

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أحمد دراية أدرار

كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة -

مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية والإدارية

تخصص: قانون أعمال

تحت إشراف:

أ.د/ مسعودي يوسف

من إعداد الطالب:

سرحاني عبد القادر

لجنة المناقشة:

الأستاذ : مزاولي بوجمعة	أستاذ محاضر أ	جامعة أحمد دراية بأدرار	رئيساً
الأستاذ : مسعودي يوسف	أستاذ تعليم عالي	جامعة أحمد دراية بأدرار	مشرفاً ومقرراً
الأستاذ : بن عومر محمد الصالح	أستاذ محاضر أ	جامعة أحمد دراية بأدرار	عضواً مناقشاً

2017/2018 الموسم الجامعي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

اللَّهُ نُورُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ ۚ مَثَلُ نُورِهِ كَمِشْكَاةٍ فِيهَا مِصْبَاحٌ
۝ الْمِصْبَاحُ فِي زُجَاجَةٍ ۝ الزُّجَاجَةُ كَأَنَّهَا كَوْكَبٌ دُرِّيٌّ يُوقَدُ مِنْ
شَجَرَةٍ مُبَارَكَةٍ زَيْتُونَةٍ لَا شَرْقِيَّةٍ وَلَا غَرْبِيَّةٍ يَكَادُ زَيْتُهَا يُضِيءُ وَلَوْ لَمْ
تَمْسَسْهُ نَارٌ ۚ نُورٌ عَلَى نُورٍ ۗ فَيَهْدِي اللَّهُ لِنُورِهِ مَن يَشَاءُ ۚ
وَيَضْرِبُ اللَّهُ الْأَمْثَالَ لِلنَّاسِ ۗ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿٣٥﴾

الآية 35 من سورة النور

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمَ

إِهْدَاء

الى من تعد طاعتها من طاعة الله والى من يرضى الله برضاهم عنا الى من قال
فيهما المولى سبحانه وتعالى ﴿وَإخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا
رَبَّيْنِي صَغِيرًا﴾ الآية 24 من سورة الإسراء

إلى روح والدي رحمه الله

الذي رباني صغيرا وأدبني كبيرا وعلمني أن العلم نور وأن التكلم بالصدق حضور
والانحياز لأصحاب الحق من عظام الأمور، والدي الذي لولاه لما أمسكت قلمي أو
كتبت حرفا جعل الله كل ذلك في ميزان حسناته ومحي به عنه سيئاته

إلى أمي الحبيبة

التي ربنتي على الفضيلة وعلمتني مكارم الأخلاق النبيلة فبفضلها خرجت إلى
الوجود ومن عطائها الجميل اكتسبت تأشيرة العبور إلى الأفئدة بلا قيود . فلولا رضاها
لما ذقت للحياة طعما ولما عرفت نجاحا أو نلت علما وفهما بارك الله في عمرها وجعل
كل ذلك في ميزان حسناتها وأدخلني جنتها ورفقتها الجنة

إلى أساتذتي الكرام

الذين أوقدوا بنور شموعهم ليلى الطويل فاستحالت ظلمته ضياء، وجهله علم
إلى كل العياري والمستهضعفين في الأرض الذين أكن لهم كامل الود و المحبة
إلى من أحببتهم في الله جميعا وفي ذات الله أحبوني اهدي ثمرة جهدي هذا
العمل المتواضع .



شكر وتقدير

الشكر لله الكبير المتعال وحده والشكر بعد الله لأهل الفضل من عباده ، ومن لا يشكر الناس لا يشكر الله .

وعرفانا منا بالجميل ، فإننا نتوجه بالشكر الجزيل إلى كل من مد لنا يد العون وشجعنا على القيام بهذا العمل، ونخص بالذكر أستاذنا المحترم أ.د/ مسعودي يوسف ، لما أفاض به علينا من خالص عطائه توجيهاً وإشرافاً فجزاه الله عنا خير الجزاء.

ونتقدم بالشكر الجزيل لأساتذتنا الأكارم على بصمتهم النيرة في تقديمهم وتوجيهاتهم القييمة لنا في سبيل إثراء المعرفة وتبليغ رسالة العلم ، كما نتقدم بخالص الشكر والتقدير لأساتذتنا وزملائنا بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أدرار، والله المستعان.

الطالب/ عبدالقادر سرحاني



قائمة المختصرات

أولاً: اللغة العربية

ج: الجزء

ج رج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ط: الطبعة

ص: الصفحة

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

ق م ج: القانون المدني الجزائري

ثانياً: اللغة الفرنسية

P : page

C.C.I : Chambre de Commerce international

UNCITRAL: la Loi Type de la CNUDCI sur l'Arbitrage

Commercial International

مقدمة



المقدمة:

كثيرة هي الأسباب التي تؤدي في غالب الأحيان إلى حصول منازعات بين الأشخاص في شتى مناحي حياتهم، ولعل العلاقات التجارية من أكثر العلاقات حضورا في حياة الناس، ولأنها كذلك فإنها لا تخلو من النزاعات. وحيث أن المشكلات التجارية متعددة وقديمة قدم المجتمعات البشرية، فإن التحكيم التجاري يعتبر من أقدم الوسائل السلمية لحل المنازعات وهو حقيقة وضرورة لا غنى عنها وخاصة في العلاقات التجارية الدولية والعقود الحديثة، وإذ أقر المشرع الجزائري⁽¹⁾، وأغلب التشريعات المقارنة التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات التي قد تنثور بين الأطراف فقد أتاحت القوانين إمكانية عرض النزاعات على شخص ترتضيه الأطراف المتنازعة لضمان تحقيق مصالحهم بسرعة وسرية تامة يسمى المحكم والتحكيم بهذا المعنى يتميز بخصوصية واضحة فهو ذو طابع عقدي يخضع لسلطان الإرادة وهو قضاء يستمد شرعيته من إرادة الأطراف، والتحكيم ليس وسيلة لفض المنازعات القائمة بالفعل بل هو وسيلة هامة لتفادي نشوء أية نزاعات حول العقود طويلة المدى⁽²⁾.

ولأن اتفاق التحكيم يمثل العمود الأساس لعملية التحكيم في هذا الأسلوب القضائي المتميز فإن خصوصية التحكيم تستمد من أساسين مهمين هما :

الأساس الأول: إرادة الأطراف المحكّمة حيث يحق لهذه الإرادة متحدة عرض النزاع على شخص معين أو أشخاص محددين (المحكم، المحكمون) للفصل فيه بحكم ملزم لكل الأطراف.

(1) - المرسوم رقم 233.88، المؤرخ في 05 نوفمبر 1988، المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ إلى اتفاقية نيويورك

لسنة 1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج.ر العدد 48، الصادرة في 23 نوفمبر 1988

(2) - طارق فهمي الغنام، التنظيم القانوني للمحكم، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر 2015، ص 8.

الأساس الثاني: إقرار القانون لدور تلك الإرادة حيث ظل التحكيم والى وقت قريب استثناء من القاعدة العامة، حيث لا يجوز إجبار الأشخاص على إتباعه وحرمانهم من اللجوء إلى القضاء الوطني .

وعن الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع فهي متعددة نذكر منها:

- الرغبة في توضيح الدور الرئيسي للمحكم في مهمة التحكيم باعتبار المحكم المحور الأساس في نظام التحكيم برمته.
 - الرغبة في استبعاد التردد والخوف الذي ينتاب المتعاقدين من اللجوء إلى التحكيم لفض نزاعاتهم وحل مشكلاتهم بسبب نقص الثقافة القانونية حول نظام التحكيم
- وبخصوص أهمية الدراسة فإن المحكم التجاري الدولي يتصدر مركزا قانونيا خاصا، إذ تنشأ بقبوله مهمة التحكيم علاقات قانونية مختلفة بينه وبين كل الأطراف ومركز التحكيم لذلك فإن اختيار الأطراف للمحكم وقبوله القيام بالمهمة يعني التزامه شخصيا ببذل عناية ليخرج بحكم تحكيمي ينهي به الخصومة التحكيمية⁽¹⁾.

فمكانة المحكم في نظام التحكيم باتت تضاهي مكانه قاضي الدولة في النظام القضائي بل قد تفوقها في بعض الأنظمة، فقد حاز المحكم في بعض الدول على حصانة مطلقة في كل ما يصدر عنه أثناء تأديته لمهامه وهو ما لم يحزه القاضي الذي يخضع لدعوى المخاصمة وفق النظام القضائي، مما ينفي عنه الحصانة المطلقة

غير أن مهمة المحكم لا تزال تثير معضلة رئيسية في جدل التكيف الفقهي. سواء تعلق الأمر بشخص المحكم وطبيعة مهمته التي تكتسب البعد القضائي أو تعلق بطبيعة نظام التحكيم مما قد يؤدي إلى اصطدام هذه المهمة بالطبيعة الاتفاقية لنظام التحكيم كمبدأ أساسي، وما يؤسس له من دور ريادي لإرادة الأطراف. وإذ تركز هذه الدراسة على مركز المحكم الأساس لنظام التحكيم وعنصره الفعال حيث يتولى إدارة

(1) - لزهري بن سعيد و كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010، ص 178 .

التحكيم بناء على رغبة الأطراف، أين يمنح من الأطراف من الصلاحيات ما يساعده في إدارة العملية التحكيمية، ويقيد في المقابل بالتزامات متعددة لا تمكنه من الاستبداد في استخدام صلاحياته المنصوص عليها قانونا والمخولة له باتفاق الأطراف، إذ بقدر التدقيق في اختيار المحكم تكون سلامة التحكيم وعدالته، وبقدر دقة المحكم ومهارته تكون سلامة إجراءات التحكيم وصحة الحكم الصادر⁽¹⁾، وتتطوي دراسة هذا الموضوع على أهميتين هما:

الأهمية النظرية: وتتمثل في اتساع رقعة التبادل التجاري وتعدد صورته وحدائمه وسائل التعاقد مما أدى إلى تداخل العلاقات وحدوث نزاعات أفرزتها هذه العلاقات، وهو ما يستوجب اللجوء إلى التحكيم لحل هذه النزاعات .

الأهمية العملية: وتتمثل في كون التحكيم أصبح أمرا واقعا استدعت النزاعات التجارية الدولية التي تتطلب السرعة التي لا يمكن أن تتاح لها في القضاء .
ويدخل ضمن أهمية هذه الدراسة بالإضافة إلى ما تم ذكره ما يلي:

- تعلق التحكيم بشخص المحكم وطبيعة مركزه ومدى ما يتمتع به من صلاحيات .
- اعتبار المحكم الركن الأساس لنظام التحكيم
- قصور التشريعات المختلفة عن الاهتمام الكافي بالمركز القانوني للمحكم.
- أما عن أهداف الدراسة فإنها تهدف إلى جملة من الأهداف نلخصها في الآتي :
- ضبط مفهوم المحكم مع بيان مركزه القانوني والآثار المترتبة على تحديده.
- تحديد القصور الحاصل في التنظيم القانوني للمحكم التجاري الدولي في التشريع الجزائري⁽²⁾.

(1) - ناصر محمد الشerman، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، ط1، مركز الدراسات للنشر والتوزيع مصر 2015، ص 81 .

(2) - نظم المشرع الجزائري قواعد التحكيم في القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ج.ر العدد 21، المؤرخة في 2008/04/23 .

- الوقوف على المسائل التي تحتاج إلى تدخل تشريعي للمساهمة في إعداد المحكم المؤهل قانونا .

وعند تناول الموضوع بالدراسة والبحث فإننا ارتأينا أن ننطلق من إشكالية واضحة نهدف للتوصل من خلالها إلى تحليل الموضوع واستخلاص النتائج المبتغاة إن موضوع المركز القانوني للمحكم التجاري الدولي يثير العديد من الإشكالات المتعلقة بالمسائل القانونية الجديرة بالبحث والدراسة ذلك أن المحكم وبمناسبة تأديته لمهامه تعترضه العديد من الصعوبات مما يضطره إلى مواجهتها بما توافر لديه من إمكانيات، ولأن المشرع الجزائري وعلى غرار المشرع المصري وبعض التشريعات المقارنة لم يجب على كل التساؤلات المتعلقة بالمحكم ومركزه القانوني⁽¹⁾.
فمن هو المحكم التجاري الدولي وما دوره وحدود سلطاته في خصومة التحكيم التجاري الدولي؟

ولإجابة على هذه الإشكالية تم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي وذلك بوصف وتحليل النظريات الفقهية التي تعرضت إلى المركز القانوني للمحكم التجاري الدولي، أما المنهج المقارن فقد اعتمدناه في مقارنة قواعد التحكيم المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 09/08 مع ما جاء في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، وأحكام بعض التشريعات الوطنية والمقارنة وقواعد بعض الاتفاقيات الدولية.

وسنتناول هذه الدراسة وفق خطة مكونة من فصلين حيث ركزنا في الفصل الأول على التنظيم القانوني للمحكم التجاري الدولي والذي ينقسم بدوره إلى مبحثين،

(1)- تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري نظم قواعد التحكيم الداخلي والدولي في المواد من(1006الى1061) من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. في حين افرد المشرع المصري قانونا خاصا للتحكيم يسمى قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994

المبحث الأول منها لتحديد ماهية المحكم، والمبحث الثاني للطبيعة القانونية لمهمة المحكم

أما الفصل الثاني فقد خصصناه لدراسة حدود سلطة المحكم في مختلف مراحل خصومة التحكيم التجاري الدولي وذلك في مبحثين يخصص المبحث الأول لسلطة المحكم في إدارة العملية التحكيمية قبل وأثناء سير العملية أما المبحث الثاني فقد خصص لسلطات المحكم في إصدار الحكم التحكيمي.

الفصل الأول

إن البحث في موضوع المركز القانوني للمحكم التجاري الدولي بما يثيره من إشكالات تتمحور حول شخص المحكم وطبيعة عمله ودوره في خصومة التحكيم يقتضي في المقام الأول تحديد الضوابط القانونية للمحكم التجاري الدولي، وإن التحديد العلمي الدقيق لهذه الضوابط يتطلب تحديد ماهية المحكم وتوضيح المقصود بمفهومه وتمييزه عن غيره، وكذلك بيان الشروط الواجب توافرها في من يعتلي منصة التحكيم بالإضافة إلى طرق اختياره أو تعيينه، ومن ثم بيان الطبيعة القانونية لعمله، فإذا كان ينظر للمحكم على أنه ذلك الشخص الذي يمنحه الأطراف سلطة الفصل في خصومتهم. (1) لما يتمتع به من ثقة الخصوم، فإن حكمه في النزاع المعروض عليه منهي للخصومة ملزم للأطراف.

فالمحكم بهذه الصفة ليس طرفاً في الخصومة وإنما هو شخص يفصل فيما شجر بين الخصوم بحكم يحوز حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدوره. (2) لذلك سيتم تناول التنظيم القانوني للمحكم في مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : ماهية المحكم التجاري الدولي

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للمحكم التجاري الدولي

(1) - ناصر محمد الشerman، المرجع السابق، ص 76 .

(2) - طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 16 .

المبحث الأول

ماهية المحكم التجاري الدولي

لقد تعددت التعريفات الخاصة بالمحكم التجاري الدولي، وعلى اختلاف مفرداتها جاءت متشابهة إلى الحد الذي يجعلها تكاد تتفق على أن المحكم في كل الأحوال هو ذلك الشخص الذي يتمتع بالثقة والحكمة في مجال المنازعة التي يراد له الفصل فيها⁽¹⁾. وإذا كانت الحكمة في مجال المنازعة المعروضة على المحكم تستمد من الدراية والمعرفة بأحكام وقوانين المجال المنظور فيه، فإن الثقة المقصودة هي ثقة الخصوم الذين أوكلوا مهمة الفصل في المنازعة القائمة بينهم إلى الشخص الذي ارتضوه محكما بينهم .

وللوقوف على حقيقة المحكم وبيان ماهيته، فإن الأمر يتطلب تحديد مفهوم المحكم وتمييزه عن غيره، وبيان الشروط الواجب توافرها فيه، وتحديد طرق اختياره، وهذا ما سنعرض له في هذا المبحث على النحو التالي :

المطلب الأول : مفهوم المحكم

إن مفهوم المحكم مرتبط إلى حد ما ببيان مركزه القانوني، ولتحديد مفهوم المحكم وبيان المقصود به، لا بد من التعريف به في اللغة والفقهاء والقضاء والتشريع وهو ما سيأتي بيانه.

الفرع الأول تعريف المحكم في اللغة :

المحكم لغة بتشديد الكاف وفتحها الحكم والفاصل، وحكم في الأمر وفصل فيه برأي نفسه من غير أن يبزر وجهها للحكم وتصرف فيه وفق مشيئته، وحكم حكمه ولاه وجعله حكما⁽²⁾.

(1) - طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص15.

(2) - ابن منظور جمال الدين محمد بن عبد الله بن مكرم، لسان العرب، الجزء8، دار صادر، بيروت 1982، ص41.

وقد ورد لفظ المحكم وما يرمز إليه في القرآن الكريم في عدد من آيات التنزيل الحكيم نذكر منها قول الله تعالى: (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)⁽¹⁾.
والمحكم عند العرب رجل منسوب إلى الحكمة، وحاكمته للقاضي رافعته، ويقال تحاكمنا إليه واحتكمنا⁽²⁾.

الفرع الثاني : تعريف المحكم في الفقه والقضاء

يعرف بعض الفقه القانوني المحكم اصطلاحاً بأنه "من يعهد إليه بالفصل في النزاع المعروض على التحكيم"⁽³⁾.
وعرف البعض الآخر المحكم بأنه " شخص يتمتع بثقة الخصوم، يتولى مهمة الفصل في نزاع معين بموجب اتفاق مبرم بينه وبين الأطراف المحكّمة، ويكون حكمه ملزماً لأطراف الخصومة"⁽⁴⁾.
ويعرفه البعض الآخر بأنه " الشخص الطبيعي الذي يتم اختياره وفقاً لإرادة الأطراف أو حكم القانون ويشارك في نظر منازعة التحكيم والحكم فيها بصوت معدود في المداولة والتوقيع على الحكم الذي يصدره بهذه الصفة ".
وعن تعريف المحكم في القضاء فقد عرفت محكمة النقض المصرية بأنه " ليس طرفاً في خصومة التحكيم وإنما هو شخص يتمتع بثقة الخصوم ويفصل فيما شجر بينهم بحكم يحوز حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدوره"⁽⁵⁾.

(1) - سورة النساء، الآية 65.

(2) - المحيط، معجم اللغة العربية، أديب اللجيمي وآخرون، ط 2 مجلد 1، بيروت 1994، ص 174 .

(3) - شحاته محمد نور، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكّمين، دار النهضة العربية، مصر 1987، ص 5.

(4) - سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط1، دار النهضة العربية مصر 2000، ص 274.

(5) - محمد حسن حامد، نظام التحكيم الحديث، ط1، دار النهضة العربية، مصر 2007، ص 17:18 .

الفرع الثالث: تعريف المحكم في التشريع

عرفه القانون المصري بأنه: "الشخص الذي يتولى الفصل في النزاع المحال إلى التحكيم"⁽¹⁾، فقد يكون شخصا واحدا أو أكثر ويأخذ اصطلاح هيئة التحكيم، ولم نقف على تعريف للمحكم عند المشرع الجزائري.

جدير بالذكر أنه بقدر دقة المحكم ومهارته تكون سلامة إجراءات التحكيم وصحة الحكم الصادر في الواقع العملي، وأن حسن أداء المحكم لمهمته يتوقف على ما يحمله من مؤهلات وخبرات"⁽²⁾.

ومما سبق من التعريفات يمكن تعريف المحكم بأنه شخص يعهد إليه النظر في منازعة تعرض عليه من قبل أطراف النزاع يتولى الفصل فيها بعد أن يتم اختياره من قبل أطراف الخصومة، أو تعيينه من قبل المحكمة المختصة على أن يكون حكمه التحكيمي ملزم لأطراف الخصومة حائز على حجية الأمر المقضي به.

المطلب الثاني: تمييز المحكم عن غيره

إن النشأة الاتفاقية للتحكيم ساعدت على الخلط بينه وبين بعض المهام الاتفاقية الأخرى والتي تشترك مع التحكيم في بعض العناصر وتختلف عنه في البعض الآخر ولأن المحكم هو المحور الأساس في عملية التحكيم فإن مهمته تختلف عن مهمة القاضي والموفق والخبير والوسيط، وسنبين في هذا المطلب أوجه التمايز بين المحكم وغيره ممن ينتشبه معه في المهمة الموكلة إليه على النحو التالي:

الفرع الأول: تمييز المحكم عن القاضي

إن التحكيم سابق في نشأته عن القضاء العادي للدولة، والتحكيم صورة من صور العدالة، والحديث عن التشابه بين المحكم والقاضي هو ذاته الحديث عن التحكيم

(1) - المادة 2/4 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

(2) - طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 15 .

كقضاء خاص، وقضاء الدولة باعتباره سلطة عامة ويكمن الفرق بين المحكم والقاضي في الآتي:

1- يشترط في القاضي كثير من الشروط لا يكمن التنازل عنها أو التسامح فيها من حيث السن، والتمتع بالجنسية الوطنية، والحصول على مؤهل قانوني بالإضافة إلى كونه يمتلك سلطة توجيه الأوامر إلى الأفراد والسلطات العامة. وهو مقيد بقانون الدولة وملزم بتطبيق قانون الإجراءات على الخصوم⁽¹⁾، في حين أنه لا يشترط في المحكم أن يكون حاصلًا على مؤهل قانوني معين، بل يكفي فيه أن يكون مؤهلًا للتصرفات القانونية، ولا يملك المحكم سلطة توجيه أوامر للسلطات العامة، وسلطته اتجاه المحكّمين مقيدة بما ينص عليه قانون التحكيم، هذا ولا يلتزم المحكم بتطبيق قانون محدد ما لم يتفق أطراف الخصومة على خلاف ذلك.

كما يجوز الطعن في حكم المحكم برفع دعوى البطلان الأصلية⁽²⁾، أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، على خلاف القاضي الذي لا يجوز الطعن في حكمه إلا أمام المحاكم الأعلى درجة.

2 - القاضي موظف عام لدى الدولة، وله ولاية قضائية مستمرة يصدر بموجبها أحكامه القضائية، مستمداً سلطاته للفصل في النزاع من قانون الدولة التي يعد أحد مواطنيها، وفي تأديته لمهامه يمثل الدولة، فهو موظف عام يقوم بأداء وظيفة عامة ولا يتقاضى أتعابه وأجرته إلا من ميزانية الدولة التي هو موظف لديها .

أما المحكم فهو شخص عادي يسند إليه القيام بمهمة القاضي وله ولاية مؤقتة تبدأ باختياره محكماً من قبل الأطراف أو القضاء في منازعة معينة، وتنتهي بصدور

(1) - أحمد المصطفى الصالح، المرجع السابق، ص 163.

(2) - ممدوح عبد العزيز العززي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي (الأسباب والنتائج) دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2006، ص 163.

الحكم التحكيمي المنهي للخصومة، مستمدا سلطاته من اتفاق التحكيم وقانون الدولة التي سمحت له بالتحكيم، ويتلقى أجرته وأتعابه من طرفي الخصومة (1).

وخلاصة القول إن المحكم يشغل مركزا قانونيا متميزا يقترب من مركز القاضي لكنه لا يبلغه. كونه مقيدا بارادة الأطراف وما يمنحونه له من سلطات بالإضافة إلى كون ولايته مؤقتة وجنسيته غير مهمة لتولي هذه المهمة، على خلاف القاضي الذي تشترط فيه الجنسية الوطنية، وهو ما يجعل المحكم مختلفا نوعا ما عن القاضي.

الفرع الثاني : التميز بين المحكم والموفق

يظهر التمايز بين المحكم والموفق في المسائل التالية :

1- الموفق شخص يختاره الأطراف بمحض إرادتهم يسعى للتقريب بينهم للوصول إلى صلح أو تسوية للنزاع القائم بينهم، أما المحكم فهو شخص يتم اختياره بواسطة الأطراف، أو تعيينه المحكمة ليفصل في النزاع بحكم ملزم للأطراف حائز على حجية الأمر المقضي به.

2- قد يقبل الأطراف قرار الموفق وينفذونه اختيارا، وقد يرفضونه فلا يجبرون على قبوله، أي أن آراء ومقترحات الموفق ليست لها قوة إلزامية.

غير أن المحكم وكيف الوقائع وينزل حكم القانون عليها بحكم ملزم لأطراف الخصومة. في حين يتجه الموفق إلى تقريب وجهات نظر الأطراف ومحاولة الوصول إلى قرارات ترضي الجميع كدافع لقبولها وتنفيذها اختيارا دون إصدار حكم (2).

3- يملئ الأطراف على الموفق الحل الذي يرغبون في سلوكه، وهذا مالا يحدث مع المحكم الذي يطابق مسلكه في الإجراءات مسلك القاضي والذي يلتزم بقيود لا يلتزم بها الموفق (3).

(1) - طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 26 .

(2) - وفاء فاروق محمد حسن، مسؤولية المحكم، ط1، دار النهضة العربية، مصر 2008، ص 51 .

(3) - أحمد المصطفى الصالح، المرجع السابق، 165.

4- قرار الموفق لا يخضع لرقابة أو طعن، بينما حكم المحكم قابل للطعن فيه بالبطلان.

مما سبق يتضح أن الموفق يسعى إلى التقريب بين وجهات النظر لطرفي النزاع بطريقة ودية، للوصول إلى نتيجة عن طريق تقديم التنازلات، وقد يقبل الأطراف بقرار الموفق في النهاية أو يرفضونه، بينما يتبع المحكم إجراءات يستمدّها من اتفاق الأطراف ويطبق القانون الواجب التطبيق على النزاع وصولاً إلى حكم ملزم للأطراف واجب التنفيذ اختياراً أو إجباراً .

