

التحكيم التجاري الدولي وآثاره

د/ عباس عبد القادر

أستاذ محاضر قسم «ب» جامعة الجلفة

ملخص

يعتبر التحكيم عدالة خاصة وبمقابل، تهدف إلى حل النزاعات التجارية على المستوى الدولي والتي تم تقديمها من الأطراف المتنازعة، وكل هذا في إطار احترام مبادئ القانون.

لا يوجد تعريف رسمي للتحكيم إلا أنه يتميز بـ:

- التحكيم آلية لحل المنازعات

- التحكيم رضائي (يتم تعيين وقبول المحكم من الأطراف المتنازعة)

- التحكيم إجراء خاص

- ينتهي التحكيم بقرار نهائي وتنفيذي يحدد حقوق والتزامات الأطراف وفي حالة امتناع أحد الأطراف عن الالتزام بحكم التحكيم فيمكن للطرف الثاني اللجوء إلى السلطة العامة.

يعبر التحكيم عن الرضا الصريح لأطراف النزاع، ويعود نجاحه على المستوى الدولي إلى سرعة الإجراءات التي يتميز بها مقارنة مع القضاء العادي، إضافة إلى أنه تعبير عن التوازن بين القطاع الخاص والقطاع العام الذي يضمن فعاليته.

تعتبر لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية مصدر أساسي للقواعد الإجرائية التي يمكن أن تتفق عليها الأطراف المتنازعة من أجل السير الحسن لعملية التحكيم في إطار العلاقات التجارية لهذه الأطراف.

يجب تمييز التحكيم التجاري الدولي عن التحكيم الوطني وذلك لكون التحكيم الوطني يخضع لقواعد التشريع الوطني دون غيرها.

Résumé

L'arbitrage désigne une justice privée et payante, chargée de trancher les litiges commerciaux au niveau international qui lui sont soumis par les parties dans le respect des principes du droit. Si il n'existe pas de définition officielle de l'arbitrage on peut cependant lui trouver les caractéristiques suivantes:

-l'arbitrage est un mécanisme de règlement des différends;

-l'arbitrage est consensuel) par exemple, l'arbitre est désigné et accepté par les 2 parties; (

-l'arbitrage est une procédure privée;

-l'arbitrage débouche sur une détermination finale et exécutoire des droits et obligations des parties) en cas de

refus d'une partie d'appliquer cette sentence ,l'autre partie pourra faire appel à la puissance publique d'un Etat. Elle devra pour cela demander l'exequatur de la sentence devant les tribunaux de cet Etat.

Le recours à ce mode de résolution résulte donc nécessairement du consentement exprès des deux parties.

Le succès de cette méthode dans la résolution de conflits commerciaux au niveau international repose sur la rapidité de la procédure) en comparaison à une procédure juridique» classique («et l'équilibre entre la sphère privée qui lui donne sa souplesse et la sphère publique qui lui confère son efficacité.

La CNUDCI présente un ensemble détaillé de règles de procédure dont peuvent convenir les parties pour la conduite d'une procédure arbitrale dans le cadre de leurs relations commerciales.

L'arbitrage international est à distinguer de l'arbitrage au niveau national dont la procédure est spécifique à chaque Etat.

لم تهتم العديد من دول العالم الثالث بالتحكيم التجاري الدولي إلا بعد مدة زمنية من استقلالها، ويعود هذا بالأساس لاعتبار هذا النوع من تسوية النزاعات مخالفا لمبدأ سيادة الدولة ، كانت ترى أن التحكيم آلية متعارضة مع مبدأ سيادة الدولة. هذه السيادة التي يجب أن تتجلى من خلال صور عديدة، ومنها القضاء الذي لا يجب أن يخرج عن هذه الصور. كما أن تبني الاقتصاد الموجه والذي تبنته العديد من الدول المستقلة والتي اختارت النهج الاشتراكي ساهم بقدر كبير في استبعاد نظام التحكيم من المنظومة القضائية.

كان للتحويلات الاقتصادية والسياسية التي شهدتها الساحة الدولية مع نهاية الثمانينات(*) الأثر البالغ على الساحة الجزائرية حيث أصبحت سياسة اقتصاد السوق هدفا تسعى إليه سلطات البلاد اقتناعا منها بأنها الحل الأمثل للوضع الاقتصادي التي عرفت البلاد في تلك الفترة وخصوصا أن سياسة الاقتصاد الموجه أثبتت محدوديتها في الجانب الاقتصادي للدولة والذي أثار سلبا على النواحي الاجتماعية أدى بطريقة غير مباشرة إلى ضرورة إعادة النظر في آليات حل المنازعات الدولية وعلى رأسها التحكيم التجاري الدولي.

ولكن هل يعتبر هذا التأقلم والتوجيه الجديد ضرورة أهلها الظروف الدولية والواقع الاقتصادي الذي أصبحت تعرفه الساحة الوطنية أم أن تطور طبيعي للنظام القانوني والعمل القضائي الذي لم يعد ملائما لنوعية القضايا المطروحة أمامه. نحاول الإجابة عن ذلك من خلال مبحثين، نخصص الأول للتعرف على التحكيم التجاري الدولي من حيث الماهية والخصائص والتشكيل، ثم من خلال مبحث ثان نسقط ذلك على النظام القضائي الجزائري في ظل الواقع الراهن والتنظيم القانوني الساري المفعول.

المبحث الأول: التحكيم التجاري الدولي

ساهم التحكيم مساهمة فعالة في حل العديد من القضايا التي طرحت على الساحة الدولية وأصبح من الوسائل السلمية والفعالة في تسوية المنازعات الدولية وهذا تطبيقا للمادة 33 من ميثاق الأمم المتحدة والتي نصت على الوسائل السلمية

لحل المنازعات الدولية واعتبرت أن التحكيم وسيلة من هذه الوسائل.⁽¹⁾

المطلب الأول: تعريف التحكيم:

إن التحكيم ليس بالمصطلح الحديث على المجتمع الإنساني، فلقد عرفته مختلف الحضارات، وتم العمل به بطرق متفاوتة⁽²⁾، كما أن الفقه اقترح عدة تعريفات للتحكيم فنجد الفقيه «شارل جارسون» يرى أن التحكيم هو النظام الذي بموجبه يسوي طرف من الغير خلافا قائما بين طرفين أو عدة أطراف ممارسا لمهنة قضائية عهدت إليه من قبل هؤلاء الأطراف⁽³⁾، أما الفقيه «أوبي» فإنه يرى أن التحكيم عبارة عن إجراء يتم بمقتضاه اتفاق الأطراف على عرض نزاع معين أمام محكم يختارونه ويحددون سلطانه للفصل بينهم مع تعهدهم بقبول التحكيم الذي يصدره المحكم ويعتبرونه ملزما⁽⁴⁾. ومما سبق يمكننا القول أن التحكيم الدولي هو قضاء خاص يتمتع بخصوصية معينة، تميزه عن قواعد وأصول المحاكمات العادية في كل بلد، كما يعتبر المحكم بمثابة قاض خاص تعهد للخصوم بتنفيذ مهمة تحكيمية تكون محلا للنزاع في بينهم خلال فترة زمنية معينة لقاء أتعاب تحدد بموجب اتفاقية التحكيم، سواء كانت بندا تحكيميا أو عقد مستقلا بذاته عن الاتفاق المبرم فيما بينهم⁽⁵⁾. ولا تختلف التعريفات الفقهية كثيرا مع ما تناولته الاتفاقيات الدولية في مقاربتها للتحكيم، فنجد أن المادة 37 من اتفاقية «لاهاي» الأولى والخاصة بالتسوية السلمية للمنازعات الدولية تنص على أن التحكيم الدولي يهدف إلى حل المنازعات بين الدول عبر قضاة يتم اختيارهم حسب رغبة الأطراف ذات النزاع، وعلى أساس احترام القانون⁽⁶⁾ أما المادة الأولى من قانون التحكيم النموذجي (Modellaw) والصادر عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، فتعتبر أن التحكيم التجاري الدولي يتم بين طرفين توجد أماكن عملهم في دول مختلفة ويسري على كافة المواضيع الناشئة عن العلاقات ذات الطبيعة التجارية سواء كانت تعاقدية أم لم تكن، والعلاقات ذات الطبيعة التجارية تتضمن: العلاقات التجارية الخاصة بتزويد أو تبادل البضائع والخدمات، اتفاقية التوزيع، التمثيل التجاري أو الوكالة، التصنيع، التأجير، أعمال البناء، الاستشارة، الهندسة، الترخيص... إلخ⁽⁷⁾.

