

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة د. الطاهر مولاي سعيدة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



دور اتفاق التحكيم في تسوية النزعات التجارية الدولية

مذكرة لنيل شهادة الماستر

التخصص: قانون الاقصادي

تحت إشراف الأستاذة:

- عبو توركينة

من إعداد الطالب:

- عويمر محسن

لجنة المناقشة

الأستاذة: عبو توركينة..... مشرفا و مقررا

الأستاذة: سويلم فضيلة..... مقررا و رئيسا

الأستاذة: مولاي ملياني دلال.....عضوا مناقشا

الأستاذة: نعار زهرة.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2014 / 2015

الإهداء

إلى روح والدي رحمه الله

إلى منبع الحنان و العطاء و الصبر " أمي "

أطال الله في عمرها

إلى التي عايشت معي تفاصيل هذا العمل ، آلامه ، و آماله

زوجتي الفاضلة .

إلى إخوتي و أخواتي كل باسمه

إلى كل من ساهم في إخراج هذا البحث إلى حيز الوجود بالقول أو الفعل أو الدعوة الصالحة

أهدي هذا العمل

شكر و تقدير

بداية و انطلاقا من قوله تعالى : " أن اشكر لي و لوالديك إلي المصير " أتقدم بخالص
الشكر إلى الله العلي القدير ، و أحمده حمدا يليق بجلال وجهه و عظيم سلطانه و بعد الحمد
و الثناء على الله .

و انطلاقا من قوله صلى الله عليه و سلم : " من لا يشكر الناس لا يشكر الله " ، فإنني أتقدم
بجزيل الشكر و العرفان لأستاذتي الفاضلة الدكتورة عبو تركية ، لما قدمته لي من توجيه
و إرشاد ، في متابعة هذا البحث و تسديد خطواته و إكمال نقصه حتى خروجه على هذه
الصورة ، فجزاها الله خير الجزاء .

قائمة المختصرات

ج: الجزء

ج.ر: الجريدة الرسمية

س: السنة

ط: الطبعة

ف: الفقرة

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

م: المادة

الأفق الممطرة

الحمد لله العلي القدير ، الأول الواحد الجليل الذي ليس له شبيهه و لا نظير، نشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له و نشهد أن محمدا عبده و رسوله.

إن نظام التحكيم لن يكن طارئاً أو جديداً على عصرنا هذا، و إنما عرف منذ القديم لدى المجتمعات، و هذا يجعلنا نؤكد أن التحكيم قد سبق القضاء في حسم النزاعات التي تثور بين الأطراف المتنازعة، و التحكيم ما هو إلا مظهر من مظاهر العدالة التي سبقت عدالة الدولة، حيث فرضته الفطرة الإنسانية، و أخذ التحكيم دوراً أوسع في عصرنا الحالي بسبب التطور الحاصل في العلاقات التجارية، سواء كانت هذه العلاقات بين أفراد المجتمع الواحد، أم كانت بين الدول¹.

فالتحكيم هو نظام أو طريق خاص للفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد و الجماعات سواء كانت طبيعية أو معنوية، بخصوص علاقات أو تصرفات قانونية مدنية أو تجارية، عقدية كانت أو غير عقدية، فالتحكيم قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية فهو يعتمد أساساً على قيام أطراف النزاع بأنفسهم باختيار قضائهم، بدلاً من الاعتماد على التنظيم القضائي للبلد الذي يقيمون فيه.

و لا يعرض النزاع على المحكمين إلا باتفاق ذوي الشأن اتفاقاً واضحاً على الفصل فيه بطريق التحكيم ، و اتفاق التحكيم كما عرفه المشرع المصري بأنه : " اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو التي يمكن أن تنشأ بشأن العلاقة بينهما عقدية كانت أو غير عقدية. "

و يعتبر الاتفاق على التحكيم عقداً من العقود القانون الخاص، يسوده مبدأ سلطان الإرادة ، و تسري عليه القواعد العامة في العقود، و بناء على ذلك فلا بد لقيام اتفاق التحكيم يجب أن يتوفر فيه جميع الشروط الموضوعية و الشكلية التي أوجب المشرع مراعاتها عنه إبرام أي تصرف قانوني إذ تتمثل الشروط الموضوعية في ضرورة توافر التراضي الصحيح ، و ان يرد هذا التراضي على محل ممكن ومشروع ، و أن يستند إلى سبب مشروع و الشروط الشكلية أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً².

و إن الأصل في التحكيم أن للأطراف مطلق الحرية في اختيار، و تعيين محكميهم و ذلك لأن مبعث الاتفاق على التحكيم جاء من الثقة في حسن تقدير المحكم، و حسن عدالته و اتفاق التحكيم هو دستور و أساس العملية التحكيمية و هو الذي يعطي الولاية للتحكيم و يطلق على الأشخاص الذين وقع عليهم الاختيار للفصل في النزاع هيئة التحكيم و التي قد تتشكل من محكم واحد أو أكثر حسب اتفاق الأطراف، و تكون الهيئة ملزمة بالفصل في النزاع استناداً إلى اتفاق التحكيم الذي أبرمه الأطراف و حدد فيه موضوع النزاع و المسائل

1. محمد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري و تدخلات القضاء الوطني، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2014، ص

2. لزهرة بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ص 65.

المطلوب الفصل فيها و القانون الذي يحكم الإجراءات أمامها و القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

و قد اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم، فأضفى عليه بعض الطبيعة القضائية انطلاقاً من طبيعة عمل المحكم التي تتماثل مع عمل القاضي، بينما ذهب البعض إلى تبني الطبيعة العقدية استناداً إلى أن أساس التحكيم هو اتفاق الأطراف، بينما ذهب الرأي الراجح إلى اعتبار التحكيم ليس اتفاقاً محض ولا قضاء محض فهو في أوله اتفاق و في وسطه إجراء وفي آخره حكم.

إلا أنه كما ذكرنا سابقاً أنه يعتبر اتفاق التحكيم صحيح متى توافرت أركانه و الشروط التي تطلبها القانون لإبرام التصرفات القانونية، و بتحقق هذه الأركان و الشروط في اتفاق التحكيم، فإنه يترتب آثاره القانونية¹ حيث بحجب قضاء الدولة عن الفصل في موضوع النزاع بين الطرفين، و يخول سلطة الفصل إلى المحكمين ويرتب آثاره الموضوعية تتمثل في اكتساب اتفاق التحكيم لقوة ملزمة توجب عرض النزاع على التحكيم و لا يملك احد الأطراف الاتفاق التخلي عنه و أن يعطله بإرادته المنفردة و الإجازة للطرف الآخر رفع دعوى ضده لتنفيذ اتفاق التحكيم، كما اعترفت معظم التشريعات التحكيم بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، ويرتب اتفاق التحكيم كذلك آثار إجرائية وهي الأثر المانع و الذي بمقتضاه تمتنع المحاكم الدولة من نظر اي نزاع يوجد بشأنه اتفاق التحكيم.

أما الأثر الإجرائي الآخر هو مبدأ الاختصاص بالاختصاص، أي تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه.

و في الأخير يمكن القول أن لجوء الأطراف للتحكيم يأتي كنتيجة للمزايا التي يتمتع بها التحكيم، و خاصة السرعة في الفصل في النزاع الناشئ بين أطراف العلاقة القانونية العقدية أو غير العقدية، و يعتبر حكم التحكيم بمثابة النتيجة التي تتوصل إليها هيئة التحكيم بعد النظر في الدفوع، و طلبات الخصوم، و عقد جلسات استماع و مرافعة و سماع شهادة الشهود و الخبراء و يأتي الحكم كنتيجة لاقتناع الهيئة بالأدلة المقدمة من الخصوم.

ولإصدار حكم التحكيم يجب أن تتبع الهيئة مجموعة من الإجراءات، و تلتزم بالميعاد المحدد لها، كما يمكن لهيئة التحكيم أن تصدر أحكام جزئية أو أحكام أولية قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة.

و بصور حكم التحكيم لا بد من تنفيذه وإلا فإنه لا جدوى من التحكيم طالما أن الأحكام التي تصدر عنه لا تجد طريقها لنفاذ ولا تحوز حجية الشيء المقضي، و لهذا كان

1. لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 69.

لزاما على مختلف التشريعات الاعتراف بأحكام التحكيم و تقبل تنفيذها طالما سمحت بالتحكيم كوسيلة لفض المنازعات.

مما سبق يمكن القول أنه تكمن أهمية دور اتفاق التحكيم في تسوية منازعات التجارة الدولية، في كونه يقوم على الاتفاق بإرادة الأطراف، و هذا الاتفاق هو المهيمن عليه و يتمتع هذا الأخير بخصوصيات كونه يرد على ممارسته وظيفة قضائية و يتجسد هذا عند البحث في النظام القانوني لاتفاق التحكيم لتحديد معالمه الأساسية و لوضع الصورة واضحة لمن يقوم بإرادة اتفاق التحكيم لكي لا يتعرض للبطلان.

و لما لاقاه التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات بعيدا عن أروقة المحاكم التي يحكمها التنظيم القضائي الخاص بكل دولة، فقد سعت العديد من المنظمات الدولية إلى محاولة وضع تنظيم قانوني للتحكيم من خلال إبرام العديد من المعاهدات و الاتفاقيات الدولية تعالج كافة المسائل المتعلقة بالتحكيم و إصدار قوانين نموذجية، و إنشاء مراكز و هيئات دائمة للتحكيم، و هو ما ألقى بضلاله على مختلف الدول التي سارعت إلى الاعتراف بالتحكيم كوسيلة بديلة عن قضاء الدولة لتسوية المنازعات، و إصدار تشريعات جديدة تنظم مختلف المسائل المتعلقة بالتحكيم¹.

و نتيجة لهذا كان الدافع و المبرر إلى دراسة موضوع دور اتفاق التحكيم في تسوية المنازعات التجارية، هو أنه ما نلاحظه في الوقت الراهن لا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط التحكيم، و بالتالي جاءت دراستنا لهذا الموضوع من أجل فهم أسباب و دوافع ذلك.

و من هذا يطرح موضوع بحثنا عدة إشكاليات تحتاج إلى البحث و الإجابة عنها و تتمثل في البحث عن مفهوم اتفاق التحكيم:

ما مفهوم اتفاق التحكيم؟ و ما هو النظام القانوني لاتفاق التحكيم؟

و لدراسة هذا الموضوع استخدمت منهجين، حيث استعملنا المنهج الوصفي الذي اعتمدنا فيه على تفسير و وصف اتفاق التحكيم ، فالاتفاق على التحكيم يجعل الخصوم يطرحون نزاعاتهم على أشخاص محل ثقة بدلا من طرحها على المحاكم المختصة و خاصة لمن لا يرغب في علانية الجلسات و أيضا اقتصادا للوقت و المصاريف القضائية.

أما الثاني هو المنهج التحليلي الذي استخدمناه من خلال تحليل مختلف أحكام و قواعد التحكيم التجاري التي نظمها المشرع الجزائري، و مختلف القوانين الوضعية الأخرى، كون هذه الدراسة لا يمكن أن تقتصر على نظام قانوني معين أو على القانون

1. لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 8.

الجزائري فقط، بل وجب الاستعانة بخبرة القوانين الوضعية و الاسترشاد بأهم القوانين الأجنبية التي تناولت هذا الموضوع.

و سنجيب على هذه التساؤلات في موضوعنا الذي ارتأينا تقسيمه إلى فصلين وهما :

الفصل الأول : مفهوم اتفاق التحكيم

المبحث الأول : تعريف اتفاق التحكيم

المبحث الثاني : تشكيل هيئة التحكيم

الفصل الثاني : النظام القانوني لاتفاق التحكيم

المبحث الأول : الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم

المبحث الثاني : آثار اتفاق التحكيم

المبحث الثالث : صدور حكم التحكيم

الفصل الأول

إن التحكيم يشكل عدالة خاصة موضوعة من قبل أطراف النزاع خارج الإطار الإلزامي لقضاء الدولة، ولم يعد خافيا أن التحكيم قد أضحي طريقة مألوفة، ومرغوبة لفض المنازعات و التي تنشأ في الغالب عن العلاقات التعاقدية، و ذلك عوضا اللجوء إلى القضاء، بل أصبح التحكيم أكثر ضرورة في مجال علاقات التجارة الدولية.

وبما أن إرادة الأطراف هي جوهر التحكيم فهذه الإرادة تحدد مساره، و تهيمن عليه منذ بدايته بالاتفاق على التحكيم، أي لا يعرض النزاع على المحكمين إلا باتفاق ذوي الشأن اتفاقا واضحا على الفصل فيه بطريقة التحكيم، فتوافق إرادة الطرفين هو أساس التحكيم و مصدر سلطة المحكمين.

ومن هذا التحديد لمعنى التحكيم يبدوا جليا أن جوهر التحكيم هو اتفاق الأطراف الراغبين في التحكيم ، فهو و إن كان نظاما قانونيا له هياكله، و إجراءاته، و قواعده التي حددها القانون، إلا أنه بالأساس نظام اتفاقي أساسه إرادة الأطراف على اتخاذه سبيلا لفض المنازعات التي تثور بينهم، فهذا الاتفاق هو الذي يقرر مبدأ اللجوء للتحكيم، و يحدد إجراءاته، و موضوعه و كيفية تشكيل هيئة التحكيم³.

و اتفاق التحكيم هو نقطة البداية في نظام التحكيم، و قد اهتم الفقه اهتماما كبيرا باتفاق التحكيم، و الحكمة في ذلك ترجع إلى أن هذا الاتفاق هو جوهر التحكيم و حيز زاويته فلا يعرض أي نزاع على محكمين إلا باتفاق ذوي الشأن اتفاقا صريحا على الفصل فيه بطريق التحكيم⁴.

و اتفاق التحكيم هو تصرف قانوني بالمعنى الفني فلا وجود له إلا بتوفير الأركان الأساسية و اللازمة لأي تصرف قانوني، و موضوعه الذي ينصب عليه و الآثار التي يترتبها، وللتعرف على مفهوم اتفاق التحكيم قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، حيث سنتناول في المبحث الأول تعريف اتفاق التحكيم، ثم نعرض تشكيل هيئة التحكيم.

المبحث الأول: تعريف اتفاق التحكيم

يعتبر التحكيم نظام قضائي اتفاقي ، يختار فيه الأطراف قضاتهم، و يعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي تنشأ بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية، و التي يجوز تسويتها بطريق التحكيم.

إن المطلع على مختلف التشريعات التحكيم الحديثة يدرك أنها تتشابه فيما بينها بشأن تعريف اتفاق التحكيم، و قد يرجع هذا التشابه إلى كون أن مختلف التشريعات قد استمدت قواعدها من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري بشأن التحكيم لعام 1985 حيث عرف التحكيم في الفقرة الأولى من المادة السابعة بأنه : " اتفاق بين الطرفين

³. لزه بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ص 47.
⁴. عبد الباسط عبد الواسع، النظام القانوني لاتفاقية التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2013، ص 51.

على أن يحيل إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية¹ "

المطلب الأول: التعريف باتفاق التحكيم

يشمل تعبير "اتفاق التحكيم" صورتين التقليديتين المعروفتين و هما : مشاركة التحكيم ، و شرط التحكيم وقد تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات المستقبلية والقائمة².

المتأمل في قانون التحكيم المصري الحالي رقم 27 لسنة 1994 يدرك مدى تأثير المشرع المصري بالتعريف السابق ، فقد عرف اتفاق التحكيم في المادة (1/10) بأنه : " اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو التي يمكن أن تنشأ بشأن علاقة بينهما عقدية كانت أو غير عقدية "

و اتفاق التحكيم هو الذي يتفق بمقتضاه الفرقان على حل النزاع الناشئ أو المحتمل نشوئه بواسطة التحكيم، و يمنح المحكم سلطة الفصل فيه بقرار ملزم ، و يجعل محاكم الدولة غير مختصة للنظر فيه³.

إذ يعرف اتفاق التحكيم بصفة عامة الاتفاق الذي بموجبه يعرض النزاع على هيئة تحكيم معينة للفصل فيه بحكم ملزم لأطراف النزاع.

أما المادة 7 من قانون الأونسترال لسنة 1985 فقد عرفت اتفاق التحكيم المشرع المغربي في الفصل 307 عرف اتفاق أو شرط التحكيم بما يلي : " اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة، تعاقدية أو غير تعاقدية "

أما المشرع الجزائري فلم يضع تعريفا محددًا لاتفاق التحكيم بل ميز بين شرط التحكيم و مشاركته كوسيلة لاتفاق الأطراف على سلوك طريق التحكيم لتسوية ما ثار أو قد يثور بينهم من نزاع بشأن تنفيذ عقد أو اتفاق ما.

فقد عرف شرط التحكيم في المادة 1007 في الباب الثاني من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09 لسنة 2008 المؤرخ في 25 فبراير 2008 و الذي دخل حيز النفاذ في 25 أبريل 2009 بأنه : " الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم "

¹ . لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 48.

² . مناني فراح، المرجع السابق، ص 102.

³ . عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 68.

و عرف اتفاق التحكيم في المادة 1011 من ذات القانون بأنه : " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم "

و يتضح لنا من نص المادة السالفة أن المشرع الجزائري قد وضع تعريفا لمشاركة التحكيم و ليس لاتفاق التحكيم، و من هنا نرى ضرورة تدخل المشرع الجزائري لتصحيح الخطأ الذي وقع فيه، و ذلك باستبدال لفظ " اتفاق التحكيم " الوارد في نص المادة السالفة الذكر بلفظ " مشاركة التحكيم " .

كما نرى ضرورة وضع تعريف جامع لاتفاق التحكيم ، و نقترح في ذلك النص التالي " اتفاق التحكيم هو تراضي أطراف علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية على اختيار التحكيم كوسيلة لفض ما نشأ أو قد ينشأ من منازعات بشأن هاته العلاقة "

و يظهر جليا من التعاريف السابقة أن اتفاق التحكيم يرتكز على عدة أمور تبرز جوهره :

أولاً: أنه تراضي و تلاقي إرادتي طرفي علاقة قانونية معينة على اتخاذ التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ عن تلك العلاقة أيا كان أساس تلك العلاقة عقدية أو غير عقدية.

ثانياً: تخويل المحكمين أو هيئة التحكيم سلطة الفصل في كل أو بعض المنازعات الناشئة عن هذه العلاقة، و الغالب عملا أن تتحدد المسألة محل التحكيم في الاتفاق.

ثالثاً: أن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قد يكون سابقا على نشوء النزاع بين الطرفين و هو ما يسمى " شرط التحكيم " و قد يكون لاحقا لنشوء النزاع و هو ما يسمى " مشاركة التحكيم " .

المطلب الثاني: صور اتفاق التحكيم

سبقت الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم هو لب أو جوهر عملية التحكيم فهو الذي ينشئها و يرسم خطاها ويحدد نهايتها.

و لهذا الاتفاق صور يتجسد فيها، إذ يمكن أن يرد الاتفاق على التحكيم في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية سواء كان عقدا مدنيا أو تجاريا أو إداريا أو دوليا و يتفق الأطراف على ما ينشأ أو سينشأ في المستقبل من نزاع حول تفسير أو تنفيذ العقد يحل بواسطة المحكمين و يسمى " شرط التحكيم " و قد يتفق الطرفان على التحكيم بعد قيام النزاع بينهم يبرمون اتفاقا خاصا لعرض النزاع معين على محكمين و يسمى "مشاركة التحكيم"¹.

¹ محمدى فتح الله حسين، شرح قانون التحكيم و التحكيم الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 122.

يقصد بشرط التحكيم اتفاق الأطراف على إحالة ما ينشأ من نزاع حول تفسير العقد أو تنفيذه يفصل فيه بواسطة التحكيم، و قد يرد الشرط في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية.

فالمميز لشرط التحكيم هو وروده قبل حدوث النزاع و يرد شرط التحكيم في الغالب في صلب العقد الأصلي سواءا كان عقدا مدنيا أم عقدا تجاريا، و يستوي أن يرد هذا الشرط في أي مكان من العقد سواءا ورد في بدايته أو في نهايته، إلا أن ذلك ليس بلازم، إذ قد يكون شرط التحكيم قائما بذاته و منفصلا عن العقد المبرم بين أطرافه مصدر الرابطة القانونية، و لا يؤثر ذلك في وصفه بأنه شرط للتحكيم ما دام الاتفاق عليه قد تم قبل نشوء النزاع بالفعل بين الأطراف المحكمين¹.

