

كلية الحقوق والعلوم السياسية

نيابة العمادة لما بعد التدرج والبحث العلمي والعلاقات الخارجية



التحكيم التجاري في ظل الإتفاقيات الدولية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل.م.د.
التخصص: قانون مدني

تحت إشراف البروفيسور

رفيقة قصوري

المشرف المساعد البروفيسور:

سناء بولقواس

إعداد الطالب

زكرياء بومخيلة

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الاصلية	الصفة
أ/د بن مبارك ماية	أستاذة	جامعة خنشلة	رئيسا
أ/د رفيقة قصوري	أستاذة	جامعة خنشلة	مشرفا ومقررا
د/ بوخيرة حسين	أستاذ محاضر أ	جامعة خنشلة	عضوا مناقشا
د/ بن عشي أمال	أستاذ محاضر أ	جامعة خنشلة	عضوا مناقشا
أ/د مصعور جلية	أستاذ محاضر أ	جامعة باتنة 01	عضوا مناقشا
د/ بن النوي خالد	أستاذ محاضر أ	جامعة برج بوعرييج	عضوا مناقشا

مما جاء في مقدمة كتاب « الفقه على المذاهب
الأربعة » الذي اشترك في وضعه سبعة من كبار علماء
الأزهر : « وليس عيباً أن يؤخذ على هذا الكتاب مأخذ
، لأن الكمال لله وحده ، إنما العيب على من أبصر خطأ ،
ولم يرشد إلى صوابه ، وعلى من أرشد إلى الصواب ،
ولم يتدارك خطأه . »

شكر وتقدير

الحمد لله والصلاة والسلام على خير الأنام محمد ابن عبد الله وبعد

الشكر لله العلي القدير الذي إذا أراد شيئاً يقول له كن فيكون

كما نتقدم بالشكر بأسمى عبارات الشكر والعرفان بالجميل للبروفيسور رفيقة قصوري التي تفضلت بقبول الإشراف على رسالة الدكتوراه، ونسأل الله أن يجازيها عنا خير جزاء.

كما أتقدم بجزيل الشكر للبروفيسور سناء بولقواس، حيث كانت توجيهاتها ونصائحها منارة لي، أين استعنت بها في كامل بحثي، فأسأل الله العزيز أن يجازيها خير الجزاء.

كما لايسعني

إلا أن أشكر جميع أساتذتي في مختلف أطوار ومراحل دراستي وكل أسرة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عباس لغرور – خنشلة

كما نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم براءة الرسالة قصد تصويبها وإثرائها بملاحظاتهم القيمة
نشكر كل من ساعدنا في إنجاز هذا العمل ولو بكلمة طيبة.

قائمة المختصرات:

أ- اللغة العربية:

ق م ج: القانون المدني الجزائري.

ق إ م وإ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ص: صفحة.

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ج.ر: الجريدة الرسمية.

ب- اللغة الإنجليزية:

AAA : American Arbitration Association.

Art : Article.

CIETAC : China International Economic and Trade Arbitration Commission

DIAC : Dubai International Arbitration Centre.

ICC: International Chamber Of Commerce.

ICSID (CIRDI): International Centre for Settlement of Investment Disputes.

KLRCA : Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration.

LCIA : London Court of Arbitration.

OPU : Office des Publications University.

P.R.I.M.E Finance: Panel of Recognised International Market Experts in Finance.

PCA : the Permanent Court of Arbitration.

PP : frome page to page.

SCC : Stockholm Chamber of Commerce.

SIAC : Singapore International Arbitration Centre.

T: Tome.

UNCITRAL: United Nations Commission for Internaional Trade Law.

WIPO : World Intellectual Property Organisation.

Cass. civ. : Cour de cassation, Chambre civile.

CIRDI : Centre International pour le Règlement des Différents.

CIV : Arrêt de la Chambre civile de la cour de cassation.

CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International.

Ibid: ibidem (au même endroit).

L.G.D.J: Librairie générale de droit et de jurisprudence.

N°: Numéro.

OCDE: Organisation de Coopération et de Développement Economique.

Op. Cit. : Référence Précitée.

P: Page.

J.D.I : journal du droit international.

Rev. Arb :Revue de larbitrage.

Vol: Volume.



مقدمة

مقدمة:

يعد سعي المتقاضين لضمان محاكمتهم في أجل معقول، وبتكلفة معقولة، وبالكفاءة والمرونة والاهتمام الذي يتوقعونه، أحد أبرز مقومات تحقيق الأمن القضائي. إضافة إلى ذلك، يرغب الجميع في أن يتمكنوا من تنظيم إجراءاتهم في حال حدوث نزاع، من خلال اختيار القاضي، واللغة، والمكان، وما إلى ذلك. ولا شك أن هذه الطريقة القضائية لتسوية المنازعات إذا بحثنا عنها فلا نجد لها، إلا في قضاء التحكيم، والذي تجتمع فيه كل هذه المزايا. وهذا ما جعله اليوم الأسلوب المفضل للفصل في المنازعات في عالم الأعمال، بالخصوص المتعلقة بالاستثمار الأجنبي والتجارة الدولية ذات الحجم الكبير، وغالبا ما تحتاج إلى معطيات قانونية وفنية وتجارية معقدة تحتاج إلى أشخاص ذوي خبرة وكفاءة وأصحاب إختصاص أصيل للفصل في مثل هكذا منازعات، التي من الصعب في كثير من الأحيان على القاضي الوطني الإمام بها والفصل فيها.

برز التحكيم كوسيلة عالمية وقع عليها إجماع في تسوية مختلف منازعات التجارة والاستثمار، واهتمام التشريعات الحديثة به كبديل لحل المنازعات، وجاء هذا الاهتمام نظرا للدور الذي أبانه هذا القضاء والأثر الذي رتبته في تسوية المنازعات، ليصبح التحكيم أحد المحركات الأساسية للحياة الاقتصادية، فيرتبط ارتباط وثيق بتداول الثروة، حيث أضحت مورد أساسي لكسب الثروات، فأين توجد الثروة فثمت يوجد التحكيم والعكس صحيح، وهذا ما جعل التحكيم معيار أساسي يدرج لقياس مدى تقدم الدول واعتبارها ديمقراطية. ويعتد التحكيم⁽¹⁾ من المصطلحات المعروفة والمتألفة والمجمع عليها في الوسط القانوني والتي لقيت اهتمام بالغ في الدراسة والكتابات القانونية، جعلته من المصطلحات الغير الغامضة خصوصا وأنها معروفة منذ القدم، غير أن ذلك لم يؤدي إلى الإجماع على تعريف واحد له، وقد تصدى كل من الفقه والقضاء لوضع تعريف للتحكيم بإسهاب، على عكس التشريع أين يكاد لا يوجد تعريف له نتيجة لما يقال بأنه ليس من مهام المشرع

(1) ورد ذكر التحكيم في القرآن الكريم في مواضع متعددة أهمها ما نصّت عليه الآية الكريمة "وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها". الآية 35 سورة النساء، وأيضا ما ورد في الآية الكريمة "فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما". الآية 65 سورة النساء.

ويقصد بالتحكيم في اللغة بما معناه قضي، حكم على فلان أي قضى ضده أو في غير مصلحته واستحكم فلان في مال غيره إذا جاز فيه حكمه، والأصل في كلمة التحكيم هو من مصدر الفعل حكم، والحكم بالفتحتين هو الحاكم. وحكمه في الأمر بتشديد الكاف مع الفتحة أي فوض إليه الحكم بما معناه أيضا التفويض، وحكمه في ماله تحكما إذا جعل إليه الحكم فيه. أنظر محمد بن مكرم ابن منظور الاثري المصري، لسان العرب، المجلد الثاني عشر، دار صادر، بيروت، 1414 هـ، ص 140.

وضع المفاهيم والتعريفات تجاوزا لانتقادات الفقه، ولصعوبة الضبط والحصص في التعريف وما يتطلبه من ملكات لغوية وإصطلاحية للقيام بذلك، لذا تعتبر من المهام الأصلية للفقه والقضاء.

ومن الصعوبة بمكان الوصول إلى تعريف دقيق وشامل للتحكيم وتفادي القصور والعمومية وعدم ضبطه وحصصه في نطاق الدور الأساسي الذي يقوم به وهو تسوية المنازعات بعيدا عن القضاء الرسمي، فنلاحظ وجود قسمين، قسم إكتفى في تعريف التحكيم بالخصائص المميزة له، وقسم عرّف التحكيم من خلال المراحل التي تشملها هذه العملية، وهذا ما نتوافق معه في قولنا بخصوص التعريف المقترح للتحكيم، بذلك التحكيم هو توافق الإرادة بين الأطراف المتنازعة أو بافتراض نزاع معين سيقع مستقبلا، في حل النزاع بعد اللجوء إلى قضاء خاص يتشكل من أشخاص يضع فيه الأطراف ثقتهم فيه التي تفصل في النزاع بحكم ملزم لأطرافه حائز لحجية الشيء المقضي فيه بعيدا عن اللجوء إلى القضاء الرسمي.

أما بالنسبة لتعريف التحكيم التجاري الدولي فانطلاقا من تعريفنا للتحكيم، يمكن إيراد تعريف للتحكيم التجاري الدولي، بالتركيز على الإشكالات المثارة حول التعريف من ناحية الصفة التجارية والدولية فيه، لكن بداية نتطرق لتعريف التحكيم الدولي قبل أن نعرض للتحكيم التجاري الدولي، حيث يجد التحكيم الدولي أساسه الأول في القانون الدولي في إتفاقية لاهاي لعام 1899 المتعلقة بحل المنازعات بالطرق السلمية، أين يعتبر أحد أهم وسائل التسوية القضائية للنزاعات الدولية إلى جانب القضاء الدولي، وجاء تعريف التحكيم الدولي في إطار العلاقات الدولية في المادة 37 من إتفاقية لاهاي لعام 1907 المتعلقة بتسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية: "تسوية المنازعات بين الدول بواسطة قضاة من اختيارها وعلى أساس من إحترام القانون، واللجوء إلى التحكيم يستتبع إلزاما بالرضوخ بحسن نية للقرار الصادر".

أما بخصوص مفهوم التحكيم التجاري الدولي هو إتفاق بين طرفين يرد بشرط في العقد الأصلي أو بعقد مستقل ويتضمن إحالة نزاع محتمل الوقوع بينهما إلى هيئة التحكيم للفصل فيه وفق أحكام قانون يتم الإتفاق على تعيينه في هذا الشرط أو وفق قواعد تضعها هيئات التحكيم⁽¹⁾.

وجاء تعريفه أيضا بأنه الإتفاق الذي بموجبه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو من المحتمل نشوؤها من خلال التحكيم، وذلك في المنازعات التي تتعلق بمصالح التجارة الدولية⁽²⁾.

⁽¹⁾ Philippe Fouchard, l'arbitrage internationale en France après le décret du 12 mai 1981, 109 (2), journal du droit international, 1982, pp.387-388.

⁽²⁾ حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1996، ص13.

وبخصوص المشرع الجزائري لم يرد تعريف للتحكيم التجاري الدولي تماشياً مع ما أورده في تنظيمه للتحكيم في النصوص الأولى من تعريف للتحكيم بصفة عامة، مكتفياً بتحديد النطاق الدولي للتحكيم التجاري وتحديد مفهوم كل من شرط وإتفاق التحكيم في المواد 1007 و 1011 ق إ م وإعلى التوالي، وإن كان هذا تماشياً مع عدم إختصاص التشريع في تقديم التعريفات، غير أن المتمعن في تنظيم المشرع للتحكيم ككل والذي جاء في نهاية قانون الإجراءات المدنية والإدارية يؤكد موقف المشرع الجزائري من أن التحكيم التجاري لا يعدو إلا أن يكون إستثناء من الأصل الذي يبقى فيه قضاء الدولة هو الأصل في الفصل في المنازعات، وما يؤكد كلامنا ما نصّت عليه المادة 12 من قانون 18-22 المتعلق بالإستثمار، أين جعلت الإختصاص في المنازعات القائمة بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي يؤول إلى الجهات القضائية المختصة إقليمياً كأصل، إلا في حدود الإتفاقيات الثنائية أو الجماعية المتعددة الأطراف التي أبرمتها الجزائر والمتعلقة بالصلح أو التحكيم، أو وجود إتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين باللجوء إلى تحكيم خاص.

وحظي التحكيم منذ ظهوره وازدهاره في بدايات القرن العشرين باهتمام دولي وإقليمي ومحلي، فتم توقيع العديد من الاتفاقيات والبروتوكولات المتعلقة بتنظيم التحكيم الدولي، بداية بإتفاقية الأرجواي الموقعة في 8 يناير 1889، التي تم تعديلها بتاريخ 19 مارس 1940 وهي الاتفاقية الخاصة بالقواعد القانونية الإجرائية التي تطبق في التحكيم الدولي، كما تم إبرام بروتوكول جنيف بتاريخ 24 شتنبر 1923 وهو البروتوكول الذي تضمن شروط التحكيم، وذلك في عهد عصبة الأمم المتحدة، ثم إتفاقية جنيف الموقعة بتاريخ 26 شتنبر 1927 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وفي سنة 1958 تم إبرام إتفاقية بنويويورك التي حلت محل إتفاقية جنيف، وقد صادق على هذه الإتفاقية 83 دولة وأصبحت سارية النفاذ في 1959/9/4، وتقتصر هذه الإتفاقية على الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فقط وليس كافة أمور التحكيم، ثم تلتها الإتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم الدولي الموقعة بتاريخ 21 أبريل 1961 في مدينة جنيف بالاتحاد السويسري، تتضمن هذه الاتفاقية قواعد تخص قضايا التحكيم من حيث نطاق تطبيق الاتفاق وعلى الأخص المنازعات المتعلقة بالمسائل التجارية والمدنية، الدولية والتي يلجأ في حلها إلى محكم أو هيئة تحكيم أجنبية،

وكذلك تتضمن هذه الإتفاقية حرية الأطراف في اختيار المحكمين، والقانون الواجب التطبيق وإجراءات بخصوص سير عملية التحكيم⁽¹⁾.

كما تم توقيع الإتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين مواطني الدول وبين الدول المختلفة في واشنطن في 18 مارس 1965 والتي دخلت كحيز التنفيذ في 16 أكتوبر 1966. وصادقت عليها 38 دولة، وترتكز هذه الإتفاقية على حل المنازعات التي تنشأ عن الإستثمار سواء كان المستثمر شخصا طبيعيا أو شركة في دولة أجنبية عن طريق مركز التحكيم في مدينة واشنطن CIDIRI، وعقدت هذه الإتفاقية تحت إشراف البنك الدولي للإنشاء والتعمير⁽²⁾،

إضافة للإتفاقيات الدولية هناك إتفاقيات إقليمية عنيت بتنظيم التحكيم أهمها: -الإتفاقية الأوروبية الخاصة بالقانون الموحد للتحكيم إتفاقية ستراسبورغ والتي عقدت عام 1966؛ -إتفاقية بنما بين دول أمريكا اللاتينية بخصوص التحكيم التجاري الدولي لعام 1975؛ -إتفاقية موسكو الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات الاقتصادية والفنية والعلمية بين الدول الأعضاء في مجلس التعاون الاقتصادي المتبادل الكوميكون لعام 1972، هذه الإتفاقية التي أصبحت سارية النفاذ في 23/8/1973؛ - إتفاقية مورشيوس لعام 1993 بشأن التحكيم التجاري الدولي في إفريقيا.

- كما أن هناك إتفاقيات خاصة بالدول العربية: -إتفاقية صندوق النقد الدولي؛ -إتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لعام 1974؛ -الإتفاقية العربية حول التحكيم لعام 1952 وتنفيذ الأحكام؛ - إتفاقية الرياض للتعاون القضائي لعام 1983؛ -الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال بين الدول العربية لعام 1981؛ -الإتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987.

وجل الإتفاقيات السالفة الذكر هي نصوص قانونية متعلقة بالمنازعات الناشئة عن القضايا التجارية وطرق تسويتها وحلها، وأيضا كيفية إحالة النزاع وشروطه والإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين، وإكساء قرارات التحكيم الصيغة التنفيذية وحالات رفض تنفيذ الحكم وغيرها من القواعد والأحكام الملزمة بتنظيم مجال التحكيم وإجراءاته⁽³⁾.

(1) حسين أحمد مشاقي، التحكيم التجاري الدولي: إجراءاته وشروطه، أعمال ندوات: عقود المشاركة PPP بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، البحرين، 2008، ص5.

(2) المرجع السابق، ص5.

(3) المرجع السابق، ص7.

وبالنظر للأهمية التي يكتسبها قضاء التحكيم، تم سن القوانين المنظمة له في أغلب دول العالم، وتم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية التي تنظمه، وفي ظل العولمة والنمو المتزايد للعلاقات التجارية الدولية إزدادت أهمية التحكيم وتوسع النظام القانوني للتحكيم واستخدام الأخير بأشكال جديدة، وخاصة الرقمية منها، وهذا ما جعل الأنظار تتجه نحو تطوير هذه العدالة بما يحقق معه العديد من المزايا الفعالة في الممارسة العملية من سرعة أكبر ومرونة وكفاءة مع الاهتمام بعنصر الوقت وجودة الخدمات والفعالية في النظر والفصل في المنازعات، ويقدم العديد من الضمانات مثل الثقة والشفافية، وهذا ما جعل من التحكيم يتكيف بسهولة مع التغيرات والتحول الطارئة.

وساهمت التحديات الاقتصادية العالمية والإقليمية في بروز نظام جديد للتحكيم، تحلله تجدد في جوانب عدة سواء من حيث طبيعته الإرادية أو من حيث الجانب الاجرائي، فهذه التحولات والتطورات التي مسّت جوانب عديدة، بالأخص الاقتصادية منها أثر بشكل مباشر على المبادئ المرسخة للعقد والتي تركز عليها نظرية العقد وبالموازاة التحكيم باعتباره عقد كسائر العقود تنظمه المبادئ المؤطرة لعملية التعاقد. وأبرز هذه المبادئ وما يندرج تحتها مبدأ الحرية التعاقدية، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين الذي يركز على أن الإرادة الحرة لها الحرية في إنشاء وإبرام العقود، وأن ما ينشئه العقد من حقوق والتزامات والتي تعتبر صحيحة تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها، والقوة الملزمة لإتفاق التحكيم ومبدأ نسبية إتفاق التحكيم ومبدأ حسن النية، ومبدأ الرضا في التحكيم، هذا الأخير الذي يعد من أهم المواضيع الحديثة التي تحظى بالدراسة، نظرا لما يحتله الرضا في التحكيم والعقود ككل من أهمية، خاصة وكونه من المواضيع التي لها ارتباط وثيق بمسألة تحقيق التوازن العقدي والعدالة العقدية بين أطراف نزاع العلاقة التحكيمية.

بالرغم من المكانة التي تحتلها الإرادة في التحكيم إن لم نقل أنها أساس عملية التحكيم وما يغلب على التحكيم الطابع الشخصي من خلال الإرادة التعاقدية التي تغلب على جل المراحل التحكيمية من بداية النزاع من خلال إبرام الإتفاق التحكيمي وتعيين هيئة التحكيم، وكذلك ما تعلق بإجراءات التحكيم إلى غاية صدور الحكم التحكيمي وتنفيذه، غير أن هذه الإرادة التعاقدية شهدت تراجع وتقلص في جانب مهم من المبادئ التقليدية المكرسة للتحكيم من الحرية الإرادية والقوة الملزمة ونسبية إتفاق التحكيم، من خلال بروز التحكيم المؤسسي أو التنظيمي الذي تتولى من خلاله هيئات معينة بتسوية النزاع من بداية النزاع التحكيمي إلى غاية نهايته بصور الحكم التحكيمي، دون أن يكون أي دور للإرادة، فيعد بذلك التحكيم المؤسسي أحد مظاهر الحد من الحرية التعاقدية في التحكيم، أين تقلص هامش الحرية للأطراف بمجرد لجوء الأطراف إلى التحكيم

المؤسساتي أين تتولى بعد ذلك مراكز التحكيم تسوية النزاع ولا يكون لإرادة الأطراف بعدها أي دور في تحديد القواعد الاجرائية والموضوعية لتسوية النزاع من خلال توليها القيام بكافة الإجراءات لتسوية النزاع واستصدار الحكم التحكيمي، فتدخل مؤسسات التحكيم على حساب الإرادة الحرة للأطراف هذا الأمر أدى لأن تكون إرادة الأطراف على مستوى هذه المراكز إرادة نمطية مدعنة.

كما يعد النظام العام وقوانين البوليس من القيود القانونية أو القواعد التوجيهية التي تحد من حرية الأطراف، وينقسم النظام العام إلى قسمين رئيسيين يتعلق الأول بالنظام العام الدولي والثاني بالنظام العام الداخلي، وأيا كان نوع النظام فإنه يفرض على جميع أطراف التحكيم عدم المساس بكل ما يدخل ضمن النظام العام لكون هذه القواعد لها قوة وأسبقية في التطبيق الأمر الذي يؤدي لاستبعاد أي قواعد أخرى تراحم قواعد النظام العام، لذلك تجدد هيئة التحكيم ملزمة بتطبيق قواعد النظام العام بنوعيه السابق الذكر ولو ترتب عن ذلك مخالفة اتفاق التحكيم، ودون اعتبار للدولة التي يجري فيها التحكيم.

كما يحد من الحرية الإرادية تدخل الغير في التحكيم، والتحكيم الإلزامي الذي لم يعد تراضي الأطراف شرطاً أساسياً للجوء إلى التحكيم، وتدخل القضاء الوطني وتعزيز دور المحكم في التحكيم التجاري، وتهميش رضا المتعاقد الضعيف نتيجة للتباين في المراكز القانونية لأطراف العقد والتي هي امتداد للتباين في المراكز الاقتصادية للمتعاقدين، ويظهر ذلك في عقود التجارة الدولية وما تتضمنه من شروط تجبر الطرف الضعيف في العلاقة العقدية على الإلتجاء للتحكيم لتسوية المنازعات، والإذعان للطرف القوي.

وحماية الطرف الضعيف في العلاقات التحكيمية والتعاقدية عامة من تعسف وهيمنة الطرف القوي من المسائل المهمة التي ساقطنا للتطرق لهذا الموضوع، خاصة إذا اعتبرنا التحكيم المجال الخصب لتعارض المصالح، أين يسعى كل طرف في التحكيم إلى تحقيق مصالحه بغض النظر عن مصالح الطرف الآخر، هذا الأمر يؤدي لعدم توازن الأدعاءات بين الأطراف، بالتالي إنعدام العدالة التعاقدية والتوازن العقدي.

والحديث هنا عن حماية الطرف الضعيف نقصد بذلك الدول النامية وحمايتها من حيث المصالح والحقوق وتحقيق المساواة الاقتصادية. وأثيرت مسألة اعتبار حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية الدولية بصفة عامة من قبيل النظام العام العبر الدولي وأقرت بذلك إعلانات الصادرة عن الأمم المتحدة عام 1984 القرار رقم 3201 في سنة 1984 المتعلق بالإعلان عن إنشاء نظام اقتصادي عالمي جديد. والقرار رقم 3281 في غشت 1984 والمعروف بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، واستهداف إقامة نظام

عام اقتصادي يأخذ بالحسبان حقوق ومصالح الدول النامية وإقامة المساواة في العلاقات الاقتصادية، وإن كانت الأهمية البالغة التي حملتها قرارات الأمم المتحدة في حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية إلى أنها أثّرت مسألة إلزامية هذه القرارات وكونها تبقى مجرد التزامات أدبية لا ترقى إلى إعتبارها ذات قيمة قانونية ملزمة، هذا الأمر نتج عنه معارضة من طرف كبرى الدول الاقتصادية القوية⁽¹⁾.

كما يظهر التمييز والأفضلية التي منها تغيب المساواة بين أطراف العلاقة التحكيمية من خلال الموازنة بين مختلف الضمانات الممنوحة للأطراف سواء المستثمر الأجنبي في مواجهة الدولة المضيفة، نجد أفضلية في إقرار الضمانات والامتيازات لدول وأطراف على حساب دول وأطراف أخرى، مما أدى إلى غياب المساواة، وهذا ما يبرز من خلال الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي في مواجهة الدول المضيفة والتي أقرتها مختلف التشريعات والاتفاقيات الدولية، وأهم هذه الضمانات ما تعلق في سلب الاختصاص القضائي للدولة المضيفة في النظر والفصل في النزاع، حيث أن إتفاق التحكيم المبرم بين الدولة والشخص الأجنبي الخاص يرتب أهم أثر بالنسبة للدولة يعني تنازلها عن سيادتها بالنسبة للموضوع محل الإتفاق بشأنه على التحكيم، كما أن إتفاق التحكيم يفيد كذلك تنازل الدولة عن حصانتها القضائية من خلال المبدأ الناص بالحصانة المقيدة للدولة بمعنى عدم إستفادتها من حصانتها إلا بصدد أعمالها السيادية دون التصرفات الأخرى المتعلقة بممارستها لأنشطتها التجارية وأعمال الإدارة العادية⁽²⁾، وهذا الموقف نصّت عليه العديد من الاتفاقيات الدولية وعلى رأسها إتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى 1965 من خلال نص المادة 25 في فقرتها الأولى.

وكرّست هذا الموقف العديد من أحكام التحكيم، أهمها قضية Liamco ضد الحكومة الليبية هذه الأخيرة التي رفضت المشاركة في إجراءات التحكيم بحجة أن التحكيم يتعارض مع سيادتها، غير أن هيئة التحكيم عارضت ذلك بحجة أن الدولة تعتبر متنازلة عن حقوقها السيادية بمجرد توقيعها على إتفاق التحكيم

(1) أمل المرشدي، مدى إعتبار حماية الطرف الضعيف في العلاقات الخاصة الدولية من قواعد النظام العام العبر دولي - توضيح قانوني، 2017،

مستخرج من الموقع: <https://www.mohamah.net>.

(2) عبد العزيز مرزاق، التحكيم كآلية لاستقرار الإستثمارات الدولية، مجلة القانون والأعمال، الإصدار الأول الخاص ب: التحكيم دراسات وتوجهات، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة الحسن الأول سطات المغرب، 2017، ص 107.

وتظل ملتزمة به، هذه الإجراءات بدون شك شكّلت ضمانات قوية بالنسبة للمستثمر والأجنبي⁽¹⁾، غير أن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للدول النامية والطرف الضعيف الذي يجد نفسه أمام نظام يخدم الطرف القوي على حساب الأطراف الضعيفة التي تجد نفسها ملزمة باللجوء إلى التحكيم ومرتبطة بالتزامات إضافية، وهذا ما أدى بأحد الأساتذة بالقول بأن وجود هذه الدول طرف في إتفاق التحكيم فإنها سيجعلها "تسقط في شباك التحكيم التجاري الدولي"⁽²⁾، هذا بالإضافة لإذعان هذا الطرف والضغط الممارس عليه من طرف مراكز التحكيم الدولية أو من خلال الاتفاقيات والمعاهدات الموقع عليها.

كما أظهرت قرارات التحكيم أن المستثمر الأجنبي دائما ما يتجه إلى دفع الدول النامية إلى قاعات التحكيم الدولي من خلال المنازعات المثارة من قبل المستثمر الأجنبي مستغلا إنفتاح الدول النامية عن التحكيم وإخضاع النزاع التحكيمي إلى إحدى مؤسسات التحكيمية التي تكون جل الاجراءات والقواعد موضوعة مسبقا بطريقة توجه فيها إرادة الأطراف وتقلص هامش الحرية فيها، لذا فنجد المستثمر الأجنبي غالبا ما يحصل على تعويضات وأرباح مالية ضخمة أين كانت أغلب الأحكام في غير صالح الدول النامية والضعيفة، الأمر الذي يضع هذه الدول في مأزق من خلال اللجوء إلى هذا النوع من التحكيم لتسوية نزاعات الاستثمار وتعتبر الجزائر في مقدمة هذه الدول.

كل هذه الإشكالات تؤدي إلى إختلال التوازن العقدي في العلاقة التحكيمية وما يتبعه من تأثير على العدالة التحكيمية، خاصة وإن اعتبرنا أن الحكم عن فعالية ونجاعة أي نظام قانوني، لا بد من أن يهدف إلى تحقيق المساواة وعدم التمييز، لذلك فالحكم على فعالية التحكيم كنظام قانوني لا بد أن يسعى إلى تحقيق المساواة بين أعضائه.

من أجل ذلك تدخلت التشريعات الدولية والوطنية من أجل حماية رضا الأطراف في التحكيم، خصوصا الطرف الضعيف في علاقة التحكيم من التعسف والتجاوز الذي يطاله من الطرف القوي في العلاقة، الأمر الذي يساهم معه في خلق التوازن والعدالة المنشودة بين أطرافه في التحكيم.

وبرز إتجاه حديث يخول لهيئة التحكيم سلطات واسعة من اتخاذ وإجراء التدابير والإجراءات الوقتية والتحفظية، وأيضا سلطاته الواسعة إتجاه تكملة العقد، ومعالجة مختلف الظروف التي قد تطرأ على تنفيذ عقد

(1) همام فتوح، أثر اللجوء للتحكيم التجاري الدولي في عقود الدولة، مجلة القانون والأعمال، الإصدار الأول الخاص ب: التحكيم دراسات وتوجهات، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة الحسن الأول سطات المغرب، 2017، ص64.

(2) Mohamed Bédjaoui « L'évolution des conceptions et de la pratique Algerienne en matière d'arbitrage international, séminaire sur l'arbitrage commercial international, Alger le 14-15 décembre 1992.

التجارة الدولية، واتسعت سلطته نحو حكم التحكيم من خلال دوره في تفسير وتصحيح حكم التحكيم وإصدار الحكم الإضافي، وطبقا للتوجهات الحديثة للتحكيم أصبح للمحكم سلطة أمرية، ودور كبير في تحديد القانون الواجب التطبيق.

هذا التوسع لم يكن حكرًا على هيئة التحكيم، بل إتسع ليشمل القضاء من خلال تدخله في التحكيم التجاري بما يشكل مع التحكيم تكامل وتوافق، هذا التدخل من جانب التحكيم والقضاء إن كان يشكل أساس بالطبيعة الإرادية للتحكيم إلا أنه في الوقت نفسه يصبو لتحقيق تسوية فعالة للنزاعات بواسطة قضاء التحكيم.

كما ساهمت التحديات الاقتصادية العالمية والإقليمية وظاهرة العولمة وتطور الحياة الاقتصادية في بروز نظام جديد للتحكيم، مس الجانب الإجرائي له، من تطور وتحديد لقواعد وإجراءات التحكيم في منازعات التجارة الدولية، خاصة في كون النظام الإجرائي للتحكيم يحتل مكانة بارزة على مستوى المنظومة ككل، خصوصًا في ظل الدور الذي تؤديه هذه الإجراءات من إضفاء فعالية في تسوية المنازعات وإرتباط مختلف الخصائص المميزة للتحكيم بالجانب الإجرائي له، وأبرز مظاهر التجديد لهذه القواعد التخلي عن السرية في التحكيم وظهور ما يعرف بالشفافية في التحكيم التجاري، وأيضًا في تجديد التحكيم نحو إجراءات سريعة ومبسطة من خلال إمتداد إتفاق التحكيم عن طريق التدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم، وأيضًا فيما تمثل في ضم الخصومات في التحكيم، كما شهد التحكيم التجاري تطور غير مسبوق من خلال بروز تحكيم الطوارئ.

وأبرز معالم هذا التجديد في التحكيم التجاري بروز وإنتشار ما يعرف بالتحكيم الإلكتروني الذي ساهم في عصرنة وتطوير قضاء التحكيم الذي نقله نحو ممارسة فعالة لتسوية المنازعات، خاصة في ظل ما أدى إليه ظهور فيروس كورونا وإنتشاره إلى إحداث تغييرات عميقة وجذرية في التحكيم تجعل من كباحثين الوقوف عندها ودراستها دراسة عميقة ولعل هذا الأمر الذي برر إطلاق مصطلح ثورة على كوفيد 19 نتيجة ما أحدثه والذي يعتبر أحد الأسباب ظهور التحكيم بوجه جديد مغاير لما كان عليه الحال في التحكيم التقليدي، وهذا ما دفعنا لاستعراض جوانب هذا الموضوع مبرزين أهم التوجهات الحديثة الذي ظهرت جراء ظهور فيروس الكورونا كوفيد 19، وسنستعرض أهم جوانب الحداثة في التحكيم والتي تعتبر من قبيل التوجهات الحديثة من بداية الإجراءات إلى غاية تنفيذ قرار التحكيم مرورًا بالبدأ في التحكيم، وتعيين المحكمين، وجلسات

الاستماع عن بعد، وإرسال الدعوة عن بعد، والتدوين الإلكتروني، والقرارات الرقمية، والطعن في قرارات التحكيم عن بعد... إلخ.

أسباب اختيار الموضوع:

تعود أسباب اختيار هذا الموضوع إلى عدة اعتبارات، منها ما هو موضوعي وآخر ذاتي أهمها:

- أسباب موضوعية:

- بداية بإصلاح وعصرنة العدالة الذي بدأته الدولة الجزائرية ويعتبر التحكيم من بين الأوجه المهمة لهذا الإصلاح بإعتباره عدالة بديلة لتسوية المنازعات.

- جاءت هذه الدراسة في ظل تطلع الجزائر إلى إصلاح التحكيم خصوصا مع تعالي الأصوات المنادية إلى تأسيس قانون مستقل يعنى بتنظيم التحكيم، وهذا ما لا يمكن أن يمر دون التطلع وتبسيط الضوء على أهم التوجهات الحديثة في التحكيم التجاري، من خلال التعمق في ثلاث مواضيع أساسية تندرج جميعها تحت التجديد الذي مس التحكيم التجاري، سواء ما تعلق بالطبيعة الإرادية، أو من حيث نظامه الإجرائي والموضوعي، وبطبيعة الحال لا بد من تقييم هذه الاتجاهات بما يسمح في تحقيق إصلاح حقيقي للتحكيم وإعطاء الفعالية اللازمة لتسوية المنازعات التجارية.

- كما تبرز أهمية الموضوع أنه جاء في ظل الجهود الحثيثة المبذولة لتحسين الأداء العملي والإجرائي وإجراء إصلاحات عميقة وأكثر جرأة للوصول بالتحكيم إلى أداة فعالة في تسوية المنازعات التجارية والاستثمارية، خاصة في ظل ما تقدمت به العديد من التشريعات والهيئات ومراكز التحكيم إلى إقرار إصلاحات عديدة لتحسين من فعالية التحكيم في تسوية المنازعات المرتبطة بالتجارة والاستثمار الدولي، يركز الاستثمار الأجنبي والنشاط الاقتصادي والتجارة لدولية، في معظم اقتصاديات الدول، على إقرار التحكيم كآلية رئيسة لتسوية المنازعات التجارية.

- إن ما فرضته المستجدات الصحية التي كان لها تأثير بارز على البحث العلمي، فأى موضوع لا يمكن أن يتم إلا بالتطرق إليه في ظل الاضطرابات الصحية والاقتصادية الناتجة عن جائحة كورونا كوفيد-19، ومن هنا اقتضى الحديث على تأثير هذه الجائحة على التحكيم.

- الأسباب الذاتية:

- ما يجعلنا نخوض غمار البحث في موضوع التحكيم التجاري هو التهميش الأكاديمي والممارساتي له في الجزائر، خصوصا في ظل محدودية الاهتمام به من طرف الدولة الجزائرية والذي لا يستجيب للمكانة الدولية والإقليمية والمحلية له، نظرا لما أصبح عليه القضاء الأول في تسوية نزاعات التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي، من هنا جاء طرح موضوع التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات الدولية، كما أن ندرة وقلة الدراسات في مجال التوجهات الحديثة للتحكيم في ظل الاتفاقيات الدولية سواء الدراسات الجزائرية أو الأجنبية.

- المساهمة في اطلاع مختلف المتعاملين بالتحكيم التجاري بالمستجدات والتوجهات الحديثة المرتبطة بالتحكيم.

أهمية الدراسة:

- جاءت هذه الدراسة مواكبة للإلتجاه الحديث في الأنظمة القضائية المعاصرة، الذي يسير نحو تخليص الأجهزة القضائية الرسمية - المحاكم - من أكبر قدر من المنازعات خاصة البسيطة منها، فالمحاكم أجهزة ضخمة وبطيئة ومكلفة وإجراءاتها معقدة في الكثير من الأحيان للنظر في المنازعات، لذلك تظهر الأهمية من خلال الإلتجاه الحديث للأنظمة القضائية المعاصرة التي تسعى إلى تخليص القضاء الرسمي من أكبر قدر من المنازعات، خاصة لما تتصف به من البطء وكلفتها الكبيرة وتعقد في إجراءاتها، وفي ظل الأهمية التي تحتلها الطرق البديلة في تسوية المنازعات.

- إيماننا منا بالدور الفعال للتحكيم وباعتباره أداة أساسية في تسوية مختلف المنازعات، أين من اعتبره الأساس الأول الذي يعتمد عليه الأطراف في تسوية مختلف نزاعاتهم المتعلقة بالتجارة والاستثمار، وباعتباره كذلك أحد أدوات الدفع بالاقتصاد وإنعاشه وتحقيق التنمية سواء الشاملة أو المستدامة، يعتبر التحكيم أحد الأولويات الضرورية لتحسين مناخ الاستثمار خصوصا الأجنبي منه. وما زاد من أهمية التحكيم في العشرية الأخيرة هو التطور الحاصل في عالم التجارة والأعمال وبرز ما يعرف بالثورة الرقمية والعولمة والخصخصة التي اجتاحت العالم، فأضحى التحكيم القضاء الأول الذي لا بديل له في تسوية هذه المنازعات.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة في المستهل من خلال تخصيصنا هذا الحيز من المساحة للكلام حول الطبيعة الإرادية في التحكيم ومدى تراجعها، هو أولاً إستهدافنا لمسألة التوازن داخل التحكيم وكيف نذهب به إلى تحقيق عملية تحكيم عادلة يكون جميع الأطراف متساوون في ظلها، والقضاء عن المصالح والانحياز لطرف على حساب طرف آخر وكيف نعزز هذه الآلية لتصبح أكثر حيادية ومصادقية وهذا ما يبحث عنه الجميع خصوصاً في جانب التجارة والاستثمار الدولي.

كما هدفت إليه هذه الدراسة إلى السعي إلى قانون تحكيم جزائري يتميز باجراءات تحكيم بسيطة وفعالة، الأمر الذي يسمح للجزائر أن تتحول إلى واحدة من الوجهات الرئيسية لحل وتسوية نزاعات التحكيم على المستوى الاقليمي والدولي.

الإشكالية:

في هذه الدراسة سنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية: ما هي المستجدات والتوجهات الحديثة للتحكيم التجاري في ظل ما احتوته الاتفاقيات الدولية والقواعد المنظمة لمراكز التحكيم وغيرها من الأحكام والقواعد المستحدثة في هذا المجال؟ وما هو تأثيرها على تحديث المنظومة التشريعية للتحكيم في الجزائر والوصول بقانون مستقل خاص بالتحكيم التجاري مواكب لهذه المستجدات والتوجهات الحديثة له؟

تتمخض عن هذه الإشكالية إشكاليات فرعية هي كالتالي:

إلى أي مدى يمكن إعمال الإرادة في التحكيم التجاري الدولي؟ وهل الإرادة هنا لديها حرية مطلقة أم هناك من القيود الواردة على الإرادة تحد من دورها الإيجابي في العملية التحكيمية؟

كيف يتدخل المحكم والقضاء لتقييد إرادة أطراف العلاقة التجارية الدولية؟ وما هي حدود تدخل كل من المحكم والقضاء في العملية التحكيمية بما يضمن للتحكيم فعاليته؟

ما مدى جواز إقحام أشخاص في النزاع أو الخصومة التحكيمية، رغم أن هؤلاء الأشخاص لم توقع على شرط التحكيم؟

هل يمكن أن يؤدي شرط التحكيم سواء من حيث الصياغة أو من حيث وجوده سببا في عدم أو إخلال في التوازن بين الأطراف، وإذا كان الأصل أن لجوء الأطراف إلى التحكيم عن طريق إبرام شرط التحكيم يفترض فيه إنعدام أي إخلال للتوازن لأن التحكيم في حد ذاته يمثل العدالة، إلا أن هذا الكلام أضحى موضع شك وتأويل نظرا للتطورات والوجه الجديد الذي أضحى عليه العالم خصوصا في جانب الاقتصاد؟

ماهي أهم وأحدث التعديلات الجديدة في التحكيم في الجانب الإجرائي؟

أي فعالية لقضاء التحكيم في مواجهة الظروف الإستثنائية لجائحة كورونا كوفيد-19؟

الدراسات السابقة:

وبخصوص الدراسات السابقة في هذا المجال ، وبعد الإطلاع على مختلف المصادر والمراجع التي لها صلة بموضوع البحث، وجدت بعض الدراسات تناولت مسألة التجديد في التحكيم التجاري، بعضها كان مقتصرًا عن تحديد التحكيم من حيث طبيعته الإرادية فقط، في حين قلة قليلة من البحوث من تطرقت لموضوع تحديد التحكيم من حيث طبيعته الإرادية، ومن حيث جانبه الإجرائي، بمعنى دراسة شاملة للموضوع بأكمله.