الفرع الثالث: التمييز بين المحكم والخبير

يكمن الاختلاف بين المحكم والخبير في الجوانب الآتية :

- 1- الخبير هو كل من يتم اختياره للاستعانة بخبرته في المجالات التجارية و الهندسية أو الحسابية أو القانونية، أو غيرها، بينما المحكم قاض خاص يتم اختياره بواسطة الأطراف للفصل في النزاع القائم بينهم بحكم ملزم⁽¹⁾.
- 2- الخبير شخص يمتاز بكفاءة فنية مهنية، ويستعين به المحكم فيأخذ رأيه العلمي و مشورته الفنية في المسألة المعروضة عليه، فالاستشارة شأن الخبير، واستظهار حكم القانون والعدالة بحكم حاسم من مهام المحكم .
- 3- ليس من أهداف عمل الخبير حسم النزاع وإنما هدفه تقديم رأي متخصص في مشكلة ما، فليس له إلا ابدأ الرأي فيما يطرح عليه من مسائل، ورأيه غير ملزم للخصوم ولا للقاضي، بينما يهدف عمل المحكم إلى الفصل في النزاع.
- 4 - المحكم يقوم بوظيفة القضاء الخاص بين الخصوم و يفرض رأيه عليهم بينما الخبير قد يكون مجرد مساعد للمحكم أو القاضي⁽²⁾.

(1) - أحمد المصطفى الصالح، المرجع السابق ، ص 166.

(2) - ناصر محمد الشرممان، المرجع السابق ، ص 116 .

والخلاصة أن الخبرة هي نوع من المعاينة يقوم بها شخص مختص في المسائل الفنية التي لا يستطيع القاضي أن يفصل فيها بمفرده، وأن رأي الخبير هو رأي استشاري مقتصر على المسائل الواقعية غير القانونية، وغير الملزمة للخصوم ولا للقاضي، ويكتب الخبير تقريره غير متقيد بالإجراءات والمواعيد المقررة قانوناً، في حين يصدر المحكم حكمه متقيداً بالأوضاع والمهل والإجراءات و القواعد المقررة في قانون التحكيم .

الفرع الرابع: التمييز بين المحكم و الوسيط في الصلح

يتشابه المحكم مع الوسيط ويختلفان في الآتي :

- 1- يتشابه عمل المحكم مع عمل الوسيط من حيث وجود العقد بين المتنازعين وكل من المحكم و الوسيط يتفقان في كون كل منهما يهدف إلى حل النزاع. ومما يريد التشابه أنه لا يجوز التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح⁽¹⁾. ومع ذلك فإن الخلاف ظاهر بين مهمة المحكم وعمل الوسيط
- 2- ليست مهمة المحكم هي التوسط للصلح أو التوفيق بين الخصوم ليتنازل كل منهم عن جزء من ادعاءاته، فهو ملزم بإصدار حكم ملزم للطرفين. في حين أن الحل المتوصل إليه من قبل الوسيط في الصلح لا يلزم الأطراف إلا إذا قبلوا به طواعية⁽²⁾.
- 3- لا يكون قرار الوسيط سنداً تنفيذياً إلا متى ما ورد هذا الاتفاق في محضر موثق أو أقر به الخصوم أمام المحكمة و تم إثباته في محضر جلسة.

(1) - أسعد فاضل منديل ، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، دار نيبور للطباعة والنشر والتوزيع القادسية العراق، 2011 ص 44

(2) - عيسى بادي سالم الطراونة، دور المحكم في خصومة التحكيم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن 2011، ص 31،32

بينما الحكم الذي يصدره المحكم يحوز حجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره، ومن ثم يعد سنداً تنفيذياً متى صدر الأمر بتنفيذه من المحكمة المختصة .

4. عقد الصلح لا يكون قابلاً للطعن فيه إلا أنه يجوز رفع دعوى ببطلانه بينما حكم المحكم يعد حكماً بالمعنى الصحيح و من ثم يكون قابلاً للطعن فيه بالبطلان بالطرق المقررة في قانون التحكيم.

وخلاصة القول إن حكم المحكم ملزم للجانبين، سواء قبله الأطراف أو رفضوه. في حين أن الحل المتوصل إليه من قبل الوسيط لا يلزم سوى الأطراف متى ما قبلوا به طواعية دون إجبار.

المطلب الثالث : الشروط الواجب توافرها في المحكم

إذا كانت القاعدة العامة تقضي بحرية الأطراف (أطراف النزاع) في اختيار المحكم، فإن المشرع لم يترك لهم الحرية الكاملة في اختياره وإنما قيدها ببعض القيود رعاية لهم. ولذلك حرص المشرع الجزائري على وضع مجموعة من الشروط التي يجب توافرها في المحكم حتى يكون مؤهلاً لإدارة عملية التحكيم على أنه " لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان يتمتع بحقوقه المدنية"⁽¹⁾.

ولأن الفقه والقانون ومراكز التحكيم اتفقوا على جملة من الشروط الواجب توافرها في المحكم وهي الشروط الوجوبية (القانونية) فقد اختلفوا حول شروط أخرى تم تركها لتقدير طرفي الخصومة وهي الشروط الاتفاقية والمتمثلة في ما يلي :

(1) - المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

الفرع الأول: الشروط القانونية (الوجوبية)

لكي يتحقق الاطمئنان إلى قرار المحكم في حسم النزاع، فإن القانون يشترط في الشخص المحكم مجموعة من الشروط قبل اعتلائه منصة التحكيم لضمان حياده واستقلاله، وتعتبر هذه الشروط متعلقة بالنظام العام.

لذلك لم يترك المشرع تقديرها لأطراف النزاع، وإنما أوجب توافرها في شخص المحكم بصرف النظر عن نوع أو ملابسات خصومة التحكيم وتتمركز هذه الشروط حول صفتين أساسيتين هما⁽¹⁾: تتمتع المحكم بالأهلية المدنية والقانونية، و استقلاليته وحياده .

أولاً: ضرورة تمتع المحكم بالأهلية المدنية

لم تختلف معظم التشريعات القانونية الخاصة بالتحكيم حول ضرورة توافر الأهلية المدنية والقانونية في من يتولى مهمة التحكيم، إذ أنه لا يصح أن يكون المحكم قاصراً سواء كان مأذوناً له بالإرادة أو غير مأذون له بها⁽²⁾.

كما لا يصح لمن بلغ سن الرشد وخضع للقوامة بسبب الحجر عليه أن يكون محكماً، ولا يجوز للمحروم من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو للمفلس ما لم يرد إليه اعتباره أن يكون محكماً، وإذا كان المحكم أجنبياً تحددت أهلية طبقاً لقانون جنسيته.

ولما كان اتفاق التحكيم تصرفاً قانونياً يتجه إلى إحداث أثر قانوني معين هو حجب اختصاص الدولة بتسوية النزاع في قضاء الدولة لصالح التحكيم، وكان من الواجب أن تتوافر لدى كل طرف أهلية الأداء اللازمة لصدور إرادة كافية لقصد إبرام

(1) - لزهري بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 126 .

(2) - ناصر محمد الشريمان، المرجع السابق، ص 149.

الاتفاق، فإنه إذا انعدمت الأهلية، أو كانت ناقصة لدى المحكم أو المحكمين الذين اختارهم الأطراف كان حكم التحكيم باطلاً أو قابلاً للإبطال⁽¹⁾.

ومن الطبيعي أن يشترط في المحكم أن تكون أهليته سليمة فلا يعتره عيب عقلي أو نفسي أو جسدي يؤثر في إمكانية تفكيره تفكيراً سوياً، إذ لا يعقل أن يسند أطراف عقلاء حريصون على أموالهم منازعتهم للفصل فيها إلى شخص مجنون أو سفيه أو مصاب بعاهة عقلية أو جسدية تؤثر في بلوغ تفكيره للمستوى المنتظر صدوره من إنسان عاقل⁽²⁾.

كما اشترط المشرع بلوغ سن الرشد وكمال الأهلية لمباشرة الحقوق المدنية في القانون المدني الجزائري⁽³⁾. وهو ما يتفق مع ما ذهب إليه المشرع المصري في قانون التحكيم المصري حيث نص على أنه "لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخرجة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره"⁽⁴⁾.

ويعتبر شرط الأهلية المدنية الكاملة لدى المحكم الواحد والمحكمين الذين تم اختيارهم للفصل في المنازعة المراد عرضها على التحكيم بدلاً من القضاء في الدولة هو الشرط الوحيد الذي أجمعت عليه الأنظمة القانونية الوضعية على اختلاف اتجاهاتها ومذاهبها.

ويلاحظ من خلال استقراء النصين الجزائري والمصري أنهما لم يشترطا ضرورة تطبيق القانون الوطني على أهلية المحكم إذ يمكن أن يكون المحكم أجنبياً رجلاً كان أو امرأة، كما لا يلزم أن يكون المحكم بالضرورة رجلاً قانوناً.

(1) - كرم محمد زيدان النجار، المركز القانوني للمحكم، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2010، ص 68 .
 (2) - أحمد هندي، التحكيم، دراسة إجرائية في ضوء القانون المصري، ط1، دار الجامعة، الإسكندرية 2013، ص16.
 (3) - المادة 40 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم المتضمن القانون المدني الجزائري
 (4) - المادة 1/16 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

ونرى أنه من الأجدر والأنسب أن يكون من بين أعضاء هيئة التحكيم رجل قانون لضبط إجراءات التحكيم، وحتى يكون الشخص محكما يشترط فيه التشريع ما يلي:

1- أن يكون المحكم بالغا سن الرشد: يختلف سن الرشد من قانون وطني لآخر، أما قبل سن الرشد فإن الشخص يعتبر قاصرا، لذا يشترط في المحكم أن يكون كامل الأهلية . (1)

2- أن لا يكون المحكم محجورا عليه: لكون الحجر من عوارض الأهلية فإن المحجور عليه لا يملك حق التصرف في أموره فكيف له أن يتولى أمر غيره.

3- أن لا يكون المحكم محروما من حقوقه المدنية: وهذا يفيد عدم الحكم من قبل على المحكم في جريمة مخلة بالشرف والأمانة وهو ما نص عليه المشرع المصري صراحة وأشار إليه المشرع الجزائري في المادة "1014" من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية"(2)

ومن الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يشترط في النص شهر إفلاسه ووجوب حرمانه من تولي مهمة التحكيم على عكس المشرع المصري الذي نص على ذلك حرفيا في المادة "1/16" من القانون رقم 27 لسنة 1994 إذ أن من أشهر إفلاسه يترتب على ذلك حرمانه من بعض الحقوق المدنية مثل مزاوله العمل التجاري لمدة معينة (3).

ومما سبق يتضح أن الشروط المشار إليها أعلاه متعلقة بالنظام العام ومن ثم فلا يجوز الإخلال بها ولو عن طريق الاتفاق.

(1) - مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر 2010، ص 131.

(2) - المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

(3) - ناصر محمد الشerman، المرجع السابق، ص 162.

وإذا كان ينظر إلى الشروط المتعلقة بالأهلية على أنها تعد قيوداً مفروضة على حرية الأطراف في اختيار المحكم إلا أنها في المقابل تعتبر ضماناً للأطراف تطلبها القانون كشرط لتولي المحكم مهمته ولضمان حسن سير إجراءات التحكيم.

ثانياً ضرورة استقلال المحكم وحياده:

إن المقصود باستقلال المحكم عدم التبعية، ويقصد بعدم التبعية عدم وجود صلة للمحكم بموضوع النزاع، أو عدم ارتباطه بأحد الأطراف، أو عدم خضوعه لأي مؤثرات خارجية وأن لا تكون له مصلحة في النزاع الذي ينظر فيه (1).

أما مبدأ حياد المحكم فإن حياد المحكم باعتباره قاضياً يفصل في الخصومة هو أحد الضمانات للتقاضي أمام المحكمين، حيث أن أساس التحكيم هو قيامه على الثقة المتبادلة بين أطرافه ومحكميهم.

لذلك يجب أن يتوافر في المحكم الحياد والاستقلال عن الخصوم وهذه الصفات يجب أن تكون لصيقة بأعضاء هيئة التحكيم، والحياد والاستقلال شرطان لمباشرة الوظيفة القضائية سواء كان القائم بها قاضياً أو محكماً.

تجدر الإشارة إلى أنه لا يقصد بحياد المحكم عدم ميله أو التحيز لأحد الأطراف فذلك واجب عليه، إنما المقصود بالحياد ووقوف المحكم موقفاً سلبياً من كلا المتخاصمين، فحياده يقتضي عدم الاتصال بأي أحد من طرفي النزاع في التحكيم بعد بدء الإجراءات للمناقشة في النزاع محل التحكيم .

وتأكيداً على ما تقدم فقد أوجب القانون على المحكم عند قبوله مهمة التحكيم أن يفصح عن أي ملابسات من شأنها إثارة الشك حول استقلاله وحياده.

كما جاء في قانون اليونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي حيث نص على أنه "...أن يثير شكوكاً لها ما يبررها حول حياده واستقلاله، وعلى المحكم منذ

(1) - لزهري بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 136.

تعيينه وطوال إجراءات التحكيم أن يفضي بلا إبطاء إلى طرفي النزاع بوجود أي ملاسبات من هذا القبيل إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهما علما بها.⁽¹⁾

وقد اقترب المشرع الجزائري من هذا الطرح القاضي بضرورة إخطار المحكم للأطراف بكل الظروف التي من شأنها إثارة الشكوك حول حياده واستقلاله. وقد استعمل المشرع الجزائري تعبير " إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم "⁽²⁾.

وفي الحقيقة أن نص المادة جاء غامضا. ذلك أنه أثار احتمال كون المحكم على علم بأنه قد يكون موضوع طلب الرد، فقرر المشرع الجزائري أنه متى كان كذلك تعين عليه إخبار الأطراف بذلك. وهو ما لم يوجب عليه الإفصاح من تلقاء نفسه عن أية علاقة بينه وبين أطراف النزاع، ومع ذلك جعل من الاستقلالية أحد الأسباب التي تتيح لأطراف التحكيم طلب رد المحكم الذي تحوم حول شخصيته شبهة عدم الاستقلال. حيث جاء في الفقرة الثالثة من المادة 1016 أنه "عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف، مباشرة أو عن طريق وسيط"⁽³⁾.

وقد أوجب قانون التحكيم المصري استقلال المحكم وحياده، وقرر أن إخلال المحكم بشرط الاستقلال والحياد سببا لرده وسببا لتعريض حكمه للإبطال.

حيث ألزم المشرع المصري المحكم بالإفصاح عن الظروف التي قد تثير الشكوك حول استقلاليته وحياده ونصت على أنه "...يجب أن يفصح عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده".

(1) -المادة 12 فقرة 01 من قانون اليونسيترال النموذجي للتحكيم الدولي بصيغتها المنقحة في 2010 الصادرة في

أفريل 2011

(2) - المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

(3) - المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

كما قرر في نفس القانون أن فقدان المحكم للحياة والاستقلال يجيز رده عند نظر الدعوى (1).

جدير بالذكر في هذا الصدد أن قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي نص على أنه " يجب على من يرشح ليكون محكما أن يصرح لمن يتصل به في أمر هذا الترشيح بكل الظروف التي من شأنها إثارة شكوك حول حياده أو استقلاله وعلى المحكم بمجرد تعيينه أو اختياره التصريح بهذه الظروف لأطراف النزاع إلا إذا كان قد سبق إحاطتهم علما بذلك..." (2).

وعليه فإن استقلال المحكم ضرورة لنجاح التحكيم داخليا كان أو دوليا. أما حياده فهو التزام على عاتقه، وإن عدم استقلال المحكم أو انحيازه يجعل حكمه عرضة للبطالان، ويجعل من شخصه كمحكم عرضة للرد أو العزل علما أن صلة المحكم بأحد الأطراف أو بهما معا أو معرفته السابقة بالنزاع لا تؤثر على اختياره محكما طالما كان الأطراف على علم بها وقت الاختيار.

كما أن متطلبات الحيادة والاستقلال الواجب توافرها في شخص المحكم لا تتعلق بالنظام العام، إنما تتعلق بمصلحة الخصوم وعلى صاحب المصلحة التمسك بهذا العيب متى توافر و إلا سقط حقه في التمسك به.

الفرع الثاني: الشروط الاتفاقية الواجب توافرها في المحكم

مما لا شك فيه أن معظم التشريعات نصت صراحة على بعض الشروط اللازم توافرها في المحكم وجوبا عند توليه مهمة التحكيم. غير أن ذات التشريعات أعطت للأطراف المحكمتين كامل الحرية في الاتفاق على شروط وصفات أخرى مختلفة في من يختارونه محكما، وذلك بالنظر إلى أهمية المركز القانوني الذي يشغله المحكم في

(1) - المادة 3/16 والمادة 1/18 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994

(2) - المادة 11، الفصل الثاني، من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، الساري اعتبارا من

الخصومة، والسلطات التي يتمتع بها، وهذه الشروط والمواصفات تختلف من حالة إلى أخرى تبعاً للظروف والملابسات الخاصة بكل تحكيم.⁽¹⁾

وعلى ذلك نص المشرع المصري صراحة، تاركاً للأطراف حرية اشتراط مواصفات معينة في المحكم حيث جاء في النص أنه " تراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة".⁽²⁾

ولأن الشروط الاتفاقية جوازيه موقوفة على إرادة الأطراف غير متعلقة بالنظام العام، فإن النص عليها قانوناً هو من قبيل التوجيه لا الإلزام. وإذا كان المشرع المصري قد نص في قانون التحكيم بأن تراعى الشروط التي يتطلبها القانون وتلك التي يتفق عليها الطرفان فإنه لا يوجد ما يتوافق مع ذلك في التشريع الجزائري، ومن الشروط الاتفاقية ما يلي :

أولاً: جنس المحكم

لم يشترط المشرع الجزائري كما هو الحال بالنسبة لكثير من التشريعات، وغالبية القوانين التحكيمية التي لم تشترط أن يكون المحكم من جنس محدد، فلا فرق أن يكون المحكم ذكراً أو أنثى ما لم يتفق الأطراف أو ينص القانون على غير ذلك . وقد نص المشرع المصري على أنه "لا يشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك"⁽³⁾.

ويتبين من النص أن المشرع المصري أجاز تحكيم المرأة كما أجاز تحكيم الرجل، وقد انحاز المشرع المصري إلى الرأي القائل بجواز تحكيم المرأة حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري بمناسبة تولي المرأة لوظائف القضاء والنيابة العامة إلى القول

(1) - ناصر محمد الشerman، المرجع السابق، ص 167.

(2) - المادة 3/17 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

(3) - المادة 2/16 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

بأن " تقصير بعض الوظائف على الرجال دون النساء لا يعد كونه وزنا لمناسبات التعيين وظروف البيئة و أوضاع العرف والتقاليد "(1).

ومن الأنظمة التي أشارت إلى ذلك نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي حيث نصت على أن " لفظ المحكم ينصرف إلى الذكر و الأنثى" وهو ما يقطع الشك في ظل هذا النظام بجواز تعيين المرأة محكما "(2).

ثانياً: جنسية المحكم

لم تتناول معظم التشريعات والقوانين التحكيمية المختلفة بما في ذلك التشريعين الجزائري والمصري مسألة الجنسية وتركت ذلك لاتفاق الأطراف فقد يكون المحكم عربياً أو صاحب جنسية أجنبية ما، وذلك وفق إرادة واختيار الأطراف فالمشرع اشترط الأهلية المدنية فقط.

ونظراً للطبيعة القضائية حسب بعض الفقه لمهمة المحكم اشترطت بعض الأنظمة في المحكم أن يكون وطنياً اعتباراً بان التحكيم نوع من القضاء ينبغي أن لا يتولاه أجنبى ولذلك تقتضي بعض التشريعات ضرورة أن يكون المحكم من بين مواطنيها كتشريعات أمريكا اللاتينية مثل شيلي وكولومبيا(3).

ولأن التحكيم قضاء خاص، فإن اختيار المحكم يعتمد على اعتبارات شخصية ترك أمر تقديرها للخصوم، ولما كان الترجيح بين محكم وطني وآخر أجنبي يقوم على أسس موضوعية يأتي في مقدمتها نزاهة المحكم وحياده بالإضافة إلى إلمامه بالنظام القانوني الذي يحكم النزاع فضلاً عن توافر الثقافة القانونية العامة، فإن البعض يرى أن لجنسية المحكم تأثيراً كبيراً على استقلاله وعلى موافقة مما ينعكس بدوره على قراره بشأن النزاع وذلك بالنظر لما تعبر عنه جنسية المحكم من الانتماء لنظام قانوني

(1) - أحمد السيد صاوي، الوسيط في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، مصر 1987 ص 81 .

(2) - المادة 5 فقرة 01 قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي السارية المفعول ابتداء من 01/يناير 1998.

(3) - كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق ، ص 148 .

وسياسي واقتصادي قد يختلف كلية عن الخصوم فاختلف جنسية المحكم يكون مؤثرا بقدر اختلاف النظام القانوني (1).

أما بخصوص الاتفاقيات الدولية فإنها وعلى خلاف أحكام وقوانين التشريعات المختلفة والتي لم تشترط جنسية معينة فقد نصت بعض الاتفاقيات صراحة على عدم تعيين المحكمين ممن يحملون جنسية أحد أطراف النزاع وذلك عندما يتم تعيينه من قبل سلطة التعيين وهذا ما نصت عليه المادة "18" من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987 في فقرتها الرابعة والتي أشارت إلى أنه "لا يجوز أن يكون المحكمون الذين يعينهم المكتب من مواطني احد الطرفين" (2).

وقد أخذ مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم بضرورة أن لا يكون رئيس هيئة التحكيم المرجح من جنسية أطراف النزاع وقرر ذلك في المادة "6" الفقرة "3" والمادة "7" الفقرة "3" منه. وهو ما نصت عليه المادتان "6 و7" من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة "اليونسترال".

كما يوجد هذا النص في العديد من القواعد الدولية الخاصة في مجال التحكيم حيث أشارت إلى ذلك المادة "1/9" من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية كما نصت المادة ذاتها في الفقرة الخامسة منها على أنه "يعين المحكم المنفرد أو رئيس محكمة التحكيم من جنسية مختلفة عن جنسيات الأطراف" (3).

ومع ذلك يعتقد أنه من المستحسن في حال التحكيم الوطني أن يكون المحكم من جنسية المتحكمن أنفسهم باعتبارهم الأقدر من غيرهم على العلم بلغة وثقافة الخصوم وبالقانون الواجب التطبيق، لأن التحكيم أضحي موازيا للقضاء ويسلكه الخصوم تحللا من القضاء وإجراءاته المعقدة وهو ما نرجحه في هذا الأمر.

(1) - أحمد خليل، قواعد التحكيم، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2003، ص 50 .

(2) - مظفر جابر إبراهيم الراوي، اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع عمان سنة 2012، ص 277 .

(3) - ناصر محمد الشريمان، المرجع السابق، ص 172 ، 173.

و**خلاصة القول** إن التشريعات تركت للأطراف كامل الحرية في تحديد جنسية المحكم وذلك تأكيداً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يتميز به التحكيم عن القضاء فيختار الأطراف المحكم بحرية وفقاً لمبدأ الثقة والنزاهة والعدالة في اتخاذ القرار الخاص بحسم النزاع، غير أننا نجد أن مراكز التحكيم وضعت بعض الشروط الخاصة بها. وإذا كانت هذه الحرية في الاختيار متاحة في مجال العلاقات الداخلية، فإنها تتأكد ومن باب أولى في مجال العلاقات الدولية الخاصة الذي تختلف فيه جنسيات الأطراف وهو أمر يمليه المنطق ويؤيده الواقع العملي⁽¹⁾.

ثالثاً: خبرة المحكم

أخذت أغلب التشريعات بعدم اشتراط خبرة معينة في المحكم أو تمتعه بدرجة معينة من الثقافة وتركت ذلك لاتفاق الأطراف على الرغم من إدراكها لأهمية عنصر الخبرة وجوهريته في شخص المحكم وفي عملية التحكيم كون الخبرة تكسب المحكم ثقة الأطراف وتمكنه من تسوية النزاع بحكمة وتجعل المحتكمين يقبلون على عملية التحكيم، إفساحاً منها لعدم التضييق على مبدأ سلطان إرادة الأطراف، ومع ذلك فإن بعض التشريعات وأنظمة التحكيم اشترطت خبرة المحكم في مجال النزاع المعروض عليه وهو ما اشترطه نظام التحكيم السعودي الصادر سنة 1983 في المادة "4" منه كما اشترط التشريع الإسباني أن يكون المحكم قانونياً في المنازعات المدنية واشترط المشرع السويسري عدم استبعاد الحقوقيين من وظيفة المحكم⁽²⁾.

إلا أن أغلب التشريعات سكنت على هذا الشرط ومنها التشريع الجزائري وكذلك التشريع المصري الذين لم يشترطوا في المحكم خبرة معينة على الرغم من أهمية هذا

(1) - عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي ، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان 2008 ، ص 95

(2) - ناصر محمد الشرممان، المرجع السابق، ص 176

الشرط في مجال التحكيم لأنه يغني عن الاستعانة بالخبراء كإجراء قد يؤخر الفصل في الدعوى ولا يحقق الهدف المبتغى من التحكيم وهو سرعة الفصل في المنازعات (1).
وقد تضمن القانون النموذجي اليونسטרال للتحكيم سببا جديدا من أسباب رد المحكم إذا تبين أن المحكم له مانع قانوني أو واقعي " في حال عدم قيام المحكم بمهامه أو في حال وجود مانع قانوني أو واقعي يحول دون أداءه تلك المهام... " (2).
ويشترط البعض في المحكم أن يكون على الأقل ملما بالقراءة والكتابة لأن وظيفة التحكيم تستلزم من القائم بها أن يكون قادرا على الاطلاع على مستندات الخصوم وأوراقهم. وعلى كتابة الحكم وتوقيعه وذكر أسبابه والاطلاع على القوانين والأنظمة وغير ذلك من الأمور التي تستدعي إلمام المحكم بالقراءة والكتابة.
وإذا لم تكن الأنظمة القانونية الخاصة بالتحكيم قد نصت على هذا الشرط فذلك بديهي واجب التحقق منه دون حاجة للنص عليه كما أنه يجوز اتفاق الخصوم على تعيين محكم واحد يجهل القراءة والكتابة بشرط أن يعينوا شخصا آخر لمجرد كتابة الحكم والأوراق اللازمة لمباشرة العملية. (3)

ومن الأصح في اعتقادنا أن يلجأ الطرفان إلى المحكم الذي له من الخبرة والدراية في مجال النزاع المعروف عليه ما يمكنه من الفصل فيه بسرعة وحكمة ويجنبه الاستعانة بخبرة الخبراء التي قد تطيل أمد النزاع أو تعريض حكمة للبطلان.
أما مسألة تعيين محكم جاهل بقواعد القانون الذي يحكم النزاع وعديم الخبرة بشأنه تبدو مسألة غير منطقية ولا معقولة، ولولا مخافة الحد من مبدأ سلطان الإرادة في

(1) - رضا السيد عبد الحميد، قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 في الميزان، دار النهضة العربية القاهرة، 2004 ص 136.