وعلى مستوى القضاء نجد أنه تم التعرض لتعريف التحكيم، فمجلس الدولة الفرنسي يرى أن التحكيم يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث (المحكم)، والتسليم بأن قرار المحكم هو قرار قضائي⁽⁸⁾، أما على مستوى التشريع الجزائري فنجد أن المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تناولت تعريف التحكيم الدولي دون تحديده، فنصت على أنه: «يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل».

نستنتج مما سبق بيانه أنه رغم أن إرادة أطراف العقد أو النزاع هي التي تنشئ اتفاق التحكيم إلا أنها لا تنشئ التحكيم ذاته، حيث أن إجازة التحكيم تتطلب نص المشرع على تلك الإجازة محددا لنطاق التحكيم بمعنى تحديد المسائل التي يجوز أو يحظر فيها التحكيم، إضافة لضرورة أن يحدد التشريع كيفية تنفيذ أحكام المحكمين.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم

يبرز التحكيم من خلال عمليتين متميزتين، فالعمل الأول هو أن الأطراف المتنازعة والتي تقبل باللجوء للتحكيم لحل

التنازع سواء كان اتفاقهما شرطا أو مشاركة⁽⁹⁾ أي أن اللجوء للتحكيم جاء بناء على اتفاقية سابقة أم أنه مجرد اتفاق آني جاء تبعا لخلاف أو النزاع، أما العمل الثاني فهو الذي يقوم به المحكم الذي تم اختياره من قبل الأطراف من أجل الفصل في النزاع من خلال حكم يكون حائز لحجية الأمر المقضي به وهذا عمل قضائي بخلاف عمل الأطراف الذي يعتبر عملا اتفاقيا وهنا يمكن أن نتساءل: هل للتحكيم طابع قضائي أم طابع اتفاقي أم مزيج بين الاثنين؟ وتكمن الإجابة عن هذا السؤال في التوصل إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع وكيفية تنفيذ قرار التحكيم وحتى الطعن فيه وإن كان إلى هذه وسيلة⁽¹⁰⁾.

الفرع الأول: الطبيعة الاتفاقية للتحكيم

يرى أنصار هذا الرأي أن التحكيم يجد أساسه في اتفاق الأطراف، وما عمل المحكم إلا تنفيذه وإخراجه للعلن، ويعود السبب إلى كون الاتفاق مصدر قرار التحكيم وهو الأساس الذي تبنى عليه العملية برمتها⁽¹¹⁾ ويعتبر اتفاق التحكيم بأنه الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوئها من خلال التحكيم⁽¹²⁾ ويرى الدكتور أحمد عبد الرحمان الملحم أنه من أجل إعمال نظام التحكيم يتوجب إبرام ثلاث عقود:

- عقد الطرفين (بيع، إيجار أو غيره) وعند النزاع يتم اللجوء إلى العقد الموالي.
- عقد المشاركة أي اتفاق الطرفين عند إبرام العقد الأول على إحالة أي نزاع محتمل إلى التحكيم.
- عقد التحكيم: إبرام العقد بين الأطراف والمحكم⁽¹³⁾.

يرر أنصار هذه النظرية موقعهم بعدة اعتبارات منها أن الهدف من التحكيم هو الرضا باستبعاد القضاء واستناد الحكم في النزاع إلى محكم خاص، كما أن التحكيم يحقق مصلحة خاصة وهي مصلحة أطراف النزاع بخلاف القضاء الذي يركز على المصلحة العامة، كما أن المحكم يمكن أن يكون وطنيا أو أجنبيا بخلاف القاضي الوطني ولا يتمتع المحكم بصلاحيات القاضي الوطني من حيث إجبار الشهود بالحضور أمامه وتوقيع الغرامة عليهم في حالة الغياب وغيرها. وأخيرا فإن إجراءات التحكيم مغايرة لإجراءات القضاء لاسيما أن حكم التحكيم لا يتمتع بقوة تنفيذية في ذاته.

ويؤدي العمل بالتحكيم، كتعبير عن إرادة الأطراف إلى نتائج عديدة أهمها أن ما يصدره المحكم يعتبر قرار التحكيم على أساس التلازم بين اتفاق التحكيم وقرار التحكيم ونفس الشيء بالنسبة للمحكم الذي يصبح قراره باطلا عندما يخالف محتوى اتفاق التحكيم. ورغم الأهمية التي تكتسبها هذه النظرية إلا أنه يجب التأكيد على أن إرادة الأطراف ليست العامل المحدد في عملية التحكيم، فالمحكمين لا يخضعون للأطراف وإنما لضمائرهم، أي أنهم ليسوا وكلاء عن أطراف النزاع. كما أن الدور الأساسي لعملية التحكيم هو ترجمة لإرادة المشرع وتطبيقا لها بصورة مخالفة عما ألفه أطراف النزاع، ويمكن القول أن المحكمين: « يصدرن أحكامهم وفقا لإرادتهم المستقلة ويفصلون في النزاع كقضاة محايدين »⁽¹⁴⁾، وما تدخل الدولة اعترافها بالتحكيم وتنظيمها له إلا دليل على الطابع القضائي له ولا يمكن رد هذا بمقارنة التحكيم بتنفيذ الأحكام الأجنبية التي تحتاج إلى أوامر قضائية.

الفرع الثاني: الطبيعة القضائية

يعتبر التحكيم وفق هذا الاتجاه بأنه توجه نحو قضاء العدالة الخاصة أما القضاء فهو توجه نحو قضاء العدالة

العامة⁽¹⁵⁾، أي أنه لأطراف بين الحالتين في كونهما قضائين، رغم أن التحكيم جاء كنتيجة لإرادة الأطراف التي اتجهت إلى اختيار هذه الوسيلة لفض النزاع، ولكن هذا في إطار قانوني وتتجلى الوظيفة القضائية في طبيعة المحكم دون اعتبار للمعايير الشكلية أو العضوية التي تتعلق بشخص الذي يؤدي الوظيفة⁽¹⁶⁾ ويؤكد أنصار الطبيعة القانونية للتحكيم أنه من حيث الشكل محكم التحكيم يأتي مكتوبا ومسببا وموقعا عليه من المحكمين كما أنه يشمل على بيانات تكاد تكون نفس البيانات الموجودة في أحكام القضاء أما من حيث الموضوع فإن حكم التحكيم يستند إلى قواعد القانون والعدالة ويتمتع الحكم بحجية الأمر المقضي به⁽¹⁷⁾ إضافة إلى كون التحكيم يقوم على أساس التفويض من الدولة للمحكم بإقامة العدالة بين الأفراد ورغم أنه مؤقت إلا أن هذا لا ينفي عليه الميزة القضائية، ويذهب فريق من أنصار الطبيعة القضائية للتحكيم إلى اعتباره وجه من أوجه قضاء الدولة إلى جانب القضاء العادي وعلى هذا بقي هذا الفريق بوجود قضائين هما قضاء التحكيم وقضاء الدولة⁽¹⁸⁾ وهذا ما يؤكد حسبهم الطبيعة القضائية للتحكيم.