عرف شرط التحكيم في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09 لسنة 2008 بأنه : " الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم. "

أي لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم و كذلك لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.

أما المشرع المصري فلم يضع تعريفا لشرط التحكيم ، وإنما أورد ما يدل عليه و ذلك بنص الفقرة الثانية من المادة العاشرة بقوله : " يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو أورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين "

ومن التعاريف السابقة يمكننا أن نستنتج ما يلي :

1. لكي نكون بصدد شرط التحكيم يجب أن يكون اتفاق الأطراف سابقا على نشوء النزاع، و هذا أمر جوهري يمثل الفارق الأساسي بين شرط و مشاركة التحكيم و حتى نكون بصدد شرط التحكيم يجب أن يكون الأطراف قد اتفقوا سالفًا على تسوية ما يثور بينهم من منازعات عن طريق التحكيم.
2. لشرط التحكيم صورتين الأولى أن يندرج في صلب العقد أو المعاملة الأصلية بين الأطراف، و يكون شرطًا ضمن باقي شروط أو بنود العقد، فقد يكون مادة إذا صيغ العقد في صورة مواد، و قد يكون بندا إذا صيغ العقد في صورة بنود، فعادة ما يرد هذا الشرط أو البند في مؤخرة المحرر أو الورقة المدون بها أحكام العقد.

1. عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 66، 67.

3. قد يرد شرط التحكيم في اتفاق مستقل عن العقد أو المعاملة القانونية الأصلية، و هذا ما أشارت إليه الفقرة 01 من المادة 07 من القانون النموذجي لليونيسترال بشأن التحكيم ، حيث نصت : " و يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في عقد أو في صورة اتفاقا مستقلا¹ ."

ومما سبق يمكن القول بأن شرط التحكيم هو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة على إحالة ما قد يثور بينهم من منازعات بشأن هذه العلاقة إلى التحكيم، و قد يرد شرط التحكيم في صورة بند من بنود العقد الأصلي ، أو في صورة اتفاق مستقل عن العقد الأصلي² .

ثانيا : مشاركة التحكيم.

مشاركة التحكيم هي اتفاق بين الأطراف بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بينهم يلتزمون بمقتضاه بعرض هذا النزاع على المحكم أو المحكمين المختارين من قبلهم، بدلا من عرض تلك المنازعة على المحكمة المختصة أصلا بنظره، و هي الصورة الأسبق ظهورا و اعترافا بها³ .

و كذلك يقصد بمشاركة التحكيم هي الاتفاق الذي بين الطرفين بعد قيام النزاع بينهما لعرض هذا النزاع على التحكيم، و تعرف بأنها العقد الذي لا يتضمن اتفاقا طرفيه على خضوع نزاع معين نشأ فعلا للتحكيم.

وتجدر الإشارة إلى أن إبرام مشاركة التحكيم بعد قيام النزاع لا يستلزم بالضرورة أن يكون قد سبقه شرط التحكيم بل يتصور اتفاق الأطراف على مبدأ التحكيم ذاته بعد قيام النزاع.

وقد يأتي هذا الاتفاق حتى بعد الالتجاء للقضاء لحل نزاعهم متى تبين لهم بعد إقامة الدعوى أن الدعوى أن مصالحهم تتفق مع ترك النزاع القضائي و إبرام اتفاق التحكيم⁴ و تتميز مشاركة التحكيم بأنها تتضمن الكثير من التفاصيل التي لا يمكن أن يشتمل عليها شرط التحكيم الذي لا يعدو أن يكون مبدأ من بنود العقد.

تناول المشرع المصري مشاركة التحكيم في الفقرة الثانية من المادة 10 من قانون التحكيم حيث نص على ما يلي : - - - كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، و لو كانت أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، أما المشرع الجزائري فقد عرف مشاركة التحكيم من خلال تعريف اتفاق التحكيم حيث نص في المادة 1011 من قانون الإجراءات

¹ لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص 53.

² محمد علي محمد بني مقداد، قانون التحكيم التجاري الدولي، دار اليازوري، عمان، 2011، ص 71.

³ عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 63.

⁴ محمد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري و تدخلات القضاء الوطني، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2014، ص

المدنية و الإدارية علة أن " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم¹.

وقد سبق و أن أشرنا إلى أن هذا التعريف هو تعريف لمشاركة التحكيم و ليس لاتفاق التحكيم.

و يتضح مما سبق أن مشاركة التحكيم هي اتفاق أطراف علاقة قانونية ما على تسوية ما ثار بينهم من منازعات بشأن هذه العلاقة بواسطة التحكيم، فلا يتم لاتفاق على مشاركة التحكيم إلا بعد نشوء النزاع، و وقوع الخلاف بين أطراف العلاقة القانونية، و لا يتم اللجوء إلى مشاركة التحكيم إلا إذا خلا العقد من شرط أو بند التحكيم.

و تقترب مشاركة التحكيم من عريضة الدعوى حيث يجب أن تتضمن نقاط الخلاف بين الأطراف، حيث نص المشرع المصري على ضرورة تحديد المسائل التي يشملها التحكيم، و إلا كان لاتفاق بطلا. وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفترة الثانية من المادة 1012². حيث أوجب تحديد موضوع النزاع و أسماء المحكمين و كيفية تعيينهم في مشاركة التحكيم و إلا كانت باطلة، و هذا عكس شرط التحكيم الذي لا يحدد موضوع النزاع كونه لم ينشأ بعد.

وتحرر مشاركة التحكيم في مستند مستقل عن العقد الأصلي حيث أنها تبرم بين الأطراف بعد نشوب النزاع، و ليس بعد إبرام العقد الأصلي الذي يقوم بشأنه النزاع.

ثالثا: شرط التحكيم بالإحالة

يعتبر شرط التحكيم بالإحالة من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم، و الفرض في هذه الصورة أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطا صريحا للتحكيم، بل اكتفى الأطراف بالإشارة أو الإحالة إلى عقد سابق بينهم أو إلى عقد نموذجي وذلك لتكملة النقص أو سد الثغرات التي تعترى عقدهم، و كان ذلك العقد النمطي من بين بنوده بندا أو شرطا يقضي بتسوية المنازعات التي تنشأ عنه بواسطة التحكيم، و في هذه الحالة ينسحب أثر هذا البند أو الشرط إلى العقد لأصلي ويلتزم الأطراف به، بحيث يتم تسوية المنازعات الناشئة عن العقد الذي تضمن الإحالة عن طريق التحكيم.

وقد حكم القضاء الفرنسي بصحة شرط التحكيم بالإحالة، و الوارد في عقد المقولة من باطن إلى العقد الأصلي بين المقاول الرئيسي و المقاول من الباطن⁵، كما قضى بصحة

¹ لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 54.

² نص المشرع المصري في الفقرة 02 من المادة 10 على أنه: " و في هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم و إلا كان لاتفاق باطلا." و نص المشرع الجزائري في المادة 1012 على أنه: " يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع."

⁵ حكم استئناف باريس في 20 يناير 1988، مجلة التحكيم، 1990، ص 651.

شرط التحكيم بالإحالة في سند الشحن و عقد النقل البحري، إلى شرط التحكيم الوارد في عقد إيجار السفينة¹.

المطلب الثالث: شروط اتفاق التحكيم

سبقت الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم أيًا كانت صورته يعد عقدا من العقود، ومن اللازم لوجود أي عقد أن يكون مستكملًا² أي يجب أن يتوفر في اتفاق التحكيم جميع الشروط الموضوعية و الشكلية التي أوجب المشرع مراعاتها عند إبرام أي تصرف قانوني، و عليه فسوف نتناول هذه الشروط حتى يكون صحيحا و ينتج آثاره في هذا المطلب.

الشروط الموضوعية:

تتمثل هذه الشروط في ضرورة توافر الأهلية و التراضي الصحيح، و أن يرد هذا التراضي على محل ممكن و مشروع، و أن يستند إلى سبب مشروع، شأنه في ذلك شأن أي تصرف قانوني وسوف نفضل في ذلك فيما يلي:

أولاً: الأهلية

لا شك أن أطراف اتفاق التحكيم لا بد أن تتوافر لديهم أهلية التعاقد، و إن هذه الأهلية تتوافر في الشخص الطبيعي أو الشخص الاعتيادي، الذي يملك التصرف في حقوقه كالشركات المدنية أو التجارية عامة و خاصة³.

و الأهلية هنا تعني صلاحية طرفي النزاع في إحالة هذا النزاع للتحكيم، لذلك يكون الفرد باعتباره شخص قانوني يستطيع اكتساب الحقوق و تحمل الواجبات و الالتزامات و هذه الأهلية تنظم بقانون لكي تبين أهلية الوجوب و أهلية الأداء، و بما أن الإرادة هي التي تحكم التصرفات القانونية إذن لا بد أن تكون هذه الإرادة مدركة و مميزة⁴.

و يلتزم أن تتوافر الأهلية لدى الأطراف، وهي أهلية التصرف و لذلك نصت المادة 11 من القانون المصري على أنه: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه. . ."

فالمشرع المصري أعطى كل شخص طبيعي يتمتع بأهلية التصرف وفقا لأحكام القانون المدني حرية الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، أما فيما يخص الأشخاص الاعتبارية بجميع

¹ قرار محكمة النقض الفرنسية 02 مارس 1992، مجلة التحكيم، ص 650.

² عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 101.

³ متناهي فراح، المرجع السابق، ص 101.

⁴ محمد حسن جاسم المعماري، المرجع السابق، ص 54.

أنواعها حق اللجوء إلى التحكيم متى تم التحقق من اكتساب و استنفاء الشروط التي يستلزمها القانون للإقرار بالشخصية المعنوية¹.

أما المشرع الجزائري فقد استلزم أن يكون التراضي في اتفاق التحكيم صادرا عن أطراف أهل للتصرف حيث تنص المادة 1006 على أنه: " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها "

و هذه المادة تقصر حق اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للأشخاص الطبيعيين في من تتوفر لهم الأهلية القانونية لمباشرة التصرفات القانونية وفقا لنصوص القانون المدني الجزائري².

حيث يتضح ان اتفاق التحكيم يقع باطلا إذا قام به شخص لا يملك حق التصرف في حقوقه، فمن لم يبلغ سن الرشد الذي حدده المشرع الجزائري 19 سنة لا يجوز له إبرام اتفاق التحكيم، و كذلك المحجور عليه و المعتوه و السفیه، لا يمكنه الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم و كذلك المحروم من حقوقه المدنية و من أشهر إفلاسه لا يمكنه كذلك الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض ما قد يثور من نزاع بينه وبين خصمه.

و بالنسبة للأشخاص المعنوية فقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 1006 على ما يلي: " لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية. "

الحكمة من تطلب الأهلية في اتفاق التحكيم:

- إن التحكيم قد يترتب عليه فقدان الحق إذا قضى المحكمون لغير مصلحة أحد الخصوم، أو قد يتضمن على الأقل تعديلا في نطاق مزايا هذا الحق، ذلك أن المحكمين رغم ما يكونوا عليه من خبرة و كفاءة فقد لا تكون لديهم القدرة القضاء في دراسة القضايا و تحقيقها و الوقوف على مواطن النزاع فيها و تكييفها فنيا صحيحا و من ثم قد تتعرض هذه الحقوق للضياع لهذا السبب.
- إن اتفاق التحكيم يتضمن تنازلا عن بعض الحقوق الإجرائية، كالتنازل عن حق رفع الدعوى أمام القضاء، كما يترتب أيضا على اتفاق التحكيم منع القضاء من نظر المنازعة التي اتفق على التحكيم فيها، و هو ما يعني التخلي عن الضمانات التي يوفرها القضاء.
- إن عدم توفر الأهلية لدى الأطراف اتفاق التحكيم، تجعل حكم التحكيم محلا لرفع دعوى البطلان لأنه بني على اتفاق باطل³.

¹ لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 58.

² أنظر المادة 40، 41 من الأمر رقم 59/75 المتضمن القانون المدني.

³ عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 100.

يعد التراضي ركناً أساسياً لقيام أي عقد، و يتكون التراضي من إرادتين على الأقل فإذا تلاقت إرادة المتعاقدين، بتبادل الإيجاب والقبول، فإن التراضي يكون قد تم و يكون العقد قد انعقد إذا ما توافر الركنان الآخران¹، فإذا انتفت هذه الإرادة كان العقد باطلاً، أما إذا كانت الإرادة صادرة ممن يملكها و لكنها معيبة بعيب من عيوب الرضا، كالغلط أو التدليس أو الإكراه فإن العقد يكون قابلاً للبطلان وفقاً لقواعد القانون المدني².

و اتفاق التحكيم شأنه في ذلك شأن العقود الأخرى يجب أن يتوافر فيه التراضي، و بما أنه يعتبر اتفاق التحكيم عقداً من عقود الخاص، يسوده مبدأ سلطان الإرادة، و تسري عليه القواعد العامة في العقود³.

و بناءً على ذلك فلا بد لقيام اتفاق التحكيم من وجود الرضا و إلا كان الاتفاق غير قائماً، فيجب أن تتطابق إرادتي الطرفين و تتجه إلى ترتيب آثار قانونية تبعاً لمضمون ما اتفقا عليه، فلا بد من إيجاب و قبول يتطابقان على اختيار التحكيم اختياراً كوسيلة لحسم المنازعات التي تثور بشأن العلاقة الأصلية كبديل عن قضاء الدولة⁴.

توافر التراضي في اتفاق التحكيم :

يقضي ذلك دراسة وجود الإرادة و التعبير عنها ثم توافق الإرادتين

وجود الإرادة: يقصد بالإرادة أن يعي الشخص أمر التعاقد الذي هو قادم عليه و ينتهي إلى أن يقصده، و لكي يوجد التراضي في اتفاق التحكيم لا بد من وجود إرادة صحيحة لدى كل من طرفي العقد و اتجاه هذه الإرادة إلى اختيار التحكيم، و أن تقصد إحداث أثر قانوني و يقصد صاحبها الارتباط بأمر معين على سبيل الجبر و الإلزام الذي تكفله السلطة العامة⁵.

التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم: الإرادة مسألة نفسية، فوجود الإرادة لا يكفي لتوافر التراضي في اتفاق التحكيم، إذ أنه لا بد أن تخرج من نفس صاحبها إلى العالم الخارجي أما إذا وجدت الإرادة و بقيت كامنة في نفس صاحبها و لم يعبر عنها فلا يعتد بها، أي أن الإرادة الباطنة يجب أن تظهر إلى العالم الخارجي بصورة مؤكدة و جدية و يحصل هذا بطريق التعبير عن الإرادة.

توافق الإرادتين: لا يكفي لانعقاد اتفاق التحكيم وجود الإرادة و التعبير عنها، بل يجب فوق ذلك أن يعلن كل طرف تعبيره إلى الطرف الآخر لكي يعلم به و يدركه.

¹ مناني فراح، المرجع السابق، ص 108.

² عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 84، 85.

³ محمد حسن المعماري، المرجع السابق، ص 56.

⁴ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، ط 1، سنة 1997، ص 123.

⁵ نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 43.

و توافق الإرادتين يقصد به اقتران الإيجاب بقبول مطابق له، فيلزم لإبرام اتفاق التحكيم أن يصدر تعبير عن الإرادة و يتمثل في الإيجاب و الذي يتضمن تصريحاً من أحد الأطراف بعرض النزاع على التحكيم، و يلزم أيضاً أن يصدر تعبير يقابله من المتعاقد الآخر و هو القبول و يجب أن يكون مطابقاً للإيجاب¹.

ثالثاً: المحل

يقصد بمحل اتفاق التحكيم، موضوع المنازعات التي يشملها اتفاق التحكيم، و التي ينص على حلها بطريق التحكيم².

نصت المادة 11 من قانون التحكيم المصري على أنه: " لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح " .

و قد نصت المادة 551 من القانون المدني المصري على أنه : " لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ، و لكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم " و ترتيباً على ذلك يمتنع الاتفاق على التحكيم في مسائل الأهلية أو صحة أو بطلان الزواج أو إثبات النسب . . . الخ

كما لا يجوز التحكيم في جريمة القتل أو السرقة أو اختلاس الأموال العامة أو جريمة إصدار شيك بدون رصيد، و يمتد الحظر بكل ما يتعلق بالنظام العام كالتحكيم بشأن علاقة غير مشروعة، أو قرض بفوائد روية أو تحديد أسعار تخضع للتسعير الجبري، أو عقد مقامرة، أو التحكيم بشأن منازعات العمل التي تخضع لقواعد أمر³.

وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 1006 التي نصت على أنه: " لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم. "

و انطلاقاً من هذا النص نجد أن المشرع الجزائري قد أخرج بعض المسائل من مجال التحكيم الداخلي، و هي المتعلقة بالنفقة و الإرث و الحقوق المتعلقة بالمسكن⁴، و كذلك المسائل المتعلقة بالنظام العام ، و حالة الأشخاص و أهليتهم و جسد بذلك الحل الكلاسيكي المعتمد في جل التشريعات الداخلية للدول رغم اختلافها في بعض المسائل.

1 . عبد الياسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 88، 87، 86، 89، 90.

2 . محمد حسن جاسم المعماري، المرجع السابق، ص 58.

3 . لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص 62.

4 . عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 28.

و فكرة النظام العام فكرة مرنة ليس لها ضابط محدد ، فهي فكرة معيارية نسبية تختلف من دولة إلى دولة، بل من زمن إلى زمن داخل تلك الدولة، فكل دولة لها الحرية وفقا لسياستها الاقتصادية والاجتماعية أن تحدد المسائل التي يمكن حلها عن طريق التحكيم¹.

شروط المحل في اتفاق التحكيم : يشترط في محل العقد بصفة عامة ، فضلا عن وجوده أن يكون معلوما و مقدورا على تسليمه، و أن يكون مشروعا و بتطبيق شروط محل العقد على اتفاق التحكيمو المتمثل بالخلاف أو النزاع الذي نشأ أو قد ينشأ بين أطرافه سيتم لوجود المنازعة و تحديدها، و أن تكون المنازعة مما يجوز فيها التحكيم، أما بقية الشروط فلا تثير أي إشكالية حيث تحكمها القواعد العامة في القانون المدني.

1. وجود منازعة و تحديدها أي كي ينعقد اتفاق التحكيم أن تكون المنازعة المراد عرضها على التحكيم موجودة بالفعل، بمعنى لا يصح أن يكون الشيء المعدوم محلا للعقد².

2. أن تكون المنازعة مما يجوز فيها التحكيم إذ يشترط في محل اتفاق التحكيم أن يكون مما يجوز فيه التحكيم، فعندما أجاز المشرع حق اللجوء إلى التحكيم لم يعط حق اللجوء إليه في كل المنازعات و إنما اعترف بهذا الحق في منازعات معينة فقط.

رابعا : سبب

من الدوافع الرئيسية التي تجعل الأطراف تلجأ إلى التحكيم ، هو إبعاد ما ينشأ بينهم من نزاعات و عدم طرحها أمام القضاء الوطني، و أن هذا السبب لا يتعارض مع النظام العام و بالتالي يكون مشروعا.

ولا نتصور عدم مشروعيته إلا إذا ثبت الهدف من اتفاق التحكيم هو التهرب من أحكام القانون الذي كان يتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء.

و بما أن أمر النزاع سوف يفوض المحكمين، و يستبعد دور القضاء في موضوع المنازعة فإن هذا الالتجاء يجب أن لا يكون المقصود منه التهرب من أحكام القضاء الذي سيتم تطبيقه لو طرح النزاع أمام القضاء، نظرا للقيود و الالتزامات التي يفرضها هذا القانون عند عرض النزاع عليه، و هو يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون و بذلك يكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف، أو حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق.

¹ . محمد حسن الجاسم المعماري، المرجع السابق، ص 60.

² . عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 112، 113.

