاقد[1].

وعليه يجب أن يظل المحكم محتفظا بإستقلاليته وحياده من لحظة تعيينه، وأثناء الإجراءات ومراحل التحكيم جميعها وحتى صدور حكم التحكيم النهائي[2].

الفرع الثاني: الشروط الإتفاقية

مما لاشك فيه أن معظم التشريعات نصت صراحة على بعض الشروط الازم توافرها في المحكم وجوبا عند توليه مهمة التحكيم، غير أن ذات التشريعات أعطت للأطراف المحتكمين كامل الحرية في الإتفاق على شروط وصفات أخرى مختلفة في من يختارونه محكما، وذلك بالنظر إلى أهمية المركز القانوني الذي يشغله في الخصومة، ومن هذه شروط الإتفاقية:

أولا: جنسية المحكم

لم تتناول أغلب قوانين التحكيم مسألة جنسية المحكم وتركت ذلك لاتفاق الأطراف، فقد يكون المحكم صاحب جنسية أجنبية وذلك وفق إرادة وإختيار الأطراف.

ونظرا للطبيعة القضائية لمهمة المحكم حسب بعض الفقه اشترطت بعض التشريعات في المحكم أن يكون متمتعا بالحقوق السياسية، ومنه لا يمكن أن يكون المحكم أجنبيا باعتبار أن المحكم يعتبر قاضيا، والقضاء لا يجوز أن يتولاه الأجانب، إلا أن هناك رأي آخر ذهب إلى عدم اشتراط الأهلية السياسية في المحكم، ومن ثم يجوز أن يكون المحكم أجنبيا حتى ولو كان

1- محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 149.

2- إبراهيم رضوان الجغبير،المرجع السابق، ص 209.

جاهلا لغة الأطراف، ويؤسس هذا الرأي أن المحكم وإن كانت وظيفته قضائية، إلا أنه لا يمارس وظيفة عامة دائمة وبالتالي يكفي أن يتمتع بالأهلية المدنية[1].

والمشرع الجزائري لم يتطرق لهذه المسألة بما يفيد أنه لم يجعل من الجنسية الوطنية شرطا لتولي مهمة التحكيم، لأنه لو أراد ذلك لكان قد أضاف التمتع بالحقوق السياسية إلى جانب الحقوق المدنية ولكنه لم يفعل ذلك.

أما عن الاتفاقيات والقواعد الدولية المعمول بها في مجال التحكيم الدولي، فهي بصورة عامة قد تركت الحرية للأطراف في من يمكن اختياره محكما، غير أن هناك من الإتفاقيات الدولية التي تنص صراحة على إمكانية قيام الأجنبي بمهمة المحكم، وهذا ما نجده في المادة 6/20 من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية التي قررت أنه لا يمنع أي شخص بسبب جنسيته من العمل كمحكم وتركت ذلك إلى اتفاق الأطراف، وهذا يعني أن الأجنبي على جنسية الطرفين، يمكن اختياره محكما كمبدأ عام إلا إذا اتفق الطرفان على استبعاده[2].

ونعتقد أن الترجيح بين محكم وطني ومحكم أجنبي يقوم على أسس موضوعية يأتي في مقدمتها نزاهة المحكم وحياده، وبالإضافة إلى ثقافته القانونية وإتقانه لغة الخصوم، وهذا بالرغم من أن البعض يرى أن لجنسية المحكم تأثير كبير على استقلاله وعلى مواقفه، مما ينعكس بدوره على قراره بشأن النزاع[3].

ثانيا: الخبرة والكفاءة

تشترط بعض الأنظمة القانونية أن يكون المحكم من ذوي الخبرة في مجال المنازعة المعروضة على التحكيم، في حين نجد بعض الأنظمة سكتت عن هذا الشرط وتركت الأمر لتقدير طرفي النزاع، ومنها التشريع الجزائري الذي لم يشترط في المحكم خبرة أو مؤهلات

1- محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص. ص 153-154.

2- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 154.

3- حفيظ قطاف، المركز القانوني للمحكم في ضل التحكيم الداخلي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر، 2023-2024، ص 161.

معينة[1]. إذ ليس هناك ما يمنع أن يكون المحكم غير متخصص ولا خبرة له في موضوع النزاع أو جاهلا القانون، ولو كانت المسألة المطروحة عليه قانونية، كما يجوز أن يكون المحكم جاهلا لغة الخصوم فيحكم من واقع الأوراق المقدمة إليه ولو كانت مترجمة[2]. وقيل يجوز أن يكون المحكم جاهلا القراءة والكتابة بشرط ألا يكون وحده في هيئة التحكيم.

وإذا كان الأصل في اختيار المحكمين يخضع لإرادة أطراف النزاع، فمن الأجدر لهم أن يختاروا محكما من ذوي الخبرة في مجال النزاع، أو من بين المحكمين ذوي الخبرة القانونية وهذا لسرعة الفصل في النزاع، إذ من غير المقبول عمليا أن يجهل المحكم حكم القانون في النزاع المعروض عليه[3].

وخبرة المحكم هي مبعث الثقة في نفسه أولا وفي التحكيم ثانيا، ولذلك بعض التشريعات تقضي بضرورة أن يكون المحكم من بين مواطنيها وتشترط أن يكون من ذوي المهن المعنية كالمحامين والقضاة[4].

ولذلك يطالب جانب من الفقه، في حال تعدد المحكمين أن يكون أحدهم على الأقل من رجال القانون، فالمحكم الذي يمتلك الخبرة الفنية في الموضوع المتنازع عليه ويكون جاهلا بأحكام القانون وأصوله، يكون حكمه معرضا للبطلان، ولذلك الجدير بالاختيار هو المحكم ذو الكفاءة القانونية، وإن كانت تكلف الأطراف أتعابا أكثر، فالمهم صحة الحكم التحكيمي[5].

المطلب الثاني: طرق تعيين المحكم

إن فكرة التحكيم تقوم في الأساس على ثقة المتعاقدين معا في هيئه التحكيم، من حيث خبرتها وحيدتها، ومن ثم قدرتها على تسويه النزاع بطريقة قانونية وإجراء محاكمة عادلة

1- عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني،(د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2009، ص 158.

2- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 154.

3- نور الدين بوالصلصال، الإختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2010-2011، ص 103.

4- خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 211.

5- مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية والأجنبية والإتفاقيات والمراكز الدولية، (د.ط)، دار الثقافة للنشر والتوزيع،دون بلد النشر، 2005، ص 77.

وسريعة. ومن الممكن أن تُشكّل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر، ويرجع ذلك الى اتفاق الأطراف بإحدى الطرق التالية:

الأولى: عن طريق الأطراف مباشرة أو غير مباشرة سواء كان ذلك بأنفسهم كما هو الشأن في التحكيم الحر أو يترك هذا الأمر إلى مركز تحكيمي كما هو الشأن في التحكيم المؤسسي.

الثانية: عن طريق اللجوء إلى القضاء ليتولى هذه المهمة[1].

الفرع الأول: التشكيل الإتفاقي لهيئة التحكيم

يتم تشكيل الهيئة التحكيمية من قبل الأطراف مباشرة بعد اتفاقهم على كيفية ووقت اختيارهم، وعلى عدد المحكمين، ويكون التشكيل الإتفاقي لهيئة التحكيم إما عن طريق التحكيم الحر، أو بطريقة التحكيم المؤسسي.

أولا: اختيار المحكم في التحكيم الحر

إذا كان التحكيم خاصا، أي دون الإشارة إلى مؤسسة تحكيمية، ففي هذه الحالة على الطرفين اختيار محكم واحد أو عدة محكمين، وفي معظم الحالات يتولى كل طرف في النزاع اختيار أو تعيين محكم واحد ومن ثم يتولى المحكمان الاثنان تعيين محكم ثالث يسمى بالمحكم الرئيس أو المحكم المرجح أو الفيصل[2].

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 1041 من ق.إ.م.إ على أنه: " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم واستبدالهم".

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أعطى للأطراف الحرية الكاملة في اختيار المحكم أو المحكمين الذين ستوكل إليهم مهمة الفصل في النزاع، ويعد هذا تجسيدا للطابع الإتفاقي الذي

1- مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص. ص 77-78.

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

يقوم عليه نظام التحكيم، حيث جعل إرادة الأطراف في المركز الأول فيما يتعلق بتنظيم العملية التحكيمية، كما أعطاهم الحق في اللجوء إلى أحد هيئات تنظيم العمليات ومراكز التحكيم الدائمة لتشكيل محكمة التحكيم.

وقد اشترطت غالبية التشريعات المنظمة للتحكيم بعض القواعد الواجب إتباعها عند تشكيل هيئة التحكيم وهي:

1 – وترية عدد المحكمين

يشترط المشرع الجزائري كأغلب تشريعات التحكيم، أن تشكل محكمة التحكيم من عدد فردي، فأعطى للخصوم حرية الاتفاق على اختيار محكم واحد، أو أكثر بشرط أن يكون العدد وترا، وهذا ما جاءت به المادة 1017 من ق. إ.م.إ.ج التي نصت على أن: " تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو محكمين بعدد فردي".

يجب أن يكون عدد هؤلاء المحكمين وترا، أيا كانت الطريقة التي تمت بها تعيينهم وتحديدهم، سواء ثم ذلك باتفاق المحتكمين أنفسهم في الاتفاق ذاته، أو في اتفاق مستقل أو تم التعيين بواسطة المحكمة المختصة بناءً على طلب أي من المحتكمين، أو تم عن طريق مركز او هيئة أو مؤسسة تحكيمية، وذلك لتفاذي الحالة التي يؤول فيها التحكيم في حالة اختلاف المحكمين الاثنين ليصدر القرار بترجيح الثالث، وأية مخالفة لذلك كان التحكيم باطلا[1].

وهذا ما قرره المشرع المصري في نص المادة 15 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 التي تنص على ما يلي: " تشكل هيئه التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفق على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة، وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا، وإلا كان التحكيم باطلا".

كما أن القانون الفرنسي كان يجيز أن يكون عدد هيئه التحكيم زوجيا، ثم عدل هذا الحكم بموجب نص المادة 1453 من ق.إ.م.ف وأصبح يشترط الوترية عند تشكيل هيئة التحكيم، لذلك فإن إعمال مبدأ الوترية عند تشكيل هيئة التحكيم يعتبر أساسا لتفعيل ميزة مهمة

1– أحمد ابو الوفا، التحكيم في القوانين العربية،(د.ط)، الناشر مكتبة الفاء القانونية، الأسكندرية، 2015، ص 35.

من ميزات التحكيم، والتي من أهمها السرعة في عملية الفصل في الخصومة التحكيمية، حيث أن وترية العدد تسهل وتسرع الفصل في خصومة التحكيم[1].

يلاحظ أن مختلف التشريعات ومنها المشرع الجزائري جعلت اختيار المحكم أو المحكمين بواسطة إرادة الأطراف هي الطريقة الأساسية قبل باقي الطرق التي يمكن أن تتخذ سبيلا لاختيارهم، سواء عن طريق مراكز التحكيم المختلفة أو عن طريق المحكمة المختصة.

2 – مراعاة مبدأ المساواة في اختيار المحكمين

يعد مراعاة مبدأ المساواة في اختيار المحكمين من بين المبادئ المهمة في العملية التحكيمية، حيث يختار كل طرف من طرفي التحكيم محكما عنه ويتولى المحكمان المعينان من طرفي التحكيم اختيار المحكم المرجح، إذ يعد ذلك الاتفاق توكيلا من كل طرف للمحكم الذي عينه بالاتفاق مع المحكم الأخر لاختيار المحكم المرجح. وقد نصت المادة 2/5 ب من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية[2]، على أن الإخلال بهذا المبدأ يبرر رفض تنفيذ الحكم.

وقد يتفق الطرفان على أن شخصا معينا باسمه أو بصفته، هو الذي يتولى اختيار المحكم أو المحكمين، كما يمكن أن يتفقا على أن المحكمة المختصة بنظر النزاع هي التي تتولى تعيين المحكم أو المحكمين[3].

إن حرية الأطراف في اختيار هيئة التحكيم يرد عليها قيد جوهري يتعلق بالنظام العام، وهو ضرورة مراعاة المساواة بين الطرفين في عملية اختيار وتشكيل هيئه التحكيم، ويترتب على

1– دريس كمال فتحي، المرجع السابق، ص 34.

2– اتفاقية نيويورك التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958 والخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيدها، الموافق عليها بتحفظ بالقانون رقم 88–18 المؤرخ في 12 جوان سنة 1988، ج.ر عدد 28، المصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 88–233، المؤرخ في 5 نوفمبرن سنة 1988ن ج.ر، عدد66 الصادرة بتاريخ 15 نوفمبر 1955، منشور على الموقع: https://.UNICITIRAL.un..ORG.، وقت الإطلاع، 2024/02/04 على الساعة 19:30.

3– خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 207.

ذلك بطلان كل شرط يقضي باستقلال أحدهما دون الآخر بالاختيار، أو أن يكون لأحدهما اختيار الأغلبية وللآخر اختيار الأقلية.

إن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على مبدأ المساواة، وذلك باعتباره مبدأ من المبادئ الأساسية في التقاضي، مما يعني أنه يجب إعماله عند تشكيل محكمة التحكيم، وإلا كان حكم التحكيم عرضة للبطلان لتعلقه بالنظام العام[1].

ثانيا: اختيار المحكمين في التحكيم المنظم أو المؤسسي

قد يرغب المحتكمين عند تشكيلهم لهيئة التحكيم، في الالتجاء لإحدى مراكز التحكيم أو مؤسساته الدائمة لما تحظى به من مكانة وخبرة وقبول في مجال التحكيم، وما تشتمل عليه لوائحها الداخلية من قواعد معلومة يسهل الرجوع إليها لضبط عمليه التحكيم.

والاستعانة بنظام التحكيم المؤسسي لا يسلب حرية الأطراف في اختيار محكميهم، وأن سلطة هذه الهيئات في اختيار المحكم لها طابع احتياطي، فلا تبادر إلى تعيينه إلا بعد التثبت من فشل الأطراف أو امتناع أحدهم عن اختياره، فالإستعانة بالأنظمة المؤسسية، مشروط بعدم الإخلال بالحد الأدنى من الضمانات الواجب توافرها عند تشكيل محكمة التحكيم وسلامة الإجراءات واتساقها مع المبادئ القانونية[2].

ليس من الضروري في حالة الإتفاق على قيام إحدى المؤسسات المتخصصة بتنظيم التحكيم، أن يتفق الطرفان على كيفية اختيار المحكمين ذلك، لأن القواعد المتبعة من قبل تلك المؤسسة هي التي تعالج الأمر وفقا لأهمية النزاع وطبيعته[3].

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 1041 من ق.إ.م.إ. بأن يكون تعيين المحكم أو المحكمين باللجوء إلى نظام تحكيمي إذا رغب الأطراف في ذلك، لأن طريقة التعيين المحددة

1- دريس كمال فتحي، المرجع السابق، ص 35.

2- المرجع نفسه، ص 36.

3- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 141.

في النظام التحكيمي مقبولة من الأطراف، وعادة ما ترجع الجزائر في هذا الشأن إلى نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس[1].

أما عن الإجراءات الخاصة بكيفية تعيين المحكمين في التحكيم المنظم أو المؤسسي سوف نتناول بالبحث عن ذلك على سبيل المثال: قواعد غرفة التجارية الدولية بباريس[2].

- تشكيل محكمة التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس:

إن غرفة التجارة الدولية بباريس، لا تفصل في النزاع بنفسها، وهذا ما نصت عليه المادة 2 من القواعد التي وضعتها الغرفة، وإنما تشرف على التحكيم وتراقب إجراءاته، وتقوم بتعيين المحكمين طبقا للقواعد المذكورة إلا إذا اتفق الطرفان على مخالفة هذه القواعد، أي إلا إذا ذكر الطرفان صيغه أخرى لتعيين المحكمين تختلف عن تلك التي تنص عليها القواعد التي وضعتها الغرفة التجارية الدولية[3].

ويترك هذا النظام الحرية لأطراف عقد التحكيم في اختيار المحكم أو المحكمين، إلا أنه بموجب المواد من 7 إلى 12 من نفس النظام عالج جميع الفروض التي يتحقق فيها عدم اتفاق الأطراف على اختيار المحكم، أو تخلف أحدهم عن تعيين محكمه، فسواء كانت هيئة التحكيم مكونة من محكم منفرد أو من ثلاثة محكمين، ولم يتفق الأطراف عليهم خلال 30 يوما اعتبارا من يوم استلام تبليغ طلب التحكيم للطرف الأخر أو ضمن أي مهلة إضافية منحتها الأمانة العامة لهيئة التحكيم الدولية، فإن هيئه التحكيم الدولية تتولى التعيين، بالاستعانة باللجان الوطنية التابعة لغرفه التجارة الدولية، وهنا نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان المحكم الذي تنوي تعيينه هو المحكم المنفرد أو رئيس هيئة التحكيم، هنا تباشر هيئة التحكيم الدولية مهمة التعيين بناء على اقتراح لجنة وطنية من اللجان الوطنية التابعة لغرفة التجارة الدولية، والتي تعتبرها ملائمة، علما أن هناك 57 لجنة وطنية في

1- نور الدين بوالصلصال، مطبوعة بيداغوجية بعنوان: التحكيم التجاري الدولي، موجهة لطلبة السنة ثانية ماستر تخصص قانون الأعمال، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سكيكدة، الجزائر، 2022- 2023،ص 30.

2- قواعد التحكيم والوساطة لغرفة التجارة الدولية بباريس، فرنسا، 2017، cci، منشور في الموقع، www.faculty.ksu.edu.sa وقت الإطلاع: 2024/11/12 على الساعة 20:00،

3- دريس كمال فتحي، المرجع السابق، ص 36.