يتبين مما سبق استعراضه أنه لا يمكن تغليب رأي فريق على آخر فالتحكيم تتعاقب عليه صفتان تتمثل الأولى في الصفة الاتفاقية والتي تظهر من خلال اتفاق التحكيم، أما الصفة الثانية فيجسدها المحكم لما يقوم بحسم النزاع المطروح أمامه. وعلى هذا الأساس فإن كل فريق أصاب في جانب من الطرح الذي قدمه ويستوي الحل المناسب في القول بأن نظام التحكيم هو نظام مختلط يجمع بين الاتفاق ابتداء وينتهي بالقضاء.

يترتب على الأخذ بالنظام المختلط للتحكيم مجموعة من النتائج يمكن إيجازها فيما يلي:

- قرارات التحكيم هي عقد قبل صدور الحكم بتنفيذها وعليه فهي تخضع لقانون العقود، أما بعد صدور الحكم بتنفيذها فإنها تصبح خاضعة لقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية⁽¹⁹⁾.

المطلب الثالث: أنواع التحكيم

رغم أن الصورة العامة للتحكيم هي اتفاق الأطراف عليه كوسيلة لحل النزاع أو الخلاف الذي يحدث بين الأطراف، إلا أن هناك حالات أخرى يتم فيها فرض التحكيم وتكون هنا أمام صورتين للتحكيم الأولى هي الصورة الاختيارية أما الصورة الثانية فهي الصورة الإجبارية وفي حالات أخرى نجد أن أطراف النزاع تفوض المحكم بالفصل في النزاع وفق قواعد العدالة والإنصاف ونعبر عن هذا النوع من التحكيم بالتحكيم بالصلح أما إذا كان على المحكم الفصل وفق القانون فإنه تحكيم بالقانون. قد يلجأ أطراف النزاع إلى شخص واحد للفصل بينهم وهذا ما يعبر عنه بالتحكيم الحر أما إذا كان المحكم منظم أو مركزا دائما تكون أمام التحكيم المؤسس نحاول استعراض هذه الأنواع من التحكيم من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح

لا يثير التحكيم بالقانون أي إشكال في كونه يتمثل في أن المحكم يلتزم بالقانون حرفيا ولا يلجأ لقناعته الشخصية أو مبادئ العدالة والإنصاف، أما التحكيم بالصلح فإن الأمر يصبح مغايرا لأن المحكم ليس مجبرا على التقيد بأحكام القانون لأنه يستخدم مبادئ الإنصاف والعدالة سعيا منه لتحقيق نوع من التعاون بين الطرفين ولو كان في هذا مخالفة للقانون الذي يحكم النزاع⁽²⁰⁾ ولكن إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي فإنه في هذه الحالة وحسب المادة 1059 من قانون

الإجراءات المدنية والإدارية⁽²¹⁾ يمكن الطعن يمكن الطعن فيه بالبطالان أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، وكان القانون المصري أكثر وضوحاً عندما قرر البطلان المطلق لحكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في الدولة⁽²²⁾.

يجب التذكير بأن الصلح قد يكون حلاً خلال عملية التحكيم، وهذا بناء على مبادرة من الأطراف ذاتها بخصوص جزء من النزاع أو على كل النزاع، كما يمكن للمحكم إصدار حكم بناء على التراضي الذي قام بين الأطراف. وهذه الحالات تقدم الصلح منفصلاً عن التحكيم ذاته، ومنه لا يعد هذا النوع من التحكيم صلحاً. ويؤيد هذا الطرح تنظيم الصلح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث تم تخصيص الفصل الأول من الباب الخامس للصلح (المواد من 970 إلى 974)، وفي نفس الاتجاه نجد البعض يذهب إلى أن التحكيم بالصلح هو عقد صلح وليس تحكيمياً بالمعنى الفني الدقيق، ذلك لأن المحكم المصالح لا يجوز له أن يجرد أحد الخصوم من كل طلباته⁽²³⁾، في حين يرى الطرف المخالف أن مهمة المحكم ليست التوسط أو التوفيق بين الخصوم لكي يتنازل كل منهم عن بعض إدعاءاته ولكن يصدر حكماً ملزماً⁽²⁴⁾.

في التشريعات العربية نجد أن المادة 198 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري تقضي بأنه يجب أن يكون حكم المحكمين «على مقتضى قواعد القانون ما لم يكونوا مفوضين بالصلح وبشروط عدم مخالفة قواعد النظام العام والآداب». وتقضي المادة 39/4 من قانون التحكيم المصري بأنه «يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون». ويطابق النص المصري المادة 39/4 من القانون العماني والمادة 36/د من القانون الأردني. وتنص المادة 36 من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه «يحق لأطراف النزاع تفويض هيئة التحكيم بإجراء الصلح بينهم وفق قواعد العدالة ويجوز لهيئة التحكيم أن تعرض بناء على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها تسوية ودية للنزاع». وتنص المادة 212/2 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتية على أنه «يكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضاً بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها بالنظام العام».

والثابت في جميع أن الاتفاق على تفويض المحكم بالصلح لا أثر له على الطبيعة القضائية للتحكيم فلا يغير منها فهو ليس بالإجراء المنافس، ووظيفة المحكم بالصلح وظيفة قضائية. فضلاً على ذلك فإن الحكم الصادر عن المفوض بالصلح يمكن الطعن فيه بنفس طرق الطعن المقررة للحكم الصادر من المحكم بالقانون ومن المسلم به أن شرط التفويض بالصلح يعادل التنازل عن الاستئناف ولكن يبقى الاستئناف ممكناً قانوناً ضد أحكام المفوض بالصلح إذا اشترطه الخصوم صراحة وهذا ما يؤكد على الطابع القضائي لهذا النظام ولا يقبل حكم المفوض بالصلح التجزئة وفي حالة زوال سلطة المحكم بالصلح بعد إصدار الحكم في شق من موضوع التحكيم ودون حسم موضوع النزاع برمته يعتبر الحكم كان لم يكن أيأ كانت أسباب انقضاء سلطة المحكم ولا يعتبر المحكم مفوض بالصلح إلا إذا وضحت إرادة الخصوم وضوحاً تاماً وصريحاً وأستقر قضاء محكمة النقض المصرية على عدم جواز الاكتفاء بالرضا الضمني في التحكيم المفوض فيه بالصلح.