الفصل الأول

مفهوم اتفاق التحكيم

إذن عندما يطرح موضوع النزاع على التحكيم لا بد من معرفة مدى مشروعية هذا السبب و ما هي الدوافع الحقيقية وراء التجاء أطراف الخصومة إلى عرض منازعاتهم أمام التحكيم، و من ثم نستطيع الحكم على مدى صحة سبب هذا الاتفاق¹.

و لا يختلط السبب غير المشروع بالمحل غير الممكن أو غير مشروع، فالأول يقتضي البحث عن إجابة السؤال، لماذا لجأ الأطراف للتحكيم؟ أما الثاني فيتعلق بتحديد المراد تسويته بطريق التحكيم، و هل هو مشروع أو لا²؟

الشروط الشكلية:

بينما فيما سبق الشروط الموضوعية التي يجب أن تتوافر في اتفاق التحكيم، لكي يكون صالحا لعرضه أمام التحكيم، و الآن علينا أن نعرف ما هي الشروط الشكلية التي يتطلب اتفاق التحكيم توافرها لكي نكون أمام اتفاق أخذ صورته الصحيحة و قابل عرضه للتحكيم، و الشروط الشكلية التي يستلزم وجودها، لا تختلف عن الشروط الشكلية في العقود العادية.

حيث يتضح لنا مما سبق أن اتفاق التحكيم اتفاق شكلي بمعنى أن الكتابة ركن من أركانه، حيث أن نقطة البداية في نظام التحكيم هي ضرورة التأكد من وجود اتفاق التحكيم مكتوب نظرا للآثار التي تترتب على هذا الاتفاق، و التي من أهمها منع القضاء الدولة من نظر المنازعة محل التحكيم³.

أجمعت مختلف التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، حيث نصت المادة 12 من قانون التحكيم المصري على وجوب أن يكون لاتفاق التحكيم مكتوبا، و إلا كان باطلا، و ورود الاتفاق كشرط في العقد الأصلي أو الاتفاق عليه بوثيقة مستقلة، فإذا كانت هذه الوثيقة تنص على التحكيم فيما قد يثور من منازعات بمناسبة العقد الأصلي، لزم أن يتضمن هذا العقد الإشارة إلى الوثيقة و يكون الأمر متعلقا بشرط التحكيم⁴.

أما المشاركة فهي محرر يتم الاتفاق عليه بعد قيام النزاع و يجب في جميع الأحوال التوقيع على اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشاركة و لا يلزم أن يوقع الأطراف توقيعاً خاصاً بجوار شرط التحكيم، إذا ورد بنود العقد الأصلي و يكفي توقيع العقد إذ ينصرف هذا التوقيع إلى كافة بنود العقد.

1. محمد حسن جاسم المعماري، المرجع السابق، ص 63.

2. لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص 65.

3. عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 139.

4. لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص 65.

و تتحقق الكتابة وفقا لنص القانون إذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو برقيات متبادلة بين الطرفين، و يمتد ذلك إلى كل وسائل الاتصال المكتوبة نو لكن يجب تحقق تبادل الإيجاب و القبول بشأن التحكيم¹ و الصيغة التي يكتب فيها شرط التحكيم غير معينة بالذات، إنما يجب أن تكون واضحة و محددة المعالم، كي لا تثير تفسيرات مختلفة لدى الأطراف المتنازعة، أو لدى المحكمين².

و إذا كان الاتفاق على التحكيم يتم بواسطة وكيل فيلزم أن تكون الوكالة مكتوبة إعمالا لنص المادة 700 من القانون المدني المصري و التي تستلزم أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة، و لا بد من وكالة خاصة بالنسبة للتحكيم وفقا لنص المادة 702 فقرة الأولى من نفس القانون السابق حيث لا تخول الوكالة العامة الوكيل سلطة إبرام اتفاق التحكيم أو وضع شرط تحكيم في العقد الذي تمت الوكالة لإبرامه.

فقد استلزم المشرع الجزائري الكتابة لوجود شرط التحكيم و إلا كان باطلا و يستوي في ذلك أن ترد كتابة شرط التحكيم في العقد الأصلي أو في وثيقة التي يستند إليها، أي الاتفاق اللاحق المبرم في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي و ذلك وفقا لنص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري و التي تنص على أنه : " يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي يستند إليها "

كما اشترط المشرع الجزائري أن يتضمن شرط التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم و إلا كان باطلا³.

أما بالنسبة لمشاركة التحكيم فالكتابة شرط لوجودها و ليس شرط لإثباتها حيث نصت المادة 1012 من ق.إ.م الجزائري على أنه : " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابة، و يجب أن يتضمن اتفاقا التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع و أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم. "

و يتبين من هذا النص أن المشرع الجزائري يعتبر الكتابة شرطا لوجود مشاركة التحكيم و ليس شرطا لإثباتها، حيث يمكن إثباتها بمحضر يوقعه المحكم و الأطراف، كما يستلزم أن تتضمن مشاركة التحكيم موضوع النزاع و أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم، هذا في التحكيم الداخلي، أما بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فقط اشترط المشرع الجزائري أن يبرم اتفاق التحكيم كتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة، و تتحقق الكتابة وفقا لنص القانون إذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو برقيات متبادلة بين الطرفين

1. عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 141.

2. محمد حسن جاسم المعماري، المرجع السابق، ص 65.

3. الفقرة الثانية من المادة 1008 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

و يمتد ذلك إلى كل وسائل الاتصال المكتوبة والالكترونية و لكن يجب تحقق تبادل الإيجاب و القبول بشأن التحكيم¹.

و نلاحظ أن كلا من مشرع المصري و الجزائري لم يستلزم بيانات معينة في شرط و مشاركة التحكيم، فلا يوجد نصوص تحدد بيانات إلزامية إلا بالنسبة لمشاركة التحكيم بالنسبة لبيان وتحديد موضوع النزاع، إذ الفرض أن مشاركة التحكيم هي اتفاق لاحق على قيام النزاع مما يتحتم معه تحديد دقيق للمسائل محل النزاع و المراد طرحها على التحكيم، و يترتب البطلان على عدم تحديد موضوع النزاع، وقد زاد المشرع الجزائري على ذلك وجوب ذكر أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم².

المبحث الثاني: تشكيل هيئة التحكيم

لا ريب أن هيئة التحكيم يشوبها الكثير من الضوابط و الإجراءات لضمان حيادتها و نزاهتها، و جدية فصلها في النزاع بشكل يكرس لمبدأ العدالة في المجتمع³.

و يطلق مصطلح هيئة التحكيم على الهيئة المشكلة من محكم واحد أو أكثر للفصل في النزاع الذي أراد أطرافه تسويتها عن طريق التحكيم، فالتحكيم نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم بمقتضى اتفاق خاص مكتوب يتعهدون به إليهم تسوية منازعاتهم بحكم ملزم، و من هنا يبدوا جليا أن المحكمين و على خلاف قضاة محاكم الدولة يختاروهم الأطراف، ولا يفرضون عليهم بل أن هذا الاختيار ذاته هو مبلغ ثقتهم و أساس التزامهم بالحكم الذي يصدرونه⁴.

كما أن المحكم يجب أن تتوفر فيه بعض الشروط التي من شأنها أن تساعد في إتمام خصومة التحكيم، كما تترتب على عاتقه التزامات في مواجهة الخصوم من قبل المهمة الموكلة إليه أو في مقابل ذلك فإنه يتلقى مقابل أتعابه بعد الفصل في النزاع⁵.

و لهذا فإننا نقسم دراسة في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب تتناول في الأول طرق تشكيل هيئة التحكيم و في الثاني شروط الواجب توافرها في المحكم أما في الثالث التزاماته و مسؤوليته.

المطلب الأول: طرق تشكيل هيئة التحكيم.

الأصل أن يقوم الأطراف بتعيين المحكمين و هذا تجسيدا للطابع الاتفاقي للتحكيم خصوصا في التحكيم الحر، كما يمكن لهم اللجوء إلى أحد مراكز و مؤسسات التحكيم الدائمة مما

1. عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 141.

2. لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص 68.

3. محمد أحمد شحاتة، التحكيم في الفقه و القانون المقارن، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2010، ص 100.

4. مناني فراح، المرجع السابق، ص 125.

5. نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 129.

الفصل الأول

مفهوم اتفاق التحكيم

يستوجب في هذه الحالة احترام لوائح هذه المراكز في موضوع تشكيل هيئة التحكيم ، كما يمكن للقضاء التدخل لمساعدة الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم عند تقاعس أحدهما عن تعيين محكمه أو اختلافهما حول تعيين المحكم المرجح، و عليه فسوف نتعرض لمختلف طرق تشكيل هيئة التحكيم كما يلي¹ :

أولا : التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم

الأصل في التحكيم أن للأطراف مطلق الحرية في اختيار، و تعيين محكميهم، و ذلك لأن مبعث الاتفاق على التحكيم جاء من الثقة في حسن تقدير المحكم، و في حسن عدالته و اتفاق التحكيم هو دستور و أساس العملية التحكيمية و هو الذي يعطي أولوية للتحكيم.

و حرية الطرفين في اختيار هيئة التحكيم من الحقوق الأساسية لهما²، و هي مكفولة لهما قانونا سواء قبل بداية خصومة التحكيم، أي عند اختيار هيئة التحكيم ابتداء أو بداية خصومة التحكيم إذا ما حدث ما يستوجب انتهاء مهمة المحكم برده أو عزله أو تنحيته أو بأي سبب آخر.

وكذلك فمن الدوافع الرئيسية التي ترغب الأطراف في سلوك طريق التحكيم لفض ما يثور من نزاع فيما بينهما، هو أن نظام التحكيم يطلق إرادتهم في اختيار محكميهم و يعطيهم الحرية في كيفية تعيينهم، فهذه واحدة من الأسباب الرئيسية التي تدفع الأطراف إلى اللجوء إلى التحكيم، و التخلي عن القضاء، حيث أنه في القضاء لا يكون لإرادة الأطراف أي دور في عملية اختيار قضاتهم، و يحكم تعيين المحكم و تشكيل هيئة التحكيم مبدئين أساسيين:

أولهما: أن تكون إرادة الخصوم هي المرجع الأول في اختيار الهيئة، فإذا اتفق الأطراف على طريقة اختيار المحكمين، فإنه يجب الالتزام بما تم الاتفاق عليه.

ثانيهما: مراعاة المساواة بين طرفي النزاع من حيث اختيار المحكمين فلا يكون لأحدهما أفضلية على الآخر، بمعنى أنه لا يجوز أن يسند إلى أحدهما اختيار جميع المحكمين دون الآخر.

ويتم اختيار المحكمين من قبل الأطراف مباشرة، و الذين لهم الاتفاق على اختيار المحكمين و على كيفية ووقت اختيارهم، و الاتفاق على عدد المحكمين و هم إما أن يتفقوا على قيام محكم واحد بالتحكيم أو ثلاثة محكمين.

و التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم يكون إما عن طريق التحكيم الحر، أو بطريق التحكيم المؤسسي، و أساس التفرقة هو اتفاق التحكيم ذاته، فحيث يشير الاتفاق إلى تسوية النزاع

¹. لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص 90.

². محمد أحمد شحاتة، المرجع السابق، ص 100.

تحكيميا عن طريق تحكيم مؤسسة تحكيمية ما، نكون أمام تحكيم مؤسسي¹، و إلا كان التحكيم حرا فمعيار التفرقة إذا شكلي من حيث وجود مثل تلك الإشارة أو عدم وجودها في اتفاق التحكيم².

و للمزيد من الشرح سوف نوضح كيفية اختيار المحكم في التحكيم الحر وفي التحكيم المؤسسي.

اختيار المحكم في التحكيم الحر:

أن اختيار الأطراف لهيئة التحكيم بإرادتهم يشكل الطريقة الأساسية في هذا الاختيار فلأطراف في التحكيم الحر تعيين محكم واحد أو أكثر، و ذلك لأن كافة قواعد التحكيم لم تقيد الأطراف بل أطلقت لهم مجالا واسعا للحرية في الاتفاق على تحديد كيفية تشكيل هيئة التحكيم، و لم تضع عليهم قيودا، بل وضعت بعض الإرشادات التي تسهل اتفاقهم، و حسن اختيارهم، ولم تتدخل لفرض أي نوع من الإجراءات على الأطراف، إلا في حالة عدم توصلهم لاتفاق على عدد المحكمين، أو وقت تشكيل هيئة التحكيم، فتتولى جهة أو سلطة أخرى تشكيل هيئة التحكيم.

نصت المادة 15 من قانون التحكيم المصري: " تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة إذا تعدد المحكمون و يجب أن يكون عددهم وترا، و إلا كان باطلا "

بذلك نجد أن المشرع يقنن حق الأطراف في تشكيل الهيئة التحكيم، و حريتهم في اختيار محكميهم، و ما يؤكد أن جوهر التحكيم هو الإرادة، و الاتفاق فلا يتصور أن يفرض على الأطراف محكمين رغما عنهم و إلا بماذا يفترق التحكيم عن قضاء الدولة ؟

أما المشرع الجزائري فقد نص 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 و شروط عزلهم و استبدالهم. "

ولهذا يكون المشرع الجزائري قد أعطى للأطراف الحرية الكاملة في اختيار المحكم أو المحكمين الذين سيتوكل إليهم مهمة الفصل في النزاع، و يعد هذا تجسيدا للطابع الاتفاقي الذي يقوم عليه نظام التحكيم، حيث جعل إرادة الأطراف في مركز ريادي في ما يتعلق بتنظيم العملية التحكيمية.

1. محمد حسن جاسم المعماري، المرجع السابق، ص 41.

2. لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص 92.

و قد نص المشرع الجزائري في المادة 1017 من ق.إ.م.إ على أن يكون عدد المحكمين الذين تشكل منهم محكمة التحكيم وترا حيث نصت على أنه: "تتشكل محكمة التحكيم من محكم واحد أو عدة محكمين بعدد فردي¹."

تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم المؤسسي:

إن التحكيم المؤسسي هو منح المتخصصين مهمة الفصل في النزاع إلى مركز من مراكز التحكيم، و لا تختلف أنظمة و لوائح مؤسسات التحكيم عن بعضها اختلافا كبيرا في الإجراءات و الضوابط التي تطبقها لتعيين المحكمين سواء من قبل الأطراف، أو من قبل المراكز و الهيئات ذاتها، حيث أنها تعطي للأطراف حرية كاملة للاتفاق على اختيار المحكمين، و تحديد عددهم و لا تتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق.

و الجدير بالذكر أنه في حالة التجاء المحتكمين إلى أحد المؤسسات التحكيمية لا يكون من الضروري الاتفاق على كيفية اختيار المحكمين، ذلك أن القواعد المتبعة في تلك المؤسسة التحكيمية هي التي تعالج هذا الأمر وفقا لأهمية و طبيعة النزاع، و في بعض الأحيان يقتصر دور المركز، أو رئيسه على مهمة التشكيل فقط دون غيرها، و في حالات أخرى قد يضمن المحتكمين اتفاق رغبتهم في حل ما قد يثور بينهم من خلاف أو نزاع في إطار إحدى المنظمات التي تتولى تنظيم التحكيم في جميع مراحله.

ولكن ما يجب أن يتميز به اختيار المحكم في إطار هذه المؤسسات هو سيطرة الطابع الودي على إجراءات تعيين المحكم، حيث تتم دعوى الخصوم و مساعدتهم في اختيار المحكم و التقريب بين وجهات النظر و إزالة كافة العقبات لتجميع إرادة الخصوم حول شخص المحكم و عند الاستقلال بتعيينه يجب أن يكون مقبولا لدى الأطراف.

و هذا تأكيدا على أن الاستعانة بنظام التحكيم المؤسسي لا يسلب حرية الأطراف في اختيار محكميهم، و أن سلطة هذه الهيئات في اختيار المحكم لها طابع احتياطي، فلا تبادر إلى تعيينه إلا بعد التثبت من فشل الأطراف.

ثانيا: تعيين المحكم بواسطة القضاء

الأصل في تكوين المحكمة التحكيمية أن المحتكمين هم الذين يختارون محكميهم بعيدا عن القضاء، هذا الأخير الذي له دور احتياطي في تشكيل هيئة التحكيم، فلا يتم اللجوء إليه إلا في حالة اختلاف الأطراف، و عدم اتفاقهم على تشكيل هيئة التحكيم، حيث قد يتعذر على الأطراف الاتفاق، وقد لا تتاح الفرصة لمراكز التحكيم في المساعدة لعدم اتجاه

¹. مناني فراح، المرجع السابق، ص 125.

الأطراف المتخاصمة إليه في هذا الشأن، فيأتي دور المحاكم في التشكيل، و يعتبر القضاء الوطني هو الملاذ الأخير لإنجاح التحكيم¹.

كذلك يكون للمحاكم الوطنية الدور الأساسي في حال اتفاق الأطراف على أن المحكمة المختصة هي التي تتولى مهمة تشكيل هيئة التحكيم.

و قد رأى المشرع أن يكون تدخل القضاء بالقدر المطلوب، أي لا يتعدى وصف " الدور الاحتياطي" و ضمن أسباب و ضوابط يتوجب مراعاتها في تشكيل هيئة التحكيم.

كما قنن المشرع الجزائري تدخل القضاء في تشكيل محكمة التحكيم سواء في التحكيم الداخلي، أو في التحكيم التجاري الدولي، حيث عالج الصعوبات التي تعترض أطراف اتفاق التحكيم في تشكيل محكمة التحكيم سواء لسبب يرجع إليهما، أو لسبب خارج عن إرادتهما.

ففي مجال التحكيم الداخلي نصت المادة (1009 من ق.إ.م.إ) على أنه : " إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف، أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم، أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه "

ومن هنا فإنه متى واجهت الأطراف صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم بسبب تقاعس أحد الأطراف في تعيين محكمه لتعطيل الإجراءات، أو اختلف المحكمين في تعيين المحكم المرجح، أو استحالة تشكيل المحكمة فإنه يجوز لأحد أطراف اتفاق التحكيم، أو كليهما اللجوء إلى القضاء لاستكمال تشكيلها، حيث أعطى المشرع الجزائري رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد، أو محل تنفيذه سلطة تعيين المحكم، أو المحكمين إذا لم يستطع الأطراف هيئة التحكيم.

فالجهد القضائي المنوط بها التدخل لاستكمال إجراءات تشكيل محكمة التحكيم إذا تعذر على أطراف التحكيم تكوينها، هي رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها محل إبرام أو تنفيذ العقد الأصلي الذي اتفقت أطرافه على تسوية ما يثور بشأنه من خلافات عن طريق التحكيم.

أما في مجال التحكيم التجاري الدولي فقد واجه المشرع الجزائري الصعوبات التي تواجه الأطراف في تشكيل محكمة التحكيم، سواء إذا تخلف أحد الأطراف عن تعيين محكمه، أو إذا صادف الأطراف عقبات في استكمال تشكيل الهيئة كما في حالة اختلافهم في تعيين المحكم الثالث – المرجح – حيث تنص الفقرة الثانية من المادة (1041 من

¹. نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 137.

ق.إ.م.إ) على أنه : " في غياب التعيين ، و في حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم ، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي¹ :

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 التحكيم يجري في الخارج و اختيار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر. "

و يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري ميز بين التحكيم الذي يجري في الجزائر و التحكيم الذي يجري في الخارج واختار أطرافه تطبيق أحكام القانون الجزائري.

المطلب الثاني: شروط الواجب توافرها في المحكم

المحكم شخص يتمتع بثقة الخصوم، أولوه عناية الفصل في خصوم قائمة بينهم، قد يتم تعيينه من جانب المحكمة إذا كان التشريع يجيز ذلك للقيام بذات مهمته المقدمة، و يقصد بهيئة التحكيم الجهة التي تتولى بإرادة طرفي العملية التحكيمية الفصل في النزاع المحرر بشأنه اتفاق التحكيم.