الدراسة الأولى: دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي -دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جارد محمد، عام 2010/2009، وتطرق الباحث في دراسته لمختلف مظاهر سيادة إرادة الأطراف التجارة الدولية في ظل التحكيم التجاري الدولي الخاص من حرية الإتفاق وتنظيم إجراءات التحكيم التجاري الدولي، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة ترد عليها عدة قيود، أبرزها، منها ما هو كلاسيكي كوجوب إحترام الأطراف قواعد النظام العام وقوانين البوليس التابعة للدولة التي سينفذ فيها القرار التحكيمي، ومنها ما هو متعلق بنظام التحكيم، من تدخل القاضي الوطني إما كجهة مساعدة للتحكيم أو مرافقة له سواء أثناء سريان إجراءات التحكيم أو أثناء تنفيذ القرار التحكيمي.

أوجه التشابه والاختلاف بين الدراستين: تتشابه الدراسة المذكورة أعلاه مع دراستنا كونهما تتناولان مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي وتراجع هذا المبدأ، فجاءت هذه الدراسة محدودة في الجانب الإرادي للتحكيم.

الدراسة الثانية: ضمانات التحكيم التجاري -دراسة مقارنة-، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، ابراهيم عسري، 2016/2015، تطرق الباحث في دراسته لمبدأ سلطان الإرادة كركيزة أساسية يقوم عليها التحكيم، وإعماله في الدعوى التحكيمية، والحدود التي تقيد إرادة الأطراف في هذا الصدد، إلى جانب المبادئ الأساسية للتقاضي كحق الدفاع والحياد والاستقلال التي تعتبر حجر الزاوية في نظام التحكيم، حيث يوليها هذا الأخير أهمية قصوى لأهميتها البالغة في تحقيق العدالة والإنصاف، وباعتبارها أحد الضمانات التحكيم التجاري التي يقوم عليها فعالية مؤسسة التحكيم.

أوجه التشابه والاختلاف بين الدراستين: تتشابه الدراسة المذكورة أعلاه مع دراستنا كونهما تناولتا ضمانات التحكيم من جانبه الإرادي فقط من خلال التطرق لمبدأ سلطان الإرادة ونتائجه على التحكيم وتأثير تراجع المبدأ على عملية التحكيم، في حين كانت دراستنا شاملة للجانب الموضوعي والإجرائي معاً.

الدراسة الثالثة: القيود الواردة على نظام التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، ادريس كمال فتحي، 2017، وعالج الباحث في دراسته القيود الواردة على نظام التحكيم الدولي في ظل نظام تحكيم يقوم على مبدأ سلطان الإرادة، هذه القيود التي تنقسم إلى قيود موضوعية وقيود شخصية، أو المرتبطة بالقواعد الإجرائية الواجبة التطبيق على خصومة التحكيم و ضمانات التقاضي فيها، كما عالج مسألة مهمة ووصفها بالخطيرة ما تعلق بهيمنة الطرف القوي في العلاقة التحكيمية على الطرف الضعيف، حيث إعتبرها مهددة للمصالح الاقتصادية للعالم العربي، حيث أصبح الطرف الأجنبي هو الخصم والحكم في الوقت نفسه، كما تطرق لعلاقة القضاء بالتحكيم، من خلال تحديد ضوابط وحدود صلاحيات وسلطات المحكم، ورقابة القضاء عليها، هذه الرقابة الممتدة من تشكيل هيئة التحكيم إنتهاء إلى صدور حكم التحكيم وتنفيذه.

أوجه التشابه والاختلاف بين الدراستين: الدراسة المذكورة أعلاه مقارنة مع دراستنا كانت مقتصرة على القيود الواردة على التحكيم التجاري بالخصوص الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري.

الدراسة الرابعة: التحكيم في ظل اتفاقيات الاستثمار: تجديده ممارسة التحكيم، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، عمر شتوح، 2021، عالج الباحث في دراسته ما استحدثته ممارسة التحكيم من تجديده لقواعده ونظامه، سواء المتصل بالموضوع، ونطاق إختصاصه الرضائي، أين أخذ مبدأ الرضائية في تقلص من خلال إلمية الأطراف اللجوء إلى التحكيم، كما أن الأطراف أضحت تجد أنفسها طرفاً في علاقة التحكيم دون أي علاقة تعاودية، حيث أضحي الرضا يستخلص بنصوص تشريعية أو إتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف تكون

الدولة المضيفة طرفا فيها وتنص على تحكم المركز، كما شهد التحكيم ممارسات جديدة من خلال التوسع في تقرير الاختصاص وتفسير السمة الاختيارية، كما عرف التحكيم توجهات حديثة من تراجع للسرية وسرعة إجراءات التحكيم، وبروز مبدأ الشفافية وتدخل الغير في الخصومة التحكيمية.

أوجه التشابه والاختلاف بين الدراستين: تتشابه الدراسة المذكورة أعلاه مع دراستنا كونهما تناولتا مسألة التجديد في جانبه الإرادي وإن جاءت هذه الدراسة مقتصرة على مبدأ الرضائية في التحكيم فقط دون أن تتعداه إلى مبادئ أخرى المشكلة لمبدأ سلطان الإرادة، كما تناولتا كلا الموضوعين مسألة التجديد في التحكيم من حيث الجانب الإجرائي، رغم أن دراستنا إرتكزت على التحكيم الإلكتروني وأيضاً بالتطرق لجائحة كوفيد-19 ومدى تأثيرها على التحكيم، وأي فعالية للتحكيم الإلكتروني في مواجهة آثار هته الجائحة.

منهج الدراسة:

إن الإجابة عن إشكالية البحث الرئيسية وما يتفرع عنها من تساؤلات يقتضي بالضرورة الاعتماد بداية على المنهج التحليلي والمنهج المقارن، وأيضاً على المنهج الوصفي، أين تم الاستناد على المنهج التحليلي من خلال التفصيل في كل جزئية من جزئيات الدراسة، سواء من الجانب الفقهي من خلال عرض الآراء الفقهية وتحليلها وبيان اتجاهاتها ومناقشتها وتبيان الآراء السديدة منها وتدعيم ذلك بالتطبيقات القضائية، وكذا من الجانب التشريعي من خلال تحليل النصوص القانونية سواء تلك التي تضمنتها القوانين والتشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية والإقليمية، ومختلف الأحكام والقرارات التحكيمية سواء الصادرة عن القضاء أو مؤسسات ومراكز التحكيم، كما تم اعتماد المنهج المقارن المبني على إجراء مقارنة حول المسألة المراد بحثها وما هو مستجد من نظريات حديثة حول الموضوع في كل من التشريعات الوطنية والدولية المختلفة، وموقف المشرع الجزائري منها، وكذا موقف الاتفاقيات الدولية وعلى الأخص لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسترال UNCITRAL، وكذا الاتفاقيات الإقليمية وكذا القوانين النموذجية المختلفة.

أما بخصوص المنهج الوصفي وقع الإعتماد عليه باعتباره أكثر المناهج ملائمة لهذه الدراسة وذلك من خلال جمع المعلومات واستقراء مختلف النصوص القانونية والآراء الفقهية التي كتبت في هذا الموضوع وإحاطتها بالتحليل اللازم للوصول لأهم القواعد والأحكام المتعلقة بالموضوع وفهمها فهما صحيحا، وضبط المصطلحات المتعلقة بالدراسة وتحديد مفهومها بشكل دقيق ومحدد، إضافة إلى استهداف هذه الدراسة بالأساس وبشكل

مباشر التحسيس بأهمية التحكيم والدور الكبير في التسوية الفعالة للمنازعات التجارية الدولية خاصة في ظل قلة الاهتمام بمهته المواضيع في الجزائر.

خطة الدراسة:

إرتأينا للإجابة على هذه الإشكالية تقسيم هذه الدراسة إلى بابين، نتعرض في الباب الأول إلى التوجهات الحديثة للتحكيم التجاري في الاتفاقيات الدولية من حيث طبيعته الإرادية، والذي ينقسم إلى فصلين، نتطرق في الفصل الأول إلى مبدأ سلطان الإرادة وتطبيقاته في التحكيم التجاري ، أما الفصل الثاني فنخصصه إلى دراسة القيود الواردة على سلطان الإرادة في التحكيم التجاري، والفصل الثالث عالجنا فيه المستحدث في التحكيم بين تدعيم دور المحكم وتعزيز تدخل القضاء الوطني في التحكيم التجاري الدولي.

بينما نعالج في الباب الثاني التوجهات الحديثة للتحكيم في الاتفاقيات الدولية من حيث نظامه الإجرائي، والذي بدوره ينقسم إلى فصلين، نعالج في الفصل الأول تطور وتحديد قواعد وإجراءات التحكيم في منازعات التجارة الدولية، بينما نخصص الفصل الثاني لدراسة التحكيم الإلكتروني عصنة وتطوير لقضاء التحكيم. كما تكللت هذه الدراسة بخاتمة تضمنت أهم نتائج الدراسة مع تقديم جملة من التوصيات.

المبابة الأول

التوجهات الحديثة للتحكيم التجاري في

ظل

الاتفاقيات الدولية من حيث طبيعته

الإرادية

الباب الأول

التوجهات الحديثة للتحكيم التجاري في ظل الإتفاقيات الدولية من حيث طبيعته الإرادية

مقدمة

إن التطورات الاقتصادية والتكنولوجية العالمية وثورة المعلومات والاتصالات في الألفية الثالثة والذي أطلق عليها بعصر النهضة، قد انعكس على جانب المعاملات وعلى المنظومة التشريعية والقضائية، وأيضاً بالموازاة تطور ونمو العلاقات الدولية والإقليمية، فتحول الاقتصاد من الموجه إلى الاقتصاد الحر الذي أدى إلى ضرورة البحث عن وسيلة تسوية للنزاعات التجارية وعدالة فعالة مواكبة لهذا التطور، ووصلت جميع الجهود والأبحاث والدراسات أن التحكيم يعتبر أحد أهم وسائل التسوية فعالية فيما يخص فض المنازعات التجارية بنوعها الداخلية والدولية، بل تطور الأمر إلى أن أصبح التحكيم أمر حتمي وضروري تفرضه عدة ضرورات ومقتضيات.

تبعاً لذلك عرف التحكيم ذبوع وانتشار في القرن الأخير جعلت منه ظاهرة عصرية حديثة بامتياز وهو ما يفسر الأهمية البالغة التي يحتلها التحكيم في حل وتسوية مختلف المنازعات التجارية، ودوره المهم من خلال مساهمته في تحقيق التوازن على مستوى البيئة الاستثمارية، لذلك أجمع الخبراء على تأكيدهم بأهمية التحكيم واللجوء إليه كوسيلة بديلة عن القضاء لتسوية مختلف المنازعات التجارية بالنظر للدور الذي أباته والأثر الذي رتبته في تسوية هذه المنازعات.

وتبرز هذه الأهمية من خلال خصوصية وذاتية هذا النوع من التحكيم، وتركيبته التي يشتمل عليها، التي جعلت منه نظام قائم مستقل بذاته متميزاً عن غيره من عديد وسائل التسوية الأخرى للنزاعات، بل جعلت منه نظام متميز عن القضاء الرسمي، وتبرز هذه التركيبة في ما يقوم عليه من مبدأ سلطان الإرادة الذي يعد جوهر وأساس التحكيم وقيام العملية التحكيمية برمتها من جانبها الموضوعي والإجرائي.

غير أن سيادة النظام الليبرالي وظهور ما يعرف بالرأسمالية والعولمة إلى غاية بروز ما يعرف في الوقت الحالي بالثورة الصناعية الرابعة، أدت إلى إنفجار في الإقتصاد خصوصاً في المجال الدولي، هذا أثر بالموازاة على الجانب المتعلق بتسوية نزاعات التجارة الدولية، نتيجة ظهور دول مهيمنة في شتى المجالات بالخصوص تحكمها المطلق في التجارة على المستوى الدولي، وهذا ما جعل لهذه الدول الصناعية القوية المصلحة في الترويج للتحكيم التجاري حفاظاً على هذه المصالح، تحت حجة بطء وعدم فعالية القضاء الوطني وإجراءاته وسير الدعاوي في دول العالم الثالث.

من هذا المنطلق أصبحت الشركات العالمية والدول الغربية تسعى في جل العقود المبرمة إلى إدراج شرط التحكيم كأحد الشروط الجوهرية في العقد والتي لا يبرم العقد إلا بتواجد هذا الشرط، هذا الوضع كان له عدة إرهابات

أبرزها تمثل في زعزعة على مستوى المبادئ التي تحكم التحكيم والمتمثلة في تراجع مبدأ سلطان الإرادة، وأدى هذا التحول والتأثير إلى غياب التوازن العقدي وتأثر العدالة العقدية داخل التحكيم، من هنا تأتي الأهمية في دراسة الطبيعة الإرادية للتحكيم والتجديد والتحول الذي حدث بسبب التطورات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية... إلخ، والتساؤل المطروح هو أثر هذا التجديد على العملية التحكيمية؟

وشملت دراسة هذا الموضوع في ثلاث فصول تجيب عن السؤال المطروح وعن الإشكالية الرئيسية المطروحة في مستهل الرسالة، بداية بالتعرض لمبدأ سلطان الإرادة وتطبيقاته في التحكيم التجاري الفصل الأول، يليها التعرض لتراجع مبدأ سلطان الإرادة وتأثيرها على التحكيم التجاري بالتطرق للقيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الفصل الثاني، وفي الأخير نتناول مسألة في غاية الأهمية التي كان لها الأثر البارز على التحكيم والمتمثلة في المستحدث في التحكيم بين تدعيم دور المحكم وتعزيز تدخل القضاء الوطني في التحكيم التجاري الدولي الفصل الثالث.

الفصل الأول

مبدأ سلطان الإرادة وتطبيقاته في التحكيم التجاري

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة المنطلق الأساسي لأي عملية تعاقدية، والحديث عن التحكيم يقودنا للكلام عن الإرادة التي تعتبر أساس التحكيم من خلال جوهر العملية التحكيمية المتمثلة في إتفاق التحكيم الذي بدوره يجرنا للكلام عن مبادئ عدة تعتبر قوام التحكيم، باعتبار الحديث عن المبادئ المؤطرة لمبدأ سلطان الإرادة ليس حكراً على العقود بل يتعلق كذلك بالتحكيم سواء ما تعلق بالتراضي والحرية الإرادية، والقوة الملزمة للعقد والأثر النسبي له ومبدأ حسن النية، كل هذه المبادئ تكرر الصفة الإرادية والطبيعة التعاقدية للتحكيم.

وبرز العنصر الإرادي للتحكيم وما يقوم عليه من مبدأ سلطان الإرادة الذي أضحي له جانب أساسي في التحكيم التجاري، في ظل الاختلاف في تحديد طبيعة التحكيم بين من تبنى الطبيعة العقدية له، ومن يخالف ذلك بتبني الطبيعة القضائية، لذلك فكل ما هو مرتبط بالتحكيم يرجع أساسه إلى مبدأ سلطان الإرادة، فهو مصدر إتفاق التحكيم، ومصدراً للمحكم يستمد منه سلطته، وحتى قرارات التحكيم تجد قوتها التنفيذية في مبدأ سلطان الإرادة.

وتبرز أهمية دراسة الجانب الإرادي في ظل التوجه السائد في نطاق التجارة الدولية والدعوة إلى إطلاق حرية الأطراف في التحكيم والإتفاق عليه.

وتعتبر مختلف النتائج التي يرتبها مبدأ سلطان الإرادة على شاكلة الحرية الإرادية والقوة الملزمة للعقد ومبدأ حسن النية من المبادئ التوجيهية لنظرية العقد⁽¹⁾، التي أحاطها المشرع بالتنظيم في القانون المدني فنجد قد نص عن القوة الملزمة للعقد في المادة 106 مدني جزائري، أما حسن النية فنص عنه في المادة 107 مدني جزائري، أما الحرية التعاقدية فلم ينص عنها المشرع الجزائري بنص صريح على نقيض المشرع الفرنسي الذي نص على القاعدة في قانونه المدني في المادة 1102 منه.

لذلك وإحاطة بالموضوع ودراسة موقع مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري يقتضي بداية التطرق للطبيعة الإرادية للتحكيم التجاري المبحث الأول، يليها التطرق لمبدأ حرية الإرادة في التحكيم التجاري المبحث الثاني، ولمظاهر حرية الإرادة في تحديد آثار التحكيم المبحث الثالث.

⁽¹⁾ تم النص على هذه المبادئ على مستوى مبادئ القانون الأوروبي للعقد PDEC، فتم النص على الحرية التعاقدية في المادة 102 (1)، ونص على حسن النية في المادة 201 (1)، كما نصّت مبادئ البيندروا لعقود التجارة الدولية UNIDROIT على كل من حرية التعاقد في المادة 11، ونص على القوة الملزمة للعقد في المادة 13، ونص على حسن النية في المادة 17.

المبحث الأول

الطبيعة الإرادية للتحكيم التجاري

لما كانت الطبيعة الإرادية للتحكيم تعتبر أحد أهم المزايا التي يتمتع بها التحكيم التجاري، أين تعتبر فيها الإرادة جوهر العملية التحكيمية، أين لا يتصور وجود التحكيم دون إتفاق عليه من قبل الأطراف والتراضي عليه، والذي يكون عبر طريق واحد الذي يطلق عليه بإتفاق التحكيم الذي يعبر فيه الأطراف عن نيتهما في اللجوء للتحكيم وعرض النزاع عليه، سواء أخذ هذا الإتفاق شكل الشرط أو المشاركة، هذا الإتفاق الذي يقوم على إقصاء القضاء العادي من النظر والفصل في النزاع، وعرض النزاع على هيئة مختصة في الفصل في المنازعات التحكيمية تكون من إنشاء وإختيار الأطراف، وبالموازاة مع ذلك على هيئة التحكيم الخضوع لإرادة وإتفاق الأطراف دون الخروج عن الإطار التعاقدي والإتفاقي الذي أنشأه⁽¹⁾.

إن الفلسفة الإرادية للتحكيم التي تقوم على مبدأ الحرية ومبدأ سلطان الإرادة، من خلال إختيارية لجوء الفرد للتحكيم والذي يميز الطبيعة الخاصة والمميزة للتحكيم، المتمثلة في الطابع الإرادي⁽²⁾، فهو ينشأ عن الإختيار الحر للأفراد دون أن يكون هناك قيد من أي طرف خارجي عن أطراف العلاقة حتى لو تمثل هذا القيد في الدولة أو القضاء الرسمي، ما يؤكد هذا الكلام هو الطابع والأساس الإرادي للتحكيم، حتى وإن كان يشاركه الطابع القضائي للتحكيم⁽³⁾، هذه الحرية هي التي تضفي فعالية أكبر للتحكيم، خاصة لو إعتبرنا هذه الحرية التي يتمتع بها الأطراف في التحكيم هي ما يميز هذه الوسيلة الخاصة بتسوية مختلف المنازعات على مختلف الوسائل الأخرى بل وتميزها حتى على القضاء الوطني.

ولتأكيد ذلك إرتأينا التطرق لنشوء قاعدة سلطان الإرادة ومفهومها في إطار القواعد العامة المطلب الأول، ليلبيها التطرق للأساس العقدي للتحكيم المطلب الثاني.

(1) خديجة البودالي، إتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبوبكر بلقايد بتلمسان، السنة الجامعية 2014/2015، ص 11.

(2) J. ROBERT avec la collaboration de B. MOREAU, *L'arbitrage. Droit interne, droit international privé*, 6^e édition, Dalloz, Paris, 1993, p. 3.

(3) Ousmane Diallo, *Le Consentement Des Parties À L'arbitrage International*, Graduate institute publications, 2010. Le texte intégrale publié au: <https://books.openedition.org/iheid/963>.

المطلب الأول

نشوء قاعدة سلطان الإرادة ومفهومها وأهمية الاعتراف بها في التحكيم

تتمحور النظرية التقليدية للعقد بصفة عامة حول تقديس الفرد وتكريس المجتمع لخدمته وهي مسألة فرضها مبدأ أساسي وقانوني وهو مبدأ سلطان الإرادة، المعبر عنه بأن الانسان لا يلزم إلا بمحض إرادته الحرة وفي الحدود التي يريدتها وبالكيفية التي يختارها، فهذه الإرادة الحرة مصدر الحقوق والواجبات وهي المنشئ الحقيقي للالتزامات وتحديد مضمونها وما تكسبه من قوة إلزامية، ويحكم هذا المبدأ كقاعدة عامة أي عقد من العقود في تكوينه وآثاره⁽¹⁾، فعرف هذا المبدأ أن العقد يستمد قوته الملزمة من الإرادة الحرة للأطراف، هذه القوة الملزمة للعقد هي الهدف الجوهرية الذي يبتغياه المتعاقدان⁽²⁾.

وتعتبر الإرادة الأساس الذي يقوم عليه أي تصرف قانوني والمنطلق الأساسي لأي عملية تعاقدية، هذه الإرادة التي جاءت نتيجة فلسفة معينة تعود لانتشار النزعة الفردية، تحولت إلى مبدأ سلطان الإرادة، التي يكون للإرادة الحرة وبما إرتضته أن تنشأ التصرف القانوني بالشكل والشروط التي يضعونها وتحدد الآثار التي أرادت سواء ما تعلق بالالتزامات أو الحقوق، فنتج عن هذا المبدأ حرية الأطراف في حرية التعبير عن إرادتهما في التعاقد من عدمه وهو ما أطلق عليه بالحرية التعاقدية، ومن ناحية أخرى يترتب عن مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد أن الأطراف متى إختارا التعاقد فيصبح العقد الذي أبرماه بمثابة شريعة بالنسبة إليهما فيقع عليهم وجوبا إحترام تعهداتهم وتنفيذها بحسن نية طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وما يقتضيه مبدأ القوة الملزمة للعقد، كما أن من أبرز ما يترتب هذا المبدأ أن العقد المبرم بين الأطراف على الوجه الصحيح يصبح نسبي بين أطرافه فلا ينقل أي أثر للغير التي تبقى جميع آثاره محصورة بين المتعاقدين فقط وهو ما أطلق عليه بمبدأ نسبية آثار العقد.

تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة أضحت الحرية الإرادية هي محور وأساس قيام نظام التحكيم عن طريق إتفاق التحكيم وترتيب آثاره، فأضحت الصفة الإرادية هي الغالبة في مجال التحكيم، مواكبة للتحويلات الاقتصادية والاجتماعية وفي ظل بروز الليبرالية كنظام منفتح قائم على سلطان الإرادة بشكل محوري في كافة مراحل هذا النظام، هذا الأمر برز بشكل بارز من خلال دعم وتبني هذه الرؤية من طرف المشرعين ومختلف المنظمات الدولية إضافة لكل من الفقه والقضاء الذي كان له دور مهم وأساسي في ذلك، من هذا المنطلق أضحي للأطراف في ميدان الاستثمار والتجارة سواء في شقه الوطني أو الدولي بحرية الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع

⁽¹⁾ علي فيلاي، التزامات العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص52.

⁽²⁾ Christian Larroument, Droit civil-Tome 3, Les obligation le contrat, 3 éme édition, 1996, p101.

سواء سبب نشوؤه أو يتوقع ذلك مستقبلاً، وإختيار قاضي يتولى مهمة الفصل في النزاع وفق قانون وإجراءات يتولى أطراف النزاع إختيارها في الأصل لتواصل هذه الإرادة في حرية تنفيذ الحكم التحكيمي الذي تصدره هيئة التحكيم والذي يكون فاصلاً في النزاع.

ويعتبر مبدأ سلطان الإرادة أحد ضمانات التحكيم التجاري الدولي، التي من خلالها تبرز فعالية التحكيم التجاري كقضاء خاص لتسوية مختلف نزاعات التجارة والإستثمار، لذلك سمي التحكيم بالعدالة الإتفاقية، أين تعتبر الإرادة الأساس الذي من خلاله يتم اللجوء لجوء الأطراف إلى التحكيم بمحض إرادتهم لحل المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ عن العقد القائم بينهم ومن خلاله ينشأ إتفاق التحكيم، لذلك لا يحق لأي طرف إجبار الأطراف للجوء إلى التحكيم دون إرادتهم الحرة في إختيار التحكيم لتسوية المنازعات، لذلك فاللجوء إلى التحكيم الإختياري أو الإرادي هو الأصل والمعبر عن الطبيعة الإرادية للتحكيم، وذلك رغبة من المتعاملين في التجارة الدولية بالتححرر من القيود الموجودة في الأنظمة القانونية لمختلف الدول، وإخراج التجارة الدولية من هيمنة القوانين الوطنية التي تتميز بالانطواء والانحياز إلى الاعتبارات الداخلية، وكذا رغبتهم في الهروب من مشكلة تنازع القوانين⁽¹⁾.

لذلك فللإرادة دور مهم وسلطان في كافة مراحل العملية التحكيمية وإجراءاتها، بدءاً من مرحلة التفاوض أو بداية اللجوء إلى التحكيم عن طريق إبرام إتفاق التحكيم إلى غاية ما بعد صدور الحكم التحكيمي وما يتخلل هذه العملية من العديد من المراحل الأساسية في التحكيم من تنظيم إجراءات التحكيم وإختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع سواء من حيث الجانب الإجرائي أو الموضوعي، وأيضاً في تنظيم عملية التحكيم من تعيين هيئة التحكيم وتحديد إختصاصاتهم وسلطاتهم ومسؤولياتهم في تولي النظر في النزاع التحكيمي كما تسمح إرادة أطراف التحكيم لإمكانية عزل أو تحريج المحكم، أو إنهاء العملية التحكيمية برمتها خوفاً من ضياع حقوقهم، وأيضاً في تحديد مكان التحكيم وإختيار اللغة والمدة الزمنية في القيام بذلك، وفي الأخير الإتفاق في تنفيذ حكم التحكيم⁽²⁾.

لما كان أساس الإتفاق وأي عقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه، ومن خلال ما يحمله مفهوم مبدأ سلطان الإرادة من أنه توافق الإرادتين لإنشاء العقد، هذا العقد الذي يتكون من مجموع إلتزامات يتولى أطراف العقد تنفيذها، لذلك فرض القانون وجوب إحترام الإرادة وما تنشئه من إلتزامات المنشئة على الوجه القانوني الصحيح، دون إعتراض هذه الإرادة الحرة من قبل الغير، فلا يجوز نقض هذا العقد أو تعديله إلا بالإتفاق الصريح منهما.

(1) محمد جارد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي -دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2010/2009، ص15.

(2) محمد بديدة، التحكيم البحري بين إرادة الأطراف وأحكام القانون، مجلة القانون والأعمال -سلسلة الأبحاث الجامعية والأكاديمية، العدد 23-عدد خاص، 2019، ص4.

وقد حظي موضوع مبدأ سلطان الإرادة في مجال التحكيم التجاري باهتمام كبير سواء من طرف التشريعات أو الإتفاقيات الإقليمية والدولية، وكذلك بالرجوع للتشريع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الباب الثاني الحامل لعنوان في التحكيم المندرج تحت الكتاب الخامس تحت عنوان في الطرق البديلة لحل المنازعات نجده نص وأكد على مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم في سائر ومختلف مراحله وهو ما نؤكد في ما سيأتي التطرق له فيما هو قادم في هذه الرسالة.

المطلب الثاني

الأساس العقدي للتحكيم

رغم ما يحمله التحكيم من الطبيعة القضائية والاستقلالية التي يتمتع بها نتيجة تميزه عن المفهوم التقليدي للعدالة أمام المحاكم، فإن هذا لا ينفي سيطرة فكرة العقد عن التحكيم، طبقا لذلك يعتبر التحكيم عقدا حقيقيا قائم بذاته كسائر العقود المنظمة تحت القانون المدني، فينتهي بذلك إلى طائفة التصرفات القانونية والتي يميزها الطبيعة الإرادية، لذلك يقوم التحكيم على الأركان التي يقوم عليها أي عقد من تراضي ومحل وسبب، وأيضا ما يقوم عليه من شروط صحة مثل أي عقد كشرط الأهلية وخلو الإرادة من العيوب، وترسم معالم الطبيعة العقدية للتحكيم في عدة مظاهر نوردتها في النقاط التالية:

- إن إتفاق التحكيم سواء تم قبل وقوع النزاع أو بعده يتميز بالطبيعة العقدية باعتباره عقد رضائي لا ينعقد إلا بتوفر إيجاب يشترط فيه أن يكون صريحا وباتا ودقيقا يبين بصراحة إقصاء القضاء الوطني واللجوء إلى التحكيم كقضاء أصيل للنظر في النزاع محل إبرام الإتفاق عليه، ويجب على الموجب أن يبقى على إيجابه طيلة المدة المحددة لقبول الطرف الآخر، هذا الإيجاب يقابله قبول من الطرف المقابل في العلاقة، الذي بدوره يعلن عن إرادته والرد عن الإيجاب الموجه له بقبول، ويتم من خلال شرط التحكيم إقرار بمجمل الحقوق والالتزامات بين أطرافه والتي في الغالب تتميز بالتفاوت والتباين في المراكز القانونية والاقتصادية⁽¹⁾.

- إن الطبيعة العقدية للتحكيم لها دور في صياغة شرط التحكيم، الذي على إثره يلجأ أطراف النزاع إلى التحكيم بإرادتهم الحرة، والتي لها من الأهمية في العقد من خلال الهدف المتوخى منها كإحاطة بكافة التغيرات والظروف والاحتمالات سواء من حيث التزامات وحقوق الأطراف، أو اختيار المحكمين وعددهم وطريقة رد المحكم، والإجراءات التحكيمية، والقانون الواجب التطبيق، وتعيين لغة ومكان التحكيم ومدته، فكل هذه العناصر

(1) محمود عمر محمود، إشكالية امتداد شرط التحكيم بالتطبيق على قضية هضبة الأهرامات، مداخلة ملقاة في المنتدى التاسع عشر: التحكيم في عقود النفط والانشاءات الدولية المنعقد بعمان، بتاريخ 26-28 أغسطس 2014، ص 6.

هي في الأصل وليدة لإرادة الأطراف تساهم في تسهيل عملية التحكيم والسرعة في البث في النزاع، ويطلق على اللجوء للتحكيم بهذه الطريقة بالتحكيم الاختياري.

-يعد التحكيم من قبيل أعمال القانون الخاص يقوم في الأساس على إتفاق مكتوب يحيل الأطراف إلى التحكيم، بالإضافة إلى هذه الإحالة فإنفاق التحكيم يمتد أثره إلى كافة مراحل التحكيم، مهيمنا على نظامه القانوني أشخاصا وموضوعا وإجراء، لهذا يجمع الفقه على تغليب الطبيعة العقدية للتحكيم له، دونما إعتباره نظاما قضائيا بحتا، مستنديا في ذلك بكون المحكم ليس بقاضي، لاختلاف عمل هيئة التحكيم عن القاضي الوطني وإعتبار المحكم فردا عاديا يتمتع بكفاءة وخبرة تؤهله لحسم النزاع التحكيمي⁽¹⁾، أما السبب الآخر لتغليب الطبيعة العقدية للتحكيم، هو إعتبار حكم التحكيم مختلفا كلياً عن الحكم القضائي الصادر عن القضاء الوطني في مصدر إلزاميته، أين يستمد الحكم التحكيمي قوته من إرادة أطرافه في اللجوء إلى التحكيم وعرض النزاع على المحكم، وإستبعاد القضاء الوطني في الفصل في النزاع، هذا الأمر الذي يفرض المباشرة والفصل بينهم⁽²⁾.

-من جهة أخرى يرتبط الحكم التحكيمي بإتفاق التحكيم الذي بمقتضاه تم تعيين المحكم ونشأة سلطته، فإنفاق التحكيم هو الأساس الذي بواسطته صدر الحكم التحكيمي وكافة عناصر العملية التحكيمية وهو السبب المباشر في عدم تدخل القضاء الوطني في الدعوى التحكيمية، وبدون إتفاق التحكيم فلا وجود لحكم تحكيمي فاصل في النزاع، فحكم التحكيم هو الغاية التي ينشدها إتفاق التحكيم⁽³⁾، لذلك يجد التحكيم أساسه في الطبيعة العقدية التي قوامها الإرادة الحرة لأطرافه وما يشملها من تراضي بين أطراف الدعوى التحكيمية وإعمال لمبدأ سلطان الإرادة في جميع مراحل العملية التحكيمية من الإتفاق على التحكيم إلى غاية صدور الحكم التحكيمي الفاصل في النزاع.

(1) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف الإسكندرية، 2007، ص50.

(2) حسنى المصرى، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، دار الكتب القانونية، 2006، ص11.

(3) حسنى المصري، المرجع السابق، ص12.

المبحث الثاني

مبدأ حرية الإرادة في التحكيم التجاري

يعتبر مبدأ الحرية التعاقدية الأساس الذي يقوم عليه إبرام إتفاق التحكيم، بالخصوص الأنظمة التي يقوم اقتصادها على الليبرالية التحررية، الذي تجعل الأشخاص تتعاقد بكل حرية وفق للشروط المختارة بينه وبين المتعاقد معه، وأيضا يشمل هذا المبدأ الطريقة المتفق عليها في تنفيذ العقد.

ويعتبر حرية الإرادة أو الحرية التعاقدية أصل مبدأ سلطان الإرادة، ويتحدد مضمون الحرية التعاقدية على مستوى موضوع التعاقد في حرية الأشخاص في التعاقد من عدمه، والحرية في تحديد الطرف المتعاقد معه، والحرية في تحديد مضمون هذا التعاقد، أما من حيث الشكل فتتمثل الحرية التعاقدية في أن يكون الشخص حرا في إختيار شكل التعاقد الذي على أساسه يتم إبرام العقد⁽¹⁾.

إذا كان هذا هو مضمون الحرية التعاقدية كأصل عام، فإن مضمون هذه الحرية في التحكيم التجاري يتمثل في حرية الإرادة في إنشاء إتفاق التحكيم، وكذلك في حرية الأطراف على سير إجراءات التحكيم، وحرية إرادة الأطراف في تفعيل إختصاص هيئة التحكيم، وهذا ما سندرسه من خلال التطرق لمبدأ حرية إرادة الأطراف في تنظيم التحكيم المطلب الأول، وأيضا نتطرق لإرادة الأطراف أثناء سير الخصومة وفي نهايتها المطلب الثاني.

المطلب الأول

مبدأ حرية إرادة الأطراف في تنظيم التحكيم

ما يميز التحكيم هو الطبيعة الإرادية التي تميزه وهامش الحرية الإرادية فيه، فيقوم التحكيم على سلطان الإرادة، والمتمثل في إبرام الإتفاق التحكيمي والإتفاق على جميع ما يشملته التحكيم من مراحل سواء من الناحية التنظيمية أو الإجرائية، من بداية النزاع التحكيمي إلى غاية صدور الحكم التحكيمي الفاصل في النزاع. ولإبراز دور الإرادة في تنظيم عملية التحكيم يتعين التطرق لإنشاء إتفاق التحكيم، وأيضا لدور هذه الإرادة في تشكيل محكمة التحكيم وتفعيل إختصاصها، وتحديد سلطات وإلتزامات المحكم.

(1) حدد مضمون الحرية التعاقدية القانون المدني الفرنسي في تعديله الجديد 2016 من خلال نص المادة 1102 التي جاء نصها: "كل شخص حر في أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد، وفي أن يختار من يتعاقد معه وتحديد مضمون وشكل العقد في الحدود المقررة في القانون".

Art 1102 «Chacun est libre de contracter, de choisir son contractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi».

الفرع الأول: تطابق الإرادتين أساس قيام إتفاق التحكيم

ينشأ العقد بتلاقي كل من الإيجاب والقبول وتطابقهما على النحو الذي تنصرف فيه إرادة الأطراف إلى إحداث أثر قانوني معين، وباعتبار التحكيم عقد كسائر العقود تنصرف فيه الإرادة إلى عرض النزاع الناشئ بينهما مشاركة التحكيم أو ما ينشأ في المستقبل من نزاعات شرط التحكيم على هيئة التحكيم سواء كانت مكونة من محكم منفرد أو أكثر من محكم، شريطة أن يفرغ هذا الإتفاق في قالب شكلي معين لإثباته بهدف تفادي النزاع حول إثبات محتوياته⁽¹⁾.

ويتمثل التصرف القانوني في التحكيم في العقد المبرم بين أطراف الخصوم، في اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع الناشئ بينهم أو الذي قد ينشأ مستقبلاً، عن طريق هيئة تحكيم يختارونها مؤهلة للقيام بذلك، هذه العملية برمتها يطلق عليها بإتفاق التحكيم، ومنه فإنفاق التحكيم هو كل إتفاق بين إرادتين أو أكثر بمناسبة عقد معين مدني، تجاري، وغيره على إحداث أثر قانوني معين يتمثل في تنحية القضاء العادي عن النظر في النزاع القائم بالفعل اشتراط التحكيم أو المنازعات مستقبلية شرط التحكيم تثور بصدد تفسير هذا العقد أو صحته أو بطلانه أو تنفيذه أو فسخه أو التعويض عن البطلان أو الفسخ... إلخ، باختيار محكم أو أكثر للفصل في هذا النزاع بحكم ملزم وفقاً للقواعد الإجرائية والموضوعية التي يحددها هذا الإتفاق⁽²⁾.

وأورد القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم لعام 1985 تعريف إتفاق التحكيم في المادة 7 (1) على أنه: "إتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية"⁽³⁾، وجاءت أغلب التشريعات موافقة ومشابهة لتعريف إتفاق التحكيم في القانون⁽⁴⁾.

(1) خالد محمد العميرة، نحو وحدة قواعد نظام التحكيم المؤسسي في دولة الكويت، دراسة تحليلية وصفية ومقارنة، الطبعة الأولى، وزارة العدل 2021، ص30.

(2) Commercial Law Development Program And Republic Of Iraq, Guide For Drafting International Arbitration Clauses, p12, Accessed site: <https://cldp.doc.gov/sites/default/files/Arbitration%20Guidebook%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20-Iraq-Final.pdf>. Accessed: 2022/02/08 21:47.

(3) قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، منشورات الأمم المتحدة، رقم 4 V.08.A. ص05. متوفر على الموقع: www.uncitral.org.

(4) أنظر لتعريف إتفاق التحكيم في القانون المصري للتحكيم لعام 1994 وذلك في المادة 10 (1) التي نصّت: "إتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"، وأيضاً بالنسبة للقانون الإنجليزي الذي عرف إتفاق التحكيم في المادة 6 من قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1996 بأنه لجوء أطراف النزاع إلى تحكيم المنازعات التي قد تنشأ في الحاضر أو المستقبل سواء كانت تعاقدية أم غير ذلك، وكان النص الأصلي للمادة السالفة الذكر على النحو التالي:

"Arbitration Agreement means " an agreement to submit to arbitration present of future disputes whether they are contractual or not"

أما إتفاقية نيويورك لعام 1958 فعرفته بطريقة غير مباشرة عند تبين القوة الإلزامية لإتفاق التحكيم فنصّت في المادة الثانية من الإتفاقية بأنه: "1- تعترف كل دولة متعاقدة بأي إتفاق مكتوب يتعهد فيه الطرفان بأن يحيلوا إلى التحكيم جميع الخلافات أو أي خلافات نشأت أو قد تنشأ بينهم بالنسبة لعلاقة قانونية محددة، تعاقدية أو غير تعاقدية، تتصل بموضوع يمكن تسويته عن طريق التحكيم. 2- يشمل مصطلح إتفاق مكتوب أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي إتفاق تحكيمي موقع عليه من الطرفين ورد في رسائل أو بقرات متبادلة. 3- على المحكمة في أي دولة متعاقدة، عندما يعرض عليها نزاع في مسألة أبرم الطرفان بشأنها إتفاق بالمعنى المستخدم في هذه المادة أن تحيل الطرفين إلى التحكيم بناء على طلب أي منهما، ما لم يتبين لها أن هذا الإتفاق لاغ أو باطل أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ".