الفرع الثاني: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري

التحكيم الاختياري يقوم في الأصل على إرادة الأطراف الحرة والتي يعبر عنها صراحة في التوجه للتحكيم بدلا من القضاء وهذا من أجل فض نزاعاتهم القائمة والمحتملة وهذا التوجه قد يكون معبرا عنه في عقد يبرمه الطرفان في إطار معاملة قائمة بينهما وتكون هنا أمام ما يعرف بشرط التحكيم . والتحكيم الاختياري لا يكون مطلقا وحكرا على إرادة الأطراف فعلى المستوى الوطني نجد أن اللجوء إلى التحكيم يكون حكرا على مجموعة من المواضيع دون سواها حتى لا يكون التحكيم هو الأصل وبخلاف ذلك نجد أنه على صعيد التجارة الدولية فالتحكيم الاختياري هو في الغالب إذ تتعالى الأصوات بتحقيق مبدأ سلطان الإرادة على وجه يشمل كافة التعاملات بما فيها الاتفاق على التحكيم، وقد سعت الدول إلى توحيد قواعد التحكيم فيما بينها حتى ظهر ما يسمى بالقانون النموذجي (Mode law) والقواعد الموحدة للجنة القانون التجاري الدولي بالأُمم المتحدة (Uncitralaw) وقد لاقت قواعد هذا القانون قبولا عارما من المجتمع الدولي إذ أن القانون قد قدم للتجارة الدولية نظاما قانونيا موحدا يتلافى عدم ملائمة القوانين المحلية لنظم وإجراءات التحكيم في التجارة الدولية.

يكون التحكيم إجباريا عندما لا يكون لأطراف النزاع أية إرادة حرة في اختياره وإنما لجوءهم إليه إنما هو استجابة للقانون وطريق التحكيم هذه قد يعتبرها القانون الطريق الوحيد لحل منازعات معينة بذاتها ولا يقبل طرحها أمام القضاء وهذه الصورة نادرة الحدوث لأنها تحالف إعلانات الحقوق والدساتير والتي تنص على حق كل شخص في اللجوء إلى القضاء ⁽²⁵⁾.

أما الصورة الثانية فهي أن القانون يشترط في بعض القضايا وجوب طرحها على التحكيم أولا وقبل قبولها على مستوى القضاء وعدم توفر هذا الإجراء يؤدي إلى رفض الدعوى لخلف شرط التحكيم الذي يعد في هذه الحالة شرطا من شروط قبول الدعوى ⁽²⁶⁾. في التشريع الجزائري نجد المادة 1006 من ق.إ.أ.م تنص على : « يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها. لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم. ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية». ويثور الخلاف حول طبيعة المنازعات التي يلجأ فيها للتحكيم، فذهب فريق إلى المنازعات المقصودة، هي تلك المتعلقة بتنفيذ العقود، وذهب فريق آخر إلى أن المنازعات تشمل كل النزاعات المرتبطة بتنفيذ العقد وكذلك تفسيره، وبرر هؤلاء موقفهم باتفاقية التحكيم بين شركة «سوناطراك» و«تكنيب» الإيطالية والمبرمة في 15/03/1983 والتي أحالت الشرط التحكيمي على كل الخلافات والمنازعات بين الأطراف حول تفسير العقد أو تنفيذ العقد إلى التحكيم ⁽²⁷⁾ أما المنازعات التي استثنى المشرع الجزائري منها اللجوء إلى التحكيم فهي المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم، كما أنه يمنع على الشخصيات المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم في منازعاتها مع الغير إلا إذا كانت المنازعات متعلقة بالاقتصاد الدولي أو في إطار الصفقات العمومية. ورغم وجود التحكيم الإجباري إلا أن التحكيم الاختياري هو الصورة الأكثر شيوعا في التشريعات بخلاف التحكيم الإجباري الذي يعتبر حالة استثنائية.

الفرع الثالث: التحكيم الحر والتحكيم المؤسس

يكون التحكيم حرا عندما يقوم الحضور أنفسهم باختيار المحكم أو المحكمين ويحددون لهم القواعد الإجرائية والموضوعية الواجب اتباعها وتنتهي مهمة المحكمين بصدر الحكم الفاصل في النزاع ⁽²⁸⁾ ويوفي هذا النوع من التحكيم مجموعة

من المزايا منها السرية والتي تتطلبها بعض المنازعات لاسيما تلك المتعلقة بنقل التكنولوجيا كما أنه أقل تكلفة وأكثر سرعة ولا يخضع بصورة مباشرة لضغوط الدول المؤثرة.

بخلاف النوع السابق، فهناك نوع ثان من التحكيم تتولى القيام به هيئة أو منظمة دولية وحتى وطنية ويكون ذلك وفق إجراءات وقواعد تم وضعها قبل أن يقوم نزاع الأطراف وتجد هذه القواعد الإجرائية مصدرها في الاتفاقيات الدولية والقرارات المنشئة⁽²⁹⁾ ونطلق على هذا النوع من التحكيم بالتحكيم المؤسس والذي أصبح أكثر شيوعاً على المستوى الدولي وهذا بالنظر لما يوفره من مزايا ساهمت في استقراره ورقيه ومن هذه المزايا أنه يوجد على مستوى المنظمات قوائم بأسماء المحكمين المتخصصين في مختلف المجالات ويتمتعون بمعارف وكفاءات عالية في مجال التحكيم مما يسهل على الأطراف المتنازعة عملية التحكيم ويجنبهم مشقة البحث عن المحكمين المناسبين إلى جانب هذا فإن اللوائح المتواجدة على مستوى المنظمات والخاصة بإجراءات التحكيم وكيفية مباشرته تزيد من قوة هذا النوع من التحكيم واستقراره.

تتنوع مقرات التحكيم أو ما يتعارف عليها من مراكز التحكيم، فمنها ما يقتصر نشاطه على المستوى الوطني، ومنها ما يغطي المستوى الإقليمي، ومنها ما هو متواجد على مستوى دولي. وكلها تتميز بالدوام بحيث لا يقتصر عمل محكمة التحكيم على مجرد صدور حكم التحكيم بل تبقى مستمرة على نفس البناء القانوني والاتفاقي الذي يحكمها.

المبحث الثاني: آثار اتفاق التحكيم

إن الطابع العقدي لاتفاق التحكيم يرتب على أطرافه مجموعة من الالتزامات المتبادلة ووجب على أساس ذلك أن تتوفر في الاتفاق مجموعة من الشروط (شكلية وموضوعية) حتى يمكن وصفه بالعقد وحتى يرتب آثاراً في مواجهة أطراف العقد وفي مواجهة الغير.

تباين مواقف الدول حول شرط الكتابة، هل هو للإثبات فقط أم شرط وجود الاتفاق التحكيمي ذاته. فالدول اللاتينية تضي على اتفاق التحكيم طابع العقد الشكلي وعليه فالكتابة الرسمية هي شرط وجود وعلى خلاف هذا التوجه نجد أن الدول الأنجلوسكسونية تعتبر الكتابة شرط إثبات فقط وبمعنى آخر يجوز الاتفاق على التحكيم شفويا وضمنيا. أما المشرع الجزائري فيعتبر الكتابة شرطاً أساسياً في اتفاق التحكيم وعليه حول اتفاق التحكيم من عقد رضائي إلى عقد شكلي ورتب البطلان على تخلف شرط الكتابة وهذا ما تشير إليه بصورة صريحة المادة 1008 من ق.إ.م.إ والتي تنص في فقرتها الأولى على: «يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها...» والملاحظ أن المادة تشير إلى الإثبات والأكد أن الإثبات لا يرتب عنه البطلان، وهذا ما يؤكد أن الكتابة شرط أساسي وليس للإثبات. وإلى جانب المشرع الجزائري نجد أن المشرع الفرنسي ينهج نفس الطريق، فالمادة 1443 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الداخلي عام 1980 تنص على ضرورة كتابة شرط التحكيم تحت طائلة البطلان أما فيما يخص التحكيم الدولي فإن المشرع الفرنسي ترك ذلك لاتفاق الأطراف ولم يخضع شروطاً معينة تخص الشكل ولكن يوجد فريق من الفقه يرى أن المشرع الفرنسي يشترط الكتابة من التحكيم الدولي وبرر ذلك بكون فرنسا طرف في اتفاقية نيويورك لعام 1958 والتي تشترط الكتابة⁽³⁰⁾. وإضافة لشرط الكتابة فإنه يلزم لاتفاق التحكيم لكونه عقد كباقي العقود مجموعة من الشروط الموضوعية، من تراض بين أطرافه

وأهلية لإبرام هذا الاتفاق ومحل تتمثل في المنازعة المعروضة على التحكيم وسبب لإبرام هذا الاتفاق. وإلى جانب الشروط الموضوعية العامة نجد المشرع الجزائري على غرار العديد من المشرعين في العالم، أضاف شروطا خاصة تم التطرق لها في المادة 1008 من ق.إ.م.إ والتي تناولت تعيين المحكم أو المحكمين تحت طائلة البطلان ونفس الأمر بالنسبة لطريقة تعيين المحكمين وموضوع النزاع⁽³¹⁾.