(2) - المادة 12 فقرة 03 من قانون اليونسسترال النموذجي للتحكيم الدولي.

(3) - أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف الإسكندرية 1987، ص 154، 155 .

الاتفاق لما قال أحد بهذا القول أو أيده. ومن الأمور التي تساعد المحكم على اكتساب الخبرة ما يلي: (1)

- 1- التدريب والإعداد القانوني وفقا لبرامج مكثفة نظرية وتطبيقية في مجال التحكيم والتي من شأنها إكساب المحكم الخبرة والتجربة في مجال التحكيم المحلي والدولي.
- 2- ضرورة إجادة المحكم للغة الأجنبية وبالذات اللغات المعتمدة في المعاملات الدولية كالانجليزية والفرنسية في الوقت الحالي خاصة إذا كان المحكم محتاج للغة الأجنبية لسماع الشهود والخبراء الناطقين بغير لغته.
- 3- اطلاع المحكم الواسع ومعرفته بأنظمة وتشريعات التحكيم المختلفة الإقليمية والدولية، ومتابعة المستجدات والتطورات المستمرة في مجال التحكيم التجاري الدولي.

جدير بالذكر ضرورة التأكيد على أهمية الخبرة القانونية للمحكم لأنها تضاعف الثقة في حكمه من خلال قدرته على فهم القانون، والعلم بقصد المشرع من النصوص القانونية وفهم المعاني التي تشير إليها هذه النصوص القانونية، وهو ما يقتضي القول أن التحكيم يكون جيدا بقدر خبرة المحكمين الجيدة .

وخلاصة القول أنه يجب توافر صفات وشروط في المحكم بعضها تقرر بموجب القانون وشروط وضوابط أخرى مختلفة ترك المشرع للأطراف الاتفاق عليها وذلك استنادا للطبيعة الاتفاقية لنظام التحكيم التجاري الدولي ودعما لرغبة المحكمين الذين يلجأون لاختيار محكمهم أو هيئة التحكيم بإرادتهم وهم يهدفون بذلك إلى تحقيق مصالح وغايات معينة، إذ أنه يحق لهم اشتراط ما يتوافق وتحقيق هذه المصالح.

ومن المفيد الإشارة إلى أنه مهما كانت درجة التأهيل لدى المحكم والكفاءة التي يتمتع بها، فإن للرداع الرقابي الذاتي والوازع الأخلاقي دور كبير في نفسية المحكم تمنعه من الانحراف في عمله والانحياز لطرف على حساب آخر، هذا إذا وضعنا في الحسبان عدم وجود نصوص قانونية صريحة وواضحة في قوانين التحكيم تحاسب

(1) - ناصر محمد الشريمان، المرجع السابق، ص 178.

المحكم من جهة ووجود إغراءات مادية ضخمة من جهة أخرى تجعله أقرب إلى الانحياز منه إلى الإنصاف .

الفرع الثالث: شروط تولي القاضي مهمة المحكم

نص قانون السلطة القضائية المصرية على أنه "لا يجوز للقاضي بغير موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية أن يكون محكما ولو يغير أجر ولو كان النزاع غير مطروح أمام القضاء إلا إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره لغاية الدرجة الرابعة، كما نص في الفقرة الثانية من نفس المادة " على أنه "يجوز بغير موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية ندب القاضي ليكون محكما عن الحكومة أو إحدى الهيئات العامة متى كان طرفا في النزاع الذي يراد فضه بطريق التحكيم، وفي هذه الحالة يتولى المجلس وحده تحديد المكافأة التي يستحقها القاضي"⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد قضت محكمة استئناف القاهرة ببطلان حكم التحكيم لبطلان الهيئة التي أصدرته⁽²⁾

وبفهم من هذا أن المشرع يحظر تولي القاضي مهمة التحكيم إلا في حالتين هما:

الحالة الأولى: أن يكون أحد طرفي النزاع من أقارب القاضي أو أصهاره لغاية الدرجة الرابعة.

الحالة الثانية: أن يكون أحد طرفي النزاع هي الدولة أو الهيئات العامة بشرط أن يكون القاضي محكما عن الدولة أو الهيئة العامة.

وعلى خلاف ذلك يرى بعض الفقهاء أن قيام القاضي بالمهمة التحكيمية له آثار سلبية في الانحراف بالتحكيم عن أهدافه ووظيفته الأصلية.

(1) - المادة 63 فقرة 1 و 2 من قانون السلطة القضائية المصري رقم 46 لسنة 1972.

(2) - حكم قضائي رقم 12-12 الصادر بتاريخ 2010/04/04 عن محكمة استئناف القاهرة، دائرة 63 تجاري، مجلة التحكيم العالمية، العدد 12 السنة الثالثة، بيروت، أكتوبر 2011، ص 665 .

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أبعد من ذلك فيرى أن تولي القاضي مهمة التحكيم إلى جانب عمله من شأنه إعاقة القاضي عن التفرغ لعمله ويسهم في تأجيل الفصل في القضايا المنظورة أمام المحاكم⁽¹⁾.

ويجزم رأي فقهي ثالث بعدم جوار الجمع مطلقا بين وظيفة القاضي وبين المهمة التحكيمية باعتبارها مهمة إجرائية غير قضائية ولكنها من مهام أعوان القضاء⁽²⁾.

وإذا كان لا بد من إيداء الرأي في المسألة لما تثيره من إشكالات قانونية واجتماعية واضحة فإننا نميل إلى النأي بالقاضي عن تولي مهمة التحكيم درءا للشبهات من جهة، وحرصا على استقلالية القاضي وحياده وحفظا لكرامته من جهة أخرى، ولأسباب التالية:

1- إن تولي القاضي مهمة التحكيم يشغله عن مهمته الأساس، ويترتب على ذلك تراكم عدد القضايا غير المفصول فيها أمام القضاء .

2- إن تولي القاضي مهمة المحكم من شأنه أن يعرض القاضي للحرص والتشكيك في نزاهته.

3- نظر لحساسية المنصب الذي يشغله القاضي باعتباره ممثلا لميزان العدالة في الدولة، فلا ينبغي تعريض هذا الميزان للاختلال بالجمع بين وظيفتين، وبالاحتكاك مع الشركات التجارية الدولية الكبرى التي تعمل جاهدة لتحقيق مصالحها الاقتصادية ولو على حساب العدالة.

واستثناء نرى أنه يمكن للقاضي تولي مهمة المحكم حين يتعلق الأمر بندبه محكما عن هيئة عامة في الدولة وبشروط صارمة، دون أن يكون لهذا التمكين مزايا معنوية وعائدات مادية من شأنها أن تزهد القاضي في مهمته .

(1) - لزهري بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 157 .

(2) - ناصر محمد الشرماني، المرجع السابق، ص 187.

المطلب الرابع: طرق اختيار المحكم التجاري الدولي

تجسيدا للطابع الاتفاقي للتحكيم، وإعمالا لمبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، فإن الأصل يقتضي قيام الأطراف بتعيين المحكم بعد اختيارهم له في التحكيم الحر، أما عندما يتعلق الأمر بالتحكيم المؤسسي فإنه لا بد من احترام لوائح هذه المؤسسات التحكيمية ومراكز التحكيم عندما يؤول الأمر إليها، كما يمكن للقضاء التدخل عند عدم الاتفاق على تعيين المحكم، وسنفضل في ذلك كما يلي (1):

الفرع الأول : التعيين الاتفاقي لهيئة التحكيم

يعتبر التحكيم الرفيق الطبيعي للاقتصاد الحر، فهذا الشكل من القضاء هو في الواقع فعل أساسي للحرية، ذلك أن أطراف النزاع هم من يختارون قضاتهم، وبالتالي فهو ترجمة للحرية التعاقدية في معالجة النزاعات. (2)

أولاً: اختيار المحكم في التحكيم الحر

على اعتبار أن التحكيم نظام قضائي خاص فإنه يحق للمحتكمين فيه اختيار قضاتهم بمقتضى اتفاق خاص مكتوب يعهدون به إليهم لتسوية منازعاتهم بحكم ملزم فاختيار الأطراف لهيئة التحكيم بإرادتهم يشكل الطريقة الأساسية في هذا الاختيار. غير أنه قد يتعذر عليهم تعيين محكمهم، أو عندما يصعب عليهم تحديد المؤهلات التي ينبغي توافرها في المحكم إذا ما ثار نزاع، وهذا في الأغلب يحدث عندما يكون الاتفاق سابقا لحدوث النزاع كما هو الحال في شرط التحكيم، فإنه يتعين الاكتفاء بذكر الطريقة التي يتم بموجبها تعيين المحكمين في ذلك الاتفاق التحكيمي. ولتوضيح كيفية وضوابط اختيار المحكم في التحكيم الحر نتناول كيفية التعيين الاتفاقي للمحكم وفقا لتنظيم المشرع المصري والمشرع الجزائري على النحو التالي :

(1) - لزه بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 82 .

(2) -Jean baptiste racine , les raisons de la libéralisation de l'arbitrage international dans les pays émergents(le cas particulier de l'Algérie)P271.

1- اختيار المحكم في التشريع المصري : نظم المشرع المصري اختيار المحكم في قانون التحكيم المصري وأعطى الأطراف حرية واسعة في اختيار محكميهم باعتبار أن المحكم يمثل حجر الزاوية في العملية التحكيمية برمتها، تاركاً الحرية لطرفي الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية اختيارهم ووقت اختيارهم والمدة التي يتم فيها الاختيار و المدة التي يلتزمان فيها بتعيين رئيس هيئة التحكيم⁽¹⁾، وتماشياً مع هذا الاتجاه نص في المادة 15 من نفس القانون على الآتي:

أ- تتشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة

ب - إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً.

كما ركز المشرع المصري على مبدأ المساواة بين الخصوم. حيث يعامل طرفي التحكيم على قدم المساواة، وتهيأ لكل منهم فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه⁽²⁾.

2 - إختيار المحكم وفقاً للتشريع الجزائري:

نص المشرع الجزائري على أنه "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم واستبدالهم..."⁽³⁾.

وما جاءت به هذه المادة يعد تجسيداً للطابع الاتفاقي الذي يقوم عليه نظام التحكيم. حيث تكون إرادة الأطراف في مركز متقدم فيما يتعلق بتنظيم العملية التحكيمية، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أعطى للأطراف الحرية الكاملة في اختيار المحكم أو المحكمين الذين توكل إليهم مهمة الفصل في النزاع وقد نص على مجموعة من الإجراءات نفصلها كالآتي:

(1) - المادة 17 من قانون التحكيم المصري .

(2) - طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 104 .

(3) - المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

أ - قاعدة العدد الوتري في تشكيل هيئة المحكمين : تطلب المشرع الجزائري كأغلب التشريعات المنظمة للتحكيم أن تتشكل محكمة التحكيم من العدد الفردي فأعطى الأطراف المتخاصمة إمكانية الاتفاق على محكم واحد أو أكثر بشرط أن يكون العدد وترّاً، وقد نص على ما يلي : " تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي " (1)

وبعد هذا النص تكريسا لقاعدة الوترية في تشكيل هيئة التحكيم لتحقيق الأهداف المبتغاة من اللجوء إلى نظام التحكيم، بكل سهولة ويسر.

لذلك فإن إعمال مبدأ الوترية في تشكيل هيئة التحكيم يعتبر أساس لتفعيل ميزة مهمة من ميزات التحكيم والتي من أهمها السرعة في عملية الفصل في الخصومة التحكيمية حيث أن وترية العدد تسهل الفصل في الخصومة التحكيمية.

ب - كيفية اختيار المحكم: نص المشرع الجزائري على أنه " يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم " (2). ويفهم من نص المادة أنه يقع شرط التحكيم باطلا، إذا لم يعين فيه المحكم أو المحكمين، أو لم ينص على طريقة تعيينهم حرصا من المشرع على تعيين المحكم بمعرفة الأشخاص أنفسهم ورضاهم به.

كما اشترط المشرع الجزائري أن يتضمن اتفاق التحكيم موضوع النزاع، أسماء المحكمين و كيفية تعيينهم تحت طائلة البطلان وفق نص المادة "2/1012" من نفس القانون

ج- مراعاة مبدأ المساواة بين الأطراف في اختيار المحكمين : إن حرية الأطراف في اختيار هيئة التحكيم ليست مطلقة ذلك أنها تتقيد عندما يتعلق الأمر بحسن سير العدالة والنظام العام .

(1) - المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

(2) - المادة 1008 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

ومن أهم هذه القيود ضرورة مراعاة المساواة في ذلك التعيين بين الطرفين بحيث يقع باطلاً كل شرط يقضى باستقلال أحدهما عن الآخر بالتعيين، أو يقضى باختيار أحدهم عدداً يفوق العدد الذي يقوم الطرف الآخر باختياره أو يقضى باستقلال المحكم المختار من قبله بالفصل في النزاع في حالة تخلف الطرف الآخر عن اختيار محكمه، أو يقضى بإنفراد أحدهما ببيان الطريقة التي يعين بها المحكم، وهذا فيما لو تم الاتفاق بين الطرفين على التعيين، أو الطريقة التي يعين بها المحكمين (1).

وإذ لم ينص المشرع الجزائري صراحة على مبدأ المساواة بين الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم، فإن هذا المبدأ يعد من المبادئ الأساسية في التقاضي، مما يعني أنه يجب إعماله عند تشكيل محكمة التحكيم وإلا كان حكم التحكيم عرضة للبطلان لتعلق مبدأ المساواة كباقي مبادئ التقاضي الأساسية بالنظام العام.

وكنتيجة إن عدم مراعاة مبدأ المساواة بين الخصوم في اختيار المحكمين يعد مخالفة جوهرية لحقوق الدفاع الأساسية التي تبرر رفض تنفيذ الحكم فيما بعد.

ثانياً: تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم المؤسسي

التحكيم المؤسسي هو منح المتخصصين مهمة الفصل في النزاع إلى مركز من مراكز التحكيم المعروفة، كمركز لاهاي ومركز القاهرة الإقليمي، أو غرفة التجارة الدولية لباريس، أو محكمة التحكيم بلندن، أو غيرها من المراكز الدائمة . ولا يوجد اختلاف كبير بين أنظمة ولوائح مؤسسات التحكيم في الإجراءات والضوابط التي تطبقها لتعيين المحكمين سواء من قبل الأطراف أو من قبل المراكز والهيئات ذاتها، حيث أنها تعطي للأطراف حرية كاملة للاتفاق على اختيار المحكمين وتحديد عددهم ولا تتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق (2).

(1) - ناصر محمد الشرماني، المرجع السابق، ص 190 .

(2) - لزهرة بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 96، 97 .

وقد أشار إلى ذلك قانون التحكيم المصري وذلك في المادة "1/17" التي أعطت لطرفي التحكيم الاتفاق على كيفية اختيار محكميهم .

وقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة "1014" على أنه إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم.

وأن الاستعانة بنظام التحكيم المؤسسي لا يسلب حرية الأطراف في اختيار محكمهم وأن سلطة هذه الهيئات في اختيار المحكم لها طابع احتياطي فلا تبادر إلى تعيينه إلا بعد التثبت من فشل الأطراف أو امتناع أحدهم عن اختيار الاستعانة بالأنظمة المؤسسية مشروطة بعدم الإخلال بالحد الأدنى من الضمانات الواجب توفيرها عند تشكيل محكمة التحكيم وسلامة الإجراءات واتساقها مع المبادئ القانونية⁽¹⁾.

وفيما يلي نتناول كيفية اختيار وتشكيل هيئة التحكيم وفقا لقواعد بعض الاتفاقيات والمنظمات الدولية على النحو التالي :

1- تشكيل هيئة التحكيم وفقا لقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي : نص قانون اليونيسترال على أنه " إذا اتفق الأطراف على تعيين محكم وحيد ثم أنقضت 30 يوماً على تسلم جميع الأطراف الآخرين بتعيين محكم وحيد دون أن يتوصلوا إلى اتفاق بهذا الشأن تولت سلطة التعيين تعيين ذلك المحكم بناء على طلب أحد الأطراف⁽²⁾

2 - تشكيل هيئة التحكيم طبقا لنظام المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة لم يقيد نظام المركز الأطراف بعدد معين من المحكمين بل ترك لهم حرية الاتفاق على العدد الذي يروونه مناسباً فيمكن اختيار محكم وحيد أو أكثر للفصل في النزاع .

(1) - لزهرة بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 98 .

(2) - المادة 8 فقرة 1 من قانون UNCITRAL

وقد نظمت قواعد مركز القاهرة مسألة تعيين هيئة التحكيم في المواد من "7-10" حيث إذا تعلق الأمر بتعيين محكم واحد يجوز لكل من الطرفين أن يقترح على الآخر اسم شخص واحد ليكون المحكم الوحيد أو أسماء جملة أشخاص يمكن اختيار المحكم الوحيد من بينهم.

وقد قرر المركز لنفسه سلطة التعيين بعد انقضاء ثلاثين يوما دون أن يتم تعيين المحكم سواء من الأطراف أنفسهم أو من قبل سلطة التعيين التي حددها الأطراف .
وإذ أعطت قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي للأطراف قدرا من الحرية فيما يتعلق بسلطة التعيين، فقد خول المركز نفسه حق تعيين المحكم إذا لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك من جهة، ومن جهة أخرى فقد قرر للأطراف الحق في الاعتراض على المحكم الذي يحدده المركز، وذلك بشطب أي من أسماء المحكمين المدرجة أسماءهم في القائمة التي ترسلها سلطة التعيين، على أن يتم التعيين من الأسماء التي فضلها الأطراف .

الفرع الثاني : تعيين المحكم بواسطة القضاء

الأصل أن قضاء الدولة لا يتدخل في خصومة التحكيم تطبيقا لاتفاق التحكيم. واحتراما لإرادة الطرفين التي ارتضت أن تعهد بالفصل في النزاع إلى جهة أخرى غير الجهة النظامية، وقد نظم المشرع الجزائري هذا التدخل حيث نص على أنه ⁽¹⁾ "في حالة غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يلي :

- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر .

- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختيار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر .

(1) - المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ومن خلال النص يتضح أن المشرع قد أتاح للطرف الذي يهمله التعجيل بأن يطلب المساعدة للقاضي الوطني الذي لا يمكنه التدخل إلا في حال ثبوت عدم قيام الأطراف بتعيين المحكمين بسبب عدم اتفاقهم أو بسبب عدم وجود طريقة لتعيينهم ضمن اتفاقية التحكيم أو شرط التحكيم أو عدم وجود طريقة لتعيين المحكمين ضمن النظام القانوني لهيئة التحكيم التي اتفق الأطراف على اللجوء إليها، ومن ثم فإن دور القاضي هو دور مساعد إزاء خصومة التحكيم .

وقد تصدى المشرع المصري للحالات التي يعين فيها القضاء المحكم بصفة احتياطية وقصرتها على الفروض التي يتفق الأطراف على شخص المحكم، أو على كيفية اختياره، ثم يحدث ما يحول دون إتمام تعيينه⁽¹⁾، وفي الحالة التي يختلف الخصوم على اختيارهم وهي الحالة التي تستوجب تدخل القضاء، فإنه إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولى القضاء المختص الاختيار بناء على طلب أحد الطرفين. ونصت المادة 9 على ما يلي: "يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى في مصر أو في الخارج فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة وإن لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة أخرى في مصر وتظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة الثانية دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم.

(1) - المادة 17 فقرة 1 و2 من قانون التحكيم المصري .

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لعمل المحكم

تثير طبيعة عمل المحكم الكثير من الغموض مما يقتضي البحث فيها بشيء من التفصيل، ولقد احتلت طبيعة عمل المحكم حيزا لا بأس به من اهتمام الفقه، وحاول العديد من الفقهاء التوصل إلى هذه الطبيعة التي يكتنفها الغموض واختلاف المفاهيم ويرجع هذا الاختلاف إلى الأساس الاتفاقي على اختيار المحكم.

فالتحكيم وعمل المحكم يضم عمليين مجتمعين بوقت واحد، الأول يقوم به طرفا النزاع وهو إبرام اتفاق التحكيم، والآخر يقوم به المحكم المختار من قبلهما وهو الفصل في النزاع بحكم يحوز حجية الأمر المقضي به.

ولقد اختلف الفقه والقضاء في تحديد طبيعة عمل المحكم وهذا الاختلاف ليس ترفا فكريا حول مسألة نظرية، وإنما له نتائج خطيرة بشأن تحديد مهمة المحكم⁽¹⁾. لذلك تقتضي دراسة طبيعة عمل المحكم التعرض للاتجاهات المختلفة التي احتلت مكانا بارزا في المؤلفات الفقهية، وشغلت ومازالت تشغل أذهان الفقه العربي والدولي في محاولة للترجيح بينها.

وقد اختلفت الآراء الفقهية في تحديد طبيعة عمل المحكم حيث ذهب البعض إلى ترجيح فكرة العقد كونه يخضع إلى إرادة الأطراف أما البعض الآخر فيرى أن عمل المحكم عمل قضائي مستندا في ذلك إلى جوهر طبيعة المهمة ذاتها، والإجراءات المتبعة، وسلوك المحكم، كما برز اتجاه فقهي آخر ليغلب الطبيعة المختلطة لمهمة المحكم، مستندا في ذلك إلى أن التحكيم نظام يمر بمراحل متعددة، يلبس في كل منها لباسا خاصا وينحو طابعا مختلفا، فهو في أوله اتفاق، وفي وسطه إجراء، وفي آخره حكم.

(1) - ناصر محمد الشرماني، المرجع السابق، ص 84.

أما الاتجاه الرابع والذي يأخذ بالطبيعة المستقلة لعمل المحكم فيقرر أن مهمة المحكم تخضع لنظام قانوني مستقل ينظم هذه المهمة دون أن تختلط بالنظم الأخرى، مستندا في طرحه هذا إلى الطبيعة المستقلة لنظام التحكيم، بالإضافة إلى استناده على حجة اختلاف الهدف بين كل من التحكيم والقضاء، فإذا كان الأول يبتغي تحقيق هدف اجتماعي للأطراف فإن الثاني يهدف إلى تطبيق القانون⁽¹⁾.

المطلب الأول: الطبيعة التعاقدية (الاتفاقية) لعمل المحكم

إن الطبيعة المتميزة لعمل المحكم تثير الكثير من الغموض حول التكييف القانوني لمهمة المحكم، فالطابع التعاقدية يحكم واقعة وميلاد مهمة المحكم، والتحديد الرضائي يزكي الطابع التعاقدية لعمل المحكم⁽²⁾.

الفرع الأول: مضمون النظرية يغلب أنصار هذا الاتجاه مبدأ سلطان الإرادة. حيث يرون أن للتحكيم طبيعة تعاقدية، يستمد المحكم فيه ولايته من إرادة الخصوم ويعتبر ذلك طريقا استثنائيا لفض النزاعات وخروجا عن الأصل في عرض المنازعات على القضاء، فمركز الثقل فيه هو اتفاق الأطراف، ومن هذا الأخير يستمد حكم التحكيم قوته التنفيذية، فهذا الحكم والاتفاق كل لا يتجزأ ولا يكون الحكم إلا نتيجة وانعكاسا للاتفاق.

وبما أن العقد شريعة المتعاقدين، فإن أطراف هذا الاتفاق يمتلكون حرية اختيار نوع التحكيم الذي يحيلون اليه النزاع، واختيار هيئة التحكيم التي ستتولى الفصل في النزاع وغيرها من إجراءات التحكيم⁽³⁾.

وطبقا لرأي أنصار هذه النظرية، فإن التحكيم يقوم على عمل من طرفي التحكيم، هو اتفاق التحكيم، وعمل من المحكم، هو الفصل في النزاع بقرار ملزم

(1) - إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، الجزء الثاني، منشأة المعارف الاسكندرية ، ص 265 .

(2) - كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق ، ص 45 .

(3) - الصلاحي أحمد أيهم بن ناجي ، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، اليمن، 1994، ص 18 .

لطرفيه، وأن العمل الأخير يرتد إلى الأول وعليه يقوم باعتباره مجرد تنفيذ له، ومن ثم فإن اتفاق التحكيم يستغرق عملية التحكيم برمتها⁽¹⁾، ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى أن اتفاق التحكيم مجرد عقد يتم قبل بدء إجراءات التحكيم ويخضع لما تخضع له عقود القانون الخاص، وإن قرار المحكم ينتقد بإرادة الخصوم ويتأثر بالعيوب التي تشوبها . كما خلص أنصار هذا الاتجاه من خلال مقارنة المحكم بالقاضي إلى أن المحكم ليس من قضاة الدولة. بل يعتبر شخصا عاديا، وقد يكون أجنبيا ويملك رفض قبول المهمة دون أن يكون منكرا للعدالة، كما أنه يستمد سلطاته من اتفاق التحكيم الذي يبرمه الأطراف، كما أن المحكم لا يملك توقيع جزاءات على الأطراف أو الشهود، فضلا عن ضرورة إصدار أمر بتنفيذ حكمه لدى القضاء⁽²⁾.