أما بالنسبة للقضاء فهو كذلك أسهب في تحديد تعريف لإتفاق التحكيم، فنجد قرار قضائي للمحكمة الدستورية العليا في مصر التي أعطت تعريفا واسعا لإتفاق التحكيم فنصّت على أنه: "عرض نزاع بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا الحكم في ذلك النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيليا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية".⁽¹⁾

من تعريف لإتفاق التحكيم يتضح بأن هذا الإتفاق هو أساس اللجوء وقيام عملية التحكيم ومنه تستمد هيئة التحكيم إختصاصها بالفصل في النزاع التحكيمي، ويظهر لنا أنه يتشكل من صور على أساسها يتجسد الإتفاق، وكذلك من أركان ضرورية لقيامه ويبرز أهمية التطرق لموضوع إنشاء إتفاق التحكيم في كونه يعتبر بوابة للوصول إلى حكم تحكيمي صحيح، مثلما أشار إليه أحد من الفقه بقوله "إذا كان هناك حكم صحيح، فلا بد أولا من وجود إتفاق تحكيم صحيح"⁽²⁾.

وللأهمية التي يكتسبها إتفاق التحكيم فقد إعترفت به أغلب التشريعات والمعاهدات الدولية التي خصته بتنظيم خاص، فتم النص عليه في بروتوكول جينيف لعام 1923، وكذلك إتفاقية نيويورك لعام 1958 المتعلقة بالاعتراف بتنفيذ أحكام لتحكيم الأجنبية، وأيضا قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون

وأیضا قانون المرافعات الفرنسي الصادر عام 1975 والمعدل بالمرسوم رقم 48 لعام 2011 في المادة 1442 منه.

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 380 لسنة 3 ق. دستورية - جلسة 2003/05/11، منشور لدى فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علما وعملا، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة أولى، 2014، ص 87.

(2) A. Redfern, M. Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 3rd ed, Sweet & Maxwell, London, 1999, p. 4.

التجاري الدولي لعام 1976. ونستعرض مسألة إنشاء إتفاق التحكيم وفق للعناصر السابق ذكرها تباعا فيما يلي.

أولاً- صور إتفاق التحكيم:

يحمل إتفاق الأطراف على التحكيم عدة صور بحسب عنصر الزمن الذي يقع فيه النزاع والذي على أساسه تتجه إرادة الأطراف إلى التحكيم⁽¹⁾، فإذا ما إتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بشأن المنازعات المحتمل أن تثور بينهم مستقبلا وتضمن هذا الإتفاق في العقد الأصلي فإن هذه العملية أطلق عليها المشرع الجزائري تسمية شرط التحكيم حسب المادة 1007 ق إ م وإ.

أما الصورة الثانية لتوافق إرادة الأطراف على اللجوء للتحكيم، فهي التي تكون بإتفاق الأطراف على التحكيم في المنازعات التي سبق نشوؤها بينهم وتسمى بمشارطة التحكيم⁽²⁾، ويتم تضمين الإتفاق بشكل مستقل عن العقد الأصلي المبرم بين الطرفين سابقا، وقد تناولت المادة 1011 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية تعريف لإتفاق التحكيم فجاء نصها بأن: "إتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم". ويطلق على إتفاق التحكيم على النحو المحدد في المادة السالفة الذكر أيضا تسمية مشارطة التحكيم، وقد يتم الإتفاق على التحكيم أثناء سريان الخصومة أمام القضاء العادي بنص المادة 1013 من ق إ م وإ، وبنفس المفهوم نص المشرع المصري على شرط التحكيم ومشارطته في قانون التحكيم المصري. وعليه فرق المشرع الجزائري صراحة بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم من خلال نص كل من المادة 1007 التي أشارت إلى شرط التحكيم، والمادة 1011 التي أشارت إلى مشارطة التحكيم، مثل ذلك التشريع الفرنسي التي فرق ولو بطريقة غير مباشرة بين شرط التحكيم ومشارطته⁽³⁾.

إلى أنه على نقيض من ذلك هناك عدة تشريعات إنتهجت مسار مغاير بعدم التفرقة بين شرط التحكيم ومشارطته، فإعتبرت كل منهما يندرج تحت تسمية إتفاق التحكيم، مثل المشرع المصري والسعودي، وحسنا ما فعل كلا المشرعين السابقين، حيث يعتبر هذا التوجه السليم خاصة وأن كلا النوع يجمعهما مسار وتنظيم قانوني

(1) هناك من يميز بين صور إتفاق التحكيم بحسب ما إذا كان الإتفاق على التحكيم تم بعد نشوء النزاع فيسمى بذلك بمشارطة التحكيم، أو إذا تم إتفاق التحكيم قبل نشوء النزاع فيسمى عندئذ بشرط التحكيم. بشير سليم، محاضرات في التحكيم التجاري الدولي، المحاضرة الأولى، ص02.

(2) ويحمل عدة تسميات أخرى مرادفه لمشارطة التحكيم: إتفاقية التحكيم، وثيقة التحكيم، عقد التحكيم.

(3) نص قانون المرافعات الفرنسي على شرط التحكيم في المادة 1442 منه بأنه: "الإتفاق الذي يتعهد بموجبه المتعاقدون على إحالة المنازعات التي تنشأ عن العقد إلى التحكيم"، في حين نص على إتفاق التحكيم دون أن يطلق عليه تسمية مشارطة التحكيم في المادة 1447 من قانون المرافعات الفرنسي بأنه: "عقد يحيل بموجبه أطراف نزاع ناشئ إلى تحكيم شخص أو عدة أشخاص". أنظر أبي إسماعيل باكير، التحكيم الداخلي وفق قانون الاجراءات المدنية والادارية رقم 22-13 المعدل والمتمم ق إ م وإ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير، جامعة الجزائر 01 يوسف بن خدة كلية الحقوق، 2014/2015، ص13.

واحد، كما أنه تقسيم لا يقدم أي إضافة من الناحية العملية، فقط يختلفان في كون شرط التحكيم يرد ضمن بنود العقد المبرم بين الطرفين، أما مشاركة التحكيم فيتم الإتفاق على التحكيم في عقد مستقل⁽¹⁾.

ويخلص البروفيسور جان فلافيان لاليف إلى أن "شرط التحكيم هو أكثر بكثير من مجرد عملية لتسوية المنازعات من خلال مناشدة طرف ثالث أو أطراف ثالثة محايدة لتولي تسوية النزاع والفصل فيه، هذا البند له قوة وقائية كبيرة من عدد الخلافات التي تمكنوا من تسويتها عن طريق التفاوض المباشر بين الأطراف، عن طريق التوفيق، أو بفضل المساعي الحميدة لطرف ثالث، هذا على وجه التحديد بسبب وجود شرط تحكيم يلعب دور فعال باعتباره صمام الأمان وإشارة إنذار أو إجراء رادع"⁽²⁾.

في النهاية، بفضل وظيفته الوقائية، يلعب شرط التحكيم دورا لا غنى عنه في تطوير التحكيم، وبدون هذا البند والتوقع الذي يسمح به، سيتم تقليل المنازعات المقدمة إلى التحكيم بشكل كبير، وإلا إذا سُمح للأطراف بالموافقة على التحكيم فقط بعد نشوء النزاع، فإن التحكيم التجاري الدولي سيصبح بلا شك أداة غير مجدية، لأنه بمجرد نشوء النزاع، لا يكون لدى المدعى عليه عادة سبب كاف للموافقة على مؤسسة محايدة، لذلك سيصر لرفع أي دعوى أمام محاكمها الوطنية، بعبارة أخرى لا يمكن لإتفاقيات التحكيم أن تلعب دورا مهماً إلا إذا تم إبرامها قبل نشوء أي نزاع، وعادة في وقت الدخول في العقد الأصلي⁽³⁾.

هذه الأهمية التي يكتسبها إتفاق التحكيم تصاحبها مسألة مهمة تتمثل في صياغة إتفاق التحكيم الذي يظهر أهميته باعتباره أثر من الآثار المترتبة عن إتفاق التحكيم، وتوجد العديد من الصيغ والنماذج لشرط التحكيم في العقود المعتمدة من طرف مراكز التحكيم، هذه النماذج التي تحتل من الأهمية في تسوية فعالة للنزاعات، خاصة في ظل التعقيد الذي أضحت عليه العقود التجارية والاستثمارية، كما أن الصياغة الصحيحة لإتفاق التحكيم يؤدي إلى الوصول إلى الهدف المبتغى من الأطراف، كما يعتمد تحديد الآثار والأطراف في إتفاق التحكيم بشكل دقيق يساعد على تجاوز المشاكل المتعلقة بتحديد الحقوق والالتزامات الناتجة عن العقد وكذلك ما تعلق بالتنفيذ وهذا لا يمكن أن يتم إلا من خلال صياغة سليمة ومضبوطة لإتفاق التحكيم، لذلك غالبا ما تأخذ الأطراف هذه

(1) أبي إسماعيل باكير، المرجع السابق، ص12.

(2) J.-F. LALIVE, « Contrats entre États et personnes privées », *RCADI*, Tome 181, 1983, p.61.

(3) J. PAULSSON, « Arbitration without privity », 10 *ICSID Rev. F.I.L.J.*, 1995, p. 359-369.

(1) الدليل، الاسترشادي لصياغة شرط التحكيم في العقود:

.8ص. %20%20-Iraq-Final.pdf

{ 32 }

إليها، كما نصّت عن هذا النوع من شرط التحكيم المادة العاشرة في فقرتها الثالثة من قانون التحكيم المصري الجديد، وأيضا المادة 1443 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

ويشترط في هذه الإحالة الواردة في العقد الأصلي القائم بين الأطراف أن تكون مكتوبة تيسيرا لعملية إثبات شرط التحكيم بالإحالة حالة إنكاره من أحد الطرفين، وأن تكون هذه الإحالة بشكل صريح وواضح⁽¹⁾، والملاحظ من النصوص السابقة الذكر هو مواكبتها للتطورات الحديثة من خلال توسعها في كتابة إتفاق التحكيم سواء شرطا كان أو مشاركة ليشمل وسائل الاتصال الحديثة دون التقيّد بالكتابة التقليدية كالرسائل أو البرقيات، ليعترف بالإتفاق الوارد عبر الوسائل الالكترونية كالبريد الالكتروني وغيرها من المواقع الالكترونية التي تقوم بإرسال الرسائل الالكترونية ويمكن من خلالها إثبات الكتابة لاثبات وجود إتفاق التحكيم.

وأمام هذه الأهمية والمكانة التي تحتلها مسألة صياغة إتفاق التحكيم، إلا أنها في الوقت نفسه من المسائل الأكثر تعقيدا والجانب الأكثر خطورة في التحكيم التجاري الدولي خصوصا بالنسبة للدول النامية التي في الغالب تتعاقد مع الطرف الأجنبي التي تمثله دول قوية، لذلك يقع على هذه الدول الضعيفة في مواجهة هذه الدول القوية الحذر في صياغة إتفاق التحكيم وإحاطته بالعناية الفائقة في إعدادها سواء ما تعلق بجانب عقود التجارة الدولية والمسائل المتعلقة بالمفاوضات والتنفيذ والتعويض، ومختلف الجوانب المتعلقة بالتحكيم من تشكيل هيئة التحكيم وصلاحياتها وتحديد القانون الواجب التطبيق ومكان التحكيم وغيره من المسائل ذات أهمية، والتنبؤ بكل المشاكل المستقبلية والمحتملة الوقوع إضافة للصعوبات التي قد تنشأ أثناء تنفيذ العقد أو في أي مرحلة من مراحل هذا العقد، وأيضا إحاطة مسألة الصياغة اللغوية والقانونية بالإهتمام اللازم من تحري الوضوح والدقة وأن تكون معبرة صراحة عن إرادة الأطراف تجنبا لأي تعسف من أحد الأطراف أو من محكمة التحكيم نفسها⁽²⁾.

لذلك يعتمد المحكمون دائما البحث عن الإرادة الصريحة والحقيقية للمتعاقدين سواء في مرحلة التفاوض أو في المرحلة التالية للتعاقد عند إعمال قواعد التفسير، لذلك يلزم المحكمون عدم الخروج عن إطار التحكيم وما تتضمنه إتفاقية التحكيم وأي خروج عن هذه الحدود يرتب بطلان حكم التحكيم وهذا طبقا للأثر الموضوعي الذي يترتب عليه إتفاق التحكيم⁽³⁾، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1056 ق إ م وإ في العنصر رقم واحد

(1) خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والأجنبية والإتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن ICSID، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2014، ص 218.

(2) أنظر صلاح مهدي سمين الهاشمي، النظرية الحديثة للعقود الإدارية الدولية والتحكيم فيها العراق إنموذجا، أطروحة دكتوراه في القانون العام، الجامعة الإسلامية في لبنان كلية الحقوق، 2021، ص 160-161.

(3) المرجع السابق، ص 191.

من الفقرة الأولى التي جاء فيها: "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية: 1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون إتفاقية تحكيم أو بناء على إتفاقية باطلة أو إنقضاء مدة الإتفاقية". وكذلك قانون التحكيم المصري رقم 28 لعام 1994 في المادة 53 في فقرتها "و" التي نصّت على أنه: "لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها إتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الإتفاق ومع ذلك أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها".

أمام هذا الأمر ندعوا القائمين في الجزائر عند اللجوء إلى التحكيم وصياغة بنود العقد وإتفاق التحكيم، إلى إعداد دليل إسترشادي لصياغة شرط التحكيم في العقود يتضمن الإرشادات والتوضيحات حول صياغة شرط التحكيم في العقود حتى يعتبر دليل منهجي يساعد العاملين في مجال التحكيم خصوصا على مستوى العلاقات الدولية في لجوء الجزائر للتحكيم الدولي في علاقاتها مع الطرف الأجنبي، وأيضا تخصيص برامج تدريبية للكوادر العاملة على مستوى مؤسسات الدولة المكلفة بالتفاوض وإبرام العقود الدولية وصياغة إتفاق التحكيم، كل هذا من شأنه أن يطور التحكيم في الجزائر ويجنب الجزائر خسائر مالية كبيرة جراء القضايا التي تخسرها التي يرجع في مجملها إلى سوء وغموض في صياغة إتفاق التحكيم وعدم التفاوض بشكل فعال بخصوص ذلك.

ثانيا: أركان وشروط صحة إتفاق التحكيم

إن التحكيم باعتباره عقد كسائر العقود يخضع في تنظيمه لقواعد القانون المدني، سواء من حيث شروط إنعقاده أو شروط صحته، وذلك راجع لكون أساس وقوام كل من العقد والتحكيم بالخصوص الإرادة، ومنه تكون عناصر الإرادة هي أركان العقد، وهي التراضي والمحل والسبب، هذا من جهة ومن جهة أخرى هناك شروط لصحة العقد والتحكيم على وجه الخصوص وتتعلق هذه الشروط بالتحديد بصحة التراضي وهي الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب.

وتجدر الإشارة أن المشرع لم يتناول مسألة إنعقاد التحكيم سواء من جانب الأركان أو شروط صحة إتفاق التحكيم، لذلك تسري القواعد العامة لنظرية العقد في دراسة القواعد المتعلقة بانعقاد إتفاق التحكيم. وعليه نتطرق للحديث عن أركان التحكيم لنعرج بعدها لشروط صحته.

1- مبدأ الرضائية في التحكيم:

يعتبر مبدأ الرضائية أحد النتائج المترتبة عن مبدأ سلطان الإرادة والقاعدة العامة في جميع العقود باختلاف أنواعها وأشكالها باعتباره الأصل في العقود الرضائية، والمقصود به أن مجرد تطابق إرادتي الأطراف المتعاقدة تكفي لإبرام العقد مهما كانت الطريقة المعبرة عنها بذلك⁽¹⁾.

ولما كان هذا هو الأصل في العقود بصفة عامة فإن الأمر نفسه بالنسبة للتحكيم أين يعتبر مبدأ الرضائية قوام التحكيم، فالأصل فيه تلاقي الإرادتين الإيجاب والقبول والإتفاق على اللجوء إلى التحكيم من خلال ما يطلق عليه بإتفاق التحكيم.

فيعتبر بذلك إتفاق التحكيم من العقود الرضائية التي تندرج ضمن التصرفات القانونية، سواء ورد هذا الإتفاق في العقد المبرم أو يكون إتفاقا مستقلا لاحقا للعقد سواء كان الإتفاق مبرم قبل وقوع النزاع أو بعده، ويستلزم في هذا الإتفاق وجود الإرادة وقيامها بإنشاء هذا العقد، لذلك فهو يخضع للأحكام العامة المنظمة للعقد، من حيث الانعقاد والصحة والبطالان، والتفسير والنفذ أو الفسخ، والأحكام المتعلقة بالتعويض، ويشترط في هذه الإرادة أن تكون صحيحة خاليا من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه وإستغلال، وأن يتوفر كمال الأهلية أي أهلية التصرف في الشخص سواء كان طبيعيا أم معنويا، وتخلف ركن أو أحد هذه الشروط يرتب البطلان المطلق أو النسبي لإتفاق التحكيم⁽²⁾.

ولينتج التحكيم أثره يتطلب وجود التراضي هذا الأخير يستوجب توفر مجموعة من الشروط نوجزها في النقاط التالية:

1/1- وجود الإرادة والتعبير عنها: لقيام إتفاق التحكيم يتطلب وجود الإرادة والتعبير عنها لإحداث

الأثر القانوني المقصود، ويتمثل هذا التعبير في إبراز المظهر الخارجي للإرادة، وقد يكون هذا التعبير صريحا أو ضمنيا، وطبقا للقواعد العامة يكون التعبير الصريح عن الإرادة حسب نص 60 مدني جزائري باللفظ أو الكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفا، كما قد يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه، أما التعبير الضمني عن الإرادة فيكون حالة لم ينص القانون على التعبير الصريح أو لم يتفق الطرفان على ذلك، فيكون التعبير

(1) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ج 1، بدون طبعة، د.م.ج، بن عكنون، الجزائر، 1999، ص 45.

(2) خالد محمد العميرة، المرجع السابق، ص 114-117.

الضمني صحيحا منتجا لآثاره ولو تم التعبير عن الإرادة بشكل غير مباشر أو تستنبط منها دلالة التعبير في ضوء ظروف الحال.

وقد يصلح السكوت كتعبير عن الإرادة في الشق المتعلق بالقبول دون أن يكون صالحا للتعبير عنه في الإيجاب، ونصّت المادة 68 مدني جزائري على الحالات التي يمكن من خلالها الإعتداد بالسكوت الملابس كأن تكون طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، ومن الأمثلة أيضا إذا كان هناك إيجاب متعلق بتعامل سابق بين المتعاقدين يقوم على إعتبار السكوت قبولا، أو كان الإيجاب فيه منفعة ومصلحة لمن وجه إليه فيعتبر حينئذ سكوت هذا الأخير قبولا.

إذا كان هذا هو الحال في القواعد العامة، إلا أنه إذا تعلق الأمر بالتحكيم باعتباره قضاء إستثنائيا يقوم على عرض المنازعات بدلا من القضاء الرسمي الذي يعتبر الأصل في تسوية المنازعات، فيشترط فيه أن يتم التعبير عليه صراحة، دون الإعتداد بالحالات الاستثنائية في التعبير عن الإرادة كالتعبير الضمني وما تعلق بالسكوت كتعبير عن الإرادة، هذه النتيجة حملتها الأهمية التي يكتسيها إبرام إتفاق التحكيم نظرا لما قد ينجر عنه من آثار سلبية وخطيرة نتيجة إقصاء القضاء الرسمي من النظر في المنازعات، وإكتساب قضاء التحكيم الحصرية في النظر وتسوية المنازعات.

باعتبار التحكيم قضاء خاص يقوم على سحب الاختصاص من القضاء الرسمي إلى قضاء التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة بين الأطراف، وذلك بالإتفاق الصريح بين الأطراف، وهذا ما يميز التحكيم ويجعله إستثنائيا باعتبار أن الأصل هو إختصاص القضاء الرسمي في تسوية المنازعات، هذه الإستثنائية يترتب عنها نتائج مهمة بخصوص التراضي على التحكيم، فيشترط أن يكون الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم صريحا سواء الإيجاب أو القبول، فلا يعتد بالسكوت كتعبير عن الإرادة من جانب القبول، نفس الأمر ما تعلق بإمكانية الإعتداد بالإتفاق الضمني فيميل الفقه إلى عدم صحة الإتفاق الضمني على التحكيم، وذلك للاشتراط الصريح للتشريعات لوجوب أن يتم الإتفاق على التحكيم كتابيا واعتبار هذه القاعدة من النظام العام ترتب البطلان حال مخالفة شرط الكتابة لإتفاق التحكيم، وتبرز أهمية الكتابة وضرورة أن يكون الإتفاق صريحا في منع المماطلة من أحد الأطراف أو إنكاره أو تراجع عن اللجوء إلى التحكيم أو إخلاله بالالتزامات المحددة في إتفاق التحكيم، وكذلك يفهم من اشتراط المشرع للإتفاق الصريح لانعقاد إتفاق التحكيم دون الإتفاق الضمني هو ما ضمنتته التشريعات من وجوب أن يتضمن إتفاق التحكيم على تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين، وكيفية تعيينهم، ومن هذه التشريعات التشريع الجزائري في نص المادة 1008 (2) ق إ م وإ المادة 1012 من نفس القانون.

2/1-توافق الإرادتين في الإتفاق على التحكيم: يتطلب إقتران كل من الإيجاب والقبول وتطابقهما⁽¹⁾،

فبالنسبة للإيجاب فهو التعبير أو الإرادة الأولى في الإتفاق على التحكيم، لذلك يتطلب توفر الشروط المتعلقة بوجود الإرادة، وقد يكون هذا الإيجاب ملزماً إذا إقترن بميعاد صريح أو ضمني فيظل الإيجاب قائماً إلى حين إنقضاء الميعاد المحدد، ويسقط هذا الإيجاب إذا رفض الموجب له الإيجاب، أو إنقضت المدة التي يكون فيها الإيجاب ملزماً، أو عدل الموجب عن إيجابه في حالة ما إذا كان الإيجاب غير ملزماً.

أما ما يخص القبول فهو الإرادة الثانية والتعبير الثاني المقابل للإيجاب والذي ينتظره الموجب، ويشترط في القبول ما يشترط في وجود الإرادة، كما يشترط فيه أن يكون الإيجاب لا زال قائماً كأن يصدر الإيجاب في مجلس العقد ولم تحدد له مدة فيجب أن يصدر القبول قبل إنقضاء هذا المجلس، كما يجب أن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب كأنقضاء مدة الإيجاب وإلا أعتبر إيجاباً جديداً، ويشترط كذلك أن يأتي القبول مطابقاً للإيجاب في جميع المسائل التي يتضمنها العقد، وطبقاً لمبدأ الحرية التعاقدية فإن الموجب له الذي وجه إليه الإيجاب غير مجبر على القبول، بل تكون له الحرية في القبول أو الرفض، إلا أن هناك حالات يجد فيها القبول أقرب إلى التسليم والخضوع، فيكون الموجب له مجبراً على التسليم والقبول بهذه الكيفية، لكون العلاقة بين أطراف العقد متباينة من ناحية القوة الاقتصادية، فيفرض أحد المتعاقدين شروطه وإرادته على المتعاقد الآخر، وما يكون لهذا الأخير إلا الخضوع والإنقياد دون مناقشة⁽²⁾، وهذا ما يطلق عليه قانوناً مصطلح الإذعان ونص المشرع على هذه الحالة في المادة 70 مدي جزائري بنصها: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها". وهذا النوع من القبول أضحى هو الغالب في التحكيم أين يجد أحد الأطراف الضعيفة مدعناً في مواجهة الطرف القوي باللجوء إلى التحكيم أو القبول بالبنود المدرجة في إتفاق التحكيم كإختيار مؤسسة التحكيم أو القانون الواجب التطبيق في تسوية النزاع، أو مكان التحكيم واللغة المستخدمة إلى غير ذلك من البنود وهذا ما سنفصل فيه فيما هو قادم في هذه الرسالة.

ولا ينتج القبول أثره القانوني إلا باتصاله بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به⁽³⁾، وهذا ما ورد في نص المادة 61 مدي جزائري فجاء فيها: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك".

(1) وهذا جوهر مبدأ الرضاينة، نص على هذه القاعدة المادة 59 مدي جزائري: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية".

(2) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1983، ص ص 62-63.

(3) المرجع السابق، ص 65.

وقد يتم هذا التعاقد بين حاضرين فيجمعهما مجلس واحد دون أن تكون فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به، ويكون هذا الإتصال حقيقيا أو حكيميا كالاتصال بطريق الهاتف أو عبر الأنترنت، ويتم التعاقد هنا مباشرة باتصال القبول بالإيجاب الذي لم يسقط ولم ينفذ مجلس العقد، أما إذا تم التعاقد بين غائبين إذا كان المتعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد ولا يوجد إتصال مباشر بينهما مما تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به. والتعاقد هنا يتم بوسائل متعددة عن طريق المراسلة، كالبريد، والإشكال المتعلق بهذه الطريقة من التعاقد هو تحديد الوقت والمكان الذي فيه انعقد العقد، وظهرت عدة مذاهب تجيب عن هذا الإشكال، فبالنسبة لتحديد زمان إنعقاد العقد فظهرت أربع مذاهب، فمنهم من يأخذ بمذهب إعلان القبول والمذهب الآخر يعتد بتصدير القبول، أو الأخذ بمذهب العلم بالقبول، أو الإعتداد باستلام القبول، أما إنعقاد العقد من حيث المكان فيتحدد بالزمان الذي انعقد فيه العقد، والموقف الذي إتبعه المشرع الجزائري في تحديد زمان ومكان إنعقاد العقد فيتحدد حسب نص المادة 67 مديني جزائري بمذهب العلم بالقبول من خلال نصه على ما يلي: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد إتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

كما نصّت الفقرة الثانية من المادة 67 مديني جزائري على تبني المشرع الجزائري لنظرية إستلام القبول من خلال تحديده لزمان ومكان إنعقاد العقد بالوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب فجاء نص المادة كالاتي: "يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".

2- الكتابة في إتفاق التحكيم:

إذا كان الأصل في التحكيم أنه يتم بصورة رضائية، إلا أن القانون فرض واقع خلاف هذه القاعدة، فإشترطت العديد من التشريعات وجوب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا سواء تعلق الأمر بشرط التحكيم أو مشاركة التحكيم، ونصّت أغلب التشريعات والإتفاقيات الدولية ولوائح التحكيم على شرط الكتابة لصحة إتفاق التحكيم وإلا عد باطلا لتخلف أحد أركان إتفاق التحكيم وهو الكتابة⁽¹⁾، والإختلاف الحاصل هنا هو هل الكتابة تعتبر شرط إثبات أم شرط إنعقاد إتفاق التحكيم؟ إلا أن العديد من الفقه من يرى إنعدام الفائدة من التمييز بين الكتابة كركن للإثبات أو للإنعقاد، فالنتيجة واحدة فمن غير الممكن وجود شرط تحكيمي شفهي،

⁽¹⁾ ونص على هذا الشرط كل من إتفاقية نيويورك لعام 1958 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في مادتها 2 (1)، وكذلك المادة 7 (2) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي اليونسيتال.

وذلك للخطورة التي يحملها من خلال الآثار الذي يترتبها إبرام إتفاق التحكيم من سحب الإختصاص من يد القضاء الرسمي من النظر والفصل في النزاع باعتباره القضاء الأصيل، وتفويض قضاء خاص يتفق الأطراف عليه للقيام بتسوية النزاع .

وتكمن أهمية التفرقة بينهما في الأثر المتخلف عن إنعدام الكتابة، ففي حال تخلف الكتابة المشترطة لإثبات إتفاق التحكيم لا يؤدي لبطلان إتفاق التحكيم، فيبقى صحيحا منتجا لآثاره وإنما فقط يبقى الإشكال مثار حول إيجاد الوسيلة التي تمكن من إثباته، أما النوع الثاني من الكتابة وهو التي يشترطها القانون لصحة وإنعقاد إتفاق التحكيم، فتخلفها يترتب بطلان التحكيم.

أمام هذا الإختلاف إنتهجت القوانين باشتراطها أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا تحت طائلة البطلان حال تخلف الكتابة ونفس الشيء بالنسبة لشرط التحكيم، فنجد عدة تشريعات نصّت على ذلك على شاكلة قانون التحكيم المصري في المادة 12، وأيضا القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في مادته 7 (2) التي نصّت بأنه : "يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا، ويعتبر كذلك إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل الرسائل أو توكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلبي واللاسلكي مما يكون بمثابة سجل للإتفاق".

وبالنسبة لموقف التشريع الجزائري فاشتراط الكتابة لإثبات وإنعقاد إتفاقية التحكيم، وهو ما قرره في المادة 1008 (1) ق إ م وإ التي نصّت على ما يلي : "يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الإتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها"، كما نصّت المادة 1012 (1) على إشتراط الكتابة في إتفاق التحكيم لانعقاده فجاء نص المادة على النحو التالي : "يحصل الإتفاق على التحكيم كتابيا"، وما يحسب للمشرع أن تخلف الكتابة سواء كانت وسيلة للإثبات أو للإنعقاد يترتب بطلان الإتفاقية، وهذا ما يخالف مبدأ الرضائية، نفس الحكم بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي بنصه في المادة 1040 (2) ق إ م وإ على أنه : "يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم إتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة إتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة".

من هنا يتضح جليا أن الكتابة في التحكيم أضحت شرطا ضروريا لانعقاد التحكيم، نظرا للخطورة التي تعترى العملية التحكيمية فحماية للمحتكمين وتجنب للنزاعات واحتجاج أحد الأطراف بعدم وجوع إتفاق التحكيم، يلزم الأمر أن تكون الإرادة واضحة والتعبير صريحا مفرغا في قالب شكلي دون الإعتداد بالتعبير الضمني .

ولا يوجد نص يشير إلى وجوب الرسمية في الكتابة، لذلك يكفي أن تكون الكتابة عرفية موقعة من الأطراف، دون التقيد بشكل خاص، فيصح أن يكون إتفاق التحكيم مبرم بأي ألفاظ أو عبارات، في صورة مراسلات أو برقيات، أو أن تتم الكتابة في شكل إلكتروني مواكبة للتطورات الحديثة، فأصبحت هذه الصورة من الكتابة الأكثر شيوعا في المعاملات وخصوصا ما تعلق بإبرام إتفاق التحكيم، فأصبحت العقود تبرم بواسطة شبكة الأنترنت عبر الكتابة الرقمية، خصوصا في ظل الاعتراف بالكتابة الإلكترونية وإعطائها نفس القيمة مع الكتابة الورقية، وهذا ما نص عليه القانون المدني الفرنسي شريطة أن يتم تحديد الشخص الذي أصدرها، وأن يكون تدوين الكتابة وحفظها قد تم في ظروف ذات طبيعة تضمن تكامله وهذا في نص المادة 316 (1) مدني فرنسي⁽¹⁾.

3- شروط صحة التراضي:

لا يكفي لتكوين العقد توفر أركانه فقط، بل لا بد أن تجتمع في أي عقد شروط لصحة التراضي وهي الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب.

فبالنسبة لعيوب الإرادة فإن اتفاق التحكيم شأنه شأن أي عقد يشترط فيه أن يكون التراضي سليما وخاليا من العيوب التي نص عليها المشرع في القانون المدني الجزائري وهي الغلط والتدليس والإكراه والإستغلال.

فبالنسبة للغلط نص القانون المدني الجزائري عليه في المواد 82 إلى غاية المادة 85 مدني جزائري، ويتبين من النصوص أن الغلط يقوم على وهم في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته ويكون هو الدافع للتعاقد، ويشترط لقيام الغلط أن يكون جوهريا أي بلغ من الجسامه بحيث يتمتع معه المحتكم على إبرام إتفاق التحكيم لو لم يقع في هذا الغلط، وأن يكون هذا الغلط داخلا في نطاق العقد، لذلك فإن اتفاق التحكيم الذي أنعقد برضا مشوب بعيب الغلط يعتبر قابل للإبطال لمصلحة الشخص الذي وقع فيه، فمثلا إذا تعاقد شخص مع آخر على التحكيم في عقد باطل لعدم مشروعية المحل، فالمفروض أن الشخص الأول جاهل لبطلان العقد، ولو علم بذلك لما أقدم على الإتفاق على التحكيم، فهنا وقع في غلط جوهري، ومنه يجوز أن يدفع ببطلان الإتفاق على التحكيم على أساس الغلط.

أما بالنسبة لعبب التدليس الذي جاء النص عليه في المادتين 86 و 87 مدني جزائري ويتحقق هذا العيب بالخداع وإستعمال الحيلة فتوقع المتعاقد في غلط يدفعه للتعاقد، ويشترط لتحقيق هذا العيب توفر شروطه من إستعمال للطرق الإحتيالية سواء كانت مادية من خلال إستعمال حيل مادية لاختفاء الحقيقة كالكتمان، أما

(1) علي الصادق القناص وعبد الرحيم أبو القاسم الحريزي، إتفاق التحكيم بين الرضائية والشكلية في ظل القانون الليبي، مجلة العلوم القانونية والشرعية، جامعة الزاوية ليبيا، العدد الثامن السنة الرابعة، 2016، ص156.

العنصر المعنوي فيقوم من خلال الهدف الذي يسعى إليه المدلس وهو التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع، كما يشترط أن يكون التدليس هو الدافع للتعاقد، وأن يكون هذا التدليس صادرا من المتعاقد الآخر أو يكون هذا على علم به، فالإتفاق على التحكيم المشوب بعيب التدليس كاستعمال التزوير في المستندات محل النزاع بين الأطراف، فاعتقد الشخص المدلس عليه بصحة هذه المستندات وإتفاق على أساسها باللجوء إلى التحكيم، جاز له إبطال هذا الإتفاق على أساس عيب التدليس.

أما ما تعلق بعيب الإكراه الذي نص عليه في القانون المدني الجزائري في المادتين 88 و 89، ويقصد بالإكراه ذلك العمل الذي يبعث رهبة أو خوف في نفس الشخص يحمله على التعاقد، فيجعله مكرها لا مخيرا على التعاقد، ولقيام هذا العيب يشترط إستجماع شروطه من إستعمال وسائل الإكراه للتهديد حتى تولد في نفس الشخص الرهبة للوصول إلى غرض غير مشروع، هذا الإستعمال لوسيلة الإكراه يستوي أن يكون صادرا من أحد المتعاقدين أو من الغير وكان أحد المتعاقدين على علم به، ويشترط أيضا أن تكون هذه الرهبة هي من حملت على التعاقد، ويتحقق هذا العيب في التحكيم أن يقوم شخص بتهديد الغير بإذاعة سر يمس بشرفه حال إمتناعه إبرام إتفاق التحكيم، فيمكن لهذا الشخص الممارس ضده التهديد والاكراه طلب إبطال إتفاق التحكيم.

أما العيب الأخير الذي خصه المشرع بالذكر في المادتين 90 و 91 مدني جزائري، وهو عيب الإستغلال الذي يعتبر أمرا نفسيا يقوم على إستغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير، فيؤدي إلى عدم التعادل في الإلتزامات المتقابلة التي يرتبها العقد، لذلك يشترط إجتماع شرطين، الشرط الأول يتمثل في العنصر المادي الذي يقوم على إختلال التعادل في الحقوق التي يحصل عليها العاقد وما يتحمله من إلتزامات أو فقدان التعادل بين قيمة ما يأخذ وقيمة ما يعطي، أما الشرط الثاني وهو العنصر النفسي الذي يقوم على إستغلال العاقد سواء باستغلال المتعاقد الآخر للطيش البين أو للهوى الجامح⁽¹⁾. ومثال ذلك في التحكيم أن يستغل أحد الأشخاص طيش بين في المتعاقد الآخر ليبرم معه إتفاق التحكيم الذي يتضمن على غبن فاحش ناجم عن عدم تعادل بين الأداءات لطرفي الإتفاق، فيجوز للطرف المغبون رفع دعوى بطلان الإتفاق.

أما الشرط الثاني المتعلق بصحة التراضي وهي الأهلية وقد خصصنا لها عنوان مستقل للأهمية التي يكتسبها هذا الموضوع والإشكالات المتعلقة به.

(1) يقوم الطيش البين على عدم البصر بالأمور وقلة المبالاة بعواقب الأعمال، أو الإعتقاد على سلامة التصرف وهو ينطوي على غبن دون إدراك منه. الهوى الجامح هو الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس الشخص، فتجعله أشبه بالأعمى في إدراك حقيقة الأمور وما هو في صالحه.

4-الأهلية:

إذا كان التصرف القانوني يعتمد بالأساس على عمل الإرادة في توجيهها لإحداث الأثر القانوني، لذلك فللإرادة دور مهم في العملية التعاقدية بالخصوص عملية التحكيم، والأساس الذي تقوم عليه الإرادة هي الأهلية، هذه الأخيرة ينصرف مفهومها إلى أهلية الوجوب تارة وإلى أهلية الأداء تارة أخرى، فأما أهلية الوجوب فهي الوصف الذي يطلق على الشخص يقوم على مدى صلاحيته لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات التي يقررها القانون، وتثبت للإنسان من ولادته حيا إلى غاية وفاته، وتكون متصلة بالشخصية القانونية لا بالإرادة، على نقيض أهلية الأداء التي تثبت للشخص ليمارس صلاحيته في أعمال إرادته إعمالا من شأنه أن يرتب الأثر القانوني، وتكون هذه الأهلية إما كاملة فتكون التصرفات المبرمة على هذا الأساس صحيحة، أما إذا كانت ناقصة كان هذا التصرف قابلا للإبطال، أما إذا كانت معدومة فإنه يترتب البطلان المطلق للتصرف⁽¹⁾.

ومناطق الأهلية هنا هو التمييز من خلال قدرة الشخص على موازنة تصرفاته وتبيين ما تنطوي عليه من نفع أو ضرر. وتتعلق أحكام الأهلية بالنظام العام فلا يجوز الإتفاق على مخالفة الأحكام الناص عنها قانونا كإعطاء شخص أهلية لا تتوفر له بحكم القانون، أو حرمانه من الأهلية يخولها له القانون⁽²⁾.

ومناطق الأهلية في القانون الجزائري هو البالغ لسن الرشد 19 سنة كاملة ونصّت المادة 40 من القانون المدني على ذلك: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة".

من أجل ذلك فالتحكيم هو من التصرفات القانونية التي تقوم على قدرة الإرادة وعلى توفر أهلية الأداء لإحداث أثر قانوني معين يتمثل في اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع بإنشاء إتفاق التحكيم ومباشرة عملية التحكيم، وصرف تدخل القضاء في النظر في النزاع لتسويته، والأهلية المطلوبة عند المشرع الجزائري هي أهلية التصرف في الحقوق موضوع النزاع، وأهلية التصرف لا تثبت إلا لكامل الأهلية، وجاء تحديد ذلك بنص المشرع الجزائري في المادة 1006 ق إ م وإ حيث أورد عبارة "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها"، يفهم من نص المادة أنه كما حدد المشرع الجزائري أهلية الشخص الطبيعي للجوء إلى التحكيم التجاري وإبرام إتفاقية التحكيم، فإن المشرع يقصد كذلك الأشخاص الاعتبارية، سواء الأشخاص المعنوية

(1) أنظر عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون دراسة خاصة بطلبة كلية التجارة، دار النهضة العربية بيروت، 1982، ص ص 237-238. وأيضا أنور سلطان، المرجع السابق، ص 40.

(2) عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 239.

الخاصة أو العامة، وكذلك في الفقرة الثانية من نفس المادة التي نصّت على أنه: "لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية". ويقصد بالأشخاص المعنوية العامة الدولة والولاية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، أما الأشخاص المعنوية الخاصة فهي من تخضع للقانون الخاص في صور الشركات المدنية والتجارية والجمعيات والمؤسسات وكل مجموعة أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية⁽¹⁾.

وتكتسب الأشخاص الاعتبارية الخاصة الأهلية إلا بعد قيد الشركة في السجل التجاري، حيث نصّت المادة 549 قانون تجاري على ذلك فجاء نصها: "لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري..."، وأيضا نص المادة 50 مدني جزائري نصّت على إكتساب الشخص الاعتباري الأهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون.

وبناء على ذلك تم الاعتراف للأشخاص الاعتبارية الخاصة بأهليتها في اللجوء إلى التحكيم، كما يمكن لكل شخص في مجال التجارة الدولية يتمتع بسلطة إدارة الشركات التجارية أن يبرم إتفاقية التحكيم مع الغير سواء باسم الشركة ولحسابها دون اشتراط الحصول على وكالة خاصة، بل تكفي الوكالة العامة في ذلك، ولو أن المشرع الجزائري جاء بحكم مخالف لذلك في نص المادة 547 مدني جزائري التي تتطلب وكالة خاصة في إبرام إتفاقية التحكيم إلا أنه في معاملات التجارة الدولية أصبحت الوكالة العامة وحدها كافية لقيام إتفاقية تحكيم صحيحة، وهذا التوجه سارت نحوه أغلب التشريعات⁽²⁾.

