

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة مولود معمري – تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون- نظام (ل.م.د)



دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي
الخاص

مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون
تخصص: قانون العون الاقتصادي

تحت إشراف الأستاذ:

❖ د.امحمد سعد الدين

من إعداد الطالبين :

❖ بكيري رزقي

❖ بودينار نبيل

لجنة المناقشة:

أستاذة تعليم عالي جامعة مولود معمري رئيسا

- أ. معاشو فطة

أستاذ محاضر جامعة مولود معمري مشرفا و مقرا

- د.امحمد سعد الدين

أستاذة محاضرة جامعة مولود معمري مناقشا

- د. حسين فريدة

2015 - 2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء إهداء

إلى من أفتقد وجودها و أحن إلى دفاء حنانها إلى روح

جدتي الطاهرة رحمها الله

كما أهدي مذكرة تخرجي في الماستر إلى من كانت

سندي القوي طيلة مشواري الدراسي قررة

عيني "أمي الغالية" التي أتذرع إلى الله

أن يحفظها لي و إلى أبي الذي رعاني

إلى كل من ساعدني في إنجاز

هذا العمل المتواضع من

قريب أو بعيد كما أهدي

هذا العمل إلى إخوتي

وأخواتي.

إهداء إهداء

أهدي ثمرة عملي هذا إلى من كانت الأم بعطفها وحنانها
و نصائحها و المربي الناصح أبي الغالي و أدعو الله
أن يحفظهم لي و يطيل في عمرهما. كما اهديه
إلى إخوتي و أخواتي الأعتاء حفظهم الله
إلى كل الزملاء و الأصدقاء.

ر. بكيري

إن التجارة الدولية تحتل مركز الصدارة في العلاقات الدولية الحديثة، وأنها المحور الرئيسي الذي تدور حوله هذه العلاقات، مما جعل التعامل التجاري على الصعيد الدولي يترتب عليه نشوء علاقات تعاقدية ذات عنصر أجنبي تخضع للقانون الدولي الخاص، تقوم على أساس إرادة الأطراف استناداً لمبدأ سلطان الإرادة وحرية المتعاقدين في تحديد الشروط اللازمة لإبرام هذا التعاقد، غير أن العمليات التجارية الدولية لا تخلو من بعض النزاعات، مما استدعى لحلها اللجوء إلى نظام التحكيم الذي أصبح من أهم الظواهر القانونية المعاصرة، ومن الموضوعات الهامة التي تشغل مكاناً بارزاً في الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى الدولي، وعلى مستوى معظم الأنظمة القانونية المقارنة على اختلاف نظمها وأوضاعها الاقتصادية والسياسية، فلماذا ظهر التحكيم كضرورة ثابتة من الضرورات ومستلزمات نمو وتطور التجارة الدولية.

وتأسيساً على ذلك، أصبح التحكيم التجاري الدولي في الوقت الحاضر أهم وسيلة يرغب المتعاملون في التجارة الدولية اللجوء إليها لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملاتهم، فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط يلجأ بموجبه إلى التحكيم عند حدوث نزاع يتعلق بتفسير أو تنفيذ العقد المذكور، ليتمكن بذلك هذا العقد من الإفلات من سلطة قضاء الدولة، ويخضع لقضاء خاص من صنع أطراف النزاع أنفسهم .

ولا شك أن شيوع التحكيم واتساع مجاله في حقل التجارة الدولية، يرجع إلى عدة اعتبارات أهمها، رغبة المتعاملين في الأسواق الدولية في التحرر بقدر الإمكان من القيود التي توجد في النظم القانونية الدولية، ورغبتهم أيضاً في الهروب من مشكلة تنازع القوانين، نظراً لميل القاضي لتطبيق قانونه الوطني حتى في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، وكذلك لم يعد مناسباً إخضاع المنازعات الناشئة عن هذه العلاقة للقضاء الوطني، نظراً لعدم ثقة المتعاملين الاقتصاديين في توافر ضمانات التقاضي الحقيقية أمام هذا القضاء في مختلف الدول، إضافة إلى تجنبه تحمل الرسوم والتكاليف الباهظة، يضاف إلى ذلك ما يعاب على قضاة المحاكم من قلة الخبرة بتلك المنازعات المعقدة، وتقيدهم بإجراءات وقيود لا تتناسب مع طبيعة التجارة الدولية، وما تحتاجه من سرعة في حسم هذه المنازعات.

ويضاف إلى كل ذلك أن التحكيم يستند في الأساس إلى إرادة الأطراف، فهما اللذين يختارون الأشخاص الذين يتولون مهمة التحكيم من بين المعروفين لديهم، وممن يتصفون بمعرفة ونوعية التعامل التجاري الذي حدث النزاع بسببه، ومن المعروفين بحيادهم واستقلالهم. وللطرفين أيضا حرية اختيار مكان التحكيم، والقواعد الواجبة التطبيق لتسوية نزاعهم، فكل هذه الأمور تجعل أطراف التحكيم على ثقة من أن نزاعهم سوف تتم تسويته بشكل عادل وقانوني.

فعلى الرغم مما يتمتع به التحكيم التجاري الدولي الخاص جعله محل أنظار العديد من أطراف التجارة الدولية، إلا أنه لا يمكن الاكتفاء بالمفهوم المنقح عليه بأنه ظاهرة فعالة لحل النزاعات التي قد تنشأ عن الكثير من العقود الدولية، وإنما لابد من البحث عن أهمية الجانب الاتفاقي باعتباره نظام اتفاقي للفصل، يرتكز أساسا على إرادة الأطراف والتي تلعب دورا مهما في تنظيم إجراءات التحكيم ابتداء من اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم إلى غاية تنفيذ القرار التحكيمي .

إذا كانت القاعدة العامة هي أن للإرادة المشتركة لأطراف في مجال التجارة الدولية حرية الاتفاق وتنظيم إجراءات التحكيم التجاري الدولي، فإن هذه القاعدة ليست مطلقة، وإنما ترد عليها عدة قيود منها ما هو كلاسيكي يضع على عاتق الأطراف ضرورة احترام قواعد النظام العام، وقوانين البوليس التابعة للدولة التي سينفذ فيها القرار التحكيمي، ومنها ما هو متعلق بنظام التحكيم، لأنه غالبا ما تستدعي الضرورة تدخل القاضي الوطني، وذلك إما كجهة مساعدة للتحكيم أو مراقبة له، سواء أثناء سير إجراءات التحكيم أو أثناء تنفيذ القرار التحكيمي.

وعليه فإن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو، ما هي مظاهر سيادة إرادة أطراف التجارة الدولية في ظل التحكيم التجاري الدولي الخاص؟ وما هي القيود الواردة على تلك الإرادة؟

وللإجابة على هذين التساؤلين ارتأينا تقسيم بحثنا إلى فصلين، نخصص الأول منها إلى تحديد مواطن أعمال مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي الخاص، ونتطرق في الفصل الثاني لمواطن تقييد مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي الخاص، طبعا مع تقسيم هذه الفصول إلى مباحث وفقا لما تقتضيه الدراسة.

الفصل الأول

مواطن إعمال مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي الخاص

تلعب الإرادة دورا هاما في التحكيم التجاري الدولي الخاص، إذ أن للأطراف حرية اللجوء إلى التحكيم لفض نزاعاتهم، بل أن اتفاق الأطراف هو الشريعة العامة وأساس نظام التحكيم، كما أن القواعد الدولية العامة المعمول بها في حقل التحكيم الدولي ترجع إلى سيادة وإرادة الأطراف.

إذا للإرادة دورا مهما في هذا النوع من التحكيم، ومن أجل إبراز وتوضيح مواطن إعمال مبدأ سلطان الإرادة لاسيما في التحكيم التجاري الدولي الخاص نتطرق من خلال هذا الفصل إلى إبراز إرادة أطراف التجارة الدولية في تنظيم التحكيم في (المبحث الأول)، ثم نتعرض إلى إعمال إرادة أطراف التجارة الدولية أثناء الخصومة التحكيمية في (المبحث الثاني)، طبعا مع تقسيم هذه المباحث إلى مطالب وفق ما تقتضيه الدراسة.

المبحث الأول

إعمال إرادة أطراف التجارة الدولية في تنظيم التحكيم

يرتكز تنظيم التحكيم التجاري الدولي إلى إرادة الأطراف باللجوء إلى التحكيم، إذ يمكن للأطراف الاتفاق على القواعد المراد تطبيقها، وذلك أثناء الاتفاق على التحكيم. فتلعب الإرادة دورا هاما في التحكيم التجاري الدولي، فهي التي تحدد موضوع النزاع والإجراءات، وتعيين المحكمين، لذلك نتطرق من خلال هذا المبحث إلى سيادة الإرادة في الاتفاق على التحكيم في (المطلب الأول)، ثم نبحت دور الإرادة في تشكيل محكم التحكيم في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

سيادة الإرادة في الاتفاق على التحكيم

اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم في تسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهما، بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية، فاتفاق التحكيم قد يوجد في صلب العقد الأصلي، وبالتالي يكون سابقا عن نشوء النزاع، وقد يكون في عقد مستقل عن العقد الأصلي سواء قبل نشوء النزاع أو بعده، وتلعب الإرادة دورا هاما في اللجوء إلى التحكيم، وتحديد القانون واجب التطبيق على هذا الاتفاق،

وسنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف اتفاق التحكيم في (فرع أول)، ثم نتناول تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم في (فرع ثاني).

الفرع الأول

الاتفاق على التحكيم

نتعرض من خلال الاتفاق على التحكيم إلى تعريف اتفاق التحكيم (أولاً)، ثم نتطرق إلى تحديد طبيعته (ثانياً).

أولاً: تعريف اتفاق التحكيم:

عرف اتفاق التحكيم الدولي بأنه ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه يتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينها أو المحتمل نشوؤها بينها من خلال التحكيم، وذلك إذا كانت هذه المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية¹.

كما يعرف أيضا اتفاق التحكيم على أنه ذلك التصرف القانوني الذي يتفق بمقتضاه الفرقاء على حل النزاع الناشئ أو المحتمل نشوؤه بواسطة التحكيم، ويمنح المحكم سلطة الفصل فيه بقرار ملزم².

ويعرف اتفاق التحكيم على شكل أكثر توسعا وتفصيلا بأنه "... تصرف قانوني يتخذ شكل اتفاق مكتوب، ويحدد فيه الطرفان موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان إجراءات التحكيم، وقد يحدد كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون، وعادة ما يكون اتفاق التحكيم لاحقا على نشوء النزاع"³.

إلا أنه بالرجوع إلى التشريعات المقارنة الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، نجد أنها لم تعرف اتفاق التحكيم، بل أكدت في مجملها على أن الاتفاق على التحكيم قد يبرم حين نشوء النزاع أو قبله. أو يكون اتفاقا قائما أو مستقبليا، وهذا ما نستقرؤه من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفرنسي لسنة 1981 في المادتين 1994، 1993، والمادة 1/09 من

¹ انظر، د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2004، ص 117 .

² انظر، د. عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض النزاعات في مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شهاب، القاهرة، 1990، ص 16، 17.

³ المرجع السابق، ص 17.

القانون المصري رقم 27 لسنة 1994، وكذا المادة 1/07 من القانون النموذجي الاونسترال التي نصت على أن "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يقبلا إلى التحكيم في جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق مفصل"¹.

وحسب نص المادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي 93-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية الملغى بموجب قانون 08-09 التي اكتفت بالنص على أن اتفاق التحكيم سواء شرط التحكيم أو اتفاق مستقل يسري على النزاعات القائمة والمستقبلية، بشرط أن يكون مكتوبا. ومن خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا واضحا ودقيقا لاتفاق التحكيم، بل اكتفى بتوضيح صورته بالإضافة إلى شرط الكتابة، أما في المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الصادر بموجب القانون رقم 08-09 (في الاتفاق الأصلي) فعرفه على ما يلي "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"، فالمشرع الجزائري بهذا النص اقتصر الاتفاق على التحكيم بالاتفاق على نزاع سابق ولم يتطرق إلى النزاع اللاحق².

أما المشرع الجزائري ومن خلال المادة 1/1040 من (قانون رقم 08-09)، نجد كذلك لم يعرف اتفاق التحكيم، وإنما ذكر صورته فقط. كما يشمل تعبير اتفاق التحكيم الصورتين التقليديتين المعروفتين وهما مشاركة التحكيم وشرط التحكيم، إذ أن التعبير على إرادة الطرفين باللجوء إلى التحكيم يتم بإحدى الصور الآتية³:

1/ شرط التحكيم: وهو شرط في العقد يضعه الطرفان، وينص في هذا الشرط عادة على انه إذا حدث خلاف أو نزاع في العقد أو في مسألة معينة يتم حلها باللجوء إلى التحكيم، سواء حول العقد أو كيفية تنفيذه⁴.

¹ انظر، احمد بوخلخال، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر-1، 2012-2013، ص 99

² قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429، موافق ل 25 فبراير، سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، صادرة في 23 ابريل 2008.

³ انظر، احمد بوخلخال، مرجع سابق، ص 99.

⁴ المرجع السابق، ص 101.

ويتميز شرط التحكيم بكونه ذو فائدة وقائية، إذ يستبعد الخلاف والتعطيل في مسار عرض النزاع الذي نشأ قبل إبرام مشاركة التحكيم، أي أنه يرد قبل نشوء النزاع، وينقسم شرط التحكيم إلى **شرط تحكيم عام**، حيث يحال إلى التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ في المستقبل دون استثناءات والمتعلقة بتفسير أو تنفيذ العقد، و**شرط تحكيم خاص** وذلك يظهر من خلال النص على إحلال بعض النزاعات على التحكيم دون البعض الآخر وذلك قبل نشوء النزاع.¹

ولقد أخذت الأنظمة القانونية المختلفة بشرط التحكيم، حيث اعترف **المشعر الفرنسي** بشرط التحكيم في مجال العلاقات الناشئة عن التجارة الدولية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما نجد أن **المشعر الجزائري** نص على شرط التحكيم في المادة 1/1040 من (قانون رقم 08-09) على أنه "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية"، فهو بذلك تبنى وتطرق إلى صورتين اتفاق التحكيم، وهما شرط التحكيم ومشاركة التحكيم من خلال عبارة النزاعات القائمة (مشاركة التحكيم)، والمستقبلية (شرط التحكيم).²

ب/ مشاركة التحكيم: هي عبارة عن اتفاق يبرمه الأطراف استقلالا عن العقد الأصلي **بعد نشوء النزاع** الفعلي بينهما بهدف اللجوء إلى طريق التحكيم لفض النزاع.³ فهي تكون في حالة كون العقد المبرم بين الأطراف خاليا من شرط التحكيم عند نشوء النزاع، فيتم إبرام مشاركة تحكيم من أجل عرض هذا النزاع على التحكيم لحله، ولذلك فهي اتفاق بينهم بمثابة نزاع قائم فعلا.⁴

ثانيا: طبيعة اتفاق التحكيم:

يعد اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشاركة تصرفا قانونيا إراديا، وعقدا حقيقيا يتوفر له أركانه كسائر العقود التي ينظمها القانون المدني، فلا بد من توافر إرادة أطرافه بإيجاب وقبول متطابقين، جوهرها الاتفاق على إحالة نزاعاتهم الحالية أو المستقبلية لتسويتها بطريق

¹ انظر، احمد بوخلخال، مرجع سابق، ص 102.

² المرجع السابق، ص 102، 103.

³ انظر، د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 14.

⁴ المرجع السابق، ص 18.

التحكيم، وتنازلهم عن حق اللجوء إلى القضاء الرسمي، كونه اتفاقاً ملزماً لأطرافه تطبيقاً لمبدأ **العقد شريعة المتعاقدين** تترتب فيه بالمقابل التزامات على الأطراف¹.

إن تلك الخصومة التي يتميز بها اتفاق التحكيم، هي التي أدت إلى الحديث عن الطبيعة غير المتجانسة لاتفاق التحكيم، ما دام ذلك التحكيم يبدأ باتفاق خاص بين الطرفين ويظل خاصاً أثناء الإجراءات التي يحددانها باتفاق بينهما أيضاً، ثم ينتهي بحكم له قوة ملزمة قانوناً، ثم أن ذلك الحكم ينفذ من طرف مختلف الدول، شريطة أن الشروط اللازمة لصحته قد توفرت.

إذن فدور الإرادة رئيسي في التحكيم إذ أنها هي التي تحدد موضوع النزاع، وتعيين المحكمين وتحديد الإجراءات التي تتبع في التحكيم، وقد تحدد القانون القابل للتطبيق².

الفرع الثاني

القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم

إن مسألة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم قد تثور أما المحكم، أو أمام القاضي الوطني، فالقاضي الوطني لا يجد أي صعوبة في معرفة هذا القانون، إذ أن قواعد القانون الدولي الخاص في دولته هي التي تتولى تحديد هذا القانون، ومنه فإن الصعوبة تثور أمام المحكم، لأن هذا الأخير ليس لديه قواعد إسناد يستعين بها في تحديد القانون واجب التطبيق. وسنتطرق إلى موقف الاتفاقيات الدولية (أولاً)، وموقف القوانين الوطنية اتجاه القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم (ثانياً).

أولاً: موقف الاتفاقيات الدولية:

إن الاتفاقيات الدولية التي تعرضت لمسألة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، اتفاقية نيويورك في 10 يونيو 1958، وكذلك الاتفاقية الأوروبية المبرمة في 21 أبريل 1961 التي أخذت بالاتجاه السائد لدى الفقه، وهو اختصار اتفاق التحكيم لقانون

¹ انظر، رضوان عبيدات، الآثار الإيجابية لاتفاق التحكيم التجاري وفقاً لأحكام القانون الأردني والمقارن، دراسة في الشريعة والقانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، الأردن، المجلد 38، العدد 02، 2011، ص 647.

² انظر، د.سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 236، 237.

الإرادة، وفي حالة تخلف قانون الإرادة يخضع لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم غالباً ما يكون هو نفسه قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم، أي قانون مكان التحكيم¹.

كما تجدر الإشارة إلى أن هذا الحل قد تبناه القانون النموذجي الصادر في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام 1985، فقد نصت المادة 2/34 من هذا القانون على أنه "لا يجوز لمحاكم الدولة التي تتبنى هذا القانون إبطال حكم التحكيم إلا إذا اثبت الطرف المدعي أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقاً للقانون، على أنه لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه إلا إذا اثبت الطرف المتمسك ضده بالحكم أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم". فكما هو واضح من هذا النص فإن القانون النموذجي قد اخذ في المقام الأول بقانون الإرادة المستقلة، كما اخذ في المقام الثاني بقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم.²

ثانياً: موقف القوانين الوطنية:

تعرضت بعض التشريعات الحديثة المتعلقة بالتحكيم لمسألة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، إلا أنها لم تتخذ موقفاً موحداً في هذا الخصوص، فنجد مثلاً القانون السويسري الجديد للتحكيم الدولي الخاص الصادر في 18 ديسمبر 1987 على أنه "يكون اتفاق التحكيم صحيحاً من حيث الموضوع إذا توافرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون المختار من قبل الأطراف، أو القانون الذي يحكم موضوع النزاع" (وخصوصاً القانون الذي يحكم العقد الأصلي)، يستفاد من هذا النص أنه يكفي لصحة اتفاق التحكيم أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية التي يتطلبها أحد القوانين الثلاثة الآتية³:

- القانون المختار من قبل الأطراف.
- القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع (وخصوصاً العقد الأصلي) سواء كان هذا القانون مختاراً من قبل الأطراف أو من قبل المحكم.
- قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم.

¹ انظر، د. سراج حسين محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 247.

² المرجع السابق، ص 248.

³ نفس المرجع، ص 258.