ولقد وجد هذا الاتجاه صداه لدى محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 17 يوليو لسنة 1937، والذي جاء فيه أن قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشارطه التحكيم تكون وحدة مع هذه المشاركة وتشاركها في صفتها التعاقدية، كما جاء حكم المحكمة بباريس في 28 مارس لسنة 1984 ينص على أن اختيار المحكم الذي يعتبر قاضيا وليس وكيلًا عن الخصم الذي عينه يعد عملا مشتركا اتحدت فيه إرادة الخصوم في الدعوى التحكيمية على الرغم من أن تعيينه قد تم ابتداء بناء على مبادرة من جانب طرف واحد⁽³⁾.

واستند أنصار هذا الاتجاه على الاختلاف بين القاضي والمحكم سواء من الناحية الشكلية أو الموضوعية، وقد تتجلى هذه الاختلافات من حيث كيفية تعيين المحكم والسلطات الممنوحة له، والحصانة التي يتمتع بها.

(1) - ناصر محمد الشerman، المرجع السابق، ص 87 .

(2) - عبد الحميد الشورابي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، ط1، منشأة المعارف الإسكندرية، ص 30 .

(3) - ناصر محمد الشerman، المرجع السابق، ص 88 .

ولم يكتف أنصار هذه النظرية بإبراز الدور الكبير الذي تجسده الإرادة في تحديد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم، إنما حاولوا إظهار الفرق بين التحكيم والقضاء من خلال عمل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع والمختلف في طبيعته عن عمل قاضي الدولة، فهو ليس عملاً قضائياً وإنما عملاً مختلفاً يجد أساسه في عقد يستند إلى إرادة الأطراف ويستمد أثره من الاتفاق على التحكيم، وإن تشابه وظيفة المحكم مع وظيفة السلطة القضائية يشكل تشابهاً ظاهرياً، لا يصلح أن يكون أساساً لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم.

فالمحكم يقوم بوظيفته بناء على اتفاق خاص تم تعيينه بموجبه ويتقاضى أتعابه من أطراف هذا الاتفاق وهذا يشكل اختلافاً جوهرياً بينه وبين القاضي الذي تعينه الدولة⁽¹⁾.

وقد أيدت هذا الاتجاه محكمة النقض المصرية ونفت عن مهمة المحكم الطبيعة القضائية، ورأت أن التحكيم قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية. ويرى البعض أن الطبيعة التعاقدية لمهمة المحكم تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، فالمحكم لا يعد قاضياً لأنه يفقد شرط تولية الحاكم له وأن المحكم يستمد ولايته من المتداعيان⁽²⁾.

الفرع الثاني الانتقادات الموجهة لنظرية الطبيعة (التعاقدية) الاتفاقية :

على الرغم من إبرازها للدور الإيجابي الذي يؤديه اتفاق الأطراف في مجال التحكيم، فإن هذه النظرية تعرضت لجملة من الانتقادات نذكر منها:

(1) - أشجان فيصل شكري داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وأثره وطرق الطعن به، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة النجاح فلسطين، سنة 2008، ص 15 .
(2) - محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، ط2، دار النهضة العربية، مصر سنة 2004، ص 7.

أولاً: التركيز على الجانب الإرادي في خصومه التحكيم رغم أن الإرادة لا تكفي في ذاتها لبناء هذا النظام المتميز، كما أن إرادة الخصوم لا تكفي وحدها لرد المحكمين إذ لا يجوز ردهم إلا في الحالات والحدود التي حددها القانون⁽¹⁾.

هذا بالإضافة إلى كون إرادة أطراف التحكيم ليست مطلقة، فالتحكيم لا يجوز إلا في المسائل التي يجوز الصلح فيها، وهذه الإرادة لا تعد دائماً أساساً للجوء إلى التحكيم لحل النزاع كما هو الحال في التحكيم الإجباري الذي يتم اللجوء إليه بناء على نص القانون.

والأخذ بالنظرية العقدية للتحكيم يؤدي إلى إطلاق مبدأ سلطان الإرادة وترك الأمر لأطراف النزاع والمحكم الذي تم اختياره من قبلهم واتفقوا مسبقاً على قبول ما يصدره من أحكام يؤدي إلى عدم تدخل الدولة إلا للحفاظ على النظام العام أو لضمان حسن سير عملية التحكيم بوضع قواعد مكملة لسد النقص في اتفاق التحكيم ولا توضع قواعد آمرة إلا لضمان المحافظة على المبادئ الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية السائدة فيها⁽²⁾.

ثانياً: المبالغة في إعطاء الدور الأساسي لإرادة أطراف النزاع في تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم فالمحكم عندما يفصل في النزاع يطبق إرادة القانون دون الاهتمام بما اتجهت إليه إرادة الخصوم.

ثالثاً: تعذر تكييف نوع العلاقة العقدية التي تربط المحكم بالأطراف، فقد ذهب البعض إلى تكييف هذه العلاقة على أنها من قبيل الوكالة وقد لقي هذا المعيار انتقاد الفقه لاستقلال المحكم عن الخصوم على نحو ينفي فكرة الوكالة⁽³⁾، لأن المحكم ليس وكيلاً عن الخصوم، فالوكالة تقوم على أساس التزام الوكيل بعمل قانوني لحساب موكله

(1) - احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ص 19 .

(2) - أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق ص 22 .

(3) - محمود مختار بري، المرجع السابق، ص 50 .

والخضوع لتعليماته وأوامره وتقوم بينهما علاقة تبعية لا يتمتع الوكيل فيها بأي استقلال ولا يملك أكثر مما يملكه الأصل، في حين أن المحكم رغم أنه يتلقى أتعاباً من الأطراف إلا أنه لا يمثلهم.

ولقد لجأ بعض الفقه تقادياً لهذه الانتقادات إلى ابتداع معنى جديد لفكرة الوكالة تقوم على المصلحة المشتركة التي تجمع أطراف النزاع، وقد استند أنصار هذا الرأي إلى استقلال المحكم وعدم إمكانية عزله إلا بموافقة جميع الخصوم، ولما كان تعارض مصالح الخصوم يحول دون قبول فكرة المصلحة المشتركة فقد كيفها البعض الآخر على أنها من قبيل إجارة العمل، وقد لقي هذا النقد نقداً أيضاً .

وذهب بعض الفقه إلى تكييفها بأنها عقد عمل إلا أن هناك اختلاف جوهري يتمثل في أن محل العقد هو القيام بمجهود ذهني وليس بدني فضلاً عن وجود علاقة تبعية تفرضها علاقة العمل لا تتوفر بالنسبة للمحكم الذي يتمتع باستقلال في مواجهة الأطراف، وهذا الاستقلال يتعارض مع خضوع المحكم لاتفاق الأطراف أو لأحكام القانون (1).

وقد اتجه بعض الفقه إلى تكييف هذه العلاقة على أساس أنها عقد مقابلة على أساس أن العقد يقترب من مهمة المحكم، كما أن عقد المقابلة له مجال أكثر اتساعاً من عقد الوكالة. وقد تعرض هذا الرأي إلى الانتقاد على أساس أن جوهر مهمة المقاول هو القيام بأعمال مادية في حين أن جوهر مهمة المحكم هو حسم نزاع بين أطراف الخصومة من خلال عمل ذهني وقانوني.

يضاف إلى ذلك انتفاء عنصر المضاربة، وهو عنصر جوهري في المقابلة وهذا مالا يتوفر في المحكم، لذلك لم تلق محاولة تكييفها على أساس أنها عقد مقابلة قبولا لدى الفقه (2).

(1) - ناصر محمد الشرماني، المرجع السابق، ص 33.

(2) - عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت 1990، ص 86 .

الفرع: الثالث تقدير النظرية

مما سبق نخلص إلى القول بأن أنصار النظرية العقدية نظروا إلى طبيعة عمل المحكم انطلاقاً من اتفاق الأطراف في مجال التحكيم، وإن مهمة المحكم بزعمهم تستند إلى إرادة الأطراف مستنديين في دعم رأيهم إلى أسانيد وحجج تبرز دور هذه الإرادة واستبعدوا كل ما من شأنه إضعاف دور إرادتهم. وما أوردناه من انتقادات لهذا الرأي يؤكد عدم إمكانية تحديد الطبيعة القانونية لمهمة المحكم من خلال نظرية العقد .

المطلب الثاني الطبيعة القضائية لعمل المحكم

على عكس أصحاب الرأي القائل بالطبيعة التعاقدية لعمل المحكم فإن هناك اتجاه فقهي آخر يغلب الطبيعة القضائية لمهمة المحكم، لأن المحكم في نظرهم يهدف إلى حسم النزاع وتحقيق العدالة بين المتنازعين وهو يكتسب بالضرورة الطبيعة القضائية، ذلك أنه يقوم بوظيفة القاضي ويحوز حكمه حجية الأمر المقضي به وهذا جوهر الوظيفة القضائية.

الفرع الأول: مضمون النظرية

تقوم هذه النظرية على أساس مستمد من أن أصل الوظيفة التي يقوم بها المحكم هي ذاتها التي يقوم بها القاضي، وبالتالي فإن عمله يكون عملاً قضائياً، ويتم نظر النزاع أمام المحكم على ذات المراحل التي تتم أمام القضاء⁽¹⁾

ويرى أنصار هذا الاتجاه أنه يجب تغليب المهمة التي توكل إلى المحكم والغرض من نظام التحكيم، واستند أنصار هذه النظرية إلى الدور المتشابه بين المحكم والقاضي، فالقاضي والمحكم يؤديان وظيفة واحدة هي حسم النزاع وتحقيق العدالة بين الخصوم، وكل ما هنالك أن التحكيم هو قضاء خاص يعمل إلى جانب القضاء العام في الدولة⁽²⁾.

(1) - لزهري بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 19 .

(2) - محمود مختار بري، المرجع السابق، ص 7 .

كما يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم يكون بتغليب المعايير الموضوعية المتمثلة في المهمة التي يقوم بها المحكم وهي الفصل في النزاع بقرار ملزم لطرفيه، والعمل الأخير يستغرق عملية التحكيم برمتها، أما اتفاق التحكيم فهو مجرد أداة لتحريك نظام لا يؤثر على جوهر الوظيفة ولا يؤثر في طبيعتها⁽¹⁾.

ويرى جانب من الفقه أنه باتفاق التحكيم يحل قضاء التحكيم محل قضاء الدولة في حماية الحقوق ويكون إلزاميا شأنه في ذلك شأن قضاء الدولة. فالتحكيم اتفاق، ثم إجراء، ثم حكم شأنه في ذلك شأن الحكم الصادر عن السلطات القضائية في الدولة⁽²⁾.

والى ذات الاتجاه ذهب القضاء الفرنسي في بعض أحكامه حيث اعتبر التحكيم وما يصدر عنه ذا طبيعة قضائية⁽³⁾، ويبدو أن الطبيعة القضائية لمركز المحكم تحظى بتأييد واسع، إذ يستند أنصارها على حجية ما ذهبوا إليه من خلال ما يلي :

1- تشابه الوظيفة في كل من القضاء والتحكيم، إذ أن العمل الذي يقوم به المحكم هو ذات العمل الذي يقوم به القاضي والمتمثل في الفصل في النزاع وهذا يتطلب ترجيح المعيار الموضوعي على المعيار الشكلي والعضوي في تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم .

2- إقرار القانون نظام التحكيم لحل النزاعات، فالمحكم يعد قاضيا لأنه يستمد سلطته من اتفاق التحكيم ومن القانون الذي أجاز هذا الاتفاق وجعل الحكم الصادر عنه قابلا للتنفيذ.

(1) - علاء محي الدين مصطفى ابو احمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ضوء القوانين الدولية ومحاكم

التحكيم، دار الجامعة الجديدة 2008، ص 39 .

(2) - ناصر محمد الشرماني، المرجع السابق، ص 96 ، 97 .

(3) - اسعد فاضل مندويل، المرجع السابق، ص 56 .

3. الإجراءات التحكيمية هي إجراءات ذات طبيعة قضائية سواء من ناحية احترام المبادئ الأساسية في التقاضي والمتمثلة في حقوق الدفاع والمساواة والمواجهة بين الخصوم .

4. وحدة المصطلحات القانونية التي نص عليها المشرع بشأن التحكيم وشأن القضاء كمصطلح الحكم، الخصوم، النزاع، وغيرها من المصطلحات التي تستخدم في الأعمال القضائية⁽¹⁾.

وختلاصة ما ذهب إليه أنصار هذه النظرية (الطبيعة القضائية) أنهم نظروا إلى التحكيم من زاوية أنه قضاء ملزم للخصوم متى اتفقوا عليه وأن التملص منه لا يجدي، وأنه يحل محل قضاء الدولة الإلزامي وأن 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، وبالتالي فعمل المحكم عمل قضائي لتوفر مقومات العمل القضائي فيه وهي الإدعاء والمنازعة، والشخص الذي يخوله القانون حسم النزاع ، كما أن حكم المحكمين يعتبر عملاً قضائياً بالمعنى الدقيق من حيث الشكل والموضوع، فمن حيث الشكل يصدر في شكل حكم قضائي وبنفس إجراءات إصدار الأحكام القضائية، ومن ناحية الموضوع، فالمحكم غالباً ما يطبق قواعد القانون الموضوعي ويفصل في نزاع حقيقي بين الخصوم ويلتزم باحترام حقوق الدفاع⁽²⁾.

الفرع الثاني: الانتقادات الموجهة لنظرية الطبيعة القضائية

لم تسلم هذه النظرية من النقد ، ذلك أن التشابه بين نظام القضاء والتحكيم أدى إلى وجود قواعد مشتركة بينهما، لكن هذا لا يعني التماثل، ولأن اختلافهما من حيث الوظيفة والغاية ومن حيث الآثار القانونية ومن حيث البناء القانوني أدى إلى اختلافهما في

(1) - أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق ص 30، 31 .

(2) - لزهري بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق ، ص 21، 22،

تفاصيل القواعد المشتركة⁽¹⁾، ومن حيث الانتقادات التي وجهت إلى هذه النظرية نورد ما يلي :

أولاً: الاستناد إلى العمل الذي يقوم به المحكم هو ذات العمل الذي يقوم به القاضي لا يكفي للقول بالطبيعة القضائية للتحكيم ولمهمة المحكم لأن وظيفة كل منهما تختلف عن الأخرى، فوظيفة القاضي ووظيفة قانونية تتمثل في حماية الحقوق والمراكز القانونية بغض النظر عن وجود نزاع أو عدم وجوده حيث يكفي وجود مصلحة للشخص حتى يقوم القاضي بإصدار حكم يكفل حماية هذه الحقوق والمراكز⁽²⁾.

ثانياً: لم يعتبر القانون المحكم المكلف بالفصل في النزاع قاضياً خاصاً أو عاماً بدليل أنه نظم قواعد خاصة بالقاضي تختلف عن القواعد الخاصة بالمحكم كالقواعد المتعلقة بالصلاحيات والسلطات والمسؤولية⁽³⁾.

ثالثاً: إن النظرية القضائية لا تستقيم مع طبيعة التحكيم، لأن القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة لا يتولاها إلا القاضي الذي يمثل الدولة فيما يصدره من أحكام⁽⁴⁾.

الفرع الثالث : تقدير النظرية

في المحصلة نخلص إلى القول : أن المحكم يتمتع بوضع قانوني خاص ومتميز يكون له بموجب هذا الوضع سلطة حل النزاع بين الأطراف الذين وقع اختيارهم عليه كقاض لهم في ظل نظام قضائي الطبيعة .

جدير بالذكر أن تقدير الطبيعة القضائية للمحكم لا يعني اندماجه كلياً في القضاء أو يفقده ذاتيته الخاصة، فالتحكيم ليس هو القضاء، وإنما جزء من النظام القضائي ذلك

(1) - أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص 34.

(2) - ناصر محمد الشرماني، المرجع السابق، ص 98 .

(3) - أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق ، ص 35 .

(4) - ناصر محمد الشرماني، المرجع السابق، ص 99 .

أن كثيرا من الدول تعتمد نظام القضاء كنظام أساسي ليأتي التحكيم موازيا لقضاء الدولة ومعاوناً له في حسم النزاعات.

المطلب الثالث: الطبيعة المختلطة لعمل المحكم

أمام اختلاف النظريتين العقدية والقضائية ظهر اتجاه فقهي آخر توفيقياً منطلقاً في طرحه من العيب المشترك في النظريتين السابقتين والمتمثل في إضفاء صفة واحدة على نظام التحكيم في مجموعه ليقرر الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم فيضفي عليه صفة العقد والقضاء في آن واحد فهو يبدأ باتفاق وينتهي بقضاء وهو حكم التحكيم لتسمى هذه النظرية بنظرية الطبيعة المختلطة، وهو ما سنفصل فيه على النحو التالي:

الفرع الأول: مضمون النظرية

إن الذين قالوا بهذه الطبيعة أرادوا في هذا الاتجاه الموازنة بين فكرتين جوهريتين داخل نظام التحكيم هما فكرة العقد وفكرة القضاء⁽¹⁾.

ولذلك فإن أنصار هذه النظرية يرون أن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم يتم من خلال تحديد التأثيرات المزدوجة لفكرتي العقد والقضاء في هذا النظام⁽²⁾، فالطبيعة العقدية تجد أساسها في اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاع القائم بينهم وهو ما يتطلب احترام هذا الاتفاق انطلاقاً من احترام مبدأ سلطان الإرادة .

أما الطبيعة القضائية فإنها تجد أساسها من خلال الفصل في هذا النزاع وفقاً لإجراءات قضائية يصدر بناءاً عليها حكم قضائي، والتحكيم قالب قانوني يتضمن عملياً : الأول يحدثه أطراف النزاع والثاني يحدثه المحكم وبناءاً على ذلك يتسم التحكيم بالطبيعة المختلطة⁽³⁾ لما فيه من تأثيرات عقدية وقضائية وهو يعد نظاماً قضائياً اتفاقياً يجيز لأطراف النزاع اختيار المحكم الذي سيتولى مهمة الفصل في

(1) - اسعد فاضل مندويل، المرجع السابق ، ص57

(2) - أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص 44 .

(3) - ناصر محمد الشرماني، المرجع السابق، ص101،102.

النزاع بإصدار حكم قضائي حائز على حجية الأمر المقضي به ونهائي لا يقبل الطعن فيه طالما ظل المحكم ملتزماً بنصوص اتفاق التحكيم في القانون .

ويبرر أنصار هذا الاتجاه (الطبيعة المختلطة) رأيهم بأن التحكيم يحتل موقعا وسطا بين الطبيعة القضائية والطبيعة التعاقدية وأن له طابعا مرحليا فهو يبدأ تعاقديا وينتهي قضائيا بصدور حكم التحكيم، وأمر تنفيذه من قضاء الدولة محل التنفيذ⁽¹⁾ ومن ثم فإن التحكيم يظل تعاقديا إلى حين صدور الحكم وأمر تنفيذه فيصبح قضائيا فهو يمر بمراحل متدرجة ومتعددة تلبس في كل منها لباسا خاصا فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم، ويترتب على الأخذ بوجهة النظر هذه عدم الاعتراف بحجية حكم التحكيم إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه⁽²⁾.

وبالرغم من اتفاق أنصار هذه النظرية على الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم وأحكامه فقد اختلفوا فيما بينهم حول الوقت الذي يتحول فيه التحكيم من الطبيعة العقدية إلى الطبيعة القضائية. فمنهم من يرى أنه بصدور أمر التنفيذ من المحكمة المختصة يتحول التحكيم من الطبيعة العقدية إلى الطبيعة القضائية .

الفرع الثاني : الانتقادات الموجهة لنظرية الطبيعة المختلطة

على الرغم من أن هذه النظرية حاولت التوفيق بين الاتجاهين السابقين، إلا أنها نالت نصيبها من الانتقادات التي نبينها حسب الآتي:

أولاً : يؤخذ على هذا الاتجاه أنه لم يتصدى للمشكلة وإنما اختار أيسر وأسهل الحلول وجمع بين النظريتين وأنه ربط وبصورة غير صحيحة بين ما تتمتع به أحكام المحكمين من حجية وبين قوتها التنفيذية، لأن حكم التحكيم يحوز حجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره⁽³⁾.

(1) - لزهري بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 22 .

(2) - نصت المادة 21 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه " حكم التحكيم يعتبر بعد صدور الأمر بتنفيذه في قوة الحكم الصادر من الجهة التي أصدرت الأمر بالتنفيذ".

(3) - عيسى بادي سالم الطرونة، المرجع السابق ص52.

والواقع أن هذه النظرية لم تتطرق إلى جوهر المشكلة مكتفية بوصف عملية التحكيم في مراحلها المختلفة، كما أنها لم تقدم الإطار القانوني الذي يفسر السلطات القضائية للمحكم، وإن القول بأن التحكيم يتحول من الطبيعة العقدية إلى الطبيعة القضائية عند صدور الحكم الفاصل في النزاع هو محل نظر لأن المسلم به أن طبيعة الشيء جزء لا يتجزأ من كل الشيء⁽¹⁾.

ثانياً: اختلاف أنصار هذه النظرية حول الوقت الذي يتحول فيه التحكيم من الطبيعة العقدية إلى الطبيعة القضائية يتعارض مع ظهور النظرية المختلطة التي تقوم على الطبيعيتين منذ الاتفاق على التحكيم وحتى الانتهاء منه بتنفيذ الحكم مما يشكل نقطة ضعف في هذه النظرية.

ثالثاً: يترتب على قبول هذه النظرية إهدار القيمة القانونية لحكم التحكيم الذي لا يصدر الأمر بتنفيذه، وهذا يتنافى مع قصد المشرع في إقرار نظام التحكيم، ففكرة التحكيم تقوم أساساً على التنفيذ الاختياري لحكم المحكم الذي يكتسب الحجية فور صدوره دون أن يتراخى في هذا الأثر لحين صدور الأمر بتنفيذه⁽²⁾. والتسليم بهذه النظرية على ما في العلاقة بين حجية حكم التحكيم وقوته التنفيذية يتماشى مع إقرار القانون لهذا النظام بوصفه وسيلة للفصل في النزاعات .

الفرع الثالث: تقدير النظرية

مما سبق نخلص إلى القول أن تبني هذه النظرية والأخذ بها لبيان طبيعة عمل المحكم فيه ضعف كبير ولا يستقيم مع الطبيعة القانونية لمركز المحكم، ذلك أن الجمع بين النظريتين العقدية والقضائية لا يمثل أساساً صحيحاً لمركز المحكم، لأن عدم الأخذ بكل من هاتين النظريتين على حدة كما سبق وأن أشرنا إليه في هذه الدراسة يقتضي

(1) - أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص 47.

(2) - ناصر محمد الشerman، المرجع السابق، ص 104.

عدم الأخذ بهما معاً، هذا من جهة ومن جهة أخرى رفض جانب كبير من الفقه لهذه النظرية واعتبار الأخذ بها هروباً من جوهر المشكلة، وأخذ بأسهل الحلول وأيسرها.

المطلب الرابع: الطبيعة المستقلة (الخاصة) لعمل المحكم

في ظل وجود انتقادات موجهة للاتجاهات الثلاثة السابقة برز اتجاه رابع يقول أنصاره بأن نظام التحكيم وعمل المحكم له طبيعته الخاصة وذاتيته المستقلة التي تختلف عن العقود وتختلف عن حكم القضاء العام في الدولة فهم يرون أن العقد ليس هو جوهر التحكيم⁽¹⁾، بدليل أنه لا يوجد في التحكيم الإجمالي كما أن المحكمين لا يعينون دائماً باتفاق الأطراف أو بواسطتهم إنما يتم تعيينهم بواسطة المحكمة أو عن طريق منظمات ومراكز التحكيم الدائمة التي يلجأ إليها الأطراف.

كما ذهب بعض الفقه إلى القول بأن التحكيم ليس نوعاً من القضاء وإنما هو نظام مختلف في وظيفته وطبيعته وبنائه الداخلي عن القضاء وهو بذلك يمشي موازياً له⁽²⁾، واختلاف نظام التحكيم عن نظام القضاء يؤكد أننا أمام نظامين مستقلين لا يعد أحدهما فرعاً من الآخر مما يجعل لكل منهما قواعده الخاصة به، فالقضاء قواعده عامة مجردة، معدة مسبقاً بهدف حماية الحقوق والمراكز القانونية، أما التحكيم فقواعده تتميز بالخصوصية، فهي تختلف من نزاع إلى آخر حسب ما يتفق عليه أطراف النزاع الذين يمتلكون حرية اختيار إجراءات التحكيم الواجب مراعاتها من قبل المحكم عند الفصل في النزاع.⁽³⁾

فالتحكيم لدى أنصار هذا الاتجاه هو النظام القانوني الذي يمكن الأطراف من حل نزاعهم عن غير طريق القضاء، أو هو أسلوب ثالث لحل منازعات لا يقوم على

(1) - أحمد المصطفى الصالح المرجع السابق، ص 190.

(2) - لزهرة بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 23.

(3) - أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص 51.

السلطة العامة مثل القضاء كما لا يتم ذاتيا برضى الطرفين مثل الصلح وإنما بنزول أطراف النزاع على رأي شخص محكم يثقان في رأيه.

كما أن القانون لم يعد المحكم قاضيا يخضع لنظام قانوني يختلف عن النظام القانوني الذي يخضع له القاضي، فالمحكم لا يمتلك سلطة الأمر والجبر، ولا يشترط فيه ما يشترط في القاضي من صفات كالسن والجنسية والمؤهلات وغيرها من الشروط ولا يعد منكرا للعدالة إذا امتنع عن القيام بعمله⁽¹⁾.