و كذلك يجب على المحكم أن يخضع أثناء قيامه بمهمته لمجموعة من القيود و الضوابط التي تضمن جريان إجراءات المنازعة التحكيمية بطريقة صحيحة، لذلك فقد حرص المشرع على وضع بعض الضوابط التي يجب توافرها في من يولي مهمة التحكيم نظرا لكونه أعطى الأطراف الحرية في اختيار شخص المحكم باعتبار أن الثقة في شخص هي السبب الرئيسي الذي يتم بناءا عليه اختيار المحكم، فهذه السلطة الواسعة لأطراف التحكيم ليست مطلقة بل تخضع لضوابط وشروط نصت عليها قوانين التحكيم المختلفة، وبجانب هذه الشروط الوجوبية والقانونية التي تطلبها قوانين التحكيم مختلفة في المحكم، نجد أن للأطراف حرية فرض شروط و مواصفات معينة فيمن يرشح للقيام بمهنة التحكيم، كما أن هناك شروط مختلفة فيها متروكة لتقدير الطرفين².

أولا : الشروط القانونية (الوجوبية)

اشتراط القانون في المحكم عدة شروط قبل اعتلائه منصة التحكيم، و ذلك بغرض ضمان حياده و استقلاله، كي يمكن الاطمئنان إلى قراره في حسم النزاع و أساس هذه الشروط أن المحكم يقوم بالقضاء بين الخصوم حتى و إن كلن قضاء خاصا، إلا أنه يترتب على حكمه ذات الآثار المترتبة على الحكم القضائي من حيث استنفاد ولايته، و حيازته للحجية، و مدى قابليته للطعن و الدعوى بالبطلان.

¹. لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص 129.

². نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص 139.

لذلك ينبغي أن يكون هذا المحكم مؤهلا قانونا لتولي منصة التحكيم إضافة إلى وجوب توافر الأهلية المدنية، و القانونية.

فقد تطلب المشرع ضرورة تمتع المحكم بالأهلية المدنية، و كذلك اشترط المشرع في المحكم مبدأ الاستقلال و الحياد، و تعد هذه الشروط من النظام العام نظرا لأن المشرع لم يترك أمر تقديرها لأطراف التحكيم، و إنما أوجب توافرها فيمن يتولى هذا العمل بصرف النظر عن نوع، أو ملابسات خصومة التحكيم، و هذه الشروط تتمحور صفتين في المحكم.

الصفة الأولى: ضرورة تمتع المحكم بالأهلية المدنية

لما كان اتفاق التحكيم تصرفا قانونيا ، تتجه إرادة أطرافه إلى إحداث أثر قانوني معين، هو حجب الاختصاص بتسوية النزاع عن قضاء الدولة لصالح التحكيم، و كان من الواجب أن تتوافر لدى كل طرف أهلية الأداء اللازمة لصدور إرادة كافية لإبرام الاتفاق، فإنه إذا انعدمت الأهلية، أو كانت ناقصة لدى المحكم، أو المحكمين الذين اختارهم الأطراف، كان حكم التحكيم باطلا أو قابلا للإبطال.

و من الطبيعي أنه يشترط في المحكم أن تكون أهليته سليمة، فلا يعتريه عيب عقلي، أو نفسي، أو جسدي، يؤثر على إمكانية تفكيره تفكيرا سويا، إذ لا يعقل أن يسند أطراف عقلاء حريصون على أموالهم منازعاتهم للفصل فيها إلى شخص مجنون، أو سفيه، أو مصاب بعاهة عقلية، أو جسدية تؤثر في بلوغ تفكيره للمستوى المنتظر صدوره من إنسان عاقل و على هذا يشترط في من يعتلي منصة التحكيم ما يلي :

- أن يكون المحكم بالغا سن الرشد.
- ألا يكون المحكم محجورا عليه.
- ألا يكون المحكم محروما من حقوقه المدنية.

الصفة الثانية: ضرورة أن يتوافر في المحكم الحيادة و الاستقلال

تعد حيادة المحكم و استقلاله من الضمانات الأساسية في التقاضي، و ذلك حتى يطمئن الأطراف إلى قاضيهم، و إلى أن قضاءه لا يصدر إلا عن الحق و حيادة دون تحيز أو هوى، فهما شرطان لمباشرة الوظيفة القضائية أيا كان القائم بها قاضيا أو محكما¹.

كما يعتبران ركيزتين أساسيتين لنجاح المحكم في مهمته، وهما السببان الرئيسيان للاستقرار القضائي في أي نظام قانوني، بل إن استقلال القاضي و حياده أثناء نظر النزاع يبعث الطمأنينة و الرضا في نفوس المتنازعين، و يكون عاملا رئيسيا في خضوعهم لحكم القاضي، كذلك الأمر في التحكيم، فإن حياد المحكم و استقلاله هو استقلاله عن الخصوم بمعنى عدم الخضوع لهم أو لرغباتهم، ما يزيد من ثقتهم فيه، و احترامهم لحكمه بعد

1. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 146.

صدوره و تنفيذه أيا كانت طبيعة الحكم الصادر، إضافة إلى أن الاستقلال يعد شرطاً لاختيار المحكم، و الحياد يعد التزاماً على عاتقه، و شرطاً لصحة الحكم.

وقد جعل المشرع الجزائري على عاتق المحكم التزام مهم ألا و هو إخطار الأطراف عن كل الظروف التي من شأنها أن تثير الشكوك حول حيده و استقلاله من تلقاء نفسه، بحيث لا يمكنه مباشرة مهامه إلا بعد إبلاغهم بهذه الظروف، و قبل الأطراف صراحة قيامه بالمهمة¹.

و لذلك جعل المشرع الجزائري من الاستقلالية أحد الأسباب التي تسمح لأطراف التحكيم طلب رد المحكم الذي تحوم حوله شبهة عدم الاستقلال حيث نص في البند الثالث من المادة 1006 ق.م.إ على أنه: " عندما تتبين من الأطراف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط. "

كما اشترطت أحكام قانون التحكيم المصري استقلال المحكم، و حياده و جعلت إخلال المحكم بهذا الشرط، أو الالتزام سبباً لردّه أو سبباً لتعريض حكمه للإبطال.

ثانياً: الشروط الاتفاقية

إذا كانت غالبية النظم قد نصت على ضرورة توفر بعض الشروط في المحكم على سبيل الوجوب عند اعتلائه منصة التحكيم، فإن هذه النظم و التشريعات قد أعطت للأطراف المتحكّمين الحرية الكاملة في تحديد صفات، و شروط مختلفة فيمن يختارونه محكماً، وذلك بالنظر إلى أهمية السلطات التي يتمتع بها المحكم و المركز القانوني الذي يشغله في الخصومة.

وقد حرص المشرع المصري على ذلك حيث جاءت المادة 17 فقرة 3 من قانون التحكيم لتؤكد حق الأطراف في وضع الشروط التي يرونها في المحكم، حيث نصت على: " و تراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون، و تلك التي اتفق عليها الطرفان. "

هذه الشروط الاتفاقية حتى و إن نص عليها القانون ، إلا أنها تأتي بصيغة جوازية و أعمالها مقيد بعدم اتفاق الأطراف على ما يخالفها ، كونها غير متعلقة بالنظام العام و تبقى في مجملها مرهونة بإرادة الأطراف.

¹ هذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 1015 من ق.إ.م.إ: " إذا علم المحكم أنه قابل للرد يخير الأطراف بذلك، و لا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم. "

ومن هذه الشروط أن يكون المحكم من جنسية معينة، أو من جنس محدد "رجل أو امرأة" أو من ديانة معينة، أو أن يكون المحكم ذا خبرة و كفاءة، أو أن يكون صاحب مهنة أو وظيفة ما.

ثالثا: شروط تولي القاضي مهمة التحكيم

إذا كان القاضي يعتبر موظفا عاما تابعا للدولة، فإنه ليس كأى موظف، و ذلك لحساسية المنصب الذي يشغله، فالقاضي يمثل ميزان العدالة بالنسبة للدولة، و لذلك فهو يمارس مهمة غاية في الأهمية، و لهذا فقد أفرد له المشرع قانونا خاصا، حدد فيه ما يتعلق بالقضاء من تعيين و واجبات و مساءلة و تأديب و عزل.

و يمكن تعيين القاضي كمحكم يفصل في الخصومة التحكيمية بين الأطراف في بعض الأحيان كاستثناء عن قانون السلطة القضائية الذي لا يجيز تعيين القاضي محكما¹، حيث نص قانون السلطة القضائية المصري رقم (46) لسنة 1972² في المادة (63) على أنه: " لا يجيز للقاضي بغير موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية أن يكون محكما، و لو بغير أجر، و لو كان النزاع غير مطروح أمام القضاء، إلا إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه، أو أصهاره لغاية الدرجة الرابعة." "

أما المشرع الجزائري لم يبين موقفه من إمكانية تولي القاضي مهمة المحكم، يرى بعض الفقه أن قيام القاضي بالمهمة التحكيمية له آثاره السلبية في الانحراف بالتحكيم عن أهدافه، و وظيفته الأصلية في الوصول إلى حلول عادلة للمنازعات بين المتعاملين في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية، و أن تولي القضاة مهمة التحكيم إلى جانب عملهم القضائي من شأنه أن يعوقهم عن التفرغ لعملهم، و يساهم في تأخر الفصل في القضايا أمام المحاكم، خاصة أن المحكم يقوم بعمله مقابل أتعاب قد تغري بعض القضاة عن السعي لدى بعض الأشخاص، أو الجهات للقيام بالتحكيم.

كذلك قيام القاضي بالتحكيم قد يسبب له الحرج إذا عرض عليه نزاع يشترك فيه من سبق أن اختاره محكما عنه في نزاع آخر.

المطلب الثالث : مسؤولية المحكم

كانت مسؤولية المحكم محل جدل فقهي و قضائي، و ذلك في ظل غياب تنظيم تشريعي من قبل العديد من التشريعات، و يرتبط هذا الجدل حول تقرير مسؤولية المحكم من عدمه بمسألتين:

1. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 133.

2. القانون رقم 46 لسنة 1972 المعدل بالقانون رقم 142 لسنة 2006، و قد أبقى على المادة 63 كما هي دون تعديل.

الفصل الأول

مفهوم اتفاق التحكيم

الأولى كون المحكم شخصا عاديا من أحد الناس، و يمارس مهمته وفقا لاتفاق مبرم مع الأطراف. و الثانية أن يمارس مهمة ذات طبيعة قضائية، و بالتالي يجب أن يتمتع بنوع من الحصانة تجاه هذه المسؤولية.

و على الرغم من قدم نظام التحكيم إلا أن معظم الأنظمة القانونية القديمة و الحديثة لم تعالج مسؤولية المحكم، و منها القانون الجزائري و القانون المصري لكن المحكم مطالب بأن يحذو حذو القاضي، لذلك يجب أن توضع ضوابط لمسؤولية المحكم إذا قصر أو أخطأ، لذلك سنتطرق للخلاف حول تقرير مسؤوليته من حيث أساس و طبيعة مسؤولية المحكم كما يلي:

أولا : أساس مسؤولية المحكم

يجب أن يسأل المحكم في مواجهة الأطراف عن الأضرار التي يمكن أن تلحق بهم من جراء أخطائه، و لردعه عن التحيز و التقاعس في أداء مهمته، فإن تقرير دعوى المسؤولية يحقق الانضباط في مسلك المحكمين، و لا شك أن المحكم الكفاء لن يخشى المسؤولية و أيا ما كان الأمر فإنه يمكن تقسيم الخلاف الذي يثور في هذا الموضوع إلى اتجاهين رئيسيين:

الاتجاه الأول:

و هو الذي يرفض أنصاره تقرير مسؤولية المحكم، و أساس هذا الرفض هو الدفاع و حماية المحكم حماية مطلقة، أو بمعنى آخر أكثر دقة حصانة المحكم المطلق.

الاتجاه الثاني:

فهو الذي يقبل تقرير مسؤولية المحكم و هو ما اختلف الآراء، و لقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن المحكم قاض له صلاحية القضاء إلا أنه لا يمارس وظيفة عامة، و من ثم لا يمكن أن تتعدد مسؤولية الدولة كما في النظام القضائي، التي لا يمكن أن يرفع عليهما دعوى التعويض إلا طبقا للقواعد العامة للمسؤولية¹.

¹. لزهرة بن سعيد، نفس المرجع السابق، ص 223.

تعتبر مسألة تحديد طبيعة المسؤولية التي تقع على المحكم خلال أدائه إذا ما أخل بالتزامات مسألة مهمة، و تأتي هذه الأهمية من واقع الربط و الخلاف الفقهي الدائر حول تعيين مهمته.

و من الملاحظ أن تحديد طبيعة مسؤولية المحكم يرتبط ارتباطاً وثيقاً بطبيعة علاقة المحكم بالأطراف في خصومة التحكيم، و أيضاً بطبيعة عمله كقاضٍ خاص يقوم بمهمة قضائية خاصة بناءً على اختيار طرفي النزاع له للقيام بالفصل في النزاع، و قبوله لهذه المهمة في إطار شروط معينة، قد يكون أهمها في هذا الخصوص إتمام المهمة خلال أجل محدد، ما يجعل مسؤوليته في هذا الخصوص مختلفة عن مسؤولية القاضي¹.

إن المركز القانوني للمحكم يقضي تحديد طبيعة المسؤولية التي يتحملها عند الإخلال بأحد التزاماته المفروضة عليه، و من الطبيعي أن المسؤولية تنقسم إلى عدة أنواع، منها مسؤولية الأدبية، و منها الجنائية، و منها المدنية، و تقع المسؤولية الأدبية على المحكم نتيجة لإتيانه بعض التصرفات المستهجنة التي قد تمس قيماً أخلاقية، أو أدبية قد تسيء للمحتكمين، و لا تلحق ضرراً مادياً، أما المسؤولية الجنائية فتتمثل بإتيان المحكم جرائم يسأل عنها، مثل ارتشاء المحكم بهدف الإضرار بالطرف الآخر، لكن الواقع العملي في عالم التحكيم أثبت أن وقوع مثل هذه الجرائم من قبل المحكمين نادراً بدليل أن الكتب الفقهية لم تشر نهائياً إلى توقيع عقوبة جنائية على محكم لارتكابه جريمة تتعلق بعملية التحكيم.

¹. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 238.

الفصل الثاني

إذا كان فقهاء القانون و المؤرخون و علماء الاجتماع، يجمعون على أن اللجوء إلى القضاء، هو سلوك حضاري و مظهر من مظاهر المدنية، فإن التحكيم من حيث هو أسلوب وطريقة لفض المنازعات، يغدوا بلا منازع أرقى صورة من صور التحضر و التمدن، لم يكتنفه من معاني الوعي التام، و ينطري عليه من تحقيق للمصلحة العامة و الخاصة، و يعبر عنه من التزام تلقائي بالقانون، كما أنه يتماشى متطلبات التجارة الدولية أيضاً، فهو أمر ضروري و حيوي لتحقيق التكامل الاقتصادي بين الدول التي قد تختلف أنظمتها القانونية و القضائية، فيكون بذلك أنسب وسيلة لحماية مصالح الأطراف من خلال ما يتجه لها من حق في الاتفاق على نمط الحماية الأكثر ملائمة لأغراضها.

فالاعتبارات العملية تدعو دائماً إلى الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، و طرح المنازعات على أشخاص محل ثقة الخصوم للبت فيها بإصدار حكم منهي للخصومة⁷.

إذ يعتبر اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية⁸.

و يمكن كذلك تعريفه على أنه تداعي خصمين أو أكثر بموجب اتفاق رضائي أمام محكم أو أكثر، للفصل فيما ينشأ بينهم من نزاع⁹ و عليه مما سبق سوف نتناول بالدراسة تحديد النظام القانوني للاتفاق التحكيم للتعرف من خلالها إلى الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم و آثار التي ينتجها هذا الأخير و تتبع خطوات صدور حكم التحكيم.

و من هذا ارتأت أنه يمكن تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث :

نتطرق إلى الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم في المبحث الأول، و آثار اتفاق التحكيم في المبحث الثاني، أما في المبحث الثالث نتناول صدور حكم التحكيم.

⁷ لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص 06.

⁸ محمدي فتح الله حسين، المرجع السابق، ص 120.

⁹ محمد أحمد شحاته، المرجع السابق، ص 16.

المبحث الأول : الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم

احتلت طبيعة التحكيم حيزا لا بأس به من اهتمام الفقه، و حاول العديد من الفقهاء التوصل إلى هذه الطبيعة التي يكتنفها الغموض، و اختلاف المفاهيم.

لأنه للفقه آراء متعددة في هذا الخصوص، و يرجع هذا التعدد إلى الأساس الاتفاقي¹ الذي يقوم عليه اتفاق التحكيم و النتيجة ذات الصفة القضائية التي ينتهي إليها المحكم، أي حكم التحكيم².

إذ أنه من الطبيعي أن تكون هنالك آراء فقهية متعددة بشأن الطبيعة القانونية للتحكيم، لاسيما و أن هذه الآراء سوف تغطي فوائد عدة عندما نطبق التحكيم عمليا و تساعدنا على تحديد القانون الواجب التطبيق، و إذا ما أردنا أن نتعرف على الطبيعة القانونية للتحكيم في القانون الدولي الخاص، فإن ذلك سوف يساعدنا على معرفة كيفية التعامل مع حكم التحكيم الصادر من حيث الاعتراف به، أو تنفيذه سواء كان ذلك في الدولة التي صدر فيها الحكم، أو خارجها³.

فالتحكيم يتكون من عمليتين الأولى هي اتفاق يبرمه طرفا النزاع، و الثانية هي الحكم الصادر عن هيئة التحكيم، فهذه التركيبة الوظيفية للتحكيم خلفت آراء متباينة حول طبيعته سنحاول استعراض أهمها و ذلك عن طريق تقسيم المبحث إلى أربعة مطالب:

المطلب الأول: الطبيعة العقدية

المطلب الثاني: الطبيعة القضائية

المطلب الثالث: الطبيعة المختلطة

المطلب الرابع: الطبيعة المستقلة

¹. نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011، ص 37

². لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص 18.

³. محمد حسن جاسم المعماري، المرجع السابق، ص 72.

المطلب الأول: الطبيعة العقدية

يرى أنصار الطبيعة التعاقدية أن التحكيم التجاري عقد رضائي ملزم لجانبيين يقوم على إرادة الأطراف كما أن التحكيم التجاري الدولي يقوم على أمرين عمل المحكّمين و هو اتفاق التحكيم و عمل آخر يتمثل في عمل المحكم و هو الفصل في النزاع بحكم ملزم لأطراف النزاع و هذا الأخير يرجع لاتفاق التحكيم و يقوم عليه فهو لا يعدوا أن يكون مجرد تنفيذ له و من تم عمل المحكّمين يستغرق عملية التحكيم ككل.

إذ يغلب أنصار هذا الاتجاه مبدأ سلطان الإرادة، حيث يرون أن للتحكيم طبيعة تعاقدية يستمد المحكم فيه ولايته من إرادة الخصوم، و يعتبر ذلك طريقاً استثنائياً لفض النزاعات و خروجاً عن الأصل في عرض المنازعات على القضاء.

فمركز الثقل فيه هو اتفاق الأطراف، و من هذا الأخير يستمد حكم التحكيم قوته التنفيذية فهذا الحكم و الاتفاق كل لا يتجزأ ، فالحكم لا يكون إلا نتيجة و انعكاس للاتفاق.

و لقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في حكم شهير لها صدر في يوليو 1937 ، و قالت فيه بأن " قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشاركة التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشاركة، و تنسحب عليها صفتها التعاقدية"¹.

و من هنا ظهرت النظرية العقدية أي أن التحكيم هو نظام ذو طبيعة تعاقدية لأنه يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة، عكس النظام القضائي الذي يهدف إلى تحقيق مصالح عامة، كما أن مصدر سلطة هيئة التحكيم هو إرادة الخصوم و رضاهم بالتحكيم، و ما يصدر عنه من أحكام².

كما أن الإرادة الخاصة في التحكيم هي التي تحدد الإجراءات الواجبة الإلتباع و القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، و هذا عكس الوضع تماماً أمام قضاء الدولة، كما أن المحكم هو مجرد فرد من آحاد الناس، ولا ينتمي للهيئة القضائية في الدولة.

أما عن تمتع حكم التحكيم بالحجية، فيرجع إلى وجود اتفاق ضمني بين أطراف الاتفاق على التحكيم، و على احترام و تنفيذ ما يقضي به المحكم، و عدم معاودة عرض ما يفصل فيه على القضاء التابع للدولة.