أما التشريع الجزائري فالقانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تنص المادة 1040 في فقرتها الثالثة على انه "تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً". فهنا كرس المشرع مبدأ سلطان الإرادة أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً، أي استبعد قانون البلد واستبدله بالقانون الذي يراه المحكم ملائماً مما يعني أن المشرع أعطى مرونة أكبر للتحكيم تدعيماً لفعاليتها وتحقيقاً لغاياته¹.

المطلب الثاني

دور الإرادة في تشكيل محكمة التحكيم

إن القواعد الدولية المعمول بها في حقل التحكيم الدولي فهي وبصورة عامة لا تضع شروطاً خاصة لمن يمكن اختياره محكماً، ذلك أن القاعدة في هذه الحالة تركت الحرية للطرفين في اختيار الشخص أو الأشخاص الذين يتقنون فيهم وفي نزاهتهم والاطمئنان إلى عدالتهم في اتخاذ القرار الخاص بحسم النزاع.

وسنتطرق من خلال هذا المطلب إلى إبراز دور إرادة الأطراف في تعيين المحكم (فرع أول)، ثم نبحث دور هذه الإرادة في ضبط سلطات ومهام المحكم في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

سلطة تعيين المحكم.

يخضع تعيين المحكمين لإرادة الأطراف، ويمكن أن تتكون الهيئة التحكيمية من شخص واحد أو عدة أشخاص، بشرط أن يكون العدد وتراً، ويمكن أن يكون التعيين بالاسم والصفة وذلك في اتفاق التحكيم، أو في اتفاق لاحق، كما يجوز تحويل جهة معينة اختيار محكمين².

ويسود مبدأ الحرية والمساواة بين الأطراف في اختيار الهيئة التحكيمية، فلا يكون لأحدهما أفضلية على الآخر في اختيار المحكمين، فإذا كانوا ثلاثة مثلاً لكل طرف اختيار

¹ قانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مشار إليه سابقاً.

² انظر، جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010، ص30.

محكمه الخاص، ويتولى الطرفان أو المحكمان المختاران اختيار المحكم الثالث والذي يسمى بالمحكم الرئيسي أو المحكم المرجح، والذي لا يتدخل إلا في حالة حدوث خلاف¹.

إن موقف المشرع الجزائري فيما يخص تعيين المحكمين وعزلهم واستبدالهم، مبين حسب نص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث "يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم.

في غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي:

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

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

وفي حالة عدم تحديد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ وهذا حسب المادة 1042 من نفس القانون².

ومع صدور قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، تم القضاء على الخلاف والجدل بين الفقهاء في شأن مسألة تحديد أو تعيين المحكمين، معطيا الحرية الكاملة والواسعة للمحتكمين في اختيار المحكمين أو الاتفاق على طريقة وقت اختيارهم.

وعليه فلم يعتبر خلو اتفاق التحكيم، من أسماء المحكمين، أو تحديدهم وتعيينهم، أو حتى بيان طريقة اختيارهم، سببا من أسباب بطلان اتفاق التحكيم، ولم تعتبر مسألة تحديد أو تعيين المحكمين في اتفاق التحكيم شرطا من شروط صحة اتفاق التحكيم، بل اعتبرهم مجرد إجراء للخصوم الحق في إتمامه وبيانه في اتفاق التحكيم أو في اتفاق مستقبلي³.

¹ انظر، جارد محمد، مرجع سابق، ص30.

² نفس المرجع، الصفحة ذاتها.

³ انظر، د. مهدي احمد السانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية والأجنبية والاتفاقات والمراكز الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص82 .

وقد أعطى المشرع للمحتكمين في مختلف الأنظمة القانونية الحرية الواسعة في اختيار المحكم أو المحكمين حسب ما يتفقا عليه، انسجاما مع الحق القانوني لهما باختيار طريق آخر غير القضاء لفض نزاعاتهم واختيار من يقوم بذلك، وهذه الحرية في اختيار هيئة التحكيم غير مقيدة بأية قيد سوى أن يتم تشكيلها وترا¹.

وقد تطرقت إلى هذا الموضوع قواعد الاونسترال، وهذا في المادة 07 حول عدد المحكمين²:

- إذا لم يكن الأطراف قد اتفقوا مسبقا على عدد المحكمين، ثم لم يتفقوا 30 يوما من تاريخ تسلم المدعي عليه الإشعار بالتحكيم، على أن يكون هناك محكم واحد فقط، عين ثلاثة محكمين.

- على الرغم من الفقرة 01 إذا اقترح احد الأطراف تعيين محكم وحيد في غضون المدة المنصوص عليها في الفقرة 01 ولم يرد أي طرف آخر على ذلك الاقتراح، ولم يعين الطرف المعني أو الأطراف المعينون محكما ثانيا وفقا للمادة 09 والمادة 10، جاز لسطة التعيين بناء على طلب احد الأطراف أن تعين محكما وحيدا بمقتضى الإجراء المنصوص عليه في الفقرة 02 من المادة 08، إذا ما رأت في ضوء ظروف القضية أن هذا هو الأنسب.

الفرع الثاني

ضبط سلطات ومهام المحكم

إن سلطات المحكم تستمد من الطبيعة الخاصة للوظيفة التي يمارسها المحكم باعتباره قاضي من نوع خاص، وانه يستمد سلطاته من المصدر الوحيد المتمثل في إرادة الأطراف، وهذا ما يخلق نوع من التلازم والارتباط بين سلطة تصرف الأطراف وسلطات المحكم من جهة ثانية³، حيث تتسع هذه السلطات وتضيق وفقا لإرادة الأطراف، بل انه في بعض الأحيان تعطي الأطراف للمحكم إمكانية استبعاد القواعد القانونية التي تكون في نظر

¹ انظر، د. مهند احمد السانوري، مرجع سابق، ص83.

² المادة 07، قواعد الاونسترال للتحكيم، بصيغتها المنقحة، 2010، إصدار أولي 12 تموز / يونيه، 2010.

³ Eric Loquin.laimable composition en droit comparé et international. Librairie technique. Paris .1980,P 315.

الأطراف غير عادية وغير ملائمة، والفصل على أساس مبادئ العدالة والإنصاف المستمدة من إرادة الأطراف في حقل التجارة الدولية¹.

إن سلطة المحكم في الفصل في النزاع هي محور عملية التحكيم، والأساس الذي يستمد منه المحكم من إرادة الأطراف، فعلى الرغم من الأساس الاتفاقي لوظيفة المحكم، فهو يمارس وظيفة قضائية يفصل من خلالها في النزاع القائم بين الأطراف عن طريق بعض الادعاءات المضادة المعروضة عليه².

فالمحكم بمقتضى إرادة الأطراف يتمتع بصلاحيات وسلطات هامة تشمل توجيهات حول السلطات المخولة له من أجل السير في الدعوى، غير أنه لا بد أن يراعي ولا يخرج في قضائه عن الإطار العام للقانون، ومبادئ العدالة في الحالات التي يكون الأطراف قد أجازوا له ذلك، وفي حالات أخرى فإن المحكم ملزم بتطبيق القانون واجب التطبيق على العقد³.

فالأصل أن يتفق أطراف النزاع على حل خلافاتهم وفقا لأحكام القانون المختار، فيمارس المحكم سلطة القاضي، فيلتزم بتطبيق أحكام هذا القانون على النزاع المطروح عليه، بينما ينصرف التحكيم بالصلح إلى التحكيم الذي لا يتقيد فيه المحكمون بقواعد القانون الموضوعية عند الفصل في النزاع، حيث يمكنهم الفصل فيه استنادا إلى قواعد العدالة، ولو أدى ذلك إلى استبعاد قواعد القانون واجبة التطبيق، حيث يرتضي أطراف النزاع تخويل المحكم صلاحية الفصل في النزاع وفقا لما يراه محققا للعدالة⁴.

إن عدم وجود قانون محدد للتحكيم يؤدي بالنتيجة وبصورة مباشرة إلى توسيع سلطات المحكم في إجراء التحكيم، إلا أن ذلك لا ينبغي أن يفسر على أن المحكم في حالة قيامه بالنظر في النزاع الدولي عليه تطبيق قواعد الإجراءات المتبعة في قانونه، فمثل هذا الالتزام لا يمكن الأخذ به للأسباب التالية⁵:

1- إن لأطراف النزاع الحرية في تحديد القواعد الواجب إتباعها في إجراءات التحكيم.

¹ انظر، جارد محمد، مرجع سابق، ص38.

² المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

³ نفس المرجع، ص39.

⁴ نفس المرجع، الصفحة ذاتها.

⁵ انظر، د. علي كاظم الرفيعي، سلطات المحكم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد،

2010، ص80.

2- وطالما لا يوجد قانون محدد للتحكيم، فإن المحكم ستكون له سلطة واسعة في موضوع تحديد القواعد التي ستتظم إجراءات التحكيم.

هذا ما أخذت به الاتفاقية الأوروبية للتحكيم لعام 1971، حيث نصت على ذلك بصورة صريحة في المادة 3/4 والتي جاء فيها ما يلي "في حالة اتفاق الأطراف على إحالة النزاع إلى التحكيم الخاص دون أن يحدد اتفاق التحكيم قواعد الإجراءات اللازمة لسير التحكيم، فإن هذه الإجراءات يتم تحديدها من قبل المحكمين الذين تم تسميتهم¹.

إن الاستعراض السالف لسلطات المحكم الدولي تسمح لنا بتبديد الصورة المأخوذة عن التحكيم. فالمحكم يستطيع أن يملك الكثير من السلطات، إلى أنه لا يفلت من مراقبة أطراف العقد له، فهؤلاء هم الذين يستطيعون توسيع أو تقليص سلطاته، فأطراف العقد لهم السيطرة على سلطات المحكم، لاسيما وأن الطبيعة التعاقدية للتحكيم توضح هذه السلطات وتفرضها، وللأطراف السلطة التي تخولهم توسيع أو تقليص سلطات المحكم².

المبحث الثاني

إعمال إرادة أطراف التجارة الدولية أثناء سير الخصومة التحكيمية

تتعقد الخصومة التحكيمية بإعلان احد أطراف النزاع رغبته في اللجوء إلى التحكيم، وتحريك إجراءاته إلى الطرف الآخر، وبعد تشكيل الهيئة التحكيمية حسب النظام المتفق عليه، وقبول المحكمين للمهمة المسندة إليهم يكون الأطراف قد بدؤوا إجراءات التحكيم، لذا تنصب دراستنا في هذا المبحث حول تحديد دور إرادة الأطراف أثناء سير الخصومة التحكيمية، انطلاقا من تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات (المطلب الأول)، ثم القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وصولا إلى صدور القرار التحكيمي (مطلب ثاني)، لنتطرق إلى تنفيذ القرار التحكيمي في (مطلب ثالث).

المطلب الأول

تحديد القانون المطبق على إجراءات التحكيم.

تتمتع إجراءات التحكيم بأهمية خاصة، إذ يتوقف نجاح نظام التحكيم أو إخفاقه على

¹ انظر، د. علي كاظم الرفيعي، مرجع سابق، ص 80.

² نفس المرجع، ص 81.

مدى إجراءات التحكيم المتبعة للنظر في الدعوى التحكيمية والفصل فيها، إذ تعتبر هذه الإجراءات بمثابة العمود الفقري لنظام التحكيم، فهي السياج الذي يضمن شرعيته، حيث أن مراعاة هذه الإجراءات على نحو صحيح من شأنه الوصول إلى حكم يكون قابلاً للاعتراف به، وسنتطرق في مطلبنا هذا إلى بيان سيادة مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم (فرع أول)، ثم الضوابط الاحتياطية في تكملة هذه الإجراءات (فرع ثاني).

الفرع الأول

سيادة مبدأ سلطان الإرادة

يعتبر خضوع القانون الإجرائي في التحكيم التجاري الدولي لاختيار الأطراف هو الأصل المعتمد لدى القوانين الوطنية للدول، وكذا الاتفاقيات الدولية، ومقتضى هذا الأصل أن تخضع إجراءات التحكيم للقانون الذي يختاره الأطراف في اتفاق التحكيم¹. إن استقلالية شرط التحكيم تتيح للمحكمن اختيار أي قانون يرتضونه ليسري على إجراءات التحكيم، بغض النظر عن وجود أية صلة بينه وبين القانون الذي يسري على العقد محل النزاع².

ونعني بالطابع الاتفاقي، أن يكون باستطاعة المحكمن تقنين قواعد إجرائية مفصلة تحكم سير المنازعة أمام محكمة أو هيئة التحكيم التي تشكل لهذا الغرض³. ولقد أشارت إلى تلك الحرية على سبيل المثال اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987، والتي نصت في (المادة 1/21) على أن "هيئة التحكيم تخضع لقانون إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية، وهو ما يتفق مع المبادئ العامة في التحكيم التجاري وخاصة الدولي منه، وفي حالة عدم اتفاقهم تطبق الهيئة أحكام القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع، لكن يشترط في ذلك مراعاة قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة"⁴.

¹ انظر، جارد محمد، مرجع سابق، ص 44.

² انظر، د. مهند احمد السانوري، مرجع سابق، ص 124.

³ نفس المرجع، صفحة ذاتها.

⁴ انظر، د. مهند احمد السانوري، مرجع سابق، ص 124.

كذلك نصت على هذه الحرية العديد من الاتفاقيات، كاتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 لاسيما المواد (02، 03، 04) التي أعطت الحرية لأطراف اتفاقية التحكيم في تحديد قواعد الإجراءات التي يتعين على المحكمين إتباعها¹.

كذلك نصت (المادة 1/05/د) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على انه "لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم، إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب فيه الاعتراف والتنفيذ، الدليل على أن، تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف، أو قانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق". كما تنص المادة (01/04/ب) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الموقع في جنيف في ابريل سنة 1961 على حرية الخصوم في تحكيم الحالات الخاصة في تنظيم الإجراءات واختيارهم لمكان التحكيم². وقد اعترف المشرع الجزائري بهذا المبدأ وذلك في نص المادة 1/1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام التحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم"³.

الفرع الثاني

الضوابط الاحتياطية في تنظيم إجراءات الخصومة التحكيمية

سنتطرق في هذا الفرع إلى سلطة المحكم في اختيار أو تكملة القواعد الإجرائية لسير المنازعة أولا و تطبيق قانون مقر التحكيم ثانيا.

أولا: سلطة المحكم في اختيار أو تكملة القواعد الإجرائية لسير المنازعة:

إذا كانت خضوع إجراءات التحكيم لإرادة المحتكمين ليست محل نقاش، فإن الصعوبة تثور في حالة غياب هذه الإرادة عن الاتفاق على القواعد الإجرائية التي تحكم نزاعهم، أو

¹ نفس المرجع، ص 125.

² نفس المرجع، ص 126.

³ قانون رقم 09-08 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المشار إليه سابقا.

عدم إشارتهم إلى قانون يطبقه المحكم على الإجراءات، أو عدم كفاية الإجراءات التي اتفق عليها المحكّمين، فتقوم هيئة التحكيم باختيار أو تكملة هذه القواعد¹.

وتؤكد التطبيقات العلمية انه نادرا ما يقوم المحكّمين بتحديد القواعد الإجرائية على منازعاتهم التحكيمية، رغم حقهم المشروع في ذلك، وتقوم هيئة التحكيم باختيار هذه القواعد نيابتا عنهم، وقد يرجع ذلك لعدة أسباب منها:²

- انه غالبا ما يثار أمر الإجراءات الواجبة التطبيق على النزاع بعد حدوثه، خاصة إذا لم يتفق الأطراف عند إبرام العقد الذي ورد فيه شرط التحكيم، أو عند اتفاقهم على مشاركة التحكيم على تلك الإجراءات.

- يصعب على المحكّمين التكهّن بالمسائل المستقبلية التي يثيرها النزاع، وبالتالي صعوبة تنظيم الإجراءات.

- تخوف المحكّمين بسبب عدم أو قلة خبرتهم في مجال التحكيم أو جهلهم بأحكامه من وقوع التصادم ما بين القواعد الإجرائية الأمرة أو المتعلقة بالنظام العام في دولة التنفيذ، والتي لا يجوز الخروج عليها أو مخالفتها.

وفي مثل هذه الحالات تتمتع هيئة التحكيم سواء كان محكما واحدا أو أكثر بسلطة تحديد القواعد الإجرائية التي يرونها مناسبة لحكم سير المنازعة.³

وهذا الحل جاء استثنائيا واحتياطيا في غياب دور إرادة الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، أو إغفاله لبعض الجوانب الإجرائية. وحتى لا يفقد التحكيم فعاليته وجدديته، وتقاديا لأي فراغ قانوني قد ينجم عن سكوت الأطراف عن تحديد هذا القانون، نصت اغلب التشريعات المقارنة، وكذا الاتفاقيات الدولية على دور الهيئة التحكيمية في وضع القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة، سواء بالإحالة على قانون وطني داخلي يراه المحكم أكثر ارتباطا بموضوع التحكيم محل النظر، وإما بالرجوع إلى قواعد نظام تحكيمي يراه أكثر ملائمة.⁴

¹ انظر، د. مهند احمد السانوري، المرجع السابق، ص126.

² نفس المرجع، ص126، 127.

³ نفس المرجع، نفس الصفحة.

⁴ انظر، جارد محمد، مرجع سابق، ص49.

ففي هذا الغرض المشار إليه، وهو عدم اتفاق الأطراف على إجراءات التحكيم، يكون لهيئة التحكيم دورا ايجابيا في اختيار القواعد الإجرائية التي تطبق على المنازعة التحكيمية، وللهيئة في هذا الشأن أن تختار بنفسها القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة لموضوع النزاع، فلها أن تصوغ هذه القواعد عند اتصالها بالنزاع، أو أن تضع ما تدعو الحاجة إليه منها، ولها أن تقرر الإجراءات النافذة في النظام الإجرائي في دولة من الدول، كما لها أن تقرر إتباع نظام إجرائي معتمد من طرف منظمة أو مركز من المراكز الدائمة للتحكيم. فان إرادة هيئة التحكيم تحل محل إرادة الأطراف في اختيار القواعد الإجرائية¹.

وقد تطرقت قواعد الاونسترال إلى هذا الموضوع في المادة 35 بحيث²:

1- تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي يعينها الأطراف باعتبارها منطبقة على موضوع المنازعة، فإذا لم يعين الأطراف تلك القواعد طبقت هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسباً.

2- لا يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في منازعة كحكم غير مقيد بنص أحكام القانون، أو وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف، إلا إذا أذن الأطراف لها بذلك صراحة.

3- في جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في المنازعة وفقا لشروط العقد إن وجدت وتراعي في ذلك أي أعراف تجارية سارية على المعاملة.

ثانيا: تطبيق قانون مقر التحكيم:

يرى بعض الفقهاء أن التحكيم وإن كان أساسه إرادة الأطراف، إلا أن طبيعته عمل قضائي، وبالتالي فان القرارات التي تصدر نتيجة للتحكيم هي قرارات قضائية هدفها تطبيق العدالة بين أطراف النزاع، وبما أن المحكم أو هيئة التحكيم ما هي إلا جهة قضائية، وأن مكان القاضي هو إقليم الدولة التي يمارس فيها وظيفته، فعلى المحكم أن يطبق قانون المكان الذي يجري فيه التحكيم³.

¹ نفس المرجع، الصفحة ذاتها.

² راجع المادة 35 من قواعد الاونسترال.

³ انظر، د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، ص178.

وهذا ما أكدته قواعد أمستردام لعام 1957، وقواعد نيوشاتل لعام 1959، والتي كانت نتيجة لتقرير قدمه SAUSSER-HALL إلى معهد القانون الدولي، وقد ذكر فيه أن طبيعة التحكيم ليست تعاقدية صرفة، وليست قضائية صرفة، وإنما له طبيعة مختلطة وجاء في التقرير المذكور، وجوب الاعتراف للأطراف بسلطة تعيين القانون الذي بموجبه يتم اصدر قرار التحكيم، غير أن هذه السلطة أي إرادة الأطراف لا يمكن ممارستها إلا في الحدود المسموح بها في قواعد الإسناد للدولة التي فيها مكان التحكيم، وفي حالة عدم تعيين القانون واجب التطبيق من قبل الأطراف، يتولى المحكمون تطبيق قواعد الإسناد في دولة مكان التحكيم للبت في مسألة تنازع القوانين التي تثار أمامهم من قبل الأطراف (المادة 11 من قواعد أمستردام و نيوشاتل)¹.