جميع أنحاء العالم، فإذا لم تقبل الهيئة بهذا الاقتراح، أو إذا لم تقدم هذه اللجنة الوطنية الاقتراح المطلوب خلال المهلة الممنوحة من الهيئة، فيجوز للهيئة إما أن تكرر طلبها، وإما أن تتوجه بطلبها هذا إلى لجنة وطنية أخرى تعتبرها ملائمة.

الحالة الثانية: إذا تخلف أحد الأطراف عن تعيين محكمه، تباشر الهيئة بتعيين هذا المحكم بناءً على اقتراح اللجنة الوطنية للبلد الذي ينتمي له الطرف، وإذا لم تقبل الهيئة بهذا الاقتراح، أو أن هذه اللجنة الوطنية لم تتقدم بالاقتراح المطلوب خلال المهلة الممنوحة من الهيئة، أو إذا كان الطرف المعين ينتمي لبلد لم تشكل به لجنة وطنية، فإن للهيئة حينئذ اختيار من تعتبره مؤهلا، وعلى الأمانة العامة أن تعلم اللجنة الوطنية للبلد الذي ينتمي إليه الشخص المختار إن وجدت هذه اللجنة.

وأخيرا نشير إلى أن قرارات محكمة التحكيم في تعيين المحكمين أو إقرار التعيين، أو البث في طلب الرد أو تبديل المحكم، غير قابلة للطعن حسب ما جاء في المادة 6/12 من قواعد الغرفة، أما الأسباب التي تستند إليها محكمة التحكيم في اتخاذ قراراتها في الأمور المذكورة فلابد من إعلانها[1].

الفرع الثاني: الطريقة القضائية لتعيين المحكم

الأصل أن المحتكمين هم الذين يختارون محكميهم بعيدا عن القضاء، إلا أنه قد يتعذر عليهم ذلك، وقد لا تتاح الفرصة لمراكز التحكيم في المساعدة على تخطي هذه العقبة، بسبب عدم اللجوء إليها في هذا الشأن، الأمر الذي تبدو فيه الحاجة الملحة إلى التدخل القضائي لتشكيل هيئه التحكيم.

فاللجوء إلى المساعدة القضائية في تعيين المحكمين، لا يعد استثناء على حرية المحتكمين في الاختيار، أو سدا لنقص أو جزاءً على إهمال المحتكمين تعيين محكميهم؛ وإنما هناك حالات أعطى المشرع فيها للمحكمة المختصة بذات النزاع المتفق على التحكيم فيه صلاحية تعيين المحكمين كلهم أو بعضهم[2].

1- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 144.

2- مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 90.

لقد راعت التشريعات أن يكون تدخل القضاء بالقدر المطلوب وضمن أسباب وضوابط يتوجب مراعاتها في تشكيل هيئه التحكيم.

إن الطرف الذي يتفق على حل النزاع عن طريق التحكيم لا يتنازل عن حقه في اللجوء إلى القضاء، هذا الأخير الذي يتدخل لمساعدة الأطراف على تشكيل هيئه التحكيم في حاله اختلافهم.

وفي هذا الصدد عالج المشرع الجزائري الصعوبات التي تواجه الأطراف في تشكيل محكمة التحكيم، سواء إذا تخلف أحد الأطراف في تعيين محكمه، أو إذا صادف الأطراف عقبات في استكمال تشكيل الهيئة، كما في حالة اختلافهم في تعيين المحكم الثالث، وذلك بموجب المادة 1041 من ق.إ.م.إ.ج، والتي ميز فيها المشرع بين التحكيم الذي يجري في الجزائر والتحكيم الذي يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق أحكام القانون الجزائري.

أولا: التحكيم التجاري الذي يجري في الجزائر، إذا اعترضت الأطراف صعوبة بشأن تشكيل محكمة التحكيم أن يلجؤوا إلى رئيس المحكمة التي يجري في دائرة اختصاصها التحكيم.

ثانيا: التحكيم التجاري الدولي الذي يجري في الخارج واختار أطرافه تطبيق أحكام القانون الجزائري، فقد أعطى المشرع للطرف الذي يهمه أمر تعجيل تشكيل محكمة التحكيم حق اللجوء إلى رئيس محكمة الجزائر، لتعيين محكم الطرف الذي تقاعس عن تعيين محكمه أو تعيين المحكم المرجح الذي اختلف الأطراف حول تعينه.

وبالتالي يجوز للمحكمة أن تتدخل في تعيين المحكم في حالات معينة منها:

- قد يتفق الخصوم على إحالة النزاع إلى التحكيم، ثم يقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكم، فإنه يجوز لأي من الخصوم أن يقدم عريضة يطلب فيها تعيين المحكم، لتقوم بعدها المحكمة بالبحث في هذا الطلب وتعيين المحكم.
- إذا تم الاتفاق على تشكيلة هيئة التحكيم من ثلاث محكمين ولم يتوصل المحكمان أو الطرفان أو طرف ثالث إلى تعيين المحكم الثالث.
- إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه يستبدل بغيره بأمر من رئيس المحكمة المختصة.

- في حالة ظهور صعوبات بعد تشكيل هيئة التحكيم وأثناء سير الخصومة ، فإن هذه الصعوبات التي تتعلق إما بصحة تشكيلة هيئة التحكيم أو أن هيئة التحكيم أصبحت غير قادرة على متابعة عملها وهي بحاجة إلى محكم جديد[1].

ولكي تقوم المحكمة المختصة بنظر النزاع، بتعيين المحكم، لابد أن يتقدم أحد الخصوم بطلب إلى المحكمة، وأن يتضمن هذا الطلب بيانا بكافة الشروط والمؤهلات المتطلبة لتعيين المحكم، مرفقا معها صورة من اتفاق التحكيم، وأن يقوم هذا الخصم بتبليغ خصمه تبليغا صحيحا. وعلى الرغم من أن قرار المحكمة المختصة بالتعيين هو قرار قطعي إلا أن حجية هذا القرار تكون مقصورة فقط على الحكم، أما إذا رفضت المحكمة المختصة طلب تعيين المحكم، فإن قرارها هذا يكون قابلا للطعن فيه[2].

المبحث الثالث: ضمانات الخصوم في مواجهة المحكم

نظرا لكون المحكم يقوم بمهمة شبيهة بمهمة القاضي، كونه ينظر في خصومة بين الأطراف ويصدر حكما فيها، كأصل عام، فإن نظام رد المحكم أو عزله يعتبر ضمانة إجرائية من الضمانات التي يجب توفيرها للخصوم، وللمحكم كذلك، لحمايته هو من نفسه، وما يمكن أن يقوده إلى مواطن مظنة السوء التي تنال من حيدته ونزاهته، لذا سنقوم بتقسيم هدا المبحث على النحو التالي :

المطلب الأول: رد المحكم

يقصد برد المحكم، تعبير أحد أطراف الخصومة التحكيمية عن إرادته في عدم الإمتثال أمام محكم معين في قضية معينة لأحد الأسباب التي حددها القانون[3]. ويهدف إلى استبعاد المحكم من تشكيل المحكمة أو من الحكم في الدعوى بطلب من أحد الخصوم إذا كان من الممكن أن يفقد هذا المحكم حياده وبالتالي يعد الرد ضمانة إجرائية وقائية، فهو يضمن الحماية للأطراف بصفة قبلية ضد خطر تحيز المحكم أو إصداره لحكم لم يكن أهلا للفصل فيه لعدم

1- كمال عليوش قريوع، المرجع السابق، ص 139.

2- مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 152.

3- المرجع نفسه، ص 201.

توفره على المؤهلات المطلوبة[1]. وقد نصت على هذه الضمانة المادة 1016 من ق.إ.م.إ.ج، ومن أجل الإحاطة بهذا الموضوع أكثر سنتناول بالدراسة أسباب الرد والجهة المختصة بطلب الرد، والآثار المرتبة عليه.

الفرع الأول: أسباب الرد

تعرضت معظم أنظمة واتفاقيات التحكيم التجاري الدولي صراحة للرد وأجازته، غير أنها اختلفت في تفصيل أسبابه، فمنها من وضع أسباب شاملة عامة، كالإشارة إلى أنه يتم رد المحكم لعدم صلاحيته للتحكيم بشكل عام، أو أي أسباب أخرى من دون تحديد لهذه الأسباب[2]. وكمثال على ذلك اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965 في المادة 57[3]. ولائحة غرفة التجارة الدولية بباريس في المادة 1/11 [4]. وذلك بخلاف ما هو مقرر في بعض التشريعات كقانون الإجراءات المدنية الفرنسي، حيث لا يرد المحكم إلا لذات الأسباب التي يرد بها القاضي أو يعتبر بسببها غير صالح للحكم. ويكون ذلك استنادا إلى مبرر، كما يجب أن لا يكون صادرا من أحد الخصوم منفردا، وإنما يتعين الإتفاق عليه من جميع الأطراف، وهو ما أكده أيضا قانون التحكيم المصري[5].

وبالرجوع إلى قانون إ.م.إ.ج نجد أن المشرع حدد ثلاثة أسباب تجيز رد المحكم وهي:

أ- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.

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

1- حفيظ قطاف، المرجع السابق، ص 328 .

2- نور الدين بوالصلصال، الإختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، ص 317.

3- تنص المادة 57 من إتفاقية واشنطن على أنه:" يجوز للخصم أن يطلب من لجنة التوفيق أو محكمة التحكيم رد أحد أعضائها من أجل أي سبب ينطوي على فقدان أكيد للصفات التي تتطلبها المادة 1/14، فضلا عن ذلك يجوز للخصم في دعوى التحكيم أن يطلب رد أحد المحكمين بسبب عدم استيفاء الشروط المحددة بالقسم الثاني من الفصل الرابع بشأن تعيين محكمة التحكيم.

4- المادة 11 من نظام الغرفة التجارية بباريس، "... تقدم طلب الرد إستنادا إلى إدعاء إنتفاء الإستقلال".

5- المادة 20 من قانون التحكيم المصري.

– عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لا سيما وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

وما يلاحظ على هذه الأسباب أن عدم الاستقلالية تعد أهمها، وهي المحور الذي يدور عليه طلب الرد، وقد ذكر المشرع الجزائري في المادة 1016 من ق. إ. م. إ أعلاه بعض مظاهرها كأن تكون هناك علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو غير مباشرة.

وقد أضاف المشرع الجزائري شرطا رابعا يتمثل في ضرورة إطلاع الطرف الذي عين المحكم أو ساهم في تعيينه عن سبب الرد بعد تعيين المحكم، كما يجب أن تعلم محكمة التحكيم والطرف الآخر بسبب الرد. فإن توفر سبب من هذه الأسباب قد يكون غير كاف في بعض الأحيان، بحيث لا يمكن رد المحكم من الطرف الذي ساهم في تعيينه، إلا إذا لم يكن على علم بسبب الرد إلا بعد تعيينه[1].

هذا ولابد أن يقدم طلب رد المحكم قبل الدخول في أساس الدعوى فإذا قدم الخصم طلب الرد بعد ذلك سقط حقه في طلب الرد، إلا أنه يجوز له أن يقدم طلب الرد بعد الدخول في أساس الدعوى إذا استجدت أسباب الرد، أو أثبت أنه لم يكن يعلم بها من قبل ولكن بشرط أن يقدم طلب الرد قبل صدور قرار المحكم، فلا يجوز تقديم هذا الطلب بعد صدور قرار المحكم أو قفل باب المرافعة التحكيمية، وفي هذه الحالة يجوز له أن يتمسك برفض طلب التنفيذ لتوفر سبب من أسباب الرد في أحد المحكمين الذين تولوا إصدار القرار التحكيمي[2].

وبمفهوم المخالفة، فإنه لا يمكن لهذا الخصم طلب رد المحكم عندما يكون على علم بسبب الرد قبل تعيينه، وهو ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 1016 السالفة الذكر، حيث جاء فيها: "لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه أو شارك في تعيينه إلا لسبب علم به بعد التعيين..."، فإذا صرح المحكم عن الأسباب الداعية لرده كما نصت الفقرة الثانية من المادة

1– نور الدين بوالصلصال، الإختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، المرجع السابق، ص 318.

2– معتز محمد حمدان الحوامدة، دور المحكم في إجراءات التحكيم الداخلية، الطبعة الولى، دار المعتز للنشر والتوزيع، عمان، 2020 ، ص 178.

1015 من قانون إ. م. إ. ج[1]. وقبل الطرف الآخر به فلا يستطيع هذا الأخير رده فيما بعد لأن المحكم قد صرح بهذه الأسباب مسبقا[2].

هذا ولا يجوز للخصم تقديم طلب رد المحكم نفسه أكثر من مرة واحدة، وذلك من أجل إجبار الخصم على تقديم كافة أسباب الرد مرة واحدة، وحرصا على عدم عرقلة مهمة التحكيم وزعزعة مركز المحكم دون مبرر[3].

وعلى صعيد النصوص الدولية للتحكيم فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 10 من قواعد اليونسترال، أن المحكم يكون معرضا للرد إذا كانت هناك ظروف تثير شكوك حول حياده أو استقلاليته، وأضافت الفقرة الثانية من المادة المذكورة بأن أيا من الأطراف لا يمكنه رد المحكم الذي سبق وأن أختاره إلا لأسباب علم بها بعد إتمام تعيين المحكم المذكور[4].

الفرع الثاني: الجهة المختصة بنظر الرد

في حالة حصول خلاف بين الأطراف، ولم يتطرق في نظام التحكيم الذي يتم اختياره كيفية تسوية هذا النزاع، أو لم يتوصل الأطراف لحله بطريقة ودية، هنا فإن الخلاف يعرض على القاضي المختص، وهذا ما جاءت به الفقرة الأخيرة من المادة 1016 من ق.إ.م.إ.ج بقولها: " في حالة النزاع، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كيفيات تسويته أو لم يسع للأطراف بتسوية إجراءات الرد يفصل القاضي في ذلك الأمر بناء على طلب من يهمه التعجيل، هذا الأمر غير قابل لأي طعن".

فالمشرع الجزائري ترك أمر تسوية حالة الرد في بداية الأمر إلى الأطراف، أما في حالة عدم توصل الأطراف إلى أية تسوية بخصوص الرد يؤول الاختصاص في الفصل في طلب الرد إلى القضاء –المحكمة المختصة–.

1– المادة 2/1015 من ق. إ. م. إ. ج. تنص على أن: "إذا علم المحكم أنه قابل للرد يخبر الأطراف بذلك ولا يجوز القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم".

2– محمد جارد، الضمانات الإجرائية لتشكيل المحكمة التحكيمبة في التشريع الجزائري، مجلة القانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد، بشار، العدد الثاني، 2019، ص 15.

3– معتز محمد حمدان الحوامدة، المرجع السابق، ص 186.

4– فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص. ص 238–239.

إلا أن هناك من الأنظمة على غرار المشرع الجزائري التي تمنح مهمة النظر في طلب الرد والفصل فيه إلى هيئة التحكيم ذاتها، فالمادة 13 من قانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، التي تقابلها المادة 58 من اتفاقية واشنطن لعام 1965، خولت سلطة الفصل في طلب الرد لمحكمة التحكيم ذاتها، كما قررت جواز الطعن في قرارها الصادر برفض طلب الرد أمام المحكمة ويكون قرار هذه المحكمة غير قابل للطعن فيه مرة أخرى.

وهناك اتجاه آخر أوكل مهمة الفصل في طلب الرد إلى هيئة مستقلة، غير هيئة التحكيم، وغير القضاء، وتتمثل هذه الهيئة في غالب الأحيان في إدارة منظمة أو مركز للتحكيم يتم تحديدها في لوائح وأنظمة التحكيم التي تتم عملية التحكيم وفقا لها، فالمادة 11 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس 1998 نصت على أن تتولى هيئة غرفة التجارة مسألة الفصل في طلب رد المحكمين[1].

والذي يلفت النظر أن أسباب الرد ليست من النظام العام ومنه يمكن تسويتها، وبالتالي إذا ظهر سبب للرد فيمكن للطرفين أن يتفاوضا عليه وأن يوافقا على القبول به[2].

كما يمكن لأحد أطراف الدعوى التحكيمية التنازل عن حقه في رد المحكم حتى و إن سبق له أن عمل كمستشار أو ممثل الطرف الآخر في منازعات قضائية[3].

الفرع الثالث: آثار الرد

إن المشرع الجزائري في المادة 1016 من ق.إ.م.إ تطرق إلى الحالات التي يمكن أن تكون سببا لرد المحكم إلا أنه لم يتعرض لآثار هذا الرد على الإجراءات، وما إذا كان باستطاعة هيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات الخصومة رغم طلب رد المحكم من قبل أحد الأطراف أم عدم إمكانية ذلك[4].

1- نور الدين بوالصلصال، الإختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، المرجع السابق، ص.ص 319-320.

2- فراح مناني ، المرجع السابق، ص 146.

3- عمار ازوكار، التحكيم التجاري الداخلي والدولي بالمغرب قراءه في التشريع والقضاء، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، المغرب، 2015، ص 42.

4- نور الدين بوالصلصال ، الإختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، المرجع السابق، ص321.

فالقانون النموذجي لسنة 1985 نص في الفقرة 3 من المادة 13 على أنه: "ريتما يتم الفصل في هذا الطلب –طلب الرد– يجوز لهيئة التحكيم بما في ذلك المحكم المطلوب رده أن تواصل إجراءات التحكيم وأن تصدر قرار التحكيم".

أما بالنسبة للفقهاء فقد اختلفوا حول مسألة أثر الرد على سير الإجراءات، فهناك من يرى أنه يترتب على تقديم طلب الرد وفق إجراءات التحكيم، وإذا حكم برد المحكم ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم، بما فيها حكم المحكمين كأن لم يكن، ورد أحد المحكمين وتعيين بديل له يؤدي إلى إعادة تشكيل هيئة التحكيم وإعادة الإجراءات من جديد[1].