الفرع الأول : مضمون النظرية

يرى أنصار النظرية المستقلة لطبيعة عمل المحكم أن طبيعة عمل المحكم ومركزه القانوني لا يمكن أن تكون عملا تعاقديا بحتا ولا عملا قضائيا بحتا ولا مختلطا أيضا، لكنه ذو طبيعة خاصة مستقلة مستنديين في ذلك إلى أن التحكيم نظام أصيل⁽²⁾ متحرر من العناصر التعاقدية أو القضائية مما يكفل السرعة الضرورية في نظر القضايا، وأن اتفاق التحكيم لا يعتبر عقدا مدنيا، لأن العقد المدني لا يرتب بذاته آثارا إجرائية. كما أن مجال التحكيم لا يدخل في مجال الإجراءات طالما أن التحكيم خارج قضاء الدولة.

ويجادل أنصار النظرية المستقلة (الخاصة) بصحة ما ذهبوا إليه. مؤكدين على الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم، وحجتهم في ذلك أن هذا النظام أقرته القوانين الداخلية وأنظمة و لوائح مراكز التحكيم المنتشرة في مختلف دول العالم، وفي المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم، سواء كانت معاهدات ثنائية أم جماعية .

كما يستندون إلى حجة مفادها أن العقد ليس أساسيا في نظام التحكيم بدليل ظهور التحكيم الإلزامي الذي يلزم أطراف النزاع باللجوء إليه بموجب القانون، وبدليل أن المحكمين لا يعينون باتفاق الأطراف أحيانا وإنما قد يتم تعيينهم بواسطة المحكمة

(1) - أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص 53.

(2) - أحمد المصطفى، الصالح المرجع السابق، ص 190، 191.

المختصة، وإذ يخلص أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن التحكيم أداة متميزة لحل المنازعات فيه اتفاق، وفيه قضاء، وفيه ما يميزه عنه، وأن التقارب بين نظام التحكيم ونظام القضاء المتمثل في الفصل في النزاع له حدود يقف عندها ولا يتجاوزها ليصل إلى حدا الدمج أو الخلط بينهما⁽¹⁾، ومع ذلك فإن هذا الطرح لم يمنع من توجيه انتقادات لهذا الرأي نتعرض إليها في الآتي :

الفرع الثاني : الانتقادات الموجهة للنظرية المستقلة (الخاصة)

تعرضت هذه النظرية للنقد على أساس الاختلاف الواضح بين نظام التحكيم ونظام القضاء، إذ لا يمكن التسليم بالطبيعة المستقلة الخاصة بنظام التحكيم لمجرد استناد التحكيم في تكوينه إلى العقد، ويمكن تلخيص هذه الانتقادات في الآتي :

أولاً : استناد أنصار هذه النظرية على التنظيم القانوني لنظام القضاء والمختلف عن التنظيم القانوني لنظام التحكيم⁽²⁾ هو استناد إلى أسانيد شكلية و ليس على أسانيد موضوعية تتمثل بالمهمة التي يقوم بها كل من القاضي والمحكم، فالقضاء منظم تنظيمًا قانونيًا عامًا يحكم جميع المنازعات، أما التحكيم فمنظم تنظيمًا خاصًا من قبل المكلف في النزاع وهذا لا يعني اختلافهما في الطبيعة، إنما يعني أن القضاء قضاء عام والتحكيم قضاء خاص.

ثانيًا: ربط أنصار هذه النظرية ربطًا خاطئًا بين القضاء وبين تطبيق القانون من جهة، وبين التحكيم وتطبيق الأعراف أو قواعد العدالة من جهة أخرى، فالقاضي يفصل في النزاع المعروض عليه استنادًا إلى القواعد القانونية أو الأعراف السائدة أو قواعد العدالة في حال غياب القاعدة القانونية التي تحكم النزاع، وهو الدور الذي يقوم

(1) - ناصر محمد الشرماني، المرجع السابق، ص 110.

(2) - أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص 54.

به المحكم عندما يكون مكلفا بالفصل في النزاع وفقا لقواعد العدل والإنصاف دون التقيد بقواعد القانون⁽¹⁾.

ثالثاً: إن تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم يتم من خلال تحديد الأصل الذي ينتمي إليه وليس من خلال الأثر المترتب عليه، أو الأساس الذي يقوم عليه، فإن كان هذا الأصل هو سلطان الإدارة، كان نظام التحكيم ذا طبيعة عقدية،⁽²⁾ وإذا كان الأصل الذي ينتمي إليه نظام التحكيم هو سلطة القضاء كان نظاماً قضائياً، وعلى الرغم من اختلاف النظريات الأربع في تحديد طبيعة مهمة المحكم فإنها تجمع على أن التحكيم يمر بثلاث مراحل أولها اتفاق، ووسطها إجراء، وآخرها حكم ملزم .

الفرع الثالث: تقدير النظرية

إن اتخاذ هذه النظرية أساس لتحديد الطبيعة القانونية لعمل المحكم فيه ضعف واضح تؤكد الانتقادات التي أوردناها.

وبناء على ما سبق فإننا نميل إلى ترجيح الطبيعة القضائية لمركز المحكم حيث نخلص إلى القول بأن المحكم يشغل مركزاً متميزاً ويحوز سلطة قضائية واسعة تخوله الفصل في النزاع بحكم ملزم ليقترّب من المركز القانوني للقاضي، كما أن أحكام المحكمين هي بمثابة أحكام قضائية، كونها ملزمة وحائزة على حجية الشيء المقضي به، هذا بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري اعترف بنظام التحكيم وسن له القوانين الخاصة به ونظم أحكامه حيث نصت المادة على أنه " تطبق أحكام المواد من 1035 إلى 1038 فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي " ⁽³⁾.

(1) - حكم التحكيم رقم 357 لسنة 2003 جلسة 2004/12/30 ، مجلة التحكيم العربي العدد 08 أغسطس 2005 ص 172 وقد قضى الحكم بما يلي: "إن تفويض المحكمين بالصلح وبالقضاء وفقاً لقواعد العدل والإنصاف لا يعني استبعاد حكم القانون".

(2) - محمود السيد عمر التحيوي طبيعة قانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر 2003، ص 642.

(3) - المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

خلاصة الفصل الأول

من خلال ما سبق يتضح لنا أن للمحكم التجاري الدولي تنظيم قانوني خاص به فهو يتميز عن غيره من الأنظمة الأخرى المشابهة له كالقاضي والخبير والوسيط والموفق، وإن تشابه مع هذه الأنظمة من حيث المهمة، فإنه يختلف عنها من حيث حجية الحكم الصادر عنه ليقترّب بذلك من القاضي حيث يحوز الحكم الصادر عن المحكم حجية الأمر المقضي به كما هو الشأن بالنسبة لحكم القاضي.

وعليه يمكننا القول بأن المحكم يشغل مركزاً خاصاً ومتميزاً، ويتمتع بسلطات قضائية تخوله حسم النزاع والفصل فيه بحكم منهي للخصومة ليقترّب مركزه القانوني بذلك من مركز القاضي استناداً إلى الطبيعة القضائية لمهمة المحكم.

وإذا تستند هذه الطبيعة إلى حجج واضحة وأدلة منطقية، فإنه كان لا بد من التطرق إلى الشروط التي يجب توافرها في المحكم لتمييز مهمته عن مهمة القاضي وطبيعته القانونية عن الطبيعة القانونية للقاضي، وتبيان كيفية اختياره والضوابط المعتمدة في ذلك، سواء تعلق الأمر بالتحكيم الحر أو المؤسسي، أو التعيين عن طريق القضاء الذي يعد استثناء عن الأصل، والذي يتيح لأطراف النزاع اختيار محكمهم إعمالاً لسلطان الإرادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين المعمول به في اتفاق التحكيم باعتباره عقداً ليس للقاضي إلا سلطة محدودة في تعديله، وهو ما يتيح إمكانية تعيين المحكم من طرف القضاء إذا لم يتفق أطراف الخصومة على تعيينه أو اختلفوا في ذلك.

الفصل الثاني

تقوم عملية التحكيم أساساً على المحكم في العملية التحكيمية، حيث يتمتع بسلطات واسعة تمكنه من الفصل في الموضوع والتوصل إلى حكم حاسم ينهي النزاع فهو يستمد سلطاته من أطراف اتفاق التحكيم ومن إرادة المشرع الذي خوله ممارسة مهمة التحكيم.

تجدر الإشارة أن المحكم يبدأ بممارسة سلطاته منذ اللحظة التي يصدر فيها موافقته على قبول المهمة التي أنيطت به، وأنه مقيد بما خوله اتفاق الأطراف، أو قانون التحكيم من سلطات في دولة ما فالمحكم ليس قاضياً وليس له صلاحيات القاضي فهو مقيد بالمهمة التحكيمية، فإذا تجاوزها بطل حكمه⁽¹⁾.

وسنعرض في هذا الفصل إلى سلطات المحكم التي تضيق وتوسع حسب اتفاق الأطراف، فكثيراً ما تنص اللوائح المؤسسية والتشريعات الوطنية على الاختصاصات التي يمارسها المحكم إلا أنها تقيد بعبارة "ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"⁽²⁾. وسنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين.

المبحث الأول : سلطات المحكم قبل وأثناء سير العملية التحكيمية

المبحث الثاني : سلطات المحكم في إصدار الحكم التحكيمي

(1) - ناصر محمد الشرماني، المرجع السابق، ص 245.

(2) - تكررت العبارة المشار إليها أعلاه في النصوص القانونية الخاصة بالتحكيم وعلى سبيل المثال لا الحصر وردت المواد "1019 و1049" من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والمواد "34 و36" من قانون التحكيم المصري

المبحث الأول

سلطات المحكم قبل وأثناء سير العملية التحكيمية

مما لا شك فيه أن سلطات المحكم تتحدد بموجب عاملين أساسيين هما: القانون، واتفاق التحكيم، علما بأن هذه السلطات تزداد اتساعا كلما تراجعت النصوص القانونية التي تقيد سلطات المحكم وعلى المحكم قبل البدء في مباشرة مهامه التحقق من السلطات المخولة له بموجب اتفاق التحكيم، ذلك أن مشروطه التحكيم⁽¹⁾ تتضمن القواعد التي تتفق الأطراف المعنية باتفاق التحكيم بتطبيقها على النزاع القائم بينها ناهيك عن أن القانون قد أتاح للمحكم سلطات محددة وهو ما سنتطرق له في ما يلي :

المطلب الأول: حدود سلطات المحكم في تحديد القواعد الإجرائية

لا يملك المحكم أو المحكمون سلطة إلا في النزاع المتفق على عرضه عليهم، وقد أعطى المشرع للأطراف المحكّمة سلطة تخويل المحكم بعض السلطات بحيث لا يجوز ممارستها إلا إذا اتفق الخصوم على ذلك حيث يتمتع المحكم بسلطات إجرائية واسعة تبدأ باختيار الأشكال الإجرائية التي يتقرر إتباعها وذلك في بدء الإجراءات لحسم النزاع، وسلطات إجرائية تتعلق بالسلطة الفعلية التي يمارسها أثناء سير الإجراءات⁽²⁾.

ولأن السير في الخصومة يستلزم إجراءات معينة، فقد أتاحت معظم الأنظمة القانونية للأطراف الاتفاق على التفصيلات الإجرائية، كما منحت الأطراف إمكانية تسيير إجراءات المحكمين .

(1) - أحمد بلقاسم، التحكيم الدولي، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر 2006، ص 103 .

(2) - كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق ص 120، 121.

الفرع الأول: سلطة المحكم في التنظيم الإجرائي للخصومة

بالرجوع إلى قانون التحكيم المصري نلاحظ أن السلطات الإجرائية للمحكم تزداد اتساعاً عندما يفوضه الأطراف في تحديد إجراءات الخصومة، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري إذ نص على ما يلي: "يمكن أن تضبط اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف... كما نصت على أنه تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة" (1).

أولاً: البت في وجود اتفاق التحكيم وصحته يتعين على المحكم قبل البدء في مباشرة مهامه أن يتحقق من نطاق النزاع المطروح عليه، من حيث موضوعه وسببه وأطرافه، ويتحقق من السلطة المخولة له بمقتضى عقد التحكيم وما إذا كانت له صفة المحكم الصالح، أم ليست له هذه الصفة وأن يتحقق من أن موضوع النزاع لا يتعلق بالنظام العام (2).

ولذلك يجب أن يكون اتفاق التحكيم واضحاً وصريحاً يعلم به من يطلع عليه دون اللجوء إلى الاجتهاد العادي، أما إذا احتوى اتفاق التحكيم على غموض أو معاني متناقضة فإن الأمر يرد إلى القضاء صاحب الاختصاص الأصيل. ويولد التحكيم من اتفاق أساسه حسن النية، فاتفاق التحكيم المبني أساسه على الغش نحو القانون والتحايل على أحكامه الآمرة يعد باطلاً. وللمحكمة أن تقضي ببطلانه من تلقاء نفسها لتعلق الأمر بالنظام العام (3).

(1) - المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

(2) - أحمد ابو الوفا المرجع السابق، ص 228، 229 .

(3) - حكم محكمة الاستئناف القاهرة، دائرة 91 تجاري، الدعوى رقم 95 لسنة 122 ق جلسة 2006/05/30. مقتبس عن طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 172.

ثانياً: تحديد لغة التحكيم

ويقصد بلغة التحكيم لغة إجراءات التحكيم والمرافعات، وتقديم المستندات والوثائق والحكم، فقد تكون لغة واحدة في مختلف المراحل وقد تتعدد لغات الأطراف، ولا تأثير لهذه اللغة في تحديد طبيعة الحكم، أي أنه لا يمكن اعتبار الحكم أجنياً أو غير أجني بناء على اللغة التي كتب بها⁽¹⁾.

وقد تمت معالجة مسألة تحديد اللغة في قانون التحكيم المصري والذي اعتبر أن لغة التحكيم هي اللغة العربية ما لم يتفق الطرفان أو تحدد محكمة التحكيم لغة أو لغات أخرى. وهذه القاعدة مأخوذة من القانون النموذجي لليونسترال.

ولهيئة التحكيم أن تقرر أن يرفق بكل أو بعض الوثائق المكتوبة التي تقدم في الدعوى ترجمة اللغة أو اللغات المستعملة في التحكيم وفي حال تعدد هذه اللغات يجوز قصر الترجمة على بعضها⁽²⁾.

جدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يتعرض لمسألة لغة التحكيم سواء في تنظيمه للتحكيم الداخلي أو الدولي، إذ تفترض النصوص المنظمة للتحكيم الداخلي جريانه في الجزائر، بينما في التحكيم الدولي فالأصل خضوعه لمبدأ سلطان الإرادة، حيث يتمتع الأطراف بحرية تكاد تكون مطلقة في تحديد كافة شروطه، والتي يدخل ضمنها تحديد لغة التحكيم.

والحقيقة أنه إذا كان لعدم النص على لغة التحكيم في التشريع الجزائري بالنسبة للتحكيم الداخلي ما يبرره، فإن عدم النص على ذلك بالنسبة للتحكيم الدولي نقص ينبغي على المشرع تداركه إعمالاً لما جاء في المادة "08" من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

(1) - لزهري بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار المرجع السابق ص 223، 224 .

(2) - محمد شهاب أساسيات التحكيم التجاري الدولي "والقوانين والاتفاقيات المنظمة للتحكيم عربياً وعالمياً"، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر 2009، ص 255 .

فيما يخص الإجراءات في العقود القضائية⁽¹⁾، والمبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري المنصوص عليها في المادة "3" مكرر من دستور الجزائر⁽²⁾.

ثالثاً: تحديد مكان التحكيم

مكان التحكيم هو ذلك المكان الذي يجب أن يصدر فيه أو الذي صدر فيه بالفعل حكم التحكيم والذي هو عادة مكان اتخاذ إجراءات التحكيم وبعبارة أدق فإن مكان التحكيم هو الولاية الجغرافية والقانونية التي يرتبط بها التحكيم⁽³⁾

والأصل أن تحديد مكان التحكيم خاضع لسلطان الإرادة، فيمكن أن يختار الطرفان المكان الذي يردان، سواء في التحكيم الداخلي أو التحكيم الدولي ويمكن أن يكون التحكيم في مصر أو خارجها⁽⁴⁾.

وإذا خلا اتفاق التحكيم من تحديد مكان التحكيم أو لم تتفق الأطراف عليه كان ذلك من اختصاص هيئة التحكيم⁽⁵⁾.

ونص قانون التحكيم المصري على أنه " لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافه"⁽⁶⁾.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتعرض لمكان التحكيم، كما هو الشأن بالنسبة للغة سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي.

(1) - نصت المادة 8 من ق.إ.م.إ. على أنه "يجب أن تتم الإجراءات والعقود القضائية من عرائض ومذكرات باللغة العربية تحت طائلة عدم القبول....."

(2) - المادة 3 مكرر من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 16 مارس 2016. المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر رقم 16.

(3) - ناصر محمد الشرماني، المرجع السابق، ص 277.

(4) - عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2008، ص 1066.

(5) - طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 180.

(6) - المادة 28 من قانون التحكيم المصري

الفرع الثاني: سلطة المحكم الإجرائية أثناء سير الخصومة التحكيمية

لا تخضع هيئة التحكيم في تنظيم سير عملية التحكيم إلا للقواعد التي تم الاتفاق عليها من قبل الأطراف، فإذا لم يسبق للأطراف الاتفاق على ذلك تختار الهيئة الإجراءات والقواعد الملائمة تبعاً لظروف النزاع وطبيعته، وهذا ما أشرنا إليه سابقاً. علماً بأن المحكم يمارس سلطات موضوعية أثناء سير الإجراءات فيتحقق باعتباره قاضي الموضوع من تتابع الإجراءات والمواعيد المحددة لإجرائها، وسنفصل في سلطات المحكم أثناء السير في الخصومة التحكيمية على النحو التالي :

أولاً: سلطة المحكم في البت في اختصاصه (مبدأ الاختصاص بالاختصاص)

إن أول مسألة إجرائية يلزم المحكم بالفصل فيها بعد بته في اتفاق التحكيم وصحته وما يتعلق بذلك قبل مباشرة العملية التحكيمية هي التأكد من ثبوت اختصاصه بالفصل في النزاع، المبرم بخصوصه اتفاق التحكيم وهو ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص و هو مسألة إجرائية تهدف إلى منح المحكم سلطة الفصل في اختصاصه أيًا كان سبب الدفع بعدم الاختصاص مع الاستمرار في مباشرة مهمته ولو تمسك أحد الأطراف بالدفع بعدم وجود أو صحة اتفاق التحكيم⁽¹⁾.

وتفسير ذلك أنه إذا دفع أحد الأطراف بعدم اختصاص المحكم بنظر الدعوى، فإن المحكم هو الذي يحسم هذه المسألة ويفصل في هذا الدفع ويحدد ما إذا كان مختصاً أم لا، فالمحكم في هذه الحالة يختص بتحديد اختصاصه⁽²⁾.

ومبدأ الاختصاص بالاختصاص له جانبان :

- 1- الجانب الايجابي :** وهو أن تترك للمحكم مهمة الفصل في اختصاصه .
- 2- الجانب السلبي :** ليس لقضاء الدولة أن يفصل في هذا الاختصاص، وإنما يجب

(1) - طارق فهمي الغنام المرجع السابق، ص 186 .

(2) - ناصر محمد الشريمان، المرجع السابق، ص 257.

أن يتركه للمحكم ابتداءً ويعقب على حكمه انتهاءً إذ لم يرتضيه احد الأطراف (1).
ويقوم المحكم بالتحقق من اختصاصه عن طريق أمرين هما :

الأمر الأول : هو المعنى الواسع للاختصاص وهو التأكد من صحة العقد الأصلي ومشروعيته ومن وجود وصحة اتفاق التحكيم، وهو ما نص عليه في المادة "22" من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، حيث جاء فيها أنه " تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع".

الأمر الثاني : هو المعنى الضيق للاختصاص وهو التأكد من قابلية محل النزاع للتحكيم، وقد أوردت المادة "11" من قانون التحكيم المصري حكماً مفاده عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح (2).

كما أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الاختصاص بالاختصاص بموجب ما يلي: " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع .

تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع "(3).

ومن الواضح أن تبني المشرع لمبدأ الاختصاص بالاختصاص ليس على الإطلاق وقد اشترط لذلك شرطين هما :

1- عدم قيام أي طرف من أطراف التحكيم بإبداء أي وجه من أوجه الدفاع أمامها بشأن اختصاصها في نظر النزاع .

(1) - ناصر محمد الشومان، المرجع السابق ص259

(2) - المادة 11 من قانون التحكيم المصري نصت على أنه" لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها"

(3) - المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

2- أن يكون الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم فيما يخص تحديد اختصاصها حكماً أولياً. إلا أنه استثنى من ذلك الأحكام التي تصدر بشأن الفصل في الدفع بعدم الاختصاص إذا كان مرتبطاً بموضوع النزاع فوجب أن يكون الفصل في هذا الدفع بحكم نهائي⁽¹⁾.

وقد خولت معظم التشريعات الوطنية والأنظمة والاتفاقيات المحكم الفصل في مسألة تقرير اختصاصه، وهو ما أخذ به التشريع المصري وقد سبقت الإشارة إلى الأخذ به من قبل المشرع الجزائري.

كما أقرت مراكز التحكيم اختصاص هيئة التحكيم بشأن اختصاصها وهو ما نصت عليه المادة "23" من نظام تحكيم محكمة لندن والمادة "32" من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار، وعليه فإن القانون قد خول المحكم الفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصه .

ثانياً : حدود سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم
يتميز التحكيم بأنه نظام اتفاقي أساسه إرادة الأطراف واختيارهم له طريقاً لحسم منازعاتهم، فإرادتهم يوجد التحكيم و بها ينقضي، فهم يملكون حرية وضع وبيان الإجراءات التي يتم وفقها.

ومن ثم فإنه ليس للمحكم إلا الفصل في موضوع النزاع وفق القانون المتفق عليه بين الأطراف ولا يملك الحق في تطبيق إجراءات غير التي اختارها الأطراف .

أما إذا خلا اتفاق التحكيم من الإشارة إلى القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم ولم يتفق الأطراف على هذا القانون كان تحديد ذلك القانون من اختصاص هيئة التحكيم⁽²⁾.

(1) - لزهري بن سعيد و كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 78، 79.

(2) - طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 177 .

وقد نص قانون التحكيم المصري على أنه "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر أو خارجها"⁽¹⁾.

وقد كرس نص هذه المادة ما جاء به القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 حيث نصت المادة "1/19" منه على أنه "مع مراعاة هذا القانون يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها عند السير في التحكيم.

أما المشرع الجزائري فقد فرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي حيث نص على أنه "تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"⁽²⁾.

وفي مجال التحكيم التجاري الدولي نص المشرع الجزائري كذلك على أنه "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاق التحكيم"⁽³⁾.

ويظهر جليا، من القانونين المصري والجزائري أنهما يعترفان لطرفي التحكيم ليس فقط بحق وضع القواعد الإجرائية مباشرة، بل بحق اختيار لائحة تحكيم معينة أو اختيار قانون إجرائي معين ليحكم مسألة إجراءات التحكيم.

(1) - المادة 25 من قانون التحكيم المصري .

(2) - المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

(3) - المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

فإذا كان القانون قد قرر صراحة حق طرفي التحكيم في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم على أراضيها أو خارجها فإنه لا ينفى حق هؤلاء في اختيار قانون إجرائي لدولة معينة لحكم إجراءات التحكيم.

وإذ تجمع التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على أن سلطة المحكم في تسيير إجراءات التحكيم واختيار القانون الواجب التطبيق ليست مطلقة فسوف نتناول الحالات التي تتصدى فيها محكمة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على النحو التالي :

أ. سلطة المحكم في تطبيق القانون الإجرائي لدولة التحكيم : باستقراء التطور التاريخي للاتجاه المؤيد لقانون مقر التحكيم نستخلص الدعائم التي يستند عليها والمتمثلة في الآتي :⁽¹⁾

- ليس باتفاق التحكيم وحده يؤتي التحكيم ثماره، بل لابد من ميلاد حقيقي لعملية التحكيم وهو ما لا يتم إلا في الدولة التي يجري فيها التحكيم وفق الإجراءات التي تقرها قوانينها.

- ليس في تطبيق القانون الإجرائي لدولة التحكيم أي مفاجئات لأطراف التحكيم، فلا غرابة بذلك في تطبيق قانون ذلك المكان.

- ليس هناك أي تعارض بين إخضاع إجراءات التحكيم لقواعد دولة مقر التحكيم مع قاعدة التنازع المعروفة في كل النظم القانونية بشأن مسألة الإجراءات وهي القاعدة التي تنص على أنه يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات.

ويرى جانب من الفقه أنه لا يسوغ فرض تطبيق مقر التحكيم كقاعدة عامة لأنه من الصعب التركيز المكاني للتحكيم حتى يتسنى معرفة مقره ففي التحكيم الإلكتروني مثلا يصعب تحديد مقر التحكيم ويصعب كذلك معرفة إذا اتفق الأطراف

(1) - لزهري بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 214، 215 .

على مكان التحكيم، ومع ذلك فلا مانع من تطبيق قانون دولة مقر التحكيم إن قررت هيئة التحكيم ملائمة ذلك⁽¹⁾.

أما عن تطبيق فرضية أن يكون مكان التحكيم مرتبطاً بوجود المحكم أو التركيز على مكان وجود العقد، أو اعتبار أن قانون الإجراءات المختار هو الذي يتحدد به مكان التحكيم، فإن هذه الاعتبارات مجرد افتراض وتحكم غير مادي، لذلك من الأفضل لكل مركز تحكيم أن يتخذ مشروعية في ظل دولة معينة ويحدد أن مكان التحكيم موجود في هذه الدولة، وأن يوضح أن هذا الارتباط افتراضي بنصوص صريحة في نظام التحكيم، وهذا الأمر أكثر تطابقاً مع الواقع العملي والقانوني وأعراف التجارة الإلكترونية، لأنه في النهاية يتطلب الاعتراف والتنفيذ سواء حسب المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم والتنفيذ، أو ضمن نطاق القانون الوطني بأن يرتبط التحكيم بمكان معين⁽²⁾.