وخلاصة القول، إذا اتفق طرفي النزاع على القانون أو القواعد التي تطبق على الإجراءات فهي التي تطبق على إجراءات التحكيم، أما إذا لم يتفقا على ذلك ولكنهما قد اتفقا على تعيين مكان التحكيم فان قانون إجراءات ذلك المكان هو الذي يجري بموجبه التحكيم، وكذلك الحال في حالة عدم تعيين مكان التحكيم، فان هذا الأخير يعين من قبل المحكمين، وبالتالي يعود إلى تطبيق قانون الإجراءات لذلك المكان وبالحدود التي تسمح به قواعد الإسناد لذلك البلد. ولمعرفة القواعد الخاصة بإجراءات التحكيم والتي نصت عليها الاتفاقيات المختلفة نشير إلى أحكام الاتفاقيات التالية²:

1/ برتوكول جنيف لعام 1923:

أكدت أحكامه دور الأطراف في تحديد الإجراءات التي يجب إتباعها في التحكيم، حيث نصت المادة 02 منه على أن "إجراءات التحكيم بما في ذلك تشكيل هيئة التحكيم تحدد بإرادة الأطراف، ويقانون البلد الذي يجري على إقليمه التحكيم".

وقد اختلفت الآراء في تفسير هذه المادة حول دور إرادة الأطراف ومكان التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات. بعض الكتاب يذهب إلى أن إرادة الطرفين لا تتدخل إلا في الحدود التي تجيزها قوانين مكان التحكيم، ولكن هذا الرأي لم يلقى تأييدا من

¹ انظر، د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي...، مرجع سابق، ص 187.

² نفس المرجع، ص 170.

الأغلبية في الفقه والقضاء، حيث أن الغالبية تميل إلى إعطاء الحرية الكاملة لإرادة الأطراف، أما قانون مكان التحكيم فيكون دوره احتياطياً¹.

2/ اتفاقية نيويورك لعام 1958:

قد ورد في المادة 05 الفقرة (د) من اتفاقية نيويورك لعام 1958، أن للقاضي الذي يطلب منه الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي، أن يرفض الاعتراف وتنفيذ القرار المذكور، إذا كان تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم لا تتطابق مع اتفاق الأطراف، أو مع قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم، أو في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم، أو الإجراءات الواجب إتباعها في عملية التحكيم، كما نجد أن اتفاقية نيويورك أقرت مبدأ حرية الأطراف في تعيين القانون والقواعد واجبة التطبيق في إجراءات التحكيم، وأن قانون مكان التحكيم لا يطبق إلا في حالة عدم اتفاق الأطراف².

يمكن في حالة عدم اتفاق الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة، أن يقوم المحكم بتطبيق قانون الدولة التي يتم فيها التحكيم، وتختلف الأسس التي يمكن اعتماد هذا المعيار عليها، فيرى البعض أن تطبيق هذا المعيار يقوم على أساس تبني التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم الذي يقوم على وجود مبدأ تخضع له وفق إجراءات التحكيم بالضرورة إلى قانون الدولة التي تتم فيها هذه الإجراءات³.

ويرى البعض الآخر أن قانون مقر التحكيم هو أكثر القوانين القابلة للتطبيق بالنسبة لبعض المسائل، مثل المسائل المستعجلة ومسائل الإثبات، وبالتالي لا بد من وجود علاقة بين قانون الإرادة ومكان التحكيم، على أساس أن دور الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق لا يخرج عن كونها مجرد تركيز للعقد في مكان معين وفقاً للظروف الواقعية المحيطة بالعقد، حيث يرفض منطق التركيز الموضوعي للرابطة العقدية التسليم أن دور الإرادة للمتعاقدین ينصب على اختيار القانون واجب التطبيق على العقد⁴.

المطلب الثاني

¹ انظر، د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري الدولي...، مرجع سابق، ص 170.

² نفس المرجع، ص 171.

³ انظر، احمد محمود الفضلي ومؤيد احمد عبيدات، القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، المجلد الثاني عشر، العدد الأول، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، عمان، الأردن، 2010، ص 45.

⁴ انظر، احمد محمود الفضلي ومؤيد احمد عبيدات، ص 54.

تحديد القانون المطبق على موضوع التحكيم

تعتبر مسألة القانون واجبة التطبيق على موضوع النزاع من المسائل الصعبة والشائكة في القانون الدولي الخاص، وتزداد هذه الصعوبة عندما تثار هذه المسألة أمام المحكم، حيث انه من المعروف أن المحكم ليس له قانون اختصاص ليحدد على أساسه القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع المعروض أمامه، لذلك سنتناول من خلال هذا المطلب دور إرادة الأطراف في تحديد هذا القانون في (الفرع الأول)، ثم نناقش دور إرادة المحكم في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

دور إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

يعتبر خضوع العقد لقانون إرادة الأطراف مبدأ مسلماً به في مجال التحكيم الدولي الخاص، وهذا المبدأ أخذت به الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، نذكر منها الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961 التي تنص في المادة 7 منها على انه "للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع"¹.

كما أخذت بهذا المبدأ قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، فقد نصت المادة 28 من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985 على انه "تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما أو لنظامها القانوني، يجب أن يأخذ على انه اختيار مباشر للقواعد القانونية الموضوعية لهذه الدولة وليس لقواعدها الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الأطراف صراحة على خلاف ذلك"².

كما نجد كذلك القوانين الوطنية الحديثة أخذت بمبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق، ومن بين هذه القوانين نذكر القانون الفرنسي للتحكيم الدولي في نص المادة (1496) منه التي تنص على انه "يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف"³.

¹ انظر، د. سرج حسين محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 567.

² نفس المرجع، الصفحة ذاتها.

³ انظر، د. سرج حسين محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 568.

ويرى الفقه الغالب أن هذا النص باستخدامه تعبير "القواعد القانونية" بدلا من تعبير "القانون" يجيز للأطراف الاتفاق على حسم النزاع ليس فقط بتطبيق قانون وطني معين، بل أيضا تطبيق القواعد المشتركة في القوانين المتصلة بموضوع النزاع، أو المبادئ العامة للقانون، أو القانون الدولي العام، أو ما يسمى اليوم بقانون التجارة الدولية¹.

وكذا **المشعر الجزائري** تبنى مبدأ سلطان الإرادة حسب أحكام القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لاسيما المادة (1050) منه التي تنص على انه "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"².

من خلال هذه المادة يتضح بأن المشعر الجزائري سار في موقفه على نفس النهج الذي سارت عليه اغلب الاتفاقيات الدولية، وكذا القوانين الوضعية، حيث جعل في المقام الأول إرادة الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق³.

والمشعر المصري هو الآخر تبنى مبدأ سلطان الإرادة صراحة، حيث أعطى للمحتكمين الحرية الكاملة في اختيار القواعد التي تطبق على موضوع النزاع، فقد نصت المادة 1/39 من قانون التحكيم المصري على أنه "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفق على تطبيق قانون دولة معينة، اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق على غير ذلك"⁴.

ويلاحظ من نص المادة السابقة أنها جاءت شأنها شأن المادة 25 من قانون التحكيم المصري لتؤكد حرية الإرادة في اختيار القواعد التي تطبق على موضوع النزاع، وأن المشعر وإن لم يحدد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم بشكل صريح، إلا انه بشكل مباشر حدد المنهج الذي يتعين السير على هديه من خلال تبنيه هذا المنهج⁵.

كما اعترفت **اتفاقية واشنطن** لعام 1965 "للدولة والأشخاص العامة عموما القدرة على اختيار القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع الذي تكون طرفا فيه، إذ

¹ نفس المرجع، الصفحة ذاتها.

² قانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مشار إليه سابقا.

³ انظر، د. سرح حسين محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 568.

⁴ انظر، د. مهدي احمد الصانوري، مرجع سابق، ص 133.

⁵ انظر، د. مهدي احمد الصانوري، مرجع سابق، ص 133.

نصت المادة (1542) من هذه الاتفاقية على انه "تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختار بواسطة الأطراف"، وبهذا تكون الاتفاقية قد قررت وبشكل صريح أن للدولة والأشخاص العامة القدرة على اختيار القانون واجب التطبيق¹.

ومن خلال هذا ينبغي على المحكم الدولي تطبيق القانون الذي تم اختياره بواسطة الأطراف، وبرز مثال على ذلك قرار حكم التحكيم الصادر سنة 1971 في القضية رقم 1081، حيث قرر هذا الحكم صراحة أن المحكمة التحكيمية تستمد سلطتها كاملة واختصاصها، على خلاف المحاكم القضائية من إرادة الأطراف، فمثلا اختيار القانون الفرنسي لحكم واقعة ما تقع عناصرها الأساسية في سويسرا، فان المحكمة لا تستطيع سوى الإعلان بان القانون الفرنسي هو القانون واجب التطبيق على هذه الواقعة، فقد انتهت المحكمة إلى تطبيق القانون الفرنسي الذي اختارته إرادة المتعاقدين رغم ما ذكرته المحكمة من إدراكها لكون الرابطة العقدية تتصل عناصرها الرئيسية بالقانون السويسري².

الفرع الثاني

دور إرادة المحكم في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

هناك تباين في مختلف الأنظمة القانونية حول الحدود التي يقف عندها سلطان الإرادة، بسبب عدم تحديد المحتكمين للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، ولهذا فانه من الضروري أن تعتمد هيئة التحكيم في بحثها عن قواعد تنازع القوانين لتوصيلها للقانون واجب التطبيق على خمسة معايير وهي³:

مكان التحكيم، مكان توقيع العقد، مكان إقامة أطراف العقد، محل إقامة أطراف العقد، بلد تنفيذ العقد.

والمحكم وهو بصدده تعرضه لهذه المشكلة، فان مركزه يختلف عنه بالنسبة للقاضي الوطني، فهذا الأخير مقيد بإتباع القواعد القانونية لقانون اختصاصه، أي قانون دولته، وبالتالي يتعين عليه إتباع قواعد الإسناد في قانونه للوصول إلى تحديد القانون واجب

¹ انظر، د. سرح حسين محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 572.

² انظر، د. اشرف عبد العليم الرفاعي، القانون واجب التطبيق على موضوع التحكيم، والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 51.

³ انظر، د. مهدي احمد الصانوري، مرجع سابق، ص 135.

التطبيق على موضوع النزاع، فمثلا المادة 09 من القانون المدني الجزائري التي تنص على انه "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه"¹.

أما المحكم فليس له قانون اختصاص، ولا يصدر أحكامه باسم هذه الدولة أو تلك، ومن ثم لا يخضع لسيادة أية دولة حتى ولو كانت هي أو احد رعاياها أو كلاهما طرفا في المنازعة المنظورة أمام التحكيم².

وقد نصت المادة (1/39) من قانون التحكيم المصري على انه "وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه أكثر اتصالا بالنزاع"³.

ونصت المادة (1496) من قانون المرافعات الفرنسي انه "يفصل المحكم في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف، وإلا وفقا للقواعد التي يراها المحكم مناسبة، ويأخذ بعين الاعتبار الأعراف التجارية في جميع الأحوال"⁴.

وبالتالي يتضح أن سلطة المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق لها الطابع الاحتياطي، فلا يمارس سلطة الاختيار إلا عند غياب اتفاق الخصوم عن تعيين القانون واجب التطبيق، ويتقيد بممارسة هذه السلطة بأية قيد يتفق عليه المحكّمون في الحدود التي لا تتعارض مع القواعد الآمرة (أي مع قواعد النظام العام في الدولة)⁵.

ويلاحظ أن المشرع المصري قد أعطى الصلاحية لهيئة التحكيم لاختيار القانون الأكثر اتصالا بالنزاع دون تحديد ضوابط لهذا الاتصال أو الملاءمة، تاركا الأمر لمطلق تقدير المحكم لما يراه انسب للنزاع، والقانون الأنسب يختلف باختلاف ظروف النزاع⁶. فهو معيار موضوعي وليس شخصي، ومن المؤشرات الموضوعية التي تعكس الصلة بين النزاع

¹ أمر رقم 58/75 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، متضمن القانون المدني معدل ومتمم م 09، عدلة ب القانون رقم 10/05 الصادر في 20 جوان 2005 ج ر 44 الصادرة في 2005.

² انظر، د. مهند احمد الصانوري، نفس المرجع، ص 136.

³ نفس المرجع، نفس الصفحة.

⁴ نفس المرجع، ص 137.

⁵ نفس المرجع، نفس الصفحة.

⁶ انظر، د. محمد احمد الصانوري، مرجع سابق، ص 137.

والقانون الملائم، اختيار قانون إبرام أو تنفيذ العقد، أو قانون مكان العقد¹.
هذا وقبل أن يحدد المحكم القانون واجب التطبيق، عليه أن يستخلص النتائج المترتبة
عن عدم التطابق الموجود بين نصوص العقد ومضمون القانون المحتمل تطبيقه، وعدم
التطابق هذا يكون قرينة سلبية على أن الأطراف لا يريدون وضع علاقتهم التعاقدية داخل
نظام قانوني ليس مستعدا لاستقبال هذه العلاقة كما تصورها. ويرى جانب من الفقه أن
الإرادة الضمنية لأطراف العقد تتجه نحو اختيار القانون الذي يصح العقد وليس القانون
الذي لا يعطيه أي اثر².

ولقد تطرق **المشرع الفرنسي** لهذا الموضوع من خلال نص المادة 2/1496 من
قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفرنسي، حيث أكدت على دور المحكم في تحديد القانون
واجب التطبيق على موضوع النزاع عند غياب اختيار الأطراف، حيث منحت هذه المادة
للهيئة التحكيمية سلطة واسعة في اختيار القانون واجب التطبيق في غياب اختيار الأطراف
وهذا طبقا لقواعد القانون التي تراها مناسبة وملائمة لحل النزاع³.

أما **المشرع الجزائري** فقد كان قريبا من المشرع الفرنسي عندما نص في المادة 1050
من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على انه "...، وفي غياب هذا الاختيار تفصل
حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة".

وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري، على غرار المشرعين الفرنسي والمصري
أعطى الحرية للمحكمين لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وهذا في حالة
غياب قانون إرادة الأطراف⁴.

المطلب الثالث

تنفيذ القرار التحكيمي

يتقرر الاختصاص بعد أن تتشكل محكمة التحكيم، ويتحدد أعضاؤها المكونون لها
وبعد أن تثبت في مسالة اختصاصها بصفة ايجابية مع ما يتبع من تحديد القانون واجب

¹ نفس المرجع، الصفحة ذاتها.

² انظر، د. اشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 58.

³ نفس المرجع، ص 58.

⁴ انظر، د. اشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 58.

التطبيق على الإجراءات وعلى الموضوع، تبدأ المحكمة في تفحص نقاط النزاع الموضوعية، وتتهي عملها الموكل لها بإصدار حكم قطعي في المنازعة المعروضة عليها، يضع حداً نهائياً لها، وهو الهدف الأول المنتظر من الأطراف والمحكمة ذاتها¹. لذا سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف القرار التحكيمي في (فرع أول)، ثم إلى القاعدة العامة في احترام هذا القرار التحكيمي من قبل الأطراف وتنفيذه اختياريًا من قبل الطرف الخاسر في (فرع ثاني)، ثم نبحت الاستثناء وهو التنفيذ الجبري للقرار التحكيمي في حالة الرفض أو المماثلة في التنفيذ في (فرع ثالث).

الفرع الأول

تعريف الحكم التحكيمي وطبيعته

لقد تعددت تعاريف الحكم التحكيمي (أولاً)، واختلفت الآراء بشأن تحديد طبيعته (ثانياً)، وهو ما نتناوله من خلال هذا الفرع.

أولاً: تعريف الحكم التحكيمي:

لم تضع النصوص القانونية الصادر في العديد من الدول، ومنظمات التحكيم التجاري الدولي تعريفاً لما هو مقصود بحكم التحكيم، كذلك فإن القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته هيئة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي لم يضع أيضاً مفهوماً محدداً لحكم التحكيم، لكن تمت إثارته أثناء وصفه على أنه²:

يقصد بالحكم التحكيمي كل حكم قطعي يفصل في جميع المسائل المعروضة على محكمة التحكيم، وأيضاً كل قرار آخر صادر عن محكمة التحكيم يفصل بشكل نهائي في مسألة تتعلق بموضوع النزاع أياً ما كانت طبيعته، أو في الفصل في مسألة اختصاص محكمة التحكيم، أو أي مسألة أخرى تتعلق بالإجراءات، لكن في هذه الحالة الأخيرة، يعد قرار المحكمة حكماً تحكيمياً فقط إذا قامت محكمة التحكيم بتكييف القرار الصادر عنها بأنه كذلك³.

¹ انظر، د. اشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 58.

² انظر، د. حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 289.

³ انظر، د. حفيظة السيد الحداد الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 289.

كما أن المعاهدات الدولية السابقة على هذه الوثيقة لم تضع تعريفا لما هو مقصود بحكم التحكيم، فمعاهدة نيويورك الموقعة في 10 جويلية 1958 والخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، التي انضمت إليها الجزائر بتحفظ بموجب القانون رقم 88-18 المؤرخ في 12/07/1988 المتعلق بانضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958، تشير إلى أن المقصود بأحكام التحكيم ليس فقط أحكام التحكيم الصادرة من المحكمين المعنيين في حالات محددة، ولكن أيضا يشمل هذا اللفظ أحكام التحكيم الصادرة في أجهزة التحكيم الدائمة التي يخضع لها الأطراف¹.

1/ التعريف الموسع لحكم التحكيم: يذهب الأستاذ E. Gaillard إلى تعريفه بأنه 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 بمسالة تتعلق بالإجراءات أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة².

2/ التعريف المضيق لحكم التحكيم: يذهب جانب من الفقه السويسري إلى الدفاع عن اتجاه مخالف عن الاتجاه السابق، فذهب كل من الأساتذة reymonde, Poudret, إلى أن القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم حتى تلك المتصلة بموضوع المنازعة والتي لا تفصل في طلب محدد، لا تعد أحكام تحكيمية إلا إذا أنهت بشكل كلي أو جزئي لمنازعة التحكيم³.

أما الرأي الذي تترجحه الدكتورة **حفيظة السيد الحداد** في تعريف أحكام التحكيم بأنها تشمل جميع القرارات الصادرة عن المحكم والتي تفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة على المحكم، سواء كانت أحكام كلية تفصل في موضوع المنازعة ككل، أم أحكام جزئية تفصل في شق منها، سواء تعلق هذه القرارات بموضوع المنازعة ذاتها، أو بالاختصاص أو بمسالة تتعلق بالإجراءات أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة⁴.

ثانيا: طبيعة حكم التحكيم:

¹ نفس المرجع، ص 297.

² نفس المرجع، نفس الصفحة.

³ نفس المرجع، الصفحة ذاتها.

⁴ أنظر، د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 300.

اختلف الفقه في تحديد طبيعة حكم التحكيم منقسما إلى:

فريق أول: يرى أن طبيعة حكم التحكيم ذات طابع قضائي، لأنه يكتسي حجية الشيء

المقتضي فيه بمجرد صدوره، كما انه قابل للنقض أمام محاكم القضاء العادي¹.

فريق ثاني: يرى أن حكم التحكيم ذا طابع عقدي لأن أساسه هو اتفاق التحكيم الذي

يعطي الحكم قيمته القانونية.