متى اجتمعت الشروط الشكلية والموضوعية في اتفاق التحكيم أصبح يتمتع بالقوة التي تسمح له بمواجهة أطرافه ولا تقوم في مواجهة الغير إلى في الأحوال الخاصة التي يقررها القانون خروجاً عن الأصل وهذا ما نعبر عنه بنسبية آثار العقد. تصبح القوة ملزمة لاتفاق التحكيم متمثلة في الامتناع عن اللجوء للقضاء وهذا ما نعبر عنه بالآثر السلبي أما الأثر الإيجابي فهو تعهد الأطراف بعرض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ مستقبلاً على التحكيم. وسنتناول هذين الأثرين من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم

يلتزم الأطراف بعرض النزاع الناشئ بينهم على محكم أو محكمين تم اختيارهم للفصل في النزاع وهذا بدلا من اللجوء إلى المحكمة المختصة أصلاً بالفصل في النزاع وعلى هذا النحو فإن الأثر الإيجابي لا يطرح أي إشكال. ولكن الأمر يصبح مختلفاً إذا طلب أحد الأطراف تفعيل التحكيم بينما يقوم الطرف الثاني بعرقلة هذا التوجه كأن ينسحب من مشاركة التحكيم أو يمتنع عن تعيين محكمه أو يغيب عن جلسات التحكيم أو أن يتسبب في كل ما من شأنه منع سير عملية التحكيم وفق ما تم الاتفاق عليه. ومما لا شك فيه أن هذه الحالات تمنع السير الحسن لعملية التحكيم.

إن كان الأصل أن قبول اللجوء للتحكيم جاء بناء على الإرادة المنفردة فإن الأمر يختلف في حالة الرغبة بالانسحاب من اتفاقية التحكيم لاسيما إذا كان لهذا الانسحاب أثر سلبي على الطرف الآخر. وتتجلى أهمية الكتابة في هذه الحالة وهذا من أجل ضمان جدية اتفاق التحكيم ويكون هذا في صلب العقد أو في مشاركة مستقلة عن العقد لهذا فإن لعبارات الاتفاق أهمية بالغة في مسألة تحديد الإدارة المشتركة لأطراف الاتفاق. ويخضع تفسير الاتفاق لمجموعة من الضوابط المنطقية وضوابط قانونية ولهذا فعند تفسير الاتفاق يجب الالتزام بأن يكون هذا التفسير في إطار ضيق مع كامل الحيطة والحذر اللازمين، كل هذا إلى جانب أن تكون للمحكمين سلطتهم القضائية لحل النزاع. تكتسي صياغة التحكيم أهمية بالغة من حيث أن لأطرافها الحرية في الصياغة لهذا من المستحسن أن تحاول أطراف الاتفاق الإطاحة بكل ما هو ضروري لتجنب الرجوع للقضاء مما ينجم عنه التعقيد وإطالة أمد النزاع⁽³²⁾.

يحدث أن يقوم أحد أطراف النزاع بالانسحاب من التحكيم وذلك من خلال اتخاذ موقف سلبي من إجراءات التحكيم في هذه الحالة يجب الرجوع إلى الإجراءات التي حددها اتفاق التحكيم في تسير المحاكمة. والعبرة هنا لسلطان الإرادة ولكن في حالة لم ينص الاتفاق على كيفية سير إجراءات التحكيم فإن القانون الذي يسري أمام القضاء هو الذي يحكم هذه الإجراءات أمام محكمة التحكيم، ومع هذا فلم يقيد المشرع إرادة الأطراف التي اختارت التحكيم بضرورة تقديم دفاعها ومستنداتها قبل 15 يوما من تاريخ انتهاء المهلة التحكيمية سواء كانت تعاقدية أم قانونية يحدده بموجب القانون في حدود 3 أشهر قابلة للتجديد

مرة واحدة فقط ⁽³³⁾، ونجد أنه في قضية (letco)(**) لجأ مركز (icsid) للتحكيم بالفصل في النزاع الذي كانت فيه دولة ليبيريا طرفاً وامتنعت عن تعيين محكم لها، رغم إغذارها مما أدى بمحكمة التحكيم بالفصل في النزاع على أساس أن تخلف أحد الأطراف ليس من شأنه إيقاف إجراءات التحكيم ⁽³⁴⁾.

يعتبر مبدأ اختصاص المحكم من المبادئ الأساسية في التحكيم الدولي ومن أدتها وهو ما يعرف بـ (compétence-competence) ويظهر دوره بشكل أو بآخر في توسيع سلطات المحكمين لهذا فالمعنى ينصرف إلى سلطة المحكم في أن يفصل على نحو نهائي في مسألة اختصاصه ودون الخضوع لأية رقابة قضائية ⁽³⁵⁾.

وعلى خلاف المقاربة الألمانية السابقة للمبدأ، فإن غالبية الفقه الفرنسي والسويسري تعتبر أن المبدأ يشير إلى اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه تحت الرقابة اللاحقة للقضاء، ولهذا وكرجمة حرفية فإننا نعبر عن المبدأ بـ (اختصاص-اختصاص) ويقضي هذا المبدأ بإعطاء الصلاحية للمحكمين بتأكيد أو إلغاء عملية تنصيبهم كمحكمين حسب ما هو ظاهر أو ناتج عن شرط التحكيم، فما يعني اختصاصهم لوحدهم بقبول كل دفع أثير أمامهم من أحد الأطراف يتعلق مباشرة بالفصل في صحة ووجود بند التحكيم ⁽³⁶⁾. وتبعاً لما سلف فالفكرة الأساسية التي يقوم عليها المبدأ هي عدم وجود مبرر للتشكيك سلفاً في قدرة المحكمين على التوصل لقرار عادل، ومن هذه الفلسفة أجاز التحكيم في مواضيع كانت محظورة عليه لتعليقها بالنظام العام مثل المنافسة، محاربة الرشوة، استثمارات الملكية الفكرية... إلخ. تحت رقابة القضاء اللاحقة ⁽³⁷⁾.