كما أجاز المشرع الجزائري لجوء الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم بموجب قوانين خاصة فنص في المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الإستثمار في المادة 41 منه على أنه: "يعرض أي نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية، إما بفعل المستثمر وإما نتيجة لإجراء إتخذته الدولة الجزائرية ضده، على المحاكم الخاصة، إلا إذا كانت هناك إتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالصلح والتحكيم أو إتفاق خاص ينص على شرط التحكيم أو يسمح للأطراف بالإتفاق على إجراء الصلح باللجوء لتحكيم خاص".

(1) أنظر المادة 49 قانون مدني الجزائري 05-10.

(2) نور الدين بالصلصال، الإختصاص في تسوية المنازعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم جامعة منتوري قسنطينة كلية الحقوق، 2010/2011، ص 67-68.

كما إعترفت إتفاقية نيويورك 1958 بأهلية الأشخاص الاعتبارية للجوء إلى التحكيم فجاء النص على ذلك في المادة الأولى في فقرتها الأولى كذلك : " تطبق هذه الإتفاقية على إعتماذ وتنفيذ القرارات التحكيمية التي تصدر في تراب دولة أخرى غير الدولة التي يطلب فيها إعتماذ القرارات التحكيمية وتنفيذها، والناشة عن نزاعات بين أشخاص طبيعيين أو معنويين...".

واتبع المشرع الجزائري المعيار الإقتصادي في منع الأشخاص المعنوية العامة للجوء للتحكيم وذلك في المعاملات والعلاقات الداخلية، أما ما تعلق بالتجارة الدولية فأجازت لها ذلك مع توسيع هذه الإمكانية في اللجوء إلى التحكيم فيما تعلق بالصفقات العمومية، لكن المتمعن في الفقرة الثانية من نص المادة 1006 ق إ م وإنجد من النص أن الأصل هو عدم لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم أما الإستثناء فهو لجوءها فيما تعلق بالمعاملات الاقتصادية وما يندرج في إطار الصفقات العمومية، لكن المتمعن النظر والملاحظ بهذا الشأن يلاحظ توسع المشرع لجمال لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم سواء بإبرام لإتفاقيات دولية عديدة تجيز التحكيم سواء كانت هذه الإتفاقيات ثنائية أم متعددة، وأيضاً إيراد المشرع الجزائري لنصوص قانونية عديدة تجيز للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم بهدف تشجيع الاستثمار الأجنبي في الجزائر وتحقيق التنمية الاقتصادية، هذا الانفتاح يجعل من تعامل المشرع عكس النص القانوني الوارد في المادة 1006، لذلك على المشرع تعديل نص المادة بما يتماشى مع سعي الجزائر في تعزيز الضمانات الممنوحة للطرف الأجنبي في مجال الإستثمار وكذلك الانفتاح أكثر في مستوى العلاقات التجارية الدولية ومواكبة التشريعات والإتفاقيات الدولية⁽¹⁾.

ختاماً تعتبر الرضائية مبدأ أساسي ولازم الوجود لقيام التحكيم وترتيب آثاره القانونية، لذلك أحاطه المشرع بتنظيم خاص في القانون المدني الجزائري والتي تنطبق الأحكام الواردة في القواعد العامة في القانون المدني على مبدأ الرضائية في التحكيم لذا لا يسعنا إلا أن نطبق الأحكام الخاصة بمبدأ الرضائية المنظمة في القانون المدني على التحكيم، باعتبار التحكيم عقد من العقود المدنية يركز على مبدأ الرضائية يقوم على توافق إرادتي الأطراف وأن تكون هذه الإرادة خالية من عيوب الرضا وأن تكون إرادة الأطراف كامل الاهلية.

5-المحل والسبب في إتفاق التحكيم.

يعتبر المحل ركن في العقد كما هو ركن في الالتزام، ومحل الإلتزام يتعلق بموضوعه الذي يتعهد به المدين⁽²⁾، ويتعلق محل الحق في ثبوت قيمة معينة للشخص بمقتضى القانون، وبمقتضى هذه القيمة يثبت للشخص من

(1) لمزيد التفاصيل انظر نور الدين بوالصلال، المرجع السابق، ص 73-78.

(2) عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 352.

السلطات ما يمكنه من الحصول على المزايا التي ترجى من هذه القيمة وهذه السلطات هي ما يطلق عليها بمضمون الحق، وفي الحقوق الشخصية يكون المحل دائما عملا يجب على المدين القيام به، وقد يكون هذا العمل إيجابيا كإعطاء شيء أو أي عمل إيجابي غير الإعطاء، أو سلبيا كالامتناع عن العمل⁽¹⁾.

ووجب أن يتوفر في المحل شروط بأن يكون العمل ممكنا، وأن يكون معينا أو قابلا للتعين، وأن يكون مشروعا، ونص على هذه الشروط القواعد العامة في القانون المدني في المواد 92 و 93 و 94 مدني جزائري.

وبما أن التحكيم عقد كسائر العقود فيخضع تنظيمه للقواعد العامة في القانون المدني، لذلك يمكن إسقاط القواعد المتعلقة بالمحل في القانون المدني على محل إتفاق التحكيم، وأي تخلف لأي شرط من الشروط السابقة الذكر يرتب بطلان التحكيم.

ويعد محل إتفاق التحكيم من الأركان الموضوعية للتحكيم، ويعني المحل هنا مدى قابلية النزاع لتسويته بواسطة التحكيم، فنص المشرع الجزائري في المادة 1006 ق إ م وإ على الحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات، وأورد معها الإستثناء بخصوص الحالات التي لا يجوز فيها للأطراف اللجوء إلى التحكيم، فإن كان الأصل الإطلاق والحرية في اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات خاصة ما تعلق بالتجارة الدولية، غير أنه ولا اعتبارات خاصة تجعل طائفة معينة ومساءل محددة لا يتم تسوية المنازعات التي تثور بشأنها إلا عن طريق التحكيم، فنجد الكثير من التشريعات تحدد على سبيل الحصر المنازعات التي لا تندرج تحت التسوية عن طريق التحكيم، ونجد المشرع الجزائري من بين التشريعات التي إتبع هذا النهج في نص المادة 1006 ق إ م وإ بتعيينها للمسائل التي لا يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم فكان نص المادة بأنه: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها. لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص أو أهليتهم. ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية". ما يلاحظ من نص المادة أنها جاءت بشكل ضابط ومحدد للمسائل التي يجوز أن تكون محلا للتسوية بطريق التحكيم من عدمه، فجاءت المادة في شكل قاعدة أمرة محددة للحالات بشكل حصري دون أن يمكن للأطراف الإتفاق على مخالفتها، فلا يمكن اللجوء إلى التحكيم بالنسبة لما تعلق بالمسائل المرتبطة بالأحوال الشخصية كالطلاق والخلع وحق الزوجة في النفقة، أو حق الولد في نسبه الشرعي،

(1) عبد النعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 277.

وأيضاً ما تعلق بالمسائل الجنائية، وما تعلق بحالة الأشخاص وأهليتهم، وما يندرج تحت المسائل المتعلقة بالنظام العام⁽¹⁾.

وهناك من التشريعات من ربطت الجوازية أو القابلية من عدمها في عرض المنازعات على التحكيم، بمسألة جوازية هذه المنازعات للصلح، فالمنازعات التي تكون قابلة لتسويتها عن طريق الصلح تكون قابلة كذلك لعرضها على التحكيم، وعكس القاعدة صحيح.

ويرتبط مسألة قابلية موضوع النزاع للتسوية عن طريق التحكيم بمسألة مهمة أخرى تتعلق بتحديد موضوع النزاع، فيتوجب التعين الدقيق لموضوع النزاع في مشاركة التحكيم الذي يتنافى مع أي جهالة، ونص المشرع الجزائري على تحديد موضوع النزاع كأحد شروط صحة إتفاق التحكيم من خلال المادة 1012 في فقرتها الثانية ق إ م وإ التي جاء نصها: "يجب أن يتضمن إتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم".

ويشترط في الموضوع المحدد للنزاع أن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة، أو ما فرضته النصوص الآمرة بعدم صلاحية مواضيع معينة للجوء فيها إلى التحكيم، وهذا الوضع يعتبر إستثناء مما يفرضه مبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وسنفصل في هذه المسألة في ما يرد في الفصل الثاني للباب الأول.

وهناك من الشراح والفقهاء من يضيف ركن السبب كشرط أساسي في التحكيم من خلال إستبعاد القضاء من النظر في النزاع محل إتفاق تحكيمي عليه، ويقصد بالسبب هنا الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء إلزامه⁽²⁾، ويشترط فيه أن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

ومن التوجهات الحديثة في القانون المدني من تخلت على السبب لغموض العبارة وتجاوز تعقيدها وإبهامها والجدل المشار حولها، وهذا التوجه سايرته تشريعات عديدة آخرها القانون المدني الفرنسي الجديد في تعديله 2016، مكتفين بجمع كل من المحل والسبب في ركن واحد تحت تسمية مضمون العقد وإشترط أن يكون محدد غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وهذا التوجه الذي ندعمه وندعو المشرع الجزائري لتبنيه.

(1) مقال بعنوان الشروط الموضوعية لصحة إتفاق التحكيم، مقال منشور على موقع: الأكاديمية الدولية للوساطة والتحكيم، على الرابط:

<https://iamaeg.net/ar/publications/articles/validity-of-the-arbitration-agreement>

(2) أنور سلطان، المرجع السابق، ص 141.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم

تبرز أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق في العقود المبرمة على المستوى الدولي، لأنه لا يثار أي أهمية في تحديد القانون المطبق في العقود المبرمة على المستوى الداخلي لأن في الغالب يقوم الأطراف باختيار القانون الوطني، على نقيض العقود الدولية التي يثور فيها إشكال بين الأطراف بين تطبيق القانون الوطني أو القانون الأجنبي فكل طرف يدفع إلى تطبيق قانونه الداخلي.

إبتداءً أكدت جل التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية على حق الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق، وما على المحكم إلا الإنقياد له وإعماله للقواعد التي وقع الإختيار عليها من جانب الأطراف المتعاقدة وإلا عرض حكمه للبطلان وهذا في حدود عدم مخالفة ذلك للنظام العام الدولي.

وأهم الإتفاقيات والقوانين نجد الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 في المادة السابعة التي نصّت على حرية الأطراف في إدراج أي قانون يفصل على إثره المحكم في النزاع فجاء نص المادة على النحو التالي: "أن الفرقاء أحرار في تحديد القانون الذي يقتضي على المحكام تطبيقه بصدد أساس النزاع"⁽¹⁾.

ونص على المبدأ كذلك إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار ICSID لعام 1965 فنصّت في المادة 42 (1) بأنه: "يجب على المحكمة الفصل في النزاع وفقا لقواعد هذا القانون على النحو الذي يتفق عليه الطرفان..."⁽²⁾، وأيضا أكد على المبدأ القانون النموذجي الذي وضعتة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985 فنص في المادة 28 (1) بأنه: "تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي إختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك".

نفس الموقف إتخذته القوانين الوطنية التي أكدت على حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فنص المشرع الجزائري على هذا المبدأ في أكثر من مناسبة، في المادة 1040 (2) ق إ م وإ

⁽¹⁾ Article VII - Applicable Law European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961 United Nations, Treaty Series , vol. 484, p. 364 No. 7041 1963-1964

1. The parties shall be free to determine, by agreement, the law to be applied by the arbitrators to the substance of the dispute. Failing any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable. In both cases the arbitrators shall take account of the terms of the contract and trade usages.

⁽²⁾ Article 42 CONVENTION ON THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES BETWEEN STATES AND NATIONALS OF OTHER STATES

1 The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute including its rules on the conflict of laws and such rules of international law as may be applicable.

التي نصّت: "تكون إتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا إستجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي إتفق الأطراف على إختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً"، وكذلك جاء النص في المادة 1043 والمادة 1050 ق إ م و⁽¹⁾.

كما نجد نص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المادة 1496 حيث جاء فيها: "يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف"⁽¹⁾.

كما أكدت على سلطان إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق للفصل في النزاع العديد من أحكام التحكيم، أبرزها كان الحكم الصادر عن هيئة التحكيم في قضية أرامكو ضد الحكومة السعودية عام 1958 بتأكيدا في الحكم الصادر بأن: "القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي هو في المقام الأول المختار صراحة من قبل الأطراف...".

وما هو ملاحظ من ذكر لهذه النصوص القانونية هو تأكيداً لمبدأ خضوع تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع إلى الإرادة الحرة للأطراف، دون أن يكون لذلك أي قيد إلا ما تعلق بالنظام العام الذي يفرض وجوب التقيد به وإحترامه، وما هذا إلا تطبيقاً لأحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم والذي من خلاله يتشكل الطبيعة الإرادية له وهو مبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الثالث: تشكيل محكمة التحكيم وتفعيل اختصاصها

طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة فإن تشكيل هيئة التحكيم يخضع للإرادة الحرة للأطراف بإتفاقهم على طريقة إختيار المحكم أو عدة محكمين وعددهم، وإذا كان هذا هو الأصل والمبدأ في التحكيم الإختياري أو الحر، فإن التشكيل الإتفاقي يستمر حال لجوء الأطراف للتحكيم المؤسسي، فإذا وقع الإختيار من أطراف النزاع فيجب إحترام إرادتهم من طرف مراكز ومؤسسات التحكيم، هذا التشكيل الرضائي لهيئة التحكيم من طرف أطراف النزاع هو ما يجعل التحكيم قضاءً خاصاً يتميز عن القضاء الرسمي للدولة الذي يتولى تشكيل القضاة من طرف الدولة وما على أطراف النزاع إلا عرض نزاعاتهم دون أن يكون لهم أي إرادة في إختيار الأشخاص الذي يفصلون في النزاع.

(1) Art. 1496, Code de procédure civile Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 – art. 2.

"L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce".

وغالبا ما تكون مرحلة تشكيل هيئة التحكيم بعد إبرام إتفاق التحكيم، لأن التقدم في عملية التحكيم يقتضي تعيين هيئة التحكيم أولا، وتطرح مسألة تنظيم عمل هيئة التحكيم التجاري أهمية في تشكيل هيئة التحكيم من حيث عدد المحكمين والكيفية التي يعينوا بها، وضرورة مراعاة الشروط الواجب توافرها في المحكم.

وإن كان يخضع مسألة تشكيل وتنظيم هيئة التحكيم لمبدأ سلطان الإرادة لأطراف النزاع، إلا أن تشكيل هيئة التحكيم تخضع لقيود وضوابط نوردتها في شكل نقاط على النحو التالي:

- يجب أن يكون إختيار الأطراف لهيئة التحكيم بعدد فردي، ونص المشرع على هذه المسألة في المادة 1017 ق إ م و¹، ولم يحدد المشرع حد أقصى لعدد المحكمين المشكلين لهيئة التحكيم، ومنه يبدأ تعيين هيئة التحكيم من محكم واحد إلى عدد غير محدد من المحكمين شريطة أن يتم بعدد فردي، والفائدة العملية من شرط الفردية في عدد المحكمين لكون أحكام المحكمين تصدر بأغلبية الأصوات ولا يمكن الحصول على الأغلبية إلا إذا كان العدد فرديا⁽¹⁾.

نفس الحكم نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1451 قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي نصّت على وجوب أن يكون تشكيل هيئة التحكيم بعدد فردي بخصوص التحكيم الداخلي دون أن ينص على ذلك في التحكيم الدولي وإن كان أحكام من القضاء الفرنسي من نصّت على وجوب أن يكون العدد فردي في التحكيم الدولي وإبطال أحكام المحكمين الصادرة عن هيئة تحكيم مشكلة بعدد زوجي⁽²⁾، ونص كذلك على شرط الفردية بالنسبة لنظام غرفة التجارة الدولية بباريس بنصه في المادة الثانية أن يكون هيئة التحكيم الفاصلة في النزاع مكونة من محكم أو ثلاثة محكمين بناء على إتفاق الأطراف وحتى بتحديد المحكمة للمحكمين فإنها تعين محكم منفرد أو ثلاث محكمين إذا إقتضى حل النزاع ذلك، أيضا بالنسبة لإتفاقية واشنطن 1965 الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، فنصّت في المادة 37 (2) أن تشكيل محكمة التحكيم إذا كان أكثر من محكم يكون بعدد فردي، وأيضاً أكدت على التشكيل الفردي لعدد المحكمين في المادة 10 (2) من القانون النموذجي لعام 1985 فنصّت في حالة لم يقر الأطراف بالتحديد الحر لعدد المحكمين، كان التحديد

(1) عبد الرحمن بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية 22-13 المعدل والمتمم ق إ م و، منشورات بغداددي، 2009، ص 542.

(2) Article 1451 Code de procédure civile Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - art. 2
"Le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair. Il est complété si la convention d'arbitrage prévoit la désignation d'arbitres en nombre pair. Si les parties ne s'accordent pas sur la désignation d'un arbitre complémentaire, le tribunal arbitral est complété dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation par les arbitres choisis ou, à défaut, par le juge d'appui mentionné à l'article 1459".

ثلاثيا لعدد المحكمين، والملاحظ في النصوص الواردة سابقا نصها على أنه في حالة عدم تحديد أطراف النزاع لعدد المحكمين أو عدم إتفاقهم على ذلك فإنه إستثنائيا يكون التحديد ثلاثيا لعدد المحكمين المشكلين هيئة التحكيم⁽¹⁾.

- يمكن للأطراف الإشتراك في تعيين محكم واحد بطريقة مباشرة، أو أن يقوم الأطراف بالتعيين بطريق غير مباشر بتوكيل طرف ثالث محايد يتولى تعيين المحكم، وقد تكون هيئة التحكيم مشكلة من ثلاث محكمين فيتولى كل طرف من أطراف النزاع إختيار محكم واحد، أما المحكم الثالث والذي يتولى ترأس هيئة التحكيم فيتولى المحكمون تعيينه، وهناك نوع آخر يكون فيها التعيين ضمنيا للمحكم إذا ما تم الإتفاق بين أطراف لنزاع أن يكون تعيين المحكمين طبقا لقواعد هيئة تحكيم معينة سواء في التحكيم المؤسسي أو التحكيم الحر التي لجأ الأطراف إليها لتسوية النزاع.

- نصّت المادة 1015 ق إ م وإ على أن تشكيل هيئة التحكيم يكون صحيحا إلا بعد قبول المحكم أو المحكمون المهمة المسندة إليهم.

- عموما يضم التحكيم الدولي أطراف النزاع من جنسيات مختلفة، لذلك يمكن للأطراف الإتفاق على أن يكون المحكم أو المحكمون من جنسيات مختلفة غير جنسية أطراف النزاع، إلا أن ذلك يبقى تحت حرية الأطراف في الإختيار، فيمكن لهم أن يوافقوا على تعيين محكم أو محكمين يكونون من نفس جنسيتهم.

- يمتد دور إرادة الأطراف إلى تمديد مهمة هيئة التحكيم بإتفاق الطرفين في حالة ما إذا كان أجل التحكيم المحدد سابقا غير كافٍ لتسوية النزاع خاصة في ظل المنازعات التجارية الدولية التي يتعدد فيها أطراف النزاع وجنسياتهم وبالنظر لما يتميز به هذا النوع من المنازعات من تعقيدات فنية وقانونية وتقنية، ويمكن تمديد مدة التحكيم من طرف رئيس المحكمة بطلب من أحد الأطراف أو من طرف هيئة التحكيم، ونص المشرع الجزائري على إمكانية تمديد مهمة هيئة التحكيم من خلال نص المادة 1018 (2) التي نصّت على: "غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف وفي حالة عدم الموافقة عليه، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك، يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة".

- يمكن لأطراف النزاع الاعتراض وإستبدال المحكمين، ويعتبر ذلك أحد الحقوق التي يتمتع بها الأطراف ضد المحكمين خلال عملية التحكيم، ونص المشرع الجزائري في نص المادة 1016 ق إ م وإ، على الأسباب التي يجوز فيها رد المحكم وهي: 1- عندما لا يتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف، 2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف، 3- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في

(1) إبراهيم محمد السعدي أحمد الشرعي، المرجع السابق، ص 940.

إستقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة إقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيطن وجاء نص المشرع موافقا لكل من قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة حول قانون التجارة الدولي بموجب المواد 10-14، وأيضا لقواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية في نص المادة 11.

-من نص المادة 1016 سابقة الذكر فإنه يخضع لإختيار الأطراف هيئة التحكيم لقيود وضوابط تتمثل في أن يتم إختيار الأطراف هيئة التحكيم على أساس النزاهة والشفافية والثقة وعدم الغش من أحد الأطراف أو كلاهما وبعد تحري الأطراف لكفاءة وقدرة هيئة التحكيم على تسوية المنازعات، كما على الأطراف أن يشيروا في إتفاق التحكيم إلى كيفية معالجة المشاكل التي قد تحدث عند تعيين هيئة التحكيم وذلك تجاوز للمشاكل التي قد تثور بهذا الصدد وتعطل عملية التحكيم، كإمتناع أحد الأطراف على تعيين المحكم أو تسميته، أو إمتناع المحكم على أداء المهمة المسندة إليه، أو حال وقوع خلاف بين المحكمين المعينين من الأطراف على إختيار المحكم الثالث⁽¹⁾.

-يتم تعيين المحكم أو المحكمين على إختيار الطرق الثلاث المتعارف عليها، فإما يتم التعيين مباشرة من الأطراف، أو عن طريق إجراء القائمة بقيام كل طرف بترشيح ثلاثة محكمين أو أكثر، ويتبادل هذه القائمة مع الطرف الآخر أو يرسلها للسلطة التي تتولى تعيين المحكمين إن وجدت، ليتم ترتيب المحكمين حسب درجة الأفضلية، أو أن يقع التعيين على المحكم المرشح من قبل الطرفين، أما الطريقة الثالثة للتعيين والتي تكون عن طريق التعيين التلقائي في حال عدم الإتفاق أو حال عدم وضع شروط معينة للتعيين، أما بموجب التحكيم المؤسسي، فإنه يتم الإهتمام بالشروط الواردة في القواعد التحكيمية لمؤسسة التحكيم في تعيين المحكم⁽²⁾.

ولما كان للأطراف الحرية في إختيار هيئة التحكيم فإن التشريعات والقوانين الدولية لم تقيد مسألة إختيار الأطراف هيئة التحكيم بشروط خاصة، غير أن هناك شروط يجب توفرها في المحكمين نص عليها التشريع الجزائري كأن يكون التحكيم تم إسناده لشخص طبيعي دون الشخص المعنوي، وإذا تم التحديد في إتفاقية التحكيم شخص معنوي، تولى هذا الأخير تعيين محكم أو أكثر ليتولى تسوية النزاع، ونص على هذا الحكم المادة 1014 ق إ م وإ، كما يشترط في المحكم أو المحكمون أن تكون لهم أهلية الأداء وهذا الشرط طبيعي تفرضه أصول وقواعد القانون، إذ لا يمكن إسناد مهمة التحكيم الفصل في المنازعات للقاصر أو منعدم الأهلية أو المحجور عليه، فما دام

⁽¹⁾ محمد بواط، التحكيم في حل المنازعات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة حسيبة بن بوعلي - شلف كلية العلوم القانونية الادارية، 2007/2008، ص123.

⁽²⁾ إميليا أونيميا، مقدمة في التحكيم التجاري الدولي، كتاب تدريسي للدورة التمهيدية للتحكيم التجاري الدولي المنظم من المعهد القانوني للمحكمين، المعهد القانوني للمحكمين، ص21.

القانون يتطلب الأهلية الكاملة وهي أهلية التصرف في الأطراف اللاحقة للتحكيم لتسوية المنازعات فمن الطبيعي والأولى أن يكون هيئة التحكيم ذي أهلية الأداء.

ويشترط على المحكم أن تكون له من المؤهلات وذو خبرة وكفاءة وأن يكون محايدا ونزيها ومستقلا بمعنى عدم وجود مصلحة أو علاقة إقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط، ونص على هذا الشرط بطريق المخالفة المادة 1016 ق إ م وإ التي نصّت على حالات رد المحكم، ويشترط أيضا قبول المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم وإلا فلا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا بنص المادة 1015 ق إ م وإ، وأن لا يتم التخلي من طرف المحكمين عن المهمة إذا شرعوا فيها، كما لا يجوز ردهم إلا إذا طرأ سبب من أسباب الرد بعد تعيينهم وهذا بنص المادة 1021 ق إ م وإ.

كما يشترط على المحكم بنص المادة 1015 (2) ق إ م وإ، وكذلك المادة 12 (1) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي التصريح بكل الظروف التي من شأنها أن توضع محل الرد قبل تعيينه وتشكل هيئة التحكيم⁽¹⁾، وأيضا أن يكون المحكم حائزا على المؤهلات التي إتفق عليها الأطراف أو على أساسها قاموا بتعيين المحكم وجاء ذكر هذا الشرط في كل من المادة 1016 (1) ق إ م وإ، وفي نص المادة 13 (2) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

هذا بالنسبة لتشكيل هيئة التحكيم من طرف الخصوم والذي يعتبر الطريق المباشر والأصلي لتشكيل هيئة التحكيم التجاري، أما الطريقة الثانية والتي تتم دون تدخل لإرادة الأطراف الخصوم والذي يعتبر أحد صور تجاوز مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي نتركها لنستعرضها في حينها عند تناول هذه المسألة.

الفرع الرابع: تنظيم الإجراءات: تحديد سلطات والتزامات المحكم

يستند تنظيم الإجراءات في خصومة التحكيم إلى مبدأ سلطان الإرادة وحرية إرادة الأطراف في الإتفاق على تنظيم مختلف الجوانب الإجرائية المتعلقة بسير عملية التحكيم، هذا المبدأ متفق عليه بين أغلبية التشريعات فنص المشرع الجزائري في نص المادة 1043 ق إ م وإ على ما يلي: "يمكن أن تضبط في إتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو إستنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في إتفاقية التحكيم"، كما نصّت المادة 19 من قواعد تحكيم غرفة التجارة

(1) نص المادة 1015 (2): "إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم".

نص المادة 12 (1): "الشخص حين يفتح بقصد احتمال تعيينه محكما، أن يصرح بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكا لها ما يبررها حول حيده واستقلاله".

الدولية على أنه: "تخضع الإجراءات أمام هيئة التحكيم لهذه القواعد، وإذا خلت "القواعد" من النص المطلوب، تخضع الإجراءات لأية قواعد يتفق عليها الأطراف أو التي تقرها هيئة التحكيم في حالة عدم إتفاق الأطراف، سواء كانت هناك إشارة من عدمها إلى قواعد إجرائية لقانون وطني واجبة التطبيق على التحكيم"، نفس القاعدة نصّت عليها إتفاقية نيويورك لعام 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ قرارات المحكمين الأجنبية، وأيضا الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961⁽¹⁾.

ورغم تكريس التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية لدور الإرادة في إختيار الإجراءات وتنظيمها وإختيار القواعد التي تحكم سير النزاع، إلا أن في حالات عديدة قد لا يحسن الأطراف إختيار هذه القواعد والإجراءات المناسبة لحل النزاع، سواء تكون صياغة الأطراف للقواعد الإجرائية التي تحكم سير النزاع تصطدم مع القواعد الإجرائية الآمرة أو أنها تتعلق بالنظام العام في دولة التنفيذ مما لا يمكن للأطراف الإفلات منها فيما بعد، كما أن القواعد التي إختارتها إرادة الأطراف لا تستوعب كافة المسائل الإجرائية⁽²⁾، مما تلعب السلطة التقديرية للمحكم في إختيار الإجراءات أو القواعد المنظمة لسير النزاع دور مهم في إضفاء فعالية أكبر لتسوية المنازعات، لذلك نجد أغلب شروط التحكيم يدرج الأطراف فيها صلاحية محكمة التحكيم في تحديد القواعد الإجرائية.

المطلب الثاني

إرادة الأطراف أثناء سير الخصومة وفي نهايتها

إن الأساس الإرادي للتحكيم الذي يبرز معه خصوصية التحكيم التجاري كقضاء خاص في تسوية المنازعات، هذه الخصوصية تشمل جميع مراحل التحكيم من بداية الإتفاق على اللجوء إليه إلى الوصول إلى حكم ملزم، ويظهر أهمية ودور إرادة أطراف الخصومة في المرحلة المتعلقة بسير الخصومة إلى غاية نهايتها بصدور حكم ملزم من طرف هيئة التحكيم، ويبرز دور الإرادة بشكل جلي أثناء مرحلة سير الخصومة وفي نهايتها ما تعلق بتحديد القواعد القانونية المطبقة على النزاع التي تساهم في حله وتسويته باختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع سواء ما تعلق بالجانب الإجرائي، وما تعلق أيضا بموضوع النزاع، كما يكمن دور الإرادة في التحكيم بالإستناد للطبيعة العقدية له في إكتساب الحكم التحكيمي للقوة الملزمة مما يتوجب أصلا تنفيذه إراديا.

الفرع الأول: دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

(1) أنظر المادة الخامسة فقرة أولى من إتفاقية نيويورك 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ قرارات المحكمين الأجنبية، والمادة الرابعة فقرة أولى من الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف في 21 أبريل 1961.

(2) أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية "دراسة في قضاء التحكيم"، دار الكتب القانونية، 2006، ص 417-419.

تبدأ إجراءات التحكيم بعد الانعقاد الصحيح لإتفاق التحكيم بين الأطراف وبعد إبرام عقد التحكيم بين الأطراف المتنازعة وهيئة التحكيم، هذه الأخيرة التي يكون دورها بعد قبول المهمة المسندة إليها بتولي النظر والفصل في النزاع، من هنا تنطلق مرحلة سير إجراءات التحكيم، تثير هذه المرحلة في التحكيم وفصل هيئة التحكيم في موضوع النزاع إشكالية مهمة تتعلق بالقانون الواجب التطبيق، وهنا نميز بين أمرين، الأمر الأول المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، أما الأمر الثاني وهو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. وخضوع القانون الواجب التطبيق سواء على إجراءات التحكيم أو موضوع النزاع لقانون الإرادة من المبادئ التي أجمعت عليها وكرستها أغلب التشريعات والإتفاقيات والمعاهدات الدولية وحتى القضاء الذي أكد على هذا المبدأ وهذا ما سنفصل فيه في ما يلي من النقاط الآتية.

أولاً: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

يعتبر الأصل في إجراءات التحكيم هي خضوعها لقانون الإرادة، فالقانون الذي يطبق على إجراءات التحكيم هو القانون الذي يقرره الأطراف المحكّمة، هذا التعيين الإتفاقي للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق إستناداً لمبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري جعل من التحكيم قضاء إتفاقي خاص على خلاف إجراءات التقاضي أمام القضاء الرسمي التي تخضع بالأساس لقانون القاضي ولا دور لإرادة الأطراف فيها⁽¹⁾، وبعد القانون الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية منفصلاً عن القانون المطبق على موضوع النزاع، فيمكن للأطراف تحديد كل مرحلة بقانون مستقل سواء موضوع النزاع أو الإجراءات.

وقد أكدت جل القوانين والإتفاقيات الدولية على دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فنص على ذلك التشريع الجزائري سواء بالنسبة للتحكيم الداخلي بنص المادة 1019 ق إ م وإ، أما في التحكيم الدولي فنص في المادة 1043 (1) ق إ م وإ بأنه: "يمكن أن تضبط في إتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو إستناداً على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في إتفاقية التحكيم".

وكان قانون الإجراءات المدنية الفرنسية وقانون التحكيم المصري حاسماً في تكريس مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون المطبق على إجراءات التحكيم، وأعطى للأطراف ثلاث خيارات في تحديد ذلك، إما وضع القواعد

(1) حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمارات الدولية الأجنبية، مذكرة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر 01 كلية الحقوق، 2021، ص351.

الإجرائية مباشرة من خلال تضمينها في إتفاقية التحكيم دون الإستناد لأي قانون وطني، أو إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة لنظام تحكيمي معين، أو إسنادها لقانون وطني معين⁽¹⁾.

وكرس تطبيق قانون إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق في الإتفاقيات الدولية، بنص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في المادة 19 (1) التي جاء فيها: "مع مراعاة أحكام هذا القانون يكون للطرفين حرية الإتفاق على الاجراءات التي يتعين على هيئة إتباعها عند السير في التحكيم"، ونصّت أيضا قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في المادة 33 (1)، وكذلك إتفاقية واشنطن التي نصّت في المادة 42 (1) على أنه: "تفصل المحكمة في النزاع المعروض عليها وفق للقواعد القانونية التي إتفق عليها الأطراف"، وأيضاً نصّت إتفاقية نيويورك لعام 1958 على مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التي إعتبرت عدم التشكيل الإتفاقي لإجراءات التحكيم أحد أسباب رفض الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه وذلك في المادة 5 (4)، كما نصّت على ذلك قواعد لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية في المادة الأولى منه.

وتشمل هذه الحرية في إختيار القانون المطبق على الإجراءات، إما باختيار قانون دولة ما، أو القواعد المنصوص عنها في إحدى مراكز ومؤسسات التحكيم، أو أن يتم تكوين وإبتكار هذه القواعد بما يلاءم تسوية النزاع، أو أن يتم تحرير هذه القواعد من أي تقييد باشتراط الفصل في النزاع وفق لقواعد العدالة والإنصاف، ويشمل هذه القواعد تحديد تشكيل هيئة التحكيم، ومختلف المسائل المتعلقة بهيئة التحكيم من إجراءات الإستبدال والرد وعزل المحكمين، وتحديد مكان التحكيم واللغة المستخدمة في التحكيم، وتحديد بداية الإجراءات ونهايته، وما تعلق بطريقة المرافعة وتقديم الإدعاءات وأوجه الدفاع وتقديم المستندات وسماع الشهود، وطريقة إستدعاءهم، وتقديم أدلة الإثبات، وإنهاء إجراءات التحكيم⁽²⁾.

(1) Art 1464/01 du c.p.c.f Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - art. 2

" A moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règle établies pour les tribunaux étatiques".

نص المادة 25 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لعام 1994، المعدل بالقانون رقم 09 لعام 1997، الصادر في الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد 16 الصادر بتاريخ 21 أبريل 1994، على أنه: "لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر أو خارجها".

(2) لزهري بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي: دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 9 لسنة 2008، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 211.

وكان رأي القضاء مؤكداً لدور إرادة الأطراف في تعيين القانون المطبق على إجراءات التحكيم، فنجد عدة إجهادات قضائية بهذا الخصوص، مثلما قضت به محكمة الاستئناف بالقاهرة في حكم صادر عنها جاء فيه: "...هيئة التحكيم تصدر أحكامها غير مقيدة بإجراءات المرافعات إلا إذا أراد طرفا التحكيم أو هيئة التحكيم تطبيق إجراءات المرافعات في قانون معين"⁽¹⁾.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

أكدت أغلب القوانين والإتفاقيات الدولية على دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، فنص على ذلك التشريع الجزائري في المادة 1050 ق إ م وإ: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي يختاره الأطراف...".

كما نصّت أغلب التشريعات الأجنبية على دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهذا ما يظهر في المادة 1511 من قانون الإجراءات المدني الفرنسي والمادة 39 (1) قانون التحكيم المصري⁽²⁾.

أما ما تعلق بالإتفاقيات الدولية فنجد ما تعلق بتطبيق قانون إرادة الأطراف على موضوع النزاع ما حددته المادة 281 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي التي نصّت بأنه: "تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون الذي يختاره الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع"، وأيضاً نصّت على هذا المبدأ إتفاقية واشنطن لعام 1965 من خلال المادة 13 (1) ما يلي: "للطرفين كامل الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع"، كما نصّت كذلك المادة السابعة من الإتفاقية الأوروبية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي: "للأطراف حرية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع...".

ونصّت إتفاقية جنيف لعام 1961 في المادة السابعة على أنه: "إن الأطراف أحراراً في تحديد القانون الذي يجب أن يطبقه المحكمون على أصل النزاع"، نفس الأمر سارت عليه قواعد الأونسيترال النموذجي للتحكيم

⁽¹⁾ القرار عدد 36 تجاري، صادر في 2003/06/19، أورد القرار: فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والدولية التجارية علماً وعملاً، المرجع السابق، ص384.

⁽²⁾ Art 1511 c.p.c.f.

" le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celle qu'il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce".

تنص المادة 39 فقرة 01 من قانون التحكيم المصري: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان ، وإذا اتفقا الطرفان على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك".

التجاري الدولي في المادة 28 (1) التي نصّت بأنه: "1- تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون الذي يختارها الأطراف بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي إختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدا الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك".

أما بالنسبة للوائح التحكيم فنصّت المادة 21 من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بأنه: "يتمتع الأطراف بحرية الإتفاق على القواعد القانونية الواجب على هيئة التحكيم تطبيقها على موضوع المنازعة...".

وأكدت أحكام التحكيم على دور إرادة الأطراف في إختيار القانون الموضوعي المطبق على تسوية النزاع، فنجد ما قضت به محكمة التحكيم التابعة لغرفة التحكيم بباريس في قرار صادر لها بتجسيد دور إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع نزاع متعلق بنزاع بحري، فصدر قرار رقم 280 بتاريخ 25 سبتمبر 1978 يقضي بأنه: "الهيئة التحكيمية قررت على أنه لما كان الأطراف قد قرروا بمحض إرادتهم التحاكم أمام غرفة التحكيم بباريس فإن ذلك يعد قرينة على أن إرادتهم إتجهت إلى تطبيق القانون على النزاع"⁽¹⁾.

تأتي مرحلة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بعد حل الإشكال المتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في التحكيم، ولا يختلف الأمر بالنسبة لتحديد القانون المطبق على موضوع النزاع على القانون المطبق على الإجراءات التحكيمية، أين كوّست التشريعات والمعاهدات الدولية ولوائح مراكز ومؤسسات التحكيم على سلطة إرادة الأطراف في تحديد القواعد المطبقة على النزاع دون أن يتم تقييد هذه الإرادة في إختيار هذه القواعد.

وفي غياب إتفاق الطرفين على تحديد القواعد القانونية المطبقة على موضوع النزاع، فإن جل التشريعات والإتفاقيات الدولية ولوائح التحكيم إتفقت على تطبيق محكمة التحكيم للقانون الوطني لدولة ما، وقواعد القانون الدولي، ويمكن لهيئة التحكيم البحث في الإرادة الضمنية حال غياب إتفاق صريح بين الأطراف على تحديد القانون المطبق على النزاع، ولها الإستهداء على عدة مؤشرات لاستخلاص الإرادة كالبحث عن محل إبرام العقد، أو الإعتداد بمكان التنفيذ، أو اللغة المستعملة في العقد، أو العملة المستعملة بين أطراف العقد، والمكان الذي إختاره الأطراف أو الدولة الطرف في النزاع، هذا المعيار الأخير هو ما تبنته إتفاقية واشنطن في مادتها 42 (1) التي نصّت بأنه: "وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الإتفاق، تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها، وما ينطبق من قواعد

(1) محمد بديدة، المرجع السابق، ص 50.

القانون الدولي⁽¹⁾، أو بتحديد مكان التحكيم، فإن القانون المنظم للتحكيم هو قانون وإجراءات هذا المكان، وقد تبنى هذا المعيار العديد من الإتفاقيات وبروتوكولات المتعلقة بالتحكيم، كإتفاقية جنيف لعام 1923 في المادة الثانية التي نصّت: "إجراءات التحكيم بما في ذلك تشكيل هيئة التحكيم تحدد بإرادة الأطراف، وبقانون البلد الذي يجري على إقليمه التحكيم"، وكذلك أشارت لهذه النقطة إتفاقية نيويورك لعام 1958 بنصها: "للقاضي الذي يطلب منه الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي أن يرفض الاعتراف وتنفيذ القرار المذكور، إذا كان تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءاته لا تتطابق مع إتفاق التحكيم، أو مع قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم... في حالة عدم وجود الإتفاق بين الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم أو الإجراءات الواجبة إتباعها في عملية التحكيم"⁽²⁾.