فريق ثالث: وهو الاتجاه الراجح فيرى أن حكم التحكيم ذا طابع خاص يجمع بين

عناصر تعاقدية وأخرى إجرائية، كون تحليل عملية التحكيم يقودنا إلى القول أنها تنقسم إلى

قسمين²:

- الجانب الاتفاقي والذي أساسه العقد (هو مرحلة ما قبل حكم التحكيم).

- الجانب الإجرائي الذي تتبع فيه هيئة التحكيم والأطراف على السواء، مجموعة من

الإجراءات لغاية الوصول إلى الحكم التحفظي، هي نفسها القواعد الإجرائية التي يتبعها

القاضي مع الاختلاف في بعض المسائل بسبب الطبيعة الخاصة لخصومة التحكيم³.

الفرع الثاني

التنفيذ الإرادي للقرار التحكيمي

الأصل أن ينفذ الأطراف القرار التحكيمي طواعية، فغالبا ما يحدد الأطراف صراحة

الالتزام بتنفيذ القرار التحكيمي بعد صدوره في اتفاق التحكيم، حيث يذكر أن القرار التحكيمي

يعتبر ملزما ونهائيا، فإرادة الأطراف تلعب دورا أساسيا ومحوريا في التحكيم التجاري

الدولي⁴.

وعليه فالتنفيذ الإرادي لقرار التحكيم يستمد أساسه من اتفاق الأطراف على التحكيم،

حيث يرى جانب من الفقه، "للتصور العقدي للتحكيم ومكوناته ومزاياه العملية التي لا تذكر،

سواء من ناحية تحقيق الأهداف المرجوة من نظام التحكيم في مجملهم، وتحريره من هيمنة

¹ أنظر، كروم نسرين، إجراءات التحكيم التجاري الدولي في القانون المقارن الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، فرع

قانون خاص، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2007، ص 92.

² المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

³ نفس المرجع، ص 93.

⁴ أنظر، جارد محمد، مرجع سابق، ص 75.

القضاء الرسمي، أو ما يؤدي إليه هذا التصور من تسهيل لمهمة تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية من ناحية أخرى"¹.

وقد وضعت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بدورها اتفاق التحكيم في مرتبة تسمو على القانون، حين اعتبرت وجود هذا الاتفاق وتوافق تشكيل هيئة التحكيم والإجراءات التحكيمية معه يحول دون رفض تنفيذ القرار التحكيمي².

ترجع أسباب تنفيذ الأطراف للقرار التحكيمي إراديا إلى أن المتعامل في حقل التجارة الدولية عليه الالتزام بعاداتها، وعليه الالتزام بأسلوب التنفيذ الاختياري، وإلا فإنه يتعرض إلى ضغوطات تمارس عليه من طرف المتعاملين الاقتصاديين، كرفض التعامل معه، أو الإساءة إلى سمعته التجارية التي هي ركيزة التجارة الدولية، وهذا ما يؤثر على نشاطه التجاري مستقبلا³.

إلى جانب ذلك فإن النظام التحكيمي يعمل على التنفيذ الإرادي للقرار التحكيمي، وذلك راجع لرغبة الخصوم في حل نزاعاتهم خارج إطار القضاء بغية ضمان السرية التامة، فهذا الأسلوب في التنفيذ يعمل على حماية الأسرار التجارية. بالإضافة إلى أنه من مميزات التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي، السرعة وريح الوقت، لأن الأطراف لا ينتظرون صدور الأمر بالتنفيذ من قبل السلطة المختصة، بل ينفذ القرار بمجرد صدوره مباشرة. والجدير بالذكر، في أغلب الأحيان لا يتم تحديد الطريقة التي يتم بموجبها تنفيذ القرار التحكيمي، حيث يترك ذلك لإرادة الأطراف، فقد يكون قبول المحكوم عليه لتنفيذ حكم التحكيم وديا وصريحا، وقد يكون الخطاب في شكل رسالة يوجهها المحكوم عليه للمحكوم لهم يبين فيها استعدادة لتنفيذ الحكم⁴.

وقد يكون هذا القبول ضمنيا يستخلص من ظروف الحال التي لا تدع مجالاً للشك في صدور هذا القبول من إرادة واضحة لتنفيذ الحكم التحكيمي، كما لو شرع المحكوم عليه

¹ انظر، جارد محمد، مرجع سابق، ص 75.

² نفس المرجع، نفس الصفحة.

³ انظر في نفس المعنى خواتمة سامية، تنفيذ القرارات التحكيمية المترتبة عن المنازعات التجارية الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002/2003، ص 42.

⁴ انظر، جارد محمد، مرجع سابق، ص 76.

فعلا في تنفيذه¹.

إن الممارسة في التحكيم التجاري الدولي، تدل على انه في اغلب الأحيان ينفذ القرار التحكيمي عن حسن نية وبطريقة اختيارية، وذلك أن أنظمة التحكيم التجاري الدولي تحت عبر لوائحها على ضرورة احترام القرارات التحكيمية، وتنفيذها مباشرة دون أي عراقيل².

وقد أكد المرسوم التشريعي 93-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية³، على أن التنفيذ الإرادي هو الأصل، إذ نصت المادة 458 مكرر 2/16 منه على انه "يؤمر بالتنفيذ الجبري حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 2/17 وذلك في غياب التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي". الأمر الذي لم يؤكد صراحة المشرع الجزائري في القانون رقم 08-09.

الفرع الثالث

التنفيذ الجبري للقرار التحكيمي

إذا كانت من أهداف نظام التحكيم هو سرعة الفصل في النزاع، وريح الوقت الذي تتطلبه التجارة الدولية، وهذا لا يتحقق إلا عن طريق التنفيذ الطوعي، والذي يمنع الأطراف من اللجوء إلى الجهات القضائية لطلب التنفيذ، فانه من أهم المشاكل التي تعيق رواج التحكيم هي مشكلة تنفيذ القرارات التحكيمية، خاصة عند عدم تنفيذها إراديا، أو المماطلة في تنفيذها، وهذا ما يترتب عليه عدم اللجوء إلى التحكيم، ويضعف الثقة في جدوى هذا النظام، فمن المعلوم أن المحكم يفتقر إلى سلطة الأمر بالتنفيذ لأنه بصدر قرار التحكيم تنتهي مهمة المحكم، مما يستلزم معه تدخل القضاء الوطني لإتمام عمل المحكم عن طريق التنفيذ الجبري، وذلك بإضفاء الصيغة التنفيذية على القرار التحكيمي. ويرجع السبب في ذلك إلى كون القرارات التحكيمية التي يصدرها المحكم ليس لها في اغلب الدول القوة التنفيذية لكي تقوم السلطات العامة باستعمال سلطتها بإجبار المحكوم عليه بالتنفيذ⁴.

¹ انظر، جارد محمد، مرجع سابق، ص 76 .

² نفس المرجع، الصفحة ذاتها.

³ مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 25 افريل 1993 ، يعدل ويتمم أمر رقم 66-154 مؤرخ في 8 يونيو 1993 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 27، الصادرة 27 أفريل 1993.

⁴ انظر، جارد محمد، مرجع سابق، ص 77.

إن هذا الأسلوب في التنفيذ يعتبر صورة من صور الحماية القضائية، لأنه نشاط قضائي تقوم به المحاكم، إذ يتدخل القضاء بناء على طلب صاحب المصلحة لتأكيد الحقوق أو المراكز القانونية، أو لإعادتها إلى أصحابها. ويتفق الفقه على أن الحكم الصادر عن المحكمين يتمتع بحجية الشيء المقضي به، وهي قرينة قاطعة على الحقيقة التي يعلنها القرار الصادر بحل النزاع، أي الوقائع المثبتة في الحقوق التي قررت لا يمكن مناقضتها من جديد، فيستحيل طرح النزاع المقضي به من جديد على أي جهة تحكيمية أو قضائية أخرى¹. فالقرار التحكيمي على الرغم من أنه يتمتع بحجية الشيء المقضي به، إلا أنه لا يتمتع بالقوة التنفيذية، لهذا لا بد أن يكون القرار التحكيمي محلاً للأمر بالتنفيذ من قبل السلطات المختصة التي تعطيها القوة التنفيذية.

وقد اختلفت التشريعات الوطنية في نوع الإجراء اللازم للحصول على الأمر بالتنفيذ، وفي مدى الرقابة التي تباشرها الجهة المختصة لمنح هذا الأمر على القرار التحكيمي، كما تتفق أغلب التشريعات المقارنة في مجال الحصول على الأمر بالتنفيذ بين قرارات التحكيم الوطنية وقرارات التحكيم الأجنبية، وسنتطرق إلى بعض التشريعات الأجنبية ومواقف الاتفاقيات الدولية²:

1/ موقف المشرع الفرنسي:

يصدر الأمر بالتنفيذ في فرنسا من قاضي التنفيذ بالمحكمة الابتدائية، ووفقاً للمادة 185 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، هو رئيس المحكمة التي أودع الحكم لدى إدارة كتابتها بناء على طلب ذوي الشأن، ويشترط لإصدار الأمر بالتنفيذ أن تكون النسخة الأصلية للحكم قد أودعت لدى إدارة كتابة المحكمة، مرفقة بنسخة من اتفاق التحكيم (المادة 1477 قانون الإجراءات المدنية الفرنسي)، ويوضع الأمر بالتنفيذ على النسخة الأصلية لحكم التحكيم، فإذا رفض قاضي التنفيذ وضع الأمر بالتنفيذ وجب أن يكون ذلك الرفض بقرار مسبب³.

2/ موقف المشرع المصري :

¹ أنظر، خواثرة سامية، مرجع سابق، ص 45.

² انظر، جارد محمد، مرجع سابق، ص 78.

³ انظر كل من، جارد محمد، مرجع سابق، ص 79، وخواثرة سامية، مرجع سابق، ص 46.

وفي ظل قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى في مصر أو خارجها، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الأطراف على اختصاص محكمة أخرى في مصر، ويقدم طلب تنفيذ حكم التحكيم إلى المحكمة المختصة طبقاً للمادة 09 مرفقاً ب¹:

- أصل الحكم أو صورة موقعة منه.

- صورة من اتفاق التحكيم.

- صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم.

ومن البديهي أنه لا يجوز للقاضي المختص الأمر بتنفيذ إصدار هذا الأمر دون التأكد من انقضاء مواعيد الطعن، وانتفاء موانع التنفيذ².

لقد ساهمت اتفاقيتي جنيف ونيويورك، بقسط وافر في موضوع الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية، حيث أوردت اتفاقية نيويورك لعام 1958 الالتزام بالاعتراف بالقرارات التحكيمية وتنفيذه، وهذا الالتزام الذي اعتبره الفقه جوهر ولب هذه الاتفاقية، حيث نصت المادة 3 على أنه "تلتزم كل دولة متعاقدة بالاعتراف بحجية القرار التحكيمي وتنفيذه". فهي بذلك لم تتعرض إلى الإجراءات الواجب إتباعها للحصول على الأمر بتنفيذ القرارات التحكيمية، وإنما اكتفت بوضع قواعد إسناد موحدة، وهي إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون الدولة المطلوب التنفيذ فيها³.

3/ موقف المشرع الجزائري: بعد انضمام الجزائر سنة 1988 بتحفظ إلى اتفاقية

نيويورك لسنة 1958 تكون الجزائر قد قبلت بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، حيث تنفذ هذه القرارات جبراً في غياب التنفيذ الطوعي⁴.

وقد نظم المشرع الجزائري مسألة الاعتراف بتنفيذ القرارات التحكيمية في القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث خصص له قسم خاصاً في الفصل السادس وهو القسم الثالث الذي جاء تحت عنوان "في الاعتراف بأحكام التحكيم

¹ انظر، جارد محمد، مرجع سابق، 79، 80

² نفس المرجع، ص 79.

³ نفس المرجع، الصفحة ذاتها.

⁴ مرسوم رئاسي رقم 233/88 مؤرخ في 05/11/1988، يتضمن انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 يونيو سنة 1958 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية. ج ر عدد 48 الصادرة في 23 نوفمبر 1988.

وتنفيذه الجبري وطرق الطعن فيها"، وذلك من المادة 1051 إلى 1065. مسابرا في ذلك التشريعات المقارنة وتأكيدا لأحكام اتفاقية نيويورك التي انضمت الجزائر إليها¹.

خلاصة الفصل الأول

من خلال دراستنا لهذا الفصل المتعلق بمواطن إعمال مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي الخاص، اتضح لنا الطابع الاتفاقي للتحكيم التجاري الدولي والحرية الواسعة التي يتمتع بها أطراف التجارة الدولية في تنظيم التحكيم عبر كل مراحله، ابتداء من اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم الذي يعتبر حجر الأساس في نظام التحكيم التجاري الدولي، مرورا باختيار الهيئة التي يناط إليها مهمة الفصل في النزاع، فيرسم الأطراف حدود ونطاق السلطات المخولة لها، ثم إلى تحديد الإجراءات التي تسير عليها الخصومة التحكيمية، والقواعد الموضوعية التي تلتزم بها الهيئة التحكيمية، وصولا إلى القرار التحكيمي الذي يعتبر الثمرة التي يهدف الأطراف في الأخير جنيها من خلال لجوئهم إلى نظام التحكيم.

الفصل الثاني

مواطن تقييد مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي الخاص.

من المعروف أن مبدأ سلطان الإرادة هو المبدأ المعمول به في التحكيم التجاري الدولي الخاص، وإذا كان هذا المبدأ يعتمد على حرية إرادة الأطراف، إلا أنه ترد عليه بعض القيود التي يلتزم الأطراف والمحكمون في حقل التجارة الدولية باحترامها، وذلك لضمان تنفيذ القرارات التحكيمية، وضمان فعاليتها في المجال الدولي والتي يترتب على مخالفتها رفض الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية، فهذه القيود قد تكون كلاسيكية معروفة في القانون الدولي الخاص مثل قواعد النظام العام، وقوانين البوليس، التي سنتطرق إليها في (المبحث الأول)، وقد تكون خاصة بعملية التحكيم وذلك في الحالات التي يستلزم فيها الأمر تدخل القضاء الوطني لمرافقة أو مساعدة التحكيم، وهو ما نتطرق إليها في (مبحث ثاني).

¹ قانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مشار إليه سابقا.

المبحث الأول

القيود المقررة في القانون الدولي الخاص

يعتبر التحكيم قضاء خاص ذو استقلالية واسعة، ولكن هذه الاستقلالية ليست مطلقة بل ترد عليها بعض القيود الكلاسيكية المتمثلة في قواعد تدخل في إطار النظام العام والمتعلقة بالآداب العامة، والتي سنتطرق إليها في (المطلب أول)، وقواعد أخرى أمرت تدخل في إطار قوانين البوليس وهو ما ناقشه من خلال (المطلب الثاني).

المطلب الأول

قواعد النظام العام

يهدف النظام العام في القانون الدولي الخاص إلى حماية المبادئ والأسس العامة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، وهو ذات الهدف الذي تسعى لتحقيقه فكرة النظام العام في القانون الداخلي ولكن بطريقة مختلفة، فالنظام العام في القانون الداخلي يهتم أكثر بالقاعدة الوطنية وهذا ما سنتناوله من خلال هذا المطلب الذي نقسمه إلى فرعين على النحو الموالي.

الفرع الأول

مفهوم النظام العام

عرف النظام العام بأنه "عبارة عن مجموع المصالح الأساسية للجماعة، أي مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها، بحيث لا يتصور هذا الكيان سليماً دون استقراره عليها".¹

كما تعد فكرة النظام العام على أنها "الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون، أو احترام أفكار دينية أساسية معينة، أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشرابية والرأسمالية...".²

¹ انظر، احمد محمود الفضلي و مؤيد احمد عبيدات، مرجع سابق، ص 49.

² انظر، احمد محمود الفضلي و مؤيد احمد عبيدات، مرجع سابق، ص 49.

غير أن الفقه الغالب يفضل عدم ذكر تعريف محدد للنظام العام، نظرا لمرونة هذه الفكرة، إلا أن فكرة النظام العام تلعب دورا هاما في مجال القانون الدولي الخاص بوصفها أداة لاستبعاد أحكام القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد إلى اختصاصه.¹ هذا وعلى خلاف غالبية التشريعات التي لا تعرف التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، فإن المشرع الجزائري يميز بين نوعين من النظام وهو ما يتجلى في نص المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على انه " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا اثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي"².

ولفهم فكرة النظام العام الدولي يتعين أولا تحديد مفهوم النظام العام الداخلي ثم التطرق إلى مفهوم النظام العام الدولي.

أولا: مفهوم النظام العام الداخلي:

لم يعرف المشرع الجزائري على غرار غيره من المشرعين، النظام العام ولم يحدد فكرته، بل ترك ذلك للفقه والقضاء، على الرغم ما لهذه الفكرة من أهمية كبرى، فهي تستعصي أيضا على الباحثين من حيث إمكانية وضع تعريفا جامعا مانعا لها يغني عن السلطة التقديرية للمحكمة، فكل المحاولات التي بذلت باءت بالفشل باعتباره فكرة مطاطة ومرنة.³ فقد ذهب جانب من الفقه إلى "أنها القواعد التي تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد".⁴

بينما يرى جانب آخر من الفقه انه "يقصد بنظام عام في دولة ما، مجموعة الأصول والقيم العليا التي تشكل كيانها المعنوي، وترسم حياة الإنسانية المثلى فيها وحركتها نحو تحقيق أهدافها، سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية، وهي بهذه المثابة مبادئ

¹ نفس المرجع، الصفحة ذاتها.

² قانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مشار إليه سابقا.

³ انظر، حدادان طاهر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 114.

⁴ انظر، حدادان طاهر، ص 114، 115.

وقيم تفرض نفسها على مختلف أنواع العلاقات القانونية في الدولة، وتكون غالبا في صورة قواعد قانونية أمرت تحكم هذه العلاقات".¹

ويرى الدكتور **عبد الحميد الأحذب** أن "النظام العام والآداب هما الباب الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية، فتؤثر في القانون وروابطه، فتجعله يتماشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية، وتتسع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعا لهذه التطورات، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم، وما توافقوا عليه من آداب، وتبعا لتقدم العلوم الاجتماعية، كل هذا يترك للقاضي أن يفسرها التفسير الملائم لروح عصره، فالقاضي يكاد أن يكون مشرعا في هذه الدائرة المرنة، بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة".²

أما الأستاذ "jean Rober" فقد ربط الفكرة بحرية الإنسان بالقول بان النظام العام بالمفهوم العام الذي يحتويه، يعبر عن حدود حرية الإنسان في المصلحة ومبدأ حق المجتمع الذي يتعين أن يخضع له في فائدة نظام ضروري لحياة الجماعة.

ثانيا : النظام العام الدولي

لم تسمح الفرصة بعد للقضاء الجزائري ليأخذ موقفا حول مفهوم النظام الدولي ذو المصدر الداخلي، فهو وحده، بمناسبة الطعن بإبطال حكم تحكيمي يعرض عليه، الذي له الحرية في تحديد مفهوم النظام العام الدولي، والنطاق الذي يعترزم منحه إياه. يمكن تعريف النظام العام الدولي الحقيقي على انه "مجموع المبادئ الأساسية الضرورية لتنظيم المجتمع الدولي، أي القواعد المشتركة التي يتعين تطبيقها من قبل المحكم الدولي، بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع".³

ويرى الدكتور **مصطفى التراري الثاني**، أن المقصود هنا ليس النظام العام الوطني الذي لا يتم إعماله إلا في الحالات التي يكون فيها التحكيم وطنيا بحتا، لا تتوفر له معايير دولية ولا ما عرف لدى بعض الفقهاء بالنظام العام الدولي الحقيقي، الذي يظم القواعد المشتركة بين كل التجمعات دولا وشعوبا، كما هو الحال بالنسبة لتجريم التجارة بالمخدرات

¹ نفس المرجع، نفس الصفحة.