ويتعين على المحكم وقف الخصومة أمامه بمجرد تقديم طلب الرد إلى المحكمة، وتتبع ذات القاعدة ولو تعدد المحكمون وطلب رد أحدهم فقط، فهنا أيضا يتعين وقف الخصومة بمجرد تقديم طلب الرد، وأي حكم أو قرار يصدر فيها باشتراك المحكم المطلوب رده أو بعدم اشتراكه فيها يكون باطلا[2]. أما إذا تم الحكم بقبول طلب الرد وتم استبعاد المحكم بعد شروعه في الإجراءات فإنها تعاد. وتعتبر كأن لم تكن، بينما إذا كانت الإجراءات لم يشرع فيها فلا إشكال يطرح لأن العملية التحكيمية سينطلق فيها بعد تعيين المحكم البديل، أما إذا رفضت المحكمة طلب الرد لعدم التأسيس فإن الإجراءات تستمر بصفة عادية سواء كان شرع فيها أم لا[3].

ولا يختصم المحكم في الدعوى بطلب رده، ولا يعتبر طرفا فيها ولا يملك الطعن في الحكم الصادر برده، ولو كانت الوقائع المنسوبة إليه غير صحيحة، لكن يمكن له أن يقيم دعوى بطلب التعويض على طالب الرد إذا توافرت شروط المسؤولية[4].

1– خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 424.

2– أحمد أبو الوفا، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 59.

3– نسرين كروم ، النظرية العامة للتحكيم في مجال التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2021–2022، ص 181.

4– أحمد أبو الوفا، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 59.

المطلب الثاني: عزل المحكم

يشكل نظام عزل المحكم ضمانة إجرائية أخرى مقررة لأطراف التحكيم في مواجهة المحكم، فيعد هذا النظام من الضمانات التي تمنح المحتكمين الحق في منع المحكم من مواصلة مهمة التحكيم بإقالته وعزله متى توافرت الأسباب لذلك.

الفرع الأول: مفهوم عزل المحكم

يقصد بعزل المحكم تعبير أطراف النزاع جميعا عن إرادتهم في إنهاء مهمة المحكم أو المحكمين لمنعهم من نظر النزاع حتى وإن لم يكن هناك سبب لعزلهم، وذلك بسلب مهمة الفصل في الخصومة التحكمية من المحكم أو المحكمين، ومن تم لا يحق للمحكم مواصلة مهمة الفصل في هذه الخصومة[1].

وقد يتخذ العزل إحدى الصورتين، فإما أن يكون اتفاقيا أو قضائيا.

أولا: العزل الإتفاقي

يحق للأطراف الذين اختاروا المحكم أن يعزلوه، ولا يكون العزل إلا باتفاق جميع الأطراف الذين اختاروا هذا المحكم إذا ما توافرت موجبات العزل. وقد استندوا إلى اتفاق المحكمين الذي تم بموجبه تولية المحكم، وبالتالي فلهما عزله قبل أن يحكم، فلا يحكم إلا برضاهم جميعا، وليس لأحد المحتكمين طلب عزل المحكم منفردا طالما نشبت الخصومة بالفعل وبدأ المحكم في إجراءات التحكيم[2].

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 3/1018 من ق.إ.م.إ.ج[3]. حيث أكد على أن عزل المحكم لا يجوز إلا باتفاق جميع الأطراف. ولا يكفي إتفاق بعض الخصوم على

1- محمد جارد، المرجع السابق، ص 16.

2- شحاتة غريب شلقامي، عقد المحكم بين تشريعات التحكيم وتطويع القواعد العامة في القانون المدني، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص.ص 67-68.

3- المادة 3/1018 من ق.إ.م.إ.ج نصت أنه: "لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف".

عزل المحكم للقول بصحة العزل حتى ولو كانوا أغلبية، كما أنه لا يجوز لأحد أطراف التحكيم عزل المحكم الذي قام هو بتعينه، بل لابد من موافقة الآخرين[1].

وعلى ذلك فإن العزل بالإرادة المنفردة من جانب أحد الطرفين غير جائز وغير منتج، بل يجوز للمحكم مباشرة عمله حتى ولو أبلغه عن عزله بقراره المنفرد[2]. وعليه يعد الإجماع شرطا أساسيا لصحة عزل المحكم ومن هنا يظهر الفرق بين رد المحكم وعزله، فالرد يمكن أن يطالب به طرف واحد من أطراف الدعوى التحكيمية دون الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر ولأسباب محددة، بينما يشترط في عزل المحكم شرطا وحيدا يتمثل في أن يكون طلب العزل باتفاق أطراف التحكيم جميعا، فمتى اتفق الأطراف على عزل المحكم، سواء كان التعيين قد تم بواسطة الأطراف أو من جهة أخرى، فإن إرادة الأطراف تنفد في هذه الحالة، ويعتبر اتفاقهم صحيحا لا يجوز الطعن فيه حتى دون حاجة لبيان الأسباب[3].

ثانيا: العزل القضائي

قد يصعب في بعض الحالات اتفاق جميع أطراف التحكيم على عزل المحكم على الرغم من توافر الأسباب التي قد تدعو أحدهم للمطالبة بإنهاء مهمة هذا المحكم، ومع ذلك لم يتنحى المحكم عن مهمته. وفي هذه الحالة يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل اللجوء إلى القضاء لطلب عزله،[4] وقد أجاز المشرع الجزائري للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع المنصوص عليها في المادة 1041 من ق.إ.م.إ، التي نصت على أنه:" يمكن للأطراف مباشرة تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم.

وفي غياب التعيين، أو صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يلي:

1- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء 1، الطبعة الثالثة، بدون بلد النشر، 2008، ص 250.

2- دريس كمال فتحي، المرجع السابق، ص 54.

3- محمد جارد، المرجع السابق، ص 15.

4- المرجع نفسه، ص 16.

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.

وما يلاحظ هنا أن المشرع الجزائري لم يبين حالات العزل وترك أمر تحديد ذلك لسلطان إرادة الأطراف، حيث يجوز لهم طلب عزل المحكم كلما تبين لهم أن هناك أسباب جدية تدعوا إلى ذلك.

على عكس المشرع المصري الذي نص في المادة 20 من قانون التحكيم على أنه: " يعزل المحكم في حالة تعذر أداء مهمته أو عدم مباشرتها وانقطاعه عند أدائها بما يؤدي إلى تأخير لا مبرر له في إجراءات التحكيم".

وهو نفس ما ذهب إليه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، إذ جاء في المادة 1/14 منه والتي لم تستخدم لفض العزل إلا أنها استخدمت عبارة لها نفس المعنى وهي "إنهاء مهمة المحكم"، حيث نصت على أنه: "إذا أصبح المحكم غير قادر بحكم القانون أو بحكم الواقع على أداء وظائفه... تنتهي ولايته...إذا اتفق الطرفان على انهاء مهمته"[1].

ويتم العزل القضائي بدعوى قضائية أمام المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، ويكون المدعي فيها أحد طرفي الاتفاق، أما المدعي عليه يجوز أن يكون الطرف الآخر في التحكيم أو المحكم أو كلاهما[2].

ولضمان عدم تعسف طرفي التحكيم في استخدام ذلك الحق فإن المشرع أعطى للمحكمة المختصة في هذه الحالة سلطة تقديرية بشأن الطلب المقدم إليها من أحد الطرفين بشأن إنها مهمة المحكم، فيكون لها حق في رفض الطلب المقدم منه، وذلك حسب ما ذكر في طلبه من أسباب ومبررات[3].

1- نور الدين بوالصلصال، الإختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، المرجع السابق، ص 313.
2- حمزة أحمد حداد ، المرجع السابق، ص 253.
3- محمد علي سكيكر، تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية،(د.ط)، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007، ص 78.

كما يجب أن يتم العزل خلال الأجل المنصوص عليه في المادة 1018 من ق.إ.م.إ.ج التي جاءت فيها: "يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجل لإنهائه"، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم.

غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف وفي حالة عدم الموافقة عليه يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك يتم من طرف المحكمة المختصة[1].

ويتم عزل المحكم بصورة صريحة، كما يجوز أن يتم بصورة ضمنية بتعيين محكم جديد، ولا يتطلب القانون شكلا معينا لإجراء عزل المحكم، فمن الجائز أن يتم شفهيا ومن الجائز أن يتم كتابة بعقد عرفي أو بمجرد خطاب منهما إليه كما يمكن أن يتم العزل في أية حالة تكون عليها الإجراءات، ولو بعد صدور حكم من المحكم في شق من الموضوع، أو بعد إثبات الدعوى، وبطبيعة الحال يجوز للخصوم النزول عن هذا الحكم أو الإعتداد به[2].

الفرع الثاني: الآثار المرتبة عن العزل

يترتب عن عزل المحكم مجموعة من الآثار نذكر منها:

1- زوال كافة السلطات الممنوحة للمحكم:

إذا اتفق جميع أطراف التحكيم على عزل المحكم تزول عنه كافة السلطات التي كانت ممنوحة له بموجب عقد التحكيم، وبذلك يمتنع عليه الإستمرار في نظر النزاع أو اتخاذ أي إجراءات تتعلق بالخصومة التحكيمية[3].

وإذا صدر حكم من المحكم على الرغم من عزله فإنه يكون باطلا، ولو صدر دون علم المحكم بالعزل مادام هذا العزل قد تم من جانب الخصوم جميعهم.[4] لكن إذا قامت المحكمة المختصة بإصدار أمر بعزل المحكم لأي سبب من الأسباب التي ذكرناها سابقا، فإن هذا الأمر

1- نور الدين بوالصلصال ، مطبوعة بيداغوجية بعنوان: التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 38.

2- أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص 175.

3- محمد جارد، المرجع السابق، ص 18.

4- أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 175.

لا يؤثر على ما قام به هذا المحكم من إجراءات قبل صدور ذلك الأمر، بل تظل صحيحة ويترتب عليها كافة الآثار القانونية[1]. ما لم يتفق أطراف النزاع على خلاف ذلك، حيث لهم أن يتفقوا على اعتبار ما تم من إجراءات من قبل المحكم المعزول قبل عزله عديمة الأثر، وتبدأ الإجراءات من جديد مع تعيين المحكم البديل[2].

2- تعيين محكم بديل:

تنص المادة 1024 من ق.إ.م.إ.ج على أنه: " 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... وفي حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009 أعلاه".

إن ما ورد في المادة 1009 يطبق على المادة 1024 في المسائل المتعلقة بوفاة أحد المحكمين أو رفض القيام بمهمته بمبرر أو عزله أو حصول مانع له، في كل هذه الحالات ما لم يكن هناك اتفاق بين الأطراف فإن الطرف الذي يهمه التعجيل يمكنه أن يلجأ إلى القاضي المختص لاستبدال المحكم الذي تم عزله[3].

ومن تم يجوز للمحكمة تعيين محكم بدل المحكم الذي تم عزله لأن هذا الأخير لا يوقف سريان اتفاق التحكيم إلا إذا رأى الأطراف خلاف ذلك[4]. ويجب أن يكون عدد المحكمين الذين تعينهم المحكمة مساويا للعدد المتفق عليه بين الخصوم أو مكملا له[5]. كما يجب أن تضاف إلى ميعاد التحكيم مدة من الزمن عند تعيين محكم بديل ليتسنى لهذا الأخير دراسة موضوع النزاع[6].

1- محمد علي سكيكر، المرجع السابق، ص 78.
2- محمد جارد، المرجع السابق، ص 18.
3- كمال عليوش قربوع ، المرجع السابق، ص 140.
4- محمد جارد، المرجع السابق، ص 18.
5- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 159.
6- محمد جارد ،المرجع السابق، ص 18.

3- إمكانية التعويض:

إذا كان طلب عزل المحكم مبنيا على أسباب غير جدية يؤدي إلى المساس بسمعة المحكم أو تضمن سبب العزل إهانة له، كان للمحكم المعزول أن يلجأ إلى القضاء الوطني لمطالبة الأطراف بالتعويض طبقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية[1]. إذ يعتبر الاتفاق بين المحكمين والمحكم على قيام هذا الأخير بالمهمة بمثابة عقد لا يجوز فسخه إلا لاعتبارات جدية، فإن الأطراف يلزمون بتعويض المحكم إذا قاموا بعزلة خاصة إذا كان التحكيم بمقابل.

ومن جهة أخرى يجوز لأطراف التحكيم مطالبة المحكم بالتعويض عن الأضرار التي أصابتهم جراء تصرفاته التي كانت سببا في عزله، إذا كان عزل المحكم غير كاف لجبر ما نتج عن تصرفاته من أضرار[2].

1- محمد جارد، المرجع السابق، ص 18 .

2- أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 175.

خلاصة الفصل الاول

من خلال ما سبق يتضح لنا أن المحكم يشغل مركزا خاصا ومتميز عرف على أساس أنه مجموعة من القواعد القانونية والاتفاقية المحددة لمنشأ تأهيله وعلاقته بالغير، مما أدى إلى تجاذب الفقهاء حول طبيعته وطبيعة المهمة الموكلة إليه، مابين من يعتبره مركزا قائم على عمل تعاقدي، ومن يعتبره قائما على عمل دو طبيعة قضائية، ومن يعتبره مختلطا بينها، وآخر يقيم له طبيعة خاصة به ومستقلة، و إذ تستند هذه الطبيعة إلى حجج واضحة و أدلة منطقية، فإنه كان لابد من التطرق إلى الشروط التي توافرها في من يعتلي منصة التحكيم وتبيان كيفية اختياره و الضوابط المعتمدة في ذلك، سواء تعلق الأمر بالتحكيم الحر أو المؤسسي، أو التعين عن طريق القضاء الذي يعد استثناء عن الأصل، والذي يتيح لأطراف النزاع اختيار محكمهم إعمالا لسلطان الإرادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين المعمول به في اتفاق التحكيم باعتباره عقدا ليس للقاضي إلا سلطة محدودة في تعديله، وهو ما يتيح إمكانية تعيين المحكم من طرف القضاء، إذ لم يتفق أطراف الخصومة على تعيينه أو اختلفوا في ذلك.

كما يعتبر إجرائي رد المحكم وعزله من أهم الضمانات الإجرائية التي يجب توفرها للمحتكمين في مواجهة هيئة التحكيم، كونها تمنحهم الشعور بالطمأنينة بأن المحكم سيؤدي المهمة التحكيمية بكل نزاهة و استقلالية وحياد، بعيدا عن الأهواء و المؤثرات الشخصية، وعدم الانحياز لخصم ضد خصم آخر.

الفصل الثاني

الإطار القانوني لمهمة المحكم أثناء سير الخصومة التحكيمية

الفصل الثاني: الإطار القانوني لمهمة المحكم أثناء سير الخصومة

يتمتع المحكم من اجل إدارة عملية التحكيم والوصول إلى الحكم النهائي المرضي للخصوم بمجموعة من السلطات و الصلاحيات التي تسهل عليه تحقيق هذه الغاية، على أن مثل هذه الصلاحيات لم تكن مطلقة لهيئات التحكيم، وإنما يتم ضبطها وفق مجموعة من الشروط المتعددة المصادر، وذلك كله منعا للخروج عن مسار التحكيم الذي قوامه قبل كل شيئ إرادة أطراف الإتفاق التحكيمي.

وتتحدد سلطة عمل المحكم إما بناءا على ما تم تخويله له من خلال الاتفاق التحكيمي المنعقد بين اطراف النزاع ، وذلك في حالة كان التحكيم حر، او بناءا على ما يسمح به النظام الداخلي المحدد لهذه الصلاحيات في إطار مراكز تحكيمية موضوعة مسبقا لغرض تسهيل عمليات التحكيم بصورة منظمة، مع عدم إنكارنا لدور القانون في حد ذاته في منح مثل هذه الهيئات بعض من السلطات الأصلية أو الإستثنائية.

وللحديث عن موضوع سلطات المحكم والحدود المتعلقة بها يتعين دراسة سلطات المحكم في بداية الخصومة التحكيمية، (البحث الأول)، تم التطرق إلى سلطاته اثناء سير الخصومة التحكيمية،(المبحث الثاني)، أما (المبحث الثالث) فنخصصه لدراسة إستنفاد سلطة المحكم.

المبحث الأول: سلطات المحكم في بداية الخصومة التحكيمية

مما لا شك فيه أن سلطات المحكم تتحدد بموجب عاملين أساسيين هما:

القانون و اتفاق التحكيم، علما بأن هذه السلطات تزداد اتساعا كلما تراجعت النصوص القانونية التي تقيد سلطات المحكم ، وعلى المحكم قبل البدئ في مباشرة مهامه التحقق من السلطات المخولة له بموجب إتفاق التحكيم، ذلك أن اتفاق التحكيم يتضمن القواعد التي يتفق الخصوم على تطبيقها على النزاع القائم بينهم، ناهيك عن أن القانون قد أتاح للمحكم سلطات محددة وهو ما سنتطرق له في ما يلي:

المطلب الأول: سلطة المحكم بالفصل في اختصاصه

بما أن المحكم يستمد اختصاصه من إرادة الأطراف التي تتجسد في اتفاقية التحكيم، فإنه قد يحدث وأن يلجأ أحد الأطراف إلى انكار اختصاصها أو التشكيك فيه، فيؤدي ذلك إلى هدم أساس اختصاص هذه المحكمة، لأنه في حالة عدم وجود هذا الإتفاق فإنه لا مجال للحديث عن عرض النزاع على المحكمة التحكيمية.

وعلى هذا عملت معظم الأنظمة القانونية في سبيل مواجهة الإجراءات المعطلة للتحكيم، على منح محكمة التحكيم سلطة البت في اختصاصها مباشرة، وكرست ما يعرف بمبدأ الإختصاص- بالإختصاص، ليصبح من المبادئ المعترف بها على المستوى الدولي.

الفرع الأول: مبدأ الإختصاص- بالإختصاص

إذا دفع أحد الأطراف بعدم إختصاص المحكم في نظر النزاع، فإنه لا يمكن له مباشرة إجراءات التحكيم إلا بعد الفصل في مسألة إختصاصه، وهو ما يعرف بمبدأ الإختصاص بالإختصاص، فإذا ما ثبت اختصاصه فعندها يبدأ في إجراءات التحكيم والفصل في النزاع المعروض أمامه.