ب - سلطة المحكم في تطبيق القانون الإجرائي للدولة التي يطبق قانونها على موضوع النزاع: يؤيد بعض الفقه تطبيق القانون الإجرائي للدولة التي يتفق الأطراف على تطبيق قانونها على موضوع النزاع فالأصل وحدة القانون الواجب التطبيق على الموضوع والإجراءات، وليس من سلطة محكمة التحكيم أن تطرح القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه ليطبق قانوناً آخر إلا في حالات معينة كما سبقت الإشارة إليه، بل يملك المحكم سلطة إعمال ذلك القانون الذي اتفق الأطراف على إعمال قواعده في النزاع على الإجراءات بجانب الموضوع عند عدم تحديد الأطراف ذلك.

ج - سلطة المحكم في تطبيق القواعد الإجرائية لأحد مراكز أو مؤسسات التحكيم الدائمة: لقد أعطت غالبية تشريعات التحكيم الحديثة هيئة التحكيم اختيار أحد مراكز التحكيم، أو مؤسساته الدائمة لتنظيم سير الإجراءات أمامها وهذا ما أخذ به المشرع

(1) - لزهري بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع نفسه، ص 215 .

(2) - عبد الصبور عبد القوي على مصري، التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني ط1، مكتبة القانون والاقتصاد المملكة العربية السعودية 2013، ص 101 .

المصري في قانون التحكيم المصري التي سبقت الإشارة إليها ، كما تصدى المشرع الجزائري لمشكلة غياب أو انعدام اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم مباشرة، أو بالاستناد إلى احد قوانين التحكيم الوطنية أو الاتفاقيات الدولية، وكذلك احد لوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة. (1)

المطلب الثاني: سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
إن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع له أهمية كبيرة من الناحية الموضوعية والإجرائية، سواء كان هناك اتفاق بين الأطراف على تحديد هذا القانون أم لم يحصل هذا الاتفاق، وإن أهم ما يميز التحكيم أن الأطراف هم الذين يختارون القانون الذي يطبق على نزاعهم، وليس للمحكم إلا أن يلتزم بالتنفيذ بما اتفق عليه الأطراف، وليس من سلطة المحكم أن يترك القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه في موضوع النزاع ليطبق قانون آخر إلا في حالات معينة .

وقد ألزم قانون التحكيم المصري أن يطبق القانون المتفق عليه بين الأطراف حيث أعطى الأولوية لإرادة أطراف خصومة التحكيم في تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع المحكم فيه وذلك في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق فيطبق المحكم القانون الأكثر اتصالا بالنزاع مراعيًا شروط العقد موضوع النزاع، مراعيًا الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة، وما جرى عليه التعامل بين الطرفين في هذا الشأن (2).

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري حيث نص على أنه "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة" (3).

(1) - راجع المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

(2) - راجع المادة 01/39 من قانون التحكيم المصري.

(3) - المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

وقد حرص المشرع الجزائري في حالة اختيار الأطراف لقانون معين على انصراف هذا الاختيار إلى القواعد الموضوعية التي يتضمنها هذا القانون، ولا تطبق القواعد الخاصة بتنازع القوانين إلا إذا عبر الأطراف عن نيتهم في إلزام هيئة التحكيم باختيار القانون الذي تشير إليه قواعد النزاع الواردة في القانون الذي تم اختياره (1)، علما أن المشرع الجزائري بنى قاعدة تنازع القوانين فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية على ضوابط حددتها المادة 18 من القانون المدني الجزائري (2)، كما أن المشرع الجزائري أخذ باحترام مبدأ سلطان الإرادة في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، وقد سائر في ذلك ما تضمنته الاتفاقيات الدولية. أما في التحكيم الداخلي تنص المادة 1023 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه "يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون" ونفس الحكم أقرته المادة 1034 من نفس القانون.

وقد نصت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم الدولي لسنة 1961 في المادة 7 منها على أنه " للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه في موضوع النزاع فإذا لم يحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق الذي يتعين على المحكمين تطبيقه في موضوع النزاع يطبق المحكمون القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يقدر المحكمون ملائمتها في النزاع، وفي الحالتين يعتد المحكمون بأحكام العقد والعادات التجارية" (3).

كما تحسم محكمة التحكيم الخلاف وفقا لقواعد القوانين المختارة بواسطة الأطراف باعتبارها واجبة التطبيق على موضوع الخلاف، وكل تحديد لقانون أو لنظام

(1) - نبيل صالح العرابوي ، إتفاق التحكيم ، مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون ، جامعة ورقلة، كلية

الحقوق والعلوم السياسية ، العدد 15 ، جوان 2016. ص 364.

(2) - محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع،

القبلة الجزائر 2009، ص 143 .

* نصت المادة 18 من قانون المدني الجزائري على أنه " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين وفي حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك او الجنسية المشتركة وفي حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد غير انه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه "

(3) - ناصر محمد الشريمان، المرجع السابق، ص 337

قانوني لدولة معينة يعتبر بمثابة تحديد مباشر للقواعد القانونية الموضوعية لهذه الدولة، وليس قواعدها المتعلقة بتنازع القوانين عدا حالة إيضاح صريح عكسي⁽¹⁾.

ويتبين مما سبق أن المحكم يتمتع بسلطة واسعة في تحديده للقانون الذي يراه مناسباً للتطبيق على موضوع النزاع في حال عدم تحديد ذلك في اتفاق التحكيم، ولا يعنى ذلك اختيار أي قانون. ذلك أن الملائمة شرط أساسي في أي قانون يختاره، لأن الملائمة تؤدي إلى تحقيق الهدف المرجو من التحكيم وهو الحسم في النزاع، ومن أهم القواعد التي تحدد القانون الأنسب للحكم في النزاع، أي القانون الواجب التطبيق على الموضوع ما يلي:

الفرع الأول: اختيار قانون دولة معينة إذا لم يتم الاتفاق بين الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فإن المحكمين هم من يختار القانون الذي يطبق على موضوع النزاع ويمكن أن يكون هذا القانون هو قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم، أو قانون الدولة التي جرت فيها وقائع النزاع أو أية قواعد قانونية نافذة في دولة أخرى. على أن هيئة التحكيم ليس لها سلطة مطلقة في هذا الاختيار، فإذا كان النزاع حول صحة العقد، فإن القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع هو قانون الدولة التي تم فيها إبرام هذا العقد، وإذا كان النزاع حول تنفيذ التزام معين في العقد فالقانون الأكثر اتصالاً بالنزاع هو قانون الدولة التي تم فيها الالتزام أو التي اتفق الأطراف على تنفيذه فيها⁽²⁾.

ولابد من الإشارة إلى أن نص المادة 39 من قانون التحكيم المصري جاءت صريحة في تفويض هيئة التحكيم في تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه أكثر اتصالاً بالنزاع مما يفترض معه قيام تنازع بين القوانين تتصل بالعلاقة موضوع النزاع بصلة أو أخرى وفي الغالب أن يتجه المحكم إلى تحديد القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع إلى قواعد الإسناد في قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم.

(1) - طارق فهمي الغنم، المرجع السابق، ص 189.

(2) - لزهري بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 267.

ومثال ذلك حكم التحكيم الصادر في النزاع بين الحكومة الليبية وشركة B.P EXPLORATION ويبدو أن الدافع الفعلي لإلزام محكمة التحكيم بتطبيق قانون مكان التحكيم هو ما تتمتع به المحكمة من حرية واسعة طبقاً لهذا القانون خاصة أمام إجماع الطرف الليبي على الاشتراك في الإجراءات. حيث أن القانون الدنماركي لا يجعل هذا الغياب عائقاً أمام السير في إجراءات التحكيم، ومعيار الاختيار الذي تعتمد عليه هيئة التحكيم في اختيار القانون الذي يحكم النزاع قد يكون هو مركز الثقل في العلاقة محل النزاع، وهذا المركز هو الذي يحدد أكثر القوانين المتنازعة اتصالاً بهذا المحل.⁽¹⁾

وقد تلجأ هيئة التحكيم في سبيل تحديد هذا القانون إلى إجراء تركيز موضوعي للعلاقة محل النزاع وفقاً لأحد معايير التركيز، كمكان انعقاد العقد، محل التنفيذ ففكرة الأداء المميز بما تقدمه من معايير موضوعية أو مادية لتحديد القانون الواجب التطبيق هي أنسب الأفكار لتحديد القانون الأكثر اتصالاً بالعلاقة محل النزاع.⁽²⁾

جدير بالذكر أنه في التحكيم التجاري الدولي لا ينظر المحكم إلى النظام العام الداخلي وفقاً للقانون الذي اختار الطرفان تطبيقه إلا باعتباره مكملاً لإرادتهما، ولهذا فإذا تضمن العقد نصوصاً تخالف النظام العام وجب على المحكم احترام هذه النصوص ولو خالفت النظام العام الداخلي وذلك ما لم تكن قاعدة النظام العام الداخلي هي في نفس الوقت قاعدة نظام عام دولي فالمحكم لا يلتزم بقواعد النظام العام الداخلي المرتبطة بالقانون الأكثر اتصالاً بالنزاع وإنما فقط بالنظام العام الدولي.

الفرع الثاني : تطبيق هيئة التحكيم للأعراف التجارية الدولية: حين يتبين للمحكم استحالة تطبيق قانون معين على موضوع النزاع بسبب تعارض موقف أطراف المنازعة، أو لسكوت الأطراف مثلاً، فإن المحكم يلجأ إلى تطبيق العادات والأعراف التجارية الدولية الجاري العمل بها .

(1) - ناصر محمد الشerman، المرجع السابق، ص 339 و 340

(2) - نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الدولية، دار الجامعة الإسكندرية مصر 2011 و 273 .

لذلك يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة⁽¹⁾، وهو ما يتطابق مع نص المادة "4/28" من القانون النموذجي لليونسترال.

وتلتزم هيئة التحكيم بتطبيق الأعراف الجارية، لأنها تعد مصدرا من مصادر القانون الواجب التطبيق، سواء تم اتفاق الأطراف على تحديدها أو ترك تحديدها لهيئة التحكيم عند عدم اتفاق الأطراف، وبالنظر إلى التشريع الجزائري فقد نصت المادة "1050" من ق.ا.م. ا. جزائري على أنه "...وفي غياب الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة "

ومن الأعراف الجارية مجموعة الأعراف التي تكونت عبر السنين في التجارة الدولية والتي تعرف "L'ex Mercatoria"⁽²⁾.

ومن الناحية العلمية فهذه الأعراف تشكل نظاما قانونيا مستقلا كافيا لحكم النزاع وحتى لو تم اختيار قانون وطني معين لحكم النزاع فإن ذلك لا يمنع المحكمين من تطبيق قواعد أو أعراف التجارة الدولية على سبيل الاحتياط "

الفرع الثالث: تطبيق هيئة التحكيم لقواعد العدالة والإنصاف

وينص قانون التحكيم المصري على أنه "يجوز لهيئة التحكم إذا اتفق طرفا التحكيم على أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى العدل والإنصاف دون التقييد بأحكام القانون إذا تم الاتفاق صراحة على تفويضها بالصلح.."⁽³⁾.

وقد نص القانون النموذجي لليونسترال على أنه "تجري محكمة التحكيم تسوية

(1) - مناني فراح، المرجع السابق، ص 239.

(2) - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق ص 273 ص 284 .

(3) - المادة 4/39 من قانون التحكيم المصري .

وفقا للعدالة والإنصاف أو بصفقتها منشئة لموامة ودية فقط إذا أذن لها الأطراف في ذلك صراحة⁽¹⁾.

ويلاحظ أن تخويل المحكم إجراء تسوية النزاع يحرره من التقيد بأي نصوص تشريعية أو أية قواعد قانونية أيا كان مصدرها، ليوحد نوعا من التسوية للنزاع المعروض عليه، مسئلتهما ما يراه محققا للعدالة وما يرضي ضميره، فهو يقوم بعمل إنشائي خلاق لا يخضع فيه إلا لما يرضي وجدانه تماما كموقف القاضي الجنائي الذي يتمتع بحرية مطلقة في تكوين عقيدته طالما أنه حقق مبدأ المساواة وأتاح للأطراف مكنة إبداء أوجه دفاعهم وللمحكم أن يقضي وفقا لما يراه من مقتضيات العدل والإنصاف دون التقيد بالقيود التي أقرها القانون ليحقق الهدف المنشود وهو الفصل في المنازعة .

المطلب الثالث: سلطات المحكم في ما يتعلق بإصدار التدابير الوقائية والإجراءات التحفظية وأدلة الإثبات إن الهدف من هذه الأوامر الوقائية هو منح حماية قضائية تصدر في شكل أحكام تحوز حجية الأمر المقضي " وتبدو أهميتها في الحالات التي يخشى فيها من فوات الوقت كإثبات الحالة، أو الخطر المحقق كسماع الشاهد، أو التعويض المؤقت والخشية من التأخير في أعمال القانون حيث يكون المطلوب اتخاذ تدابير وقائية لوقاية الحقوق من خطر ضياعها بسبب التأخير في حمايتها الموضوعية، وهي لا تهدف إلى حل النزاع ولكن تهدف إلى تسهيل تحقيق الفصل في الخصومة الأصلية وضمان ما يصدر من أحكام مستقبلا⁽²⁾.

وفيما يتعلق بأدلة الإثبات فهي تجري أمام المحكمين كما تجري أمام القضاء ولكنها تختلف في بعض المسائل، وهذا ما سنعرض له على النحو التالي:

الفرع الأول : حدود سلطة المحكم في اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية

إن طبيعة موضوع النزاع أو ظروف وملابسات الدعوى المعروضة قد تقتضي من هيئة التحكيم اتخاذ بعض التدابير المؤقتة والتحفظية تجنباً لما يحدث من أضرار بالغة قد

(1) - المادة 2/35 من القانون النموذجي اليونيسترال.

(2) - طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 200 .

تلحق بأحد الخصوم نتيجة للانتظار حتى صدور الحكم التحكيمي المنهي للخصومة والتي قد تؤدي إلى جعل الحكم بعد صدوره عديم الجدوى، ويشترط لكي يصدر المحكمون حكما وقتيا متعلقا بالنزاع عدة شروط منها ما يلي: (1)

1- أن يقدم أحد الأطراف طلبا إلى الهيئة للحكم بالإجراء الوقتي المطلوب فليس للهيئة أن تقضي به من تلقاء نفسها .

2- أن تتوفر شروط الدعوى المستعجلة. فيجب أن يكون هناك احتمال لوجود الحق أو المركز القانوني الموضوعي، أو احتمال أن يلحق به الضرر.

3- أن تكون إجراءات التحكيم قد بدأت، فليس لهيئة التحكيم أن تصدر أحكاما وقتية إلا إذا تم فعلا بدء إجراءات التحكيم .

أما الإجراءات التحفظية فإن الهدف من اتخاذها هو المحافظة على الحق لضمانه في المستقبل .

كما نص قانون التحكيم المصري على أنه " يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناء على طلب أحدهما أن تأمر أيا منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة وتحفظية تقتضيها طبيعة النزاع وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدابير التي تأمر بها" (2).

أما المشرع الجزائري عالج ذلك في ما يلي: " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب احد الأطراف ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك " (3). وقد نص على ذلك أيضا في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي حيث قضى أنه " يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر أيا من الطرفين، بناء على طلب حدهما باتخاذ أي تدبير وقائي تراه ضروري بالنسبة إلى موضوع النزاع ، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك

(1) - لزهري بن سعيد و كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 280 .

(2) - المادة 1/24 من قانون التحكيم المصري.

(3) - المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

ولهيئة التحكيم أن تطلب من أي الطرفين تقديم ضمان مناسب فيما يتصل بهذه التدابير⁽¹⁾.
ومما سبق نخلص إلى أن الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية خولت المحكم سلطة اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية، وذلك بناء على طلب يقدم من أحد أطراف الخصومة.
الفرع الثاني: حدود سلطة المحكم فيما يتعلق بأدلة الإثبات يتم الإثبات أمام المحكمين كما يتم أمام القضاء، والمحكم يتمتع بسلطة الأمر باتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات التي يراها مناسبة ومجدية لإظهار الحقيقة في الخصومة التحكيمية، ومن ذلك إجراء المعاينة، الاستجواب، وسماع الشهود، وتعيين الخبراء، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة"⁽²⁾. ويخول المحكم فيما يتعلق بأدلة الإثبات سلطات أهمها ما يلي :

أولاً: إلزام الأطراف بتقديم المستندات

خول المشرع المصري هيئة التحكيم في مجال الإثبات إلزام المحكمين بتقديم المستندات والإطلاع عليها وليس هناك ما يمنع من أن يطلب الخصم ، من هيئة التحكيم أن تأمر خصمه بتقديم مستندات تحت يده إذا ما توافرت الدلائل على ذلك، وعلى أهميته في إثبات ما يدعيه من حق لكن ليس له أن يطلب منها أن تأمر الغير بتقديم ما تحت يده من مستندات ما لم يكن اتفاق التحكيم منتجا لآثاره في مواجهته، وإذا ما أمرت هيئة التحكيم الخصم بتقديم المستند الذي تحت يده ولم يمثل لأمرها كان لها أن تعتمد على أقوال الطرف الآخر بصدد وجود هذا المستند ومحتوياته إذا ما ترجح لديها صدق دعواه دون التقيد في ذلك بالقواعد والإجراءات المحددة التي نص عليها قانون الإثبات⁽³⁾.

(1) - المادة 2/26 من القانون النموذجي اليونيسترال .

(2) - المادة 1047 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

(3) - راجع المادة 3/30 من قانون التحكيم المصري .

وفي هذا الشأن نصت المادة "25/ج" من قانون الأونسيتزال باستمرار المحكم في مواصلة إجراءات التحكيم عند تخلف الطرف عن تقديم بعض المستندات مكتفياً بما توافر لديه من أدلة إثبات ويصدر حكمه بناء على ذلك .

غير أن المشرع الجزائري أعطى لهيئة التحكيم إمكانية طلب مساعدة القضاء في تقديم الأدلة حيث نص على أنه "إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، فإن لمحكمة التحكيم أو الأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة أو الطرف الذي يهمله التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلب بموجب عريضة تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي" (1).

ونستخلص من نص هذه المادة أنه في حال امتناع الطرف الذي ألزمته هيئة التحكيم بتقديم مستند تحت يده بعد أن طلب الطرف المحكم الآخر من الهيئة مطالبة خصمه بتقديمه، فإنه يجوز لمحكمة التحكيم أو الطرف الذي يهمله التعجيل اللجوء إلى السلطة القضائية المختصة بعد الترخيص له من محكمة التحكيم لطلب إلزام الطرف الآخر بتقديم هذا المستند بموجب عريضة تقدم إلى القاضي المختص وتراعى في هذا الصدد الإجراءات المحددة وفقاً لأحكام قانون دولة القاضي .

ثانياً: مضاهاة الخطوط والتزوير يعتبر المحكم صاحب اختصاص في تحقيق الخطوط إذا أنكر أحد الخصوم نسبة المستندات إليه أو التوقيع على أحد المستندات أو ادعى أن المحرر مزور من الأصل.

ولقد خول المشرع المصري المحكم في قانون التحكيم سلطة التصدي للمنازعة بشأن تحقيق الخطوط ، أو الطعن بالتزوير ، (2).

(1) - المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

(2) - راجع المادة 46 من قانون التحكيم المصري.

إلا أن قانون التحكيم المصري لم يعط المحكم سلطة للبت في الطعن بالتزوير وإنما له أن يعاينه ويطلع عليه فقط .

ولهيئة التحكيم سلطة في انتداب خبير خاص لتحقيق الخطوط والادعاء بالتزوير. وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري حيث أنه " إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة، وإذا حصل عارض جنائي يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة"⁽¹⁾.

ثالثاً: الاستعانة بالخبراء لهيئة التحكيم أن تستعين بالخبراء كما لها أن لا تستعين بهم إن وجدت ما يكفي لتكوين عقيدتها، فالأمر يتعلق بسلطتها التقديرية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك⁽²⁾.

وقد وردت في شأن تخويل المحكم سلطة تعيين خبير أو ندبه في الاتفاقيات الدولية بعض النصوص منها:

ما عليه القانون النموذجي حيث أنه " يجوز لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير كتابي إليها بشأن مسائل معينة تحدها وترسل إلى الطرفين صورة التفويض الذي أسند إلى الخبير كما حددته هيئة التحكيم"⁽³⁾

ويمكن أن يعهد للخبير بأية مهمة فنية أو حسابية أو هندسية وللهيئة أن تستعين بخبير قانوني، ويباشر الخبير مهمته بحضور الأطراف وعليه أن يحترم مبدأ المساواة واحترام حق الدفاع⁽⁴⁾

ولها أن تتركه وأن تفصل في الدعوى بناء على غيره من الأدلة متى رأت أنها كافية لتكوين عقيدتها⁽⁵⁾.

(1) - المادة 1021 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

(2) - طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 210 .

(3) - المادة 1/29 من القانون النموذجي لليونيسترال .

(4) - طارق فهمي الغنام، نفس المرجع السابق، ص 211 .

(5) - ناصر محمد الشerman، المرجع السابق، ص 318 .

رابعاً: إجراء المعاينة إذا قررت هيئة التحكيم المعاينة فإنه يجب إعلان الأطراف بميعاد ومكان الانتقال، وأن يتم تحرير محضر بهذه الغاية، وأن يتمكن المحكّمون من مناقشة النتائج التي توصل إليها المحكّمون.

وللهيئة الانتقال لمعاينة محل النزاع كأن تقوم بنفسها بمعاينة البضائع أو الأموال أو غيرها من الأشياء المتعلقة بالنزاع، والانتقال للمعاينة يتم بقرار من هيئة التحكيم بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسها مثلها في ذلك مثل المحكمة، على أن سلطة المحكم في المعاينة لا تمنع الأطراف من اللجوء إلى المحكمة⁽¹⁾.

خامساً: سماع الشهود للمحكم سلطة استجواب الشهود⁽²⁾، وله سلطة تقديرية في عدم الأخذ بشهادتهم كلها أو بعضها في حالة عدم اتفاق المحكّمين أو في حالة طلب احدهم إذا رأى أن ما توفر لديه من أدلة الإثبات كافية لإصدار الحكم على أن يبدي مبررات مقبولة لهذا الرفض.

والشاهد في التحكيم لا يحلف اليمين وهذا ما ذهب إليه المشرع المصري حيث قضت بأنه "يكون سماع الشهود والخبراء بدون "أداء يمين" (3) ولعل السبب في ذلك أن سلطة تحليف اليمين لا تتعدّد إلا للقاضي .

والمحكم ملزم بالاستماع إلى الشهود المعيّنين من الخصوم في عقد التحكيم كي لا يفصل في القضية خارجاً عن المهمة المحددة له وفي حال عدم اتفاق الأطراف على سماع الشهود، للمحكم أن يرفض سماعهم وعليه تسبب قراره بعدم الاستماع إلى الشهود⁽⁴⁾.

(1) - راجع المادة 28 من قانون التحكيم المصري .

(2) - "الشهادة هي قيام الشخص من غير أطراف الخصومة، بعد حلف اليمين بالإخبار في مجلس القضاء بما يعرفه شخصياً حول حقيقة تصلح محلاً للإثبات" .

(3) - ناصر محمد الشرماني المرجع السابق، ص 316 .

(4) - نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 210 .

المبحث الثاني

سلطات المحكم في إصدار الحكم التحكيمي

مما لا شك فيه أن صدور الحكم التحكيمي هو الغاية المبتغاة من اللجوء إلى نظام التحكيم وهو النهاية الطبيعية للعلمية التحكيمية برمتها حيث يباشر المحكم العملية التحكيمية من بدايتها بمجرد قبوله القيام بالمهمة التي أسندت، إليه فهو يمتلك بموجب السلطات المخولة له قانونا واتفقا إصدار مختلف أنواع الحكم سواء كانت جزئية، أو وقتية يصدرها قبل إصدار الحكم الفاصل في الموضوع.

غير أن المحكم ملزم قانونا واتفقا بإتباع الإجراءات حتى يكون حكمه صحيحاً ولا يكون محلا للطعن وعليه أن يبذل العناية اللازمة لتحقيق ذلك وإلا تعرض حكمه للطعن . ولأن ولاية المحكم مؤقتة فإنها تنقضي بانتهاء مهمته وذلك بإصدار حكم منهي للخصومة في النزاع محل التحكيم. وبإصدار المحكم حكمه فإنه يضع نهاية للخصومة ويستنفذ سلطته القضائية وهذا ما نص عليه المشرع المصري حيث أشار إلى انه "تنتهي إجراءات التحكيم بإصدار حكم منهي للخصومة كلها في النزاع المعروض عليه وتنتهي به ولايته ، إذ لا يملك إصدار أي قرار أو استجابة لأي طلب بعد ذلك" (1).

كما ذهب المشرع الجزائري إلى أنه "يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه" (2)، غير أن الفقرة الثانية من هذه المادة نصت على امتداد سلطات المحكم إلى ما بعد صدور الحكم التحكيمي وهو ما يعد استثناء على القاعدة أما المشرع المصري فإنه يرى أن المحكم يستنفذ سلطاته بإصداره للحكم المنهي للخصومة (3). واستثناء حسب المادة 49 من نفس القانون فإن مهمة المحكم لا تنتهي بمجرد صدور الحكم المنهي للخصومة في النزاع بل تمتد إلى ما بعد صدور حكم

(1) - 1/48 من قانون التحكيم المصري.

(2) - المادة 1030 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

(3) - راجع المادة 2/48 من قانون التحكيم المصري .