و جوهر النظرية العقدية لطبيعة التحكيم بتأسيس على أن التحكيم هو من عمل الأطراف فهو تراضي، أو اتفاقي، أو عقد ينشأ عنه نظام التحكيم³.

1. محمد حسن جاسم المعماري، المرجع السابق، ص 72.

2. لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص 19.

3. عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 23.

فاتفاق التحكيم يستغرق عملية التحكيم برمتها، و بناءا عليه يتم إخراج النزاع من ولاية القضاء، و إسناده إلى المحكم، كما أن الاتفاق يشمل تعيين المحكم، و تحديد ولايته و تحديد الإجراءات الواجبة الإتباع أمامه، و يحدد القانون الذي يحكم موضوع النزاع و حكم التحكيم هو المصلحة أو النتيجة النهائية لاتفاق التحكيم، و بالتالي يدخل برمته في نطاق العقد.

و دعم أنصار هذه النظرية رأيهم ببعض الحجج من بينها:

- باتفاق الأطراف على التحكيم التجاري الدولي قد يكونون اتفقوا ضمنيا عن التنازل عن الدعوى و يخولون المحكم سلطة مصدرها إرادتهم و بالتالي لا تكون هذه السلطة قضائية و إنما تعاقدية.
- المحكم قد يكون وطنيا أو أجنبيا عكس الوظيفة القضائية التي لا يباشرها إلا القاضي الوطني.

ضف إلى ذلك أن التحكيم التجاري الدولي يحقق مصالح خاصة للأطراف عكس القضاء يحقق مصالح عامة.

و بما أن المحكم ليس قاضيا فلا يملك سلطة توقيع الجزاء على الأطراف إضافتنا إلى حاجة حكمه لإصدار أمر بتنفيذه كما أنه يمكن رفع دعوى أصلية ببطلان حكم التحكيم. بالرغم مما جاءت به هذه النظرية من حجج إلا أنها لم تسلم من النقد و وجهت لها عدة انتقادات منها:

- حتى و إن كان التحكيم ينصب على إرادة الأطراف فهو يلزم هذه الإرادة على أن توضع في شكل الذي يرسمه القانون لها مثلا لا يمكن رد المحكم إلا في الحالات التي نص عليها القانون مثل المادة 1016 ق.إ.م.ج.
- كما أنه إن كان التحكيم ذو طبيعة تعاقدية فإن هذه الصفة لا تشمل حكم التحكيم و من تم لا ينبغي الخلط بين اتفاق التحكيم و التحكيم ككل فالعقد في حد ذاته لا يحل النزاع و الدليل على ذلك عدم وجوده في التحكيم الإجباري.
- كما أنه يتم تعيين المحكم من المحكمة أو من قبل مراكز التحكيم الدائمة التي يلجئ إليها الأطراف فليس في كل الأحوال يتم تعيين المحكم من قبل أطراف النزاع كما يزعم أصحاب هذه النظرية¹.

¹. عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 21.

المطلب الثاني: الطبيعة القضائية

تقوم هذه النظرية على أساس مستمد من أصل الوظيفة التي يقوم بها المحكم هي في ذاتها التي يقوم بها القاضي، و بالتالي فإن عمله يكون عملاً قضائياً، و يتم نظر النزاع أمامه على ذات المراحل التي تتم أمام القضاء¹.

فمن ناحية نشأة التحكيم إذا كان صحيحاً أي اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم هو بداية التحكيم و بذرة وجوده، إلا أنه لا ينبغي تناسي أو إهمال الغرض و الهدف الذي وجد من أجله هذا الاتفاق، و هو الحصول على حماية قضائية و حسم النزاع الذي نشب بين الأطراف، و هي غاية أي نظام قضائي، خصوصاً إذا علمنا بأن التحكيم كان هو الطريق الأسبق ظهوراً من قضاء الدولة لتحقيق العدالة في المجتمع.

و إذا كان التحكيم يقوم بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها قضاء الدولة، و هي حسم النزاع و تحقيق العدالة بين المتنازعين، فإنه يكتسب بالضرورة الطبيعة القضائية.

و من ثم فنظر النزاع أمام المحكم يمر بذات الإجراءات التي يمر بها أمام القاضي، و ينتهي بحكم مماثل لحكم القاضي، سواء فيما يتعلق بالطعن فيه، أو فيما يتعلق بقابليته للتنفيذ.

فمن ناحية سير عملية التحكيم فالملاحظ أن التحكيم و القضاء يسيران في ركاب قواعد إجرائية تكون واحدة في جوهرها، و إن اختلفت أحياناً مصدرها، فهناك قواعد تقديم الادعاء و إعلان الخصوم و بدء الخصومة و وقفها، و انقطاعها، و فحص أسس و مشروعية الادعاء، و فحص الأدلة، و احترام ضمانات التقاضي، كالمساواة بين الخصوم، و حماية حقوق الدفاع، و احترام مبدأ المواجهة².

أما عن نهاية التحكيم، فتكون بصدور حكم تتوفر فيه سائر خصائص و سمات الأحكام القضائية، من ناحية شكله و كتابته، و تسببها و توقيعها، و من ناحية محتواه، أي بيان عناصر الإدعاء و القواعد القانونية المطبقة، و هو يحسم النزاع و يحول دون طرحه مجدداً أمام أية جهة قضائية، إذ أنه يحوز بمجرد صدوره حجية الأمر المقضي، و يكون واجب التنفيذ وفقاً للقواعد المقررة قانوناً.

و يستنفذ المحكم ولايته بمجرد إصداره حكم التحكيم، فلا يملك بعد ذلك أن يعدله أو يرجع فيه، أو أن يصدر ما يخالفه، و هذا هو جوهر الوظيفة القضائية للتحكيم، فإن استندت مهمة المحكم في جوهرها على اتفاق التحكيم، فالعقد و إن كان هو المحرك الأساسي للتحكيم، إلا أن ذلك ليس إلا نتيجة لكون التحكيم نظاماً خاصاً للفصل في المنازعات، يقوم إلى جانب نظام القضاء.

1. نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 39.

2. لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 21.

و خلاصة ما ذهب إليه أنصار هذه النظرية ، أنهم نظروا إلى التحكيم من زاوية أنه قضاء ملزم للخصوم، متى اتفقوا عليه، و أن التملص منه لا يجدي و أنه يحل محل قضاء الدولة الإلجباري و أن عمل المحكم ما هو إلا شكل من أشكال ممارسة العدالة التي تمارسها الدولة، فإذا رخصت للأطراف اللجوء إلى التحكيم، فإن مهمة المحكم تنحصر في ممارسة وظيفة قانونية، و بالتالي فعمل المحكم عمل قضائي لتوفر مقومات العمل القضائي و هي الادعاء ، و المنازعة و الشخص الذي يخوله القانون حسم النزاع¹.

كما أن حكم المحكمين يعتبر عملا قضائيا بالمعنى الدقيق من حيث الشكل و الموضوع، فمن حيث الشكل فإنه يصدر في شكل حكم قضائي ونفس إجراءات إصدار الأحكام القضائية، و من ناحية الموضوع فالمحكم غالبا يطبق قواعد القانون الموضوعي و يفصل في نزاع حقيقي بين الخصوم، و يلتزم باحترام حقوق الدفاع.

و هناك من نفى الطبيعة التعاقدية للتحكيم و أضفى عليه الصفة القضائية فذهب أنصار هذه النظرية إلى تحديد طبيعة أي نظام من الأنظمة يرتكز على معايير موضوعية لا شكلية أي تتعلق بأصل وظيفة لا بمن يؤدي هذه الوظيفة فإذا كان التحكيم هو الفصل في النزاع و تحقيقه للعدالة فهي نفس وظيفة القاضي إذن فالتحكيم ذو وظيفة قضائية لا عقدية إلا أن هذه النظرية لم تسلم هي الأخرى من النقد ووجهت لها انتقادات من بينها:

- فإذا كان القاضي و المحكم يتولان نفس الوظيفة ألا هي تطبيق القانون على النزاع إلا أن هذه الحجة ليست صحيحة في كل صور القضاء و التحكيم فالقاضي يباشر وظيفته و يصدر حكمه حتى في حالة عدم وجود نزاع بين الأطراف و مثال ذلك حالة إقرار المدعي عليه بالدين و لكن يكفي وجود مصلحة بعكس التحكيم الذي يتطلب دائما وجود نزاع.
- ضف إلى أن القاضي وظيفته قانونية بحتة ينبغي من ورائها حماية المراكز القانونية بغض النظر على أثر حكمه على مستقبل النزاع في حالة وجوده بينما المحكم وظيفته اقتصادية يرمي على حل النزاع بالقانون على النحو الذي يضمن استمرارية علاقة أطراف النزاع في المستقبل.
- إن حكم التحكيم لا يستمد القوة التنفيذية إلا بعد صدور أمر من القضاء بتنفيذه عكس حكم القضائي يتمتع بقوة ذاتية في التنفيذ.

المطلب الثالث: الطبيعة المختلطة

يرى أنصار هذه النظرية أن اتفاق التحكيم له طبيعة مختلطة و ينطبق عليه وصف معين في كل مرحلة من مراحلها ، فهم لا يصفون على التحكيم طبيعة واحدة من بدايته إلى

¹ . محمد جسس جاسم المعماري، المرجع السابق، ص 73.

نهائيه ، فلا هو عقد بصورة نهائية و لا هو قضائي محض ، أي يكيفون كل مرحلة على حده ، بمعنى يعطونها التكييف القانوني المناسب و المطابق لها.

إذ اتخذ أنصار هذه النظرية موقفا وسطا بين النظريتين السابقتين ، فهم أكثر اعتدالا و واقعية ، فهم يوازنون بين الطبيعة التعاقدية و الطبيعة القضائية ، فيرون بأن له طبيعة مركبة ، أو مزدوجة ، فيقولون أن الطبيعة المركبة تبرز وجها تعاقديا بسبب اتفاق التحكيم الذي ينشئه ، و تبرز وجها قضائيا بسبب حكم التحكيم الذي يفصل في النزاع¹.

فهذه النظرية تفرق بين العلاقات التعاقدية البحتة، و العلاقات القانونية و الإجرائية القضائية البحتة، و هي تسعى إلى التوفيق بين النظريتين السابقتين، العقدية و القضائية حيث قيل أنها جاءت لتلاقي الانتقادات الموجهة للنظريات السابقة، حيث تجعل التحكيم يحتل موقعا وسطا بين الطبيعة التعاقدية و الطبيعة القضائية، و أن له طابعا مرحليا، فهو يبدأ تعاقديا من خلال اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم دون التوجه للقضاء، و ينتهي قضائيا بصدور حكم التحكيم، و أمر تنفيذه من قضاء الدولة محل التنفيذ، و من تم فإن التحكيم، يظل تعاقديا إلى حين صدور الحكم و أمر تنفيذه فيصبح قضائيا، فالأخذ بفكرة الطبيعة المختلطة للتحكيم، يمثل فكرة العقد باعتبارها تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة من ناحية و يمثل فكرة القضاء عن طريق حكم التحكيم من ناحية ثانية، فهو نظام يمر بمراحل متعددة و متدرجة، يلبس في كل مرحلة من مراحلها لباسا خاصا، و يتخذ طابعا مختلفا، فهو في أوله اتفاقا، و في وسطه إجراء، و في آخره حكما².

إلا أن هذه النظرية هي الأخرى لم تسلم من النقد:

- أي أن أصحاب هذه النظرية لم يتوغلوا في العمق لتشخيص الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، بل اكتفوا للتوقف عند الآراء المطروحة من قبل أنصار النظريات الأخرى ليينوا عليها تصوراتهم و هي في النهاية عرض للأفكار التي طرحها أنصار النظرية القضائية و النظرية التعاقدية لنظام التحكيم .
- عدم تحليل الحقائق المركبة و إرجاعها إلى عناصرها المميزة فإن التحليل القانوني لا يجب أن يقف عند القول أن التحكيم ذو طبيعة المركبة فمثل هذا الوصف اعترف بالعجز و محاولة الهروب لمواجهة الحقيقة لإبعادها المتعددة³.

المطلب الرابع: الطبيعة المستقلة

يرى أنصار هذه النظرية أن هذا النظام يجب النظر إليه نظرة مستقلة، و لا يمكن تفسيره على ضوء المبادئ التقليدية، و محاولة ربطه بالعقد أو بحكم قضائي، إن الهدف

¹ مناني فراح، المرجع السابق، ص 44.

² محمد حسن جاسم المعماري، المرجع السابق، ص 82.

³ عبد الباسط محمد عبد الواسع المرجع السابق، ص 24.

الذي يرمي إليه الخصوم، هو السعي للعدالة على أسس تختلف عن المفهوم التقليدي للعدالة أمام المحاكم، و بذلك ينتهي التحكيم إلى كونه أداة خاصة، لتطبيق قواعد خاصة يتحقق من ورائها ما يسعى إليه الخصوم، و بهذا تبدوا بوضوح الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم¹.

الطبيعة الخاصة المستقلة لنظام التحكيم، تنحدر من أن هناك طريقتان معتمدون لمباشرة الوظيفة القضائية في الدولة، الطريق الأول هو الطريق العام و الأصلي و بمقتضاه يلجأ الأفراد و الجماعات إلى القضاء في الدولة للفصل فيما هم مختلفين فيه، و الطريق الثاني فهو طريق خاص استثنائي يمكن مباشرة نفس العمل بواسطة أفراد عاديين، لا يعدون من العضو القضائي في الدولة، و الطريقتان المذكوران هما طريقتان متوازيتان، لا يمكن دمجها و كذلك لا يمكن إنكار وجود تقارب بينهما².

فالتحكيم أداة قانونية متميزة لفض المنازعات و نظام مستقل قائم بذاته³ و ذلك لاعتبارات عديدة، فيه اتفاق و فيه قضاء و فيه ما يميزه عنهما و أن محاولة وضع نظام متميز في إطار التقسيمات و الأنظمة التقليدية، غالبا ما يكون على حساب الحقائق العلمية و صحتها فلماذا نغير حقيقة التحكيم بهدف زجه في أحضان أنظمة قانونية يتشابه معها في أمور، و يختلف عنها في أمور أخرى.

بعد أن استعرضنا الآراء المختلفة للطبيعة القانونية لنظام التحكيم، فإننا سوف نبين رأي المشرع الجزائري.

موقف المشرع الجزائري:

يتضح من خلال قانون إجراءات المدنية و الإدارية 09/08 المؤرخ في 8 صفر 1429 الموافق ل 2008/05/25 لاسيما في الكتاب الخامس الفصل السادس المتعلق بالأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي أن المشرع مال إلى الأخذ بالنظرية العقدية إلى حد كبير مقابل النظريات الأخرى فمثلا المادة 1040 التي تعطي حرية الأفراد في القانون الواجب التطبيق و في حالة سكوتهم عن ذلك يختار المحكم القانون الذي يراه ملائما للفصل في النزاع كما أن المادة 1041 تعطي حرية الأطراف في تعيين المحكم أو المحكمين أو شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم .

و المادة 1043 المتعلقة بالخصومة التحكيمية تظهر مبدأ سلطان الإرادة و هي لعطاء الأطراف الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة أما الطبيعة القضائية فتقتصر على الرقابة القضائية في المادة 1056 ق.إ.م.

1. محمد فتح الله، المرجع السابق، ص 135.

2. محمد حسن جاسم المعماري، نفس المرجع السابق، ص 83.

3. لزه بن سعيد، نفس المرجع السابق، ص 25.

المبحث الثاني : آثار اتفاق التحكيم

يعتبر اتفاق التحكيم صحيح متى توافرت أركانه، و الشروط التي تطلبها القانون لإبرام التصرفات القانونية، و بتحقق هذه الأركان و الشروط في اتفاق التحكيم، فإنه يترتب آثاره القانونية، حيث بحجب قضاء الدولة عن الفصل في موضوع النزاع بين الطرفين و يخول سلطة الفصل إلى المحكمين و يترتب آثاره الموضوعية تتمثل في اكتساب اتفاق التحكيم لقوة ملزمة توجب عرض النزاع على التحكيم و لا يملك احد الأطراف الاتفاق التخلي عنه و أن يعطله بإرادته المنفردة، و الإجازة للطرف الآخر رفع دعوى ضده لتنفيذ اتفاق التحكيم، كما اعترفت معظم التشريعات التحكيم بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، و يترتب اتفاق التحكيم كذلك آثار إجرائية وهي الأثر المانع و الذي بمقتضاه تمتنع المحاكم الدولة من نظر أي نزاع يوجد بشأنه اتفاق التحكيم.

أما الأثر الإجرائي الآخر هو مبدأ الاختصاص بالاختصاص، أي تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه¹.

تنقسم آثار اتفاق التحكيم إلى أثر موضوعي و آخر إجرائية و سوف نتناول هذين الأثرين في هذا المبحث إلى أربعة مطالب:

المطلب الأول: القوة الملزمة لاتفاق التحكيم

المطلب الثاني: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم

المطلب الثالث: الأثر المانع لاتفاق التحكيم

المطلب الرابع: مبدأ الاختصاص بالاختصاص

المطلب الأول: القوة الملزمة لاتفاق التحكيم

سوف نتعرض للقوة الملزمة لاتفاق التحكيم و بيان نطاقها.

أولاً: مفهوم القوة الملزمة لاتفاق التحكيم

لا تختلف القوة الملزمة لاتفاق التحكيم باعتباره عقدا عن القوة الملزمة للعقود عموماً و لما كان الأثر الجوهري لذلك الاتفاق هو التزام طرفيه بطرح النزاع على التحكيم و الامتناع عن اللجوء إلى قضاء الدولة، فإن مقتضى القوة الملزمة لاتفاق التحكيم أن هناك التزام بنتيجة يقع على عاتق طرفي الاتفاق، هو ضرورة قيام كل منهما بالمساهمة في اتخاذ

¹. لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 69.

إجراءات التحكيم و الامتناع عن عرض النزاع على قضاء الدولة، فإذا خالف أحد الأطراف ذلك فإنه يكون قد أدخل بمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية¹.

فلا يستطيع أحد طرفي الاتفاق التنصل منه بإرادته المنفردة أو ينقضه أو يعدله و إن سعى إلى ذلك أمكن للطرف الآخر إجباره على تنفيذ التزامات و تعيين محكمه و بدء إجراءات التحكيم، فإن امتنع لجأ الطرف الآخر إلى المحكمة أو إلى سلطة التعيين المختصة للقيام بتلك الإجراءات ، و يقوم عمل تلك المحكمة أو السلطة مقام عمل الخصم المتقاعس و هذا هو مقتضى التنفيذ العيني للالتزام الناشئ عن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم.

فالقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو الذي يختص بتحديد مفهوم القوة الملزمة لاتفاق التحكيم و جزاء الإخلال بها، حيث أنه يجدد الجزاء أو الأثر المترتب على تقاعس أحد طرفي الاتفاق عن تنفيذ التزامه ببدء إجراءات التحكيم، و محاولة الإفلات من ذلك الالتزام، و تحديد كيفية تنفيذه و قد استقر الفقه على أن التنفيذ العيني هو الوسيلة الوحيدة المقبولة في الشأن و هنا يجب أن ينفذ الطرق المتقاعس التزامه اختياراً و إلا يتم اللجوء إلى القضاء لإجباره على ذلك، كما قد يحكم بتعويض للطرف الآخر في اتفاق التحكيم عما لحقه من ضرر نتيجة إخلال الطرف الأول بالتزامه الناشئ عن اتفاق التحكيم.

و قد عالج المشرع المصري جزاء الإخلال بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم في المادة 17 منه حيث أوصد الباب في وجه من يحاول إهدار قيمة اتفاق التحكيم بتهريبه من بدء الإجراءات أو المساهمة في تشكيل هيئة التحكيم².

و قد جعل المشرع المصري القرار الذي تصدره المحكمة في هذه المسائل قراراً نهائياً غير قابل للطعن فيه بأي طريقة.