وقانون مكان التحكيم لا يطبق إلا في حالة عدم إتفاق الأطراف على تحديد القواعد والقانون المطبق على التحكيم أو غياب قانون الإرادة، فيعتبر دوره إحتياطيا⁽³⁾.

ويهدف إقرار حرية الأطراف إستنادا لمبدأ سلطان الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق، لما تسمح للأطراف باختيار القانون الملزم لتسوية النزاع القائم ولتحقيق النتيجة التي يبحثون عنها من وراء لجوءهم إلى التحكيم وإختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع سواء كان موضوعا أو إجراء وبما يضمن إحترام توقعاتهم المشروعة وما يتماشى مع المعاملات التجارية بالخصوص العلاقات القائمة على المستوى الدولي، وبدون شك يكون ذلك أفضل من اللجوء لقضاء الدولة التي لا تطبق إلا قانونها الوطني الذي يكون أكثر تقييدا والذي في كثير من الأحيان لا يوفر حلا مناسباً يرضي الخصوم⁽⁴⁾.

كما يهدف تطبيق مبدأ سلطان إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق بما يساهم في تفادي التعقيدات التي يطرحها تطبيق قواعد وضوابط الإسناد وتنازع القوانين التي يتسم بها القانون الدولي الخاص التي يتم الإسناد إليها حال غياب إرادة الأطراف⁽⁵⁾.

(1) عبد الإله عديطار، دور الإرادة في التحكيم التجاري، المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثاني، 2016، ص 39-41.

(2) المرجع السابق، ص 30-31.

(3) نفس المرجع، ص 33.

(4) عثمان بقرنيش وهواري بلحسان، القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة منازعات الأعمال، عدد 05، 2015، ص 35.

(5) إبراهيم العسري، التحكم ومستلزمات الأمن القانوني والقضائي: دراسة على ضوء القانون 05-08، المجلة المغربية للدراسات القانون والقضائية، العدد 12، 2012، ص 266.

ويمكن أن يقع إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو على الإجراءات، إما كان هذا القانون لأحد الأطراف أو يشمل قانون طرفا النزاع، أو قانون أجنبي على أطراف النزاع، كما يمكنهم الإتفاق على تطبيق قواعد القانون الدولي التي تشتمل على القواعد العرفية والمعاهدات والإتفاقيات الدولية والتي يطلق عليها: Lex Mercatoria، أو الإتفاق على تطبيق المبادئ العامة في القانون أو قاعدة من قواعد العقد النموذجي، أو إتفاقهم على تطبيق قواعد العدالة و الانصاف التي بدون شك تضم قواعد تساهم في الوصول لحل أكثر عدلا دون التقييد بالقانون وهذا ما يصطلح عليه عند الفقه بالتحكيم المطلق أو التحكيم بالصلح⁽¹⁾، كما يمكن للأطراف أن يدرجوا في عقدتهم تنظيم كامل لعلاقتهم، فيلجأ لهذا التنظيم عند حدوث النزاع دون الرجوع لأي قانون فيأخذ هذا الإتفاق درجة القانون والإزاميته، فيلزم هيئة التحكيم بتطبيق التنظيم الذي تولى الأطراف صياغته لتسوية النزاع⁽²⁾، ولا شك أن دور الإرادة في إختيارها للقانون المطبق على النزاع والإجراءات في الحالات السابقة الذكر له مساهمة في تطوير التحكيم بما يلاءم ويناسب خصوصية نزاعات التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي، وبما يجعل من التحكيم القضاء المفضل في تسوية هذا النوع من المنازعات.

وإتفاق الأطراف على هذا النحو في إختيار القانون المطبق على النزاع أو على الإجراءات يمنع هيئة التحكيم مخالفة ما إتجهت إليه إرادة الأطراف والالتزام بقانون إرادة الأطراف، وإلا عد ذلك تعديا على القانون مما يعرض الحكم للإلغاء.

إن الاختيار الصريح لأطراف النزاع للقانون الواجب التطبيق لا يثير أي إشكال، أما في حالة كان التحديد ضمنيا أو سكت الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق فهنا يأتي دور المحكم ليتصدى لهذا الإشكال من خلال السلطة التقديرية الواسعة بهذا الخصوص، ونترك هذه المسألة لتتطرق لها في الفصل الثالث عند الكلام على تدعيم دور المحكم التجاري وتوسيع سلطاته.

إذا كان للإرادة دور بارز في تحديد القانون المطبق على التحكيم ككل سواء على إتفاق التحكيم أو ما تعلق بالإجراءات أو موضوع النزاع، فإن هامش الحرية لهذه الإرادة تضيق فيما تعلق بلجوء الأشخاص إلى التحكيم المؤسسي، أين يقتضي الأصل أن القواعد الإجرائية والموضوعية المتعلقة بالتحكيم تحدد وتنظم وفق ما ينص عليه التنظيم على مستوى مؤسسات التحكيم وهو ما يعبر عنه بلوائح التحكيم، وإتفاق الأطراف على عرض النزاع على مؤسسة تحكيم معينة هو إحالة النزاع إليها وفق ما تتضمنه من قواعد وإجراءات تحكيمية معدة مسبقا عن

(1) إبراهيم العسري، المرجع السابق، ص 166-167.

(2) عثمان بقتيش وهواري بلحسان، المرجع السابق، ص 37-38.

طريق شروط نموذجية يتم التوقيع عليها في عقد التحكيم المبرم بين مؤسسة التحكيم وأطراف النزاع لفض النزاع وتسويته، ونصّت على هذا المبدأ العديد من التشريعات والإتفاقيات الدولية، كالإتفاقية الأوروبية لعام 1961 في المادة الرابعة منها التي ألزمت إجراء التحكيم وفق للإجراءات والقواعد التابعة لمؤسسة التحكيم حال إتفاق الأطراف على عرض النزاع عليها، وأيضاً بنص المادة 19 من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس التي نصّت على ما يلي: "تخضع الإجراءات أمام هيئة التحكيم لهذه القواعد، وإذا خلت القواعد من النص المطلوب، تخضع الإجراءات لأية قواعد يتفق عليها الأطراف أو التي تقرها هيئة التحكيم في حالة عدم إتفاق الأطراف، سواء كانت هناك إشارة من عدمها إلى قواعد إجرائية لقانون وطني واجبة التطبيق على التحكيم".

الفرع الثاني: القوة الملزمة لحكم التحكيم: التنفيذ الإرادي لحكم التحكيم

يعتبر حكم التحكيم بمثابة المرحلة التي يتم فيها تنويع النزاع بنهاية الفصل فيه من طرف هيئة التحكيم هذا من جهة ومن جهة أخرى يعتبر بداية لمرحلة جديدة للتحكيم وحاسمة في الحكم بنجاح التحكيم أو فشله، وتتمثل هذه المرحلة في الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي.

والقارئ للتشريعات يلاحظ غياب تعريف للحكم التحكيمي سواء ما تعلق بالتشريع الفرنسي أو المصري والتشريع الوطني، وحتى من جانب المعاهدات أو الإتفاقيات الدولية واللوائح التنظيمية فلا تتضمن أي إشارة لتعريف حكم التحكيم، لذلك تكلف الفقه بتعريفهم للحكم التحكيمي فنجد إسهاب وإختلاف في تعريفه، لكن إجتمعت مجمل هذه التعاريف حول المكونات الأساسية لحكم التحكيم في أنه الحكم الذي يصدر عن هيئة التحكيم بشكل قطعي وملزم في النزاع المعروض سواء ما تعلق بالجانب الموضوعي أو الإجرائي أو كان متعلق بالنزاع كله أو في جزئه في ضوء ما إتفق عليه الأطراف⁽¹⁾.

يستلزم لصحة حكم التحكيم ليكون بذلك غير قابل للطعن، مرتباً أهم أثر يجد مبدؤه في القوة الملزمة للتحكيم ومبدأ حرية التحكيم التجاري، والذي يتمثل في التنفيذ الإرادي لحكم التحكيم التجاري، تحقق مجموعة من الشروط يلزم توفرها في حكم التحكيم سواء الجانب الشكلي أو الموضوعي، فبالنسبة للشروط الموضوعية فيشترط أن يصدر حكم التحكيم فاصلاً في موضوع النزاع فاصلاً حاسماً منهيلاً للخصومة مرتباً عدم صلاحية النظر في النزاع مجدداً بناءً على ما يكتسي حكم التحكيم من حجية للشئى المقضي فيه أين يرتب على حكم التحكيم

(1) نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص 283. وأيضاً محمود علي عبد السلام وافي، خصوصية إجراءات التحكيم في كل من مصر ودول الخليج، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والإقتصاد الرياض المملكة العربية السعودية، 2016، ص 193.

حقيقة لا تقبل العكس مفادها عدم جواز إعادة النظر في الحكم النهائي من طرف هيئة التحكيم⁽¹⁾، كما يفرض أن تفصل هيئة التحكيم وفقا للقواعد الموضوعية والإجرائية التي وقع أطراف النزاع الإختيار عليها، بما يجعله صالحا للتنفيذ الإختياري وأي تجاوز لأحد هذه الشروط يرتب بطلان حكم التحكيم⁽²⁾، إضافة لهذه الشروط الموضوعية يفرض كذلك توفر الشروط الشكلية كصدور حكم التحكيم كتابة⁽³⁾، وأن يتم التوقيع على حكم التحكيم من المحكمين وصدوره بأغلبية أصوات هيئة التحكيم حال تعددها بمداولات سرية⁽⁴⁾، إضافة لشرط تسبب هيئة التحكيم للحكم التحكيمي، وهناك بيانات يشترط أن تكون متضمنة في حكم التحكيم نص عنها المشرع الجزائري في المواد 1027 و 1028 و 1030 قانون إجراءات المدنية والإدارية وهي على النحو التالي⁽⁵⁾:

-تضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم. ووجوب أن تكون هذه الأحكام مسببة⁽⁶⁾.

-أن يتضمن الحكم اسم ولقب المحكم أو المحكمين وتاريخ ومكان صدور الحكم، وأيضا يجب أن يتضمن حكم التحكيم أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنية ومقرها الاجتماعي، وكذلك بأن يتضمن أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف، عند الاقتضاء⁽⁷⁾.

-يشترط أن توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين، وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين⁽⁸⁾.

(1) أكدت هذا المبدأ إتفاقية نيويورك لعام 1958 في المادة الثالثة بنصها: "تعترف كل الدول المتعاقدة بحجية التحكيم، وتأمّر بتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب فيه التنفيذ". ونص المشرع الجزائري على هذا المبدأ في المادة 1031 ق إ م وإ: "تحوز أحكام التحكيم حجية الشئى المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه".

إن قطعية حكم التحكيم وحيازتها لحجية الشئى المقضي فيه وإلتزام المحكم بالتخلي عن النزاع بمجرد الفصل فيه لا يمنع من تفسير الحكم وتصحيحه، وهذا ما نصّت عنه المادة 1030 ق إ م وإ: "يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه. غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم، أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه، طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون".

(2) كمال فتحي دريس، القيود الواردة على نظام التحكيم التجاري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة الجزائر 01، 2017، ص 193.

(3) فريدة عيادي، سلطة المحكم في موضوع حل المنازعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، جامعة الجزائر 01 كلية الحقوق، 2001، ص 134.

(4) المادة 1025: "تكون مداولات المحكمين سرية". المادة 1026: "تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات".

(5) نفس الشروط منصوص عنها في المادة 31 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الأونسيترال.

(6) أنظر المادة 1027 ق إ م وإ 22-13 المعدل والمتمم ق إ م وإ.

(7) أنظر المادة 1028 ق إ م وإ 22-13 المعدل والمتمم ق إ م وإ.

(8) أنظر المادة 1029 ق إ م وإ 22-13 المعدل والمتمم ق إ م وإ.

إن باستكمال هذه الشروط الشكلية والموضوعية في حكم التحكيم ترتب أثره على حكم التحكيم بإكتسابه للقوة الملزمة فيتم التنفيذ إراديا وإختياريا لحكم التحكيم، وأي إمتناع عن التنفيذ يجبر من كان الحكم لصالحه إجبار الطرف الآخر على التنفيذ بعد إصدار أمر التنفيذ من القضاء المختص⁽¹⁾.

إن صدور حكم التحكيم يجد أساسه في سلطان إرادة الأطراف، لذلك من الطبيعي التنفيذ الإرادي له دون الحاجة للإلزام أو الجبر في تنفيذه أو امتناع أحد الأطراف على تنفيذ الحكم الصادر عن هيئة التحكيم، لذلك يهدف الأطراف للجوء إلى التحكيم بهدف الفصل في النزاع في أسرع وقت من أجل يتم تنفيذ الحكم إختياريا دون إطالة أمد النزاع واللجوء للإستثناء بتنفيذه بطريق القضاء وإلا كان الخيار الأفضل اللجوء إلى القضاء الرسمي إذا تضمن تعطيل من جانب الأطراف في تنفيذ حكم التحكيم.

حيث أنه لا تكتمل فعالية التحكيم إلا بتنفيذ الحكم الصادر المنهي للخصومة التحكيمية، فلم يتم الإكتفاء بما هو مقرر أصلا بتنفيذ حكم التحكيم إختياريا، بل رتب على حكم التحكيم طبقا لمبدأ سلطان الإرادة وللطابع الإرادي الذي يميز التحكيم أضفى على حكم التحكيم قوة تنفيذية التي كرست التنفيذ الإجباري للحكم إذا كان التنفيذ الإختياري غير مجدي بامتناع المحكوم ضده عن التنفيذ، وذلك طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، عن طريق الإستعانة بالجهاز القضائي للدولة لتفعيل القوة التنفيذية للحكم التي تساعد على تنفيذ الحكم تنفيذا جبريا⁽²⁾.

كما ترتب القوة الملزمة لحكم التحكيم أن يصبح لحكم التحكيم حجية بين أطرافه، فبطرح النزاع نفسه على محكمة سبقت وأن فصلت فيه، فيمكن للطرف الآخر أن يدفع بسبق الفصل فيه، فحجية الشيء المقضي فيه يتمتع بها حكم التحكيم بمجرد صدوره، ولا يمكن للأطراف إعادة طرح نفس النزاع الصادر بشأنه حكم التحكيم على نفس هيئة التحكيم أو أي هيئة تحكيم أخرى، أو أن يقوم أحد الأطراف بإعادة طرحه على القضاء الرسمي إلا ما تعلق بطرق الطعن المقررة قانونا، غير أنه يمكن تجاوز هذه القاعدة التي تقررها قاعدة الحجية إذا إتفق الأطراف معا على إعادة طرح النزاع على هيئة التحكيم أو اللجوء إلى القضاء الرسمي وطرح النزاع من جديد وذلك طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، ويشترط حتى تملك هيئة التحكيم أو قضاء الدولة الفصل بعدم جواز الدعوى لسبق الفصل فيها إلا إذا تمسك كلا أطراف النزاع فلا يملك هيئة التحكيم أو القضاء من تلقاء نفسه الحكم بعدم جواز الحكم لسبق الفصل فيها⁽³⁾.

(1) كمال فتحي دريس، المرجع السابق، ص 197.

(2) محمود علي عبد السلام وإبي، المرجع السابق، ص 124-126.

(3) كمال فتحي دريس، المرجع السابق، ص 198.

وفي مجال التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي غالبا ما يتم التنفيذ إختياريا لقرار التحكيم سواء من الطرف الذي حكم ضده أو من الطرفين معا دون أن يتدخل القضاء في ذلك، وهذا راجع لعدة إعتبارات أين الأطراف في علاقتهم التجارية يسعون بالضرورة إلى المحافظة عليها وتقديم المصالح الإقتصادية المشتركة على اللجوء إلى القضاء⁽¹⁾، لذلك فأحسن وسيلة هي التنفيذ الإختياري الذي ينص عليه الأطراف من خلال الإتفاق على أن يكون التنفيذ بقوة القانون، ويوجد العديد من الأمثلة في ذلك كالإتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر لحماية وتشجيع الإستثمار الفرنسي في الجزائر، مثل الإتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا المذكورة في المرسوم الرئاسي رقم 01/94، ونجد كذلك في الإتفاقيات الدولية كإتفاقية واشنطن لعام 1965 الذي نص في المادتين 38 و45 من الإتفاقية على إلزام الدول على الاعتراف بحكم التحكيم الصادر في إطار هذه الإتفاقية وتنفيذ مختلف الإلتزامات التي يترتبها الحكم داخل أراضيها.

إذا كان تنفيذ الحكم التحكيمي يتم بطريقة إرادية فإنه وضمانا لفعالية تنفيذ أحكام التحكيم، أضحى يركز تنفيذ الأحكام بصورة مباشرة أو ما يطلق عليه بالتنفيذ الإلزامي باكتساب حكم التحكيم للقوة التنفيذية مباشرة بعد صدوره من هيئة التحكيم، فيمنع على قضاء دولة تنفيذ الحكم التحكيمي التدخل أو حصول أمر التنفيذ منها، لذلك يضيف على هذا الحكم التحكيمي نفس القوة التي يتمتع بها الحكم القضائي طبقا لما يضيفه سلطان الإرادة على أساس أن الأطراف لجئوا باختيارهم للتحكيم فإنه يفترض أن يلتزموا بتنفيذ الحكم الصادر عن هيئة التحكيم دون حاجة لإخضاعه لأي رقابة قضائية لدولة التنفيذ⁽²⁾.

وهذا الشكل من التنفيذ يكون محصورا في أنظمة تحكيم محددة كإتفاقية واشنطن لعام 1965 المتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى وأشارت هذه الإتفاقية إلى إنشاء المركز الدولي لحسم المنازعات المتعلقة بالاستثمارات CIRDI، وأهم ميزة تميز عمل هذا المركز وما أقرته إتفاقية واشنطن ما تعلق بتنفيذ أحكام التحكيم وفقها، فاعتمدت على الاعتراف والتنفيذ الإلزامي لحكم التحكيم الصادر في نطاق الإتفاقية، وهذا ما أورده في المادة 54 (1) التي نصّت على ما يلي: "تعترف كل دولة متعاقدة بالحكم الذي صدر بناء على أحكام هذه الإتفاقية وتضمن تنفيذ الإلتزامات المالية التي يفرضها الحكم كما لو كان حكما

(1) فريدة عبادي، المرجع السابق، ص 127.

(2) محمد فيصل ساسي، ضوابط تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي وفق الإتفاقيات الدولية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 5، العدد 2، 2019، ص 193-194.

نهائيا صادرا من محكمة محلية، وعلى الدولة المتعاقدة التي تتبع النظام الفدرالي ضمان تنفيذ الحكم عن طريق محاكمها الفيدرالية وأن تلزم هذه المحاكم بمعاملة هذا الحكم كحكم نهائي صادر من محاكم أحد الدول الفيدرالية". لذلك ضمانا لفعالية تنفيذ حكم التحكيم أعطت الإتفاقية للحكم التحكيم نفس المكانة للحكم القضائي، فحصرت الإستئناف أو الطعن على الحكم التحكيمي وقيدت من الرقابة القضائية عليه وجعلته في نطاق محدود من خلال حصر إتفاقية واشنطن أسباب المنازعة ومراجعة قرار التحكيم كطلب إبطال قرار التحكيم لأحد الأسباب الواردة في الإتفاقية: كعدم تشكيل هيئة التحكيم بصفة صحيحة، أو تجاوز هيئة التحكيم لصلاحياتها، أو حال فساد أو إرتشاء أحد أعضاء هيئة التحكيم، أو لعدم مراعاة القواعد الإجرائية الأساسية، أو عدم تسبيب قرار التحكيم⁽¹⁾.

إذا كان مما تقضيه قاعدة حجية حكم التحكيم هو الأصل، فإنه إستثناءا يمكن لهيئة التحكيم أن تراجع حكمها في حالات معينة نص عليها قانون الإجراءات المدنية الجزائري في المادة 1030 بنصها: "يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه. غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم، أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه، طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون"، إذا يتعلق هذا الإستثناء بتفسير حكم التحكيم وتصحيح ما يقع فيه من أخطاء مادية، وبإصدار حكم تحكيم إضافي فيما تم تقديمه من طلبات خلال إجراءات التحكيم ولم يتم ذكرها في حكم التحكيم، وقصر دور هيئة التحكيم في كشف الغموض وتدارك ما لم يكن أثناء سير الخصومة، دون أن يتعدى دور الهيئة إلى المساس بمضمون التحكيم بتعديله أو نقضه، لذلك سمي الحكم الذي يلي الحكم الأصلي بالمتتم والمكمل⁽²⁾.

وليس من قرر هذه القاعدة القانون الجزائري فقط، فقد أكد ذلك قانون التحكيم المصري الذي كانت نصوصه أكثر شمولاً ووضوحاً باشتراطه الكتابة والمدة في صدور تفسير حكم التحكيم، وإصدار قرار التصحيح، والمحددة بثلاثين يوما قابلة للتمديد، وأيضاً بإصدار حكم تحكيم إضافي التي حددت مدة تقديم الأطراف للطلب بثلاثين يوما لهيئة التحكيم التالية لتسلمها حكم التحكيم، على أن تصدر هيئة التحكيم حكمها خلال ستين يوما من تاريخ تقديم الطلب ويجوز مد هذه المدة بثلاثين يوما إضافية⁽³⁾.

(1) محمد فيصل ساسي، المرجع السابق، ص 194.

(2) خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والأجنبية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن ICSID، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2014، ص 286.

(3) أنظر المواد 49 و 50 و 51 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لعام 1994.

ويقيد المشرع سلطة هيئة التحكيم في إصدار حكم إضافي بلزوم أن يطلبه أحد الخصوم ولا يجوز لهيئة التحكيم أن تصدره من تلقاء نفسها، كما يشترط أن يتعلق الطلب الإضافي بطلبات الخصوم وتكون هذه الطلبات مقدمة أثناء إجراءات التحكيم وقبل إصدار حكم التحكيم الفاصل في النزاع، مع وجوب أن يعلن الطالب للخصم الآخر قبل تقديمه لهيئة التحكيم⁽¹⁾.

ونصّت الإتفاقيات الدولية على مسألة تفسير وتصحيح حكم التحكيم وإصدار الحكم الإضافي، على شاكلة إتفاقية واشنطن لعام 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى فنصّت في المادتين 50 و 51 عن ذلك، كما أجاز القانون النموذجي لعام 1985 تصحيح حكم التحكيم وتفسيره وإصدار حكم تحكيم إضافي، وذلك في نص المادة 33 من القانون⁽²⁾.

والملاحظ أن التشريعات والإتفاقيات الدولية أضفت فعالية بتمديد مهام هيئة التحكيم لتشمل مرحلة ما بعد صدور حكم التحكيم، فمكنتهم من التدخل بتفسير حكم التحكيم وإصدار أحكام تحكيم إضافية وتصحيح مختلف الأخطاء المادية أو الحسابية.

المبحث الثالث

مظاهر حرية الإرادة في تحديد آثار التحكيم

للحرية الإرادية دور بارز على مستوى تحديد آثار التحكيم، فيترتب على إنعقاد إتفاق تحكيم صحيح توفر القوة الملزمة له، فيصبح حينئذ واجب التنفيذ وفقا للمضمون الذي يحمله إتفاق التحكيم، وذلك وفقا للمبدأ العام الذي ينص على أن العقد شريعة المتعاقدين.

ويقصد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، أن يكون العقد واجب التنفيذ فيقع إلزام على عاتق المتعاقدين بواجب إحترامه والإلتزام به مثلما هو الشأن بالنسبة لما ينص عليه القانون، وعليه بناء على هذه القاعدة لا يجوز نقض العقد ولا تعديله لأي من المتعاقدين بصفة إنفرادية إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب المقررة قانونا، كما يلتزم بهذه القاعدة الغير وأبرزهم القاضي الذي يمنع عليه نقض ما إتفقا عليه المتعاقدين أو يعدله ولو كان تدخله بحسب ما تقتضيه قواعد العدالة⁽³⁾، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في القانون المدني في المادة 107 مدني جزائري.

(1) خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص292.

(2) للمزيد والإطلاع على المواد أنظر: خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص ص293-297.

(3) عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص366.

وتشمل مظاهر حرية الإرادة في تحديد آثار التحكيم في القوة الملزمة لإتفاق التحكيم المطلب الأول، وأيضاً في مبدأ الأثر النسبي لإتفاق التحكيم المطلب الثاني، وفي الأخير مراعاة حسن النية في التحكيم التجاري المطلب الثالث، وفي الأخير نتطرق إلى محدودية تدخل هيئة التحكيم والقضاء في ظل سيادة إرادة الأطراف في التحكيم التجاري.

المطلب الأول

القوة الملزمة لإتفاق التحكيم

تمثل القوة الملزمة للعقد عموماً أحد المبادئ المتشكلة بعد النشوء والقيام الصحيح للعقد، فتتشكل رابطة قانونية تسمى بالرابطة العقدية التي على أساسها تضع المتعاقدين موضع المتزامين بالعقد، هذه الرابطة هي من تسمى بالعقد شريعة المتعاقدين كما أطلق عليها المشرع الجزائري في القانون المدني، وعلى إثر هذه الرابطة يتشكل مضمون القوة الملزمة للعقد، ويقصد بالقوة الملزمة للعقد أن كل فرد قرر أن يتعاقد، يصبح ملزماً باحترام التزاماته الناتجة عن هذا العقد، أي أن العقد يقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديه⁽¹⁾.

ويتمثل مضمون القوة الملزمة للعقد في وجوب تنفيذ ما ينشأ من التزامات عن العقد وأيضاً في عدم المساس بالعقد بالإرادة المنفردة للمتعاقد سواء بالتعديل أو بالنقض، إلا بالإرادة المشتركة للمتعاقدين، وهذا ما نصّت عليه المادة 106 مدني جزائري التي جاء فيها: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"، وهذه القوة الملزمة غير متعلقة بالمتعاقدين فقط بل تشمل القاضي الذي يمنع عليه المساس بالعقد إما تعديلاً أو بنقض ما إتفقا عليه الأطراف المتعاقدة.

إن أهم إلزام يترتب على إنشاء إتفاق لتحكيم والذي يعتبر جوهر لجوء الأطراف إلى التحكيم، الإلتزام باللجوء إلى التحكيم وطرح النزاع على هيئة التحكيم بعيداً عن قضاء الدولة والإمتناع من اللجوء إليه.

ويمكن إيراد آثار القوة الملزمة لإتفاق التحكيم إلى آثار من جانب موضوعي وآثار من جانب إجرائي، أو كما أطلق عليها جانب من الفقه آثار من الجانب الإيجابي، وآثار من جانب سلبي، والمصطلحين الأخيرين هم من سيتم الإعتماد عليهم في دراسة آثار القوة الملزمة لإتفاق التحكيم لنستعرض الأثر الإيجابي لإتفاق التحكيم الفرع الأول، يليها التطرق للأثر السلبي أو المانع لإتفاق التحكيم الفرع الثاني.

الفرع الأول: الأثر الإيجابي لإتفاق التحكيم

(1) Christian Larroument, op cit, p103.

يترتب عن القوة الملزمة لإتفاق التحكيم مبادئ عامة تشكل الفعالية بالنسبة للتحكيم في تسوية المنازعات التجارية الدولية مرتبة بذلك للأثر الإيجابي لإتفاق التحكيم، هذا الأثر المتعلق بالقوة الملزمة لإتفاق التحكيم قد يرتبط بالجانب الموضوعي فنكون أمام ما يعرف "الاختصاص بالاختصاص"، أو متعلق بالقوة الملزمة لإتفاق التحكيم من الجانب الإجرائي والذي يعرف "بمبدأ إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي"، هذا من جهة ومن جهة أخرى يترتب الأثر الإيجابي لإتفاق التحكيم تقييد الأطراف بعرض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ مستقبلا على التحكيم، كما ترتب هذه القوة الملزمة لإتفاق التحكيم إختصاص المحكم بتفسير عبارة إتفاق التحكيم وهذا ما يطلق عليه بالقوة الملزمة لإتفاق التحكيم من حيث الموضوع، وهذه النقاط نعرضها تباعا في ما يلي.

أولا-تقييد الأطراف بعرض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ مستقبلا على التحكيم:

يفرض مبدأ القوة الملزمة لإتفاق التحكيم أن يتم اللجوء إلى التحكيم إستنادا لإتفاق التحكيم، سواء كان هذا الإتفاق شرطا تحكيميا ينص على اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المستقبلية بين الأطراف، فبعد نشوب النزاع يتم اللجوء إلى التحكيم، أما النوع الثاني المتعلق بمشاركة التحكيم فهو الذي يتم توقيعه مباشرة بعد حدوث النزاع بين الأطراف والذي ينص على اللجوء المباشر إلى التحكيم لتسوية النزاع وعرضه على هيئة التحكيم للفصل فيه وتسويته.

وطبقا لمبدأ القوة الملزمة لإتفاق التحكيم فإن إبرام إتفاق التحكيم يوقع إلزاما على عاتق طرفي النزاع بالمساهمة في اللجوء إلى التحكيم وعدم إتخاذ أي موقف أو إجراء يعرقل العملية التحكيمية، أو إتخاذ أي موقف إنفرادي بالتحلل من إتفاق التحكيم المبرم سواء بسحب الموافقة أو الإمتناع عن اللجوء إلى التحكيم حتى في حالة كان العقد الأصلي المتضمن لإتفاق التحكيم ثبت بطلانه أو فسخه⁽¹⁾، أو التصرف بصفة إنفرادية في إتخاذ إجراءات التحكيم للوصول إلى عرض النزاع أمام هيئة التحكيم، في نفس الوقت يمتنع على الطرفين اللجوء إلى القضاء الرسمي في المنازعات التي أبرم من أجلها إتفاق التحكيم، ونص على هذا الأثر القاعدة العامة في القانون المدني في نص المادة 106 مدني جزائري: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"⁽²⁾.

(1) أنظر في هذا المعنى: علي بن عبد الله بن محمد الهنائي، المرجع السابق، ص18.

(2) أكد حكم للمحكمة العليا على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، والقضاء بغير هذا المبدأ يعد خرقا للقانون وتجاوزا للسلطة. قضية رقم 29500، تاريخ صدور القرار 1983/02/07.

وتفرض القوة الملزمة لإتفاق التحكيم نتيجتين مهمتين تتعلقان بالحالات التي يمكن فيها لأطراف التحلل من إتفاق التحكيم، فالحالة الأولى تكون بصدور الحكم التحكيمي من طرف هيئة التحكيم الفاصل في موضوع النزاع والتي يفترض أن تكون نفسها التي وقع الإتفاق عليها بين الأطراف فلا يجوز التغيير في المنازعة محل التحكيم سواء من طرف المحكم أو من الأطراف أنفسهم، فلا يجوز لهيئة التحكيم مد سلطتها للنظر في النزاع للمسائل المتفرعة عنه إعمالاً لمبدأ القوة الملزمة لإتفاق التحكيم والتفسير الضيق للإتفاق، وفي حال إتفاق الأطراف على عرض نزاع غير النزاع المتفق عليه فلا بد من إبرام إتفاق تحكيم جديد يتضمن النزاع المراد إحالته لهيئة التحكيم للفصل فيه⁽¹⁾، أما الحالة الثانية فطبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فيمكن التحلل من الإتفاق وما يترتب من التزامات عن طريق إتفاق الأطراف على إنهاء الخصومة قبل صدور الحكم الفاصل في النزاع، أو التنازل عن اللجوء إلى التحكيم وعرض النزاع أمام القضاء الرسمي للفصل فيه⁽²⁾.

كما أن تقييد الأطراف بعرض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ مستقبلاً على التحكيم يترتب عنها أثر مهم يتمثل في إختصاص المحكمين وسلطتهم بالفصل في النزاع بدلاً من القضاء الرسمي، فوفقاً لذلك يمتنع على الأطراف عرض النزاع على القضاء ويمتنع هذا الأخير بدوره في النظر والفصل في هذا النزاع، فإبرام إتفاق التحكيم بالشكل الصحيح يثبت الإختصاص لهيئة التحكيم دون سواها للفصل في النزاع، بعد السير في خصومة التحكيم وما يتخللها أيضاً السير في الإجراءات للتوصل لحكم منهي للنزاع، ويقع على هيئة التحكيم الإلتزام بالفصل في النزاع بعد قبولها للمهمة المسندة إليه وإلا عد غير مختص للنظر في النزاع وذلك بنص المادة 1016 ق إ م وإ⁽³⁾، فيعد شرطاً ضرورياً ليعتبر التشكيل صحيحاً لهيئة التحكيم فلا يمكنه بعد قبوله رفض القيام بالمهمة أو التنحي إلا بمبرر وإلا تعرض للإستبدال وهذا ما نصّت عنه المادة 1012 (3) ق إ م وإ: "إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه، يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة"، وقد تم النص أيضاً في المادة 1021 ق إ م وإ على عدم جواز المحكمين التخلي عن المهمة إذا شرعوا فيها.

فطبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين يقع لزماً على الأطراف المحكّمة بعرض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ مستقبلاً على التحكيم وإحالة النزاع لهيئة التحكيم، فلا يجوز لأحد الأطراف النكول عن إتفاق التحكيم

(1) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لإتفاق التحكيم -دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الثانية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2008، ص 175-176.

(2) علي بن عبد الله بن محمد الهنائي، المرجع السابق، ص 19.

(3) كنده جمال عبد الساتر، التحكيم في عقود البترول دراسة مقارنة، رسالة ليل دبلوم الدراسات العليا في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية والإقتصادية الجامعة اللبنانية، 2017، ص 85.

إلا باتفاق آخر من الطرفين، أو الإتفاق باللجوء إلى القضاء، وطبقا للقاعدة السابقة الذكر نص المشرع الجزائري على عدم جواز رد المحكم من طرف الخصوم إلا إذا كان سبب الرد علم به الخصم بعد تعيين هيئة التحكيم، نجد هذا النص في المادة 1016 (3) وأيضاً في المادة 1021 (1) ق إ م وإ.

ويترتب على القوة الملزمة لإتفاق التحكيم عدم جواز التغيير في النزاع محل الإتفاق عليه بين الأطراف على عرضه للتحكيم، فينبغي على هيئة التحكيم أن تفصل في النزاع الذي رفعه إليه الأطراف دون أن يمتد سلطتها لنزاع آخر لم يتفق بشأنه الأطراف على إحالته للتحكيم وإن كان هذا النزاع يمثل نفس أطراف النزاع السابق عرضه على التحكيم، كما لا يمكن للأطراف عرض نزاع على هيئة التحكيم يختلف عن النزاع المشار إليه في إتفاق التحكيم⁽¹⁾.

فاحتراما لإرادة الأطراف يقع لزاما على هيئة التحكيم عدم تجاوز حدود المهمة المسندة إليه من قبل أطراف النزاع فلا تلتزم هيئة التحكيم ولا يقوم إختصاصها إلا وفقا لما هو محدد في إتفاق التحكيم، حتى ما تعلق بالمسائل الفرعية أو الثانوية، فلا تفصل ولا تقوم سلطتها ولا تتحدد التزاماتها إلا وفق ما قرره إرادة الأطراف، ولا يجوز لها أن تفصل فيما لا يتضمنه إتفاق التحكيم، وإلا تعرض حكم التحكيم للبطلان⁽²⁾، ولأهمية هذا المبدأ ورد النص على إختصاص هيئة التحكيم الفصل في النزاع في الإتفاقيات الدولية، أهمها إتفاقية نيويورك لعام 1958 في المادة 2 (3) التي ألزمت المحكمة في أي دولة متعاقدة، عندما يعرض عليها نزاع في مسألة أبرم الطرفان بشأنها إتفاقا بالمعنى المستخدم في هذه المادة، أن تحيل الطرفين إلى التحكيم بناء على طلب أيهما، ما لم يتبين لها أن هذا الإتفاق لاغ وباطل أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ.

نفس الشيء بالنسبة للأحكام والقرارات القضائية أكدت على المبدأ فقررت "مهمة المحكم المعرفة بإتفاقية التحكيم، محدودة في الأساس بموضوع النزاع كما هو محدد بإرادة الأطراف"⁽³⁾.

ويتعدى الأثر الذي يرتبه إتفاق التحكيم في تحويل المحكمين الإختصاص بالفصل في موضوع النزاع إلى منحهم الإختصاص للفصل في إختصاصهم وهذا ما يطلق عليه بمبدأ الإختصاص بالإختصاص، وهو ما نفصل فيه في العنوان القادم.

(1) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص 175.

(2) كنده جمال عبد الساتر، المرجع السابق، ص 86-87.

(3) Cour d'appel de paris Pôle1-Ch1, 24 Juin 2010, Société Inforad Ltcd c/ SAS Tes Electronic Solutions, Revue de l'arbitrage, 2010, N°3, Juillet-Septembre, p. 675.

نقلا عن كنده جمال عبد الساتر، المرجع السابق، ص 88.

ثانيا- حصر سلطة الفصل في النزاع لهيئة التحكيم "إصدار حكم التحكيم" والفصل في اختصاصها "قاعدة الاختصاص بالاختصاص":

إن من بين الآثار التي يترتبها إبرام إتفاق التحكيم صحيح أنه يكتسب القوة الملزمة التي على أساسها تتجسد فعالية التحكيم في تسوية المنازعات، وأهم الآثار الأساسية المترتبة هو إنعقاد اختصاص هيئة التحكيم لتولي النظر والفصل في المنازعات، وإقصاء قضاء الدولة من التدخل أو النظر في النزاع المتفق بشأنه لطرحه على التحكيم بعد إبرام إتفاق التحكيم، كما يترتب أثر هام وهو اختصاص قضاء التحكيم بالفصل في اختصاصه، وهذا ما يطلق عليه بمبدأ الإختصاص بالاختصاص، فإذا كان الأثر الهام الذي يترتب هو بث هيئة التحكيم في كل ما يتعلق باختصاصها، إلا أن الأثر الآخر الذي يترتب هو منع تدخل القضاء الرسمي من التدخل بالبث في ما يتعلق بمسألة اختصاص هيئة التحكيم، ولا يكون ذلك إلا بعد التشكيل الصحيح لهيئة التحكيم.

فيعد هذا المبدأ من المبادئ القانونية التي رتبها الآثار الإجرائية لإتفاق لتحكيم، ونص المشرع الجزائري عن هذا المبدأ في المادة 1044 ق إ م وإ التي جاء فيها: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها. ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع. تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع".

هذا المبدأ الذي أخذ مكانة مهمة في التحكيم من خلال الأثر والدور الذي يؤديه في المساهمة في تسريع إجراءات التحكيم وعدم تعطيل العملية التحكيمية من خلال تفادي عدم السير أو وقف إجراءات التحكيم. ويشور بخصوص تطبيق هذا المبدأ إشكالات تتعلق بحدود نظر هيئة التحكيم في اختصاصه والفصل في مسألة صحة أو بطلان العقد الأصلي، فهل يعتبر من اختصاصات هيئة التحكيم النظر في بطلان العقد الأصلي أم يعد ذلك من اختصاصات الأصلية للقضاء الوطني، إن إعمالا لمبدأ الإختصاص بالإختصاص يمكن للمحكم كأصل أن ينظر ويفصل في صحة العقد الأصلي وبطلانه، لكن ذلك يكون بحدود مرسومة لتدخل هيئة التحكيم للفصل في اختصاصها وما تعلق ببطلان العقد الأصلي، حيث لا يملك المحكم إلا سلطة البحث في صحة أو بطلان العقد فإذا تبين لها بطلان العقد الأصلي يمكن لها الإستمرار في إجراءات التحكيم طبقا لمبدأ الاستقلالية أو إذا تبين لها بطلان شرط التحكيم فتقضي بعدم إستمرار إجراءات التحكيم والحكم بعدم الاختصاص أو إنتهاء

التحكيم، وفي المقابل لا يتعدى إختصاص المحكم لسلطة الحكم بطلان العقد الأصلي لأن ذلك يعتبر خروجاً عن إختصاصه⁽¹⁾.

ونصّت العديد من الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية ولوائح التحكيم على مبدأ الاختصاص بالاختصاص، فنصّت على هذا المبدأ إتفاقية نيويورك لعام 1958 في المادة 16 (1): "يجوز لهيئة التحكيم البت في إختصاصها، بما في ذلك الفصل في كل دفع يتعلق بوجود أو بصحة إتفاقية التحكيم"، وأيضاً جاء النص على المبدأ في الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 في نص المادة 5 (3): "مع التحفظ لجهة المراقبة القضائية اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي فإنه يقضي على المحكم المطعون بصلاحيته ألا يتخلى عن القضية، وهو له سلطة تقرير إختصاصه وتقرير صحة إتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه".

كما أشارت إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص في المادة 1 (1) كذلك.