التحكيم وهذا ما سنفصله في مطالب ثلاث نخصص المطلب الأول منها لتحديد ضوابط إصدار الحكم التحكيمي ونتناول في المطلب الثاني سلطة المحكم في تحديد ميعاد إصدار الحكم التحكيمي وتمديده على أن نتعرض في المطلب الثالث إلى سلطة المحكم في تصحيح وتفسير الحكم التحكيمي وسد إغفاله .

المطلب الأول: ضوابط في إصدار الحكم التحكيمي

سبقت الإشارة إلى أن المحكم يمتلك سلطات إجرائية وموضوعية تخوله إصدار حكم تحكيمي يفصل في النزاع المعروض عليه في الخصومة، ويعتبر القرار الصادر عنه منهي للنزاع محل نظره.

غير أنه في بعض الحالات قد تصدر هيئة التحكيم أحكاما لا تفصل في النزاع نهائيا، وإنما تفصل فيه مؤقتا أوفي جزء منه أو تصدر حكما تمهيديا، قبل الحكم المنهي للخصومة.

ولضمان فعالية أكثر وجب على المحكم احترام المبادئ المتعارف عليها في القضاء الوطني⁽¹⁾، وذلك لا يحد من الحرية الممنوحة للأطراف وهيئة التحكيم في التحكيم التجاري الدولي.

الفرع الأول: التعريف بالحكم التحكيمي للحكم التحكيمي تعاريف مختلفة في الفقه والتشريع و نذكرها كما يلي :

أولاً: التعريف الفقهي للحكم التحكيمي انقسم الفقه في تعريف الحكم التحكيمي إلى قسمين فعرفه البعض تعريفا موسعا على أنه " القرار الصادر عن المحكم الذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلي أو جزئي في المنازعة المعروضة عليه سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص، أو بمسألة تتعلق بالإجراءات التي أدت بالمحكم إلى إنهاء الخصومة.

(1) - المبادئ المقصودة هي مبدأ الوجاهة ومبدأ حق الدفاع ومبدأ المنصوص عليها في المواد 6-12 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

وعرفه جانب آخر من الفقه تعريفاً ضيقاً بأن "القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم هي تلك المتصلة بموضوع المنازعة والتي تفصل في طلب محدد ولا تعد قرارات تحكيمية إلا إذا أنهت، بشكل كلي أو جزئي منازعات التحكيم.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن هذا التعريف الضيق يمكن الأخذ به بالنسبة للقانون الفرنسي، فالقرار الصادر عن المحكم بشأن الاختصاص أو بشأن القانون الواجب التطبيق أو بتقرير أو بعدم تقرير مبدأ المسؤولية يفصل بشكل قاطع بجزء من المنازعة وبهذا يتعين اعتباره قراراً تحكيمياً صالحاً لأن يكون محلاً للطعن بالبطلان مباشرة.

ثانياً: التعريف التشريعي للحكم التحكيمي يتبين من نصوص المواد المنظمة للتحكيم في غالبية التشريعات التي تبنت نظام التحكيم التجاري الدولي أنها لم تعرف القرار التحكيمي، غير أن اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد وتنفيذ القرارات الأجنبية لم تقصر قرارات التحكيم على القرارات التي يصدرها المحكمون بل تشمل أيضاً القرارات التي تصدرها هيئات تحكيم دائمة تكون الأطراف قد أحالت الأمر إليها⁽¹⁾.

كما أن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لم يضع تعريفاً للحكم التحكيمي. ويذهب البعض إلى تعريف حكم المحكم بأنه كل حكم قطعي يفصل في جميع المسائل المعروضة على هيئة التحكيم أو كل قرار نهائي يفصل في جميع المسائل التي تتعلق بالموضوع أياً كانت طبيعتها أو يفصل في مسألة الاختصاص أو أي مسألة إجرائية⁽²⁾.

الفرع الثاني: سلطة المحكم في إصدار مختلف أنواع الأحكام التحكيمية

الأصل أن تصدر هيئة التحكيم حكماً في موضوع الدعوى منهيماً للخصومة كلها، غير أنه في بعض الحالات قد تصدر أحكاماً جزئية كما قد تصدر أحكاماً وقتية وذلك

(1) - المادة 2/1 من معاهدة نيويورك لسنة 1958

(2) - نبيل إسماعيل عوض، المرجع السابق، ص 281

من خلال إدارتها للعملية التحكيمية أو إصدار حكم تمهيدي قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة والنزاع المعروض عليها.

أولاً: سلطة المحكم في إصدار الأحكام الجزئية قد تكون الأحكام غير المنهية للخصومة فاصلة في الموضوع بالنسبة لبعض الطلبات الموضوعية وتسمى هذه الأحكام بالأحكام الجزئية، وهذا ما نص عليه المشرع المصري، على أنه "يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً في جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها (1)". أما المشرع الجزائري فقد نص على أنه "يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام اتفاق الأطراف أو أحكام جزئية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك" (2).

ويلاحظ بأن الحكم الجزئي هو حكم موضوعي وليس حكماً وقتياً، ويتميز بأنه يفصل فقط في جزء من المسائل محل النزاع، ولهذا فإن الحكم الجزئي الذي تصدره هيئة التحكيم لا ينهي ولايتها في نظر النزاع في باقي المسائل التي لم يشملها الحكم الجزئي، ولا يشترط في ممارسة هيئة التحكيم لسلطاتها في إصدار أحكام جزئية أن يتفق الأطراف على تخويلها هذه السلطة، إلا أنه يجوز للأطراف الاتفاق على حرمان هيئة التحكيم من إصدار أحكام جزئية وفي هذه الحالة يمنع عليها إصدار أي حكم جزئي .

ثانياً: سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية يرى المشرع المصري أنه "يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة" (3) وبهذا النص يكون المشرع المصري قد خول هيئة التحكيم سلطة إصدار أحكام وقتية (مستعجلة) كالحكم بالحراسة القضائية أو الحكم بالنفقة الوقتية وذلك قبل أن تصدر حكمها في الموضوع.

(1) - المادة 42 من قانون التحكيم المصري .

(2) - المادة 1049 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

(3) - المادة 42 من قانون التحكيم المصري

ويكون لهيئة التحكيم هذه السلطة سواء أنفق الأطراف على تخويلها هذه السلطة أو لم يتفقوا، فاتفقهم على التحكيم في نزاع معين يعني تخويل المحكمين سلطة الفصل في موضوع النزاع وفي إصدار أحكام وقتية ومستعجلة 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، وحتى يحق للمحكمين إصدار حكما وقتيا متعلقا بالنزاع لابد من توافر شروط هي: (1).

- 1- أن تتوافر شروط الدعوى المستعجلة فيجب أن يكون هناك احتمال لوجود الحق أو المركز القانوني الموضوعي أو احتمال أن يلحق به ضرر
- 2- أن تكون إجراءات التحكيم قد بدأت فلا يمكن لهيئة التحكيم أن تصدر أحكاما وقتية إلا إذا تم فعلا بدء إجراءات التحكيم أمامها
- 3- أن يقدم أحد الأطراف طلبا إلى الهيئة للحكم بالإجراء الوقتي المطلوب فليس للهيئة أن تقضي به من تلقاء نفسها

ثالثاً: سلطة المحكم في إصدار الأحكام التمهيدية على خلاف المشرع المصري الذي لم يشر في قانون التحكيم إلى إمكانية إصدار هيئة التحكيم للأحكام التمهيدية، فإن المشرع الجزائري أشار إلى ذلك على أنه "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلاً للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدرت في دائرة اختصاصها...". (2)

ويستخلص من نص هذه المادة إمكانية إصدار محكمة التحكيم لأحكام تحضيرية و تمهيدية، ويتميز الحكم التمهيدي بأنه حكم غير فاصل في موضوع النزاع كلياً أو جزئياً وليس منهيًا للخصومة. كما أنه لا يصدر في طلب وقتي فهو يرمي إلى التمهيد لإصدار حكم موضوع أو وقتي، ولم ينص القانون على شكل خاص للحكم التمهيدي أو التحضيري.

(1) - لزهري بن سعيد و كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص 281.

(2) - المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

ولهذا 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 أغليبتهم.

الفرع الثالث : مبادئ وشكليات إصدار الحكم التحكيمي حين يصدر المحكم الحكم التحكيمي فإن ذلك الحكم يحوز قوة الشيء المقضي به وحتى يحوز الحكم على هذه الصفة لا بد أن يصدر المحكم حكمه وفقاً للشكليات والمبادئ المعتمدة قانوناً وإلا كان حكمه قابلاً للطعن فيه بالبطلان.

أولاً: مبادئ إصدار الحكم التحكيمي وفقاً للطبيعة القضائية للمحكم، فإنه لا يمكن ممارستها بعيداً عن القانون والأطراف، فهئية التحكيم وعلى الرغم من السلطة المخولة لها فإنها ملزمة باحترام المبادئ الأساسية في التقاضي والتي هي متعلقة بالنظام العام، وسواء كان مصدرها إجراءات التحكيم أو اتفاق الطرفين أو إرادة المحكم، فإن المحكم ملزم باحترام المبادئ الأساسية في التقاضي وتتمثل هذه المبادئ في ما يلي: (1)

- * مبدأ المساواة بين الخصوم
- * مبدأ المواجهة
- * مبدأ احترام حقوق الأطراف في الدفاع
- * مبدأ وجوب نظر النزاع من جميع أعضاء هيئة التحكيم
- * مبدأ تطبيق القواعد التي اتفق عليها الطرفان (العقد شريعة المتعاقدين)

(1) - أحمد المصطفى الصالح، المرجع السابق، ص 182.

ثانياً: شكليات إصدار الحكم التحكيمي

1. سرية المداولة: نص المشرع المصري على أنه "يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك" (1).

وقد ترك المشرع المصري لهيئة التحكيم تنظيم كيفية التداول فقد تتم في اجتماع يحضره الجميع أو عن طريق المراسلة أو الاتصالات بأي من الرسائل المكتوبة، وذلك إذا لم يتفق الأطراف على شكل آخر محدد للمداولة (2). ويتعين أن تكون المداولة سرية رغم عدم وجود نص على ذلك في قانون التحكيم المصري.

أما المشرع الجزائري فقد استلزم أن تكون مداولات المحكمين سرية حيث نص على "مداولات المحكمين سرية" (3). ويمكن تبرير ذلك بضرورة كفالة قدر من الحرية للمحكمين في إبداء الرأي والتشاور دون الوقوع في الحرج الذي قد يتعرضون له في حالة السماح للأطراف أو ممثليهم بالحضور أثناء المداولات .

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا تمت المداولات بشكل علني فإن ذلك يفتح الباب أمام إمكانية الطعن ببطلان الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم.

2. كتابة الحكم التحكيمي : الكتابة شرط لوجود الحكم لا لإثباته، فالقانون لا يعترف بالحكم الشفوي، فمثل هذا الحكم يكون منعوماً، فحكم التحكيم يجب إيداعه ووضع أمر التنفيذ عليه، ولا يتصور إيداع أو وضع أمر بالتنفيذ إلا على ورقة مكتوبة، وإذا كان

(1) - المادة 40 من قانون التحكيم المصري.

(2) - محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 181.

(3) - المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

للأطراف الاتفاق على الإجراءات المتبعة دون التقيد بما ينص عليه قانون التحكيم فإن هذه السلطة لا تشمل الاتفاق على عدم صدور الحكم كتابة.

وقد نص المشرع المصري على الكتابة " يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون " (1).

أما المشرع الجزائري فلم يعرض للمسألة إذ لم يشترط الكتابة في حكم التحكيم بنص صريح.

غير أن المتأمل للمواد "1027" و"1028" و"1029" من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية يتضح له ضرورة أن يصدر حكم التحكيم كتابة ذلك أن هذه المواد أشارت إلى مجموعة من البيانات التي يجب أن يتضمنها حكم التحكيم، ولعل أبرزها التوقيع، والذي لا يمكن أن يكون إلا كتابة أو نحوها وعلى محرر مكتوب (2).

ومن المفيد الإشارة إلى أن الكتابة قد تكون بخط اليد أو عن طريق آلة تحقق الغرض (آلة راقنة أو حاسوب أو غيره) ويجب كتابة حكم التحكيم باللغة التي جرى بها التحكيم سواء كانت اللغة العربية، أو أي لغة أخرى حددها اتفاق الطرفين أو قرار الهيئة (3)

3 . التوقيع :

أوجب قانون التحكيم المصري توقيع أغلبية المحكمين على قرار التحكيم ولم يكتف بذلك بل استلزم تبيان أسباب عدم توقيع الأقلية في نص المادة "1/43" الذي سبقت الإشارة إليه .

وقد ذهب إلى مثل ذلك المشرع الجزائري حيث اشترط أن يصدر حكم التحكيم بأغلبية الأصوات. وكذلك توقيع حكم التحكيم من قبل جميع المحكمين وفي حال امتناع

(1) - ناصر محمد الشرماني المرجع السابق، ص 401 .

(2) - انظر المواد 1027 - 1028 - 1029 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

(3) - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 291 .

الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين (1).

4 - تسبيب الحكم : ويقصد به بيان الحجج والأدلة القانونية والواقعية التي اعتمد عليها المحكم في إصدار حكمه، وقد نص المشرع المصري على ذلك حيث جاء فيها ما يلي: "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 الحكم" (2)، ونص المشرع الجزائري كذلك على أنه " يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة" (3).

المطلب الثاني : سلطة المحكم في تحديد ميعاد إصدار حكم التحكيم و في تمديده

إذا كان لهيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع محل التحكيم فإن هذه السلطة يجب أن تمارسها خلال الميعاد المحدد لها، ولهذا فإن حكم التحكيم المنهي للنزاع كله يجب أن يصدر خلال هذا الميعاد، (4).

وللالتزام بميعاد التحكيم أهمية كبيرة في تحقيق ميزة نظام التحكيم وهي السرعة التي كانت من الأسباب الرئيسية لازدهار التحكيم في العصر الحالي وسببا أساسيا من أسباب اللجوء إليه .

وميعاد التحكيم هو المدة أو المهلة التي يجب على هيئة التحكيم ولو كانت مفوضة بالصلح، إصدار حكم التحكيم خلالها وإلا انتفت ولايتها. والأصل أن يتولى أطراف التحكيم ميعاد التحكيم دون أي قيد على حريتهم، حيث تلتزم هيئة التحكيم أثناء الفصل

(1) - المادة 1026 و 1029 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

(2) - المادة 2/43 من قانون التحكيم المصري.

(3) - المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

(4) - انظر المادة 1/45 من قانون التحكيم المصري 285

في نزاع التحكيم بالمدة التي حددها أطراف النزاع، والتي تنتهي بانتهاء خصومة التحكيم⁽¹⁾.

الفرع الأول : كيفية تحديد ميعاد إصدار حكم التحكيم نص المشرع الجزائري على ميعاد إصدار الحكم على أنه "يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه وفي هذه الحالة يلزم المحكومون 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، وفي حالة عدم الموافقة عليه يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة"⁽²⁾.

وفي ذات السياق يرى المشرع المصري أنه "على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال (12) اثني عشر شهرا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي 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"⁽³⁾.

وإذا 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 "09" من هذا القانون، أن يصدر أمرا بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم وفي هذه الحالة يمكن لأي من الطرفين رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلا بنظرها"⁽⁴⁾.

وباستقراء النصوص السابقة نخلص إلى القول أن هناك ميعاد اتفاقي وميعاد قانوني تلتزم خلاله الهيئة بالفصل في النزاع، كما يمكن مد هذا الميعاد باتفاق الأطراف أو باقتراح من هيئة التحكيم، أو بأمر من رئيس الهيئة المختصة .

(1) - ناصر محمد الشرممان المرجع السابق، ص 361 .

(2) - المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

(3) - المادة 1/45 من قانون التحكيم المصري .

(4) - المادة 2/45 من نفس القانون .

أولاً: الميعاد الاتفاقي يتم تحديد مدة التحكيم بالاتفاق أو بالإحالة إلى نظام مؤسسة تحكيمية يتضمن تحديدا لهذه المهلة، ويمكن أن يتم تحديد الميعاد في ذات الاتفاق على التحكيم، أو في اتفاق لاحق بشكل صريح أو ضمني ولو بتاريخ لاحق للاتفاق على التحكيم⁽¹⁾.

وتنص المادة "1/45" من قانون التحكيم المصري في هذا السياق على أنه "على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان" وليس هناك حد أقصى للميعاد الذي يمكن أن يتفق عليه الأطراف.

كما يمكن تحديد ميعاد التحكم وفقا لقواعد ولوائح احد مراكز أو مؤسسات التحكيم، إذا اتفق أطراف التحكيم على أنه يتم التحكيم وفقا للإجراءات المتبعة أمام هذه المراكز .

جدير بالذكر أن مركز القاهرة الإقليمي وقانون الاونسترال لم يحدد موعدا لإصدار الحكم على عكس غرفة التجارة الدولية بباريس C.C.I التي حددت الميعاد ب"6" ستة أشهر **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، وقد حدد المشرع الجزائري ميعاد التحكيم في حالة غياب اتفاق الأطراف بأربعة "4" أشهر من تاريخ تعيين المحكمين أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم⁽²⁾.

وقد تمت الإشارة إلى أن المشرع المصري نص في الفقرة الأولى من المادة "45" أنه "...فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهرا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وتبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر"

أما المشرع الجزائري فيرى بأن إجراءات التحكيم تبدأ من تاريخ إعلان المحكم أو المحكمين بقبولهم المهمة المسندة إليهم ومن ثم فإن اعتبار تاريخ قبول المحكم أو

(1) - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 212 .

(2) - انظر المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

المحكمين لمهمتهم هو الأكثر قبولا ليكون نقطة بداية إجراءات التحكيم ولا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم" (1) ويلاحظ أن مدة "4" أشهر التي حددها المشرع الجزائري تتماشى ومزايا نظام التحكيم ألا وهي السرعة، على عكس الميعاد الذي حدده المشرع المصري بـ "12" شهرا الذي يبدو طويلا نوعا ما .

الفرع الثاني : سلطة المحكم في تمديد ميعاد التحكيم أعطى المشرع الجزائري هيئة التحكيم سلطة مد ميعاد التحكيم بموافقة الأطراف وفي حالة عدم الاتفاق فإن التحكيم يكون وفقا للقانون الذي يحكم إجراءات التحكيم (2).

أما المشرع المصري فقد خول هيئة التحكيم سلطة مد ميعاد التحكيم سواء كان ميعاد إصدار الحكم محددًا اتفاقًا أو قانونًا، واشترط أن لا تزيد مدة المد عن "6" ستة أشهر ما لم يتفق الأطراف على مدة تزيد على ذلك وهو ما جاء في نص المادة "1/45" من قانون التحكيم المصري.

وباستقراء نص المادة "2/1018" السالفة الذكر فإنه يؤخذ على المشرع الجزائري ما

يلي :

1- إن 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 مد ميعاد التحكيم بعد انتهاء الموعد المحدد اتفاقا أو بنص القانون تنتهي الإجراءات ويصبح لكل طرف الحق في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي وهو حق أصيل كرسه جل الدساتير، وما ذهب إليه المشرع الجزائري هنا يعد

(1) - انظر نص المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

(2) - المادة 1018 / 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نصت "غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف وفي حالة عدم الموافقة عليه يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم..." "

خرقا لحق دستوري ويتنافى مع أسس التحكيم وهو الطابع الاتفاقي وكذلك عدم احترام مبدأ سلطان الإرادة، ومن هنا نطالب المشرع الجزائري بضرورة تعديل هذه المادة⁽¹⁾.
2- لم يحد من سلطة محكمة التحكيم في مدة الميعاد، حيث لم يحدد المدة الإضافية التي يمكن أن تأمر بها هيئة التحكيم مما يفتح المجال في تحديد فترة التمديد رغم اشتراطه موافقة الأطراف على هذه المدة .

المطلب الثالث: سلطة المحكم بعد إصدار الحكم التحكيمي

سبقت الإشارة إلى أن إصدار الحكم التحكيمي المنهي للخصومة يؤدي إلى انقضاء مهمة المحكم وانتهاء ولايته، وهو ما لا يخوله مباشرة أي إجراء بعد ذلك أو تلقي أي طلب جديد من أطراف النزاع وفقا لما نص عليه في المادة "1/1030" من ق.ا.م.ا. جزائري و المادة "1/48" من قانون التحكيم المصري.

غير أن هذين القانونين وفي الفقرتين الموالتين من المادتين المشار إليهما يشيران إلى ما يعتبر استثناء على القاعدة وهو امتداد مهمة المحكم .

وبالرغم من ارتباط صفة المحكم بصدور الحكم المنهي للخصومة كلها فإن بعض التشريعات أبتت على هذه الصفة لمدة محدودة لمواجهة حالات محددة تتمثل في سلطات المحكم في تصحيح الحكم التحكيمي، وفي تفسيره، وفي سد إغفالاته، وهو ما سنتعرض له على النحو الآتي:

الفرع الأول : سلطة المحكم في تفسير الحكم التحكيمي ويقصد بتفسير الحكم توضيح ما قد يكتنف الحكم من غموض حيث يقوم المحكم بتوضيح حقيقة المقصود منه إذا شاب منطوق الحكم غموض أو إبهام يجعل حقيقة المقصود منه مثاراً للبس والاختلاف⁽²⁾.

(1) - لزهري بن سعيد و كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 289

(2) - نصت المادة 1030 / 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 09/08 على أنه " غير أنه يمكن تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية و الاغفالات التي تشوبه طبقاً للأحكام الواردة في القانون ."

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة "1030" من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أما المشرع المصري فقد اتفق مع المشرع الجزائري ونص على ما يلي : (1)

1 - يجوز لكل من طرفي التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه حكم التحكيم ، تفسير ما وقع في منطوقة من غموض ويجب على طالب التفسير إعلان الطرف الآخر بهذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم.

2- يصدر التفسير كتابة من خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تقديم طلب التفسير لهيئة التحكيم ويجوز لهذه الهيئة مد هذا الميعاد ثلاثين يوما أخرى إذا رأت ضرورة ذلك

3. ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمما لحكم التحكيم الذي يفسره وتسري عليه أحكامه ومن خلال نص المادة يتضح لنا أن المشرع قد خول المحكم سلطة تفسير حكمه، وتقتصر سلطة المحكم في إيضاح الغامض وإظهار حقيقة المبهم فلا يجوز أن يتخذ التفسير وسيلة أو ذريعة لتعديل حكم التحكيم أو الرجوع فيه، كون الحكم يحوز حجية الشيء المقضي، وإنما يقتصر التفسير على إزالة الغموض وتوضيحية دون المساس بموضوعه، فإذا تجاوز المحكم سلطته في التفسير فإنه يجوز رفع دعوى البطلان الأصلية

ويعتبر الحكم التفسيري مرتبط بأحكام الحكم الأصلي ارتباطا وثيقا، والحكم التفسيري يدمج في الحكم الأصلي المفسر ويعتبر امتدادا له وجزء لا يتجزأ منه، ومن ثم يخضع للأحكام التي يخضع لها الحكم الأصلي. (2)

وعلى ذلك إذا الغي الحكم المفسر يلغى التفسير بالتبعية بقوة القانون دون حاجة إلى حكم جديد يقضي بذلك، حيث أن الحكم التفسيري جزء لا يتجزأ من الحكم المفسر فهو يدور وجودا وعدما معه فينصرف أثر الإلغاء إلى الجزء و الفرع .

(1) - المادة 49 من قانون التحكيم المصري.

(2) - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 321 .

الفرع الثاني: سلطة المحكم في تصحيح حكم التحكيم

إن احتمال انطواء الحكم التحكيمي على أخطاء مادية كالأخطاء في أسماء الخصوم أو الخطأ الحسابي احتمال قائم. ذلك أن الحكم التحكيمي يصدر مكتوبا ومن ثم فإن مهمة هيئة التحكيم تمتد لتشمل تصحيح ما قد يرد في هذا الحكم من أخطاء مادية، (1).

كما نصت عليه المادة "50" من قانون التحكيم المصري. والتي اشترطت وجود أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية في الحكم لتستطيع هيئة التحكيم تصحيحه .
ويجب أن تكون الأخطاء المادية المطلوب تصحيحها واردة في طلبات التحكيم أو المذكرات أو تقارير الخبراء أو محاضر الجلسات فمناطق سلطة هيئة التحكيم في إجراء التصحيح هو وجود أخطاء مادية في الحكم ذاته، ويتم التصحيح خلال ثلاثين يوما التالية لصدور الحكم ويمكن للمحكم مد الميعاد إلى ثلاثين يوما أخرى إذا رأى ضرورة لذلك، وإذا انقضت تلك المدة فلا يمكن مدها إلا باتفاق الأطراف، وقد يطلب أحد الأطراف التصحيح من هيئة التحكيم إذا لم تقم هذه الأخيرة بالتصحيح من تلقاء نفسها.
ولم يحدد قانون التحكيم ميعادا محددا للمحتكمين يجب فيه تقديم طلب التصحيح وبذلك يجوز تقديم طلب التصحيح في أي وقت بعد صدور حكم التحكيم، وأي خروج أو تجاوز لمقتضيات التصحيح يجعل حكم التصحيح قابلا لرفع الدعوى ببطلانه .
فحكم المحكمين يعد ورقة رسمية تخضع لذات الأحكام التي تنفذ بها إجراءات تصحيح الأحكام القضائية، فلا يجوز إثبات عكس ما جاء فيها إلا بالتزوير، وهي تكتسب قوتها قبل إيداعها قلم الكتابة، فإذا تبين لمحكمة البطلان أن هيئة التحكيم قد تجاوزت سلطاتها في التصحيح فإنها تقضي ببطلان قرارات التصحيح (2).

(1) - راجع المادة 1030 / 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المشار إليها سابقا والتي جاء فيها "... أو تصحيح الأخطاء المادية ..."

(2) - ناصر محمد الشمران، المرجع السابق، ص 426 ، 427.