أما المشرع الجزائري فقد تعرض كذلك للقوة الملزمة لاتفاق التحكيم في التحكيم الداخلي حيث نص في المادة 1009 من ق.إ.م.إ على أنه : " إذا اعترضت صعوبة ، تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين يعين المحكم أو المحكمين ، يعين المحكم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه. "

و بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فقد عالج المشرع الجزائري كذلك هذه المسألة من خلال ما تضمنته المادة 1041 في فقرتها الثانية حيث نصت على أنه : " في غياب التعيين و في حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي:

¹ . عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 160.

² . فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 112.

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

ثانيا : نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم

هنالك من حيث الأشخاص و من حيث الموضوع

1/ نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم من حيث الأشخاص:

تفيد المبادئ العامة في نظرية العقد أن العقد لا يقيد غير أطرافه و لا ينتج التزامات أو حقوق إلا في مواجهتهم، دون أن ينتقل إلى غيرهم حيث أن مبدأ نسبية الاتفاقات يؤدي إلى القول بأن آثار اتفاق التحكيم لا تمتد إلى أشخاص لم يوقعوا على الاتفاق سواء بأنفسهم أو عن طريق ممثل لهم ، بيد أنه إذا كان اتفاق التحكيم لا يطل أثره بوجه عام إلا أطرافه إلا أنه من المقبول انتقال هذا الأثر إلى غير هؤلاء، فهو ينتقل إلى الخلف العام أو الخلف الخاص و السؤال الذي يطرح نفسه ، هل يمتد التحكيم للغير¹؟

لا شك أن الطابع العقدي للتحكيم يحول دون ذلك، و لكن يعتبر غيرا الشريك أو المدين المتضامن ، فلو تعدد الشركاء أو المدينون المتضامنون و أبرم احدهم عقدا، أو تضمن عقد القرض في حالة المدينين المتضامين شرط التحكيم، فإن الشرط يمتد أثره للجميع ، أي يستطيع الطرف آخر الاحتجاج بهذا الاتفاق في مواجهة أي منهم.

و يسري هذا في حالة شركات الأشخاص، حيث لا تحجب الشخصية المعنوية أشخاص الشركاء حجبا كاملا، و يسري من باب أولى في المحاصة، لا توجد أصلا شخصية معنوية فإذا أبرم أحد المحاصيين عقد تضمن شرط التحكيم، فإن لشركائه التمسك بالشرط و للطرف آخر في هذا العقد الاحتجاج بالشرط على الجميع، و يتضح في الكثير من الحالات أن تحديد الأطراف الذين يملكون التمسك باتفاق التحكيم، و إمكانية الاحتجاج عليهم به تتوقف على الفحص الدقيق للعقد و الملابسات المحيطة به، خاصة و أن الأمر في العقود الدولية يؤدي إلى استعانة الأطراف الأصليين بمقاولين من الباطن أو شركات يتم تأسيسها أو إنشاء فروع مشتركة لمباشرة تنفيذ العقد أو العقود المنتابفة التي قد يتم إبرامها، أو حالة تجديد العقود بتغيير الدائن أو المدين أو محل الالتزام، ففي كافة هذه الصور يمتد شرط التحكيم و يتسع نطاقه ليصبح كالمظلة التي تحيط بالعلاقات التي تنشأ تحت الاتفاق الأصلي و يتسع بذلك مفهوم الأطراف.

1. لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 74.

2 / نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم من حيث الموضوع:

الأصل أن اتفاق التحكيم في القانون الداخلي يفصل تفصيلاً ضيقاً و في الحدود التي تحقق الغرض منه، لأنه طريق استثنائي لفض المنازعات يؤدي إلى حرمان أطرافه من قاضيهم الطبيعي، و على ذلك إذا ورد اتفاق التحكيم على المنازعات الخاصة لتفسير عقد معين فلا تمتد سلطات هيئة التحكيم إلى المنازعات المتصلة لتنفيذه إذ لا يفترض امتداد اتفاق التحكيم إلى مسائل يقصدها المحكّمون.

غير أنه في مجال التحكيم التجاري الدولي يبدا الأمر على خلاف ذلك ، فالحرص على زيادة فاعلية اتفاق التحكيم قد دعى إلى الخروج على تلك المبادئ، فقد أضحى مقبولاً اعتماد تفسير موسع منطقي و فعال لاتفاق التحكيم.

و بناء على هذا المنهج في التفسير فإنه من المتصور أن يمتد اتفاق التحكيم، حيث يفترض علمهم بوجود ذلك الشرط.

المطلب الثاني: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم

إن بحث مسألة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ظهرت نتيجة ضرورة عملية، فمبدأ الاستقلالية يعد حالياً حجر الزاوية للتحكيم التجاري الدولي، فمنذ أن أقره القضاء الفرنسي بمناسبة الحكم في ¹ gosset عام 1963 استقر عليه و لم ينقضه بعد ذلك.

فالحاجة إلى بحث مسألة العلاقة بين العقد الأصلي و اتفاق التحكيم و الآثار المترتبة عنها تبرز في فرضيتين:

الأولى: عند التمسك ببطلان العقد الأصلي أو فسخه أو انقضائه، ففي هذه الحالة يثور التساؤل حول مدى تأثير اتفاق التحكيم بما قد يلحق العقد الأصلي من أسباب البطلان أو الفسخ أو الانقضاء فهل تمتد هذه الآثار إلى اتفاق التحكيم أم يظل بعيداً عن ذلك ؟

الثانية: عندما يتمسك أحد الأطراف بعدم صحة اتفاق التحكيم ذاته أو بطلانه، و في هذه الحالة يثور التساؤل حول مدى تأثير العقد الأصلي بما لحق اتفاق التحكيم من بطلان².

و من هذا المنطلق سوف نتطرق إلى مفهوم مبدأ استقلال شرط التحكيم ثم إلى مبرراته ثم إلى النتائج المترتبة عن استقلالية اتفاق التحكيم.

¹ . عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 36.

² . لزهري بن سعيد، المرجع، ص 77.

مفهوم مبدأ استقلال شرط التحكيم :

سبقت الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم قد يكون في صورة مشاركة، أو في صورة شرط مدرجة ضمن عقد أو كبنء من بنوه، و السؤال الذي يظهر هنا ما هي العلاقة بين شرط التحكيم و العقد الأصلي؟

و ما هو أثر تعرض العقد الأصلي إلى سبب يؤدي إلى بطلانه أو فسخه أو إنائه على شرط التحكيم الموجود فيه ؟

فوفقا للمبادئ العامة في القانون المدني من تبعية الجزء للكل، و قاعدة ما بني على باطل فهو باطل فالمتصور منطقيا أن أثر العقد يزول بكل ما يتضمنه، و بالتالي إذا بطل العقد الأصلي بطل الشرط الذي يتضمنه.

و لكن تطور فقه و قضاء التحكيم انتهى إلى نتيجة أخرى مفاد استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي ورد فيه، فلا يؤدي بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الأصلي بغير طريق التنفيذ إلى التأثير على شرط التحكيم إذ يضل الشرط صحيحا طالما له وجود قانوني باستكمالته لأركانه¹.

و يقصد بهذا المبدأ أن ننظر إلى شرط التحكيم الوارد في عقد على أنه يعد عقدا قائما بذاته و مستقلا عنه و عن المؤثرات التي تؤثر في صحته، و أنه إذا بطل العقد الأصلي الذي تضمنه الشرط فإن الشرط، أي بند التحكيم ، يظل قائما صحيحا منتجا لآثاره بشرط أن يكون صحيحا بذاته.

و لقد أخذت معظم التشريعات الحديثة التي صدرت في عدد كبير من الدول بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي.

إذ أن هذا المبدأ أي مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أصبح من المبادئ المعترف بها على الصعيد الدولي في كل من أوربا و الولايات المتحدة الأمريكية².

إذ نصت المادة 458 مكرر1 فقرة 4 على ما يلي : "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم ، بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح "

¹ . عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 74.

² . محمد علي بني مقداد، المرجع السابق، ص 127.

مبررات استقلال شرط التحكيم:

يمكن أن نجد مبررات لاستقلال شرط التحكيم في القانون المدني و ذلك بالرجوع إلى نظرية انتقاص العقد، و التي تقضي بأنه إذا كان العقد باطلا في أجزائه فيمكن إعمال الأجزاء الأخرى¹.

و من مبررات استقلال شرط التحكيم اختلاف موضوع العقدين العقد الأصلي و شرط التحكيم ، فالعقد الأصلي قد يكون موضوعه تجاري أو مدني ، أما شرط التحكيم فموضوعه إحالة النزاع الذي قد ينشأ عن العقد إلى التحكيم.

و من مبررات استقلال شرط التحكيم أنه يمكن إخضاعه لقانون آخر غير قانون العقد الأصلي بحسب اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق.

و من مبررات استقلال شرط التحكيم أن الكتابة ركن من أركانه بخلاف العقد الأصلي الذي قد تشترط فيه الكتابة أو لا تشترط ، إضافة إلى أن إثبات شرط التحكيم محصور بالكتابة خلافا للعقد الأصلي الذي قد يتم إثباته بالكتابة أو بأي طريقة من طرق الإثبات الأخرى.

النتائج المترتبة عن استقلالية اتفاق التحكيم:

1. إن بطلان كل من العقد الأصلي أو شرط التحكيم لا يؤثر صحة أو بطلان الآخر فإذا بطل العقد الأصلي فعندئذ يمكن التمسك بصحة التحكيم و بالتالي السير في إجراءات التحكيم و حسم النزاع من قبل المحكم و ليس من قبل المحكمة ، أما إذا كان العقد الأصلي صحيحا وكان شرط التحكيم باطلا ففي هذه الحالة يمكن لكل من الطرفين اللجوء إلى القضاء الوطني للفصل في النزاع و لا يمكن اللجوء إلى التحكيم بسبب بطلان الشرط الخاص لذلك.

2. مبدأ استقلالية يعطي المحكم سلطة النظر في اختصاصه و هو أن المحكم يستمر في إجراءات التحكيم و هو الذي يقرر كونه مختصا بالنظر في الموضوع أم لا و إن كان قد جرى الطعن بصحة العقد الأصلي في المحاكم أو الطعن بحة شرط التحكيم و إن النظر من قبل المحاكم في هذا الموضوع لا يوقف الإجراءات الخاصة بالتحكيم.

3. ينتج عن استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي قد لا يكون بالضرورة هو نفسه الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم².

¹ . عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 77.

² . محمد علي بني مقداد، المرجع السابق، ص 69.

المطلب الثالث: الأثر المانع لاتفاق التحكيم

يترتب على اتفاق التحكيم أيا كانت صورته شرطا أو مشاركة أثران هامان: أثر ايجابي هو حق كل من طرفيه في الالتجاء إلى التحكيم، و أثر سلب هو التزام كل طرفيه الالتجاء إلى قضاء الدولة لنظر المنازعة محل التحكيم¹، و إعمالا لهذا الأثر الأخير يلتزم كل من الطرفين بعدم عرقلة استعمال الطرف الآخر لحقه في الالتجاء إلى التحكيم، كما تلتزم محاكم الدولة بالامتناع عن نظر النزاع المتفق على التحكيم بشأنه.

فإذا ابرم اتفاق التحكيم صحيحا، وفقا للقانون الواجب التطبيق، تولد على عاتق طرفيه التزاما بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة المنعقدة الاختصاص لمحاكمها، فمجرد وجود اتفاق التحكيم يعتبر ابتداء مانعا أو حاجبا أمام الأطراف من رفع الأمر أمام قضاء الدولة للفصل في النزاع.

و إذا رفع النزاع أمام قضاء الدولة، تعين عليه التخلي عنه احتراماً لوجود اتفاق التحكيم و ذلك أيا كان الوقت الذي اتصل فيه النزاع، أي سواء قبل بدء الإجراءات، أو بعد ذلك و اتصال هيئة التحكيم بالنزاع².

و قد تبنى المشرع الجزائري مبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم حيث نصت المادة 1045 من ق.إ.م.إ الجزائر على أنه: " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم، على أن تثار من أحد الأطراف." "

وفي هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم، و الذي يترتب على وجود اتفاق التحكيم سليم شكلا و موضوعا حسب الأحكام الواردة في هذا القانون، فوجود اتفاق التحكيم بالمعنى السابق يحجب قضاء الدولة عن نظر النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق التحكيم.

فإذا علم القاضي أن النزاع المطروح أمامه قد سبق لأطرافه الاتفاق على تسوية ما يثور بشأنه علاقتهم القانونية من منازعات عن طريق التحكيم، فوجب عليه الحكم بعد قبول الدعوى خاصة إذا تم البدء في إجراءات التحكيم و شكلت هيئة التحكيم و بدأ نظر النزاع.

و قد اشترط المشرع الجزائري امتناع القاضي عن نظر النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق التحكيم أن يدفع أحد أطراف النزاع بأنه يوجد اتفاق التحكيم بشأنه، بحيث إذا تجاهل أحد

¹ . لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 80.

² . عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 162.

الطرفين اتفاق التحكيم و رفع دعوى إلى القضاء بخصوص النزاع فإنه يجب تنبيه المحكمة إلى وجود هذا الاتفاق و بالتالي تمتنع عن الفصل في النزاع³.

و بهذا يكون المشرع الجزائري قد سلك مسلك غالبية تشريعات التحكيم التي تبنت مبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم.

المطلب الرابع: مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يعد مبدأ الاختصاص بالاختصاص من أهم آثار اتفاق التحكيم من الناحية الإجرائية، حيث أنه ينقل الاختصاص من قضاء الدولة إلى قضاء خاص أنشأه أطراف اتفاق التحكيم، حيث يصبح هذا الأخير هو صاحب الولاية في تسوية النزاع المبرم بشأنه اتفاق التحكيم و بهذا يتخلى قضاء الدولة المختص أصلا بنظر النزاع بموجب هذا الأثر إلى القضاء الاتفاقي الذي أراده الأطراف، الذي يثبت له سلطة الفصل في النزاع¹.

فأول مسألة إجرائية يجب لهيئة التحكيم أن تبث فيها هي التأكد من ثبوت اختصاصها للفصل في النزاع المبرم بخصوصه اتفاق التحكيم، حيث أنه يمكن لأحد طرفي التحكيم الذي يرغب في التنصل من الالتزامات الناشئة عن اتفاق التحكيم، إثارة مسألة بطلان اتفاق التحكيم أو غموضه و تعذر إعماله أو تنازلهم عنه، صراحة باتفاقهم على ذلك أو اللجوء إلى القضاء المختص في نظر النزاع أصلا على نفي أساس اختصاص هيئة التحكيم، و بالتالي يثور تساؤل حول مدى سلطة هيئة التحكيم في البث في اختصاصها ؟ بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه.

فمن الواضح أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يعطي لهيئة التحكيم سلطة الفصل في هذه الدفوع و لكنه لا يسلب و لا يستطيع أن يسلب اختصاص القاضي بالفصل في هذا النزاع إذا طرحت عليه بمناسبة تمسك طرف باتفاق التحكيم، و دفع الطرف الآخر ببطلان هذا الاتفاق فقاضي الدعوى هو قاضي الدفوع، و لا يتصور إلزام القاضي بالحكم بعد قبول الدعوى استنادا إلى تمسك أحد أطراف اتفاق التحكيم اكتشف القاضي بطلانه.

و قد ذهبت بعض أحكام النقض الفرنسية القديمة إلى أنه إذا كانت المسألة لا تتعلق بحدود اختصاص المحكمين و إنما بانعدام و لا يتهم أصلا، فإن الأمر يتعدى مسألة الاختصاص إلى مسألة الولاية، إذ يتطرق إلى البحث حول وجود اتفاق التحكيم و ليس حول نطاقه، و عندئذ الاختصاص للمحاكم، و ليس لهيئة التحكيم.

و الراجح أن المحكم لكي ينظر ما يعرض عليه من نزاع لا بد له أن يقرر أولا اختصاصه و لو اقتضى الأمر البحث في وجود، و صحة و استمرار اتفاق التحكيم الذي يستند إليه طالب التحكيم إذ هو يستمد ولايته من إرادة الطرفين، أي من هذا الاتفاق و لهذا فهو

³ المادة 1045 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائرية، رقم 09 سنة 2008.

¹ عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 79.

يختص بالنظر في مسألة اختصاصه و مبدأ الاختصاص بالاختصاص لا يشمل فقط ما يتعلق ببطان اتفاق التحكيم، و إنما أيضا ما يتعلق بوجوده و كذا ما يتعلق بتحديد نطاق ولاية هيئة التحكيم.

موقف المشرع الجزائري من مبدأ الاختصاص:

باستقراء نص المادة 1044 من ق.إ.م.إ الجزائر يظهر جليا اعتراف المشرع الجزائري بمبدأ الاختصاص بالاختصاص حيث نصت على أنه : " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، و يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع. تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي، إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع. "

فمن الواضح أن تبني المشرع الجزائري لمبدأ الاختصاص بالاختصاص ليس مطلقا، حيث أنه اشترط لكي تفصل هيئة التحكيم في اختصاصها بنظر النزاع عدم قيام أي طرف من أطراف التحكيم إبداء أي وجه من أوجه الدفاع أمامها بشأن اختصاصها في نظر النزاع.

و بالتالي فإنه عند مباشرة هيئة التحكيم مهمة الفصل في النزاع، فإنه يتحتم على القاضي الذي ترفع أمامه دعوى بطلان أو عدم وجود اتفاق التحكيم، الحكم بعدم الاختصاص، أما إذا لم تتصل هيئة التحكيم بالنزاع، فيمكن للقاضي النظر في البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم و رفض الحكم بعدم الاختصاص، فثبوت البطلان أمامه لطرح اتفاق تحكيم صحيح و هذا ما أخذ به المشرع الفرنسي كذلك.

كما وضع المشرع الجزائري قيودا ثانيا على سلطة هيئة التحكيم في البت في اختصاصها حيث اشترط أن يكون الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم فيما يخص تحديد اختصاصها حكما أوليا، إلا أنه استثنى من ذلك الأحكام التي تصدر بشأن الفصل في الدفع بعدم الاختصاص إذا كان مرتبطا بموضوع النزاع، فوجب أن يكون الفصل في هذه الدفوع بحكم نهائي.

و خلاصة القول أن تقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص، بهدف إلى عدم تعويق سير خصومة التحكيم، فالهيئة لا توقف سير الإجراءات لحين فصل القضاء في الأمر بل لها أن تواصل نظر النزاع إذا ما قدرت أن هذه الدفوع يرجى من وراءها المماثلة، و إطالة أمد النزاع¹.

كما لا يمكن الاحتجاج بهذه المبررات لمنع القاضي من التحقق من صحة، أو بطلان اتفاق التحكيم بل على عكس تبرر تأكيد سلطته، لأن رفع الأمر إليه لن يكون سببا لوقف أو منع سير إجراءات التحكيم، إلا إذا تبين للقاضي بطلان اتفاق التحكيم فتصدي للموضوع و أصدر فيه حكما أصبح نهائيا، ففي هذه الحالة يتحتم على هيئة التحكيم إنهاء الإجراءات

1. عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 42.

لأن استمرارها سيصبح لا جدوى منه، لأنها لو استمرت و أصدرت حكمها في موضوع النزاع فلن يتسنى تنفيذه لتعارضه مع حكم سبق صدوره من القضاء.

المبحث الثالث: صدور حكم التحكيم

إن لجوء الأطراف للتحكيم يأتي كنتيجة للمزايا التي يتمتع بها التحكيم، و خاصة السرعة في الفصل في النزاع الناشئ بين أطراف العلاقة القانونية العقدية أو غير عقدية و يعتبر حكم التحكيم بمثابة النتيجة التي تتوصل إليها هيئة التحكيم بعد النظر في الدفوع و طلبات الخصوم، و عقد جلسات استماع و مرافعة و سماع شهادة الشهود و الخبراء و يأتي الحكم كنتيجة لاقتناع الهيئة بالأدلة المقدمة من الخصوم.

و لإصدار حكم التحكيم يجب أن تتبع الهيئة مجموعة من الإجراءات، و تلتزم بالميعاد المحدد بها، كما يمكن لهيئة التحكيم أن تصدر أحكام جزئية أو أحكام أولية قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة¹.