وتأكيداً لاختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه نجد أن القضاء أكد ذلك في العديد من القضايا، فنجد محكمة colmar أكدت في حكمها الصادر في نوفمبر 1968 القاعدة التي تفيد بأن القاضي المطروح عليه النزاع هو المختص بالفصل في مسألة اختصاصه، وذهبت محكمة Laseine في حكمها الصادر في أكتوبر 1956 إلى دعوة المحكمين في التثبت من أن اتفاق التحكيم يمنحهم الاختصاص بالفصل في النزاع المعروض عليهم كما أنهم ملزمون بالتأكد من وجود اتفاق التحكيم وصحته ونطاقه أيضاً ⁽³⁸⁾. في الاتفاقيات الدولية نجد أن اتفاقية نيويورك 1961 في مادتها 5/3 تنص على: « لا يجب على المحكم الذي ينكر الأطراف عليه الاختصاص أن يتخلى عن نظر المنازعة، فالمحكم له السلطة في الفصل في اختصاصه وفي مسألة وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذي يعتبر هذا الاتفاق جزءاً منه » ونفس المبدأ تم تأكيده في اتفاقيات عديدة مثل اتفاق واشنطن 1965 من خلال المادة 4/1، لائحة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس من خلال المادة 8/3، لائحة التحكيم لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم في المادة 15 وغيرها.

وبناء على ما سبق ذكره فإن مبدأ الاختصاص في المبادئ المستقرة في النظام الدولي ولو أن بعض فقهاء النظام الأنجلوسكسوني مازالوا يشككون في ذلك ⁽³⁹⁾.

المطلب الثاني: الأثر السلبي لاتفاق التحكيم

إن المقصود بالأثر السلبي لاتفاق التحكيم أو الأثر المانع هو التزام الأطراف بعدم اللجوء إلى القضاء، أي إنها تتمثل في سلب النزاع من سلطة ولاية القضاء وحرمان أطراف العقد من اللجوء إلى القضاء العادي بشأن النزاع الذي وقع الاتفاق على حله عن طريق التحكيم. ونكون على ضوء ما سبق أمام مبدأ كرسه المعاداة الدولية والتشريعات الوطنية، وهو مبدأ عدم

اختصاص القضاء الوطني وهذا سواء كان محل اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم أو في صورة اتفاق تحكيم قائم بذاته. تنص المادة 1458 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية على: « إذا رفع النزاع المعروض على محكمة التحكيم بموجب اتفاق التحكيم على القضاء الوطني، يجب على هذا القضاء أن يقو عدم اختصاصه...»، ورغم أن هذه المادة جاءت في التحكيم الداخلي إلا أن محكمة النقض الفرنسية أكدت في حكم صادر لها في 28-06-1989 على أن المادة 1458 من قانون الإجراءات المدنية تطبق على التحكيم الوطني والدولي على حد سواء⁽⁴⁰⁾.

وفي الجزء الثاني من المادة سابقة الذكر نجد أنه على القضاء أن يقرر عدم اختصاصه إلا إذا كان التحكيم ظاهر البطلان. وسار المشرع المغربي على نفس المنوال حيث وبالرجوع إلى المادة 827 من القانون 05-08 المعدل لقانون المسطرة المدنية والتي تنص على: « عند ما يعرض نزاع مطروح أمام هيئة تحكيمية عملاً باتفاق تحكيم على نظراً إحدى المحاكم وجب على هذه الأخيرة إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في جوهر النزاع أن تصرح بعدم القبول إلى حين استنفاد مسطرة التحكيم أو إبطال اتفاق التحكيم إذا كان النزاع لم يعرض بعد على هيئة التحكيم، وجب كذلك على المحكمة بطلب من المدعى عليه أن تصرح بعدم القبول ما لم يكن بطلان اتفاق التحكيم واضحاً. ويتعين على المدعى عليه أن يدفع بذلك قبل الدخول في جوهر النزاع، ولا يجوز للمحكمة في كلتا الحالتين أن تصرح تلقائياً بعدم القبول.»

في الجزائر نجد المشرع من خلال المادة 1045 من ق.إ.م.إ ينص على: « يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، أكانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف.» فبالنظر لهذه المادة تبين أن للدعوى التحكيمية أثر موقف لاختصاص القضاء وكذلك الأمر عندما يتبين للقاضي وجود اتفاقية تحكيم بشأن النزاع المطروح أمامه ولذلك فإنه من الهام معرفة متى تعتبر الخصومة التحكيمية قائمة في ظل عدم ظهور اتفاق التحكيم لأنه في هذه الحالة يكون وجود اتفاق التحكيم كاف في حد ذاته لرفع يد القضاء عن النزاع⁽⁴¹⁾.

على المستوى الدولي نجد أن العديد من المعاهدات كرس المبدأ، فالمادة الرابعة من بروتوكول جنيف سنة 1923 تنص على: « على محاكم الدولة المتعاقدة المطروح عليها نزاعاً مبرم بين الأشخاص المشار إليهم في المادة، ومتضمن شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم صحيح وقابل للتطبيق أن تحيل الأطراف المعنية بناء على طلب أحدهم إلى قضاء التحكيم» وأكدت معاهدة نيويورك 1958 نفس الموقف حين أكدت من خلال المادة 11/3 على القضاء بإحالة أطراف نزاع أبرم بشأنه اتفاق تحكيم وبناء على طلب أحدهم، إلى التحكيم وهذا ما لم يتبين للمحكمة أن اتفاق التحكيم باطل أو غير قابل للتطبيق. ونجد في القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1958، نفس التوجه السابق ذكره من خلال المادة 8/1.

وبعد استعراض مختلف النصوص القانونية الوطنية والدولية والتي أكدت على مبدأ عدم اختصاص القضاء الوطني بالنظر في نزاع معروض على التحكيم ولكن يحق لنا أن نتساءل عن مدى هذا المبدأ من حيث استبعاده للقضاء الوطني؟ وبمعنى آخر ما هي حدود هذا المبدأ؟

من الإجراءات التي يتخذها القضاء الوطني ما يعرف بالإجراءات الوقفية والتحفظية والتي تكون مرتبطة بالنزاع والتي عادة لا يمس بأصل الحق المتنازع عليه، ففي هذه الحالة نجد خلافاً بين فقهاء القانون وحتى بين التشريعات. فيذهب فريق من

الفقهاء إلى اعتبار أن مبدأ عدم اختصاص القضاء لا ينطبق في هذه الحالة، على اعتبار افتقار المحكمين لسلطة الإلزام لأن من الإجراءات ما يتطلب تدخل القضاء للقيام بها وهذا غير متوفر لهيئة التحكيم ويدللون على ذلك بالإجراءات الحجز التحفظي الذي لا يمكن اتخاذ أمر بإصدار أوامره إلا من قبل قضاء الدولة⁽⁴²⁾.

ويرى فريق آخر أحقية المحكم باتخاذ الإجراءات الوقائية المرتبطة بالنزاع لأن في هذا تأكيد لوحدة النزاع وبررون موقفهم في كون أن ضمان تنفيذ هذه الإجراءات هو الإرادة الحرة التي كانت سببا في اللجوء إلى اتفاق التحكيم⁽⁴³⁾.

وهناك فريق ثالث، يعتبر وسطا بين الموقفين السابقين، وحسب هذا الفريق فإنه يمكن لأطراف النزاع اللجوء إلى القضاء باتخاذ الإجراءات التحفظية، كما يمكنهم عرض هذا على المحكم⁽⁴⁴⁾.

إن المتتبع لمختلف التشريعات الوطنية في موضوع الإجراءات التحفظية، يسجل تباينا في تنظيمها، فمن التشريعات من جعل تنظيم والفصل في هذه الإجراءات في اختصاص القضاء ومنهم جعلها من صلاحية المحكمين. يعتبر المشرع المصري أن القضاء الوطني هو المختص في اتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية وأجاز لأطراف النزاع الاتفاق على إسناد هذا الاختصاص لمحكمة التحكيم وعلى هذا فإن اتخاذ هذه الإجراءات ليس من النظام العام⁽⁴⁵⁾.