أولا: مضمون الإختصاص- بالإختصاص

يعتبر مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه من أهم وأدق المبادئ في إطار التحكيم الدولي، والمكرسة في الاتفاقيات الدولية، حيث أصبح مبدأ الاختصاص بالاختصاص معترف به في أهم المعاهدات الدولية وكل قوانين التحكيم المعاصرة[1]، التي تخول للمحكم مسألة الفصل في اختصاصه سواء من تلقاء نفسه أو بناء على دفع أحد طرفي اتفاق التحكيم بعدم اختصاصه، سواء كان سبب الدفع هو بطلان العقد الأصلي المدرج به شرط التحكيم أو بطلان اتفاق التحكيم ذاته أو العدول عنه أو سقوطه أو عدم شموله موضوع النزاع[2].

1- عبد القادر سرحاني، سلطات المحكم في خصومة التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2021-2022، ص 29.

2- عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني،(د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 132.

حيث نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة في نص المادة 1/16 على أنه: " يجوز لهيئة التحكيم البث في اختصاصها، بما في ذلك البث في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته".

كما أن المشرع الفرنسي كرس هذا المبدأ في المادة 1466 من ق.إ.م.ف، فطبقا لهذه المادة أنه إذا أثار أحد الخصوم منازعة أمام المحكم حول مبدأ أو نطاق سلطته القضائية فإنه يختص بالفصل في صلاحيته أو حدود ولايته ونطاقها.

وتضمنت المادة 22 من قانون التحكيم المصري رقم 28 سنة 1994 على تخويل المحكم سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصه بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع[1].

كما نص قانون إ.م.إ.ج في نص المادة 1/1044 على أنه: " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع في الموضوع، وما يلاحظ على هذه المادة أن محكمة التحكيم يخول لها الاختصاص بالفصل في النزاع متى كان هذا النزاع مشمول باتفاقية التحكيم. ومن ثم فإن المحكم يختص بصفة أصلية في الفصل في الدفوع المبنية على عدم اختصاصه إذا ما أثيرت أمامه من جانب أحد الخصوم. وهو لا يقضي بعدم اختصاصه بنظر النزاع وإنما بانتفاء سلطته فقط، ذلك لأن إصطلاح الاختصاص أو عدم الاختصاص يعبر به عن مدى ولاية المحاكم بنظر نزاع ما، أي الاختصاص اصطلاحا هو توزيع ولاية القضاء على المحاكم المختلفة في الدولة[2].

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه له وظيفة مزدوجة ويرتب أثرين مهمين مثل اتفاق التحكيم ذاته.

فلمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه أثر ايجابي هو السماح للمحكمين بأن يفصلوا بأنفسهم في مسألة اختصاصهم، وهذا الأثر محل إجماع عام ومكرس في جل القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم، أما الجانب الثاني الخاص بالأثر

1- عبد القادر سرحاني، المرجع السابقّ، ص 32.

2- أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء وبالصلح، المرجع السابق، ص 198.

السلبي لمبدأ اختصاص المحكم في الفصل في مسألة اختصاصه، لا يقل أهمية عن الأثر الإيجابي المترتب على هذا المبدأ، إذ ليس لقضاء الدولة أن يفصل في هذا الاختصاص، وإنما يجب أن يتركه للمحكم ابتداء دون الإخلال بالرقابة القضائية اللاحقة إذا لم يقبل به أحد الأطراف، إذ يسمح للمحكم ليس فقط بالفصل في مسألة اختصاصه، وإنما بالفصل فيها أولا وقبل أي جهة أخرى[1].

أما المشرع الجزائري فإنه كرس مبدأ الاختصاص بالاختصاص من خلال تأكيد الأثر السلبي لاتفاق التحكيم، إذ أكّد أن محكمة التحكيم تفصل في الاختصاص الخاص بها معتبرا هذا دفعا بعدم الاختصاص (أي عدم اختصاص قضاء الدولة بالفصل في نزاع يخص اتفاق التحكيم) مؤكدا أنه دفع في الشكل يستلزم إثارته قبل أي دفع موضوعي ويفصل فيه بحكم أولي، إلا إذا كان مرتبطا بموضوع النزاع فيكون الفصل فيه بحكم بات مباشر.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد اعتبر الأثر السلبي دفعا بعدم الاختصاص مخالفا بذلك المشرع المصري الذي اعتبره دفعا بعدم القبول[2]. فالأثر السلبي بالرغم من أنه يشكل خصوصية فرنسية إلى حد الساعة، إلا أن المشرع الفرنسي خول القاضي الاختصاص بالفصل في النزاعات المتعلقة بأصل سلطة المحكم ونطاقها إذا كان اتفاق التحكيم ظاهر البطلان، حيث نص صراحة على ذلك في المادة 2/1458 المتعلقة بعدم اختصاص القضاء بنظر المنازعات المتعلقة باختصاص المحكم، وبالتالي إذا كان التحكيم ظاهر البطلان يختص القضاء بنظره، ويكون البطلان ظاهرا إذا تبين عدم ثبوت شروط التحكيم كتابة أو إذا كان أحد الخصوم لا يملك أهلية إلى الالتجاء إلى التحكيم. فالمشرع الفرنسي منح أولوية الفصل في مسألة الاختصاص للمحكم، تحت الرقابة القضائية اللاحقة بمناسبة رقابة البطلان أو التنفيذ[3].

أما ما جاء في الاتفاقيات الدولية بخصوص مبدأ الاختصاص بالاختصاص والأثرين الإيجابي والسلبي المترتبين عليه، فإن مختلف القوانين والأنظمة اجتمعت على إقرار هذا المبدأ

1- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 237.

2- نسرين كروم ، المرجع السابق، ص، ص 269- 270.

3- سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص 150.

وإن اختلفت الصياغة وبعض الجزئيات، نذكر منها اتفاقية واشنطن لسنة 1965 في المادة 2/3 التي نصت صراحة على هذا المبدأ، بينما اكتفت اتفاقية نيويورك لعام 1958 بالإحالة على محكمة التحكيم لتأكيد الأثر السلبي ضمنيا وأشارت إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص دون النص صراحة على ذلك[1].

ثانيا: مبررات الأخذ بمبدأ الإختصاص- بالإختصاص

أثبتت التجربة العلمية أن عدم تبني مبدأ الاختصاص بالاختصاص وعدم إعماله يفقد اتفاقية التحكيم فعاليتها ويصبح على حد تعبير البعض مجرد "اتفاق رجل مهذب" تتوقف فعاليته على مقدار تهذيب طرفيه وصدق نواياهما، واحترامهما للاتفاق المبرم بينهما، وبالتالي فإهدار هذا المبدأ يمثل إهدار لقيمة التحكيم ذاته[2].

فالسلطة التي يتمتع بها المحكم تجد تبريرها في أن إثارة عدم اختصاصها أمام المحاكم الوطنية كانت تسبب في الماضي كثيرا من الفوضى والاضطراب في إخضاع الطرفين للتحكيم وتنفيذ اتفاق التحكيم، مما يصيب نظام التحكيم بالضعف[3].

ويبرز هذا المبدأ استنادا إلى ميزة السرعة في الإجراءات باعتبارها من أهم أسباب اللجوء إلى التحكيم، ومن تم السرعة في الفصل في النزاع، فلو أعطينا الصلاحية في البث والدفع بعدم الاختصاص للقضاء، لأدى ذلك في كثير من الأحيان إلى سلب الميزة الأساسية فيه. كما أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يساعد على سد طريق الغش والتحايل أمام الطرف السيئ النية الذي يرغب في تعطيل سير عملية التحكيم برفع دعوى النزاع أمام قضاء الدولة للفصل في مسألة الاختصاص[4].

1- نسرين كروم ، المرجع السابق، ص 269.

2- نورالدين بوالصلصال ، الإختصاص في تسوية النزاعات الدولية عن طريق التحكيم، المرجع السابق، ص 213.

3- كريم تعويلت ، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص 201.

4- نسرين كروم ، المرجع السابق، ص 267.

ثالثا: أساس مبدأ الإختصاص- بالإختصاص

لقد اعتبر الأستاذ جون روبرت "jean robert" مبدأ الاختصاص بالاختصاص نتيجة حتمية لمبدأ آخر أكثر استقرار في مجال التحكيم التجاري الدولي وهو مبدأ استقلالية التحكيم[1]. والذي يعتبر مبدأ الاختصاص بالاختصاص أثر من آثاره، فيعد مبدأ الاستقلالية حسب هذا الرأي الركيزة الأولى لتحويل المحكم سلطة البث في مسالة اختصاصه، فهو يمنع أي تأثير مباشر لأي عيب قد يلحق بالعقد الأساسي على اتفاقية التحكيم، وبالتالي مهما كان هذا العيب فإنه لا يؤثر على اختصاص المحكم[2].

إلا أن اتجاها آخر في الفقه انتقد هذا الرأي بشدة وذهب إلى القول بأنه على الرغم من كون كل من المبدأين يهدفان إلى ضمان أكبر قدر ممكن من الفعالية لاتفاق التحكيم إلا أنهما مبدئين مختلفين ولا يلتقيان إلا بشكل جزئي[3]. وهو ما يدعو إلى ضرورة الفصل بينهما بعناية شديدة، فمن المعروف أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يفسر حالات عدم الصحة، ولكن يعجز عن تفسير كيفية استمرار المحكم في أداء مهمته في حالات أسباب البطلان المتعلقة باتفاق التحكيم ذاته، إذ أن هذه النتيجة الأخيرة هي أثر خاص يترتب على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه[4]. فنطاق مبدأ الاختصاص بالاختصاص في هذه الحالة أوسع من نطاق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.

إضافة إلى كل ذلك يختلف المبدأين من حيث الطبيعة، فبينما يتعلق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بمسألة موضوعية، فإن مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه يتعلق بمسألة إجرائية.

ولقد استقر الرأي على أن سلطة المحكم في الفصل في مسألة أساسها النص القانوني[5]. إذ يستمد هذا المبدأ من قانون التحكيم في دولة مقر التحكيم بصفة عامة من مجموعة الدول

1- كريم تعويلت، المرجع السابق، ص 201.

2- نورالدين بوالصلصال ، الإختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، المرجع السابق، ص 213.

3- كريم تعويلت، المرجع السابق، ص 201.

4- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. ص 235-236.

5- كريم تعويلت، المرجع السابق، ص 203.

المحتمل أن تعترف بحكم المحكم الصادر بالفصل في مسألة اختصاصه، والقول بعكس ذلك ورد أساس هذا المبدأ في اتفاق التحكيم نفسه سيؤدي إلى نتائج غير منطقية[1].

ويرى عبد الحميد الأحدب 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 ذاته في كونه مشوب بعيب الرضا دون العقد فالمحكم لا يكون مختصا كذلك إلا إذا تبنى القانون نظرية اختصاص المحكم بنظر اختصاصه[2].

الفرع الثاني: الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص

ويقصد بهذه الدفوع، الدفوع التي تقوم على عدم اختصاص المحكم بنظر النزاع محل التحكيم بناء على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوط هذا الاتفاق أو بطلان أو عدم شموله لموضوع النزاع، بحيث يفصل المحكم في اختصاصه ويجب أن يثار الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع في الموضوع[3]، وفي هذه الحالة تصدر المحكمة حكما أوليا ما لم تكن مسألة مرتبطة بالموضوع، عندها يتم الفصل في الدفع مع الموضوع[4].

وهذا ما نص عليه المشروع الجزائري في المادة 1044 ق.إ.م.إ حيث جاء فيها: " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع في الموضوع " ، وهو نفس الاتجاه الذي ذهبت إليه المادة 3/22 من قانون التحكيم المصري.

وتفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي، إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع. فإنها في هذه الحالة تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معا حسبما يتراءى لها من سير خصومة التحكيم وفقا لما تقدره، فقد ترى الفصل في الدفع قبل الفصل في الموضوع إذا رأت أن الفصل في الدفوع أولا قد يغنيها عن الفصل في الموضوع، كما إذا قضت بعدم اختصاصها، وقد ترى هيئة التحكيم أن تضم الدفع إلى الموضوع لتفصل فيهما معا بحكم

1- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 235.

2- حفيظ قطاف، المرجع السابق، ص. ص207-208.

3 - سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص 149.

4- كمال عليوش قربوع ، المرجع السابق، ص 148.

واحد إذا كانت قد قطعت شوطا طويلا في نظر النزاع وأوشكت على الانتهاء منه، إلا أنه يجب أن تبين في حكمها ما حكمت به في كل منها وإلا ترتب على هذا الضم الإخلال بحق الدفاع[1].

ويجب التمسك بهذه الدفوع قبل انقضاء الميعاد المحدد لتقديم المدعى عليه مذكرة دفاعه ردا على المدعي وإلا سقط حقه فيها، كما يجوز لهيئة التحكيم أن تقبل الدفع المتأخر متى قدرت أن التأخير كان لسبب مقبول، ولا يسقط الحق في تقديم أي من هذه الدفوع للطرف الذي قام بتعيين المحكم أو شارك في تعيينه[2].

وإذا قضت هيئة التحكيم برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وهذا ما أكدته المادة 53 من قانون التحكيم المصري، ويعني ذلك أن المشرع المصري لم يعطي للخصوم الحق في الطعن في حكم المحكم الذي قضى برفض طلب خاص بمدى اختصاصه من عدمه، بل أعطاهم الحق فقط في الطعن من خلال رفع دعوى بطلان حكم التحكيم[3].

وبالرجوع الى المادة 1044 من ق.إ.م.إ.ج الذي اشترطت أن يثار الدفع بعدم الاختصاص قبل الكلام في الموضوع إلا في الحالة التي يكون فيها هذا الدفع مرتبطا بالموضوع فتفصل فيه محكمة التحكيم عند فصلها في الموضوع، وعليه فإن محكمة التحكيم لا تقبل أي دفع بعدم الاختصاص إذا ما تمت إثارته بعد هذا الميعاد أي بعد الكلام في الموضوع مهما كان سبب هذا التأخير.

أما إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مبنيا على سبب متعلق بالنظام العام كأن يكون العقد الأصلي مخالفا للنظام العام فإنه يمكن إثارة الدفع بعدم الاختصاص في هذه الحالة في أي مرحلة تكون عليها خصومة التحكيم لأنه لا يمكن للخصوم ولا حتى لمحكمة التحكيم إجازة ما هو غير مشروع[4].

1- سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص. ص 152-153.

2- عليوة مصطفى فتح الباب، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، دراسة فقهية عملية في ضوء أحكام القضاء المصري، الطبعة الأولى، دائرة القضاء، أبوظبي، 2013، ص 162.

3- شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص 88.

4- نور الدين بوالصلصال ، مطبوعة بيداغوجية بعنوان: التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 70.

المطلب الثاني: اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات

قد لا يتفق الخصوم على القواعد التفصيلية لإجراءات سير المنازعة التحكيمية، وقد لا يختارون كذلك قانون معين يحكم إجراءات هذه المنازعة وإنما يتركون هذا الأمر للمحكمين أنفسهم ليحددوا تلك الإجراءات على ضوء ما قد يرونه مناسبا بخصوص النزاع المطروح على التحكيم، كذلك الخلاف الذي قد ينشب بين الخصوم بخصوص القواعد الإجرائية يكون سببا في تقرير تلك الحرية للمحكمين[1].

وحتى لا يفقد التحكيم فعاليته وجديته وتفاديا لأي فراغ قانوني، نصت أغلب التشريعات الوطنية وكذا الاتفاقيات الدولية على دور المحكم في وضع القواعد الإجرائية التي يراها مناسبة لحكم إجراءات سير المنازعة[2]. وبالتالي يستطيع أن يحدد الإجراءات الواجب اتباعها أيا كان المصدر الذي يستقي منه هذه الإجراءات[3]. وقد منح المشرع الجزائري للمحكم الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق وذلك من خلال نص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصه على: "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا إلى نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات التي يحددها الأطراف في اتفاقية التحكيم، إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم ".

ويتم ذلك إما عن طريق تطبيق قانون دولة مقر التحكيم (الفرع الأول) أو تطبيق قانون الدولة التي يطبق قانونها على موضوع النزاع (الفرع الثاني)، أو تطبيق قانون أحد مراكز التحكيم (الفرع الثالث).

1- رضوان أبو زيد، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص 201.
2- نورالدين بوالصلصال، مطبوعة بيداغوجية بعنوان: التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 78.
3- رضوان أبو زيد، المرجع السابق، ص 201.

الفرع الأول: تطبيق القانون الإجرائي لدولة مقر التحكيم

من سلطة المحكمين سواء كان محكما واحدا أو أكثر أن يلجؤوا إلى تطبيق قانون إجراءات الدولة التي يجري فيها التحكيم، وقد لقي هذا الاتجاه قبولا واسعا لدى الفقه والاتفاقيات الدولية وحتى بعض التشريعات الوطنية، مستندين في ذلك على مجموعة من المبررات منها:

- أن تطبيق قانون الدولة محل إجراء التحكيم ليس فيه أي مفاجأة لأطراف التحكيم، فالأصل هم من يحددون محل التحكيم، كما لا يمكن إنكار الروابط بين الدولة مقر التحكيم وعملية التحكيم ذاتها، ففي بداية العملية التحكيمية تتدخل محاكم الدولة مقر التحكيم في المساعدة في تشكيل هيئة التحكيم عند إخفاق الأطراف في اختيار المحكمين أو اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية، أو رد المحكمين...إلخ

- كما أن إخضاع إجراءات التحكيم لقواعد الدولة مقر التحكيم يتماشى مع قاعدة التنازع المعروفة في كل النظم القانونية بشأن مسائل الإجراءات[1].