وبصدور حكم التحكيم لا بد من تنفيذه وإلا فإنه لا جدوى من التحكيم طالما أن الأحكام التي تصدر عنه لا تجد طريقها لنفاذ ولا تحوز حجية الشيء المقضي، و لهذا كان لزاما على مختلف التشريعات الاعتراف بأحكام التحكيم و تقبل تنفيذها طالما سمحت بالتحكيم كوسيلة لفض المنازعات.

و سوف نقسم الدراسة هنا إلى أربعة مطالب:

المطلب الأول: سلطة الهيئة التحكيمية

المطلب الثاني: شروط حكم التحكيم

المطلب الثالث: ميعاد إصدار الحكم

المطلب الرابع: تنفيذ حكم التحكيم

المطلب الأول: سلطة الهيئة التحكيمية

الأصل أن تصدر هيئة التحكيم حكما في موضوع الدعوى منهي للخصومة كلها غير أنه في بعض الحالات قد تصدر هيئة التحكيم أحكاما لا تفصل في النزاع، فقد تصدر

¹. لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 325.

أحكاماً جزئية، كما قد تصدر أحكاماً وقتية، و ذلك خلال إدارتها للعملية التحكيمية، أو إصدار حكم تمهيدي قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة و النزاع المعروض عليها².

أولاً : سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام الجزئية

قد تكون الأحكام غير المنهية للخصومة فاصلة في الموضوع بالنسبة لبعض الطلبات الموضوعية، وتسمى هذه الأحكام بالأحكام الجزئية، فقد نصت المادة 1049 من ق.إ.م.إ الجزائر في شأن التحكيم التجاري الدولي، على أنه : " يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام اتفاق الأطراف ، أو أحكام جزئية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. " و هذا أيضاً ما ذهب إليه المشرع المصري كذلك في المادة 42 من قانون التحكيم التي نصت على أنه : " يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً . . . في جزء من الطلبات، و ذلك قبل إصدار حكم المنهي للخصومة كلها. "

و تقوم الحاجة إلى إصدار حكم جزئي في بعض المنازعات، خاصة في منازعات المقاولات التي يجري فيها التحكيم مع استمرار المفاوض في القيام بعمله، و يتصور أن يصدر حكم جزئي في التحكيم بشأن عقد المفاوضة يتعلق فقط بالطلبات المتعلقة بالتأخير، أو بأوامر التغيير الصادرة من رب العمل أو يتعلق فقط بنسبية ما تم تنفيذه، و يجب أن يتضمن الحكم الجزئي على وجه التحديد الطلب أو الجزء من الطلب الذي فصل فيه، مع الإشارة إلى أن الهيئة مستمرة في نظر باقي المسائل.

و يلاحظ أن الحكم الجزئي هو حكم موضوعي و ليس حكماً وقتياً ، و يتميز بأنه يفصل فقط في جزء من المسائل محل النزاع المطروحة على التحكيم و ليس فيها كلها، مع استمرار هيئة التحكيم في نظر باقي هذه المسائل، و لهذا فإن الحكم الجزئي الذي تصدره هيئة التحكيم لا ينهي ولايتها في نظر النزاع في باقي المسائل التي يشملها الحكم الجزئي.

و لا يشترط ممارسة هيئة التحكيم لسلطتها في إصدار أحكام جزئية أن يتفق الأطراف على تخويلها هذه السلطة، إلا أنه يجوز للأطراف الاتفاق على حرمان هيئة التحكيم من إصدار أحكام جزئية، و في هذه الحالة يمتنع عليها إصدار أي حكم جزئي.

ثانياً : سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام الوقتية

منح المشرع المصري هيئة التحكيم سلطة إصدار الأحكام الوقتية حيث نصت المادة 42 من قانون التحكيم الذي أورد نصاً يقضي بأنه : " يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية . . . و ذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها. "

². مناني فراح، المرجع السابق، ص 125.

و بهذا النص خول المشرع المصري هيئة التحكيم سلطة إصدار أحكاما وقتية (مستعجلة) كالحكم بالحراسة القضائية، أو الحكم بالنفقة الوقتية و ذلك قبل أن تصدر حكمها في الموضوع.

فإذا كان النزاع متعلقا بطلب تعويض عن أضرار لحقت البضاعة أثناء نقلها، و لم يكن مثار نزاع أو جدل إلا تحديد مقدار التعويض ، فللمحكمة أن تحكم بناء على طلب المضرور بدفع مبلغ مؤقت لحين الفصل النهائي المتوقف على تقدير الخبراء المنتدبين، كما للهيئة أن تحكم بوقف استمرار العمل في الموقع، أو باستمراره لحين الفصل في موضوع النزاع، و ذلك حسبما تقدره الهيئة من ظروف و ملاسبات محيطة بموضوع الخلاف¹.

و يكون لهيئة التحكيم هذه السلطة سواء اتفق الأطراف على تخويلها هذه السلطة أو لم يتفقوا فإنفاقهم على التحكيم في نزاع معين، يعني تخويل المحكمين سلطة الفصل في موضوع النزاع، و في إصدار أحكام وقتية و مستعجلة تبعا لاختصاصهم الموضوعي به، على أنه إذا اتفق الأطراف على عدم تخويل هيئة التحكيم سلطة إصدار أحكام وقتية فلا يجوز للهيئة إصدار أي حكم منها.

ثالثا: سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام التمهيدية

لم يشر القانون المصري إلى إمكانية إصدار هيئة التحكيم لأحكام تمهيدية، على خلاف ما تنص عليه المادة 1035 من قانون المرافعات الجزائي². التي يستخلص منها إمكانية إصدار محكمة التحكيم لأحكام تحضيرية أو تمهيدية، و هذا ما نصت عليه المادة 1/32 من لائحة مركز القاهرة الإقليمي " . . . يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر . . . أحكام تحكيم . . . تمهيدية . . . "

و يتميز الحكم التمهيدي بأنه حكما ليس فاصلا في موضوع النزاع كليا أو جزئيا و ليس منهيًا للخصومة ، كما أنه لا يصدر في طلب وقتي ، فهو يرمي إلى التمهيد لإصدار حكم موضوعي أو وقتي.

و لم ينص القانون على شكل خاص للحكم التمهيدي أو التحضيري، و لهذا فإنه يمكن أن يصدر في شكل قرار من الهيئة، يثبت في محضر الجلسة كما يمكن أن يصدر في شكل ورقة حكم مستقلة يوقع عليها أعضاء الهيئة أو أغلبيتهم.

المطلب الثاني: شروط حكم التحكيم

يشترط أن يتوفر في حكم التحكيم بعض الشروط الموضوعية و الشكلية حتى يكون صحيحا و لا يقبل الطعن فيه بالبطلان و سوف نتطرق لهذه الشروط كما يلي:

¹ . نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 140.

² . حيث نصت على أنه " يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة. "

أولاً: الشروط الموضوعية

يهدف أطراف اتفاق التحكيم إلى حسم ما نشب بينهم أو ما قد ينشب من منازعات و ذلك عن طريق المحكمين الذين لجئوا إليهم بدلا من الالتجاء للقضاء، و لذا ألزم أن يصدر حكم المحكمين فاصلا في موضوع الخلاف على نحو حاسم، فلا يعد حكما مجرد حث الأطراف أو توجيههم إلى انتهاج أسلوب معين في تنفيذ التزاماتهم.

فحكم التحكيم الذي يكتسب هذا الوصف هو الحكم الصادر في موضوع النزاع على نحو ينحسم به دابر النزاع، و لكن إذا كان حكم التحكيم بهذا المعنى يطابق معنى الحكم القضائي، إلا أن المحكمون على عكس القضاة ، لا يستمدون سلطتهم من الدولة و إنما من اتفاق الأطراف، و لذا فهم الذين يحددون مهمة المحكم و نطاق سلطاته، فهو قاضي النزاع كما حدده الأطراف، و لا تنطبق عليه و لا يملك التصدي لما لم يعرض عليه و لم يطلب منه الفصل فيه.

و لذلك يعد سببا من أسباب بطلان حكم التحكيم، تجاوز المحكم حدود المهمة، أو التصدي لما لم يتفق الأطراف على عرضه على التحكيم.

و يجب أن يصدر المحكمون حكم التحكيم وفقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ، سواء بالنسبة للإجراءات أو للموضوع، و يعد سببا لبطلان الحكم تجاهل المحكمين لإرادة الأطراف و الحكم وفقا لقانون آخر، حتى لو كان هو القانون الذي كان سيطبقه القاضي لو عرض عليه النزاع.

ثانياً: الشروط الشكلية

اشترط المشرع المصري وفقا لنص المادة 1/43 بعض الشروط اللازم توافرها في حكم التحكيم حيث نصت على أن " يصدر حكم التحكيم كتابة و يوقعه المحكمون، و في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفي بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن تثبتت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية. "

1- الكتابة:

فالكتابة شرط لوجود الحكم لا لإثباته ، فالقانون لا يعترف بالحكم الشفوي، فمثل هذا الحكم يكون منعدما ، فحكم التحكيم يجب إيداعه و وضع أمر التنفيذ عليه و لا يتصور إيداع أو وضع أمر بالتنفيذ إلا على ورقة مكتوبة، و إذا كان لأطراف الاتفاق على الإجراءات المتبعة دون التقييد بما ينص عليه قانون التحكيم، فإن هذه السلطة لا تشمل الاتفاق على عدم صدور الحكم كتابة.

أما المشرع الجزائري فلم يورد نصا صريحا عن اشتراط الكتابة في حكم التحكيم، غير أن المتأمل في أحكام المواد 1027-1028-1029 من ق.إ.م.إ الجزائر يتضح له ضرورة أن يصدر حكم التحكيم كتابة.

و يمكن أن تتم كتابة الحكم بخط اليد أو عن طريق أية آلة تحقق الغرض و يجب كتابة الحكم باللغة التي جرى بها التحكيم، سواءا كانت اللغة العربية أو أي لغة أخرى، حددها اتفاق الطرفين، أو قرار هيئة التحكيم¹.

2- التوقيع:

اشترط المشرع المصري في المادة 1/43 أن يوقع المحكمون على الحكم، حيث أن المحكمين دائما من الأشخاص الطبيعيين، حتى ولو أوكل أو أحال الأطراف على لائحة أو قواعد إحدى هيئات أو مراكز التحكيم الدائمة، فإن هذا لا يعني تولي هذه الهيئة كشخص معنوي أمر التحكيم، وإنما يكون مفاد الإحالة أن تتولى هذه الهيئة تطبيق قواعدها الخاصة بكيفية تشكيل هيئة المحكمين من الأشخاص الطبيعيين، و لذلك لا يغني وضع ختم أو شعار إحدى مراكز أو هيئات التحكيم عن توقيعه بواسطة أعضاء هيئة التحكيم الذين أصدروا الحكم.

و استلزم المشرع المصري أن يصدر المحكمون قرارهم بالأغلبية في حالة التعدد، و لذا لزم توقيع الأغلبية على الحكم، إذا رفضت الأقلية التوقيع و في هذه الحالة اشترط المشرع ضرورة ذكر أسباب عدم توقيع الأقلية، مما يجعل خلو الحكم من هذا البيان سببا من أسباب رفع دعوى البطلان.

و تبدو أهمية بيان أسباب رفض الأقلية التوقيع في كونها قد تتضمن ما يساند طلب بطلان الحكم، كما لو أبرزت هذه الأسباب وقوع انتهاك لحقوق الدفاع، أو تطبيق الأغلبية لقانون غير القانون المتفق عليه بين الأطراف، أو طبقت قانونا لا يتصل بموضوع النزاع إذا أغفل الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق.

كما أن هذا الشرط يضمن إلى حد كبير ضمان سلامة الحكم و تضيق مجال وقوع إخلال بحقوق الأطراف، أو الانحراف في مسار الإجراءات.

أما المشرع الجزائري فاشترط أن يصدر حكم التحكيم بأغلبية الأصوات² كذلك توقيع حكم التحكيم من قبل جميع المحكمين، و إذا تشكلت محكمة التحكيم من أكثر من محكم، يجب توقيع الأغلبية على الحكم و لم يستلزم المشرع الجزائري ضرورة بيان عدم توقيع الأقلية، و إنما اقتصر فقط ضرورة الإشارة إلى واقعة رفض الأقلية التوقيع على الحكم، و اعتبر الحكم الموقع من الأغلبية كأنه موقعا من جميع المحكمين.

1. محمد أحمد شحاتة، المرجع السابق، ص 133.
2. المادة 1026 من الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائرية.

3- التسبب:

يقصد بالتسبب بيان الحجج و الأدلة القانونية، و الواقعية التي اعتمد عليها المحكم في إصدار حكمه ، حيث نص المشرع المصري على هذا الالتزام في المادة 2/43 من ق.ت.م التي نصت على أنه : " يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم¹. "

و على ضوء ذلك يتضح لنا من النص أعلاه أن تسبب الحكم من الالتزامات الجوهرية التي تقع على المحكم، و عدم التسبب يترتب عليه البطلان لكن نجد أن هذا الشرط قد ألحقه المشرع المصري بعبارة " إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك " فترك بذلك المشرع مجالا واسعا لإعمال مبدأ سلطان الإرادة، بأن أعطى الأطراف المتخاصمة مكنه الاتفاق على إلزام المحكم بالإسراع في إصدار الحكم، و بدون تسبب فلهم حرية الاشتراط في ذلك².

إذ نص المشرع الجزائري على ضرورة تسبب أحكام التحكيم، حيث تنص المادة 2/1027 على أنه : " يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة " و قد جاء هذا النص صريحا، فلم يمنح للأطراف إمكانية الاتفاق على إعفاء المحكمين من تسبب الحكم.

و يعتبر تسبب أحكام المحكمين، من أهم ضمانات التقاضي أمامهم حيث أنه يضمن حسن أدائهم لمهمتهم، و التحقق من حسن استيعابهم لوقائع النزاع و دفاع الخصوم، فالالتزام المحكمين بكتابة أسباب الحكم يدفعهم إلى التروي و التفكير قبل إصدار الحكم، فيجب أن يشتمل الحكم على الأسباب الواقعية التي اعتمدت عليها الهيئة و كونت منها عقيدتها و ترجمتها في الحكم الذي انتهت إليه.

3- بيانات الحكم:

لقد استلزم المشرع الجزائري ضرورة توافر بعض البيانات في حكم التحكيم، و هي:

- يجب أن يتضمن حكم التحكيم عرضا موجزا لإدعاءات الأطراف، و أوجه دفاعهم و الأسانيد التي تدعم هذه الإدعاءات، و هذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (1027) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.
- يلزم أن يكون الحكم مسببا و ذلك وفقا للفقرة الثانية من المادة (1027) سابقة الذكر و تظهر الأهمية الخاصة للتسبب في ظل القانون الجزائري الذي يسمح باستئناف

1. محمد أحمد شحاتة، المرجع السابق، ص 132.

2. مناني فراح، المرجع السابق، ص 144.

- حكم التحكيم ، فلا شك أن بيان أسباب في الحكم يسمح لمحكمة الاستئناف بمراقبة ما توصلت إليه محكمة التحكيم بشأن الفصل في موضوع النزاع.
- اسم و لقب المحكم، أو المحكمين¹ و ذلك لمراقبة تطابق الأسماء الواردة في الحكم مع الأسماء التي تضمنها اتفاق التحكيم ، حيث يلزم المشرع الجزائري تسمية المحكمين و بيان طريقة تعيينهم² سواء في الشرط أو مشاركة التحكيم.
- تاريخ صدور الحكم، و تبدو أهمية بيان التاريخ في إثبات صدور الحكم خلال سريان اتفاق التحكيم، و يصبح الحكم قابلا للاستئناف من تاريخ صدوره³.
- مكان إصدار الحكم، و تحديد مكان صدور الحكم يتم على أساسه تحديد المحكمة المختصة لطلب التنفيذ.
- يجب أن يتضمن الحكم أسماء و ألقاب الأطراف، و موطن كل منهم، و تسمية الأشخاص المعنوية و مقرها الاجتماعي.
- توقيع الحكم و يتعين على جميع المحكمين توقيع الحكم ، فإذا رفضت الأقلية التوقيع في حالة صدور الحكم بالأغلبية ، فيجب إثبات هذا الرفض، و يعتبر أسلوب الرفض منتجا لآثاره ، كما لو كان موقعا من جميع المحكمين.

المطلب الثالث: ميعاد إصدار الحكم

إذا كان لهيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع محل التحكيم، فإن هذه السلطة يجب أن تمارس خلال الميعاد المحدد، و لهذا فإن حكم التحكيم المنهي للنزاع كله يجبان يصدر خلال هذا الميعاد.

حيث نص المشرع المصري في المادة 1/45 على أن تلتزم هيئة التحكيم بإصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان، فإن لم يوجد اتفاق و يجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهرا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، و في جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مدا ميعاد على إلا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك.

و إذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة السابقة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون " أن يصدر أمرا بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم، و في هذه الحالة يمكن لأي من الطرفين رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلا بنظرها "

و في هذا السياق نص المشرع الجزائري على ميعاد إصدار الحكم، حيث نصت المادة 1018 على أنه : " يكون اتفاق التحكيم صحيحا و لو لم يحدد أجلا لإنهائه، و في هذه الحالة

1. الفقرة الأولى من المادة 1028 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.
 2. المادة 1008 الفقرة الثانية و المادة 1012 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائرية.
 3. محمد أحمد شحاتة، المرجع السابق، ص 143.

يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة 4 أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم.

غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، و في حالة عدم الموافقة عليه، يتم تمديد وفقا لنظام التحكيم و في غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة. "

و يستفاد من النصوص السالفة الذكر أن هناك ميعاد اتفاقي و ميعاد قانوني تلتزم خلاله الهيئة بالفصل في النزاع، كما يمكن مد هذا الميعاد باتفاق الأطراف باقتراح من هيئة التحكيم، أو بأمر من رئيس المحكمة المختصة.

أولاً: الميعاد الاتفاقي

الأصل أن يتفق الأطراف على ميعاد التحكيم، أي أجل إصدار الحكم المنهي للنزاع ، فهم الأقدر على معرفة ظروف و ملابسات النزاع و الوقت الكافي للفصل فيه فيحدد الأطراف بداية هذا الميعاد و مدته و يكون على هيئة التحكيم عندئذ إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال هذا الميعاد إذ تنص المادة 1/45 على أنه : " على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان. "

و ليس هناك حد أقصى للميعاد الذي يمكن أن يتفق عليه الأطراف، كما يمكن تحديد ميعاد وفقا لقواعد و لوائح أحد مراكز و مؤسسات التحكيم الدائمة إذا اتفق أطراف التحكيم على أن يتم التحكيم وفقا للإجراءات المتبعة أمام هذه المراكز¹.

ثانياً: الميعاد القانوني

إذا أغفل الطرفان الاتفاق على تحديد ميعاد التحكيم فإن الهيئة تلتزم بالفصل في النزاع وفقا للميعاد المحدد في القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، فقد حدد المشرع المصري ميعاد التحكيم في المادة 1/45 التي نصت على أنه " . . . فإن لم يوجد اتفاق و جب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهرا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم " و تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر².

أما المشرع الجزائري فقد حدد ميعاد التحكيم في حالة غياب اتفاق الأطراف بأربعة شهور تبدأ من تاريخ تعيين المحكمين أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم.

باستقراء نص المادة 1015 و المادة 1018 من قانون المرافعات الجزائري يمكن القول بأن إجراءات التحكيم تبدأ من تاريخ إعلان المحكم ، أو المحكمين بقبولهم المهمة المسندة إليهم على اعتبار أن تعيين المحكم فقط دون قبول هذا الأخير لمهمته لا يعتبر تشكيلا صحيحا

1. محمد أحمد شحاتة، المرجع السابق، ص 134.

2. المادة 27 من قانون التحكيم المصري، نقلا عن لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 337.

الفصل الثاني النظام القانوني لاتفاق التحكيم
لهيئة التحكيم، و بالتالي لا يمكن اتخاذه كنقطة لبداية الإجراءات، لأن اعتباره كذلك قد يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم بحجة أن تشكيل الهيئة لم يكن صحيحا لعدم إبداء أعضائها لقبولهم مهمة التحكيم، و بالتالي فإن اعتبار تاريخ قبول المحكم أو المحكمين لمهمتهم يعد الأكثر قبولاً لجعله نقطة بداية إجراءات التحكيم.