في الجزائر نجد المادة 1046 من ق.إ.م.إ. تنص على: « يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك. إذا لم يقر الطرف المعني بتنفيذ هذه التدابير إراديا جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي. يمكن ل محكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذه التدابير » يتبين من هذه المادة أنه يجوز للخصوم أو بعضهم تقديم طلب ل محكمة التحكيم لاتخاذ تدبير أو أكثر مؤقت أو تحفظي، إلا إذا تم الاتفاق من ذي قبل على خلاف ذلك وإذا لم يدع المعني بالأمر بمحض إرادته كان لمحكمة التحكيم اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة لطلب المساعدة وعندها يكون قانون هذا الأخير هو المطبق، كما أجازت المادة لمحكمة التحكيم أو القاضي أن يخضع التدابير المطلوبة منه الأمر بها إلى ضمانات يقدمها الطرف الآخر، أي يمكن استبدال التدابير بضمانات يقدمها الطرف المعارض على تلك التدابير. هذا وكما يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدبير تحفظي يمكن للقاضي المختص أن يفرض تدابير تحفظية على المعني بها ولو كان النزاع معروض أمام هيئة تحكيمية، فقد أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 23-03-1985 أن وجود الشرط التحكيمي لا يمنع قاضي الأمور المستعجلة من اتخاذ تدبير تحفظي أو وقي كتعيين خبير مثلا للقيام ببعض المهام التي تتطلبها المرحلة.

أما موقف المعاهدات الدولية من مسألة اتخاذ الإجراءات التحفظية فإنها تكاد تجمع على أحقية محكمة التحكيم باتخاذها وهو ما نصت عليه المادة 2/3 من معاهدة نيويورك، أما على المستوى الأوروبي فإن اتفاقية التحكيم التجاري الدولي ومن خلال 6/4 تعتبر أن طلب الإجراءات الوقائية أو التحفظية الموجه إلى السلطة القضائية لا يخالف إتفاق التحكيم أما القانون النموذجي لسنة 1985 فإنه أجاز للطرفين التوجه إلى القضاء أو التحكيم من أجل هذه الإجراءات.

يحدث أن لا يتفق أطراف النزاع على تعيين هيئة التحكيم أو لم يوضحه بما فيه الكفاية الطريقة التي على أساسها يتم اختيار هيئة التحكيم ويكون الأمر مثيرا للتساؤل عندما نكون أمام أسلوب التحكيم الحر. ففي عدة تشريعات ومنها التشريع المصري

نجد أنه في هذه الحالة تتدخل المحكمة القضائية في تشكيل هيئة التحكيم بناء على طلب أحد الطرفين ونفس الشيء نص عليه القانون الفرنسي في المادة 1493/2 من قانون الإجراءات المدنية حيث أنه يجوز للطرف صاحب المصلحة ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك أن يلجأ لرئيس المحكمة الكلية بباريس وفقا للأوضاع المنصوص عليها في المادة 1457 وهذا من أجل تدخل القضاء في تشكيل محكمة التحكيم.

تنص المادة 1041 من ق.إ.م.إ. الجزائري في فقرتها الثانية على: «..... في غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهيمه التعجيل القيام بما يأتي:

- 1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.
- 2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر »

فلاحظ أن المشرع خول كل من يهيمه التعجيل من أطراف التحكيم اللجوء إلى المحكمة المختصة إقليميا.

في حالات أخرى يحدث أن تنتهي المدة المخصصة للتحكيم والتي اتفقت عليها أطراف النزاع دون أن تصدر هيئة التحكيم حكما فاصلا في النزاع ونكون هنا أمام حالة استنفاد ولاية التحكيم ففي هذه الحالة يجيز القانون اللجوء إلى القضاء لمدة ميعاد التحكيم، وهذا ما أخذت به العديد من التشريعات الوطنية مثل قانون التحكيم المصري في المادة 45/2 من قانون التحكيم . تناول المشرع الجزائري مسألة تدخل القاضي الوطني في ميعاد التحكيم في المادة 1018 من ق.إ.م.إ. حيث اعتبر أن المحكم ملزم بإنهاء مهامه خلال مدة أربعة أشهر من تاريخ تعيينه أو تاريخ إخطار محكمة التحكيم في حالة كانت معروفة أو قائمة وقام الأطراف بتحديدتها، وإذا تضمن شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم تحديد أجل المهمة الموكلة للمحكم، فإن أجل التحكيم يكون محددا بهذه الفترة الزمنية ليصدر فيها القرار التحكيمي، وفي حالة لم ينته المحكم من عمله فإنه يمكن للأطراف الذين عينوه تمديد أجل عمله، وفي غياب الاتفاق عن ذلك بين الأطراف يمكن اللجوء لنظام التحكيم في حالة كان ينص على إمكانية التمديد، وفي غياب نص يمدد للمحكم مهلة العمل فإن من يهيمه التعجيل يمكنه اللجوء للمحكمة الواقع بدائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه لطلب تمديد هذا الأجل من رئيس المحكمة. ونجد أن المشرع الفرنسي يقر لطرفي النزاع أو هيئة التحكيم طلب مد التحكيم من خلال المادة 1456/2 ورغم أن هذه المادة تخص التحكيم الداخلي إلا أنها صالحة لأن تنطبق على القضاء الدولي حسب العديد من فقهاء القانون الفرنسيين⁽⁴⁶⁾.

بالنظر لكل من الأثرين السلبي والإيجابي لاتفاق التحكيم يتبادر إلى الذهن لأول وهلة، إلى أن هناك قطيعة بين كلا القضائين أي قضاء الدولة وقضاء التحكيم. غير أن هذا الاستنتاج مرفوض بإطلاقه، حيث نجد أن التعاون بين كلا القضائين مطلوب، بل ومفروض وذلك لأن قضاء التحكيم قضاء اتفاقي يجد سنده في اتفاق التحكيم الذي أبرمه المحكمون. وهو بتلك المثابة يفتقد إلى السلطة التي تستطيع وضع أحكامه موضع التنفيذ الجبري على أطرافه، سواء تلك التي يصدرها قبل الفصل في الموضوع أو بعده. ومن حيث أن سلطة الأمر أو الجبر لا تتوفر إلا لقضاء الدولة، فليس هناك ما يمنع من طلب تدخله لمساندة قضاء التحكيم.

إلى جانب أن الاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص من قضاء الدولة وإنما يحجبه عن نظر النزاع، ويمنعه من سماع الدعوى طالما بقي ذلك الاتفاق قائماً. ومن ثم فإنه من الضروري اللجوء إليه كلما طرأ عارض يعوق سير عملية التحكيم، أو يحد من فعالية الحكم الصادر.

وهكذا يبدو التعاون بل والتكامل بين القضائين منذ انطلاق عملية التحكيم وحتى تنفيذ الحكم الصادر في نهايتها وتحقيق الحماية القضائية المبتغاة، برهانا على انعدام القطيعة بينهما بل سعيهما نحو أداء العدالة لمن ينشده التهميش والمراجع:

(*) - طبيعة النظام الاقتصادي الذي يعتمد على التخطيط المركزي والملكية العامة لوسائل الإنتاج.

- التدخلات العسكرية وما نتج عنها من إرهاب لخزينة الدولة (التدخلات في إطار الحرب الباردة مثلاً حرب النجوم سنة 1981).

- الدعم الغربي للمعارضين والدعاية المغرضة.