² نفس المرجع، الصفحة ذاتها.

³ Terki Nour Eddine. L'arbitrage commercial international en Algérie. OPU. Alger 1999,p46

والرشوة واستغلال النفوذ في المعاملة التجارية الدولية، وإنما المقصود تلك الصورة المخففة من النظام العام الجزائري التي تتماشى مع مقتضيات المرونة التي تتم بها التجارة الدولية، سواء تعلق الأمر بالقواعد الموضوعية والإجرائية، ويمكن القول أن النظام العام الدولي هو مجموعة من القواعد التي تضعها الاتفاقيات والأعراف، ومجموع المبادئ الدولية المتفق عليها، مثل التزام احترام سلطات الرقابة للسلطات العمومية في مجال العلاقات المالية مع الخارج، مبدأ حسن النية في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية، احترام القواعد الأساسية للعدالة لاسيما حقوق الدفاع.¹

ثالثاً: التفرقة بين النظام العام الداخلي و النظام العام في القانون الدولي الخاص:

يفرق الفقه بين نوعين من النظام العام، النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، وهم يرمون بذلك إلى التمييز بين النظام العام في دائرة الحالات القانونية الوطنية، والنظام العام في نطاق الحالات القانونية ذات العنصر الأجنبي. ففكرة النظام العام في القانون الداخلي تتلخص في القواعد التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، فهذه الفكرة تستخدم في مجال القانون الداخلي لضمان عدم الخروج الإرادي على أحكام القواعد القانونية الآمرة، أما في مجال القانون الدولي الخاص فإن الدور الذي يضطلع به النظام العام يتلخص في منع تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، إذا كان تطبيقه يتعارض مع المبادئ السياسية والاجتماعية والخلقية التي يقوم عليها المجتمع الوطني، ويؤكد الفقه والقضاء على أن النظام العام في القانون الدولي الخاص يملك مجالاً أكثر تقييداً من مجال النظام العام في القانون الداخلي، وهذه التفرقة قد وفقت المحاكم بدون قصد إلى وضع قواعد معينة تخص علاقات التحكيم التجاري الدولية.²

إن مفهوم النظام العام ليس مطلقاً ولا جامداً، بل هو نسبي ومتغير في الزمان والمكان، فهو يتفاوت باختلاف الأنظمة والتيارات الفكرية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تسود المجتمعات، لأنه المنفذ الذي تتسرب منه النظريات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية إلى علم القانون، ويتسع مفهومه ويضيق بحسب حجم تدخل الدولة في تنظيم العلاقات في

¹ انظر، حدادان طاهر، مرجع سابق، ص 118، 117.

² انظر، د. اشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العلمية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 48.

المجتمع بقواعد قانونية أمرة أو ناهية بوصفها صاحبة السيادة والسلطة العامة، وقيامها بوظائف جديدة غير وظائفها التقليدية التي كانت متروكة سابقا لحرية الأفراد واتفاقاتهم الخاصة استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة.¹

وعلى الرغم من التوسع الذي أصاب مفهوم النظام العام، وقبوله بالإجماع فقها وقضاء و تشريعا، إلا انه تعذر تحديده على سبيل الحصر، ويكاد يكون الاتفاق بشأن كيفية تحديده وتقرير ما يعد وما لا يعد منه معدوما.²

الفرع الثاني

دور المحكم في تطبيق قواعد النظام العام

الأصل التعاقدى لسلطات المحكم ينتج عنه اثر ألا وهو إلزام المحكم بتطبيق القانون على موضوع النزاع، فسلطات المحكم تكون في هذه الحالة اقل امتداد من القاضي الوطني في تفسير وتطبيق قواعد القانون، فالمحكم في واقع الأمر عليه تطبيق القانون كحقيقة مسلم بها، ولذلك فهو لا يستطيع إلا تسجيل مضمون القانون الذي سيطبقه، ولهذا يكون دوره أكثر سلبية من تلك التي يتصف به القاضي الوطني³، فهذا الأخير بإمكانه أن يدخل تعديلا على أحكام القضاء بهدف تطوير قانونه الوطني، بينما لا يستطيع المحكم الذي يفوض بتطبيق قانون ما، تقديم تفسير آخر لقواعد القانون غير التفسير الذي اعتمده القاضي الوطني للنظم القانوني الذي اختاره طرف النزاع، وعلى المحكم الامتثال للتقسيم الذي يرسمه النظام القانوني فيما يخص قواعد النظام العام بين القواعد الآمرة والغير الأمر، إذ يكون ملزما بمراعاته.⁴

وقد ثار جدل فقهي حول النظام العام الذي يلتزم به المحكم، بحيث يرى جانب من الفقه أن المحكم يلتزم بالنظام العام الدولي وليس بالنظام العام الداخلي، حيث أن هذا الرأي يرى أن حرية المتعاقدين في اختيار القانون واجب التطبيق مطلقة لا قيود عليها إلا فكرة النظام العام الدولي، ومن ثم فان المحكم في حالة اختيار الأطراف لقانون يخالف النظام

¹ انظر، د. غالب على داوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الأردن، 2005، ص 234.

² المرجع السابق، ص 239.

³ انظر، د. اشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العلمية والقانونية...، ص 48.

⁴ انظر، علي كاظم الرفيعي، مرجع سابق، ص 24.

العام الدولي فانه سوف يستبعده، أما في حالة اختيار لأطرف لقانون يخالف النظام العام الداخلي فان المحكم لا يستبعده.¹

ويرى جانب آخر من الفقه أن تسمية النظام العام الدولي معيبة، إذ لا يمكن القول بوجود نظام عام دولي بالمعنى الصحيح، فالنظام العام دائماً وطني، لأنه يتحدد وفقاً لمعايير مستمدة من المجتمع الداخلي وتعكس الأفكار الأساسية لمجتمع لدولة. إذ يصعب القول بأن أيًا من الاتجاهين صواب في مجمله وخطأ في مجمله، و ربما المشكلة الحقيقية تكون في القواعد التي يتعين على المحكم مراعاتها، فهل يقع على المحكم التزام بمراعاة النظم العام في دولة قانون الإرادة؟ أم دولة التنفيذ؟ أم دولة مقر التحكيم؟².

يمكن القول أن أي حكم تحكيمي يصبو إلى النفاذ، ولهذا يرى جانب من الفقه انه يمكن استبعاد أحكام القانون واجب التطبيق لتعارضها مع قواعد النظام العام التي يجري على إقليمها التحكيم، أو الدولة التي يجري القرار التحكيمي على إقليمها، فوفقاً لهذا الرأي يجب على المحكم أن يراعي قواعد النظام العام في الدولة التي سوف يتم فيها تنفيذ حكمه، حيث انه من المستقر عليه أن للدولة سلطة منع تنفيذ أحكام التحكيم التي تصطدم بالأسس الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي يقوم عليها كيان الدولة، أي المتعارضة مع النظام العام، والتي تبرر رفض الاعتراف وتنفيذ الأحكام التي تحدث إخلالاً بها.³

وهذا ما نصت عليه المادة 28 من القانون المدني المصري على انه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في مصر"، وكذلك نصت المادة 58 من قانون التحكيم المصري التي تنص على انه "لا يجوز الأمر بتنفيذ أمر التحكيم وفقاً لهذا القانون، إلا بعد التحقق من انه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في مصر".⁴ مما يعني أن المشرع المصري استبعد القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام، وإذا كان الحال كذلك أمام القاضي فمن باب أولى أن يمتد

¹ انظر، د. راشا علي الدين، سلطات المحكم في عدة التوازن المالي للعقد، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، افريل 2009، ص 40.

² المرجع السابق، ص 40.

³ انظر، د. مختار احمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، 1990، ص 139.

⁴ المرجع السابق، ص 139 وما يليها.

الأمر للمحكم، خاصة وأن نصوص قانون التحكيم أقرت بعدم تنفيذ أحكام المحكمين إذا كانت مخالفة للنظام العام، وبناء عليه فإن المحكم يجب أن يراعي قواعد النظام العام في الدولة التي سوف ينفذ فيها الحكم حتى يمكن الاعتراف بهذا الحكم من قبل الدولة، وإلا ترتب على مخالفته لذلك تعطيل حكمه.¹

وفي النهاية يترتب على إعمال قواعد النظام العام استبعاد أحكام القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، من غير المتصور أن يشمل الاستبعاد القانون برمته، لذا فإن المحكم يستبعد القانون واجب التطبيق استبعاداً جزئياً في الحدود التي يتعارض فيها مع النظام العام، وذلك بهدف الاحتفاظ للقانون الأجنبي بأكثر قدر من الفعالية احتراماً لإرادة الأطراف التي اختارت هذا القانون، إن لم يكن اختيار ذلك القانون بسبب القواعد التي تم استبعادها.²

المطلب الثاني

قوانين البوليس

إلى جانب قواعد النظام العام، يعترف القانون الدولي الخاص بوجود مفهوم دقيق للنظام العام يعرف **بقوانين البوليس**، حيث أضحت هذه الفكرة من الأفكار الأساسية التي تحتل مكاناً بارزاً في القانون الدولي الخاص، والتي ظهرت كنتيجة حتمية لبعض الضرورات الاجتماعية والاقتصادية، التي تهدف أساساً إلى حماية النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة، وتحقيقاً للمصالح العام، وذلك بالحد من حرية الأطراف في المجال التعاقدية، حيث لا يمكنهم الإفلات من قواعد البوليس³، لذلك نعمل من خلال هذا المطلب على تحديد مفهوم قوانين البوليس في (فرع أول)، ثم نبحت مدى التزام المحكم بتطبيق هذه القوانين في (فرع ثاني).

الفرع الأول

مفهوم قوانين البوليس

تعتبر القواعد ذات التطبيق المباشر أو ما يسمى بقوانين البوليس نوع خاص من القيود، وتكمن هذه الخصوصية في أنه لا يؤدي إلى استبعاد القانون المختار كما هو الشأن

¹ انظر، د. راشا على الدين، مرجع سابق، ص 43.

² المرجع السابق، ص 43.

³ انظر، جارد محمد، مرجع سابق، ص 98.

بالنسبة لقواعد النظام العام، بل يبقى القانون المختار مختصا في موضوع النزاع إنما يعطل إعماله نظرا لتهرب الخصوم من القواعد الآمرة الموجودة في قانون دولة معينة، أو حتى في قانون الدولة التي يختارها.¹

ولقد حاول البعض إعطاء تعريفا للقواعد ذات التطبيق المباشر، والتي يفضل تسميتها بقانون البوليس على أنه "القانون الذي تتكلف الدولة بوضع تنظيم له"²، فوفقا لهذا التعريف هناك بعض الميادين تتولى تنظيمها من خلال وضع قواعد أمر لا يجوز مخالفتها من قبل المتعاقدين، لكن الاعتراض الذي وجه لهذا التعريف أن الاعتراف بأحقية الأطراف في اختيار القانون المطبق قد تم من خلال نصوص تكفلت الدولة بوضعها ضمن قواعد التنازع، مما دفع إلى التفكير إلى إيجاد تعريف آخر لهذا القانون باعتبارها "مجموعة من القواعد القانونية الضرورية التي توضع لحماية التنظيم الاجتماعي والاقتصادي والسياسي".³

مما لا شك فيه أن بعض القواعد القانونية يمكن وصفها أو إصباغ صفة البوليس عليها، تلك القواعد أو القوانين التي تهدف بصفة خاصة إلى معالجة مسائل محددة أو أمور خاصة، مثل قوانين المنافسة، الرقابة على تغيير العملة المنظمة لإجراءات الحظر، وكذلك القواعد التي تهدف إلى حماية المستهلك، هذه القواعد أو القوانين تطبق بصورة آلية أيا كان القانون واجب التطبيق على العقد وفقا لقواعد الإسناد، ومن الواضح أن الهدف الذي تصبو إليه هو ما يصبغ عليها صفة البوليس، ومع ذلك لا يكفي ما تهدف إليه بعض القواعد القانونية في بعض الأحوال لإصباغ صفة البوليس عليها.⁴

إن قوانين الرقابة أو المنافسة أو تلك المنظمة لإجراءات الحظر تعد من تلك التي نطلق عليها قوانين البوليس أو ضرورية التطبيق، وعلى سبيل المثال تهدف قوانين المنافسة بطبيعة الحال إلى السماح لقانون السوق أن يطبق بحرية على الإقليم الوطني، وبالتالي يجب إعمالها لحكم كل الاتفاقات، حتى تلك الخاضعة للقانون الأجنبي، وفي الحقيقة أن قواعد

¹ Jean Michel Jacquet, Principe d'autonomie et contrats internationaux, Publie avec le concours du ministère des universités, ECONOMICA 1983,P 270.

² انظر، خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة الدكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر-1، 2009/2008، ص 192.

³ المرجع السابق، ص 192.

⁴ انظر، د. محمد إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية الآمرة، دراسة في إمكانية تقليص الدور الذي تلعبه في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية أمام هيئات التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 67.

البوليس تهدف إلى تحقيق غايات متنوعة، مثل حماية طائفة ضعيفة من المتعاقدين، احترام حرية المنافسة، حماية المصالح الوطنية... الخ، ومع ذلك فإن معيار الغاية أو الهدف لا يكفي على التعرف على كافة قوانين البوليس، لوجود بعض القوانين التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة القانونية، مع ذلك فإن القضاء لا يصبغ على هذه القواعد صفة قواعد البوليس.¹

كما تعد قوانين البوليس (القواعد ذات التطبيق الضروري) مجموعة القواعد الموضوعية في النظام القانوني الوطني التي يتعين تطبيقها مباشرة، دون النظر إلى تصنيفها إلى القانون العام أو القانون الخاص، ودون حاجة إلى أعمال منهج قواعد الإسناد، ويذهب جانب من الفقه إلى أن قواعد البوليس هي كل قاعدة تعتبرها الدولة التي أصدرتها واجبة التطبيق على العلاقات التي تربطها بها والتي تجعل نظامها القانوني مختصا، وأن مسألة مراعاة هذه القواعد هي أمر ضروري لحماية التنظيم السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة.²

وفي الحقيقة أن معيار تحديد قواعد البوليس يثير مشكلة دقيقة جدا لعدم الاتفاق على معيار واحد يمكن قاضي العقد بسهولة للتعرف على حقيقة القواعد المعنية بحكم النزاع، والمحصلة دائما هي صعوبة وضع تعريف دقيق ومحدد لهذه القواعد، وهذا ما أدى بالفقه إلى تعريف هذه القواعد، فعلى سبيل المثال يعرفها الفقيه اليوناني فرانسيسكاس على أنها "مجموعة القواعد اللازمة للمحافظة على النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي للبلاد".³

ومن الواضح أن هذا التعريف لا يضع حلا للمشكلة، نظرا لما يمكن أن يوجه إليه من نقد، فمن ناحية يمكن القول بأنه في المجتمعات الحديثة يهدف أي قانون للحفاظ على المصالح الاقتصادية والاجتماعية، هذا ليس حكرا على قواعد البوليس.⁴ لكن يمكن إصباغ صفة البوليس على بغض القواعد القانونية التي لا تهدف إلى المحافظة على النظام السياسي، الاقتصادي، الاجتماعي لدولة ما، وذلك من خلال الغاية

¹ نفس المرجع، ص 74.

² انظر، جارد محمد، مرجع سابق، ص 99.

³ انظر، د.محمد ابراهيم علي محمد، مرجع سابق، ص 65.

⁴ المرجع السابق، ص 65، 66.

التي تصبو إلى تحقيقها تلك القواعد، وهذا على سبيل المثال القواعد التي تهدف إلى حماية المستهلك ترمي إلى تحقيق هدف فردي، مع ذلك لها صفة القواعد الضرورية التطبيق، لأنها تشكل مجموعة من القواعد الحمائية التي تطبق على كافة المستهلكين القاطنين في إقليم الدولة، حتى في الأحوال التي يفصح فيها الأفراد عن رغبتهم في أعمال قواعد أخرى أجنبية اقل حماية، وأن في هذه القواعد يحدد الفقيه بول لا جارد "تشكل في كل دولة من الدول الأطراف مجموعة من قوانين البوليس الواجبة الأعمال أيا كان القانون واجب التطبيق على العقد، أو على الأقل عندما تكون إقامة المستهلك المعتادة في دولة القاضي المختص".¹

إذا كانت قواعد البوليس تعد من القواعد ذات التطبيق المباشر، فإن العكس غير صحيح، بمعنى أن القاعدة ذات التطبيق المباشر لا يمكن وصفها قاعدة من قواعد البوليس، ومثل هذا التمييز نجده فيما ذهب إليه المشرع الفرنسي حينما جعل كل قواعد القانون البحري الفرنسي ذات تطبيق مباشر، وذات اختصاص إقليمي يتم تطبيقها على كافة عمليات النقل البحري المتجهة من وإلى الموانئ الفرنسية، لغرض التوسيع من نطاق تطبيق القانون البحري، فمثل هذا القول قد لا يعني أن كل قواعد تدخل ضمن قواعد البوليس، وإن كانت بعض أحكامه تعد حقا من قواعد البوليس، إلا انه لا يجب تعميم الحكم على بقية القواعد الأخرى.²

ومع هذه الصعوبة في وضع الحد الفاصل بين القواعد ذات التطبيق المباشر، وبين القواعد ذات التطبيق الضروري، ترجع للقاضي السلطة التقديرية للبحث عن مضمون هذه القواعد، إن كانت من قواعد البوليس، وكذلك البحث عن نية المشرع إن لم تكن النصوص القانونية صريحة في هذا الشأن.³ والهدف من القواعد ذات التطبيق الضروري هو إعطاء الاختصاص للقانون الوطني حماية لبعض القواعد الآمرة في دولة القاضي، وقد أخذت بهذا الحل مختلف التشريعات المقارنة، كما هو الشأن في القانون المدني الفرنسي حيث تنص المادة 1/03 منه على أن "قوانين البوليس والأمن تلزم كل من يقطن الإقليم".⁴ وتقابلها

¹ نفس المرجع، ص 72.

² انظر، عيد عبد الحفيظ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005، ص 87.

³ المرجع السابق، ص 88.

⁴ نفس المرجع، ص 88، 89.

المادة 05 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه " يخضع كل سكان القطر الجزائري لقانون الشرطة والأمن"¹.

وهذا ما نص عليه كذلك القانون الدولي الخاص الألماني الصادر 1986، في المادة 34 منه إذ جاء فيها أن إعمال القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد التي قررها هذا القانون، لا ينال من النصوص الآمرة في القانون الألماني الذي يحكم مركز محل النزاع، بصرف النظر عن القانون الذي يحكم العقد². كما نص القانون الدولي الخاص السويسري على هذه الحالة، حيث ورد في المادة 18 منه ما يلي "إعمال القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد المقررة في القانون لا ينال من مجال سريان القواعد الآمرة في القانون السويسري والتي تفرض أهدافها الخاصة ضرورة تطبيقها على النزاع"³.

إن التشريعات الحديثة لم تكتفي بالنص على ضرورة التطبيق المباشر للقواعد الآمرة التي تأخذ وصف قواعد البوليس، وإنما أكدت على ضرورة مثل هذا التطبيق في القوانين الخاصة التي تنظم مجالا محددًا بذاته، كما هو الشأن في التشريعات المتعلقة بالنقد والقرض والمنافسة، وقانون الاستهلاك... الخ، ذات الصلة الوثيقة بالاقتصاد الوطني أو تلك التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية⁴.

الفرع الثاني

التزام المحكم بتطبيق قواعد البوليس

إن تطبيق قواعد البوليس أمام المحكم قد يؤدي إلى إثارة بعض الصعوبات فيما يتعلق بعلاقة هذه القواعد مع موضوع التحكيم، فقد ذهب البعض إلى القول أن في حالة اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون واجب التطبيق، فهذا يعني أن المحكم ينبغي عليه أن يطبق قواعد البوليس لهذا القانون، كونها لا تشكل مفاجأة للمتعاقدين ولا تخل بتوقعاتهم المشروعة، وهذا ما تبنته غرفة التجارة الدولية بباريس سنة 1989، وأما في حالة عدم اختيار الأطراف لقانون العقد وتولى المحكم هذه المهمة، فإنه يجب أن يعطي رأيه بشأن هذه القواعد⁵.