- إن عملية التحكيم تتجسد عمليا فقط في الدولة التي يجري فيها التحكيم ويكون وفقا للإجراءات التي تقرها قوانينها.

وقد أكد القضاء الفرنسي على أن قانون الإرادة هو الذي يحكم إجراءات التحكيم، بل وسمح للإرادة اختيار أكثر من قانون لحكم الإجراءات، واتجه هذا القضاء أيضا إلى أن اختيار مقر التحكيم، أي البلد الذي يباشر فيه المحكمون مهمتهم قد يكون دليلا على اختيار قانون هذا البلد ليحكم إجراءات التحكيم[2].

كما اتجهت معاهدة نيويورك سنة 1958 إلى وجوب الرجوع إلى قانون الإرادة بشأن الإجراءات ولكن عند تخلف هذه الإرادة يحكم هذه الاجراءات قانون دولة مقر التحكيم، حيث ورد في المادة الخامسة من الاتفاقية المذكورة وفي الفقرة (د) ما يلي: " للقاضي الذي يطلب منه الاعتراف وتنفيذ القرار المذكور، إذا كان تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم تتطابق مع

1- دريسي كمال فتحي، المرجع السابق، ص 59-60 .

2- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، (د.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 185.

اتفاق الأطراف أو مع قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم في حالة عدم وجود الاتفاق بين الأطراف على تشكيلة هيئة التحكيم أو الإجراءات الواجب اتباعها في عملية التحكيم".

وهكذا نجد اتفاقية نيويورك قد أقرت بمبدأ حرية الأطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وأن قانون مكان التحكيم لا يطبق إلا في حالة عدم وجود اتفاق الأطراف[1].

وعليه إذا لم يتفق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ولكنهما كانا قد اتفقا على تعيين مكان للتحكيم فإن قانون إجراءات ذلك المكان هو الذي يجري بموجبه التحكيم، ولهذا يجب دائما الرجوع للقواعد الآمرة في الدولة التي أقيم التحكيم على إقليمها مثل تلك المتعلقة بكفالة الحقوق المدنية وهو ما تنص عليه المادة 18 من نظام غرفة التجارة الدولية من وجوب التحقق من أن القواعد السارية في مكان التحكيم لم تخالف[2].

فالمشرع الجزائري في المادة 1043 لم ينص على أن قانون الإجراءات هو الواجب التطبيق في حالة ما تم التحكيم في الجزائر، ومن هنا يمكن القول أنه في حالة ما إذا كان التحكيم واقعا في الجزائر خاضعا لقانون إجرائي غير جزائري فإن إعمال هذه القواعد لا يخل بالنظام العام الإجرائي إلا إذا كان هناك مساس بمبدأ المساواة بين الأطراف ومبدأ وجاهية المحكمة[3].

ولقد تعرض هذا الاتجاه للانتقاد على أساس أن إعمال نظرية قانون مقر التحكيم على إطلاقه ليحكم إجراءات المنازعة يتصف بالجمود إلى حد كبير، بالإضافة إلى صعوبة تطبيقها من الناحية العملية لأنه كثيرا ما يثير التساؤل حول تحديد معنى قانون مقر التحكيم، فهل هو قانون الدولة التي تعقد فيها هيئة التحكيم لأول مرة أو الدولة التي صدر فيها القرار، كما قد يكون قانون مقر التحكيم هو القانون الوطني لأحد الأطراف ما يؤدي إلى ترجيح كفة أحدهما

1- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 166.

2- منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 166.

3- إلياس عجابي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 7، 2010، ص 194.

على الآخر[1]. كما أنه يصعب تحديد مقر التحكيم إذا كان التحكيم إلكتروني أو تطبيق قانون مقر التحكيم إذا تمت إجراءاته في أكثر من دولة واحدة[2].

الفرع الثاني: ضبط المحكم الإجراءات مباشرة

في هذه الحالة فإن المحكم هو الذي يحدد بكل حرية الإجراءات التي سيتبعها، إما بالتفصيل، وإما كل ما دعت الحاجة لذلك، أي أنه كلما ثار إشكال فصل فيه[3].

فقد نصت المادة 1043 /2 من ق.إ.م.إ.ج وتقابلها المادة 25 من قانون التحكيم المصري على أنه: "إذا لم تنص الإتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة المباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم". ومعنى ذلك أن المحكم يكون له أن يضع بنفسه القواعد الإجرائية المناسبة لكل مسألة من مسائل التحكيم الإجرائية وله صياغة هذه القواعد عند اتصاله بالموضوع، كما أن للمحكم أن يضع ما يحتاج إليه من هذه القواعد أول بأول[4].

الفرع الثالث: تطبيق القانون الإجرائي للدولة التي يطبق قانونها على موضوع النزاع

يقوم المحكم بتغليب أحد القوانين الوطنية المتنازعة على حكم إجراءات الخصومة أو يكون له الحرية في اختيار الإجراءات غير مقيد بأي قانون، وعليه فإن بعض الفقه يرى تطبيق القانون الإجرائي للدولة التي يتفق الأطراف على تطبيق قانونها على موضوع النزاع ومن ثم فإن القانون الذي يحكمه هو الذي يحكم الإجراءات ليطبق على كل من المسائل الموضوعية والإجرائية.

1- محمد جارد ، الدعوى التحكيمية في اطار العلاقات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018، ص 48.

2- دريس كمال فتحي، المرجع السابق، ص 60.

3- كمال عليوش قربوع ، المرجع السابق، ص 153.

4- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 106.

ويقصد بقانون الموضوع القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم ذاته بحيث يكون القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو الذي يحكم أيضا إجراءات التحكيم[1].

الفرع الرابع: تطبيق قواعد أحد مراكز أو مؤسسات التحكيم الدائمة

مثل ماهو بالنسبة للأطراف، يجوز للمحكم اتباع النظام الإجرائي المعمول به في هيئة التحكيم أو منظمة تحكيم دولية[2]. وقد أعطت غالبية تشريعات التحكيم الحديثة المحكم اختيار قواعد أحد مراكز التحكيم أو مؤسساته الدائمة لتنظيم سير الإجراءات أمامها، كما هو الوضع بالنسبة للمشروع الجزائري من خلال الفقرة الثانية من المادة 1043 السالفة الذكر، وهو ما ذهبت إليه لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس[3].

إن منح الحرية للمحكم في تحديد القواعد التي تخضع لها الإجراءات، لا يعني أن المحكم غير ملزم باحترام قواعد إجرائية جوهرية كاحترام النظام العام، احترام حقوق الدفاع، احترام مبدأ الوجاهية ومبدأ المساواة بين الخصوم[4].

وإذا كان للمحكم أن يختار الإجراءات التي يراها مناسبة فإن هذا الاختيار يكون واسعا في الحالات التي يعتمد فيها على وضع قواعد إجرائية مادية بطريق مباشر حسب طبيعة النزاع ولا قيد عليه إلا قيد النظام العام، أما إذا لم يضع المحكم قواعد إجرائية مادية، واختار نظاما إجرائيا ينتسب إلى دولة من الدول، فعليه مراعاة أن يكون له صلة بالموضوع المطروح عليه، ولا يجوز له أن يختار نظام إجرائي لا صلة له بموضوع النزاع. وعند تعدد القوانين ذات الصلة بموضوع النزاع فعليه اختيار القانون الأكثر صلة بهذا الموضوع[5].

1- دريس كمال فتحي، المرجع السابق، ص 60.
2- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 106.
3- دريس كمال فتحي، المرجع السابق، ص 61.
4- كمال عليوش قربوع ، المرجع السابق، ص 154.
5- نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص 107.

المبحث الثاني: سلطات المحكم أثناء سير الخصومة التحكيمية

إن سلطات المحكم لا تقف عند اختيار شكل الإجراءات فقط، وإنما يمارس المحكم سلطات موضوعية أثناء الفصل في خصومة التحكيم، إنطلاقا من طابع المهمة التي يقوم بها ذلك من أجل إدارة عملية التحكيم و الوصول إلى الحكم النهائي المرضي للخصوم، وعليه سيتم التفصيل في سلطات المحكم أثناء السير في الخصومة التحكيمية على النحو التالي :

المطلب الأول: اختيار المحكم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لا يقل أهمية عن موضوع تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، إذ ليس من الواجب على الأطراف تحديد قانون موحد يحكم إجراءات التحكيم و موضوع النزاع في آن واحد، بل قد يختلف القانون الذي يحكم موضوع النزاع عن ذالك الذي يحكم مسائل الإجراءات.

وإن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي تتم الإشارة إليه صراحة في اتفاق التحكيم لا صعوبة تثار بشأنه، إلا أن الصعوبة تبرز حينما لا يفصح أطراف النزاع صراحة على إرادتهم في تحديد هذا القانون، حيث يتعين عند ذالك على المحكم تحديده من خلال البحث عن الإرادة الضمنية أو المفترضة لأطراف النزاع لكي يتمكن من خلالها تحديد القانون الذي سيطبق على موضوع النزاع[1].

وتمنح معظم التشريعات الوطنية للمحكمين سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع، وذالك في حالة عدم الاتفاق على ذالك من قبل الأطراف، فنجد مثلا المشرع المصري قد نص في المادة 2/39 على انه: " إذا لم يتفق الأطراف على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه أكثر اتصالا بالنزاع".

كما نصت المادة 1496 من ق.إ.م الفرنسي على أنه:" يفصل المحكم في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف، وإلا فوفقا للقواعد التي يراها مناسبة، ويأخذ بعين الإعتبار الأعراف التجارية في جميع الأحوال".

1- محمد جارد ، الدعوى التحكيمية في اطار العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 52.

ونجد المشرع الجزائري هو الآخر قد أعطى سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع للمحكمين، من خلال استقراء نص المادة 1050 من ق.إ.م.إ بقولها: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، و في غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة".

وعلى ذالك يمكن القول بأن سلطة المحكم في اختيار القواعد الموضوعية لتطبيقها على النزاع مرهونة أو متوقفة على عدم وجود اتفاق بين الأطراف في هذا الشأن.

وفي هذا الصدد سوف نقوم بإلقاء الضوء على بعض الحلول الأكثر شيوعا التي يعتمد عليها المحكم في مجال التحكيم التجاري الدولي، كاختياره لقانون دولة معينة (الفرع الأول)، أو تطبيقه للأعراف التجاري (الفرع الثاني)، أو الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف (الفرع الثالث).

الفرع الاول: إختيار المحكم لقانون دولة معينة

في حالة غياب اختيار الأطراف لقانون وطني يحكم موضوع النزاع، يستطيع المحكم أن يلجأ إلى إعمال قواعد تنازع القوانين في الدولة التي يحمل جنسيتها أو الدولة التي يقيم فيها إقامة دائمة، بدعوى أن المحكم سيكون أكثر إلماما بمثل هذه القواعد، كما أن اختيار الأطراف لمثل هذا المحكم ينبئ عن نيتهم ورغبتهم في تطبيق قواعد تنازع القوانين الخاصة بالنظام القانوني للمحكم المختار. كذلك يمكن للمحكم إعمال قواعد تنازع القوانين الخاصة بدولة الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك لأطراف النزاع[1].

كما أن اختيار المحكم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قد يكون قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم أو قانون الدولة التي جرت فيها وقائع النزاع أو أية قواعد قانونية نافذة في دولة أخرى. وهذا ما نصت عليه المادة 13 /3 من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس على أنه: " للطرفين كامل الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدداه طبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها مناسبة في هذا الخصوص".

[1]- أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص. ص 154_155.

وبالتالي يملك المحكم تلك السلطة إدا لم يتفق الأطراف على إختيار قانون معين لتطبيقه على موضوع النزاع إلا أن تلك السلطة المخولة للمحكم مقيدة بمراعاة ضوابط معينة:

_ فقد ألزمه المشرع باختيار القواعد الموضوعية للقانون الذي يرى انه أكثر اتصالا بالنزاع، وذلك حتى لا تتحول السلطة التقديرية للمحكم إلى سلطة مطلقة دون قيد[1].

_ وجوب مراعاة عند الفصل في النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف التجارية في نوع المعاملة.

_ مراعاة النظام العام في البلد الذي سينفد فيه الحكم[2].

الفرع الثاني: تطبيق المحكم للأعراف التجارية

أعطى المشرع الجزائري لهيئة التحكيم إمكانية الفصل في النزاع وفق ما تراه ملائما من أعراف من خلال نص المادة 1050 من ق.إ.م.إ التي سبق ذكرها، بحيث يقوم المحكم بتطبيق القواعد العرفية التي يرى مجالا لإعمالها، ويرجع ذلك إلى أن العرف يلعب دورا رئيسيا في التجارة الدولية، وهذه الأعراف سواء كانت مقننة أم لا فإنها من الناحية العملية تشكل نظاما قانونيا مستقلا كافيا لحكم النزاع. وحتى لو تم إختيار قانون وطني معين ليحكم النزاع، فإن ذلك لا يمنع المحكمين من تطبيق قواعد وأعراف التجارة الدولية على سبيل الإحتياط[3].

وقد نصت الفقرة الخامسة من المادة 13 من قواعد الغرفة التجارية بباريس عل أنه:" يراعي المحكم في جميع الأحوال شروط العقد والعادات التجارية".

وعليه يلجأ المحكم أحيانا إلى تطبيق الأعراف التجارية عندما يتبين له استحالة تطبيق قانون معين على موضوع النزاع، سواء بسبب وجود نقص في العقد محل المنازعة، أو عدم إمكان ربط النزاع بقانون معين بسبب تناقض وتعارض موقف الخصوم، ومثال ذلك أن يتشبث كل طرف بتطبيق قانونه الوطني، أو أن يسكت الأطراف عن ذكر أي قانون ليحكم موضوع

1- دريس كمال فتحي، المرجع السابق، ص، 75.

2- سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص 145.

3- نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 164.

النزاع الأمر الذي قد يعني تفويض المحكم في إعتماد عادات وأعراف التجارة الدولية لتطبيقها على موضوع النزاع[1]. إد أن هناك مجموعة من الضوابط التي تنظم عمل المحكمين للأخد بهذه الأعراف هي:

_ اتفاق الخصوم ليس شرطا لتطبيقها ويستطيع المحكم إعمالها من تلقاء نفسه.

_ الأعراف لا تطبق إلا في أوساطها المهنية.

_ عند إعمال القواعد العرفية يجب على المحكم احترام مبدأ المواجهة وعدم مخالفة النظام العام.

_ إعمال المحكم للقواعد العرفية يخضع لرقابة القضاء.

كما أنه لا يمكن إعمال الأعراف التجارية متى كان الخصوم أو أحدهم لا ينتمون إلى نفس الوسط المهني أو المجال التجاري الذي يدور فيه النزاع. ولا يصح للمحكم أن يطبق هذه الأعراف إلا إذا انتمى هو شخصيا إلى نفس الوسط أو المجال. كما يمتنع عليه تطبيق الأعراف مهما كانت قوتها الملزمة في حالة إدراج الخصوم بندا صريحا بذلك في اتفاق التحكيم، وإلا كان حكمه معرض للإبطال[2].

الفرع الثالث: الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف

يجوز لهيئة التحكيم في حالة اتفاق الأطراف صراحة على تفويضها، أن تفصل في موضوع النزاع في ضوء قواعد العدالة والإنصاف دون التقييد بأحكام القانون. وهنا أطلق المشرع سلطة المحكم في الفصل في موضوع النزاع دون التقيد بقانون معين أو وضع ضوابط معينة يتعين على المحكم مراعاتها، بشرط أن يكون هناك اتفاق صريح من قبل الأطراف المحتكمة على ذلك[3].

إن المشرع الجزائري لم ينص على ذلك في ق.إ.م.إ ، على غرار المشرع المصري الذي نص في المادة 4/39 من قانون التحكيم المصري على أنه: " يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفقا طرفا التحكيم صراحة على أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة و

1- ابو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 183.

2- نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 165.

3- سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص 145.

الإنصاف دون تقيد بأحكام القانون". وهذه القواعد تجعل المحكم غير مقيد بأي نصوص تشريعية أو أية قواعد قانونية أيا كان مصدرها، لكي يستطيع الحكم إيجاد نوعا من التسوية للنزاع المعروض عليه، ليحقق العدالة بما يرضي ضميره، وبالتالي تخضع لمعايير شخصية ترجع إلى تكوين المحكم وشخصيته وثقافته.

لكن هذه السلطة مقيدة بعدم مخالفة المبادئ الأساسية للتقاضي والإلتزام بالقواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام الدولي[1].

المطلب الثاني: سلطة المحكم في مجال تقديم الأدلة

إن تقديم الأدلة والبحث عنها يعد نقطة حاسمة في الخصومة التحكيمية تبنى عليها قناعة المحكم واطمئنانه إلى هذه الأدلة واستنادا إليها يصدر حكمه الذي به يفصل في النزاع، ولذلك نجد أن مسألة الإثبات أو الأدلة أخذت حيزا كبيرا من الاهتمام، حيث تم تنظيم إجراءاتها وطرق تحصيلها في قوانين وطنية واتفاقيات دولية عدة، كما تم تعداد وسائل الإثبات المختلفة وبيان إجراءات كل واحد من هذه الوسائل، ولقد ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع ندرس في (الفرع الأول) سلطة المحكم في تحديد الإجراءات المتبعة في تقديم الأدلة، وفي (الفرع الثاني) سلطة المحكم في تحديد وسائل الإثبات، أما (الفرع الثالث) سلطة المحكم بالإلزام بتقديم الأدلة.

الفرع الأول: سلطة المحكم في تحديد الإجراءات المتبعة في تقديم الأدلة

كما سبق وبينا، فللمحكم سلطة ضبط الإجراءات التحكيمية بكل حرية حال فوضه الأطراف ذلك إما صراحة وإما ضمنيا، وذلك يكون بسكوتهم عن تحديد القانون الإجرائي واجب التطبيق، وحيث أن الإجراءات التي تحكم نظام الأدلة ليست سوى مرحلة من مراحل الإجراءات التحكيمية فللمحكم بذلك سلطة تحديدها وضبطها بكل حرية، وقد أجازت المادة 27 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس لهيئة التحكيم اتخاذ إجراءات الإثبات من تلقاء نفسها[2].