وأيضاً ما تعلق بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 فنص على المبدأ في المادة 16 (1) فجاء النص على النحو التالي: "يجوز لحكمة التحكيم أن تفصل في إختصاصها بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة إتفاق التحكيم".

من النصوص السابقة الذكر يظهر تكريس مبدأ الإختصاص بالإختصاص في معظم الإتفاقيات الدولية وهذا ما يعكس أهمية هذا المبدأ وما يمثله كأحد أهم المبادئ الأساسية في التحكيم التجاري، وأيضاً للفعالية التي يضيفها على إتفاق التحكيم وحل وتسوية المنازعات.

لذلك يقف هذا المبدأ سداً منيعاً من التعسف وعرقلة الإجراءات من خلال الدفع بعدم إختصاص محكمة التحكيم للحكم في النزاع، كالدفع بطلان العقد الأصلي أو عدم وجوده، أو بطلان إتفاق التحكيم، أو تجاوز هيئة التحكيم لنطاق وحدود الاختصاص المقرر لها وفق إتفاق التحكيم، وفي هذا الشأن أكد المحكم Benard Gomard في النزاع القائم بين الشركة الوطنية الإيرانية نيوك والشركة الفرنسية Elf Aquitaine بأنه⁽²⁾: "إختصاص

(1) عبد العزيز خنفوسي، مدخل إلى قانون التحكيم، مركز الكتاب الأكاديمي، 2018، ص 27.

(2) Sentence arbitrale préliminaire rendue par Bernard Gomard à Copenhagen, 14 janvier 1982, EIF c / NIOC, Revue de l'arbitrage, 1984 Octobre-Décembre, N°3, page 412 et 413 traduction libre de la sentence originale, rendue en anglais.

نقلاً عن كنده جمال عبد الساتر، المرجع السابق، ص 92.

المحكم بالفصل في إختصاصه يعتبر مبدأ رئيسيا في مجال التحكيم الدولي ومعتزا به بواسطة لمعاهدات الدولية حول التحكيم، والعديد من أحكام التحكيم، والفقه المتخصص في قانون التحكيم".

ثالثا- إستقلال إتفاق التحكيم:

إذا كان الأصل أن كل ما يتعرض له العقد من أحد أسباب البطلان أو الفسخ أو إنتهائه، فإنه يعكس ويؤثر ذلك على كل توابع ولواحق هذا العقد، فإذا تعرض العقد للبطلان فإن ما قد يتبع العقد من شرط فإنه بالتبعية يبطل، غير أن الأمر مختلف تماما في التحكيم، فيتمتع بخاصية تجعله ذو طبيعة مميزة ومختلفة أطلق عليها بمبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم الذي يقوم على عدم تأثر إتفاق التحكيم ببطلان أو فسخ أو إنقضاء العقد الأصلي، ويعتبر هذا المبدأ من أهم الشروط الموضوعية المترتبة عن صحة إتفاق التحكيم بإستقلالية التحكيم عن العقد الأصلي، فكل عقد منفصل عن الآخر، وبذلك فلا يؤثر أي عقد عن الآخر ولا يتأثر أي عقد بالآخر، وهذا للإختلاف في موضوع وسبب كل من التحكيم والعقد الأصلي، فبالنسبة للموضوع قد يكون موضوع العقد الأصلي نقل الملكية أو ترتيب حق عيني على شيء كالرهن، أو الإلتزام القيام بعمل كالإلتزام المقاول ببناء منزل، أما ما تعلق بموضوع التحكيم فيتمثل في إلتزام الأطراف باللجوء للتحكيم حال وقوع نزاع بينهم أو ما قد يقع في المستقبل من نزاعات لتسويتها، كذلك ما تعلق بالسبب فإذا كنا بصدد علاقة عقدية فإنه يتعلق بالدافع الذي من أجله لجأ الأطراف للتعاقد ويختلف السبب هنا باختلاف المتعاقد ويشترط فيه أن يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، أما ما تعلق بسبب التحكيم فهو دائما الإلتزام الذي يقع على الأطراف بعدم اللجوء إلى القضاء الرسمي أو منعه من النظر في النزاع، لذلك يتبين الإختلاف الجوهرى بين كل من العقد الأصلي وإتفاق التحكيم.

وعموما يعرف مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم بأنه قابلية هذا الإتفاق للانفصال عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، وهذا ما يؤدي إلى أن مصير إتفاق التحكيم لا يتوقف على مصير العقد الأصلي، هذا المصير متعلق بالصحة أو الوجود أو الإنقضاء.

إنطلاقاً من هذا التعريف وما تم التطرق له سابقاً، يترتب على هذه الإستقلالية نتائج هامة تبرز خصوصية هذا المبدأ وتتمثل في:

- يترتب على مبدأ الاستقلالية بعدم إحتجاج أو الدفع من أحد أطراف العقد بعدم صحة إتفاق التحكيم في حال وجود عيب أو عدم صحة العقد الأصلي.

- لا يترتب أي أثر على شرط التحكيم إذا كان العقد الأصلي باطلاً أو تم فسخه أو إنهاءه أو أحتمل ذلك، فقط يجب أن يكون العقد الأصلي متضمناً لشرط التحكيم سواء كان شرط التحكيم مدرجاً في العقد الأصلي أو كان منفصلاً عنه، كما يجب أن يكون هذا الشرط صحيحاً في حد ذاته، ويستثنى من هذا حالة بطلان العقد الأصلي وإتفاق التحكيم معاً، كإبرام العقد من طرف عديم الأهلية، هذا الإنعدام يجعل كل من إتفاق التحكيم والعقد الأصلي باطلاً بطلاناً مطلقاً⁽¹⁾.

- ومن ناحية أخرى تظهر أهمية إستقلالية إتفاقية التحكيم في إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من ناحية القانون الواجب التطبيق فليس بالضرورة إخضاع الإتفاق لقانون يكون نفسه القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي⁽²⁾.

- كما تظهر كذلك أهمية هذا الاستقلال فيما يحققه من إقتصاد في الوقت والإجراءات والمصاريف، فبدل من أن يوقف المحكم النظر في النزاع لحين فصل القضاء في صحة العقد، فهو من يتولى الفصل في هذه المسألة وهذا ما أطلق عليه الفقه بمبدأ الإختصاص بالإختصاص الذي يعتبر من الآثار الإيجابية لإتفاق التحكيم الذي بدوره يعد أحد أبرز النتائج المترتبة عن القوة الملزمة لإتفاق التحكيم، كما أنه من جهة أخرى يمنع الأطراف من التحايل على القانون بالتحجج ببطلان أو فسخ أو إنقضاء العقد الأصلي للتهرب من إتفاق التحكيم المبرم، وهذا من دون شك يضفي فعالية على التحكيم كقضاء خاص يفصل في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية.

وتجدر الإشارة أن بخضوع التحكيم لمبدأ سلطان الإرادة، فإن مبدأ الإستقلالية يمكن للأطراف الإتفاق على تجاوزه عند إبرام إتفاق التحكيم، فيمكن لأطراف الإتفاق على أن يكون كل من العقد الأصلي وإتفاق التحكيم وحدة واحدة لا تتجزأ فيرتبط مصيرهما معاً وجوداً وعدماً، ذلك يمكن للأطراف التخلي عن هذا المبدأ، بإعتباره غير متعلق بالنظام العام⁽³⁾.

وشهد مبدأ إستقلالية شرط التحكيم إجماع وتأكيد من طرف الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية وقواعد التحكيم، فأكدت على هذا المبدأ القانون النموذجي للتحكيم الذي وضعته لجنة قانون التجارة الدولية في الأمم المتحدة Uncitral لعام 1985 المعدل عام 2006 نصّت في المادة 16 (1) على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم البت في إختصاصها، بما في ذلك البت في إعتراضات تتعلق بوجود إتفاق التحكيم الذي يشكل جزءاً

(1) عبد العزيز خنفوسي، المرجع السابق، ص 20.

(2) صلاح مهدي سمين الهاشمي، المرجع السابق، ص 169.

(3) عبد العزيز خنفوسي، المرجع السابق، ص 21.

من عقد كما لو كان إتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى وأي قرار يصدر عن هيئة التحكيم ببطالان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم".

ونصّت على المبدأ قواعد التحكيم الذي وضعتها الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1976 المعدلة عام 2010، حيث نصّت في المادة 23 (1) بأنه: "...وينظر إلى بند التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد على أنه إتفاق مستقل عن بنود العقد الأخرى ولا يترتب تلقائياً على أي قرار لهيئة التحكيم بطلان بند التحكيم"⁽¹⁾.

كما نصّت الإتفاقية الأوروبية للتحكيم لعام 1961 على المبدأ في المادة 5 (3) بنصها: "المحكم له تقرير إختصاصه وتقرير صحة إتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه".

أما ما يخص إتفاقية نيويورك لعام 1958 فذهب جانب من الفقه أنها أشارت إلى مسألة إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي بشكل ضمني فاستنبط الفقه من الإتفاقية هذا المبدأ من خلال ما أشارت إليه مضمون نص المادة 5 (1) من الإتفاقية على إمكانية أن يخضع الأطراف إتفاق التحكيم إلى قانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، حيث جاء في نص المادة: "1- لا يجوز رفض الاعتراف بالقرار وتنفيذه، بناء على طلب الطرف المحتج ضده بهذا القرار، إلا إذا قدم الطرف إلى السلطة المختصة التي يطلب إليها الاعتراف والتنفيذ ما يثبت: أن طرفي الإتفاق المشار إليه في المادة الثانية كانا، بمقتضى القانون المنطبق عليهما، في حالة من حالات انعدام الأهلية، أو كان الإتفاق المذكور غير صحيح بمقتضى القانون أخضع له الطرفان الإتفاق أو إذا لم يكن هناك ما يشير إلى ذلك، بمقتضى قانون البلد الذي صدر فيه القرار"⁽²⁾.

وأكدت على مبدأ الاستقلالية العديد من مراكز وهيئات التحكيم في لوائحها وقواعدها فأشارت إلى المبدأ مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 23 (1) بنصها: "يعامل شرط التحكيم جزءاً من العقد

(1) يجب التفرقة بين قواعد الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي وقواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري، وإن كان كلا القانونين صدرا عن لجنة الأونسيترال، فبالنسبة للقانون النموذجي الصادر عام 1985 المعدل عام 2006 نمودج يمكن يمكن إعتماده من طرف التشريعات الوطنية في دول العالم في إعداد وإصدار لتشريعاتهم الداخلية المتعلقة بالتحكيم، أما قواعد الأونسيترال للتحكيم المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1976 وتم تعديل هذه القواعد عام 2010 وفي عام 2013 لإضافة قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول، ويلجأ الأطراف سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو اعتباريين لتنظيم عملية التحكيم باختيار قواعد التحكيم الأونسيترال لعام 1976. لذلك يبرز الفرق الجوهرى من زاوية الطرف المخاطب بالقانون فقواعد الأونسيترال تخاطب الدول والأطراف لاعتماد قواعده في حسم نزاعات تجارية، أما القانون النموذجي فهو خطاب قانوني موجه للمشرعين على مستوى الدول لاعتماده في إعداد قوانينهم المتعلقة بالتحكيم. أنظر مصطفى ناطق صالح مطلوب، ما الفرق بين قواعد الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي وقواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري، مقال منشور على موقع: <https://portal.arid.my/ar-LY/posts/details/>, 2021.

(2) صلاح مهدي سمين الهاشمي، المرجع السابق، ص 163.

بوصفه إتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطالان لا يترتب عليه تلقائياً بطلان شرط التحكيم".

ونص على مبدأ الاستقلالية العديد من التشريعات الوطنية، بداية بالتشريع الجزائري الذي نص بصريح العبارة عن إستقلالية إتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي بنص المادة 1040 ق إ م وإ في الفقرة الأخيرة الذي جاءت على النحو الآتي: "لا يمكن الإحتجاج بعدم صحة إتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي"، نفس الموقف سلكه التشريع الفرنسي بالنص على المبدأ في المادة 1447 من قانون رقم 48 لعام 2011 المتعلق بقانون الاجراءات المدنية بالنص: "تستقل إتفاقية التحكيم عن العقود المتعلقة بها. ولا تتأثر بعدم صحة هذا الأخير".

وقد كرست هذا المبدأ عدة أحكام قضائية، أبرزها ما صدر عن محكمة النقض الفرنسية، فالحكم الأول المتعلق بالقضية المعروفة بـ ⁽¹⁾ Gusset ويعتبر أول الأحكام التي نصّت على مبدأ إستقلالية إتفاقية التحكيم الصادر في 1963/05/07 بأنه ⁽²⁾: "في مجال التحكيم الدولي، فإن إتفاق التحكيم سواء كان مبرماً على نحو منفصل أو كان مدرجاً في التصرف القانوني المتعلق به، فإنه يتمتع باستقلال قانوني كامل بحيث لا يتأثر بما قد يلحق هذا التصرف من بطلان، إلا في بعض الظروف الإستثنائية"، وتوالت الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي بعد الحكم الأول الشهير والتي تؤكد جميعها على مبدأ الإستقلال، فجاء قرار محكمة النقض الفرنسية لحكم محكمة إستئناف كولمار الصادر في 1968/11/29 ⁽³⁾ في القضية المعروفة باسم Impex ⁽⁴⁾ مؤكداً على هذا المبدأ وذلك في عبارات مرادفة لتلك التي المستخدمة من قبل محكمة النقض في القضية المشار إليها أعلاه ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ ملخص القضية يتمثل في النزاع المثار حول مسألة تنفيذ حكم التحكيم صدر في إيطاليا من خلال شرط التحكيم الوارد في العقد بين المستورد الفرنسي والمصدر الإيطالي، وقضى الحكم بالتعويض للمصدر الإيطالي، للخطأ المرتكب من جانب المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقدية حيث لم يحصل على التصريح الخاص بالاستيراد في الوقت المناسب، وهذا الحكم يعتبر واجب التنفيذ في فرنسا، فتمسك المستورد الفرنسي بعدم جواز تنفيذ الحكم التحكيمي، على أساس أن العقد المتضمن شرط التحكيم باطل بطلاناً مطلقاً لمخالفته النظام العام الفرنسي لعدم مراعاته القواعد الأمرة الخاصة بالتصدير، وبناءً على بطلان العقد الأصلي فإن الأمر يستتبع الحكم ببطالان شرط التحكيم، وبالتبعية بطلان حكم التحكيم الصادر، وهذا ما تصدت له محكمة النقض الفرنسية بإصدارها للقرار السابق طرحه في المتن. أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 57-58.

⁽²⁾ Cass. 1^{er} Civ, 7 mai 1963, Bull. civ. L, n264.

⁽³⁾ Cour de cassation 18 mai 1971 "Impex v P.A.Z Produzione lavorazione", 1972, Rev Arb. P.3.

⁽⁴⁾ تتمثل وقائع القضية ملخصة في قيام الشركة الفرنسية impex بتصدير كمية من الحبوب لأربع شركات إيطالية، وتم الإتفاق على البيع إلى البرتغال، سويسرا، ومنها لإيطاليا، وذلك للإستفادة من المزايا المقررة في إطار السوق المشتركة في حالة التصدير لدول أخرى خارج السوق مما دعا السلطات الفرنسية إلى رفض الترخيص بالتصدير على أساس الغش.

لثار مسألة بطلان العقود المبرمة مع الشركات الإيطالية على أساس أن الإستعانة بدول أخرى خارج المجموعة الأوروبية يشكل خرقاً للنظام العام الفرنسي لعدم مشروعية السبب، لثار مسألة أخرى تتعلق بمسألة مدى بطلان شرط التحكيم على أساس مبدأ ال على أساس أن الإستعانة بدول أخرى خارج المجموعة الأوروبية

وفي قضية أخرى مشهورة باسم HECHT⁽²⁾: صدر قرار عن محكمة النقض الفرنسية في 04 جويلية 1972 يرفض الطعن المقدم من HECHT على حكم محكمة الاستئناف بباريس على أساس مبدأ إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، بعد أن صدر حكم محكمة الإستئناف بباريس لصالح الشركة الهولندية بتأييدها لحكم المحكمة التي أكدت على دفع الشركة الهولندية بعدم إختصاص المحكمة إستنادا إلى شرط التحكيم المدرج في العقد لصالح غرفة التجارة الدولية بباريس، دون أن تقضي لصالح HECHT الذي دفع ببطلان شرط التحكيم على أساس أن العقد يخضع للقانون الفرنسي، وورود هذا الشرط في عقد مختلط الذي يعتبر أن شرط التحكيم الذي يرد في عقد مختلط يعتبر شرطا باطلا وفق للقانون الفرنسي⁽³⁾.

إن إستقلالية العقد الأصلي عن إتفاق التحكيم بهذا المفهوم أضحي يعتبر توجه تقليدي في ظل بروز توجه حديث بشأن إستقلالية إتفاق التحكيم عن عقد التجارة الدولي، ويشير هذا المدلول الحديث أن الاعتراف بإستقلال إتفاق التحكيم يؤدي بالضرورة إلى تجاوز تطبيق القوانين الوطنية داخل الدول لإقرار إستقلال إتفاق التحكيم وتقدير مدى صحته، وذلك بإعتباره قاعدة موضوعية من قواعد التحكيم الدولي، ويضفي هذا المفهوم الحديث لإستقلالية التحكيم ضمان فعالية إتفاق التحكيم والحفاظ على مصالح التجارة الدولية في تجنب تطبيق القوانين الداخلية للدول بالخصوص ما تعلق بتطبيق قواعد تنازع القوانين على إتفاق التحكيم، وأيضا للحلول التي تعطيها للمسائل المتعلقة بإتفاق التحكيم، ورغم هذه الأهمية التي يحتلها المفهوم الحديث إلا أنها لم تحظ بإعتراف تشريعي واسع مقارنة بالمفهوم التقليدي المشار له سابقا، غير أن الفقه وبعض التطبيقات القضائية تبنت هذا النوع من الإستقلالية⁽⁴⁾، ويتنبأ الفقه بأن هذا التوجه سيعرف إنتشار واسع وتكريس تشريعي له نظير الأهمية التي يحتلها المبدأ⁽¹⁾.

يشكل خرقا للنظام العام الفرنسي لعدم مشروعية السبب، لثار مسألة أخرى تتعلق بمسألة مدى بطلان شرط التحكيم على أساس مبدأ الإستقلالية وهذا ما عاجته محكمة النقض الفرنسية بإصدارها للقرار الذي سبق ذكره في المتن. أنظر أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 58.
(1) صلاح مهدي سمين الهاشمي، المرجع السابق، ص 164.

(2) Cass. Civ. 04 juillet 1972. Cluent 1972, 824 note oppetite.

(3) أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 60.

(4) هناك العديد من القرارات القضائية والتحكيمية التي تبنت هذا التوجه الحديث وإعتبار قاعدة الإستقلالية من قبيل القواعد الموضوعية التي تؤدي لعدم إعمال القوانين الوطنية داخل الدول، وأبرز هذه الأحكام والقرارات، ما صدر عن محكمة النقض الفرنسية في القضية المعروفة بـ Dalico قرار قضائي بتاريخ 1993/12/20، وجاء في القرار: "بمقتضى قاعدة موضوعية في القانون الدولي للتحكيم، فإن شرط التحكيم يكون مستقلا قانونا عن العقد الأصلي الذي يتضمنه صراحة أو بالإحالة ووجوده وفاعليته يقدران، بشرط إحترام القواعد الأمرة في القانون الفرنسي والنظام العام الدولي، بالإستناد إلى الإرادة المشتركة للأطراف، ودون حاجة للرجوع إلى قانون أي دولة".

لذلك يعد إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من القواعد الموضوعية التي تضفي ضماناً هامة في التحكيم من خلال الحصانة التي يتمتع بها إتجاه العقد الأصلي الذي ورد فيه من خلال عدم تأثره بأي عارض أو أي مانع أو سبب يؤدي لبطلان العقد الأصلي أو إنقضائه أو فسخه أو دون الإحالة إلى القانون المختص الذي يحكم العقد، وما قد يتضمنه هذا القانون من قواعد آمرة.

رابعاً: القوة الملزمة لإتفاق التحكيم من حيث الموضوع تفسير إتفاقية التحكيم

تحدد القوة الملزمة للعقد بتحديد مضمونه، وذلك بتفسيره لتحديد نطاق العقد وتنفيذه، أما فيما يتعلق بالتحكيم فهو كأبي عقد، بانعقاده الصحيح يلتزم أطرافه بتنفيذه، ويترب على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين كما ترتب القوة الملزمة لإتفاق التحكيم إختصاص المحكم بتفسير عبارة إتفاق التحكيم وإزالة كل غموض قد يكتنف تكوينه أو شك في الكشف عن إرادة المتعاقدين المشتركة دون الحاجة لتفسير العبارة الواضحة، سواء بالرجوع إلى نية المتعاقدين أو إلى العرف الجاري... وذلك قبل المرحلة التي تلي تنفيذه، من هنا نميز بين ثلاث حالات: إما أن يكون عبارات إتفاق التحكيم واضحة، وقد يكون عبارة هذا الإتفاق غامضة، والحالة الأخيرة حالة الشك في معنى العبارة الغامضة.

الحالة الأولى: إن وضوح عبارة إتفاق التحكيم في دلالتها على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين فلا حاجة إلى التفسير، ولا مجالاً لتدخل هيئة التحكيم أو القضاء في التدخل لتوضيح العبارة وإنما بالأخذ بما تقول عبارة العقد، وإلا عد ذلك خرقاً لقاعدة القوة الملزمة لإتفاق التحكيم الذي يمنع الغير من التدخل والمساس بإرادة المتعاقدين⁽²⁾. ونص المشرع الجزائري في القانون المدني في المادة 111 (1) على أنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين".

الحالة الثانية: حالة غموض العبارة وعدم وضوحها، فإن للقاضي التدخل وإزالة الغموض باهتدائه للإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الإرادة الفردية، فلا يتقيد بالبحث في المعنى الحرفي للألفاظ⁽¹⁾، وإنما بعوامل أخرى نصّت

وأيضاً في قرار آخر قضت به في العام 1991: "مبدأ إستقلال شرط التحكيم في مجال التحكيم الدولي، يستخلص من أنه يجب تقدير شروط تكوين هذا الشرط، وبصرف النظر عن شروط العقد الأصلي، بالرجوع فقط إلى عادات التجارة الدولية"، وفي قرار صادر عن عام 1986 نص فيه: "القانون الأكثر ملاءمة لحكم وجود إتفاق التحكيم ليس هو نظام قانوني وطني محدد ولكن المبادئ العامة للقانون والعادات المقبولة في التجارة الدولية".

أما بالنسبة لقضاء التحكيم فهو كذلك تبنى هذا التوجه مثل الحكم التحكيمي الصادر في القضية التحكيمية الصادرة في سويسرا عام 1990 بالنص على أنه: "إستقلال شرط التحكيم، المعترف به على نطاق واسع اليوم، يبرر هذه الإحالة على قواعد غير وطنية تستخلص فقط من عادات التجارة الدولية. أورد هذه القرارات: يوسف محمد محمود شندي، الإتجاهات القانونية الحديثة بشأن إستقلال إتفاق التحكيم في مسائل التجارة الدولية: دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، المجلد 41 العدد 01، جامعة الكويت، 2017، ص ص 239-241.

(1) يوسف محمد محمود شندي، المرجع السابق، ص ص 254-255.

(2) عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 364.

عليها المادة 111 (2) جاء فيها: "أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهزاء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ووفقا للعرف الجاري في المعاملات".

فتفسير إتفاق التحكيم يساعد على التحقق من إرادة الأطراف الصريحة في اللجوء إلى التحكيم، والتحقق من إرادة الخصوم في المنازعات الخاضعة للتحكيم، فيمكن تفسير إرادة الأطراف بشأن اللجوء إلى التحكيم الجزئي فقط أو أن يكون التحكيم كلياً، كذلك الفصل في التحكيم أن يكون حراً أم عن طريق اللجوء إلى التحكيم المؤسسي، كما قد يكون التفسير حول وجود شرط التحكيم من عدمه والتنازل الصريح من اللجوء إلى القضاء الرسمي، وأيضاً في ما يشمله إتفاق التحكيم للنزاعات محل التحكيم سواء كانت ذات طابع قانوني، أم ذات طابع فني، أو ذات طابع إقتصادي، أو أن يتعلق التفسير بالإجراءات وقواعد القانون التي وقع الأطراف على إختيارها، ومن هذا كله يفرض على القضاء الحيطه والحذر في التفسير لخطورته لما يترتب عنه من منع الأطراف من اللجوء إلى القضاء الرسمي وجعل الإختصاص الحصري لقضاء التحكيم⁽²⁾.

الحالة الثالثة: حالة وجود شك في عبارة الإتفاق الغامضة، هنا تكون عبارة الإتفاق تحتمل أكثر من معنى، فلا يهتدي القاضي لمعنى واضح ومحدد لغموض عبارة الإتفاق التي تحتمل أكثر من معنى، والقاعدة العامة هنا أن يفسر الشك لمصلحة المدين، ويستثنى من هذه القاعدة حال وردت العبارة الغامضة في عقد الإذعان فيفسر الشك في هذه الحالة في مصلحة الطرف المدعى سواء كان دائناً أو مديناً، ونص عن ذلك القانون المدني الجزائري في المادة 112 منه.

ومثال ذلك أن يثار الشك حول ما إذا كان مقصود بعبارة التحكيم في الإتفاق، تفيد اللجوء إلى التحكيم الإجباري أو أن يكون التحكيم إختيارياً، فهنا إذا فرضنا أن المدين يجد مصلحة في التحكيم الإختياري، فالقاضي يفصل باللجوء إلى التحكيم الإختياري.

وفي حالة ما توفر صفة الإذعان في إتفاق التحكيم، ففي هذه الحالة يفسر الشك في مصلحة الطرف المدعى حماية له باعتباره الطرف الضعيف في علاقة الإذعان.

(1) أنور سلطان، المرجع السابق، ص 223.

(2) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص 167.

وتشمل عملية التفسير جميع مراحل التحكيم سواء تعلق الأمر باتفاق التحكيم، أو بإجراءات التحكيم، أو بصدر الحكم التحكيمي الذي قد يحتاج هو كذلك إلى تفسير حالة ما إذا إكتنفه غموض أو شك⁽¹⁾.

وبانتهاء القاضي من عملية التفسير تبدأ مباشرة عملية أخرى متصلة بعملية التفسير، وذلك بتعيين طبيعة العملية القانونية المعقودة وهذا ما يطلق عليه بعملية التكييف، فبعد الكشف عن إرادة الأطراف المشتركة يقوم بتحديد الوصف القانوني للعقد، والوصف هنا ليس بالوصف الظاهر لأنه قد لا يعبر حقيقة عن إرادة المتعاقدين لما قد يقع عليه المتعاقدين من خطأ في إختيار العبارة، وإنما بالوصف الحقيقي⁽²⁾.

لذلك بعد إستخلاص القاضي لإرادة الأطراف من إتفاق التحكيم، فيستلزم على القاضي تكييفه بإعطائه الوصف القانوني الصحيح، سواء بتحديد نوع التحكيم كوسيلة لتسوية النزاع الذي يكون بديلا عن القضاء الرسمي، أو معرفة إتجاه الإرادة لنوع النزاع أو المنازعات التي تكون محل للتحكيم، أو تكييف القاضي للإتفاق على أنه إتفاق تحكيم وبالتالي يترتب الآثار المحدد بناء على ذلك⁽³⁾.

إذا كان هذا ما تقتضيه القواعد العامة والتشريعات المتعلقة بالتحكيم، فقد نصّت الإتفاقيات الدولية ولوائح مراكز التحكيم على هذه المسألة، فنص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الأونسيترال على جواز تفسير حكم التحكيم فنص في المادة 33 ب من القانون على أنه: "يجوز لأحد الطرفين، بشرط إخطار الطرف الآخر، أن يطلب من هيئة التحكيم تفسير نقطة معينة في قرار التحكيم أو جزء معين منه، إن كان الطرفان قد إتفقا على ذلك".

كما عاجلت إتفاقية واشنطن لعام 1965 مسألة تفسير حكم التحكيم فنص صراحة عن ذلك في المادة 50 (1) بنصها على أنه: "إذا ثار أي نزاع بين الأطراف حول معنى أو مدة حكم التحكيم فلكل طرف أن يطلب تفسير حكم التحكيم عن طريق طلب كتابي يوجهه إلى السكرتير العام".

الفرع الثاني: الأثر المانع لإتفاق التحكيم

مثلما يترتب إتفاق التحكيم آثار موضوعية وإجرائية في جانبه الإيجابي، فإنه يترتب كذلك آثار في جانبه السلبي تتمثل في عدم إختصاص قضاء الدولة من النظر في النزاع، وعدم جواز الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة، وعدم قبول دفع الدولة وهيئاتها بعدم أهليتها للتحكيم.

(1) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص165.

(2) أنور سلطان، المرجع السابق، ص222.

(3) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص165.

أولاً-عدم إختصاص قضاء الدولة من النظر في النزاع: مناقشة مسألة الدفع بوجود إتفاقية التحكيم⁽¹⁾:

يرتب إبرام إتفاقية تحكيم صحيحة أثر هام وهو سحب الإختصاص من القضاء الرسمي بالنظر في المنازعات التي تم اللجوء بشأن تسويتها إلى التحكيم سواء كان عبر إتفاق التحكيم أو شرط التحكيم المدرج في العقد، أو كان في الوثيقة الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها، أو كانت هذه الإتفاقية مبرمة بعد نشوء النزاع ويكون هذا الإتفاق مستقلاً عن العقد الذي ثار بشأنه النزاع، وفي مقابل هذا الحرمان من تدخل القضاء في النظر في النزاع التحكيمي فإنه يخول الإختصاص لهيئة التحكيم للنظر والفصل في النزاع.

ونص على هذا الحكم المادة 1045 ق إ م و¹: "كون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود إتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف". ويثور مسألة الدفع بإتفاق التحكيم إذا أخل أحد الأطراف بإلتزامه الناشئ عن إبرام إتفاق التحكيم، فيتم الدفع بإتفاق التحكيم أمام القضاء للمطالبة بوجود إتفاق تحكيم صحيح بين أطرافه وطرح النزاع على التحكيم، واعترفت بهذا الدفع أغلب التشريعات فتبنت إتفاقية نيويورك لعام 1958 في المادة 2 (3) حيث نصّت: "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل إتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الإتفاق باطل ولا أثر له أو غير قابل للتطبيق"، ونصّت على هذا الموقف التشريع المصري في قانون التحكيم الجديد في المادة 13 (1)، وعليه يتمسك المدعى عليه بإتفاق التحكيم قبل الدخول في موضوع وأساس الدعوى، وعدم إثارة المدعى عليه لهذا الدفع يعتبر تنازلاً منه عن التمسك باللجوء إلى التحكيم وقبوله بالالتجاء إلى القضاء الرسمي، ولا يتعلق هذا الدفع بالنظام العام، لذلك لا يثيره القضاء من تلقاء نفسه بل يتوجب أن يتمسك بهذا الدفع أحد الأطراف النزاع.

إن سلب الإختصاص من قضاء الدولة ليس مطلقاً أو بصفة نهائية، فيبقى له نطاق أو جانب يتدخل فيه القاضي في العملية التحكيمية وذلك إضفاء للمرونة ولفعالية أكبر للتحكيم، حتى وإن كان هذا التدخل يشكل تقييداً وتجاوزاً لمبدأ سلطان الإرادة، لكن في الأصل أن أي نزاع أبرم فيه إتفاقية التحكيم فيلتزم القضاء بعدم إختصاصه، ولكن تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة لم يجعل هذا الإلتزام من النظام العام بل يجب أن يتمسك أحد

(1) حسان كليبي، دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة محمد بوقرة بومرداس، 2012، ص 31.

الأطراف بإتفاق التحكيم، وإلا إذا لجأ أحد الأطراف إلى القضاء وكان الطرف الآخر عالماً بذلك ولم يبدي أي معارضة فيعتبر ذلك قبولاً ضمناً باللجوء إلى القضاء للفصل في النزاع.

وفي هذا جاء قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعراق "أن قرار المحكمة الإستئنافية ببغداد غير صحيح ومخالف للقانون ذلك لأن شرط التحكيم لا يثبت إلا بالكتابة ويجوز الإتفاق عليه أثناء المرافعة، ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون الإعتداد بشرط التحكيم ولم يحصل الإعتراض من الطرف الآخر في الجلسة الأولى جاز نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغياً استناداً لحكم المادة 203 فقرة الثانية من قانون المرافعات المدنية، وحيث أن المدعي أقام الدعوى أمام المحكمة ولم يعتد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر المدعي عليه في الجلسة الأولى من جلسات المرافعة فيها، لذا يعتبر شرط التحكيم لاغياً وإعادة رفع الدعوى دون الإعتداد بشرط التحكيم"⁽¹⁾.

وذهبت محكمة النقض المصرية بخصوص إمتناع قضاء الدولة من النظر في نزاع يوجد بشأنه إتفاق التحكيم، أن النص في الفقرة الأولى من المادة 13 من القانون رقم 27 لسنة 1994 بإصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية على أنه: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه إتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى"، يدل على أن المشرع قد أبان بصريح العبارة بأنه إذ دفع المدعي عليه أمام المحكمة في نزاع رفع إليها ويوجد بشأنه إتفاق على التحكيم بانعقاد الإختصاص لجهة التحكيم يجب على المحكمة أن تجيبه إلى دفعه وتحكم بعدم قبول الدعوى شريطة أن يكون قد أبدى هذا الدفع قبل إبدائه لأي طلب أو دفاع في الدعوى لأن في إبدائه لأي طلب أو دفاع في الدعوى قبل دفعه بانعقاد الإختصاص لجهة التحكيم يدل على قبوله ضمناً التجاء خصمه لجهة القضاء العادي صاحب الإختصاص الأصلي وتنازله ضمناً عن شرط الإتفاق على التحكيم"⁽²⁾.

ثانياً-عدم جواز الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة:

إن القوة الملزمة للتحكيم المترتب عن القيام الصحيح والنشأة الصحيحة لإتفاق التحكيم أحد أهم المبادئ المكرسة لنتائج عدة، ومن أهم هذه النتائج منع التعديل أو نقض القبول واللجوء إلى التحكيم إلا بإتفاق الطرفين، لذلك يمنع أي تصرف إنفرادي من أحد الأطراف، ويظهر أهمية هذا الأثر في منع وتقييد إرادة الأطراف في تعديل

⁽¹⁾ رقم القرار: 637، تاريخ صدور القرار: 2007/07/30. أنظر عدنان زيدان العنكي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية القسم المدني، بغداد، 2013، ص105.

⁽²⁾ الحكم الصادر بجلسة 2021/12/07، الطعن رقم 15419 لسنة 90 قضائية.

أو نقض الاتفاق بإرادة منفردة في ما هو متعلق في علاقة الاستثمار الأجنبي بين الدولة والمستثمر الاجنبي، أين غالبا ما تنقض الدولة إتفاق التحكيم وتمسكها بسيادتها وعدم أهليتها للجوء إلى التحكيم وإثارة هذا النوع من الحجج من شأنه المساس بالأمن القانوني للتحكيم، لذلك غالبا ما تؤكد التشريعات واللوائح والإجتهادات القضائية سواء فيما هو صادر عن التحكيم أو القضاء الرسمي، على ضرورة الحفاظ على القوة الملزمة للتحكيم وعدم الانفراد باتخاذ أي تصرف أو إجراء من شأنه المساس بالعملية التحكيمية، ونص بهذا الخصوص إتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير في المادة 25 على أنه: "إذا إتفق طرفي النزاع كتابة على إحالة أي خلافات قانونية تنشأ مباشرة عن إستثمار بين دولة متعاقدة وبين مواطن من دولة أخرى متعاقدة، إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بطريق التحكيم أو بأي طريق آخر، فإنه لا يحق لأي من الطرفين أن يسحب هذه الموافقة دون قبول من الطرف الآخر، وعلى ذلك فإن إتفاق التحكيم الذي أبرم صحيحا يلزم طرفيه ولا يجوز لهما الانسحاب منه إنفراديا إلا بإتفاقهما معا وإنهاء إجراءات التحكيم قبل صدور الحكم".

فالقوة الملزمة للتحكيم تجعل إجراءات التحكيم سارية لغاية إنائها بإحدى هاته الطرق⁽¹⁾:

أ- بصدور حكم حاسم للنزاع المنهي للخصومة التحكيمية.

ب- أو بإتفاق جميع الأطراف على إنهاء الإجراءات قبل صدور حكم التحكيم إستنادا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

كذلك من النتائج المترتبة عن هذا المبدأ هو عدم جواز تعذر الدولة أو أحد هيئاتها العامة بالرجوع عن التحكيم بالإرادة المنفردة تأسيسا على تمتعها بالحصانة وعدم أهليتها في اللجوء إلى التحكيم⁽²⁾، ولأهمية هذا النتيجة وللأحكام الخاصة المتعلقة بالدولة أو أحد هيئاتها العامة خصصنا لها جزءا مستقلا نستعرضه فيما هو قادم في الرسالة.

ثالثا- عدم تأثر التحكيم بالإجراءات المعرقلة من جانب واحد:

إذا كان من النتائج المترتبة على القوة الملزمة للتحكيم عدم جواز نقض وتعديل إتفاق التحكيم إلا بإتفاق الطرفين وإبطال أي تصرف بإرادة منفردة، فإن مبدأ القوة الملزمة يترتب أثر آخر لا يقل أهمية عن الأثر السابق وهو عدم تأثر التحكيم بأي إجراء من شأنه تعطيل وعرقلة العملية التحكيمية من الوصول إلى الهدف المنشود وهو صدور الحكم التحكيمي الفاصل للنزاع والذي على إثره تتحقق التسوية، كامتناع أحد الأطراف عن تعيين

(1) خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 192.

(2) خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 192.

المحكمين أو القانون المطبق على النزاع أو الامتناع عن السير في إجراءات التحكيم أو الغياب عن حضور الجلسات أو تقديم الأدلة والإثباتات والمستندات المهمة التي تساعد على الفصل في النزاع، وتصدت التشريعات الوطنية والدولية ومختلف اللوائح لهذه المسألة نظرا لخطورة مثل هذه التصرفات السلبية المؤثرة على التحكيم وفعاليته كقضاء خاص لتسوية المنازعات المتعلقة بالتجارة والاستثمار كسرعة الحسم في النزاع وتعزيز الثقة في التحكيم ومحاربة كل أشكال التعسف والغش الذي يطل التحكيم كذلك، والإجراءات الواردة بهذا الشأن كثيرة ومتعددة واردة في أحكام قانونية مختلفة كرسستها العديد من التشريعات والإتفاقيات الدولية كعدم تأثر التحكيم بالإجراءات والتصرفات المعرقة والمعلقة والتي تكون من جانب واحد، واستمرار التحكيم سواء ما تعلق بالإجراءات أو التنفيذ أو صدور الحكم دون الاعتداد بغياب أحد الأطراف⁽¹⁾.

لذلك سعت أغلب التشريعات والإتفاقيات الدولية ولوائح مراكز وهيئات التحكيم إلى إقرار جملة من الإجراءات التي تعتبر بمثابة حلول لمنع كل تعسف أو ممانعة أو مماطلة من أحد الأطراف قد تؤدي إلى تعطيل العملية التحكيمية وإستصدار حكم التحكيم الفاصل في النزاع، فتم تعويض الأطراف الممتنعة عن تعيين هيئة التحكيم بإعطاء الصلاحية في ذلك لهيئة قضائية أو إدارية لتقوم بتعيين هيئة التحكيم.

فنصت إتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام 1965 في المادة 38 منه بأنه: "إذا لم يتم تكوين المحكمة خلال 90 يوما من تاريخ الإخطار بتسجيل الدعوى المرسل من السكرتير العام طبقا للفقرة الثالثة من المادة 36 أو في مهلة أخرى يوافق عليها الطرفان، يقوم الرئيس تلبية لرغبة أي من الطرفين وبعد التشاور معهما بقدر الإمكان بتعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يعينوا بعد ولا يجوز للمحكمين المعينين من قبل الرئيس طبقا لنص هذه المادة أن يكونوا من بين رعايا الدول المتعاقدة التي تشكل طرفا في النزاع أو أن يكونوا من رعايا الدول المتعاقدة التي يكون أحد رعاياها طرفا في النزاع".