و يلاحظ أن المدة التي حددها المشرع الجزائري (4 أشهر) تتماشى و مزايا نظام التحكيم إلا و هي السرعة على عكس الميعاد الذي حدده المشرع المصري 12 شهرا الذي يبدو طويلا نوعا ما.

ثالثا: سلطة هيئة التحكيم في مد ميعاد التحكيم

خول المشرع المصري هيئة التحكيم سلطة مد ميعاد التحكيم سواء كان ميعاد إصدار الحكم محددًا اتفاقًا أو قانونًا، و اشترط أن لا تزيد مدة المد عن ستة أشهر ، و عدم اتفاق الأطراف على غير ذلك، حيث تنص المادة 1/45 على أنه : " . . . و في جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك. "

كما أعطى المشرع الجزائري هيئة التحكيم سلطة مد ميعاد التحكيم بموافقة الأطراف و في حالة عدم اتفاق الأطراف على فترة مد ميعاد التحكيم فإن مد ميعاد التحكيم يكون وفقا للقانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، حيث نصت المادة 2/1018 على أنه : " غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، و في حالة عدم الموافقة عليه، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم¹. " و يؤخذ على نص المادة 2/1018 ما يلي :

1- أن المشرع الجزائري لم يحترم مبدأ سلطان الإرادة الذي يعد عماد نظام التحكيم حيث أنه أعطى لهيئة التحكيم سلطة مد ميعاد التحكيم وفقا للقانون الذي يحكم إجراءات التحكيم رغم وجود إمكانية رفض الأطراف لهذا المد، حيث إن بمجرد رفض الأطراف مد ميعاد التحكيم بعد انتهاء الميعاد المحدد اتفاقا أو بنص القانون تنتهي الإجراءات، و يصبح لكل طرف الحق في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، و هو حق أصيل كرسه جل الدساتير و ما ذهب إليه المشرع الجزائري هنا يعد خرقا لحق دستوري ، و يتنافى مع أحد أسس التحكيم و هو الطابع الاتفاقي و كذلك عدم احترام مبدأ سلطان الإرادة.

2- لم يحد من سلطة محكمة التحكيم في مد الميعاد، حيث لم يحدد المدة الإضافية التي يمكن أن تأمر بها هيئة التحكيم، مما يفتح المجال أمام المحكمين في تحديد فترة المد اشتراطه موافقة الأطراف على هذا المد.

رابعا: سلطة القضاء في مد ميعاد التحكيم

1. لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 85.

أعطي كل من المشرع المصري و الجزائري القضاء سلطة مد ميعاد التحكيم حيث نص المشرع الجزائري في المادة 2/1018 على أنه : " يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف ، وفي حالة عدم الموافقة عليه، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم وفي غياب ذلك، يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة. "

و لما كان المشرع الجزائرية يفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، فان المحكمة المختصة في التحكيم الداخلي هي التي يجري التحكيم في دائرة اختصاصها أما في مجال التحكيم التجاري الدولي فإن المحكمة المختصة هي المحكمة التي يجري في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر و محكمة الجزائر العاصمة إذ كان التحكيم يجري في الخارج و اتفق أطرافه على تطبيق القانون الجزائري¹.

غير أن المشرع الجزائري أورد نصا يناقض ما ذهب إليه في نص المادة 1041 حيث تنص المادة 1042 على أنه : " إذا لم تحدد الجهة القضائية في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه. "

فرغم منح المشرع الجزائري لأطراف التحكيم سلطة تحديد الجهة القضائية التي يؤول لها الاختصاص لمساعدة محكمة التحكيم، فإن تحديد لمحكمة مكان إبرام العقد أو تنفيذه بعراض أحكام المادة 1041 التي تعد حسب وجهة نظرنا الأقرب لتحقيق توقعات لأطراف خاصة إذا علمنا أن مكان إبرام العقد أو تنفيذه قد يكون بعيدا عن مكان إجراء التحكيم، و هو ما يكلف أطراف التحكيم أعباء إضافية و هو ما يتنافى و روح التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات.

و قد أعطى المشرع المصري تدخل القضاء لمد ميعاد إصدار الحكم متوقفا على طلب أحد الطرفين من رئيس المحكمة المختصة.

المطلب الرابع: تنفيذ حكم التحكيم

إذا صدر حكم التحكيم قد يقوم من صدر ضده بتنفيذ اختيارا، و قد يمتنع عن ذلك مما يضطر معه الطرف الذي لصالحه الحكم أن ينفذه جبرا، وإذا قام المحكوم ضده بتنفيذ الحكم اختيارا أو أعلن إرادته الواضحة في تنفيذ الحكم طوعا ، فإنه يعتبر قابلا لحكم التحكيم، غير أنه يلاحظ أن تنفيذ جزء فقط من الحكم اختيارا لا يعتبر قبولا للحكم برمته و إذا كان من المقرر أنه لا يجري تنفيذ جبري بغير سند تنفيذي فإن حكم التحكيم وحده لا يصلح سندا لإجراء التنفيذ الجبري ، فهو ليس من الأعمال القانونية التي أعطاها القانون القوة التنفيذية، و إذا كان المشرع المصري قد أجاز الالتجاء إلى التحكيم فإنه لم يعطي لأحكام التحكيم القوة التنفيذية، فحكم المحكمين و إن كان يحوز حجية الأمر المقضي بمجرد

1. عليوش كمال فربوع، المرجع السابق، ص 24.

صدوره ليس له في ذاته قوة تنفيذية تمكن المحكوم له من اقتضاء حقه جبرا فالقوة التنفيذية لا تلحق حكم المحكمين إلا بصدور أمر خاص بها من قضاء الدولة ، يسمى بأمر التنفيذ².

2. مناني فراح، الرجوع السابق، ص 150.

و تنفيذ حكم التحكيم وفقا لقانون الجزائري يستلزم لنا التطرق إلى تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية و الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي و تنفيذها.

أولاً: تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية

1- الجهة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ:

يختص بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها الحكم¹ و العبرة بالمكان الموضح في حكم التحكيم، حيث يستلزم المشرع الجزائري أن يتضمن الحكم تحديد مكان التحكيم، و المقصود بالمحكمة التي صدر دائرة اختصاصها الحكم هي المحكمة الابتدائية، و يصدر الأمر بالتنفيذ دون مواجهة بين الخصوم و لكن يجب على طالب التنفيذ أن يودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة مرفقا بنسخة من اتفاق التحكيم.

2- إصدار الأمر بالتنفيذ:

بعد تقديم طلب استصدار الأمر بالتنفيذ على عريضة، و إيداع صورة حكم التحكيم و إيداع نسخة من اتفاق التحكيم، يمكن للقاضي أن يصدر أمر بالتنفيذ أو رفض التنفيذ بعد التحقق من وجود حكم التحكيم و اتفاق التحكيم، و يراقب مدى توفر الشروط الشكلية التي أوجب المشرع توافرها في الحكم والتي نص عليها في المواد (1026-1027-1029) غير أن القاضي ملزم بتسبيب الأمر الصادر برفض طلب التنفيذ، حيث أن المشرع الجزائري أجاز استئناف هذا الأمر، و في حالة إصدار الأمر بالتنفيذ يمكن لأي طرف من أطراف التحكيم أن يطلب نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم من رئيس أمانة الضبط.

3- التظلم من الأمر بالتنفيذ:

أجاز المشرع الجزائري للطرف الذي طلب الأمر بالتنفيذ في حالة صدور الأمر من القاضي برفض التنفيذ استئناف هذا الأمر أمام المجلس القضائي الذي يعتبر الدرجة الثانية من درجات التقاضي، و هي جهة الاستئناف في القضاء العادي خلال 15 يوما من تاريخ صدور الأمر المتضمن الرفض و من هنا يظهر جليا أن المشرع الجزائري قد أعطى للطرف الذي صدر لصالحه حكم التحكيم، في حالة رفض رئيس المحكمة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ، أن يستأنف هذا الأمر بالرفض خلال 15 يوما أمام الجهة القضائية الأعلى درجة و التي تتبعها المحكمة المختصة بإصدار هذا الأمر باعتبارها جهة الاستئناف، فمثلا لو صدر حكم التحكيم في دائرة سيدي عقبة فإن جهة الاستئناف الأمر الصادر برفض تنفيذ حكم التحكيم، هي مجلس قضاء بسكرة.

1. المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

غير أن المشرع الجزائري لم يوضح موقفه في حالة صدور الأمر بالتنفيذ فلم يبين ما إذا كان للطرف الذي صدر ضده حكم التحكيم أن يستأنف الأمر الصادر بالتنفيذ؟ أم لا؟ غير أننا نعتقد انه يمكن لهذا الأخير أن يستأنف هذا الأمر لان حرمانه من ذلك يعتبر إخلالا وتميزا بين مراكز قانونية متكافئة و إخلالا بمبدأ المساواة بين المواطنين، أمام القانون وحقهم في الالتجاء إلى القضاء، و من هنا فإننا نرى تدخل المشرع الجزائري لإقرار حق الطرف الذي صدر ضده حكم التحكيم و أعقبه صدور الأمر بالتنفيذ أن يستأنف هذا الحكم.

4-النفاد المعجل لأحكام التحكيم:

بصدور الأمر بالتنفيذ حكم التحكيم يمكن للطرف الذي صدر لصالحه أن يطلب نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم من رئيس أمناء الضبط للمحكمة المختصة و يمكن للقاضي أن يأمر بالنفاد المعجل لحكم التحكيم إذا اقتضت الضرورة لذلك، و في هذه الحالة تطبق القواعد المتعلقة بالنفاد المعجل ، حيث نصت المادة 1037 على أنه تطبق القواعد المتعلقة بالنفاد المعجل للأحكام على أحكام التحكيم المشمولة بالنفاد المعجل.

ثانيا: الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي و تنفيذها

1-الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية :

تعترف الجزائر بأحكام التحكيم الدولي إذا أثبت من تمسك بها وجودها و كان هذا الاعتراف غير مخالفا للنظام العام الدولي، و هذا يعني أن المشرع الجزائري يعترف بأحكام التحكيم الدولي بشرط أن يثبت من تمسك بها وجودها و ألا تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام الدولي، و هذا يأتي تجسيدا لانضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك لعام 1958 و المتعلقة بالاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية¹.

حيث يمكن تنفيذ أحكام التحكيم الدولية إذا توفرت الشروط السابقة، و صدر أمر من رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها، أو محكمة محل التنفيذ، إذا كان مقر التحكيم موجود خارج الجزائر و يجب أن يقدم الأمر بالتنفيذ مرفقا بأصل حكم التحكيم، و اتفاق التحكيم، أو نسخ عنهما تستوفي شروط صحتها، و يجب أن تودع هذه الوثائق بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل.

الجهة القضائية المختصة:

إذا كان حكم التحكيم صادرا في الجزائر فإن المحكمة المختصة هي المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها هذا الحكم، أما إذا كان حكم التحكيم صادرا في الخارج ، فيؤول الاختصاص إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرتها مكان التنفيذ.

1. انضمت الجزائر إلى اتفاقية نيويورك 1958 بموجب المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 5-11-1998 المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ لاتفاقية الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبي و تنفيذها.

الفصل الثاني
النظام القانوني لاتفاق التحكيم
و يجب أن يستوفي طلب استصدار الأمر بالتنفيذ نفس الشروط المنصوص عليها بشأن التحكيم الداخلي.

استئناف الأمر بالتنفيذ:

يمكن استئناف الأمر الصادر برفض طلب التنفيذ، أما الأمر الصادر بالتنفيذ فلا يمكن استئنافه إلا في حالات محددة و هي:

- 1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاق التحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية (انتهاء ميعاد التحكيم)¹
- 2- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون الذي اتفق عليه الأطراف.
- 3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها، أي لم تلتزم بحدود المهمة المنوطة بها، بحيث تفصل في ما لم يطلب منها الأطراف.
- 4- إذا لم تحترم هيئة التحكيم مبدأ المواجهة².
- 5- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب، حيث أن المشرع الجزائري يشترط تسبب الأحكام.
- 6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

و قد حدد المشرع الجزائري ميعاد استئناف الأمر القاضي بالتنفيذ بشهر واحد يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة³.

و يجب أن يرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي الذي تتبعه المحكمة التي أصدرت الأمر بالتنفيذ، و يلاحظ أن المشرع الجزائري يفتح الباب لاستئناف الأمر الصادر بالتنفيذ، كما أنه يتوسع في الأسباب التي تبرز ذلك على عكس القانون المصري الذي لا يتيح التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ الحكم، كما أنه لا يمنع إصدار أمر التنفيذ إلا لأسباب ثلاثة تتمثل كما رأينا في تعارض الحكم مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية أو مخالفة النظام العام المصري، أو عدم إعلان الحكم للمحكوم ضده.

تجدر الإشارة إلى أن أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر يمكن الطعن فيها بالبطلان استنادا إلى الأسباب التي تبرز استئناف الأمر الصادر بالتنفيذ. حيث أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ، و تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه، كما أن الطعن في أمر التنفيذ يوقف حكم التحكيم، و هذا حسب ما نصت عليه المادة 1060 من قانون المرافعات الجزائري، كما أن القرار الصادر

1. المادة 1056 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

2. مناني فراح، المرجع السابق، ص 157.

3. المادة 1057 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الفصل الثاني
النظام القانوني لاتفاق التحكيم
باستئناف الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، يكون قابلا للطعن بالنقض وفقا لأحكام قانون المرافعات
الجزائري، و ذلك حسب المادة 1061¹.

1. مناني فراح ، المرجع السابق، ص 159.

الخطبة

شهد العالم تحولا واسعا في طبيعة الأنشطة التجارية و الاقتصادية و لمواكبة هذا التحول كان لازما أن يتطور البناء القضائي الذي أصبح بحاجة ملحة إلى أعوان متخصصين في مختلف النشاطات للبت فيما يعرض عليه من منازعات تنشأ من تلك الأنشطة و سعيا للحد من حجم المنازعات التي تثقل على القضاة، و لذلك تم استحداث طريق بديل لفض النزاعات و ذلك قبل اللجوء إلى القضاء عن طريق التحكيم فهناك اتجاه عالمي لإعطاء التحكيم أولوية الفصل في المنازعات خاصة في العقود و الاتفاقات الدولية و لا يقف الأمر عند هذا الحل بل أن التحكيم لعب دورا كبيرا في إيجاد الحلول لكثير من القضايا حيث أصبح يعتبر من بين الوسائل السلمية الفعالة لتسوية المنازعات سواء داخلية أو دولية و بذلك أصبح طريق بديل لحل النزاعات.

و على هذا الأساس يمكن القول أن اتفاق التحكيم هو نقطة بداية في نظام التحكيم، و حجر زاوية فلا يعرض أي نزاع على محكمين إلا باتفاق ذوي الشأن اتفاقا صريحا على الفصل فيه بطريق التحكيم و يعتبر كذلك تصرف قانوني بالمعنى الفني.

و قد جاء المشرع الجزائري في التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2005، بمواد خاصة باتفاق التحكيم و دوره في تسوية المنازعات التجارة الدولية .

و من خلال دراستنا هذه فإن أهم النتائج التي خلصت لها هي:

- التحكيم هو اتفاق طرفين أو أكثر للفصل في نزاع خاص بهم عن طريق محكمين بدلا من الطريق القضائي العادي.
- اتفاق التحكيم هو العقد الذي يتم الاتفاق عليه من طرف الخصوم على حل النزاع القائم بينهم و المحتمل الوقوع بواسطة التحكيم، و يخضع اتفاق التحكيم للقواعد العامة التي تحكم العقود.
- إن اتفاق التحكيم لكي يأخذ صفة القانونية لا بد أن يتوافر فيه شروط شكلية و موضوعية و إلا أصبح هذا الاتفاق باطلا و من ثم يترتب عليه بطلان حكم التحكيم.
- على الرغم من الآراء المختلفة حول الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم، سواء كانت هذه الطبيعة عقدية أم قضائية، أو مختلطة أم طبيعة خاصة فإن الهدف النهائي من هذا النظام هو وضع نهاية للخصومة ، و هو ما يتحقق من خلال التحكيم.
- من أهم الآثار التي يتركها اتفاق التحكيم على أطرافه هو منع هذه الأطراف عرض نزاعهم موضوع الاتفاق على أي جهة قضائية في الدولة، لأن هذه الأطراف قد اختارت هذا الطريق الاستثنائي لحسم منازعاتهم.

- بما أن هيئة التحكيم لا تمتلك صفة الإلزام لا في المرحلة الإجرائية، و لا في مرحلة تنفيذ الحكم الصادر منها ، فإن هذه الهيئة يمكن لها أن تستعين بالقضاء لتحقيق هذه النتيجة مثل الاستعانة بالقضاء الوطني في تشكيل هيئة التحكيم أو إحضار الشهود أو الإجراءات التحفظية أو تنفيذ حكم التحكيم و غيرها.
- المنازعات التي لا يجوز أن تكون محلا للتحكيم وفقا للمادة 1006 من التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري هي المسائل المتعلقة بالنظام العام أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية في إطار الصفقات العمومية.
- تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي طبقا لنص المادة 1017 من ق.إ.م.إ الجزائر، كما أن المشرع الجزائري نص صراحة في المادة 1015 من التعديل الجديد على أنه يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم.

و كتوصيات اقترح الآتي:

- إنشاء مراكز التحكيم في بلادنا.
- تكوين محكمة التحكيم في مستوى جيد.
- الاهتمام بالجانب العملي و الأكاديمي في التحكيم الدولي بعقد ندوات و لقاءات.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القوانين

1. قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.
2. قانون المرافعات المصري.
3. قانون التحكيم المصري قانون رقم 27 سنة 1994.
4. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية قانون رقم 08-09 المؤرخ في 23 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ثانياً: الكتب

1. عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، 2013.
2. عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة 2، سنة 2004.
3. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، الطبعة 1 ، سنة 1997.
4. لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر ، 2012.
5. محمد أحمد شحاته، التحكيم في الفقه و القانون المقارن، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2010.
6. محمد حسين جاسم المعماري، التحكيم التجاري و تدخلات الفضاء الوطني، دار الكتب و الوثائق القومية، الإسكندرية، 2013.
7. محمد علي محمد بني مقداد، قانون التحكيم التجاري الدولي، دار اليازوري، عمان، 2011.

8. محمدى فتح الله حسين، شرح قانون التحكيم و التحكيم الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
9. مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين ميلية، الجزائر، الطبعة 2010.
10. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.

الأفكار من

إهداء

شكر

01 المقدمة

الفصل الأول: مفهوم اتفاق التحكيم

05 المبحث الأول: تعريف اتفاق التحكيم

06 المطلب الأول: التعريف لاتفاق التحكيم

07 المطلب الثاني: صور اتفاق التحكيم

11 المطلب الثالث: شروط اتفاق التحكيم

18 المبحث الثاني: تشكيل هيئة التحكيم

18 المطلب الأول: طرق تشكيل هيئة التحكيم

23 المطلب الثاني: شروط الواجب توافرها في المحكم

26 المطلب الثالث : مسؤولية المحكم

الفصل الثاني : النظام القانوني لاتفاق التحكيم

30 المبحث الأول: الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم

31 المطلب الأول: الطبيعة العقدية

33 المطلب الثاني: الطبيعة القضائية

34 المطلب الثالث: الطبيعة المختلطة

35 المطلب الرابع: الطبيعة المستقلة

37المبحث الثاني: آثار اتفاق التحكيم.
37المطلب الأول: القوة الملزمة.
40المطلب الثاني: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم.
43المطلب الثالث: الأثر المانع لاتفاق التحكيم.
44المطلب الرابع: مبدأ الاختصاص بالاختصاص.
46المبحث الثالث: صدور حكم التحكيم.
46المطلب الأول : سلطة الهيئة التحكيمية.
48المطلب الثاني: شروط حكم التحكيم.
52المطلب الثالث: ميعاد إصدار الحكم.
55المطلب الرابع: تنفيذ حكم التحكيم.
60خاتمة.
62قائمة المصادر و المراجع.