1- دريس كمال فتحي، المرجع السابق، ص 76.

2- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 137.

كما أكد على هذا الأمر المشرع الفرنسي في الفقرة الأولى من المادة 1467 من ق.إ.م بحيث تنص على أنه:" تقوم محكمة التحكيم كاملة، بإجراءات التحقيق اللازمة ما لم يسمح الأطراف بتفويض أحد أعضائها للقيام بهذه المهمة"، وهذا ما يتضح كذلك من نص المادة 28 من قانون التحكيم المصري[1].

وجاء في المادة 1047 من قانون إ.م.إ.ج: " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة"، فالمحكم هنا حر في كيفية مباشرته لهذه المهمة حيثما نص عليه القانون. وتضيف المادة 1048 من نفس القانون: "إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهلة للمحكمين أو تثبيت الإجراءات أو حالات أخرى، أجاز لمحكمة التحكيم أو لأطراف الاتفاق مع هذه الأخيرة أو للطرف الذي يهمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.

لقد كرس المشرع الجزائري حرية تقديم الأدلة بالنسبة للأطراف والمحكم، كما يمكن لهذا الأخير أن يقدم الأدلة بكل الوسائل المتاحة له ويمكن أن يخضع تقديم الأدلة إما إلى قواعد ملائمة لا علاقة لها بأي قانون وطني، وإما أن يخضع لقانون وطني أو إلى نظام تحكيم[2].

إذا قدم أحد الأطراف طلبا لاتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات فإن لهيئة التحكيم السلطة التقديرية الكاملة في الاستجابة له أو رفضه[3]. وما يلاحظ هو أن المشرع الجزائري لم يحدد مضمون النظام العام الإجرائي وذلك لمنع محكمة التحكيم من الخروج عنها، ويكون ذلك أثناء سير الإجراءات قبل النطق بحكم التحكيم[4].

1- حيث نصت المادة 28 من قانون التحكيم المصري على أن " هيئة التحكيم تستطيع أن تجتمع في أي مكان تراه مناسبا للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الإطلاع على المستندات أو معاينة بضاعة...".

2- كمال عليوش قربوع ، المرجع السابق، ص 160.

3- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 136.

4- كمال عليوش قربوع ، المرجع السابق، ص 160.

الفرع الثاني: سلطة المحكم في تحديد وسائل الإثبات

تملك هيئة التحكيم الأمر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات التي تراها مجدية لإظهار الحقيقة في النزاع محل التحكيم، كالمعاينة والاستجواب وسماع الشهود وتعيين الخبراء[1]. كما لها أن تختار قانونا معينا أو تضع قواعد يتم الاتفاق عليها مع الأطراف المحتكمين لتنظيم كيفية الإثبات وما يقبل وما لا يقبل من أدلة الإثبات[2]. وإن للمحكم كامل السلطة في نطاق الاتفاق على التحكيم في استخدام كافة طرق الإثبات كالكتابة والقرائن وشهادة الشهود والخبرة والمعاينة والإنابة القضائية[3].

وقد أرست مختلف أنظمة وقواعد التحكيم الدولية الحرية لهيئة التحكيم في حال تخلف تحديد شروط الإثبات من قبل المحتكمين أن تقرر قبول أو عدم قبول الأدلة المقدمة إليها ومدى صلتها بموضوع النزاع وجدواها وأهميتها، شريطة معاملة الطرفين على قدم المساواة، فقد نصت المادة 2/19 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه: " فإن لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة، وتشتمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم سلطة تقرير جواز قبول الأدلة المقدمة وصلتها بالموضوع وجدواها وأهميتها"[4].

فلهيئة التحكيم الحق في قبول أو رفض ما يقدم لها من الأدلة سواء من أطراف التحكيم أنفسهم أو من الغير، وهذا ما تؤكده قواعد اليونيسترال في المادة 27 الفقرة الأخيرة التي نصت على أنه: " تقرر هيئة التحكيم مدى مقبولية الأدلة المقدمة وصلتها بالدعوة وطابعها الجوهري ووزنها".

كما هو واضح فإن سلطة المحكم في تقديم الأدلة لا تقف عند تحديد وسائل الإثبات المعتمدة في النزاع واستقلاليته في اتخاذ أي منها فقط، بل له أن يقدر مدى جدوى هذه الوسيلة من عدمها، كما للمحكم تقدير مدى فعالية الدليل المحصل وقوته في الإثبات، وهنا تتسع

1- سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص 167.

2- محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص194.

3- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 135.

4- مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 108.

السلطة التقديرية للمحكم في مجال تقديم الأدلة، وتتكرس استقلاليته في ذلك بصورة أوضح وأفضل، ولهيئة التحكيم الأمر بما تراه مناسبا ومنتجا في الدعوى من وسائل الإثبات مع احترام حق الدفاع[1].

كما يجوز لهيئة التحكيم الانتقال لمعاينة الأماكن أو البضائع أو غيرها إذا كان لازما للفصل في النزاع دون التقييد بشكل معين ودون الحاجة لإصدار حكم بهذا الشأن، وهيئة التحكيم هي الوحيدة التي تقرر جدية ولزوم الانتقال للمعاينة.

وقد أجازت المادة 36 من قانون التحكيم المصري للمحكمة أن يستعين بالخبرة فينتدب خبيرا أو أكثر وتحدد له المسائل موضوع التقرير المطلوب منه إعداده كتابة أو شفاهة، ويجب أن ترسل الهيئة صورة من قرارها بتحديد مهمة الخبير إلى الأطراف المحتكمين الذين يجب عليهم تقديم المعلومات اللازمة التي قد يطلبها الخبير للقيام بمهمته، ويدخل في ذلك إطلاعه على الوثائق والمستندات المتعلقة بموضوع النزاع أو تمكينه من فحص البضائع أو الأموال الأخرى، وتختص هيئة التحكيم بالفصل في أي خلاف ينشأ بين الخبير وأحد الأطراف المحتكمين[2].

إذ يخضع رأي الخبير أيا كان لسلطة المحكمة التقديرية، فعمله لا يعدو أن يكون عنصرا من عناصر الإثبات الواقعية في الدعوى، فللمحكم سلطة الأخذ بما انتهى إليه الخبير إذا رأى فيه ما يقنعه ويتفق مع وجه الحق في الدعوى.

إن المشرع الجزائري لم ينص على مسألة اللجوء إلى الخبير، لأن ذلك يدخل في سلطة محكمة التحكيم المعترف لها مباشرة بتقديم الأدلة بنفسها وذلك هو الأساس[3].

وكما تملك هيئة التحكيم انتداب الخبراء فإنها تملك طلب الشهود وسماع أقوالهم سواء بمبادرة منها أو بناء على طلب أحد الأطراف المحتكمين، ومع ذلك ثمة حالات يلتزم المحكم بالتقيد فيها بنصوص القانون في مجال تقديم الأدلة، كما أن توجيه الخصم اليمين الحاسمة

1- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 138.

2- محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 194.

3- كمال عليوش قربوع ، المرجع السابق، ص 160.

لخصمه، فعندئذ يتقيد بنتيجة حلف اليمين أو ردها أو النكول عنها، و ينطبق الأمر كذلك إذا أقر الخصم بحق خصمه[1].

الفرع الثالث: سلطة المحكم في الإلزام بتقديم الأدلة

يملك المحكم بمقتضى ما يراه ضروريا للوصول للحقيقة المرجوة من التحكيم إلى اتخاد جملة من الأحكام و الإجراءات في مجال الإثبات من أجل إلزام الخصوم أو الغير ممن يكون دليل الإثبات في حوزته.

أ- إلزام الأطراف بتقديم أدلة الإثبات

تتمتع هيئة التحكيم بسلطة إلزام أي من الخصوم أمامها بتقديم ما تراه من أدلة الإثبات، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم الآخر متى رأت أن هذه الأدلة من أوراق أو مستندات منتجة في الدعوى التحكيمية[2].

فإذا امتنع الخصم عن تقديم أدلة الإثبات الخاصة به تتمتع هيئة التحكيم بوسيلة ضغط تتمثل في الاستمرار في نظر الدعوى وإصدار الحكم دون توقيف الإجراءات، وهذا ما يهدد الخصم بإصدار الحكم في غير صالحه مع عدم أحقيته في الاعتراض على الحكم لهذا السبب[3]. وهذا ما نصت عليه المادة 35 من قانون التحكيم المصري حيث جاء فيها: " إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور إحدى الجلسات أو عن تقديم ما طلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم في النزاع استنادا على عناصر الإثبات الموجودة أمامها ".

أما إذا كان دليل الإثبات بحوزة أحد الخصوم يتضمن فائدة في الإثبات لصالح خصمه فيطلب هذا الأخير من هيئة التحكيم إلزام خصمه بتقديم هذا الدليل أو أن ترى هيئة التحكيم

1- محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 194.

2- سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص 168.

3- محمود علي عبد السلام الوافي، خصوصية إجراءات التحكيم في كل من مصر ودول الخليج العربي، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض، 2016، ص_ص 137-138.

ذلك من تلقاء نفسها، ولا شك في أن هيئة التحكيم تتمتع بسلطة إلزام الخصم بتقديم ما لديه من أدلة تثبت للهيئة حيازتها وجدواها في الإثبات وذلك وفقا للقواعد العامة في الإثبات[1].

إن المشرع الفرنسي لم يقف عند هذا الحد وإنما أعطى لمحكمة التحكيم الحق في فرض غرامات تهديدية على الطرف الذي يمتنع عن تزويدها بما لديه من أدلة وهذا ما يتضح من نص المادة 1467 الفقرة الأخيرة من ق. إ. م التي جاء فيها: " إذا كان هناك دليل من أدلة الإثبات بيد أحد الأطراف جاز لمحكمة التحكيم أن تلزمه بتقديمه وفقا للأصول التي تحددها، وعند الحاجة يجوز لها أن تفرض عليه غرامة تهديدية ".

وقد نص قانون اليونيسترال في المادة 25 باستمرار المحكم في مواصلة إجراءات التحكيم عند تخلف الطرف عن تقديم بعض المستندات مكتفيا بما توفر لديه من أدلة الإثبات ويصدر حكمه بناء على ذلك[2].

أما المشرع الجزائري فقد أعطى للمحكم طلب مساعدة القضاء في تقديم الأدلة وهو ما تم النص عليه في المادة 1048 من ق.إ.م.إ حيث يجوز للطرف المدعي الذي يهمه التعجيل اللجوء إلى السلطة القضائية المختصة بطلب إلزام الطرف الآخر بتقديم هذا المستند بعد أن يكون رخص له ذلك من محكمة التحكيم ويقدم هذا الطلب بموجب عريضة يتم تقديمها للقاضي المختص[3].

ب- إلزام الغير بتقديم أدلة إثبات

على عكس أطراف التحكيم الذين يتمتع المحكمون تجاههم بسلطات واسعة، لا تملك الهيئة التحكيمية أية سلطة على الغير في مجال الإثبات، والسبب في ذلك يرجع إلى أن الهيئة التحكيمية تستمد سلطتها من اتفاق التحكيم الذي تبرمه الأطراف المتعاقدة، ونظرا لعدم امتلاك هؤلاء الأطراف سلطة الأمر التي يحوزها القضاء فإنهم لا يستطيعون أي _أطراف التحكيم_ نقل تلك السلطة إلى الهيئة التحكيمية لأن فاقد الشيء لا يعطيه، وعليه فلا يستطيع المحكم

1- محمود علي عبد السلام وافي، المرجع السابق، ص 138.

2- أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 248.

اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات يتطلب بطبيعته وجود سلطة كإجبار شاهد على الحضور أمامه أو إجبار الغير على تقديم مستند تحت يده فيه فائدة ويخدم سير الدعوى التحكيمية[1].

يتضح مما سبق أن التشريعات الوطنية والدولية أقرت مجموعة من الضوابط والقواعد متعت المحكم بمجموعة من السلطات الهامة التي تسمح له بمباشرة مهمته في تقديم الأدلة بدءا من سلطته في تحديد الإجراءات المتبعة في تقديم الأدلة وحريته في ضبط وسائل الإثبات المعتمدة في سبيل ذلك، وصولا إلى سلطته في مباشرة هذه الإجراءات ذلك لضمان احترام حقوق الدفاع والمواجهة والمساواة بين الخصوم وتساهم في عدالة الحكم التحكيمي.

المبحث الثالث: سلطات المحكم بعد صدور الحكم التحكيمي

بمجرد صدور الحكم في الخصومة التحكيمية يحوز قوة الشيء المقضي فيه مما يؤدي إلى استنفاذ سلطة المحكم، وعليه سوف نتطرق في هذا المبحث إلى استنفاذ سلطة المحكم والحدود الواردة عليها.

المطلب الأول: استنفاذ سلطة المحكم

عند فصل المحكم في النزاع الذي عرض عليه فإن سلطته بشأنها تكون قد انقضت، وبالتالي لايجوز له العودة إلى سلطة يكون قد إستنفدها، وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم استنفاد المحكم لسلطته (الفرع الأول) ونطاقها (الفرع التاني)

الفرع الأول: مفهوم استنفاذ سلطة المحكم

يقصد باستنفاذ سلطة المحكم أن المحكم يفقد ولايته بعد إصداره الحكم التحكيمي وهو ما يسمى باستنفاذ الولاية.

ولإستنفاذ الولاية تعريفات متعددة منها سلطة المحكم في مسألة معينة تزول بالحكم فيها بحيث لا يجوز له الرجوع ثانية إلى مباشرة سلطة استنفذها أو امتناع المحكم من معاودة النظر في النزاع الذي فصل فيه والمساس بحكمه القطعي الذي أصدره[2].

2- أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص 63.

وهناك من عرف استنفاذ الولاية سواء بالنسبة للقاضي أم للمحكم بأنها منذ صدور الحكم القطعي يفقد ولايته، أي يصبح القاضي أو المحكم الذي أصدر الحكم مجردا من ولاية القضاء، فلا يمكن العدول عن هذا القضاء لأي سبب من الأسباب، والسبيل الوحيد لهذا العدول يكون بالطعن بالحكم، بطريق الطعن المناسب، بهدف إلغائه أو تعديله[1].

يتضح من هذه التعريفات أنه متى فصل المحكم في مسألة عرضت عليه فإن سلطته أو ولايته بشأنها تكون قد انقضت، بحيث لا يجوز له العودة ثانية إلى مباشرة سلطة استنفذها للعدول عما قضى به، فلا يملك مراجعة ما قضى به بشأنها بقصد تعديل الحكم أو تغييره أو الرجوع فيه، ولو تبين للمحكم عدم عدالة أو عدم صحة ما قضى به[2].

فإذا كانت مهمة المحكم لا تختلف عن مهمة القاضي، فإن حكم التحكيم يستنفد ولاية المحكم بالنسبة للمسألة التي فصل فيها شأنه في ذلك شأن القاضي فكلاهما يعد عملا قضائيا، ولا يكون للمحكم في ذلك العودة إلى حكمه مرة ثانية، بقصد تعديله سواء بالحذف منه أو بالإضافة إليه أو بقصد إلغائه، فهو بعد الحكم لم يعد محكما، فقد أستعمل سلطته المخولة إليه بموجب اتفاق التحكيم، فلا يملكها بعد أن انقضت مهمته بالحكم فيها[3].

وانتهاء الولاية تعني عدم إمكانية الرجوع مرة ثانية للنظر في النزاع أو إعادة النظر في القرار الذي اتخذه المحكم أو هيئة التحكيم[4]. وهذا ما جسده المشرع الجزائري في المادة 1030 /1 من ق.إ.م.إ، بنصها: "يتخلي المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه"، كما نصت على نفس الشيء الفقرة الأولى من المادة 1475 من ق.إ.م. الفرنسي على أن القرار ينهي ولاية المحكم عن النزاع الذي تم حسمه، وهذا يعني انتهاء مهمة المحكم التي كانت قد أوكلت إليه بموجب اتفاق التحكيم وعقد التحكيم الذي تم بينه وبين الأطراف المتنازعة[5].

1- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 195.

2- محمد جارد ، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 476.

3- محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في المواد الإدارية، المرجع السابق ، ص 204.

4- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 348.

5- فوزي محمد سامي، المرجع نفسه، ص 348.

وفي نفس السياق فقد قضت محكمة النقض المصرية على أن : " من المقرر أنه إذا حسمت المحكمة النزاع في المسائل المعروضة عليها انقضت سلطتها بشأنها ولم تعد لها أي ولاية في إعداد بحثها أو تعديل قضائها ولو باتفاق الخصوم، ويعمل بهذه القاعدة بالنسبة لسائر الأحكام القطعية والموضوعة والفرعية ..."[1].

إضافة إلى أن مبدأ استنفاذ الولاية الذي يرتبه حكم التحكيم، يؤدي إلى استقرار الحقوق والمراكز القانونية وهذا يتفق مع الهدف من نظام التحكيم، فالهدف من هذا المبدأ هو الوصول بالنزاع موضوع الاتفاق على التحكيم إلى حد معين يمنع هيئة التحكيم من التراجع عن حكم التحكيم الصادر عنها، مما يشكل ضمانا لاستقرار هذه الحقوق والمراكز[2].

ومحكمة التحكيم تستنفذ ولايتها بمجرد إصدارها لحكمها القطعي، ومسألة تحديد لحظة صدور الحكم حسمها المشرع الجزائري باشتراطه تاريخ الحكم التحكيمي في المادة 1028 من ق.إ.م.إ. الأمر الذي يحسم الخلاف الذي ثار في الفقه حول أي تاريخ يجب اعتماده هل هو تاريخ توقيع القرار أم تاريخ إيداع القرار[3] ؟

وبالتالي فإنه لا يجوز في أي حال من الأحوال لهيئة التحكيم أن تباشر أي إجراء أو تصدر قرار أو تستجيب لطلب أحد الخصوم بعد ذلك لانتهاء ولايتها بشأن ذلك النزاع وإلا كان ما يصدر عنها منعدما[4].