¹ أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المشار إليه سابقا.

² انظر، عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 89.

³ نفس المرجع، الصفحة ذاتها.

⁴ انظر، عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 89 وما يليها.

⁵ انظر، اشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم...، مرجع سابق، ص 99.

إن قواعد البوليس لا تلعب أمام المحكم أو هيئات التحكيم الدور الذي تشغله أمام القضاء الوطني، ذلك لأن المحكم لا يطبق إلا قواعد البوليس التي تنتمي إلى قانون العقد أو تلك الخارجة عنه، ولا جدال في ضرورة إعمال المحكم لقواعد البوليس المنتمية لقانون العقد عندما يتعرض لتسوية المنازعات التي يثيرها العقد وفقا لقانون الإرادة، وبعبارة أخرى أن إعمال قواعد البوليس لقانون العقد لا يثير أي مشكلة سواء أكانت تلك القواعد لها طابع أمر أو ضروري التطبيق، ذلك أنها تعد جزءا لا يتجزأ من هذا القانون.¹

وعلى العكس يثير إعمال قواعد البوليس التي لا تنتمي لقانون العقد العديد من المشاكل، ولكن على الرغم من ذلك، فإن المحكم لا يسند إليها إلا دورا محدودا يتضح من الواقع العلمي المتمثل في تطبيق قواعد البوليس المنتمية لقانون بلد تنفيذ حكم التحكيم، ذلك لأن المحكم يبحث دائما عن فعالية الحكم الذي يصدره، وذلك على خلاف القاضي الوطني الذي يقوم بإعمال قواعد البوليس الوطنية والأجنبية.²

إن القول بإمكانية المحكم في استبعاد إعمال قواعد البوليس التي لا تنتمي إلى قانون العقد، أو تلك الخارجة عن قانون القاضي يؤدي إلى استحالة تنفيذ الحكم الصادر بصفة خاصة في الدولة التي يراد تنفيذ الحكم فيها في حالة عدم احترام قواعد البوليس التي تنتمي إلى نظامها القانوني.³

إذا ما رجعنا إلى مختلف التشريعات المتعلقة بالتحكيم الدولي⁴، يتبين لنا أنها تحرص على تطبيق قانون الإرادة في نطاق واسع، لذلك لا يجوز للمحكمين إعمال قواعد البوليس التي تنتمي لقانون دولة أجنبية غير الدولة التي تم الاتفاق على تطبيق قانونها، على أساس أن هذا الإعمال سيؤدي بالضرورة إلى استبعاد قانون العقد، مما يعرض الحكم للبطلان، لذا يجب تجريد المحكمين من هذه السلطة التي لا تنتمي لقانون الإرادة.⁵

¹ انظر، د. محمد إبراهيم علي محمد، مرجع سابق، ص 91.

² نفس المرجع، ص 92.

³ انظر، عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 97.

⁴ مثل قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وقانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

⁵ انظر، عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 97.

لا يجوز للمحكم عند الحكم وفقا لمبادئ العدالة استبعاد قواعد البوليس، ولا يجوز المساس بها أو الاتفاق على ما يخالفها، ومن هذا القبيل المسائل المتعلقة بالفوائد، الرقابة على النقد والصرف، القوانين الجمركية وقوانين المنافسة، فمثل هذه القوانين يستحيل نفاذها أو التحرر منها متى كانت تتطابق مع العلاقة أو تشكل جزءا منها، وكذلك القيود الأمرة التي تضعها التشريعات الخاصة بشكل نقل التكنولوجيا، والمعرفة الفنية من حيث الاستخدام والحجم أو البحث والتطوير، ذلك أن التحكيم وإن كان عنصرا مخففا لتنازع القوانين إلا أنه لا يعد سببا لاختفائه تماما في علاقات التجارة الدولية، فهذه القواعد يرتبط بها الأطراف شأوا أو لم يشأوا، فهي تعد من قواعد التطبيق الفوري التي ترتبط بتنظيم الدولة.¹

المبحث الثاني

القيود الخاصة بعملية التحكيم

بما أن المحكمين أفراد عاديون لا سلطة لهم على الخصوم أو الغير الذي له صلة بالنزاع، فلا تستطيع هيئة التحكيم إجبار هؤلاء على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، أو تنفيذ إجراء معين أثناء سير الخصومة التحكيمية، وكذلك الأمر إذا أصدرت المحكمة التحكيمية أحكاما وقتية أو نهائية، فهذه الأحكام لا تنفذ جبرا على الخصوم، مما يستدعي إجراءات جديدة أمام القضاء الوطني بدولة التنفيذ من جهة، وبالدولة التي صدر القرار بإقليمها من جهة أخرى، وهذا ما نتطرق إليه من خلال هذا المبحث، إذ نبحت في (المطلب أول) تدخل القاضي الوطني خلال سير إجراءات التحكيم، ثم نناقش تدخل القاضي الوطني في نفس القرار التحكيمي في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تدخل القاضي الوطني خلال سير إجراءات التحكيم

على الرغم من كون التحكيم اتفاق بين الأطراف، وهذا لاستبعاد عرض نزاعهم على القضاء الوطني بنقل الاختصاص من هذا الأخير إلى قضاء التحكيم، إلا أنه تحدث بعض الأمور تستدعي تدخل القضاء الوطني، وهذا ما نبخته من خلال هذا المطلب، بحيث نتطرق

¹ انظر، د. منير عبد المجيد، الأسس العامة لتنظيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 318.

إلى تدخل القاضي الوطني في تعيين المحكمين (فرع أول)، ثم تدخل القاضي الوطني في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية (فرع ثاني).

الفرع الأول

تعيين المحكمين

تترك القوانين الحديثة حرية تشكيل المحكمة التحكيمية للأطراف، سواء كان ذلك بصفة مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي معين، غير انه قد يحدث عندما تكون هيئة التحكيم ثلاثية أو يفوق عددهم ثلاثة، أن يتمتع احد الطرفين عن تعيين محكمه أو يفشل المحكمان في الاتفاق على اختيار المحكم المرجح، هنا تأتي مساعدة القضاء للتحكيم، وبالتحديد عند تعثر تشكيل المحكمة التحكيمية، فيعين القاضي محكما عن الطرف الذي يتمتع عن تعيين محكمه ويعين المحكم الثالث إذا لم يتوصل المحكمان المعينان من قبل الأطراف إلى الاتفاق عليه، ويترك بعد ذلك المحكمين يديرون شؤونهم بأنفسهم.¹

وعليه إذا لم يتفق الأطراف على اختيار المحكمين، فان المحكمة هي التي تقوم بهذا الاختيار، فإذا ما عينت المحكمة محكما أو أكثر فان القانون يشترط أن يكون عدد من تعيينهم المحكمة مساويا للعدد المتفق عليه من الخصوم أو مكملا له، ويعني ذلك انه إذا كان المحكم واحدا عينته المحكمة إذا لم يتفق الخصوم على شخص هذا المحكم، ولا يجوز للمحكمة أن تعين ثلاثة لأنها تعين عددا مساويا لما اتفق عليه الخصوم، وإذا كان الاتفاق يوجب تعيين ثلاثة محكمين وانفق الخصوم على محكمين واختلفوا على الثالث عينت المحكمة هذا الثالث، واقتصر دورها على تعيين من يكمل العدد.²

وتطرق المشرع الجزائري إلى مسألة تدخل القاضي في تعيين المحكمين، وذلك حسب نص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تنص على انه "يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شرط تعيينهم وشرط عزلهم أو استبدالهم.

¹ انظر، تعويلت كريم، دور القاضي في تحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلة سداسية، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد 01 / 2010، ص 42.

² انظر، د. عامر فتحي الباطيئة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2008، ص 79.

في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي:

1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان

التحكيم يجري في الجزائر.

2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار

الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها بالجزائر".¹

تسمح هذه المادة للطرف الأكثر استعجالا بان يتوجه إلى القضاء الوطني، عندما يصطدم تشكيل محكمة التحكيم بعقبة ما، كان يرفض احد الأطراف تعيين المحكم الخاص به، مما يؤدي إلى شلل كلي لتنفيذ عملية التحكيم، والمشعر الجزائري خول الاختصاص في التحكيم الدولي لجهتين قضائيتين بالنظر إلى مكان إجراء التحكيم.²

إذا كان التحكيم يجري في الخارج والقانون الجزائري هو المطبق، ففي هذه الحالة لا يوجد خلاف حول حق القاضي في التدخل لتشكيل المحكمة، فهو مقرر صراحة بنص المادة 458 مكرر 20 من المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 24 ابريل 1993 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى بموجب القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.³

واختصاص القضاء بهذا الأمر تمليه الاعتبارات العملية، ويتفق مع الهدف المنوط بالتشريع، فلا مجال لتنازع الاختصاص بين القضاء والتحكيم، فالتحكيم الخاص لا يملك هذه الصلاحية وبالتالي المشعر خول الحق للأطراف اللجوء إلى القضاء الوطني لتذليل ما قد يثور من صعوبات بصفة استثنائية.⁴

¹ قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مشار إليه سابقا.

² انظر، خليل بوصنوبرة، التدخل القضائي في مجال التحكيم الدولي في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، العدد 02 / 2006، ص 126.

³ مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 25 أبريل 1993، معدل ومتمم للأمر 66-154، مؤرخ في 08 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 27، صادرة في 27 أبريل 1993.

⁴ انظر، خليل بوصنوبرة، مرجع سابق، ص 126.

إذا لم يتفق طرفا التحكيم على اختيار المحكمين، أو على الطريقة التي يتم بها الاختيار، فإن القضاء يحق له الاختيار بناء على طلب احد الطرفين بشروط هي¹:

- 1- أن يكون هناك اتفاق على التحكيم يحدد فيه كيفية تشكيل المحكمة.
- 2- يجب أن لا يتفق طرفا التحكيم على تسمية المحكم أو تعيين محكم التحكيم الخاص.
- 3- يجب أن يقدم احد طرفي التحكيم إلى المحكمة طلبا لتعيين المحكم، فإذا توفرت هذه الشروط حق للجهة القضائية المختصة المساعدة في تشكيل المحكمة.

إن المشرع الجزائري خول الاختصاص لرئيس المحكمة، غير انه فرق إذا ما كان التحكيم يجري بالجزائر أو بالخارج، ففي الصورة الأولى إذا كان التحكيم التجاري الدولي يجري في الجزائر، فالمحكمة المختصة هي المحكمة التي يجري بدائرتها التحكيم وذلك وفقا لمضمون نص المادة 458 مكرر 3 أو بالمحكمة المحددة باتفاق التحكيم²، ذلك انه يحق للطرفين في اتفاق التحكيم أن يحددا الجهة القضائية الواجب تدخلها، سواء أثناء تشكيل محكمة التحكيم، أو أثناء سير الإجراءات التحكيمية لتذليل الصعوبات التي تثار أثناء الإجراءات³.

أما الصورة الثانية إذا كان التحكيم يجري خارج الجزائر، وقرر الأطراف تطبيق القانون الجزائري، فإن الاختصاص يؤول لرئيس محكمة الجزائر، بحيث يجب أن يعرض الأمر على رئيس المحكمة، الذي يملك صلاحية التدخل في تشكيل المحكمة وتذليل المصاعب التي قد تظهر أثناء التنفيذ وتضر بتشكيل محكمة التحكيم، ويتعلق الأمر غالبا برفض احد الأطراف تعيين محكمه، أو بوفاة احد المحكمين، أو رفضه للمهام المكلف بها، وقد عمل التشريع الوطني على تطبيق النصوص المعمول بها في التشريع الدولي، بحيث المشرع خول الجهات القضائية المختصة دون الاقتصار على تشكيل محكمة التحكيم، بل خوله تسوية أي مشكلة تتصل بحدث لاحق يمس تشكيل محكمة التحكيم، لان اغلب

¹ نفس المرجع، الصفحة ذاتها.

² المرجع السابق، ص 126 وما يليها.

³ المرجع نفسه، ص 129.

التشريعات ومنها التشريع الجزائري ترى أن تدخل قاضي الدولة ضروري وحتمي في حالة عدم توصل الأطراف إلى اتفاق بشأن استئناف مسار عملية التحكيم¹.

فحسب المادة 1041 من قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم .

وفي غياب التعيين، و في حالة صعوبة تعيين المحكمين أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي:

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

2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج، و اختيار الأطراف تطبيق قانون الإجراءات المعمول بها في الجزائر"².

وتدخل القضاء لا ينشأ فقط في بداية التحكيم، ولكن من الممكن أيضا أن يوجد أثناء النزاع، وذلك كأن تنتهي مهمة المحكم لسبب ما، فقد نصت المادة 458 مكرر 1/2 من قانون الإجراءات المدنية "... وفي حالة النزاع وما لم تقم الأطراف بتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي المختص بأمر، بناء على طلب الطرف المعني بالتعجيل ولا يقبل هذا الأمر من طرق الطعن"³. وتقابلها المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يستشف من ذلك انه إذا لم يتفق الطرفان على اختيار المحكم البديل، تولى القضاء تعيينه، وفقا لذات الشروط والأحكام التي سبق بيانها، وذلك سواء كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد أو من ثلاثة محكمين، وهذا مشروط بان تكون مهمة المحكم انتهت قبل صدور الحكم، أما بعده فلا مجال للحديث عن محكم بديل⁴.

تجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري، وعلى غرار التشريعات المقارنة، سوى بين الصعوبات المتعلقة بالتعيين وبين تلك المتعلقة بالعزل والاستبدال⁵.

¹ انظر، خليل بوصنوبرة، مرجع سابق، ص 126.

² المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مشار إليه سابقا.

³ انظر، خليل بوصنوبرة، مرجع سابق، ص 130.

⁴ انظر، خليل بوصنوبرة، مرجع سابق، ص 130.

⁵ انظر، تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 142.

والملاحظ على موقف المشرع الجزائري سواء في (قانون رقم 93-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى)، أو نص المادة 1041 من (قانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية) انه لم يحدد المدة التي يستوجب فواتها لاعتبار أن احد أطراف التحكيم تماطل في تعيين محكمه، أو المدة المحددة للمحكمان المعينان لتعيين المحكم الثالث وهو ما يعني أن القاضي الذي يرفع إليه طلب التعيين له السلطة التقديرية لتحديد هذه المدة¹ أما في فرنسا فقد اتبع رئيس محكمة باريس أسلوبا خاصا في ممارسة مهمة تعيين المحكمين، اتبعه بعد ذلك بقية رؤساء المحاكم قوامه التوسط بين الطرفين بغية التوصل إلى تشكيل هيئة التحكيم أو استكمالها برضاها².

فعندما يطلب احد الطرفين مثلا تعيين المحكم نظرا لعدم قيام الطرف الآخر بالتعيين، لا يعتمد رئيس المحكمة إلى التعيين المطلوب مباشرة وإنما يعطي مهلة للطرف الآخر الواجب عليه التعيين للقيام به، وبعدها يقوم باستدعاء الشخص الذي يعتمزم تعيينه كمحكم لأخذ رأيه في مسألة اقتراح أو احتمال تعيينه محكما في النزاع المعروض، لتقادي رفضه أو تخليه عن المهمة لاحقا، ثم دعوة كل واحد من الطرفين إلى إبداء رأيه فيه، وهذا الإجراء محمود لأنه يكرس سلطان الإرادة التحكيمية في إبعادها الثلاثة، إذ يحترم إرادة الأطراف والطابع الاتفاقي لتكوين هيئة التحكيم بمنحهم فرصة التوافق على شخص المحكم، وإرادة المحكم عضو القضاء التحكيمي وطرف عقد التحكيم الذي يحدد ويؤسس لالتزاماته ومسؤوليته اتجاه الأطراف، ويحترم إرادة القانون بالمحافظة على ضمانات الحياد والنزاهة والاستقلالية التي هي قوام "نظام القاضي" عموما، و"نظام المحكم القاضي" خصوصا، لذلك يقترح اعتماد هذا الإجراء الوقائي، وخدمة لتلك الأغراض مجتمعة، واخذ بذاتية وفعالية التحكيم في آن واحد³.

الفرع الثاني

اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية

قد تقتضي طبيعة وظروف النزاع المطروح على هيئة التحكيم، ضرورة اتخاذ بعض

¹ نفس المرجع، الصفحة ذاتها.

² أنظر، حدادن طاهر، مرجع سابق، ص 37.

³ أنظر، حدادن طاهر، مرجع سابق، ص 37.

الإجراءات الوقتية والتحفظية، سواء ذلك قبل انعقاد هيئة التحكيم أو أثناء سير خصومة التحكيم، ومثال هذه الإجراءات، إجراء معاينة لإثبات حالة العين موضوع النزاع، أو تعيين حارس على ممتلكات الشركة محل النزاع بين الشركاء¹. لذلك يتعين أن نبين مفهوم الإجراءات الوقتية والتحفظية (أولاً)، ثم إجراءات تدخل القاضي الوطني فيها (ثانياً).

أولاً: مفهوم الإجراءات الوقتية والتحفظية:

تتخذ التدابير الوقتية أثناء السير في الدعوى للفصل مؤقتاً في مسألة مستعجلة في انتظار الحل النهائي، فالإجراء المؤقت لا يرمي إلى الفصل في موضوع النزاع، لكن يرمي إلى الحصول على نتيجة ثانوية، كحجز أموال أو تقديم كفالة².

أما التدابير التحفظية فتهدف إلى المحافظة على حق أو عين ريثما يفصل في الموضوع، كما يسمح هذا التدبير للطرف الذي يطلبه ضمان فعالية القرار التحكيمي الذي سيصدر مستقبلاً، أو على الأقل سيجنب الآثار غير المرغوب فيها لهذا القرار، فهذه التدابير الوقتية والتحفظية تكون دائماً إستراتيجية تبعية ومؤقتة، ومصيرها متوقف على مضمون القرار التحكيمي النهائي³.

إذن فالتدابير المؤقتة هي عبارة عن حماية بديلة تحل مؤقتاً محل الحماية القضائية والتنفيذية العادية، أما التدابير التحفظية فهي التي تهدف إلى المحافظة على الحق لزمانه في المستقبل، فهي وسائل تكفل وجود الحق عندما يصدر حكم في الموضوع، ومثاله الحجز التحفظي الذي يهدف إلى المحافظة على أموال المدين ويتيح للدائن بعد الحصول على حكم بثبوت للحق وصحة الحجز بإستثناء حقه اختيارياً أو جبرياً⁴.

وتظهر أهمية التدابير الوقتية، والإجراءات التحفظية بالنسبة للمنازعات التحكيمية بشكل أكبر، حيث الحاجة إليها أشد، خاصة مع وجود مبررات تتطلبها، والتي يمكن بيان بعضها فيما يلي⁵:

¹ نفس المرجع، ص 69.

² انظر، جارد محمد، مرجع سابق، ص 111.

³ نفس المرجع، نفس الصفحة.

⁴ انظر، حدادان طاهر، مرجع سابق، ص 70.

⁵ المرجع السابق، ص 70 وما يليها.