ونصت إتفاقية واشنطن 1965 على عدم تأثر التحكيم بغياب أحد الأطراف بنص المادة 45 من إتفاقية واشنطن لعام 1965 بأنه: "1- لا يعتبر فشل طرف في الحضور أو عرض قضيته بمثابة قبول لتأكيدات الطرف الآخر. 2- إذا فشل أحد الأطراف في الظهور أو في عرض قضيته في أي مرحلة من مراحل الإجراءات، يجوز للطرف الآخر أن يطلب من المحكمة التعامل مع الأسئلة المقدمة إليها وإتخاذ قرار بشأنها. ويجب على المحكمة قبل

(1) حنين أمين رمزي مقبول، دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية، رسالة مقدمة لنيل درجة ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة جامعة بيرزيت فلسطين، 2014/2015، ص75.

إتخاذ قرار بشأنها، أن تخطر الطرف المتخلف مع منحه مهلة قضائية، ما لم تقتنع المحكمة بأن هذا الطرف لا ينوي القيام بذلك".

وأيضاً نص نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس بتأكيد على نفس المبدأ في المادة 6 (3) التي نصّت بأنه: "إذا رفض أحد الأطراف المشاركة في التحكيم أو إمتنع عن ذلك أو بأي مرحلة من مراحلها فإن التحكيم يعقد بالرغم من هذا الرفض أو هذا الإمتناع".

نفس الشيء بالنسبة للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الأونسيترال في المادة 25 (ج) على أنه: "إن تخلف أحد الطرفين عن حضور جلسة أو عن تقديم أدلة مستندية يجوز لهيئة التحكيم مواصلة الإجراءات وإصدار قرار تحكيم بناء على الأدلة المتوفرة لديها".

الملاحظ من النصوص السابقة يرى المرونة المطبقة في تجاوز الإجراءات التعطيلية من أحد الأطراف، حتى وكأن التحكيم لا يتأثر بغياب أحد الأطراف، سواء في حالة عدم تعيين هيئة التحكيم، أو عدم حضور إجراءات التحكيم، فعمدت التشريعات والاتفاقيات الدولية ولوائح مراكز التحكيم إلى إقرار إستمرارية التحكيم حتى بغياب أحد الأطراف بهدف تجنب تعطيل عملية التحكيم وتحقيقاً لسرعة الفصل في النزاع⁽¹⁾.

لذلك يبرز فعالية التحكيم كضمانة وقضاء خاص لتسوية المنازعات من خلال منع أي تأثير للتحكيم من أي إجراءات تعطيلية بصفة إنفرادية وذلك إما بتقديم حلول يتم من خلالها تعيين هيئة التحكيم، وإقرار مبدأ هام بعدم تأثر التحكيم من غياب أحد الأطراف المحتكمة.

رابعاً-عدم قبول دفع الدولة وهيئتها بعدم أهليتها للتحكيم:

إن حاجة الدول للاستثمارات الأجنبية وإبرام مختلف العقود كعقود التوريد والإنشاءات وعقود التكنولوجيا وغيره من العقود المهمة للدول تجعلها أمام حتمية إقرار ضمانات تشجيعية للاستثمار الأجنبي، هذا الأمر أدى بهذه الدول إلى الإنفتاح على التحكيم كقضاء لتسوية نزاعات الناشئة عن التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي، والنص صراحة عليه في قوانينها، في مقابل ذلك نجد المستثمرين الأجانب يسعون إلى إدراج بنود تتعلق باللجوء إلى تسوية المنازعات الماثرة في علاقتها الاقتصادية إلى التحكيم، من أجل ذلك فإتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم يكسب هذا الإتفاق قوة ملزمة وحصانة من أي إنفراد بنقضه أو تعديله أو المساس به من الغير، رغم التكريس الصريح لمبدأ القوة الملزمة لإتفاق التحكيم وترتب الآثار الناتجة بمجرد الإتفاق والتكوين الصحيح، إلا أنه

(1) خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 196.

يثير إشكالات متعلقة بتمتع الدولة باعتبارها من أشخاص القانون العام وهيئاتها العامة بالسيادة وإمتهيازات السلطة العامة، والحصانة القضائية، إذا كان هذا ما يقتضيه الأصل إلا أنه إضفاء للفعالية في تسوية المنازعات المرتبطة بالتجارة الدولية والاستثمار الأجنبي، تم الإقرار والنص على عدم جواز رفض الدولة وهيئاتها تنفيذ التزاماتها في إتفاقية التحكيم.

فإبرام الدولة أو أحد هيئاتها لإتفاق التحكيم يترتب التزامات من جانبها، فالقوة الملزمة التي تنشئها إتفاقية التحكيم تمنع على الدولة نقض أو تعديل تحت دافع تمتعها بالحصانة والسيادة وبصفة عامة يمنع عليها الدفع بعدم أهليتها والتمسك في مواجهتها بالتحكيم، فقد تلجأ الدولة التمسك بقانونها الوطني أو لكون موضوع النزاع مخالف للنظام العام الوطني أو لقواعدها القانونية الآمرة.

ولفعالية هذا المبدأ وضماناته في حماية الاستثمار من خلال التسوية الفعالة للتحكيم كقضاء مميز وفعال، هذا ما أدى بتشريعات الدول ومختلف الإتفاقيات الدولية إلى تكريس مبدأ عدم قبول دفع الدولة وهيئاتها بعدم أهليتها للتحكيم والتوصل من إلتزاماتها في ذلك، وبداية بالتشريع الجزائري الذي نص صراحة على لجوء الدولة إلى التحكيم في المنازعات المرتبطة بالاستثمار بعد نصه على الأصل باختصاص القضاء الوطني بتسوية الخلاف القائم بين المستثمر الأجنبي والدولة، فنص في المادة 12 من قانون الإستثمار الجزائري 22-18 على أنه: "، يخضع كل ١ خلاف ناجم عن تطبيق أحكام هذا القانون بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة، ما لم توجد إتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف صادقت عليها الدولة الجزائرية تتعلق أحكامها بالمصالحة والوساطة والتحكيم، أو إبرام اتفاق بين الوكالة المذكورة في المادة 18 أدناه، التي تتصرف باسم الدولة والمستثمر، تسمح للأطراف باللجوء إلى التحكيم." (1).

وتم تكريس المبدأ كذلك في عديد الإتفاقيات الدولية، وأهمها إتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار لعام 1965، نصّت في المادة 25 (1) من الإتفاقية بأنه: "يمتد إختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن الاستثمار، بين دول متعاقدة أو أي تقسيم فرعي أو وكالة تابعة لدولة متعاقدة تسميها تلك الدولة للمركز ومواطن دولة متعاقدة أخرى، التي يوافق عليها أطراف النزاع كتابيا لتقديمها للمركز، عندما أعطت الأطراف موافقتها، لا يجوز لأي طرف سحب موافقته من جانب واحد".

(1) القانون رقم 22-13 المعدل والمتممق لـ م، مؤرخ في 24 يوليو 2022، متعلق بالإستثمار، ج.ر عدد 50، الصادرة بتاريخ 28 يوليو 2022.

المطلب الثاني

نسبية أثر إلتفاق التحكيم

إن القاعدة العامة في جميع أنواع العقود أن الآثار المترتبة عن العقد وما تنتجه من حقوق والتزامات لا تنصرف إلّا لأطراف العقد، التي قد تكون أطراف مباشرة والذي يطلق عليهم بالعاقدين الأصليين، وقد تكون أطراف غير مباشرة التي إضافة للأطراف المباشرة تشمل الخلف العام والخلف الخاص⁽¹⁾، ويطلق على نسبة العقد مصطلح آخر يعرف به في القانون الإنجليزي وهو مبدأ خصوصية العقد.

هذا فيما يخص العقد بصفة عامة أما ما يخص التحكيم، فإن النشأة الصحيحة له برضاء الأطراف عليه وقبولهم به كوسيلة لحل المنازعات الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة عقدية أو غير عقدية، فإن هذا يستتبعه مبدأ هام وهو نسبة أثر هذا الإلتفاق، هذا الأثر الذي يقتصر على أطرافه سواء فيما يترتب من حقوق وما يولده من إلتزامات، فلا يقوم الإحتجاج إلا في مواجهة الطرف⁽²⁾ الذي ارتضاه وقبل خصومته⁽³⁾.

ويرجع قاعدة نسبة التحكيم إلى القوة الملزمة التي تخلص لإلتفاق التحكيم بمجرد نشوئه صحيحاً، والذي يتوجب على أطرافه تنفيذ ما التزما به، فنقول أن العاقدين وحدهما من يلتزما بهذا الإلتفاق وما أنتجه من آثار وهذا ما يطلق عليه بنسبية آثار الإلتفاق من حيث الأشخاص، ويلتزمان كذلك بما يتضمنه هذا الإلتفاق من التزامات دون غيرها، وهذا ما يسمى بنسبية آثار الإلتفاق التحكيمي من حيث الموضوع⁽⁴⁾، وهذا ما يعتبر إمتداد للطبيعة

(1) طاهر محمد خليفة، "إلتفاق التحكيم" ماهيته ونسبيته وامتداده للغير، مداخلة أُلقيت في مؤتمر القضاء والتحكيم بجامعة الامام بن سعود، 2015، ص13، منشورة على <https://www.researchgate.net/>، تم الاسترداد يوم 2021/10/30.

(2) يعتد في تحديد مفهوم الطرف إلى الطبيعة الإرادية للعقد أو التحكيم باعتباره عقد كسائر العقود يحكمه مبدأ سلطان الإرادة، وتنازع في تحديد الطرف في العقد إلتجاهين، الإلتجاه التقليدي الذي يأخذ بالاتجاه الضيق لفكرة الطرف ويقصره على كل من إلتجّهت إرادته إلى إبرام العقد، ويدخل في هذه الصفة العاقدان الأصليين والخلف العام أما الخلف الخاص والدائنين العاديين فأدرجهما التوجه التقليدي ضمن طائفة الغير الوهمي هذه الطائفة التي تعتبر لا من أطراف العقد زلاً من الغير الحقيقي، أما التوجه الحديث الذي أخذ به الفقه الحديث الذي إعتبر الغير الوهمي طرف في العقد فيعده كل من الدائنين العاديين والخلف الخاص طرفاً في العقد، وحدد الطرف بناء على المفهوم الواسع لفكرة الطرف فتم الأخذ بمعيار مدى سلطة المتعاقد في العقد، أين لا ينصرف أثر العقد إلى من أبرم أو ساهم في إبرام العقد فقط، بل يمتد إلى كل من نفذ أو ساهم في تنفيذه. أنظر سحر محمد أحمد درة، التحكيم بالنسبة للغير، مجلة بحوث الشرق الأوسط، المجلد 7، العدد التاسع والأربعون، أبريل 2019، ص285. وأيضاً محمد نور شحاتة، دراسة لمبدأ نسبة أثر التحكيم بالنسبة للغير، مقال منشور على المنتدى القانوني للمحامى عصام الباهلي، اليمن، تاريخ نشر المقال: 2011/11/03، على الرابط: <http://esam.yooh.com>.

(3) علي سيد قاسم، شرط التحكيم ومجموعة الشركات، بحوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، المؤتمر

العلمي السنوي السادس عشر، جامعة الإمارات العربية المتحدة-كلية القانون، المجلد 1، 2008، صص 79-80.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، المجلد 1، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2000، ص595.

العقدية للتحكيم، أما لو أخذنا بالاعتبار الطبيعة القضائية للتحكيم التي تنتج عن إتفاق التحكيم فإن الحكم الفاصل في النزاع لا يمكن أن يحتج به إلا على أطراف الخصومة⁽¹⁾.

طبقاً للقاعدة العامة "نسبية أثر العقد"، لا ينصرف أثر إتفاق التحكيم إلا للعاقدين، وكذلك إلى الخلف العام والخلف الخاص بشروط وأحكام معينة الفرع الأول، ويتأثر الدائنون بالعقد بطريق غير مباشر الفرع الثاني.

الفرع الأول: انصراف أثر إتفاق التحكيم إلى العاقدين والخلف

إذا كان العقد هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر متعلق بإنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه⁽²⁾، فالأصل أن تنصرف هذه الحقوق والالتزامات التي تنشئها إرادة المتعاقدين إليهما فقط دون غيرهما، لذلك فالآثار التي ينشئها العقد تكون قاصرة على أطرافه.

ويقصد بالمتعاقدين كل شخص اشترك في إبرام العقد وصدر عنه أحد التعبيرين اللذين تحقق بالتقائهما التراضي، تثبت صفة المتعاقد لمن يشترك في إبرام العقد عن طريق الإيجاب والقبول للعناصر الأساسية⁽³⁾.

ولا يقتصر إنصراف أثر إتفاق التحكيم إلى أطرافه فقط، بل يمكن أن يتعداه إلى خلفائه، والخلف قد يكون خلفاً عاماً، أو خلفاً خاصاً.

ويقصد بالخلف العام هو من يخلف السلف في ذمته المالية، وهذا هو الوارث لكل التركة أو في جزء منها باعتبارها مجموعة مالية، أو أن يكون الموصى له بحصة منها، ولا تلحق بالشخص صفة الخلف إلا في حالة وفاة السلف.

أما الخلف الخاص هو الشخص الذي يخلف سلفه في حق عيني على شيء معين أو في ملكية شيء معين، كالمشتري والموهوب له والموصى له... إلخ⁽⁴⁾.

أولاً-إنصراف أثر العقد بالنسبة للخلف العام:

إن انتقال الحق من شخص إلى آخر يؤدي إلى ما يعرف بالخلافة⁽⁵⁾، فالشخص المنتقل منه الحق يسمى سلفاً والشخص المنتقل إليه الحق يسمى خلفاً، ويطلق على الخلف خلفاً عاماً لخلافة الشخص في ذمته المالية من

(1) محمد المهدي الشامس، إشكاليات في عقود الانشاءات الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2020، ص165.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد 1، المرجع السابق، ص150.

(3) أنظر محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص232.

(4) أنظر في تعريف الخلف العام والخلف الخاص: أنور سلطان، المرجع السابق، ص194.

(5) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص233.

حقوق والتزامات، أو في جزء منها باعتبارها مجموعاً من المال، كالوارث الذي يعتبر خلفاً عاماً للمورث في مجموع ما له من حقوق في التركة والموصى له بجزء من التركة في مجموعها⁽¹⁾.

وينصرف أثر العقد إلى الخلف العام للمتعاقد، بنفس القدر الذي كان سارياً من قبل في مواجهة المتعاقد الأصلي الذي يعتبر سلفاً للخلف العام، ومنه فالخلف العام يأخذ حكم الطرف المتعاقد بالنسبة للتصرف المبرم من قبل السلف.

بمعنى إذا توفي أحد المتعاقدين بعد إبرامه للعقد انتقلت الحقوق الناشئة بمقتضى هذا العقد إلى ورثته وإلى من يكون قد أوصى له بحصة من التركة، بالإضافة للالتزامات التي نشأت على عاتق المتعاقد، وعلى إثر ذلك يحق للخلف المطالبة بالحقوق، كما يمكن مطالبتهم بالالتزامات⁽²⁾.

إذا كان هذا ما هو مقرر أصلاً، فإنه ترد على هذه القاعدة إستثناءات لا ينصرف فيها العقد الذي أبرمه المورث إلى ورثته، فيعتبر بذلك الخلف العام من الغير:

- حالة إتفاق المتعاقدين على عدم إنتقال العقد إلى الخلف العام.

- إذا كانت طبيعة التعامل وما قد ينشأ عنها من حقوق وإلتزامات لا تسمح بانتقال آثار العقد إلى الخلف العام، ويكون ذلك في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي أي أن شخص أو صفة المتعاقد محل إعتبار في العقد لا تسمح بانتقال ما تنشئه هذا النوع من العقود إلى ورثة المتعاقد.

- حالة النص في القانون على عدم إنتقال آثار بعض العقود إلى الخلف العام.

- قد لا تنصرف آثار العقد إلى الخلف العام، لاعتبار يتعلق باعتبار الورثة من الغير بالنسبة للتصرف الذي يبرمه السلف المورث، مما ينزع عنه صفة الخلف العام لعدم نفاذ هذه العقود في حقه، واعتبار الخلف العام من الغير لكون هذا الخلف يتلقى حقوقاً من القانون مباشرة لا عن طريق الميراث، ووضعت هذه القاعدة حماية للمورث من تصرفات المورث الضارة، فيعتبر الوارث من الغير بالنسبة لتصرفات المورث التي تمس حق الوارث في القدر الواجب أن يؤول إليه من التركة، فالوارث يعتبر من الغير بصدد التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت والتي تتم عن طريق الوصية وتجاوز القدر الجائز الايضاء به. لا تنفذ هذه التصرفات في حق الوارث سواء ما تعلق بتجاوز الوصية في

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد 1، المرجع السابق، ص 596.

(2) هذا الحكم يختلف كلياً حالة ما تعلق الشيء المنتقل بالديون والإلتزامات، بمعنى توفي المتعاقد وهو مدين، والقاعدة المطبقة في هذا الشأن أن الإلتزامات أو الديون لا تنتقل إلى الخلف إلا في حدود ما آل إليه من حقوق أو من التركة تطبيقاً للقاعدة الفقهية المستنبطة من الشريعة الإسلامية "لا تركة إلا بعد سداد الديون"، بمعنى أن الدائن لا يطالب الورثة إلا في حدود التركة التي تركها المورث لارتباط ديون المورث بالتركة دون غيرها من الأموال. أنظر محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 235.

حق الورثة حدود الثلث في التركة فيعتبرون من الغير في الحد المتجاوز فلا تنفذ إلا بإقرار الورثة، وما تعلق بالتصرفات الصادرة من الشخص مريض مرض الموت التي تأخذ حكم الوصية، ولا تنفذ في حق الورثة إلا في حدود الثلث.

بنفس ما هو منصوص عليه في القانون المدني فإن التحكيم يسري في مواجهة الخلف العام، لامتداد مصطلح المتعاقدان ليشمل الخلف العام، لذلك فالعلاقة موضوع التحكيم تنتقل إلى الخلف العام بالشروط والأحكام المقررة في القواعد العامة للقانون المدني.

ولا يثير إمتداد إتفاق التحكيم إلى الخلف العام أي إشكال، سواء تحققت الخلافة قبل البدء في خصومة التحكيم أو تحققت بعدها، فوجب على الطرف المقابل في إتفاق التحكيم رفع الدعوى التحكيمية ضد الخلف العام، فإذا رفعها ضد السلف رغم إنتقاله إلى الخلف العام فإن الإجراءات تكون باطلة بالنسبة للخلف العام ومنه لا يجوز تنفيذ الحكم في مواجهة الخلف العام، أما تحقق الخلافة العامة بعد بدء الخصومة التحكيمية، فإن وفاة السلف لا تؤدي إنقضاء الخصومة، أو زوال مركز الخصم، بل تنتقل إلى الورثة⁽¹⁾.

ثانيا- انصراف أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص:

إذا كان كل من الخلف العام والخلف الخاص يشتركان في كون الشخص يخلف شخص آخر في حق معين من حقوقه، إلا أن كلاهما يختلفا في كون الخلف الخاص هو كل من تلقى من سلفه حقا معيناً الذي يكون ثابتاً في ذمته، سواء تمثل ذلك الحق في حق شخصي أو حق عيني أو تمثل في ملكية شيء معين بالذات، من هذا المفهوم يعتبر الطرف المنتقلة إليه الحقوق خلفاً خاصاً للطرف الأول أو الطرف الأصلي في العلاقة التعاقدية فيما يتعلق بذلك الحق⁽²⁾.

هذا الخلف الذي يتلقى الحق من سلفه يشترط أن يكون بنفس الحالة التي كانت عليه في ذمة السلف بنفس الصفات والضمانات، ذلك أن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى غيره أكثر مما هو في ذمته.

ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص بضوابط وشروط معينة تتمثل في:

- أن يكون تصرف السلف سابقاً على إنتقال الشيء إلى الخلف.

- وجوب أن يكون الخلف الخاص عالماً بالعقد المبرم من قبل السلف وقت إنتقال المال إليه.

(1) سحر محمد أحمد درة، المرجع السابق، ص 290.

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 239.

-أن يتعلق العقد بالشئ الذي إنتقل إلى الخلف الخاص، بمعنى أن يكون من مستلزمات هذا الشئ محل الإستخلاف من قبل الخلف الخاص⁽¹⁾.

ما يخص التحكيم، فينتقل إتفاق التحكيم إلى الخلف الخاص باعتبار أن الإلتزامات الناشئة عن العقود التبادلية تنتقل من السلف إلى الخلف، في مقابل الحقوق المنتقلة إلى الخلف الخاص بموجب هذا العقد، وعليه يلتزم الخلف الخاص بالسير في ما يرتبه إتفاق التحكيم من إجراءات التحكيمية وما تتضمنه الدعوى التحكيمية، ويقع عليه الإلتزام بالحكم الصادر من طرف المحكم⁽²⁾.

يثير إمتداد التحكيم إلى الخلف الخاص إشكال متعلق باختلاف إمتداد التحكيم للخلف الخاص إما بتحقيق الخلافة الخاصة قبل بدء خصومة التحكيم أو بعدها، فإنه إذا تحققت الخلافة قبل بدء خصومة التحكيم، وجب على الطرف الآخر في إتفاق التحكيم رفع الدعوى التحكيمية ضد صاحب الصفة في الدعوى الخلف الخاص، تحت طائلة بطلان الإجراءات وعدم سريان الحكم في مواجهة الخلف الخاص حال رفع الدعوى على السلف رغم انتقال الحق إلى الخلف الخاص، لكن الأمر مختلف تماما حال تحقق الخلافة الخاصة بعد بدء خصومة التحكيم، وإن كان لا يثار أي إشكال فيما تعلق بإمكانية خلف السلف في مركزه الموضوعي من طرف الخلف الخاص، على نقيض خلفه في مركزه في الخصومة، فلا يمكن خلافة الخلف الخاص للسلف في الخصومة، فثار خلاف فقهي حول مدى إختصاص السلف بشخصه أم يتعين إختصاص الخلف الخاص بعد إنتقال الشئ محل النزاع إلى الخلف الخاص، وقد ورد في هذا رأيين من الفقه: الرأي الأول يرى بضرورة إخراج السلف من الخصومة وإدخال الخلف الخاص في الخصومة، ويثور إشكال حول جهل المدعي بالخلافة فيقوم بالتوجه للسلف للاختصاص، مما يثور الإشكال حول مدى تمتع الحكم الصادر بالحجية في مواجهة الخلف الخاص الذي لم يختصم في الدعوى. أما الرأي الثاني فاعتبر الحكم الصادر لصالح السلف أو ضده يعتبر حجة على الخلف الخاص أو له، باعتباره ممثلا عن السلف في الخصومة مما تسري كل الآثار في مواجهته⁽³⁾.

(1) تعتبر الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشئ المنتقل للخلف الخاص:

1- بالنسبة إلى الحقوق: يعد الحق من مستلزمات الشئ الذي انتقل إلى الخلف الخاص بتوفر ثلاث شروط: -أن يكون الحق مكتملا للشئ أي مما يحفظه ويخدمه ويقويه أو يدرأ عنه المخاطر والأضرار؛ -أن يكون الحق لا يمكن إستعماله سوى من طرف مالك الشئ؛ -أن يكون الشئ هو محل إعتبار في تقرير الحق وليس شخص السلف.

2- بالنسبة للالتزامات: يعد الالتزام من مستلزمات الشئ المنتقل للخلف الخاص بتوفر ثلاث شروط: -أن يكون الالتزام محمدا للحق الذي انتقل للخلف الخاص كأن يكون مقيدا لاستعمال الشئ الوارد عليه؛ -أن يكون الالتزام لا يمكن تنفيذه عينا إلا ممن ينتقل إليه الشئ؛ -أن يكون قد روعي الشئ المنتقل وليس شخص السلف في تقرير الالتزام. جميع هذه الشروط تعبر عن فكرة وهي تبعية الحق والالتزام للشئ. أنظر محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 243-246.

(2) طاهر محمد خليفة، المرجع السابق، تم الاسترداد يوم 2021/10/30.

(3) سحر محمد أحمد درة، المرجع السابق، ص 290-291.

الفرع الثاني: انصراف إتفاق التحكيم بالنسبة للدائنين

قد يكون الدائن عاديا له حق الضمان العام على ذمة مدينه، كما قد يكون غير عاديا يتمتع بضمان أو تأمين خاص لسداد حقه، كالدائن المرتب له تأمين عيني كالرهن⁽¹⁾.

إن الدائن لا يخلف مدينه فيما يرتبه العقد من حقوق، ولا يلتزم بآثار ذلك العقد، لذلك فهو ليس خلفا عاما لعدة إعتبارات: تمتع الدائن بوسائل قانونية تضمن حماية حقه إتجاه مدينه أو تضمن حمايته من تصرفات مدينه الضارة، حالة وفاة المدين يتقدم الدائن على الخلف العام في إستقاء حقوقه من التي له إتجاه مدينه، أين يستوفيهما الدائن من تركة مدينه قبل إستحقاق الورثة للتركة، كما أن الدائن لا يعتبر خلفا خاصا لأنه لم يتلق عن مدينه حقا عينيا، فيعتبر الدائن من الغير بالنسبة للتصرفات التي يبرمها المدين، هذا على نقيض الدائن الغير العادي الذي يعتبر خلفا خاصا لمدينه بالنسبة للمال محل الضمان لحق الدائن وهذا الموضوع ليس ضمن دراستنا، فتقتصر دراستنا على الدائن العادي وأثر العقد بالنسبة إليه⁽²⁾.

إذا كان لا يمكن إعتبار الدائن العادي لا من الخلف العام ولا الخلف الخاص، غير أن للدائن العادي حق الضمان العام على أموال المدين، التي بموجبها يتم وفاء الدين، غير أن هذا الضمان العام قد يتأثر جراء التصرفات التي يقوم بها المدين مما قد تؤدي إلى إضعاف هذا الضمان أو الزيادة فيه، فرغم أن آثار العقد الذي يبرمها المدين لا تنصرف للدائن إلا أنه يتأثر بهذه التصرفات التي قد يفاد أو يضار منها بزيادة الحقوق أو تحمل الالتزامات. ولأجل حماية الضمان العام للدائن، وحمايته من تصرفات مدينه الضارة، كفل المشرع عدة دعاوي لحفظ حقه إتجاه ما قد يقوم به المدين من تصرفات ضارة: -الدعوى غير المباشر، -الدعوى البوليصية، -الدعوى المباشرة.

المطلب الثالث

مبدأ حسن النية في التحكيم التجاري

إن الأصل في التحكيم أنه يقوم على إرادة الأطراف في الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم وإختيار هيئة التحكيم والقواعد المطبقة في حل النزاع سواء الموضوعية والإجرائية، وأيضا في تحديد نوع التحكيم حرا أو مؤسسيا، التحكيم بالقانون أو بالصلح، ضف لذلك تحديد مكان التحكيم ولغته والمدة التي يسري فيها التحكيم، لذلك فالطبيعة الإرادية في التحكيم تطبع على جميع المراحل من بداية العملية التحكيمية إلى نهايتها، لذلك باعتبار التحكيم عمل إرادي مثله مثل باقي التصرفات القانونية فإنه يلتزم أن تسود هذا النوع من التصرفات حسن النية،

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 246.

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 247.

فيتوجب على الأطراف إعمال قواعد حسن النية في إتفاقية التحكيم بالإضافة إلى أنه يغطي الجوانب الإجرائية والموضوعية في التحكيم.

ولأهمية هذا المبدأ والدور الذي يلعبه في التحكيم التجاري سنحدد مفهوم لمبدأ حسن النية ومضمونه في التحكيم التجاري الفرع الأول، يليها تبيان مظاهر وتطبيقات حسن النية في التحكيم التجاري الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم مبدأ حسن النية ومضمونه في التحكيم التجاري

يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ التقليدية في العقد، ويتمثل مفهوم هذا المبدأ في تعامل الشخص بنزاهة وأمانة بعيداً عن الغش والتحايل أي من يتصرف بسوء نية، وجاء ذكر المبدأ في القانون المدني في المادة 107 الفقرة الأولى: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما إشتمل عليه وبحسن نية"، فأقر المشرع هذا المبدأ حماية للطرف حسن النية في مواجهة المتعامل معه بسوء نية.

وأكد على المبدأ المشرع الفرنسي في تعديله الأخير للقانون المدني الفرنسي عام 2016، فنص في المادة 1104 من القانون سالف الذكر بأنه: "تتكون والعقود وتنفذ بحسن نية، ولا تستطيع الأطراف إقصاء هذا الواجب ولا الحد منه"⁽¹⁾.

والمقارن لما نص عليه القانون المدني الجزائري ونظيره الفرنسي نجد أن هذا الأخير توسع في مجال العقد فشمل إضافة للتنفيذ مرحلي التفاوض والتكوين، على عكس المشرع الجزائري الذي إكتفى بتقرير مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ من العقد.

إضافة للقوانين الداخلية للدول فقد خص القانون الدولي مكانة مهمة لهذا المبدأ، باعتباره من المبادئ العامة للقانون فنصت عليه مختلف المعاهدات الدولية وغيره من المواثيق على وجوب الإلتزام بتنفيذ الإلتزامات بحسن نية⁽²⁾، وأبرز هذه المعاهدات والقوانين التي نصت عن هذا المبدأ صراحة في الإلتزام بهذا المبدأ عند تنفيذ الإلتزامات فنصت بأنه: "لكي يكفل أعضاء الهيئة لأنفسهم جميعاً الحقوق والمزايا المترتبة على صفة العضوية يقومون بحسن نية بتنفيذ الإلتزامات التي أخذوها على أنفسهم بهذا الميثاق".

⁽¹⁾ Art. 1104. « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi... Cette disposition est d'ordre public ».

⁽²⁾ رعد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية، مجلة ديالي للبحوث الإنسانية، كلية القانون والعلوم السياسية جامعة ديالى العراق، العدد الرابع والستون، المجلد 2014، ص 176.

ونصّت أيضا إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 على مبدأ حسن النية في نصوص عدة من الإتفاقية أهمها ما جاء في الديباجة التي جاء النص على المبدأ على النحو الآتي: "الدول الأطراف في هذه الإتفاقية... وإذ تلاحظ أن مبادئ حرية الإرادة وحسن النية وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين هي مبادئ معترف بها عالميا"، وأيضا المادة 18 من إتفاقية فيينا التي نصّت على وجوب الالتزام بعدم تعطيل موضوع المعاهدة أو الغرض منها قبل دخولها حيز التنفيذ، وأيضا في نص المادة 26 من نفس الإتفاقية: "كل معاهدة نافذة تكون ملزمة لأطرافها وعليهم تنفيذها بحسن نية"، وأيضا في نص آخر من الإتفاقية نصّت على الغش كأحد أسباب إبطال المعاهدات فجاءت المادة 49 على النحو التالي: "يجوز للدولة التي يدفعها السلوك التدليسي لدولة متفاوضة أخرى إلى إبرام معاهدة، أن تستند إلى الغش كسبب لإبطال إرضائها الإلتزام بالمعاهدة"⁽¹⁾، كما أشارت إتفاقية فيينا في المادة 31 (1) إلى وجوب تفسير المعاهدات بحسن نية.

ويتحدد مفهوم حسن النية من خلال مظاهره التي تتمثل في النزاهة والتي تعني البعد عن الغش، وواجب التعاون بين الأطراف، والثقة المشروعة⁽²⁾.

وقد ساهمت التحولات المعاصرة في تطور مبدأ حسن النية بعدما كان مفهوما قاصرا، فأصبح يشمل هذا المبدأ على إلتزامات متعددة كالإلتزام بالإعلام، والالتزام بالتعاون، الإلتزام بالنزاهة والأمانة والصدق... إلخ وغيره من الإلتزامات.

ونظرا للأهمية التي يطرحها تطبيق مبدأ حسن النية في التحكيم ودوره في تقديم تسوية فعالية للمنازعات المتعلقة بالتجارة والاستثمار، بدأ يظهر الاهتمام بهذا المبدأ وما يترتب عنه من مظاهر سواء من خلال القوانين وأنظمة التحكيم.

وكذلك نصّت لوائح التحكيم على المبدأ، فنص نظام التحكيم لاتحاد الغرف التجارية العربية الأوروبية على أنه: "أن تنفذ الأحكام الصادرة من قبل الأطراف بحسن نية ويقدم المجلس مساعيه الحميدة لتسهيل عملية تنفيذ الأحكام الصادرة وفقا لهذا النظام".

ونصّت قواعد محكم لندن للتحكيم الدولي 2014 على تطبيق مبدأ حسن النية بشكل صريح على جميع المشاركين في التحكيم سواء هيئة التحكيم أو الأطراف وممثليهم في المادتين 14 (5) حيث نصّت على وجوب

(1) للإطلاع على إتفاقية فيينا للمعاهدات لعام 1969 أنظر:

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/viennaLawTreatyCONV.html>

(2) جمعة زمام، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق جامعة الجزائر 01، 2013، ص312.

قيام الأطراف بكل ما هو ضروري بحسن نية من أجل الإنصاف والكفاءة وسرعة سير التحكيم، بما في ذلك قيام هيئة التحكيم بواجباتها العامة⁽¹⁾، والمادة 32 (1)⁽²⁾ التي نصّت تطبيقاً لمبدأ حسن النية فإن الطرف الذي يعلم أن أي بند من أحكام إتفاقية التحكيم لم يتم الامتثال له ومع ذلك يستمر في التحكيم دون إبداء اعتراضه على وجه السرعة فيما يتعلق بعدم الامتثال قبل تشكيل هيئة التحكيم أو بعد تشكيل هيئة التحكيم، يتم التعامل معها على أنه تم التنازل بشكل نهائي عن حقه في الاعتراض.

ونصّت على مبدأ حسن النية في التحكيم كل من قواعد المركز البلجيكي للتحكيم والتوفيق CEPANI في المادة 23 منه⁽³⁾، وأيضاً المادة 25 (4) والمادة 26 (2) من قواعد محكمة التحكيم مدريد⁽⁴⁾.

أما ما يخص الإتفاقيات الدولية فلم تشر إتفاقية واشنطن ولا قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إذا كان مبدأ حسن النية هو المنظم للعلاقة بين الأطراف أو وجوب تطبيق مبدأ حسن النية أو تصرف الأطراف بحسن نية، غير أن من الفقه من أكد على خضوع جميع الإتفاقيات إلى إلزام ضمني باستخدام حسن النية عند تفسير وتطبيق قواعد الإتفاقية.

وإذا كان قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لم تنص صراحة على مبدأ حسن النية إلا أنه نصّت على القواعد والأسس التي يتضمنها المبدأ مثل المادة 8 عندما نصّت على العلاقة بين المحكم أو المحكمين وأطراف الخصومة التي أوجبت على هيئة التحكيم أن يكونوا يتحلوا بالأخلاق والكفاءة المعترف بها في مجال القانون أو التجارة أو الصناعة وغيرها، ومن يمكن الإعتماد عليهم لإصدار أحكام فاصلة في الموضوع، وكذا

⁽¹⁾ Article 14- 5: The Arbitral Tribunal shall have the widest discretion to discharge these general duties, subject to such mandatory laws or rules of law as the Arbitral Tribunal may decide to be applicable; and at all times the parties shall do everything necessary in good faith for the fair, efficient and expeditious conduct of the arbitration, including the Arbitral Tribunal's discharge of its general duties.

⁽²⁾ Article 32- 1: A party who knows that any provision of the Arbitration Agreement has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without promptly stating its objection as to such noncompliance to the Registrar before the formation of the Arbitral Tribunal or the Arbitral Tribunal after its formation, shall be treated as having irrevocably waived its right to object for all purposes.

⁽³⁾ Article 23. - Examination of the Case CERANI ARBITRATION RULES

1. In the conduct of the proceedings the Arbitral Tribunal and the parties shall act in a timely manner and in good faith. In particular, the parties shall abstain from any dilatory acts as well as from any other action having the object or effect of delaying the proceedings.

⁽⁴⁾ Article 25 Procedural rules 4 : "4. All persons participating in the arbitration proceedings shall act in accordance with the principles of confidentiality and good faith. The parties and their legal counsel or legal representatives must avoid unnecessary delays in the proceedings, and their actions may be taken into consideration by the tribunal when determining the costs of the proceedings".

Article 26 Law applicable to the merits 2 : "2. Arbitrators shall only decide ex aequo et bono or as an amiable compositeur, if they have been expressly authorised to do so by the parties".

إستعداد الأطراف وممثلهم من المحامين وهيئة التحكيم والخبراء وغيرهم من المشاركين في التعاون بحسن نية والإلتزام بعدم إعاقه الإجراءات وسير الخصومة.

مثال آخر على توسيع ما يمكن تسميته بحسن النية ليشمل تفسير المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من خلال المادة 44⁽¹⁾، حيث يطلب من المحكمين إجراء التحكيم وفقا لقواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وإذا لم تكن المسائل مشمولة بالقواعد، عندئذ تبت هيئة التحكيم في المسألة، ولذلك يمكن القول إن المادة 44 من الإتفاقية الدولية لتسوية منازعات الاستثمار تقتضي أن يتصرف أعضاء المحكمة أيضا بحسن نية، كما تنص أيضا المادة 50 من ICSID على أنه يجب على المركز أيضا التصرف بحسن نية إذا كان سيتم مراجعة قرار التحكيم أو طلب الأطراف الإلغاء فنصّت على وجوب اللجنة المختصة التي شكلها الأمين العام للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أن تكفل تصرف المحكمة بحسن نية عند النظر في تشكيل المحكمة الأصلية وما إذا كانت قد تجاوزت سلطاتها، أو كان هناك فساد من جانب أحد أعضاءها، أو كان هناك خروج عن قاعدة جوهرية من الإجراءات، أو لم يذكر أسباب قراره⁽²⁾.

كما نصّت المادة 54 (1) المتعلقة بوقف إنفاذ قرار التحكيم، تزيد من توسيع نطاق تأثير حسن النية كما يفسر في ضوء مبادئ القانون الدولي، وأي افتقار إلى حسن النية من جانب المستثمر الأجنبي وثبت ذلك، فقد يؤدي ذلك إلى صعوبة في إنفاذ القرار الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في المحاكم الوطنية⁽³⁾. ولكن إذا كان لا يوجد نص صريح يفيد بالإلتزام بمبدأ حسن النية فهذا لا يعني بالضرورة عدم تطبيقه نهائيا أو عدم إلتزام الأطراف به، وهذا ما جاء في حكم صريح صادر عن المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار في النزاع القائم بين شركة "ليبانكو هولدينجز" ضد تركيا Libananco Holdings Co. Limited v Turkey التي اعتبرت بأن مبدأ حسن النية من المبادئ والمعايير البديهية فصدر حكم يقضي ب: كما أن المحكمة لا تشك

⁽¹⁾Article 44 Discontinuance at Request of a Party If a party requests the discontinuance of the proceeding, the Tribunal, or the Secretary-General if the Tribunal has not yet been constituted, shall in an order fix a time limit within which the other party may state whether it opposes the discontinuance. If no objection is made in writing within the time limit, the other party shall be deemed to have acquiesced in the discontinuance and the Tribunal, or if appropriate the Secretary-General, shall in an order take note of the discontinuance of the proceeding. If objection is made, the proceeding shall continue.

⁽²⁾Article 50 The Application 3: in an application for annulment, pursuant to Article 521 of the Convention, the grounds on which it is based. These grounds are limited to the following: – that the Tribunal was not properly constituted; – that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; – that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; – that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; – that the award has failed to state the reasons on which it is based.

⁽³⁾Article 54 Stay of Enforcement of the Award 1: The party applying for the interpretation, revision or annulment of an award may in its application, and either party may at any time before the final disposition of the application, request a stay in the enforcement of part or all of the award to which the application relates. The Tribunal or Committee shall give priority to the consideration of such a request.

للحظة في أنه يجب اعتبارها، شأنها شأن أي محكمة دولية أخرى، تتمتع بالسلطات المتأصلة اللازمة للحفاظ على سلامة إجراءاتها الخاصة - حتى لو كانت سبل الانتصاف المتاحة لها مختلفة بالضرورة عن تلك التي قد تكون متاحة لمحكمة قانونية محلية في دولة عضو في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. وتعرب هيئة التحكيم عن المبدأ على أنه أن الأطراف ملزمة بالتحكيم بإنصاف وبحسن نية وأن هيئة التحكيم لها الاختصاص الأصيل لضمان الامتثال لهذا الالتزام، ينطبق هذا المبدأ في جميع التحكيم، بما في ذلك التحكيم في مجال الاستثمار، وعلى جميع الأطراف، بما في ذلك الدول حتى في ممارسة سلطاتها السيادية⁽¹⁾.