- طبيعة النظام السياسي طبقاً للعقيدة الاشتراكية التي تفرز مفاهيم وسلوكيات مثل الوصاية- البيروقراطية- الرشوة) و هيمنة الحزب الواحد.

- وصول غورباتشوف إلى الحكم سنة 1985 و الذي طرح مبدأ البريسترويكا « إعادة الهيكلة و البناء» والغلاسنوست أي الشفافية، اللذين يهدفان إلى إعادة النظر بل و التراجع عن النظام الشيوعي والتوجه نحو النظام الرأسمالي.

راجع في ذلك: dz.eloued-univ.elearning

(1) تنص المادة 33 من ميثاق الأمم المتحدة على: « يجب على أطراف أي نزاع من شأن استمراره أن يعرض حفظ السلم والأمن الدولي للخطر أن يلتمسوا حله بادئ ذي بدء بطريق المفاوضة والتحقيق والوساطة والتوفيق والتحكيم والتسوية القضائية، أو أن يلجأوا إلى الوكالات والتنظيمات الإقليمية أو غيرها من الوسائل السلمية التي يقع عليها اختيارها.

(2) عرفته حضارة بابل وأبرز مثال على ذلك ما تضمنته المعاهدة المبرمجة بين دول (Logash) ودولة (Umma) العراقيتين حوالي 3100 ق.م والتي تضمنت إمكانية اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي يمكن أن تثور بين الدولتين.

- الحضارة اليونانية من خلال منتديات Elphes.

- عند العرب في العصر الجاهلي بمناسبة وقوع حروب بين القبائل كحرب داحس والغبراء وغيرها من الوقائع الأخرى.

- كرس الإسلام التحكيم كوسيلة كحل المنازعات، والآيات القرآنية تؤكد ذلك .

- المرسوم الباباوي الذي أصدره البابا اسكندر الرابع سنة 1493 من أجل إقرار تقسيم عادل حول المناطق المتنازع عليها بين اسبانيا والبرتغال وهذا حول أراضي بقارة أمريكا الجنوبية.

(3) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص 21.

(4)Auby) J.M, (l'arbitrage en matière administrative, A.J.D.A, 1955 p.81.

- (5) جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية – دراسة مقارنة -، منشورات زين الحقوقية، ط1، الرباط، ص 06.
- (6) عمر سعد الله، القانون الدولي لحل النزاعات، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 130.
- (7) للاستيضاح أكثر حول المادة راجع:
- إيهاب عمرو، التحكيم التجاري الدولي المقارن، الوراق للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2014، ص 52.
 - Sornarajah M, (the uncitral model law :third world view point ,in journal of international arbitration ,volume ,6 number ,4 arvard law library ,1989 ,pp.13-17.
- (8) علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق، ص 22.
- (9) المرجع السابق، ص 30.
- (10) ابراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، 1986، ص 29.
- (11) علاء محي الدين، مرجع سابق، ص 32.
- (12) إيهاب عمرو، مرجع سابق، ص 60.
- (13) نميز نوعين بين اتفاق التحكيم وهما:
- شرط التحكيم (arbitrage'd clause) : وهو اتفاق الأطراف على إحالة أي نزاع تعاقدى ينشأ مستقبلا على التحكيم وهذا النوع هو الأكثر شيوعا.
 - مشاركة التحكيم: إجرام عقد مستقل بعد نشوء النزاع بقرار من خلال الأطراف إلى التحكيم لحل النزاع وهذا ما يعرف بمشاركة التحكيم.
- (14) علاء محي الدين، مرجع سابق، ص 36.
- (15) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ط 5، منشأة دار المعارف، الاسكندرية، 1988، ص 17.
- (16) محمود التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، 1995، ص 220.
- (17) علاء محي الدين، مرجع سابق، ص 40.
- (18) أحمد حسن الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، رسالة جامعة بني سويف، مصر، 1998، ص 34.
- (19) علاء محي الدين، مرجع سابق، ص 43.
- (20) أحمد حسن الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، رسالة، جامعة بني سويف، مصر، 1998، ص 44.
- (21) قانون 08-09 بتاريخ 25 فيفري 2008.
- (22) تنص المادة 53/3 من قانون التحكيم على : « تقضي المحكمة الذي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية »
- (23) علاء محي الدين، مرجع سابق، ص 46.

- (24) المرجع السابق، ص 47.
- (25) جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1999، ص 27.
- (26) أميرة صدقي، النظام القانوني للمشروع العام ودرجة أصالته، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1971، ص 636.
- (27) عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج2، كليك للنشر، 2008، ص 375.
- (28) أبوزيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، ب.د.ن، القاهرة، ب.س.ن، ص 21.
- (29) Philippe Fouchard, L'arbitrage commercial international : thèse pour le doctorat en droit, Dalloz, 1965, p.367.
- (30) اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية المعروفة أيضا باسم اتفاقية نيويورك المعتمدة من قبل المؤتمر الدبلوماسي للأمم المتحدة في 10 يونيو 1958 ودخلت حيز التنفيذ في 7 يونيو 1959. الاتفاقية تطلب من محاكم الدول المتعاقدة إعطاء تأثير اتفاقيات خاصة إلى التحكيم والاعتراف وإنفاذ قرارات التحكيم المحرز في الدول المتعاقدة الأخرى. يعتبر على نطاق واسع الاتفاقية التأسيسية للتحكيم الدولي فإنه ينطبق على التحكيم التي لا تعتبر قرارات محلية في الدولة التي يطلب فيها الاعتراف والإنفاذ. على الرغم من تطبيق الاتفاقيات الدولية الأخرى لإنفاذ عبر الحدود من قرارات التحكيم فإن اتفاقية نيويورك هي حتى الآن الأكثر أهمية.
- (31) راجع المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- (32) إبراهيم أوريك، الدفع باتفاق التحكيم، دراسة لنيل دبلوم ماستر في قانون الأعمال، جامعة القاضي غياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، 2009/2010، ص 45.
- (33) بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 393.
- (**)Icsid ,Review -foreign ,investment law journal ,p.160.
- (34) علاء محي الدين، مرجع سابق، ص 304.
- (35) حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الجلي الحقوقية، 2007، ص 228.
- (36) سعد قومي، البث في النزاع بسرعتين في مجال التحكيم الدولي والداخلي، منشور بسلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 7، 2005، بمناسبة ندوة بين المجلس الأعلى ومحكمة النقض المصرية تحت عنوان: "العمل القضائي والتحكيم التجاري"، ص 34.
- (37) P.fouchard,E.Gaillard ,B.Goldmar : «Traité de l'arbitrage commercial international», LITEC, 1996, p415.
- (38) www.legifrance.gouv.fr /25-12-2016 19h35min
- (39) علاء محي الدين، مرجع سابق، ص 308.
- (40) www.legifrance.gouv.fr /26-12-2016 14h10min

(41)بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 427.

(42)Perrot : « l'application à l'arbitrage des règles du nouveau code de procédures civiles », Rev.Arb.,1980, p.642.

(43) Veeder (V) : « l'arrêt channel tunnel de la chambre des lords (1993) A.C.335 l'affaire du tunnel sous la Manche et les mesures conservatoires », Rev.Arb.,1993, p.705 ets.

(44)Couchet) G » : (Référé et arbitrage Essai de bilan provisoire ,« Rev.Arb ,1986 ,,p 155.ets.

(45) راجع المواد 9،14،24 من قانون التحكيم المصري الصادر في 1994.

(46) أبوعلاء النمر، ميعاد التحكيم، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 114.