- الحاجة إلى السرعة في بعض القضايا والتي تتطلب إجراء فوري وسريع، ولتفادي البطء الذي قد يلزم إجراءات التحكيم إلى أن يتم الفصل في موضوع النزاع.
إن الغاية من هذه التدابير هي غاية وقائية لحماية الطالب من ضرر محتمل، وليست غاية تهدف إلى إزالة ضرر حال.
- يؤدي اتخاذ هذه الإجراءات بمعرفة هيئات التحكيم إلى الاقتصاد في الوقت والنفقات، فضلا عن تخفيف العبء عن القضاء.¹

ثانيا: تدخل القاضي الوطني في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية:

إن الحالة الثانية من حالات تدخل القاضي أثناء إجراءات التحكيم، هي قيام القاضي بإصدار قرارات مستعجلة، لها صفة مؤقتة لحماية حق أو مال من وقوع ضرر قبل فوات الأوان، وقبل البت في أصل الحق، وهذه الإجراءات تنفذ فورا، وبما أن المحكم ليس له سلطة الأمر بالتنفيذ فإن اتخاذه للقرارات الخاصة للإجراءات التحفظية لا يكون لها اثر فعال من الناحية العملية، لان سلطة التنفيذ مقتصر على السلطة العامة، ويجب أن يصدر الأمر بذلك من قبل القاضي، إلا إذا كان قانون الإجراءات الواجبة التطبيق يعطي للمحكم الحق في إصدار مثل تلك الأوامر، ولكن كقاعدة عامة القرارات الخاصة بالإجراءات التحفظية تصدر من قبل القاضي، وهذا يمثل جانب من جوانب التعاون بين قضاء الدولة وهيئات التحكيم.²
ويكون طلب اتخاذ الإجراءات التحفظية من احد أطراف النزاع، يقدم إلى القاضي في المحكمة المختصة حسب الأحوال كمحكمة مكان التحكيم أو محكمة مكان المدعى عليه، أو مكان وجود الأموال المراد اتخاذ الإجراءات التحفظية بشأنها. والقرار الذي يتخذه القاضي له صفة الاستعجال، كالحجز الاحتياطي أو منع وقوع ضرر، أو إيقاف بعض الأعمال والتصرفات، أو منع التصرف بملك الغير بدون حق، وهو ما نصت عليه المادة 1/809 من قانون المرافعات الفرنسي.³ وتقابلها المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

¹ انظر، حدادان طاهر، مرجع سابق، ص 70.

² أنظر، بولحية سعاد، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر-1، 2009، ص 121.

³ أنظر، بولحية سعاد، مرجع سابق، ص 121 وما يليها.

الجزائري حيث تنص على أنه "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب احد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك. إذا لم يقر الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي، يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير"¹.

وقد كانت هذه المسألة محل اهتمام في الفقه الفرنسي، وظهر في هذا الصدد ثلاث اتجاهات على النحو التالي²:

الاتجاه الأول هو الذي يرجح تمتع القضاء الوطني دون سواه بنظر الإجراءات الوقتية والتحفظية المتصلة بالمنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، وعلى الرغم من وجود شرط التحكيم. أما **الاتجاه الثاني** فيذهب إلى عكس ما ذهب إليه الاتجاه الأول، ويرى أن الاختصاص بالنظر في المسائل الوقتية والتحفظية، مسألة تدخل في إطار اتفاق التحكيم، ويختص المحكم وحده دون غيره بالفصل فيها. أما **الاتجاه الثالث** فهو اتجاه وسط بين الاتجاهين السابقين، ووفقاً له فإن توزيع الاختصاص بين قضاء التحكيم وبين قضاء الدولة يتم وفقاً لمبدأ الاختصاص المشترك بينها.

وكذلك نجد **القانون السويسري** الجديد الخاص بقواعد القانون الدولي الخاص³، الذي عالج أحكام التحكيم في الفصل الثاني عشر (12) منه ينص في المادة 183 على ما يلي:

- 1- إلا إذا كان اتفاق على غير خلاف ذلك، يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر بالإجراءات المؤقتة أو الإجراءات التحفظية بناء على طلب احد الأطراف.
- 2- فإذا لم يخضع الطرف المعني لتلك الإجراءات من تلقاء نفسه، يمكن لهيئة التحكيم أن تطلب مساعدة القاضي المختص، ويقوم هذا الأخير بتطبيق قانونه.
- 3- يجوز لهيئة التحكيم أو للقاضي أن يعلق الإجراءات المؤقتة أو الاحتياطية إلى تقديم كفالة مناسبة.

¹ قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مشار إليه سابقاً .

² راجع هذه الاتجاهات في مؤلف، د. حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996، ص 17 وما بعدها.

³ أنظر، بولحية سعاد، مرجع سابق، ص 123.

ويتبين من المادة 3/183 السالفة الذكر، أنها تعطي للمحكم أو لهيئة التحكيم عند عدم خضوع الطرف الذي صدر ضده قرار اتخاذ الإجراءات التحفظية أن تلجأ إلى القاضي، وتطلب معاونته في اتخاذ القرار الخاص بالتنفيذ الجبري لتلك الإجراءات، وفي هذه الحالة يقوم القاضي بتطبيق قانون الإجراءات الذي يطبقه للنظر في الدعوى، وهذا الحكم في القانون السويسري ينسجم تماما مع الواقع، ذلك لأن المحكم ليس له سلطة الإجبار، وإنما تلك السلطة تكون بيد القاضي الذي يمثل السلطة العامة.¹

إضافة إلى المساعدة القضائية التي يقدمها القضاء كما رأينا سابقا في تشكيل الهيئة التحكيمية، خاصة في مجال التحكيم الخاص، فإنه يحتفظ باختصاصه في مجال الأمور المستعجلة والتحفظية، فاتفاق التحكيم لا يترتب عليه سلب حق احد الطرفين في أن يلجأ إلى القضاء للحصول على أمر باتخاذ إجراء تحفظي أو فرض تدبير مؤقت، وهذا يرجع بطبيعة الحال إلى سلطة الأمر المقررة للقضاء والتي تفتقر إليها الهيئة التحكيمية. إضافة إلى الأمر في المنازعات المستعجلة يتعلق بخطر محقق، أو ضرر داهم يواجهه المشرع بقضاء خاص متميز عن القضاء صاحب الاختصاص في دعوى الموضوع.²

من هذا المنطلق يجب على القضاء المستعجل أن يتصدى للدعوى المرفوعة إليه حتى ولو دفع بالاتفاق على التحكيم، وإلا كان ذلك إهدارا للمصلحة المراد حمايتها من ناحية، وتخل من هذا القضاء عن وظيفته من ناحية أخرى.³ فصفة الاستعجال التي اقتضت الخروج على القواعد العامة في الاختصاص القضائي تفرض بالمثل الخروج على صلاحية المحكم، وهذا حتى في حالة الاتفاق الصريح بين الأطراف على اختصاص المحكمة التحكيمية بالأمور المستعجلة، وهذا يرجع إلى طبيعة المنازعات المستعجلة ذاتها، و وظيفة القضاء المتعلقة بها.⁴

مجمل القول، أن كل التشريعات الوطنية الحديثة تعترف بسلطات القضاء الوطني في المجال الأمور المستعجلة، سواء كانت تدابير مؤقتة أو تحفظية، وهو ما أخذ به المشرع

¹ انظر، بولحية سعاد، مرجع سابق، ص 123.

² أنظر، تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 147.

³ المرجع السابق، ص 147.

⁴ أنظر، تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 147 وما بعدها.

الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي جاء بصيغة مماثلة لتلك التي جاء بها نص المادة 458 مكرر 2/9 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، والمأخوذة حرفيا من نص المادة 183 من القانون السويسري السالفة الذكر، حيث تنص المادة 1046 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثانية على انه "إذا لم يتم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي"، وللقاضي الذي يتخذ هذه التدابير أن يقدر ما إذا كان يستوجب على الطرف الذي طلبها تقديم الضمانات المناسبة.

المطلب الثاني

تدخل القاضي الوطني في تنفيذ القرار التحكيمي

تنتهي الخصومة التحكيمية بإصدار الحكم التحكيمي الحاسم للنزاع الذي اتفق الأطراف على إخضاعه لنظام التحكيم، وهذا الحكم هو الثمرة الحقيقية للتحكيم، والقرار التحكيمي لا تكون له أي قيمة قانونية أو عملية إذا ظل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ، لذلك فإن تنفيذ قرار التحكيم يعتبر محور نظام التحكيم، إلا أنه في غالب الأحيان لا يتم تنفيذ القرار من طرف الأطراف طوعا، وهنا يأتي دور القضاء وذلك بإصباح الصيغة التنفيذية على القرار التحكيمي، وهذا ما نتطرق إليه من خلال هذا المطلب، بحيث نتناول في (الفرع الأول) الرقابة القضائية على القرار التحكيمي، وفي (الفرع الثاني) نتطرق إلى الأمر بتنفيذ حكم المحكمين.

الفرع الأول

الرقابة القضائية على القرار التحكيمي

جعلت أغلب التشريعات الوطنية من القضاء جهة للرقابة على أعمال المحكمين للتأكد من شرعية هذه الأعمال، إذ لا يجوز التنفيذ بمقتضى القرار التحكيمي إلا بعد صدور أمر من القضاء بتنفيذه، ولما كان القرار التحكيمي يصدر بعيدا عن ساحة القضاء الوطني، وأن المحكم يفتقر إلى سلطة الأمر بالتنفيذ كان لا بد من تدخل قضاء الدولة لتكملة عمل

المحكمين من خلال ممارسة الرقابة على هذا العمل، وذلك للتأكد من صحته ومشروعيته حتى يمكن أن ينتج آثاره كما لو كان صادرا عن قضاء الدولة¹.

إن عدم تمتع المحكم بسلطة الإلزام التي يتمتع بها القضاء باعتباره الجهة المختصة بإصدار الأمر بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة عن التحكيم جبرا، فإن غالبية التشريعات تخصص نصوصا تتعلق بتدخل القضاء الوطني بغرض رقابة لاحقة على قرارات التحكيم، شريطة أن لا تكون هذه الرقابة عائقا يحول دون أداء التحكيم لمهمته على الوجه المطلوب، أو تكون سببا في إطالة مدة النزاع وإجراءاته².

ومن المقرر أنه لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم إلا بعد أن تضي عليه سلطة قضاء الدولة المختصة الأمر بالتنفيذ، وذلك بعد التحقق من أن المحكم قد استوفى من الناحية الشكلية الشروط التي يتطلبها القانون، وغير مشوب بعيب من عيوب البطلان، دون بحث الحكم من الناحية الموضوعية ومدى مطابقته للقانون³.

يباشر القضاء العام في الدولة من خلال الأمر بتنفيذ حكم التحكيم رقابة على أعمال المحكمين، وذلك حتى يتحقق من سلامتها وخلوها من العيوب الجوهرية المبطللة لها، وانتفاء ما يمنع من تنفيذها⁴.

ورقابة القضاء عن طريق الأمر بتنفيذ حكم التحكيم على أعمال المحكمين، لا تعد رقابة موضوعية، إذ أن القاضي لا يبحث وقائع النزاع أو سلامة تطبيق القانون عليها، أي لا ينظر في حكم التحكيم من الناحية الموضوعية وتحديد صحته أو بطلانه أو سلامته، أو صحة تفسير المحكم أو المحكمين للقانون أو الوقائع، وذلك لأنه لا يعد هيئة إستئنافية، في هذا الصدد يقع عليها مراجعة قضاء المحكمين في موضوع الدعوى، ولا يعد صدور الأمر بتنفيذ حكم التحكيم دليلا على سلامة هذا القضاء، والقول بغير ذلك يؤدي إلي مصادرة الأساس الذي يقوم عليه نظام التحكيم، ويجرده من الحكمة التي أوجبت ضرورة تقريره⁵.

¹ أنظر، جارد محمد، مرجع سابق، ص123.

² انظر، خليل بوصنوبرة، مرجع سابق، ص136.

³ انظر، د. منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص484.

⁴ انظر، د. محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، وجوازه في منازعات العقود الإدارية، قسم قانون

المرافعات، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص259.

⁵ انظر، د. محمود السيد التحيوي، ص259 وما بعدها.

يطلع القضاء العام في الدولة عن طريق الأمر بتنفيذ حكم التحكيم على حكم التحكيم، ويثبت من عدم وجود ما يمنع من تنفيذه، وذلك من خلال التحقق أن هناك مشاركة أو شرطاً للتحكيم بصدد نزاع معين، وأن هذا النزاع هو الذي طرح بالفعل على هيئة التحكيم وفصلت فيه في مواجهة من اتفق على التحكيم، وأن هذا النزاع من المسائل التي يجوز فيها التحكيم، وأن المحكم لم يخرج عن حدود المشاركة، ولم يتجاوز ميعاد التحكيم، وأن المحكم هو الذي اختاره الأطراف المحتكمون، وأن حكم التحكيم الصادر يتمتع بالشكل المقرر بالنسبة للأحكام، ولم يبنى على إجراء باطل، وأن المحكم قد راعى الشكل الذي يتطلبه القانون، وذلك سواء عند الفصل في النزاع أو عند كتابة حكمه¹.

والرقابة التي يمارسها القضاء العام في الدولة على أعمال المحكمين عن طريق الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، تقتصر على العيوب التي يمكن اكتشافها من مجرد الاطلاع على حكم التحكيم، فلا يجوز للقاضي مباشرة أي إجراء للتحقق من عدم وجود هذه العيوب، إذ أنه لا يقضي في خصومة الطرفين².

من الثابت أنه يجب على القاضي أن يرفض الأمر بالتنفيذ إذا كان الأمر المطلوب بتنفيذه لا يعد حكم محكمين، وترتيباً على ذلك فإنه لا يمكن إصدار أمر التنفيذ إذا كان العمل المطلوب يتمثل في تقرير الخبير، أو مجرد إبداء للرأي، فالعمل يجب أن يكون له مظهر حكم المحكمين³.

وتختلف التشريعات الوطنية في حدود ونوع الرقابة التي تباشرها الجهة المختصة بمنع الأمر بتنفيذ القرار التحكيمي، فهي رقابة خارجية تتم دون مواجهة الخصوم في أغلب التشريعات، غير أن هذا لا ينفي وجود خلاف داخل التشريعات التي تأخذ بهذه الرقابة الخارجية وحول مدى هذه الرقابة⁴.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أنه على قاضي التنفيذ أن يراقب كل الشكل الذي يوجبه القانون لإصدار حكم التحكيم، وأي مخالفة يلاحظها تؤدي إلى بطلان الحكم توجب

¹ نفس المرجع، ص 260.

² نفس المرجع، نفس الصفحة.

³ انظر، د. عامر فتحي البطينة، مرجع سابق، ص 226.

⁴ انظر، د. عامر فتحي البطينة، مرجع سابق، ص 226.

عليه حتما أن يمتنع عن إصدار الأمر، وبعبارة أخرى هو لا يصدر الأمر بالتنفيذ إلا إذا استوثق من توافر الشكل الذي يتطلبه القانون ولو لم يتعلق بالنظام العام، لأن عليه أن يراعي مصلحة الخصم الغائب¹.

في حين يذهب جانب آخر من الفقه في مدى الرقابة الشكلية إلى أن القاضي المعروض عليه طلب الأمر بالتنفيذ لا يتمتع بسلطة النظر في الحكم من الناحية الموضوعية، و تقدير صحته أو بطلانه، أو ملاءمة ما انتهى إليه أو سلامة وصحة تفسيره للقانون أو الوقائع، وقاضي التنفيذ إما أن يصدر الأمر بالتنفيذ أو يرفضه، فهو ليس جهة استئناف، كما انه ليس جهة مختصة بنظر بطلان الحكم، إذ لدعوى البطلان قواعد خاصة ولذلك فان رقابة القضاء عن طريق الأمر بتنفيذ حكم التحكيم على أعمال هيئة التحكيم لا تعدو عن كونها رقابة تدقيقية، إذ أن القاضي المختص بإصدار الأمر بتنفيذ الحكم وفقا لنص المادة 54 من القانون الأردني مثلا لا تبحث في وقائع النزاع، حيث أن المشرع الأردني نص صراحة على أن المحكمة تنظر في طلب التنفيذ "تدقيقا"، والقول بغير ذلك يؤدي إلى مصادرة الأساس الذي يقوم عليه نظام التحكيم².

و هناك بعض القوانين التي تأخذ بالرقابة الموضوعية التي يتم فيها حضور الخصوم وإعمال مبدأ المواجهة، ويتم فيها حضور طالب التنفيذ والمطلوب التنفيذ ضده، وتقوم المحكمة بسماع كلا الطرفين وتفحص كل ما يبيده احدهما في مواجهة الآخر من دفوع ضد حكم المحكم المطلوب إصدار الأمر بتنفيذه والتي تعرضه للبطلان، ولا بد من الفصل في هذه العيوب قبل إصدار الأمر بالتنفيذ أو المصادقة على هذا الحكم، فالقاضي حسب هذا النظام لا يكتفي بمجرد الرقابة المادية ذات الطابع الشكلي، وإنما يذهب إلى حد مراجعة القرار التحكيمي من حيث الموضوع، فيستطيع التعرض للوقائع من جديد وتفسيرها وفقا لمنهجه الذي يتبعه، وله تعديل القرار التحكيمي إذا رأى ذلك ضروريا³.

إن هذه الرقابة الموضوعية للقاضي تتشابه إلى حد بعيد مع الرقابة التي تمارسها محاكم الاستئناف مع الحكم الابتدائي المطعون فيه، لذا فان الأخذ بالرقابة الموضوعية غير

¹ نفس المرجع، ص 226 وما بعدها.

² نفس المرجع، ص 127.

³ انظر، جارد محمد، مرجع سابق، ص 126.

مرغوب فيه بالنسبة لأحكام المحكمين الدوليين، لأن من شأنها عدم تشجيع اللجوء إلى نظام التحكيم¹.

أما **المشروع الجزائري** فقد اشترط شرطين لإصدار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي، أحدها **شكلي** يتمثل في إثبات وجود الحكم التحكيمي، والآخر **موضوعي** يتعلق بمطابقتها للنظام العام الدولي. فالتنفيذ الجبري للحكم التحكيمي يستوجب حسب المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إثبات من تمسك به و وجوده، وهذا عن طريق تقديم أصل الحكم مرفوقا باتفاقية التحكيم، أو نسخة عنها على الأقل مستوفية لشروط صحتها، ويتم إيداعها من الطرف المعني بالتعجيل بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة و وفقا لقواعد الاختصاص².

أما بالنسبة **للشرط الثاني** المتعلق بمطابقة الحكم للنظام العام الدولي، فقد اتجه المشروع الجزائري إلى ابعاد ما نصت عليه اتفاقية نيويورك التي انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 233/88³، فقد بين أن النظام العام المقصود به هو النظام العام الدولي وليس النظام العام الداخلي، أي الصورة المخففة من النظام العام الجزائري التي تتماشى مع مقتضيات المرونة التي تتسم بها التجارة الدولية، سواء أعلق الأمر بالقواعد الموضوعية أو الإجرائية، فينبغي على القاضي الذي يطلب منه إصدار الأمر بالتنفيذ أن يتقيد بهذا التفسير لتحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي، لأن اشتراط أكثر من ذلك سيؤدي حتما إلى مراجعة حكم التحكيم، أي رقابته من حث الموضوع، وهو ما يؤدي إلى تدخل القاضي في عمل المحكم والتعدي على مبدأ عدم اختصاص القاضي الوطني في النزاع محل اتفاق التحكيم⁴.

الفرع الثاني

الأمر بتنفيذ حكم المحكمين.

بعد إيداع حكم التحكيم وتقديم طلب التنفيذ، يأتي دور القاضي لمنح أمر التنفيذ أو رفض هذا الأمر، فإذا كان حكم التحكيم الدولي غير مخالف للنظام العام الدولي، وقد تم

¹ نفس المرجع، ص 126، 127.

² انظر، تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 149.

³ مرسوم رئاسي رقم 233/88 المؤرخ في 05/11/1988، يتضمن انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك المؤرخة في

10 يونيو 1958، المتعلقة بالاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ج ر عدد 48، الصادرة في 23 نوفمبر 1988.

⁴ انظر، تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 149.