الفرع الثاني: نطاق استنفاذ سلطة المحكم

انطلاقا مما ورد في المادة 1030 التي سبق ذكرها، فإن الحكم التحكيمي الذي يفصل في النزاع ينهي مهمة المحكم، وعليه فإن نطاق استنفاذ المحكم لسلطته، يكون في الحدود التي تمارس فيها محكمة التحكيم سلطة الفصل في النزاع، بغض النظر عن طبيعة هذا النزاع إن كانت موضوعية أو إجرائية.

1- محمد جارد، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص481.

2- محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، المرجع السابق، ص 503.

3- نورالدين بوالصلصال ، الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، المرجع السابق، ص 337.

4- محمد علي سكيكر، المرجع السابق، ص 157.

واستنفاذ سلطة المحكم لا يتحقق إلا إذا أصدر حكما قطعيا في النزاع المعروض عليه وفي حدود هذا الحكم[1]. بحيث يرتب حكم التحكيم أثره في استنفاذ سلطة المحكم في خصوص ما قطع فيه من مسائل، ويشمل مجال الاستنفاذ، كافة الأحكام القطعية الصادرة من المحكم، أيا كانت طبيعة المسائل التي فصل فيها[2]، وقطعيته تعرف من تحليله وبيان طبيعته واتجاه إرادة المحكم، والاستنفاذ هو أثر للقطعية وليس سببها، ويؤدي الحكم القطعي لاستنفاد الولاية سواء صدر في مسألة موضوعية أو إجرائية أو سواء صدر بالإيجاب أو الرفض مع ملاحظة أن الأحكام الصادرة في الموضوع كله أو جزء منه تستنفد الولاية، وتحوز الحجية في الوقت ذاته وتفتح الباب لحيازة قوة الشيء المقضي فيه على خلاف الأحكام القطعية الصادرة في مسألة إجرائية فهي تستنفذ الولاية ولا تحوز حجية الشيء المقضي فيه[3]، والسبب في ذلك يرجع إلى أن هذه الأحكام، هي مجرد إجراءات تنحصر وظيفتها في حسم المسائل التي تثور خلال تكوين أحكام المحكمين، وبما أن دور هذه الأحكام بطبيعتها هو دور داخلي في الإجراءات فإن فاعليتها تكون أيضا إجرائية داخلية، ويقوم المحكم بتنفيذها داخل الخصومة بمجرد صدورها. ولا حجية لها خارج نطاق هذه الخصومة لأن لا دور لها خارج هذه الأخيرة[4].

أما الأحكام غير القطعية التي يصدرها المحكم وهو في سبيل تهيئة النزاع للفصل فيه، كالأحكام التحضيرية، أو التمهيدية، أو المتعلقة بإجراءات الإثبات، فإنها لا تؤدي إلى استنفاذ سلطته، ومن تم فإنه يملك الرجوع عنها أو تعديلها[5].

ويتحدد نطاق الاستنفاذ بالخصومة النبي صدر فيها الحكم الذي استنفذ ولاية المحكم، ومن تم لا يمتد هذا الأثر إلى غير ذلك من خصومات أخرى قد ترفع إلى نفس المحكم من نفس الخصوم، فالاستنفاذ له أثر نسبي قاصر على الخصومة الصادر فيها الحكم الذي أنشأه، وذلك عكس نظام حجية الشيء المقضي به الذي لا يعمل إلا خارج الخصومة التي صدر فيها الحكم الذي يحوزها بالنسبة للخصومات المستقبلية.

1- نورالدين بوالصلصال، الإختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، المرجع سابق، ص 337.

2- محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية و التجارية وجوازه غي المواد الإدارية، المرجع السابق، ص 204.

3- نسرين كروم ، المرجع السابق، ص. ص 306-307.

4- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 197.

5- محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية و التجارية وجوازه غي المواد الإدارية، المرجع السابق، ص 204.

واستنفاذ الولاية يتم بالنسبة لنفس المحكم الذي أصدر الحكم الذي استنفذ ولايته، فإذا تنازل الخصوم على هذا الأخير، واتفقوا على عرض ذات النزاع على محكم آخر، فإن المحكم الأول لا سلطة له في الفصل في النزاع الجديد، عكس المحكم الجديد الذي يحتفظ بكامل ولايته في نظر النزاع، كما يستطيع الخصوم الاتفاق على تجديد الاتفاق على التحكيم أمام نفس المحكم، حتى ولو كان قد سبق إصداره لحكم قطعي بينهم في خصومة سابقة، ويكون له سلطة القضاء في ذات المسألة التي سبق له الفصل فيها، باعتبارها خصومة جديدة[1].

المطلب الثاني: حدود استنفاذ سلطة المحكم

إذا كانت القاعدة انتهاء مهمة المحكم واستنفاذ ولايته بمجرد إصداره لحكم التحكيم المنهي للنزاع، إلا أنه هناك استثناءات ترد على هذه القاعدة، فهناك حالات محددة تمتد فيها مهمة المحكم وتحول دون استنفاذه لسلطته، ذلك أن الواقع العملي كثيرا ما يكشف أن المحكم قد يصدر حكما مشوبا بغموض مما يلزم معه تفسير الغموض الوارد بهذا الحكم، كما أن المحكم قد يرتكب بعض الأخطاء المادية أو يغفل الإجابة عن بعض الطلبات التي كانت معروضة عليه ولم يفصل فيها، ولدراسة هذه الحالات قسمنا هذا المطلب إلى ثلاث فروع نخصص (الفرع الأول) منها لسلطة المحكم في تفسير الحكم التحكيمي ونتناول في (الفرع الثاني) سلطة المحكم في تصحيح الأخطاء المادية على أن نتعرض في (الفرع الثالث) إلى سلطته في الفصل فيما أغفل الفصل فيه من طلبات.

الفرع الأول: تفسير حكم التحكيم

يقصد بالتفسير توضيح ما يشوب الحكم من غموض وبيان حقيقته المبهم فيه، أيا كان نوع الحكم والمحكمة التي أصدرته، وذلك بهدف تحديد مضمون القضاء الوارد به، ويتم ذلك عن طريق البحث في العناصر المكونة للحكم ذاته بغية التوصل إلى المعنى الحقيقي للقضاء الوارد فيه[2].

1- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 197.

2- المرجع نفسه، ص 198.

فقد يصدر الحكم التحكيم المنهي للخصومة مشوبا ببعض الغموض أو الإبهام، سواء في عبارات أو ألفاظ منطوقه، مما يدفع أطراف النزاع أو أحدهم إلى توضيح هذا الغموض من المحكم أو الهيئة التي أصدرت الحكم، ففي هذه الحالة يجوز للمحكم بناءً على طلب الخصوم أو أحدهم أن يقوم بتفسير حكم التحكيم الذي أصدره دون أن يكون قد مس بمبدأ استنفاذ ولايته للنزاع الذي فصل فيه بحكم النهائي[1].

إلا أن الفقه الإجرائي في نطاق التحكيم مختلف حول ما إذا كان تفسير الحكم في حالة غموضه أو عدم تحديد مضمونه من سلطة المحكم، أو على العكس يكون المحكم محروما من هذه السلطة.

ذهب البعض إلى الاعتراض على منح المحكم سلطة تفسير حكمه، وحجتهم في ذلك أن الحاجة إلى هذا التفسير لا تظهر إلا عند تنفيذ هذا الحكم، مما يؤدي إلى اعتبار التفسير بمثابة إشكال في التنفيذ يخرج من اختصاص المحكم المجرد من سلطه الأمر، ويجب طرحه على المحاكم المختصة من أجل تفسيره.في حين ذهب البعض الآخر إلى أن سلطة المحكم تنتهي بإصداره لحكمه، وبالتالي لا يكون له أي سلطة في التفسير، وذهب فريق ثالث إلى ضرورة الاعتراف للمحكم بسلطة تفسيره لحكمه[2].

وبناء على ذلك فقد أخذت العديد من التشريعات بالمذهب الذي يمنح المحكمة سلطة تفسير الحكم الذي أصدره ووضع النظام القانوني لذلك، ومنها المشرع الجزائري الذي قرر ذلك في نص المادة 2/1030 التي سبق ذكرها على أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم،.... للأحكام الواردة في هذا القانون.

كما نص المشرع الفرنسي في نص المادة 1475 ق.إ.م على ذات الشيء في الفقرة الأولى منها على أن صدور حكم التحكيم يغل يد المحكم عن نظر النزاع الذي فصل فيه، وفي الفقرة الثانية للمحكم سلطة تفسير الحكم... [3].

1- محمد جارد، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 483.

2- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 198.

3- منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 373.

وتنص المادة 1/49 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على حق كل طرف من طرفي التحكيم في أن يتقدم للهيئة بطلب تفسير ما شاب حكم التحكيم من غموض في منطوقه، على أن يخطر الطرف الآخر بهذا الطلب قبل تقديمه، ويقدم الطلب خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تسليم حكم التحكيم.

وأجازت المادة 1/33 (ب) من القانون النموذجي لكل طرف في النزاع أن يطلب من هيئة التحكيم تفسير أي غموض معين في الحكم خلال 30 يوما من إعلانه به بشرط إعلان خصمه بهذا الطلب، ولم يشترط النص تحديد جلسة لهذا الغرض، ولهذا يجوز للمحكم إصدار حكم التفسير من غير مرافعة[1].

ويشترط لقبول طلب التفسير أن يكون الحكم المراد تفسيره قطعيا، إذ لا مبرر لطلب تفسير حكم غير قطعي من الممكن إعادة النظر فيه، ويجب أن يكون الغموض أو الإبهام في منطوق الحكم وأن يحتمل الغموض عدة معاني، بمعنى 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 المنطوق، وإلا تعرض الحكم نفسه للطعن بالبطلان[2].

ومن حق المحكم تفسير الحكم الصادر عنه كله أو جزء منه، وهذا التفسير ليس من شأنه المساس بمبدأ استنفاذ الولاية، ولا يجوز أن يتضمن التفسير تعديلا للحكم، أو معاودة النظر فيه وإلا كان الحكم عرضة لعدم التنفيذ، فالتفسير ليس وسيلة لإعادة النظر في النزاع الذي صدر فيه الحكم.

ويخضع الحكم التفسيري في تنفيذه إلى ذات القواعد الخاصة بتنفيذ الحكم الأصلي، لأن الحكم التفسيري يعد جزء لا يتجزأ من الحكم المفسر، فيأخذ حكمه من جميع النواحي حتى من حيث مدى إمكان الطعن فيه بالبطلان[3].

1- محمد جارد ، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 483.

2- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 320.

3- منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 372.

الفرع الثاني: تصحيح حكم التحكيم

إن وقوع المحكم في أخطاء مادية سهوا كأخطاء القلم أمر محتمل، لأن القانون اشترط كتابه حكم التحكيم، وهذا يتطلب منحه سلطة تصحيح هذه الأخطاء لإعطاء حكمه مدلوله الصحيح. والتصحيح كما هو الشأن في تصحيح الأحكام القضائية، يقتصر على تصحيح الأخطاء المادية البحتة، سواء أخذت شكل أخطاء كتابية، أو حسابية، أو أي شكل آخر يندرج تحت مفهوم الخطأ المادي الذي ينصرف إلى كافة الأخطاء التي لا يؤثر تصحيحها في تعديل ما قضى به في موضوع النزاع[1]، إلا أنها قد تسبب بعض المشاكل عند تنفيذ الحكم التحكيمي، وهو ما يستوجب معه تصحيح هذا الخطأ بالرجوع إلى المحكم الذي أصدر هذا الحكم، إذ لا مبرر لرفع دعوى البطلان، لأن الأمر هنا يتعلق بخطأ مادي[2].

والمحكم يتولى تصحيح ما يقع في حكمه من أخطاء مادية بقرار يصدره من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب أحد الخصوم، وفي ذلك يختلف التصحيح عن التفسير حيث لا يجوز للمحكم القيام بتفسير حكمه من تلقاء نفسه بل لابد من طلب، ويجوز لجميع أطراف النزاع تقديم طلب بالتصحيح، وأي خصم يستطيع تقديم هذا الطلب سواء كان محكوما له أو محكوما عليه[3].

ولا يجوز أن يكون التصحيح وسيلة لإعادة النظر في موضوع النزاع، بهدف تغيير وتعديل ما قضى به المحكم وإلا عد متجاوزا لحدود سلطته في التصحيح تجاوزا يجيز للخصوم التمسك ببطلان الحكم الصادر بالتصحيح، كما لا يجوز للمحكم رفض تصحيح الخطأ الوارد في الحكم، إلا إذا تبين أن هذا الطلب غير صحيح، والحكم الصادر برفض التصحيح لا يجوز الطعن فيه بطلب مستقل عن طلب الطعن في الحكم الأصلي الذي ورد فيه الخطأ المادي، لأن إجازة الطعن فيه بطريقه مستقلة قد يؤدي إلى تأخير الفصل في النزاع[4].

1- محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية و التجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 205.

2- محمد جارد، ، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 490.

3- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 202.

4- أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص 71.

ولا يحق للمحكم مراجعة الحكم من ناحية الموضوع، فهو بعد النطق بحكم التحكيم المنهي للخصومة يفقد صفته في نظر الموضوع الذي حسمه بهذا الحكم أيا كانت العيوب التي شابته، ويكون مواجهة هذه العيوب عن طريق دعوة البطلان إذا توفرت أسبابها[1].

كما تعترف المادة 1030 من ق.إ.م.إ.ج للمحكم بسلطة تصحيح الأخطاء المادية الواردة في أحكامها والإغفالات التي تشوبها، وأحالت في تطبيق أحكام هذه المادة إلى الأحكام الواردة في نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الخاصة بالأحكام القضائية، والمنصوص عليها في المادة 286 والمادة 287 من ق.إ.م.إ.ج. إذ يجب على محكمة التحكيم أن تلتزم بضوابط ممارسة سلطة تصحيح الأخطاء المادية في الأحكام، إذ لا ينبغي أن يكون التصحيح بشأنها وسيلة للرجوع عنها، كما هو معمول تماما في تصحيح أخطاء الأحكام القضائية[2].

كما تنص المادة 50 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه: " تتولى هيئة التحكيم تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم وتجري هيئة التحكيم التصحيح من غير مرافعة خلال ثلاثين يوما التالية لتاريخ صدور الحكم أو إيداع طلب التصحيح بحسب الأحوال، ولها مد هذا الميعاد ثلاثين يوما أخرى إذا رأت ضرورة ذلك ".

ويعني ذلك أن المشرع المصري قد بين إجراءات الفصل في طلب تصحيح حكم التحكيم، وهذا على خلاف تفسير حكم التحكيم، فالمحكم يصدر قراره بالتصحيح دون حاجة إلى عقد جلسة يحضرها الأطراف، ودون حاجة إلى مرافعة بين الخصوم.

كما أخذ المشرع الفرنسي بنفس الاتجاه الذي أخذ به المشرع المصري والمشرع الجزائري بتقرير سلطة للمحكم بتصحيح الأخطاء المادية التي قد ترد في حكم التحكيم في نص المادة 2/1485 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[3].

1- محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية و التجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 205.

2- نورالدين بوالصلصال ، الإختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، المرجع السابق، ص 340.

3- تنص المادة 2/1485 من ق.إ.م.ف: "...يجوز لهيئة التحكيم تفسير وإصلاح الأخطاء المادية..."

الفرع الثالث: الفصل فيما أغفله حكم التحكيم

قد يغفل المحكم سهوا أو خطأ، الفصل في طلب من الطلبات المقدمة له من الخصوم إغفالا كليا، وذلك بعدم البث في عنصر من عناصر الطلب، سواء تعلق هذا العنصر بأطراف الطلب أو بمحله أو بسببه،[1] بحيث يجوز للخصوم أنفسهم العودة إلى المحكم للفصل فيما قد أغفله من طلبات، ما دام هذا الطلب كان داخلا في نطاق اتفاق التحكيم، ذلك أن المحكم لم يستنفذ ولايته في شأن هذه الطلبات التي قد يكون أغفل الفصل فيها، وهو ما يطلق عليه قرار التحكيم الإضافي، ويخضع هذا الأخير لما هو متبع في شأن حكم التحكيم الأصلي، فلا يتم الإعتراف بحجيته إلا وفقا للإجراءات المتبعة في قانون مكان التنفيذ[2].

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 المحكم، مما يؤدي معه إلى المساس بما تم القضاء به، ومن تم الإخلال بحجيته[3].

ويجب أن يكون الإغفال كليا عن سهو وليس عن تعمد، كما يجب أن تكون الطلبات المغفلة طلبات موضوعية وليست مجرد دفوع شكلية يعتبر إغفالها فصلا ضمنيا فيها على معنى الرفض، ومثل هذه الطلبات تعتبر هيئة التحكيم أنها لم تستنفذ ولايتها بشأنها، وطلب الفصل فيها بحكم تكميلي لا يشكل أي خروج عن قاعدة استنفاذ ولاية هيئة التحكيم بالنسبة لما فصل فيه، حيث أنه لا يوجد أي مساس بالقضاء الصادر فيما فصل فيه[4].

وقد منح المشرع الفرنسي في المادة 1485 من ق.إ.م. للمحكم تدارك ما أغفل عنه بإصدار حكم إضافي وفقا للإجراءات المتبعة بخصوص تصحيح الخطأ المادي والتي أشير إليها مسبقا، وهو ما أخذ به أيضا المشرع المصري في المادة 51 من قانون التحكيم التي سبق ذكرها.

1- محمد جارد، ، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 497.

2- منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 374.

3- حفيظ قطاف، المرجع السابق، ص 252.

4- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 204-205.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه أجاز للمحكم إصدار أحكام تحكيم إضافية، وذلك حالة إغفاله الفصل في أحد الطلبات، وقد أخضع أوضاع وإجراءات القيام بذلك إلى القواعد المطبقة بشأن الأحكام القضائية، فالمشرع الجزائري أخضع إجراءات الفصل في الطلبات المغفلة في الحكم التحكيمي إلى نفس الإجراءات المطبقة على تصحيح الخطأ المادي في الحكم التحكيمي التي سبق شرحها.

نستنتج مما سبق أن المحكم مصدر الحكم التحكيمي هو صاحب السلطة والاختصاص بتفسير حكمه في حالة كان يشوبه الغموض والإبهام، أو بتصحيح الأخطاء المادية وإكماله عند إغفال الفصل في بعض الطلبات التي قدمت إليه، وهذه تعتبر كاستثناءات وحدود على استنفاذ ولايته وسلطته في الفصل في النزاع.

خلاصة الفصل الثاني:

من خلال ما سبق يتبين لنا أن المحكم يتمتع بسلطات واسعة في الخصومة التحكيمية، ويتجلى ذلك في تسيير إجراءات التحكيم وذلك بمعرفة النطاق القانوني لسلطة المحكم من خلال التعرف على اختصاصه بالنزاع، وكذلك معرفة سلطة المحكم في مجال الإثبات وذلك عن طريق الإطلاع على أصول المستندات أو سماع الشهود، وكذلك معرفة القانون الواجب التطبيق من جهة أخرى، وصولا في الأخير إلى معرفة أن سلطة المحكم لا تنتهي بإصدار حكم التحكيم المنهي للخصومة، بل تمتد إلى ما بعد ذلك لما للمحكم من سلطة في تصحيح الحكم وتفسيره وسد إغفالاته.

غير أن الطابع الإتفاقي للعملية التحكيمية يقيد من سلطة المحكم، إذ يكون ملزما بما اتفق عليه الخصوم، ولذلك فإن السلطات الممنوحة له مرهونة باتفاق التحكيم الذي هو أساس ومصدر سلطات المحكم، وإذ يستمد المحكم سلطاته من إرادة المحتكمين إليه. فهو مخول بممارسة هذه السلطات في حدود يرسمها أطراف الخصومة، فعبارة ما لم يتفق الخصوم على خلاف ذلك عبارة أساسية في النصوص التي تبين سلطاتهم، وهو ما يجعله يختلف عن القاضي في مصدر وحدود سلطاته ولذلك فإن سلطات المحكم تتسع كلما ترك أطراف الخصومة له مجالا لإعمالها في تسيير إجراءات الخصومة، وتضيق تلك السلطات كلما كانت كلمة الفصل فيها للمحتكمين أو بنص القانون، فاتفاق الأطراف مصدر لسلطات المحكم وإعمال إرادة الخصوم من شأنه تضييق نطاق هذه السلطات.

خاتمة

خاتمة:

وفي ختام بحثنا هذا تبين لنا أن التحكيم لم يعد من بين الطرق البديلة للفصل في المنازعات بين الخصوم فقط وإنما أفضلها، خاصة من ناحية فعاليته في الحصول على قرار نهائي وملزم بشأن نزاع أو مجموعة من النزاعات دون الرجوع إلى المحكمة، والذي يتوقف على آداء وكفاءة المحكم ودرايته بالمهمة الموكلة له، لذلك يسعى الخصوم للبحث عن الشخص المناسب الذي تتوفر فيه هذه الشروط.

هذا وقد توصلنا في دراستنا هذه المعنونة بالمركز القانوني للمحكم إلى مجموعة من النتائج، نعددها كالتالي:

إن أغلب التشريعات لم تعرف نظام التحكيم ولم تحدد طبيعة عمل المحكم، الأمر الذي أدى إلى الجدل الفقهي حول ذلك، أين أعتبره البعض تعاقدي والبعض الآخر ذو طبيعة قضائية، وجانب آخر جمع مابين الطبيعتين عبر مراحل العملية التحكيمية، في حين أن جانبا حديثا من الفقه يرى أن طبيعة عمل المحكم مستقلة عن كل النظريات السابقة، ولقد تعرضت هذه النظريات الأربعة للنقد من طرف فقهاء القانون بالرغم من ترجيح نظرية الطبيعة المستقلة لعمل المحكم.

وقد كرست مختلف التشريعات مبدأ سلطان الإرادة من خلال منحهم للأطراف حرية اختيار المحكم وأعطت دور احتياطي لمركز أو مؤسسة تحكيمية أو القضاء بحسب ما إذا كنا أمام تحكيم حر أو مؤسسي، كما منحت للمحكم سلطات مصدرها القانون، إلا أن سلطاته محدودة مقارنة بتلك التي يمنحها إياه الأطراف، ومن جهة أخرى نظمت أغلب التشريعات الإجراءات الواجب إتباعها لرد المحكم أو عزله وأعطت دور احتياطي للقضاء من أجل المساعدة على ذلك.

- والمحكم معفى من اتباع الإجراءات المنصوص عليها في القوانين الوطنية – كأصل عام– ذلك لأن مصدر سلطاته اتفاق الأطراف، على، حيث عادة ما تتجه إرادة الأطراف إلى استبعاد تطبيق القوانين الوطنية وما تفرضه من قيود وإجراءات معقدة تؤدي إلى إطالة أمد الفصل في النزاع.

- إن سلطة المحكم تتسع في حال غياب الإرادة الصريحة للأطراف المتعاقدة حول القانون الواجب التطبيق سواء على الإجراءات أو على الموضوع، وعلى العكس من ذلك فإن سلطته تضيق وتنحصر في حال التعبير الصريح على إرادة الأطراف، إلا أن للمحكم من السلطة ما يسمح له بالوقوف في وجه إرادة الأطراف الصريحة حرصا على العملية التحكيمية، وذلك لعدة اعتبارات؛ كإحترام مبدأ النظام العام خاصة في حال تضمين الأطراف لما يخالف النظام العام في عقدهم.

- وسلطة المحكم بالبث في مسألة اختصاصه معناه أن ينظر في كل الدفوع المثارة بشأن هذا الاختصاص، وذلك بصرف النظر عن كون اتفاقية التحكيم صحيحة أو باطلة أو منعدمة، فالهيئة التحكيمية هي التي ينعقد لها وفي جميع الأحوال مسألة اختصاصها، هذا ما كرسته الإتفاقيات الدولية للتحكيم التجاري والتشريعات الوطنية ولوائح مراكز التحكيم، وذلك تعزيزا لمركز المحكم.

- اتبثث هذه الدراسة في شقها العضوي تمتع المحكم بسلطة الحكم، وفي شقها الموضوعي افتقاره لسلطة الأمر والجبر، وهذا على الرغم من تمتعه بنظام قانوني مستقل ذي سيادة غير مرتبطة بحيز جغرافي معين.

- إن المحكم وأمام غياب قانون اختصاص يبقى هو أهم عنصر في الخصومة التحكيمية، إذ سبق أن بينا مدى استقلاليته عن أي قانون وطني، وبينا كذلك ماله من سلطة تقديرية منحته إياها التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية.

وبعد الخوض في المركز القانوني للمحكم ارتأينا تسجيل بعض الملاحظات التي استرعت انتباهنا و تقديم بعض الاقتراحات بخصوص بعض المسائل القانونية نذكر منها :

- أن يتم تقييد عدد أسباب الرد بتعدد وقت نشأتها حتى لا تستغل لتعطيل إجراءات التحكيم وتأخيره.

- وضع إجراءات خاصة برد المحكم وعدم الإحالة إلى أحكام رد القضاة، وذلك من خلال النص على المدة القانونية اللازمة لتقديم طلب رد المحكم، والتأكيد صراحة على وقف اجراءات التحكيم في حالة تقديم طلب الرد.

- تتحتم أولوية الوصول للحكم المرضي لأطراف الخصومة التحكيمية، ضرورة بسط المزيد من السلطات للمحكمين لاسيما فيما يخص مسائل الإثبات، بما في ذلك سلطة الجبر على الخصوم، كأن يكون لهيئة التحكيم سلطة إلزام الخصوم بتقديم ما تحت أيديهم من مستندات، مع تمكين المحكم من صلاحية توقيع الغرامة لمن يمتنع من الخصوم عن تقديم المستندات المنتجة لإظهار الحقيقة.

- ضرورة التعمق في البحث في مفهوم النظام العام الواجب احترامه من طرف المحكم باعتباره أكثر المسائل المقيدة لنطاق التحكيم.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

❖ المصادر

أولا : الإتفاقيات الدولية

1. اتفاقية نيويورك لسنة 1958 والخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيدها، الموافق عليها بتحفظ بالقانون رقم 88- 18 المؤرخ في 12 جوان سنة 1988، الجريدة الرسمية الصادرة في 13 جويلية سنة 1988، العدد 28، المصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 88- 233، المؤرخ في 5 نوفمبر سنة 1988، ج ر عدد 66 الصادرة بتاريخ 15 نوفمبر 1988.
2. اتفاقية واشنطن المتعلقة بإنشاء مركز لتسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، لسنة 1965، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95 مؤرخ في 1995/10/30 المتضمن المصادقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر عدد 66 لسنة 1995.

تانيا : النصوص القانونية

1. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، ج ر عدد 78.
2. قانون رقم 08- 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ج ر عدد 21، المعدل والمتمم بالقانون 22-13 المورخ في 12 يوليو 2022، ج ر 48.

❖ المراجع

أولا : الكتب

1. إبراهيم رضوان الجغبير، بطلان حكم المحكم، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

2. أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
3. أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.
4. _____، التحكيم بالقضاء وبالصلح،(د.ط)، دار المطبوعات الجامعية، دون بلد النشر، 2008.
5. _____، التحكيم في القوانين العربية،(د.ط)، مكتبة الوفاء القانونية، الأسكندرية، 2015.
6. بلباقي بومدين، التحكيم التجاري، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، 2020.
7. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
8. حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء 1، الطبعة الثالثة، دون بلد النشر 2008.
9. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2002.
10. سحر عبد الستار إمام يوسف، المركز القانوني للمحكم، (د.ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
11. شحاتة غريب شلقامي، عقد المحكم بين تشريعات التحكيم وتطويع القواعد العامة في القانون المدني، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
12. عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني،(د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2009.
13. عمار ازوكار، التحكيم التجاري الداخلي والدولي بالمغرب قراءه في التشريع والقضاء، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، المغرب، 2015.
14. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة لأحكام التحكيم الدولي كما جاءت في القواعد والإتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية مع إشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، دون بلد النشر 2006.

15. محمد علي سكيكر، تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية،(د.ط)، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007.
16. محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية،(د.ط)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.
17. محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، (د.ط)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
18. محمود علي عبد السلام الوافي، خصوصية إجراءات التحكيم في كل من مصر ودول الخليج العربي، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض، 2016.
19. معتز محمد حمدان الحوامدة، دور المحكم في إجراءات التحكيم الداخلية، الطبعة الأولى، دار المعتز للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2020.
20. مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، (د.ط)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
21. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي،(د.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
22. منير يوسف المناصير، التزامات وسلطات المحكم في الإثبات، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016.
23. مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية والأجنبية والإتفاقيات والمراكز الدولية، (د.ط)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون بلد النشر 2005.
24. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

ثانيا : الأطروحات والمذكرات الجامعية

أ : الأطروحات

1. بوالصلصال نور الدين، الإختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2010-2011.

2. بودلال فطومة، التحكيم في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2015-2016.
3. تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017.
4. جارد محمد، الدعوى التحكيمية في اطار العلاقات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018.
5. زروق نوال، الرقابة على أحكام المحكمين في ظل التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف2، الجزائر، 2015.
6. عبد القادر سرحاني، سلطات المحكم في خصومة التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2022.
7. قطاف حفيظ، المركز القانوني للمحكم في ضل التحكيم الداخلي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر، 2024.
8. كروم نسرين، النظرية العامة للتحكيم في مجال التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر،2022.

ب : المذكرات:

1. أشجان فيصل شكري داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به-دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.

ثالثا: المقالات

1. إلياس عجابي، "النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، **مجلة المنتدى القانوني**، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد 47، العدد 3، 2010، ص.ص 55-78.

2. جارد محمد، "الضمانات الإجرائية لتشكيل المحكمة التحكيمبة في التشريع الجزائري"، **مجلة القانون والعلوم السياسية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد، بشار، المجلد 5، العدد 2، 2019، ص.ص 10-20.
3. سرحاني عبد القادر، مزاولي محمد، "التكييف القانوني لطبيعة عمل المحكم في التحكيم التجاري الدولي "، **مجلة دفاتر السياسة والقانون**، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2020، العدد 02، ص. ص 138- 155.

رابعا: المطبوعات البيداغوجية

1. بوالصلصال نور الدين، مطبوعة بيداغوجية بعنوان: التحكيم التجاري الدولي، موجهة لطلبة السنة تانية ماستر تحصص قانون الأعمال، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سكيكدة، الجزائر، 2022- 2023.
2. دريس كمال فتحي، مطبوعة بيداغوجية بعنوان: التحكيم التجاري الدولي، موجهة لطلبة السنة تانية ماستر تخصص قانون الأعمال، جامعة حمه لخضر-الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الوادي، الجزائر، 2021-2022.

خامسا: الوثائق

3. القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونيسترال سنة 1985، منشور في الموقع، https:// .WWW.UNICITIRAL.ORG
4. قانون رقم 27 لسنة 1994 ، صدر في 18 أفريل 1994، المتضمن قانون التحكيم في المواد التجارية المصري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 16، منشور في الموقع: https://www.africa-laws.org
5. المرسوم رقم 354 لسنة 1980 المؤرخ في 14-05-1980، المتضمن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل بالمرسومين: رقم 500 لسنة 1981 المؤرخ في

12-5-1981 والمرسوم رقم 48 لسنة 2011 المؤرخ في 13-01-2011، منشور في الموقع: https//: www.wipo.net

6. قواعد التحكيم والوساطة لغرفة التجارة الدولية، cci، باريس، فرنسا، 2017، منشور في الموقع: https//:www.faculty.ksu.edu.sa

فهرس المحتويات:

الإهداء

شكر وتقدير

مقدمة ..... أ–د

الفصل الأول: الطبيعة القانونية لمهام المحكم

المبحث الأول: النظريات التي قيلت في عمل المحكم 8

المطلب الأول: نظرية الطبيعة الأحادية للمهمة المحكم 9

الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية لمهمة المحكم 9

الفرع الثاني: الطبيعة القضائية لمهمة المحكم 11

المطلب الثاني: نظرية الطبيعة الثنائية لمهمة المحكم 14

الفرع الأول: الطبيعة المختلطة لمهمة المحكم 15

الفرع الثاني: الطبيعة المستقلة لمهمة المحكم 16

المبحث الثاني: الشروط الواجب توافرها في المحكم وطرق اختياره 19

المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في المحكم 19

الفرع الأول: الشروط القانونية 20

الفرع الثاني: الشروط الإتفاقية 24

المطلب الثاني: طرق تعيين المحكم 26

الفرع الأول: التشكيل الإتفاقي لهيئة التحكيم..... 27

الفرع الثاني: الطريقة القضائية لتعيين المحكم 32

المبحث الثالث: ضمانات الخصوم في مواجهة المحكم 34

المطلب الأول: رد المحكم 34

الفرع الأول: أسباب الرد 35

الفرع الثاني: الجهة المختصة بنظر الرد 37

الفرع الثالث: آثار الرد 38

المطلب الثاني: عزل المحكم 40

الفرع الأول: مفهوم عزل المحكم 40

الفرع الثاني: الآثار المرتبة عن العزل 43

خلاصة الفصل الاول 46

الفصل الثاني: الإطار القانوني لمهمة المحكم أثناء سير الخصومة

المبحث الأول: سلطات المحكم في بداية الخصومة التحكيمية 48

المطلب الأول: سلطة المحكم بالفصل في اختصاصه 49

الفرع الأول: مبدأ الإختصاص- بالإختصاص 49

الفرع الثاني: الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص 54

المطلب الثاني: اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات..... 56

الفرع الأول: تطبيق القانون الإجرائي لدولة مقر التحكيم 57

الفرع الثاني: ضبط المحكم الإجراءات مباشرة..... 59

الفرع الثالث: تطبيق القانون الإجرائي للدولة التي يطبق قانونها على موضوع النزاع 60

الفرع الرابع: تطبيق قواعد أحد مراكز أو مؤسسات التحكيم الدائمة..... 60

المبحث الثاني: سلطات المحكم أثناء سير الخصومة التحكيمية 61

المطلب الأول: اختيار المحكم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع..... 61

الفرع الاول: إختيار المحكم لقانون دولة معينة 62

الفرع الثاني: تطبيق المحكم للأعراف التجارية 63

الفرع الثالث: الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف 65

المطلب الثاني: سلطة المحكم في مجال تقديم الأدلة 65

الفرع الأول: سلطة المحكم في تحديد الإجراءات المتبعة في تقديم الأدلة..... 66

الفرع الثاني: سلطة المحكم في تحديد وسائل الإثبات 67

الفرع الثالث: سلطة المحكم في الإلزام بتقديم الأدلة..... 69

المبحث الثالث: سلطات المحكم بعد صدور الحكم التحكيمي..... 72

المطلب الأول: استنفاذ سلطة المحكم 72

الفرع الأول: مفهوم استنفاذ سلطة المحكم..... 72

الفرع الثاني: نطاق استنفاذ سلطة المحكم..... 74

المطلب الثاني: حدود استنفاذ سلطة المحكم 76

الفرع الأول: تفسير حكم التحكيم 76

الفرع الثاني: تصحيح حكم التحكيم 79

الفرع الثالث: الفصل فيما أغفله حكم التحكيم 81

خلاصة الفصل الثاني..... 83

خاتمة 85

قائمة المصادر والمراجع..... 89

فهرس المحتويات 95