الفرع الثالث: سلطة المحكم في الفصل فيما أغفله حكم التحكيم وإصداره أحكاما إضافية
 إذا أغفلت هيئة التحكيم الحكم في بعض الطلبات الموضوعية، جاز لصاحب الشأن إن يتقدم لهيئة التحكيم بطلب حكم إضافي للحكم الصادر عن الهيئة، والذي أغفل طلباته ويعلن خصمه بصحيفة للخصوم أمام الهيئة لنظر هذه البات والحكم فيها⁽¹⁾.
 وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري حيث خول هيئة التحكيم سلطة الفصل في الطلبات التي أغفلتها وفقا لما نصت عليه المادة "1030" من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري⁽²⁾.

وقد ورد هذا الاستثناء من القاعدة في المادة "51" من قانون التحكيم المصري التي أجازت لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم تكملة ما أغفلت الفصل فيه من طلبات خلال إجراءات التحكيم ويتم التصحيح خلال الثلاثين يوما التالية لصدور حكم المحكم، ويمكن للمحكم مد الميعاد إلى ثلاثين يوما أخرى إذا رأى ضرورة لذلك وإذا انقضت تلك المدة فلا يمكن مدها إلا باتفاق الأطراف، وقد يطلب احد الأطراف التصحيح وبعد ذلك يجوز تقديم طلب التصحيح في أي وقت بعد صدور حكم التحكيم وأي خروج، أو تجاوز لمقتضيات التصحيح يجعل حكم التصحيح قابلا لرفع دعوى البطلان .

ولا يجوز تقديم طلبات جديدة لم تكن مطروحة على المحكم حيث ينحصر اختصاص الهيئة في إصدار الحكم الإضافي للطلبات التي سبق تقديمها لها اذ يشترط في طلب الحكم الإضافي إغفال هيئة التحكيم الفصل في بعض الطلبات التي كانت مطروحة على هيئة التحكيم فعلا، ويجب أن يظل هذا الطلب قائما حتى إقفال باب المراجعة وحجز الدعوى للحكم وأن لا يكون قد حصل بشأنه تنازل من مقدمه، ويجب أن

(1) - طارق فهمي الغنام، المرجع السابق، ص 278.

(2) - المادة 1030 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

يقدم طلب التكملة أو إصدار الحكم الإضافي فيما أغفلته الهيئة سهواً أو بغير عمد وألا تكون هيئة التحكيم سبق وأن قضت برفض هذه الطلبات ضمناً ، و ألا يستغل هذا الأمر كوسيلة لدرء ما يكتنف الحكم من أسباب قد تدعو لإبطاله، وأخيراً يتعين ألا تتجاوز هيئة التحكيم حدود المهمة الموكلة إليها (1).

(1) - ناصر محمد الشريمان المرجع السابق نفسه، ص 427 ، 428 .

خلاصة الفصل الثاني

من خلال ما سبق يتبين لنا أن المحكم يتمتع بسلطات واسعة في خصومة التحكيم، ولا تنتهي ولايته بإصدار حكم التحكيم المنهي للخصومة بل تمتد إلى ما بعد ذلك لما للمحكم من سلطة في تصحيح الحكم وتفسيره وسد إغفالاته.

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

الختامة

إن التحكيم نظام قديم سابق في نشأته عن القضاء وهو قضاء خاص يلجأ إليه أطراف الخصومة التجارية الدولية بمحض إرادتهم للفصل في نزاعاتهم متجنبين بذلك عرض نزاعهم على قضاء الدولة لما في هذا الخيار البديل (خيار التحكيم) من سرعة في الفصل في النزاع، وهو يتناسب وسرعة التجارة الدولية من جهة، وأيضاً لما يتوفر في هذا النظام البديل من مرونة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ولما يضمنه لهم من أعمال إرادتهم المتفق عليها في اتفاق التحكيم من جهة أخرى .

وإذ يعتبر المحكم العنصر الجوهري الأساس في عملية التحكيم برمتها، فهو يقوم بدور مهم وفعال في العملية التحكيمية للوصول إلى حل في النزاع بأيسر الطرق وأسرعها، ومهما توافر في نظام التحكيم من دقة وفعالية، فإن نجاحه مرهون بشخص المحكم المختار من قبل الأطراف أصلاً، أو المعين من قبل القضاء استثناءً.

ولأن شخصية المحكم تتمتع بسلطة واسعة في مجال التحكيم مستمدة من إرادة الأطراف المعبر عنها في اتفاق التحكيم، فإنه لا بد للأطراف من اختيار محكم ذو مستوى تخصصي دقيق ومستوى أخلاقي رفيع لضمان معاملة عادلة وحكم منصف نزيه .

وإذا كانت طبيعة مهمة المحكم تقتضي أن يبدأ التحكيم باتفاق ويتوسط المهمة إجراءً، لينتج في النهاية بحكم تحكيمي منهي للنزاع يحوز حجية الأمر المقضي به فإنه ليس للأطراف إلا استعمال كامل حقهم في فرض الشروط التي يرونها مناسبة في المحكم حتى لا يضيع حقهم في ضمان حكم عادل مقبول غير متعسف في استعمال السلطات الممنوحة للمحكم من قبل المحكمين .

إن حسن إدارة العملية التحكيمية من حسن أداء المحكم لمهمته وإن حسن أدائه لمهمته مرهون بحسن اختيار الأطراف له، وهو ما يجعل التحكيم وسيلة نموذجية لحسم

النزاعات التجارية الدولية والنظر فيها أمام هذا الأسلوب البديل بما يخفف العبء على القضاء ويحد من بطء في النظر في الدعاوى .

وقد توصلنا في نهاية هذه الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات نوردتها

كما يلي:

1- النتائج

- على الرغم من اختلاف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للمحكم وتباين الآراء في ذلك، إلا أن التحكيم وبحكم الواقع يمثل قضاء خاصا، تسلب بموجبه المنازعات من القضاء الوطني ليفصل فيها من قبل شخص أو أشخاص محايدين يمارسون وظيفة القاضي وإن لم يرقوا في تصنيفهم إلى رتبة القاضي.
- إن الشروط التي أوجب كل من المشرع الجزائري والمشرع المصري ومعظم التشريعات الأخرى توافرها في شخص المحكم تمثل الحد الأدنى من الشروط الواجب توافرها في من يعتلي منصة التحكيم للتوصل إلى حكم عادل نزيه ومقبول يرتضيه أطراف النزاع، ويبقى المعيار الأساسي لاختيار المحكم هو توفر الثقة .
- إن تميز المحكم ببعض المميزات التي تباعد بينه وبين من يتشابه معه مثل القاضي والموفق والوسيط والمصالح والخبير يؤكد استقلاليته وخصوصيته .
- تثبت هذه الدراسة أن للمحكم مركزا قانونيا يقترب من مركز القاضي في إصداره لحكم يحوز حجية الأمر المقضي به ويبتعد عن هذا المركز كونه يستمد مصدر سلطته من إرادة الأطراف على خلاف القاضي الذي يستمد سلطته من القانون، ما يفرض على المحكم التمتع بالحياد والاستقلال ويفرض عليه وجوب الإفصاح عن علاقته بالأطراف، بالإضافة إلى الالتزام بالعديد من الأسس والمبادئ القضائية.

- إن السلطات المخولة للمحكم تتسع كلما تقاعس الأطراف المحكّمين عن إعمال إرادتهم وتضييق كلما برزت سلطات إرادة الأطراف وتظل عبارة "ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك" قيد مهم في الحد من سلطات المحكم.
- لم يوفق المشرع الجزائري عند تعرضه لمسألة تنظيم سلطات المحكم في اتخاذ التدابير الوقائية، فقد جاء نصه غير فعال في المادة 1046 من ق.إ.م.ا جزائري وكان الأجدر منح هذه السلطة للمحكم مباشرة دون الحاجة إلى اتفاق الأطراف بما يدعم قوة الإجراءات الصادرة منه هذا إذا علمنا أن الإجراءات الوقائية لا تمس أصل الحق، وذات القول ينطبق على المشرع المصري الذي يتفق مع ما ذهبنا إليه المادة 1046 في نص المادة 24 من قانون التحكيم المصري.
- يؤخذ على المشرع الجزائري منحه سلطة مد ميعاد التحكيم لهيئة التحكيم وفقا للقانون الذي يحكم إجراءات التحكيم رغم وجود إمكانية رفض الأطراف لهذا المد وهذا يتنافى مع أسس التحكيم، المتمثلة في الطابع الاتفاقي وفيه عدم احترام لمبدأ سلطان الإرادة ومس بالحق الأصيل الذي يكفل لكل طرف الحق في اللجوء إلى القاضي العادي بمجرد رفض الأطراف مد الميعاد بعد انتهاء الميعاد المحدد اتفاقا أو بنص القانون.
- لقد أحسن المشرع الجزائري حين حدد ميعاد إصدار الحكم التحكيمي بأربعة (04) أشهر واعتبر أن اتفاق التحكيم يكون صحيحا حتى ولو لم يحدد أجلا لإنهائه ونص على إنهاء مهمة المحكمين بأربعة أشهر في المادة 1018 مخالفا بذلك المشرع المصري الذي نص في المادة 1/45 بأن يتم إصدار الحكم خلال اثني عشر (12) شهرا، إذ يلاحظ أن المدة التي قررها المشرع الجزائري تتماشى والمزية الجوهرية في نظام التحكيم ألا وهي السرعة على عكس الميعاد المحدد من قبل المشرع المصري والذي يعد طويلا نوعا ما.

- من المشكلات الأكثر إثارة للجدل حول المركز القانوني للمحكم التجاري الدولي هي إمكانية تولي القاضي مهمة التحكيم وقد تعرض المشرع المصري لهذا الأمر في المادة 63 من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 موضحاً أن الأصل عدم تولي القاضي مهمة المحكم ، ولكنه في الوقت نفسه عرض الاستثناءات من شأنها تمكين القاضي من ذلك .

2 - التوصيات

وبناءً على ما تقدم في متن هذه الدراسة سنحاول التطرق إلى بعض التوصيات التي نرى فيها حلول لبعض المشكلات العارضة والتي نضعها محل بحوث مستقبلية في هذا الإطار ملخصة في الآتي:

✓ ضرورة تلافي الثغرات والعيوب المحيطة بالنظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي وسن القوانين المناسبة لتطوير هذا النظام كقضاء بديل ينسجم مع متطلبات التجارة والاستثمار الدوليين .

✓ إنشاء مراكز وطنية متخصصة في البلاد العربية عامة وفي الجزائر خاصة لتدريب المحكمين وتأهيل الإطارات الوطنية في مجال التحكيم التجاري الدولي

✓ وضع النصوص القانونية المتضمنة للتحكيم التجاري الدولي في تقنين خاص ومستقل .

✓ إنشاء قسم متخصص في مرحلة ما بعد التدرج يعنى بتخريج المحكمين من الجامعات الجزائرية كما هو الشأن بالنسبة للمحاميين .

✓ الحرص على إبداء موقف واضح من قبل المشرع الجزائري في بعض المسائل كلغة ومكان التحكيم على غرار بعض التشريعات التي فصلت في الأمر كالتشريع المصري .

- ✓ وضع نظام دقيق يحدد سلطات المحكم مع تبني قواعد تنظم مسؤولية المحكم بشكل مفصل مثلما عليه الأمر بالنسبة للقاضي.
- ✓ ضرورة توخي الحيطة والحذر من قبل المحكّمين في اللجوء إلى بعض هيئات ومراكز التحكيم الدولية وعدم الانجرار وراء الدعاية الإعلامية الهادفة إلى تحقيق الربح ولو على حساب العدل والإنصاف.

المراجع

* القرآن الكريم

أولاً: المعاجم.

1- ابن منظور جمال الدين محمد بن عبد الله بن مكرم، لسان العرب، الجزء 3، دار صادر، بيروت 1982.

2- المحيط، معجم اللغة العربية، أديب اللجمي وآخرون، ط2، مجلد1، بيروت 1994.

ثانياً: النصوص القانونية.

أ - الدساتير.

1- دستور 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج.ر، عدد 76، الصادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996، والمعدل بموجب القانون رقم 03-02، المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر، عدد 25 الصادر في 19 أبريل 2002، وبموجب القانون رقم 19-08، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر عدد 63، الصادر بتاريخ نوفمبر 2008، وبموجب القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 ج.ر، عدد 14، الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016

ب - الإتفاقيات.

1- قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي السارية المفعول ابتداء من 01/يناير 1998

2- قانون اليونسيترال النموذجي للتحكيم الدولي بصيغتها المنقحة في 2010.

3- قواعد التحكيم التجاري الدولي لمركز القاهرة الإقليمي، الساري اعتباراً من

2011/03/01.

ج - التشريع.

1- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم

05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007. المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل

والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر عدد 44 الصادر
2005/06/26.

- 2- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات
المدنية والإدارية الجزائري، ج.ر، العدد 21، المؤرخة في 23/04/2008.
- 3- قانون السلطة القضائية المصري رقم 46 لسنة 1972

د - التنظيم.

- المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 المتضمن انضمام الجزائر
بتحفظ إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية
وتتفيذها .

ثالثاً - الاجتهادات القضائية.

1- حكم محكمة الاستئناف القاهرة، دائرة 91 تجاري، الدعوى رقم 95 لسنة 122 ق
جلسة 2006/05/30.

2- حكم التحكيم رقم 357 لسنة 2003 جلسة 2004/12/30، عن محكمة القاهرة
،مصر، مجلة التحكيم العربي العدد 08 أغسطس 2005، الإتحاد العربي للتحكيم
الدولي

3- حكم قضائي رقم 12-125 الصادر بتاريخ 2010/04/04 عن محكمة استئناف
القاهرة، دائرة 63 تجاري، مجلة التحكيم العالمية، العدد 12 السنة الثالثة، بيروت
أكتوبر، 2011

رابعاً: الكتب العامة.

1- إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، الجزء الثاني، منشأة المعارف
الإسكندرية، مصر

2- أحمد السيد صاوي، الوسيط في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، مصر 1987.

4- محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

خامساً: الكتب المتخصصة.

1- الصلاحي احمد أيهم بن ناجي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، اليمن، 1994.

2- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1978.

3- أحمد بلقاسم، التحكيم الدولي، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2006

4- أحمد هندي، التحكيم دراسة إجرائية في ضوء القانون المصري، ط1، دار الجامعة، الإسكندرية ، مصر ، 2013.

5- أحمد خليل، قواعد التحكيم، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان 2003.

6- أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجرائته، دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، دار نيبور للنشر والتوزيع القادسية العراق، 2011.

7- وفاء فاروق محمد حسن، مسؤولية المحكم، ط1، دار النهضة العربية، مصر 2008.

8- كرم محمد زيدان النجار، المركز القانوني للمحكم، ط1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، مصر، 2010.

9- لزهر بن سعيد و كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010.

- 10- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر 2010.
- 11- محمد حسن حامد، نظم التحكيم الحديث، ط1، دار النهضة العربية، مصر 2007.
- 12- محمد شهاب أساسيات التحكيم التجاري الدولي "والقوانين والاتفاقيات المنظمة للتحكيم عربيا وعالميا"، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر 2009.
- 13- محمود السيد عمر التحيوي طبيعة قانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، مصر 2003.
- 14- محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، ط2، دار النهضة العربية، مصر سنة 2004.
- 15- ممدوح عبد العزيز العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي (الأسباب والنتائج) دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2006.
- 16- مظفر جابر ابراهيم الراوي، اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 ط1، دار وائل للنشر والتوزيع عمان سنة 2012.
- 17- ناصر محمد الشрман، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، ط1، مركز الدراسات للنشر والتوزيع، مصر 2015.
- 18- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الدولية، دار الجامعة الإسكندرية مصر 2011.

- 19- طارق فهمي الغنام، التنظيم القانوني للمحكم، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2015.
- 20- سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط1، دار النهضة العربية، مصر 2000.
- 21- عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي ، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان 2008.
- 22- عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان 2008
- 23 - عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، ط1، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر.
- 24- عبد الصبور عبد القوي على مصري، التنظيم القانوني للتحكيم الالكتروني ط1 مكتبة القانون والاقتصاد، المملكة العربية السعودية 2013.
- 25- عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت 1990.
- 26- علاء محي الدين مصطفى ابو احمد، التحكيم في منازعات العقود الادارية في ضوء القوانين الدولية ومحاكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة 2008.
- 27- رضا السيد عبد الحميد، قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 في الميزان، دار النهضة العربية، مصر، 2004.
- سادساً: الرسائل الجامعية.**
- 1- أشجان فيصل شكري داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وأثاره وطرق الطعن به، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة النجاح فلسطين، سنة 2008.

2- عيسى بادي سالم الطراونة، دور المحكم في خصومة التحكيم، رسالة ماجستير كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن 2011.

سابعاً: المقالات العلمية.

3- أحمد المصطفى الصالح، المسؤولية القانونية للمحكم في القانون السوداني والمقارن، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، العدد 27، فبراير 2016.

5- نبيل صالح العرابوي، اتفاق التحكيم، مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 15، جوان 2016.

ثامناً: المراجع باللغة الأجنبية.

1- Jean baptiste racine , les raisons de la libéralisation de l'arbitrage international dans les pays émergents(le cas particulier de l'Algérie)P271 .

الفهرس

الصفحة	العناوين
أ	الإهداء
ب	الشكر والتقدير
ج	قائمة المختصرات
1	مقدمة
7	الفصل الأول: التنظيم القانوني للمحكم التجاري الدولي
8	المبحث: الأول ماهية المحكم
8	المطلب: الأول مفهوم المحكم
8	الفرع الأول: تعريف المحكم في اللغة
9	الفرع الثاني: تعريف المحكم في الفقه والقضاء
10	الفرع الثالث: تعريف المحكم في التشريع
10	المطلب الثاني: تمييز المحكم عن غيره
10	الفرع الثاني: تمييز المحكم عن القاضي
12	لفرع الأول: التمييز بين المحكم والموفق
13	الفرع الثالث: التمييز بين المحكم والخبير
14	الفرع الرابع: التمييز بين المحكم والوسيط في الصلح
15	المطلب الثالث: الشروط الواجب توفرها
16	الفرع الأول: الشروط القانونية (الوجوبية)
16	أولاً: ضرورة تمتع المحكم بالأهلية المدنية
19	ثانياً: ضرورة استقلال المحكم وحياده
21	الفرع الثاني: الشروط الاتفاقية الواجب توفرها في المحكم
22	أولاً: جنس المحكم
23	ثانياً: جنسية المحكم
25	ثالثاً: خبرة المحكم
28	الفرع الثالث: شروط تولي القاضي مهمة المحكم

30	المطلب الرابع : طرق اختيار المحكم التجاري الدولي
30	الفرع الأول : التعيين الاتفاقي لهيئة التحكيم
30	أولاً: اختيار المحكم في التحكيم الحر
33	ثانياً: تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم المؤسسي
35	الفرع الثاني : تعيين المحكم بواسطة القضاء
37	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعمل المحكم
38	المطلب الأول: الطبيعة التعاقدية (الاتفاقية) لعمل المحكم
38	الفرع الأول: مضمون النظرية
40	الفرع الثاني: الانتقادات الموجهة لنظرية الطبيعة (التعاقدية) الاتفاقية
41	أولاً: التركيز على الجانب الإرادي في خصومه التحكيم
41	ثانياً: المبالغة في إعطاء الدور الأساسي لإرادة أطراف النزاع
41	ثالثاً: تعذر تكيف نوع العلاقة العقدية التي تربط المحكم بالأطراف
43	الفرع الثالث: تقدير النظرية
43	المطلب الثاني: الطبيعة القضائية لعمل المحكم
43	الفرع الأول: مضمون النظرية
45	الفرع الثاني: الانتقادات الموجهة لنظرية الطبيعة القضائية
46	أولاً : الاستناد إلى العمل الذي يقوم به المحكم
46	ثانياً: لم يعتبر القانون المحكم المكلف بالفصل في النزاع قاضياً خاصاً
46	ثالثاً: إن النظرية القضائية لا تستقيم مع طبيعة التحكيم
46	الفرع الثالث : تقدير النظرية
47	المطلب الثالث: الطبيعة المختلطة لعمل المحكم
47	الفرع الأول: مضمون النظرية
48	الفرع الثاني : الانتقادات الموجهة لنظرية الطبيعة المختلطة
48	أولاً : يؤخذ على هذا الاتجاه انه لم يتصدى للمشكلة
49	ثانياً: اختلاف أنصار هذه النظرية حول وقت التحكيم

49	ثالثا: يترتب على قبول هذه النظرية إهدار القيمة القانونية لحكم التحكيم
49	الفرع الثالث: تقدير النظرية
50	لعمل المحكم)الخاصة(المطلب الرابع: الطبيعة المستقلة
51	الفرع الأول: مضمون النظرية
52	الفرع الثاني: الانتقادات الموجهة للنظرية المستقلة (الخاصة)
52	أولا: استناد أنصار هذه النظرية على التنظيم القانوني لنظام القضاء
52	ثانيا: ربط النظرية ربطا خاطئا بين القضاء وتطبيق القانون
53	ثالثا:تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم يتم من خلال تحديد الأصل
53	الفرع الثالث: تقدير النظرية
54	خلاصة الفصل الأول
56	الفصل الثاني حدود سلطات المحكم في خصومة التحكيم التجاري الدولي
57	المبحث الأول: سلطات المحكم قبل وأثناء سير العملية التحكيمية
57	المطلب الأول: حدود سلطات المحكم في تحديد القواعد الإجرائية
58	الفرع الأول: سلطة المحكم في التنظيم الإجرائي للخصومة
58	أولا:البت في وجود اتفاق التحكيم وصحته
59	ثانيا: تحديد لغة التحكيم
60	ثالثا:تحديد مكان التحكيم
61	الفرع الثاني: سلطة المحكم الإجرائية أثناء سير الخصومة التحكيمية
61	أولا: سلطة المحكم في البت اختصاصه(مبدأ الاختصاص بالاختصاص)
63	ثانيا: حدود سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق
65	أ- سلطة المحكم في تطبيق القانون الإجرائي لدولة التحكيم
66	ب:سلطة المحكم في تطبيق القانون الإجرائي للدولة على موضوع النزاع.
66	ج: سلطة المحكم في تطبيق القواعد الإجرائية للمراكز الدائمة
67	المطلب الثاني: سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق
69	الفرع الأول: اختيار قانون دولة معينة

70	الفرع الثاني : تطبيق هيئة التحكيم لأعراف التجارة الدولية
71	الفرع الثالث: تطبيق هيئة التحكيم لقواعد العدالة والإنصاف
72	المطلب الثالث: سلطات المحكم في ما يتعلق بإصدار التدابير الوقائية والإجراءات التحفظية وأدلة الإثبات
72	الفرع الأول : حدود سلطة المحكم في اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية
74	الفرع الثاني: حدود سلطة المحكم فيما يتعلق بأدلة الإثبات
74	أولاً: إلزام الأطراف بتقديم المستندات
75	ثانياً: مضاهاة الخطوط والتزوير
76	ثالثاً: الاستعانة بالخبراء
77	رابعاً: إجراء المعاينة
77	خامساً: سماع الشهود
78	المبحث الثاني: سلطات المحكم في إصدار الحكم التحكيمي
79	المطلب الأول: ضوابط إصدار الحكم التحكيمي
79	الفرع الأول: التعريف بالحكم التحكيمي
79	أولاً: التعريف الفقهي للحكم التحكيمي
80	ثانياً: التعريف التشريعي للحكم التحكيمي
80	الفرع الثاني: سلطة المحكم في إصدار مختلف أنواع الأحكام التحكيمية
81	أولاً: سلطة المحكم في إصدار الأحكام الجزئية
81	ثانياً: سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقائية
82	ثالثاً: سلطة المحكم في إصدار الأحكام التمهيدية
83	الفرع الثالث : مبادئ وشكليات إصدار الحكم التحكيمي
83	أولاً: مبادئ إصدار الحكم التحكيمي
84	ثانياً: شكليات إصدار الحكم التحكيمي
84	1. سرية المداولة
84	2. كتابة الحكم التحكيمي

85	3 . التوقيع
86	4 . تسبب الحكم
<u>86</u>	المطلب الثاني : سلطة المحكم في تحديد ميعاد إصدار حكم التحكيم
87	الفرع الأول : كيفية تحديد ميعاد التحكيم
87	أولاً : الميعاد الاتفاقي
88	ثانياً: الميعاد القانوني
89	الفرع الثاني : سلطة المحكم في تمديد ميعاد التحكيم
90	المطلب الثالث: سلطة المحكم بعد اصدار الحكم التحكيمي
90	الفرع الأول : سلطة المحكم في تفسير الحكم التحكيمي
92	الفرع الثاني : سلطة المحكم في تصحيح حكم التحكيم
93	الفرع الثالث : سلطة المحكم في الفصل فيما أغفله حكم التحكيم
95	خلاصة الفصل
97	خاتمة
103	المراجع
110	الفهرس

الملخص

التحكيم قضاء خاص وطريق بديل يلجأ إليه أطراف الخصومة للفصل في النزاع القائم بينهم، والمحكم في نظام التحكيم هو المحور الأساس الذي تدور حوله عملية التحكيم برمتها، وبقدر خبرة المحكم وكفاءته ودقته تكون سلامة إجراءات التحكيم وصحة الحكم الصادر عنه، لذلك أوجب المشرع الجزائري كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المصري وغالبية التشريعات المقارنة في من يتولى مهمة التحكيم توافر شروط منها الأهلية المدنية اللازمة لإبرام التصرفات القانونية وفرض عليه التزامات منها احترام إرادة الخصوم .

فالمحكم بهذه الصفة يستمد سلطاته من إرادة المحتكمين الذين أوكلوه مهمة الفصل في النزاع، ومن إرادة المشرع الذي أجاز له ممارسة هذه المهمة ومكنه من سلطة إصدار الحكم الحائز على حجية الأمر المقضي به، وكل خروج عن اتفاق التحكيم وإرادة الخصوم غير مبرر بنص القانون يعرض الحكم الصادر عن المحكم للطعن فيه بالبطلان .