إيداعه لدى أمانة ضبط المحكمة، مرفقا بطلب التنفيذ والمستندات والعرائض اللازمة، حيث يقدم طلب التنفيذ في شكل عريضة طبقا لأحكام المادة 311 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لكي يتأكد القاضي من حكم التحكيم¹.

وفيما يخص الجهة المختصة في تنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر، فإن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها، هو المختص في تنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر، أما بالنسبة لحكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر فتختص في تنفيذه محكمة محل التنفيذ، وبعد استيفاء كل الإجراءات اللازمة لتنفيذ حكم التحكيم الدولي سيصدر القاضي الأمر بتنفيذه، والرأي الغالب فقها وقضاء يرى بأن الأمر بتنفيذ حكم التحكيم هو من الأعمال الولائية وليس من الأعمال القضائية، وليس له صفة الخصومة القضائية، ويصدر طبقا للقواعد العامة في إصدار الأوامر الولائية المنصوص عليها في المواد 310 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري².

وما يؤكد الطابع الولائي لأمر التنفيذ الخاص بحكم التحكيم الدولي، هو أن دور رئيس المحكمة يكمن في رقابة حكم التحكيم وإزالة العقبة القانونية التي وضعها المشرع أمام المحكوم لصالحه لتنفيذ حكم التحكيم الدولي متى كان مطابقا لأحكام القانون، وليس ثمة أي نزاع معروض على القاضي للفصل فيه، وما يلاحظ في هذا السياق أن المشرع الجزائري في المادة 458 مكرر 2 من قانون الإجراءات المدنية الملغى نص على أن يوضع الأمر بالتنفيذ على أصل الحكم أو على هامشه، بينما سكت عن ذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولم يبين شكل الأمر الذي يصدر عن رئيس المحكمة المختصة، وسكوته هذا يعني أن الأمر يصدر وفقا للقواعد العامة الخاصة بالأوامر الولائية، وعليه سيصدر هذا الأمر بذيل العريضة³.

¹ انظر، عبد النور احمد، إشكالية تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، مذكر لنيل شهادة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2009-2010، ص 143.

² نفس المرجع، ص 144.

³ انظر، عبد النور احمد، مرجع سابق، ص 144 وما يليها.

إن أحكام التحكيم مجردة في ذاتها لا تحوز القوة التنفيذية، فعلى الرغم من أن حكم التحكيم يتمتع بحجية الشيء المقضي به بمجرد صدوره، فإنه لا تكون له القوة التنفيذية إلا بعد صدور أمر خاص من القضاء الوطني يسمى أمر التنفيذ، بمعنى أنه لا يعتبر سندا تنفيذيا إلا بعد صدور الأمر بالتنفيذ و وضع الصيغة التنفيذية عليه، والأمر بالتنفيذ هو الإجراء الذي يصدر من القاضي المختص قانونا، ويأمر بمقتضاه بتمتع حكم المحكمين وطنيا كان أم أجنبيا بالقوة التنفيذية، فهو يمثل نقطة الالتقاء بين قضاء التحكيم والقضاء العام، ولا يقصد بإجراء الأمر بالتنفيذ أن يتحقق القاضي من عدالة المحكم، كما لا يعد صدور الأمر بالتنفيذ في ذاته دليلا على سلامة هذا القضاء¹.

فالأمر بالتنفيذ الذي يصدر من القاضي المختص أمر ولائي يمارس به القاضي سلطة الأمر المزود بها، وذلك لمعالجة قصور إرادة المحكم في الوصول إلى تحقيق مصلحة معينة، لأن المشرع في هذه الحالة يرى أن هناك مصالح جديرة بالرعاية، فيشترط الوصاية القضائية وضرورة إعمالها لرقابة سعي الخصوم للوصول إلى الهدف الذي يرغبون في تحقيقه².

حصرت المادة 58 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 شروط إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، وهي أن يكون ميعاد رفع الدعوى بطلب بطلان حكم التحكيم قد انقضى، وألا يكون حكم التحكيم المراد تنفيذه في مصر متعارضاً مع حكم بات سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع، وألا يتضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام في مصر، وأخيراً أن يكون قد تم إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه في حكم التحكيم إعلاناً صحيحاً، وذلك احتراماً لمبدأ المواجهة بين الأطراف المحتكمين في خصومة التحكيم، والذي يعد من الضمانات الأساسية التي يحرص عليها القانون المصري³.

ولقد نظمت التشريعات المقارنة نصوصاً لتنظيم تمتع حكم التحكيم بالقوة التنفيذية بعد صدور الأمر بتنفيذه من القاضي المختص قانوناً. والمشرع الجزائري مسابرة منه للتشريعات

¹ انظر، د. عامر فتحي الباطنية، مرجع سابق، ص 217.

² انظر، د. نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 347.

³ انظر، د. محمود السيد التحيوي، مرجع سابق، ص 254.

المقارنة والاتفاقيات الدولية نص في المادة 1051 /2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني"¹.

وتقتصر سلطة المحكم على النظر في النزاع والفصل فيه، وليس له سلطة الأمر، ولذلك اشترط المشرع الجزائري لإنتاج الحكم التحكيمي آثاره في الحياة القانونية، ويرقى إلى مصاف أحكام المحاكم الوطنية يجب الحصول على الأمر بتنفيذه، إذ تقتصر سلطات القاضي الأمر على مجرد الرقابة الشكلية دون الموضوعية على الحكم المراد تنفيذه².

لا يعد حكم التحكيم سندا تنفيذيا في ذاته بل هو جزء من السند التنفيذي، حيث يقوم رئيس المحكمة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ بتقديم الطلب في شكل عريضة طبقا للمادة 311 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وهو يواجه عدم فعالية إرادته، فلا يمكن الاعتراف له بمركز الدائن في دولة التنفيذ إلا بعد حصوله على تأشيرة من طرف السلطة المختصة³.

أما فيما يخص شكل هذا الأمر لم يبين في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإنما سكت المشرع الجزائري عن هذا، هل يصدر في ذيل العريضة، أو يوضع على ورقة التحكيم أو على هامشه، مما يعني انه يصدر وفقا لأحكام القواعد العامة في الأوامر الولائية، وبالتالي يصدر بذيل العريضة وتبعاً لذلك يقدم طلب التنفيذ إلى القاضي المختص في شكل عريضة، ويقوم بإصداره من دون إعلان الأطراف للحضور، وتخضع الأوامر الولائية إلى نظام قانوني يختلف عن النظام القانوني الذي تخضع له الأحكام القضائية، فالأوامر الولائية تحوز كأصل عام على الحجية وينظم فيها بواسطة دعوى البطلان المرفوعة أمام نفس القاضي الذي اصدر الأمر، كما يجب التمييز بين أحكام التحكيم فهي أحكام قضائية تحوز على حجية الشيء المقضي به، ويستنفذ القاضي سلطته بصورها، وبين الأمر بالتنفيذ فهو

¹ المادة 2/1051 من القانون رقم 08-09 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

² Mouhand Issaad. Séminaire sur l'arbitrage commercial en Algérie. Le 25 février 2001. à

Alger.P 76 ، نقلا عن جارد محمد، مرجع سابق، ص 127.

³ انظر، بوكريطة موسى، القانون الواجب التطبيق على القانون التجاري الدولي وفق القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2002، ص 126.

يعد من قبيل الأوامر الولائية، فلا يجوز للقاضي العدول عنه، ويجب أن ينفذ أمر التنفيذ خلال اجل ثلاثة (03) أشهر وإذا لم ينفذ خلال هذا الأجل الذي يبدأ من تاريخ صدوره تعرض للسقوط وهذا حسب نص المادة 311 من نفس القانون¹.

خلاصة الفصل الثاني

رغم تمتع أطراف التجارة الدولية بكامل الحرية في التحكيم التجاري الدولي الخاص، إلا أن هذه الحرية لا تكون على حساب مصالح الدولة، فمعظم التشريعات الداخلية للدول أوجبت احترام النظام العام السائد فيها وكذا القواعد الآمرة التي لا يجوز مخالفتها على إقليمها، فالإخلال بالنظام العام أو القواعد الآمرة في الدولة يعتبر إخلالا بسيادتها، وهذا ينطبق أيضا على التحكيم التجاري الدولي، بحيث أن المحكمين ملزمين بتنفيذ هذه القواعد الآمرة (قواعد البوليس) وكذا احترام النظام العام في البلد محل تنفيذ الحكم التحكيمي، فأغلب تشريعات الدول تفرض رقابة على قرارات التحكيم قبل الشروع في تنفيذها. هذا من جانب ومن جانب آخر يمكن للقاضي الوطني أن يتدخل كمساعد للمحكم، وهذا من خلال اتخاذه لإجراءات وقتية وتحفظية تخص النزاع محل التحكيم وكذا الأمر بتنفيذ حكم المحكمين بكون أنهم لا يملكون سلطة الأمر بالتنفيذ الجبري.

خاتمة

إن ما نخلص إليه ختاماً من هذا البحث البسيط هو أن التحكيم ظاهرة مهمة لتسوية المنازعات القائمة بين المتعاملين في حقل التجارة الدولية، كونه شديد الارتباط بالحياة

¹ انظر، بوكريطة موسى، مرجع سابق، ص 127.

الاقتصادية الدولية، ولأنه يهدف بالدرجة الأولى إلى تطوير وازدهار العلاقات الاقتصادية الدولية.

فقد اثبت التحكيم التجاري الدولي وجوده وقدرته على حل النزاعات الدولية الناشئة عن العلاقة التجارية، مما فرض تبنيه على المستوى الدولي وحتى الداخلي كنظام مستقل عن قضاء الدولة ومنافس له، ذلك أن أطراف عقود التجارة الدولية لهم سلطة الخيار في إتباع نظام التحكيم، أو الخضوع لنظام قضاء الدولة، فنجد الإقبال عليه كنظام منفصل عن القضاء العادي.

وتبين لنا مما لا يدع مجالاً للشك أن الإرادة تلعب دوراً هاماً في التحكيم التجاري الدولي الخاص، بحيث انه يمكن لأطراف اختيار المحكمين الذين يتقنون بهم وبنزاهتهم للفصل في نزاعهم، كما يمكن لهم تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. أما فيما يخص القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع فيعود على إرادة الأطراف، وفي حالة غياب هذه الإرادة يتولى المحكمون اختيار القانون الذي يرونه مناسباً للفصل في النزاع ويحقق العدالة للأطراف.

وبعد صدور القرار التحكيمي يكون تنفيذه طوعياً من قبل الأطراف، ولا يملك المحكم سلطة إجبار الطرف الذي صدر ضده القرار التحكيمي لتنفيذه، وحماية للطرف حسن النية الذي صدر له القرار التحكيمي أجازت له القوانين طلب استصدار أمر التنفيذ الجبري للقرار التحكيمي، وهذا في حالة المماثلة في التنفيذ من الطرف الذي صدر ضده القرار.

إنه رغم الحرية الواسعة التي يتمتع بها أطراف التجارة الدولية في التحكيم التجاري الدولي الخاص، إلا أن هذه الحرية ترد عليها بعض القيود والعوامل التي تقلص من نطاق هذه الحرية، وهذا راجع للسياسة التشريعية لمختلف الدول، مما اثر بصورة سلبية على فعالية نظام التحكيم، وعلى تحقيق الهدف المرجو منه، ولعل ابرز هذه العوائق والقيود، نجد قواعد النظام العام التي تهدف إلى حماية المبادئ والأسس العامة التي يقوم عليها المجتمع، وكذا قواعد البوليس ذات التطبيق المباشر، إضافة إلى تدخل القاضي الوطني خلال سير إجراءات التحكيم، وذلك بتعيين محكمين واتخاذ إجراءات وقتية وتحفظية، وكذا التدخل للرقابة على القرار التحكيمي للأمر بتنفيذه.

ولهذا فمن الصعب التسليم بالحرية المطلقة، بل يمكن للقاضي وحتى المحكم فرض قيود، لذلك يطرح التساؤل حول ما إذا كان هذا التقييد هو حماية للأطراف أم تقييد لهذه الحرية، والحقيقة أنها تحمي الأطراف بالدرجة الأولى نظرا لتجنبها احتمالات وقوع أضرار بمصلحة الطرف الضعيف في العلاقة العقدية من جهة، وحماية المصالح العليا للبلاد من جهة أخرى.

قائمة المراجع المعتمدة:

أولا: باللغة العربية:

1- الكتب:

- 1/ د. اشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- 2/ _____، اتفاق التحكيم والمشكلات العلمية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- 3/ د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2004.
- 4/ _____، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفزية في المنازعات الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996.
- 5/ د. رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- 6/ د. سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 7/ د. عامر فتحي الباطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
- 8/ د. عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض النزاعات في مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شهاب، القاهرة، مصر، 1990.
- 9/ د. غالب على داو ودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الأردن، 2005.
- 10/ د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997.
- 11/ _____، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.

12/ د. محمد إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية الآمرة، دراسة في إمكانية تقليص الدور الذي تلعبه في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية أمام هيئات التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001.

13/ د. محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.

14/ د. مختار احمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

15/ د. منير عبد المجيد، الأسس العامة لتنظيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

16/ د. مهند احمد السانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية والأجنبية والاتفاقيات والمراكز الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.

17/ د. نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.

2- الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ- الرسائل:

1/ خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009/2008.

ب- المذكرات:

- 1/ احمد بوخلخال، نظام تسوية منازعات الاستثمار الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2013/2012.
- 2/ بوكريطة موسى، القانون الواجب التطبيق على القانون التجاري الدولي وفق القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب بالبلدية، الجزائر، 2002.
- 3/ بولحية سعاد، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات الدولية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009.
- 4/ جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2010-2009.
- 5/ حدادان طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
- 6/ خواثره سامية، تنفيذ القرارات التحكيمية المترتبة عن المنازعات التجارية الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003/2002.
- 7/ عبد النور احمد، إشكالية تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، مذكر لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2010-2009.
- 8/ عيد عبد الحفيظ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005.
- 9/ كروم نسرين، إجراءات التحكيم التجاري الدولي في القانون المقارن الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدية، 2007.
- 3- المقالات والمدخلات العلمية:**

أ- المقالات:

1/ احمد محمود الفضلي ومؤيد احمد عبيدات، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، المجلد الثاني عشر، العدد الأول، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، عمان، الأردن، 2010، ص ص 40-56.

2/ تعويلت كريم، دور القاضي في تحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد 01 / 2010، ص ص 141-154.

3/ أ.خليل بوضنوبرة، التدخل القضائي في مجال التحكيم الدولي في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، العدد 02 / 2006، ص ص 119-147.

4/ رضوان عبيدات، الآثار الايجابية لاتفاق التحكيم التجاري وفقا لأحكام القانون الأردني والمقارن، دراسة في الشريعة والقانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، الأردن، المجلد 38، العدد 02، 2011. ص ص 636 - 665.

5/ انظر، د. علي كاظم الرفيعي، سلطات المحكم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، 2010 ص ص 36-83.

ب- المداخلات العلمية:

1/ د. راشا علي الدين، بحث بعنوان سلطات المحكم في عدة التوازن المالي للعقد، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، أبريل 2009.

4- النصوص القانونية:

1/ أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. معدل بالقانون رقم 10/05 الصادر في 20 جوان 2005 ج ر 44 الصادرة في 2005.

2/ قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق لـ 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، بتاريخ 23 أبريل 2008.

3/ مرسوم رئاسي 88-233 مؤرخ في 05/11/1988 متضمن انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك، مؤرخة في 10 يونيو 1958 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ج ر عدد 48، الصادرة في 23 نوفمبر 1988.

4/ مرسوم تشريعي 93-09 مؤرخ في 25 أبريل 1993، المعدل والمتمم للأمر 66-154، مؤرخ في 08 جوان 1966 متضمن قانون الإجراءات المدنية. ج ر عدد 27، الصادرة في 27 أبريل سنة 1993.

ثانيا - باللغة الأجنبية:

1/ Eric Loquin. l'aimable composition en droit comparé et international. Librairie technique. Paris .1980.

2/ Jean Michel Jacquet. Principe d'autonomie et contrats internationaux. Publie avec le concoure du ministère des universités. ECONOMICA 1983.

3/ Terki Nour Eddine. L'arbitrage commercial international en Algérie. OPU. Alger 1999

4/ Mouhand Issaad. Séminaire sur l'arbitrage commercial en Algérie. Le 25 février 2001. à Alger.

فهرس المحتويات

01.....	مقدمة
03..	الفصل الأول: مواطن أعمال مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي الخاص
03.....	المبحث الأول: أعمال إرادة أطراف التجارة الدولية في تنظيم التحكيم
04.....	المطلب الأول: سيادة الإرادة في الاتفاق على التحكيم
04.....	الفرع الأول: الاتفاق على التحكيم
04.....	أولاً: تعريف اتفاق التحكيم
06.....	ثانياً: طبيعة اتفاق التحكيم
07.....	الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم
09.....	المطلب الثاني: دور الإرادة في تشكيل محكمة التحكيم
09.....	الفرع الأول: سلطة تعيين المحكم
11.....	الفرع الثاني: ضبط سلطات ومهام المحكم
13.....	المبحث الثاني: أعمال إرادة أطراف التجارة الدولية أثناء سير الخصومة التحكيمية
14.....	المطلب الأول: تحديد القانون المطبق على إجراءات التحكيم
14.....	الفرع الأول: سيادة مبدأ سلطان الإرادة
15.....	الفرع الثاني: الضوابط الاحتياطية في تنظيم إجراءات الخصومة التحكيمية
16.....	أولاً: سلطة المحكم في اختيار أو تكملة القواعد الإجرائية لسير المنازعة
17.....	ثانياً: تطبيق قانون مقر التحكيم
20.....	المطلب الثاني: تحديد القانون المطبق على موضوع التحكيم
20.....	الفرع الأول: دور إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع
22.....	الفرع الثاني: دور المحكم في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع
25.....	المطلب الثالث: تنفيذ القرار التحكيمي
25.....	الفرع الأول: تعريف الحكم التحكيمي و طبيعته

- أولاً: تعريف الحكم التحكيمي.....25
- ثانياً: طبيعة حكم التحكيم.....27
- الفرع الثاني: التنفيذ الإرادي للقرار التحكيمي27
- الفرع الثالث: التنفيذ الجبري للقرار التحكيمي.....29
- خلاصة الفصل الأول.....32
- الفصل الثاني: مواطن تقييد مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي الخاص...32
- المبحث الأول: القيود المقررة في القانون الدولي الخاص.....33
- المطلب الأول: قواعد النظام العام.....33
- الفرع الأول: مفهوم النظام العام.....33
- أولاً: مفهوم النظام العام الداخلي.....34
- ثانياً: مفهوم النظام العام الدولي.....35
- ثالثاً: التفرقة بين النظام العام الداخلي و النظام العام في القانون الدولي الخاص.....36
- الفرع الثاني: دور المحكم في تطبيق قواعد النظام العام.....37
- المطلب الثاني: قوانين البوليس.....39
- الفرع الأول: مفهوم قوانين البوليس.....40
- الفرع الثاني: التزام المحكم بتطبيق قواعد البوليس.....44
- المبحث الثاني: القيود الخاصة بعملية التحكيم.....45
- المطلب الأول: تدخل القاضي الوطني خلال سير إجراءات التحكيم.....46
- الفرع الأول: تعيين المحكمين.....46
- الفرع الثاني: اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية.....51
- أولاً: مفهوم الإجراءات الوقتية و التحفظية.....52
- ثانياً: تدخل القاضي الوطني في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية.....52
- المطلب الثاني: تدخل القاضي الوطني في تنفيذ القرار التحكيمي.....55

56.....	الفرع الأول: الرقابة القضائية على القرار التحكيمي
60.....	الفرع الثاني: الأمر بتنفيذ حكم المحكمين
63.....	خلاصة الفصل الثاني
64.....	خاتمة
66.....	قائمة المراجع
71.....	فهرس