وغالبا ما يتم النص على مبدأ حسن النية في تسوية المنازعات عبر التحكيم من خلال الإتفاقيات الثنائية، منها الإتفاقية المبرمة بين حكومة دولة قطر وحكومة جمهورية كوت ديفوار المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة، حيث نصّت المادة 11 (1) من الإتفاقية المعنونة بـ: تسوية المنازعات بين طرفي العقد، على ما يلي: "يجب أن يبذل كلا طرفي الإتفاقية قصارى جهدهما برحابة صدر وحسن نية والتعاون المشترك للتوصل إلى تسوية عادلة ومنصفة لأي نزاع ينشأ بينهما فيما يخص تفسير أو تنفيذ هذه الإتفاقية. وفي هذا الخصوص، وافق طرفا الإتفاقية بموجبه على الدخول في مفاوضات مباشرة وموضوعية للتوصل إلى هذه التسوية. وفي حالة عدم تسوية هذا الخلاف والنزاع بين طرفي الإتفاقية خلال ستة أشهر من تاريخ إثارة المسألة من جانب أي طرف من طرفي الإتفاقية، يجوز أن يقوم أي طرف من طرفي الإتفاقية برفع النزاع والخلاف القائم إلى هيئة تحكيم مؤلفة من ثلاثة أعضاء"⁽²⁾.

وجاء في قرار محكمة النقض المصرية أنه إذا كان الأصل في النظم القانونية يقتضي توفر حسن النية في التصرفات والإجراءات المتعلقة بالتحكيم، وحسن النية يشكل قاعدة سليمة، لكونها تقوم على قيم أخلاقية كالنزاهة والإستقامة والصدق والأمانة والإنصاف، فيتجاوز هذا المفهوم الجانب الأخلاقي والسلوكي ليتعداه ليصبح مبدأ والالتزام قانوني، لذلك فالإخلال بواجب حسن النية لا يجوز أن يفيد منه فاعله، بل يتعين أن يرد عليه قصده، واعتمدت هذه القاعدة مع تنوع صورها في التحكيم ضمن القواعد القانونية ذات الصبغة العالمية، وطبقا

⁽¹⁾ 1 Libananco Holdings Co Limited v Turkey Decision on Preliminary Issues ICSID arbitral tribunal, Case No ARB/06/8, 23 June 2008.

تم الإسترداد من:

<http://www5.austlii.edu.au/au/journals/VicULawJl/2018/4.pdf>, p08.

⁽²⁾ مرسوم رقم 12 لعام 2021 المتعلق بالتصديق على إتفاقية بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين حكومة دولة قطر وحكومة جمهورية كوت ديفوار، الجريدة الرسمية رقم 03، نشر بتاريخ 2021/01/24. أنظر:

<https://almeezan.qa/AgreementsPage.aspx?id=2597&language=ar>

لأعمال مبدأ حسن النية يمكن إحباط مسعى الخصم من الاستفادة من أقواله وسلوكياته ومواقفه القانونية المتناقضة للحصول على منافع على حساب خصمه، لذلك لا يجوز لمتقاض التذرع للطعن في حكم التحكيم بعكس ما قد أدلى به أو قبله خلال سير إجراءات التحكيم، ومنه لا يجوز للطرف في التحكيم التمسك أو أن يدفع بالبطلان بعيوب تتعلق باتفاق التحكيم ناتجة عن أفعاله هو⁽¹⁾.

وفي قرار آخر صادر عن قضية ميثانكس ضد الولايات المتحدة Methanex v. United States arbitration، "تري هيئة التحكيم أن كلا من الطرفين المتنازعين مدينان في هذا التحكيم بواجب قانوني عام تجاه الطرف الآخر وتجاه المحكمة بأن يتصرفا بحسن نية أثناء إجراءات التحكيم هذه وأن يحترما المساواة في وسائل الدفاع بينهما ومبادئ المساواة في المعاملة والإنصاف الإجرائي"⁽²⁾.

والمتبع للفقهاء نجد يكاد يخلو ذكر هذا المبدأ على مستوى التحكيم بالرغم من أهميته ومكانته في التحكيم سواء على مستوى إبرام إتفاق التحكيم وما يتخلله إتفاق الأطراف على الإجراءات والقواعد الموضوعية ومختلف المسائل المتعلقة بعملية التحكيم، وحتى ما تعلق بتنفيذ حكم التحكيم.

المشرع الجزائري لم ينص صراحة على مبدأ حسن النية في التحكيم ولم نجد حتى تعريف جامع لمبدأ حسن النية ولا تحديد لنطاقه وصوره، وهنا تكمن صعوبة البحث في هذه النقطة بالرغم من أهميتها.

وفي ظل الغياب التشريعي لتكريس مبدأ حسن النية في التحكيم، فإنه يجد أساسه في أسس عدة، فمنه من أرجعه إلى فكرة العدالة فأى إخلال بالتوازن بين إلتزامات المتعاقدين أو سلوك يتنافى مع قواعد العدالة فإنه يظهر هذا المتعاقد بمظهر سوء النية، لذلك فحسن النية تمثل أحد آليات تحقيق العدالة، بينما جانب آخر من الفقه من أرجعها إلى نظرية الثقة المشروعة، فكل إخلال بالثقة والأمانة بين الطرفين أو في مواجهة الأطراف لهيئة التحكيم يعتبر تصرف يتناقض مع ما يقتضيه أعمال مبدأ حسن النية، فقد يلجأ الأطراف إلى تعيين هيئة التحكيم لتوفر صفة معينة فيه كأن يكون متخصصا تقنيا أو فنيا بالنظر في النزاع فإلتزاما من هيئة التحكيم يتوجب عليها تسوية النزاع إحتراما للثقة المشروعة التي إستوجبها التخصص الفني فأى شك أو عدم الثقة أو عدم إلتزام هيئة التحكيم أو خالف أحد الأطراف لإلتزامه كان هذا الشخص سيئ النية سواء من جانب الخصم أو هيئة التحكيم، وجانب

⁽¹⁾ محكمة إستئناف القاهرة-الدائرة 7 التجارية-الدعوى رقم 57 لسنة 128 قضائية- لعام 2012.

⁽²⁾ Methanex Corp. v. United States, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 54 NAFTA Ch. 11 Trib. Aug. 3, 2005, available at <http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf>.

آخر ربطها بالنظام العام وأعتبرها من قواعد النظام العام باعتبار مبدأ حسن النية من المبادئ القانونية التي يلتزم بها الأطراف طيلة لجوءهم إلى التحكيم وأي مخالفة لهذا المبدأ يرتب بطلان حكم التحكيم⁽¹⁾.

وقد تطور مبدأ حسن النية من إعتباره مبدأ أخلاقي بحث إلى أن أصبح مبدأ قانوني قائم بذاته أساسه العدل والأخلاق، فكرسته أغلب القوانين والمعاهدات واللوائح المنظمة لعمل مراكز التحكيم وحتى أحكام التحكيم، فأضحى له دور بارز ورئيسي في تحقيق التوازن والعدالة في التحكيم خصوصاً مع ما فرضته جائحة كورونا وما شكلته من إرهاسات في تنفيذ العقود والالتزامات، لذلك أضحى عامل مهم يوازن بين المصالح والحقوق على نحو يساهم في توفير الحل الفعال للنزاع وهذا بالضبط ما يحتاج إليه التحكيم لتعزيز في قدراته كقضاء خاص لتسوية المنازعات التجارية الدولية⁽²⁾.

الفرع الثاني: مظاهر وتطبيقات مبدأ حسن النية في التحكيم التجاري

إن التحكيم باعتباره عقد كسائر العقود هي من قبيل تصرفات الثقة، فالثقة عامل في وفاء الأطراف بالتزاماتهم من جهة ومن جهة أخرى وفاء هيئة التحكيم بالنظر والفصل في النزاع وفق ما هو مقرر حسب أصول المهنة دون أي تعسف أو إنحياز أو غش وغيره من التصرفات الضارة بعملية التحكيم⁽³⁾.

ويحمل هذا المبدأ عدة تطبيقات له في مجال التحكيم، كواجب الإمتناع عن تفاقم النزاع أو التأثير على صحة التحكيم، وتعاون الأطراف مع المحكمة على تقديم الأدلة، إضافة إلى عدم التأخير في تقديم الاعتراضات، وتجنب إنتهاك قوانين وأنظمة الدولة المضيفة أو بهدف إساءة استخدام نظام الحماية بموجب إتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، إضافة لما يقوم عليه التحكيم من إصطدام للمصالح الاقتصادية والمالية وتشعبها في إطار العلاقات الدولية، كتجنب الغش والتدليس والرشوة والسلوك المخادع وغيره من التصرفات التي تجعل أحد الأطراف أو كلاهما يتصرف بسوء نية.

ولا يقتصر الإلتزام بمبدأ حسن النية على الأطراف أنفسهم فإنه يقع هذا الإلتزام على عاتق هيئة التحكيم أن تتصرف بحسن نية لاسيما في تطبيق القانون الوطني، وما تعلق بمسألة تفسير حكم التحكيم أو البحث في إرادة الأطراف كما تلتزم بالحياد وإحقاق العدل وتحقيق المصلحة المشروعة للأطراف لا المصلحة الخاصة له الغير مشروعة، وأيضاً حماية سلامة الإجراءات والتفاني والاجتهاد والسرعة في تسوية النزاع، وكذلك الإدارة السليمة

(1) فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود -دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراة في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، 2017، صص 45-57.

(2) رغد عبد الأمير مظلوم حميد الخرزجي، المرجع السابق، ص 200.

(3) فاطمة الزهراء زيتوني، المرجع السابق، ص 52.

للإجراءات⁽¹⁾، ولإضفاء فعالية لتطبيق المبدأ والحرص على الإلتزام به وعدم تجاوزه فإنه يعتمد على قضاء الدولة لمباشرة هذه الرقابة، عن طريق تنظيم دعوى بطلان حكم التحكيم أمام القضاء، ورقابة القضاء على سوء النية في التحكيم وما يحمله من صور كالغش والاحتيال والتدليس، تمثل صورة من الصور العامة لرقابة القضاء على التحكيم.

ومن بين ما يندرج ضمن مبدأ حسن النية المعاملة العادلة والمنصفة في التحكيم، وأضحت تشكل أحد أبرز المبادئ ومعيار أساسي للحماية في منازعات التحكيم في مجال الإستثمار، وأضحت أغلب المعاهدات تدرج هذا المبدأ في بنودها.

ومن أبرز إجتهاادات التحكيم التي تعتبر المعاملة العادلة والمنصفة معيار واسع وشامل، يضم عدة عناصر للحماية بما تضمن عدم معاملة المستثمر الأجنبي معاملة غير عادلة، وصدر في ذلك حكم عن محكمة التحكيم الدائمة بلاهاي هولندا PCA في النزاع القائم بين *Indonesia V Indian Metals*⁽²⁾، وجاء في الحكم أن المعاملة العادلة والمنصفة تشمل المبادئ الأساسية الآتية: -يجب على الدولة المضيفة احترام توقعات المستثمر المعقولة والشرعية، -لا تستطيع الدولة المضيفة التصرف بشكل تعسفي أو تمييزي، -يجب على الدولة المضيفة التصرف بطريقة شفافة ومتسقة، -الدولة المضيفة ملزمة بالتصرف بحسن نية، -يجب على الدولة المضيفة احترام الإجراءات القانونية.

وفي حكم آخر إعتبرت المعاملة العادلة والمنصفة من مبادئ التي يشملها حسن النية، وهذا ما يظهر من خلال حكم الصادر في النزاع القائم بين *Genin v Estonia*، فصدر حكم تحكيم يقضي أن التصرف على النحو الذي يتنافى مع المعاملة العادلة والمنصفة يشمل أفعال تظهر الإهمال المتعمد للإلتزام الواجب، أو التصرف بسوء نية ذاتي أو التجاهل على نحو متعمد للإجراءات القانونية الواجبة أو إتخاذ إجراءات غير كافية لا ترقى للمعايير الدولية⁽³⁾.

⁽¹⁾ Cremades, Bernardo M. Good Faith in International Arbitration. American University International Law Review , 27 4, 2012, pp 761-788.

⁽²⁾ رقم القضية، PCA. 2015-40، الحكم صادر في 29 مارس 2019. أنظر:

<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/01/Indian-Metals-v.-Indonesia.pdf>

⁽³⁾ *Genin v Estonia Award ICSID Arbitral Tribunal, Case No ARB/99/2, 25 June 2001.*

الاسترداد من:

<http://www5.austlii.edu.au/au/journals/VicULawJl/2018/4.pdf>, p09.

حكم آخر صادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يؤكد على وجوب التصرف بحسن النية في قضية Tecmed ضد المكسيك *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA v The United Mexican States Award*، حيث حددت المحكمة خرقاً للتوقعات من جانب المستثمر فيما يتعلق بقواعد المعاملة العادلة والانصاف، وهنا اعتبرت المحكمة أن مبدأ حسن النية يشمل المعاملة العادلة والمنصفة، مضيفة أنها "تتطلب من البلدان المضيفة التصرف بطريقة متسقة وشفافة تماماً وخالية من الغموض"⁽¹⁾.

كما يظهر حسن النية في الشفافية في التعامل، وتعني هنا وضوح الإطار القانوني للاستثمار والتجارة، وصدر حكم تحكيمي في هذا الغرض صادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في النزاع القائم بين *Metalclad Corporation V. The United Mexican States*⁽²⁾، فسّرت المحكمة الشفافية بضرورة أن يشمل فكرة أن جميع المتطلبات القانونية ذات الصلة بالغرض المشروع من إتمام وتشغيل الإستثمارات بنجاح، أو ينوي القيام بذلك بموجب الاتفاقية يجب أن تكون هذه الاجراءات معروفة بسهولة لدى جميع المستثمرين، فيستلزم عدم وجود مجال للشك أو عدم اليقين بشأن هذه الأمور. وفي قرار آخر صادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في النزاع القائم بين *Emilio-Agustin-Maffezini v. Spain*⁽³⁾، جاء في الحكم أن المستثمر إدعى تحويل القرض من قبل مؤسسة حكومية دون موافقة المستثمر، فهذه الطريقة التي عاملت بها الحكومة القرض تفتقر للشفافية والذي يتعارض مع إلزام إسبانيا بضمان معاملة عادلة ومنصفة للمستثمر.

ومن المضامين التي يحملها حسن النية مبدأ الأمانة والنزاهة الذي يعتبر أحد المبادئ الأساسية في سير إجراءات التحكيم، ويعتبر المحافظة على الإلتزام بالنزاهة في التحكيم أحد أهم المبادئ التي يركز عليها التحكيم لا يقل أهمية عن المبادئ الإجرائية الأخرى كالحق في الدفاع والحق في المساواة والحق في المواجهة، فيقع الإلتزام بالنزاهة على أطراف إتفاق التحكيم وعلى عاتق هيئة التحكيم، ومن الفقه من عرف هذا الإلتزام في إطار العلاقات العقدية بأنه الإمتناع عن الغش والخداع والغدر أثناء تنفيذ الإلتزامات الملقاة على طرفي العقد⁽⁴⁾، ومنه من حدد

⁽¹⁾ *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA v The United Mexican States Award* ICSID Arbitral Tribunal, Case No ARBAF/00/2, 29 May 2003.

الاسترداد من:

<http://www5.austlii.edu.au/au/journals/VicULawJl/2018/4.pdf>, p09.

⁽²⁾ قضية ICSID رقم، ARBOF/97/1 الحكم صادر في 30 أغسطس 2000. أنظر:

<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/01/EDF-v.-Romania.pdf>

⁽³⁾ قضية ICSID رقم، ARB / 97/7، الحكم الصادر في 13 نوفمبر 2000. أنظر:

<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/01/Emilio-Agustin-Maffezini-v.-Spain.pdf>

⁽⁴⁾ فاطمة الزهراء زيتوني، المرجع السابق، ص329.

مدلول النزاهة بأنه تنفيذ الالتزام بإخلاص مما يجنب المعاملات جميع أنواع الغش وبما يؤدي معه إلى فرض مبدأ الشفافية القائمة على منع التخفي من وراء الالتزام بالسرية، الذي قد يسبب عسر وإستحالة تنفيذ الالتزام⁽¹⁾.

لذلك أضحى يفرض على العلاقات التعاقدية أن تكون تصرفاتها مبنية على سلوك شرعي ونزيه، ويقدر القاضي هذا الالتزام ومدى نزاهة السلوك في البحث عن سوء نية المتعاقد كالبحت عن التدليس والخطأ الجسيم والتعسف، ويمكن تقدير النزاهة عبر تبني معيار سلوك الرجل العادي⁽²⁾، أما ما يتعلق بالتحكيم فهو وجوب تصدي هيئة التحكيم لكل التصرفات التي تصدر من أحد الخصوم بهدف الإضرار بالخصم المتنازع ضده والإضرار بالعملية التحكيمية كلها، وإتخاذ مواقف متناقضة من شأنها إيقاع هيئة التحكيم في الخطأ عند إصدارها وفصلها في حكم التحكيم، أو إيقاع الطرف الخصم، أو إخفاء أي سبب من أسباب البطلان للحكم لصالح الطرف الذي قام بهذا التصرف، وكذلك يقع على الأطراف واجب الالتزام بإثارة أي دفع متعلق بخلل في الإجراءات أو في سير الخصومة فور العلم به دون المماطلة أو التعسف بعدم إثارة ذلك لكونه يمس بمصلحته أو يضر بالطرف الآخر، أو السكوت بسوء نية عما يرتكبه المحكم من أخطاء إجرائية وحتى في الموضوع⁽³⁾.

كما يتم التعدي على واجب التحكيم بحسن نية عندما يتم ممارسة ضغط غير لائق على المحكمين، أو عند استخدام الأدلة التي تم الحصول عليها بشكل غير قانوني، أو عند انتهاك مبدأ عدم المخالفة للحقيقة الواقعة، أو عندما يتم الطعن في المحكمين لغرض وحيد هو الحصول على تأخير أو عندما تتأخر الإجراءات نتيجة لرفض دفع تكاليف ونفقات التحكيم⁽⁴⁾.

كما يعتبر من قبيل التصرف بسوء النية من الأطراف مثلما قد يتخذه أحد الأطراف من إجراءات تعسفية، وجاء في حكم تحكيمي صادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في النزاع القائم بين Edf services Limited v. Romania⁽⁵⁾، وبين الحكم مظاهر الإجراءات التعسفية وحددتها في أنها: -إجراء يلحق الضرر بالمستثمر دون أن يخدم أي غرض مشروع واضح. -إجراء لا يقوم على المعايير القانونية بل على الافتراض. -تحيز

(1) جمعة زمام، المرجع السابق، ص 314-315.

(2) جمعة زمام، المرجع السابق، ص 318.

(3) أحمد الورفلي، الإجراءات التحكيمية وخصوصيات ذلك في التحكيم المؤسسي، مداخلة ملقاة بمناسبة إنعقاد منتدى التحكيم المؤسسي -الواقع والمأمول، المنعقد في الإثنين 02 أكتوبر 2016، المركز السعودي للتحكيم التجاري، ص 46. أنظر:

https://www.sadr.org/assets/uploads/download_file/State_and_Future_of_Institutional_Arbitration_EN.pdf

df

(4) Cremades, Bernardo M. Good Faith in International Arbitration. American University International Law Review , 27 4, 2012, pp 761-788.

(5) قضية ICSID رقم، ARB / 05/13 الحكم صادر في 8 أكتوبر 2009، أنظر:

<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/01/EDF-v.-Romania.pdf>

أو تفضيل شخصي. -إجراء تم اتخاذه لأسباب تختلف عن تلك التي طرحها صانع القرار. -إجراء تم اتخاذه في تجاهل متعمد للإجراءات الواجبة والإجراءات السليمة.

لذلك يعتبر تكريس مبدأ النزاهة في التحكيم أحد أبرز الأسلحة لوضع حد لتلاعب الأطراف وإضفاء فعالية للتحكيم، ويعتبر مبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي سبق وأن تطرقنا له في الدراسة له دور في تكريس مبدأ حسن النية والحماية من سوء النية لأحد الأطراف من الغش والتحايل عن طريق المماطلة بالمنازعة في صحة إتفاق التحكيم أو إختصاص هيئة التحكيم أو الطعن في إجراءات التحكيم أمام القضاء الرسمي، والذي من شأنه إضعاف العملية التحكيمية والحد من فعاليتها في التسوية.

ورغم المكانة التي يحملها مبدأ حسن النية في التحكيم التجاري إلا أن هناك من الفقه من يرفضون إعطاء مكانة لمبدأ حسن النية في العلاقات الدولية وفي القانون الدولي وبالخصوص التحكيم، بدعوى إعتباره من مبادئ القانون الطبيعي دون أن يصل درجة أحد المبادئ العامة في القانون، إلا أنه لأهمية هذا المبدأ أصبح أحد المبادئ التي تندرج ضمن قواعد النظام العام الدولي، لذلك يعتبر كعامل توجيهي بما يحقق التوازن في الحقوق المتعارضة والمصالح المتضادة وبما يقدمه من حلول تواكب التوقعات العادلة والمشروعة للدول وللأطراف في التحكيم، من خلال ما تستلزمه من عدم إساءة صاحب الحق في استعمال حقه والتعسف فيه، وهذا المبدأ لا يكتمل فعاليته إلا من خلال المبادئ والأسس التي يرجع إليها هذا المبدأ والمضامين المكونة له المتمثلة في الثقة المشروعة والأمانة والصدق في التعامل، وأيضاً الإخلاص والنزاهة والعدالة وعدم الغش والتعسف⁽¹⁾.

المطلب الرابع

محدودية تدخل هيئة التحكيم والقضاء في ظل سيادة إرادة الأطراف في التحكيم التجاري

إن بمجرد إبرام إتفاقية التحكيم وإسناد أطراف النزاع مهمة الفصل في النزاع لمحكمة التحكيم وقبول هيئة التحكيم بهذه المهمة يكون قد دخل في علاقة تعاقدية مع أطراف النزاع يقوم على الفصل في النزاع بناء على القواعد والإجراءات والقانون المعين والمحدد من أطراف النزاع، لذلك فسلطة المحكم مستمدة بالأساس من إتفاق التحكيم. وبناء على الأساس الإتفاقي للتحكيم والذي يتجسد من خلاله الطبيعة الإرادية للتحكيم التجاري فإن سلطة المحكم ترد عليها قيود وحدود في أداء مهمته تتمثل في تقيده بإتفاقية التحكيم وما يحدده الأطراف من القانون الواجب التطبيق بداية على إتفاق التحكيم والإجراءات التحكيمية وعلى موضوع النزاع، وكذلك الحرية

(1) رغد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي، المرجع السابق، ص199.

الأطراف في اختيار لمختلف القواعد والإجراءات سير الخصومة. فيقع على المحكم إحترام إرادة أطراف النزاع وعدم الخروج عليها وإلا شاب عمل المحكم عيب يصل جزاؤه لبطلان الحكم⁽¹⁾.

وهذه القيود تكون في بداية النزاع التحكيمي، وأثناء سير خصومة التحكيم، وحتى في نهاية التحكيم، فيقع على عمل المحكم مجموع ضوابط وقيود حتى في حال عدم إتفاق الأطراف والغرض من هذه القيود والضوابط سلامة العملية التحكيمية وضمان العدالة التحكيمية ونزاهتها، ونورد هذه الضوابط والقيود في النقاط الآتية:

- لا يجوز لهيئة التحكيم ممارسة إختصاصها في النظر في النزاع التحكيمي والفصل فيه إلا في حدود ما إتفق عليه الأطراف، وما كان خارج ما حدده الأطراف يوجب البطلان.

- التقيد بالمبادئ الأساسية للتقاضي: تحتل الإجراءات أهمية كبيرة في تحديد سير الخصومة وإنتهائها بالفصل في موضوع النزاع، لذلك تحيط التشريعات مرحلة الإجراءات بالاهتمام والتنظيم القانوني اللازم، واستنادا لمبدأ سلطان الإرادة يتولى أطراف النزاع تعيين الإجراءات التي يتوجب على هيئة التحكيم إتباعها أثناء نظرها وفصلها في النزاع، وعلى هذا الأساس تتقيد هيئة التحكيم بالإلتزام بالمبادئ الأساسية للتقاضي وعدم الخروج عنها أو مخالفتها باعتبار تماثل وظيفة المحكم مع وظيفة القاضي في ممارسة الوظيفة القضائية، حيث تضمن السير الحسن للنظر والفصل في النزاع وتحقيق العدالة، وأهم هذه المبادئ، حق الدفاع، مبدأ المواجهة، مبدأ المساواة.

- إحترام قواعد النظام العام وقواعد البوليس: تلتزم هيئة التحكيم باحترام النظام العام وقواعد البوليس، سواء ما تعلق بالتحكيم الداخلي أو التحكيم الدولي.

- إحترام مبدأ التسبب في قرارات التحكيم: تلتزم هيئة التحكيم ببيان الأدلة والحجج والبراهين سواء القانونية أو الواقعية التي إستند فيها المحكم لتقرير حكمه، ويعد مبدأ التسبب من الضمانات الأساسية التي تحفظ حقوق المحكمين وتنفي شبهة الفساد والتعسف في حكم المحكمين⁽²⁾، ونص المشرع الجزائري على هذا المبدأ في نص المادة 1056 (2) ق إ م وإ ف جاء فيها: "يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة".

- إلتزام المحكم بالإجراءات المتخذة والمتفق عليها من طرف الأطراف لسير خصومة التحكيم، فتتقيد ممارسة المحكم لصلاحياته في النظر في الخصومة التحكيمية وتسيير إجراءاتها إلا بما خول له الأطراف وما حدوده من صلاحيات، فلا يمكن له أن يتجاوزها إلا في حالة لم يقيم الأطراف بتحديد الإجراءات الواجب على هيئة التحكيم

(1) إدريس كمال فتحي، المرجع السابق، ص 63.

(2) نوفل حسان، التحكيم في منازعات عقود الاستثمارات الدولية الأجنبية، مذكرة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر 01 كلية الحقوق، 2021، ص 342.

إتباعها أو قام الأطراف بتحويله وتفويضه سلطة تسيير إجراءات التحكيم بما يمكنه البث في الخصومة⁽¹⁾، وكذلك يلتزم المحكم بحدود موضوع النزاع والقانون الواجب التطبيق المحدد بإتفاق التحكيم، ونصّت إتفاقية نيويورك لعام 1958 أن خروج المحكم عن ما تضمنته إتفاقية التحكيم يجيز للأطراف رفض تنفيذ حكم التحكيم، فنصّت عن ذلك في المادة الخامسة من الفقرة الرابعة بأنه: "لا يجوز رفض الاعتراف بالقرار وتنفيذه، بناء على طلب الطرف المحتج ضده بهذا القرار، إلا إذا قدم ذلك الطرف إلى سلطة مختصة التي يطلب إليها الاعتراف والتنفيذ ما يثبت... أن تشكيل هيئة للتحكيم أو أن إجراءات التحكيم لم تكن وفقا لإتفاق الطرفين أو لم تكن، في حالة عدم وجود مثل هذا الإتفاق، وفقا لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم...".

-تلتزم هيئة التحكيم التقيد بالمدة المقررة للتحكيم، وإذا إنتهت المدة المحددة لطرح النزاع لتسويته عبر التحكيم وتجاوز المحكم المدة المحددة ولم يتفق الأطراف على تمديد مدة إصدار حكم التحكيم فلا يجوز لهيئة التحكيم إصدار أحكام بعد إنتهاء الأجل وإلا كان حكمها معرضا للطعن فيه أو أن يكون غير نافذا، لأن تجاوز المدة المتفق عليها يعتبر إخلالا من المحكم بالتزامه بإصدار قرار التحكيم في المدة المتفق عليها في إتفاق التحكيم، لذلك يعرض حكم التحكيم أو إتفاق التحكيم حالة عدم إصدار الحكم إلى الفسخ⁽²⁾.

-يقع على المحكم قبل السير في إجراءات التحكيم أن يبت في مجموع إختصاصات بداية بالبث في وجود إتفاق التحكيم من عدمه ويتثبت في صحته، فيتحقق من نطاق النزاع الموضوع أمامه من حيث الموضوع وسببه وأطرافه ويتحقق من السلطة المخولة إليه بمقتضى عقد التحكيم وما إن كانت شروط المحكم متوفرة فيه، وهذا ما يطلق عليه الفقه بمبدأ الإختصاص بالإختصاص وسنفصل في هذا الموضوع عند الحديث عن القوة الملزمة لإتفاق التحكيم وما يندرج عنه من الأثر الإيجابي لإتفاق التحكيم. كما يقع على المحكم أيضا أن يتحقق من عدم مخالفة النظام العام وقواعد البوليس فإذا ما تبين أي مخالفة لهذه القواعد يقع واجبا على المحكم الإمتناع عن النظر في النزاع أو البث فيه⁽³⁾.

(1) كمال فتحي دريس، المرجع السابق، ص63.

(2) نوفل حسان، المرجع السابق، ص347.

(3) كمال فتحي دريس، المرجع السابق، ص64.

على أنه: "يكون قبول المحكم للقيام بمهمته كتابة ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول إستقلاله أو حيده".

ونصّت كذلك قواعد الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 في مادتها التاسعة على ما يلي: "يجب على الشخص المراد إختياره كمحكم أن يفصح عن أية ظروف من المحتمل أن تثير بعض الشكوك في نزاهته واستقلاله ومتى تم تعيينه كمحكم يجب عليه أن يفصح عن هذه الظروف للطرفين ما لم يكونا على علم بها"، وفي المادة العاشرة من نفس القانون: "يمكن رد المحكم إذا كانت هناك ظروف تؤثر في نزاهته أو إستقلاله".

إذا كان تدخل هيئة التحكيم محدود ومقيد بمبدأ القوة الملزمة للعقد في التحكيم وفي ظل سيادة إرادة الأطراف في التحكيم التجاري، فنس الشيء بالنسبة للقضاء الرسمي الذي تقيد إرادته في التدخل في التحكيم والمساس بما قرره إرادة الأطراف أو ما فصلت فيه هيئة التحكيم، فبمجرد إبرام إتفاق التحكيم يحضر على القضاء النظر والإختصاص في الفصل في النزاع، فيقع عليه الإلتزام برفض الدعوى ما إذا رفعت إليه.

فقيام التحكيم صحيح من خلال دور إرادة الأطراف في ذلك باعتبار مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ التي يقوم عليها التحكيم، هذا المبدأ الذي يترتب آثار مهمة بإضافته للتحكيم قوة ملزمة فيصبح ما إتفقا عليه الأطراف بمثابة القانون، هذه القوة التي يكتسبها هذا الإتفاق تمنع على الغير من أي تدخل في التحكيم أو أن يعدل فيما أنشأته الإرادة الحرة للأطراف، وإذا كان هذا ما يقتضيه الأصل، فلا اعتبارات تتعلق بالعدالة وتحقيق تسوية فعالة للنزاعات عن طريق حل مختلف العقوبات والمشاكل التي تعترض التحكيم ومختلف المسائل التي يعجز المحكم في حلها وتحقيق الإستقرار القانوني والقضائي، أضحي للقضاء دور مهم في التحكيم من خلال تدخله في التحكيم سواء في تشكيل هيئة التحكيم أو أثناء سير الخصومة التحكيمية أو تدخله الرقابي في المرحلة اللاحقة للتحكيم.

إلا أنه في أعمال لمبدأ سلطان الإرادة وما تؤطره من مبادئ كالقوة الملزمة للعقد في التحكيم عمد الباحثين على رسم الحدود الفاصلة بين القضاء والتحكيم على نحو تقييد ورسم مجالات هذا التدخل وحدوده وضوابط حرية القضاء في تدخله وسلطة ورقابة القضاء على التحكيم، وهنا تثار مسألة مهمة تتعلق بالطابع الرقابي للقضاء على التحكيم وحدود هذه الرقابة ونطاقها وأي فعالية لهذا التدخل، ولا تتم الإجابة عن هذا السؤال إلى بالموازنة بين سلبات هذا التدخل وإيجابياته ورسم حدود واضحة لهذا التدخل و بما يضمن إستقلالية التحكيم والطابع الخصوصي الذي يميزه باعتباره قضاء خاص لتسوية المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية⁽¹⁾.

(1) كمال فتحي دريس، المرجع السابق، ص 207.

ونجد في أغلب التشريعات والاتفاقيات الدولية قد حددت طابعين لهذا التدخل فقد يكون الطابع المساعد أو المعاون للتحكيم وهذا من دون شك فيه دور إيجابي كبير في تسوية المنازعات عن طريق التحكيم، أما الطابع الثاني فهو وقائي وهو أكثر خطورة من الطابع الأول والذي يختلف فيه الفقهاء في تأييد ورفض هذا النوع من التدخل، لذلك سنخصص جانب مهم من الدراسة يتعرض لدور القضاء في التحكيم وكيف يعتبر ذلك تجاوزاً أم تعزيز للطابع الإرادي للتحكيم.

الفصل الثاني

القيود الواردة على سلطان الإرادة في التحكيم التجاري

يعد البحث في الجانب الإرادي للتحكيم الذي يعتبر مبدأ سلطان الإرادة أحد أهم المبادئ والأسس الرئيسية التي يقوم عليها التحكيم التجاري. فبدون هذا الجانب الإرادي، لا وجود للعملية التحكيمية، ولهذا السبب، يحظى البحث في هكذا مواضيع بالأهمية البالغة، خاصة في ظل الاهتمام والتمسك المحلي والدولي بهذا المبدأ.

رغم هذه المكانة والأهمية لمبدأ سلطان الإرادة والمبادئ المؤطرة له في التحكيم التجاري، غير أن التحولات التي عرفتتها المجتمعات بالخصوص منتصف القرن الحالي، وظهرت أنظمة إقتصادية وسياسية مغايرة تماماً، كان له إنعكاس على الحياة القانونية فأضحت العديد من المبادئ التقليدية لا تتماشى مع هذا التحول والتطور الكبير، فأضحى يطفو للسطح إرهابات عدة من هيمنة الطرف القوي في مجال التحكيم والذي يقابله ظهور فئات ضعيفة سواء من الناحية الإقتصادية أو الفكرية أو الإجتماعية، هذا الأمر ظهر معه ما يعرف بحماية الطرف الضعيف بالإضافة إلى تشكل أزمات عدة على مستوى أحد أبرز وأهم المبادئ القانونية فظهر ما يعرف بأزمة سلطان الإرادة نتيجة التجاوز الذي أضحي يطرأ على هذا المبدأ، والإستثناءات الكثيرة التي أدخلت عليه، من توجيه للعملية التحكيمية وظهر ما يعرف بالقواعد الآمرة والتقليص من القوة الملزمة له، وإنهيار مبدأ النسبية إتفاق التحكيم، وظهر ما يعرف بالمصلحة العامة وتحقيق المساواة والعدالة الواقعية، وتعميم فرض شكلية الكتابة تحت طائلة البطلان، ناهيك عن التدخل المستمر لكل من المحكم والقضاء في التحكيم، والمراقبة التي يمارسها كل من المشرع والقضاء، وظهر أنماط جديدة للتحكيم يختلف كلية عن التحكيم التقليدي تحت تأثير التحولات التكنولوجية والتي تعرف بالتحكيم الإلكتروني الذي يحمل طابع خاص ومميز يحتاج لتنظيم مغاير لما كان عليه التحكيم التقليدي، كل هذا أدى إلى محو الصورة النمطية التي يظهر عليها المبدأ والذي أدى بالتحكيم إلى الظهور بوجه جديد مغاير لما كان عليه في ظل هيمنة سلطان الإرادة، لذلك سندرس هذه القيود الواردة على سلطان الإرادة في التحكيم التجاري من خلال مبحثين، في الأول ندرس القيود التقليدية الواردة على إرادة الأطراف في التحكيم التجاري المبحث الأول، يليها التطرق إلى القيود القانونية الواردة على إرادة الأطراف في التحكيم التجاري المبحث الثاني.

المبحث الأول

القيود التقليدية الواردة على إرادة الأطراف في التحكيم التجاري

أدت التحولات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية التي طرأت على المجتمع إلى تأثير مباشر على التحكيم في مختلف مراحله، سواء في بداية نشأة الاتفاق التحكيمي أو في مرحلة تنفيذ حكم التحكيم. هذه التطورات جعلت التفكير يتركز حول مصير المبادئ التقليدية التي تحكم العقد والتحكيم، خاصة وأن المشرع الجزائري جعل مبدأ سلطان الإرادة ركيزة أساسية يقوم عليها التحكيم. هذا الوضع يضعنا أمام إشكالية تتعلق بمدى تأثير التحكيم في خضم كل هذه التطورات التي مست أهم مبدأ يقوم عليه ويؤطره -مبدأ سلطان الإرادة؟ للإجابة عن هذه التساؤل، يقودنا البحث في هذا الجزء إلى إبراز حدود تأثير التحكيم في ظل إحتراز مبدأ سلطان الإرادة وما يندرج تحته من عدة مبادئ تقليدية. لذلك يقتضي هذا البحث دراسة حدود مبدأ القوة الملزمة للاتفاق التحكيمي المطلب الأول، وأيضا بالتطرق لحدود مبدأ نسبية آثار التحكيم المطلب الثاني.

المطلب الأول

التحكيم الإلزامي الدولي: تهميش الرضا في التحكيم الدولي

من خلال ما سبق ذكره حول مفهوم التحكيم وطبيعته القانونية يؤكد على أمرين مهمين يتركز عليهما التحكيم، الأول هو الطبيعة الإرادية للتحكيم وما يطبعه من مبدأ الرضائية الذي يعد من الأركان الجوهرية والأساسية في التحكيم، حيث يترتب على انعدامه بطلان حكم التحكيم. والثاني يؤكد على مبدأ الحرية في التحكيم، إلا أنه بسبب التحولات والتطورات التي عرفتتها الحياة المعاصرة، إهتزت هذه المكانة التي يحتلها مبدأ سلطان الإرادة، حيث أصبحت إرادة الأطراف مقيدة بكثير من القيود التي فرضها سلطان القانون، حيث أصبحت الأطراف ملزمة ببعض التوجهات تحت مبررات تتعلق بالنظام العام وتحقيق العدالة.

فبرز نوع جديد من التحكيم يطلق عليه بالتحكيم الاجباري، هذا النوع من التحكيم الذي ينعدم فيه الرضا يعتبر مناقضا تماما مع الجوهر الذي يقوم عليه التحكيم والذي من خلالها تتجسد طبيعته الإرادية، والتي تكون للإرادة الدور الأساسي في اللجوء والاختيار الحر للتحكيم، هذا الوجه الجديد للتحكيم يتطلب منا دراسة هذا النوع من التحكيم من خلال تحديد تعريف له ودراسة مدى مشروعيته الفرع الأول، كما يقتضي دراسة تهميش الرضا في التحكيم التجاري، دراسة صفة الإذعان في عقود التجارة الدولية وإشكالية تحقيق التوازن والعدالة في التحكيم التجاري الدولي الفرع الثاني، يليها التطرق لمسألة مهمة تتعلق بالتحكيم المؤسساتي ومدى إزعانية أطراف التحكيم وأزمة الرضائية فيه الفرع الثالث.

الفرع الأول: تعريف التحكيم الإلزامي ومدى مشروعيته

إذا كان الأصل في التحكيم الحرية أي أن إرادة الأطراف حرة في اللجوء إلى التحكيم من عدمه وهذا ما يطلق عليه بالتحكيم الاختياري، وقد أضحى في العلاقات الاقتصادية الدولية في الوقت الراهن المتعاقد الأجنبي يفرض ويبسط نفوذه على التحكيم، فيفرض إرادته على الدولة المتعاقدة، فالتفوق المالي والتكنولوجي للدولة المتقدمة تجعله في مركز قانوني وإقتصادي متقدم كثيرا على الطرف الآخر الذي يجد نفسه أمام إنعدام البديل في ظل الظروف الاحتكارية التي تميز الأسواق الدولية وأغلب العلاقات الاقتصادية، فتكون بذلك إرادة الأطراف مقيدة من خلال إلزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم لتسوية نزاعاتهم، ويطلق على هذا النوع الذي يستند فيه التحكيم إلى القانون بالتحكيم الجبري الذي أخذ يتسع في الإنتشار⁽¹⁾، ولإحاطة بكافة جوانب الموضوع سنتطرق لتعريف التحكيم الإلزامي ودراسة مدى مشروعيته.

أولاً: التحكيم الإلزامي تغيب لإرادة الأطراف

إذا كان الأصل هو لجوء الأطراف المحتكمة للتحكيم بإرادتهم الحرة والذي يطلق عليه بالتحكيم الحر أو الاختياري، فإن ما إقتضته التطورات والتحولات الحديثة في مجال التحكيم أدى إلى بروز نوع جديد للتحكيم يطلق عليه بالتحكيم الإلزامي أو ما يسمى أيضا بالتحكيم الإلزامي أو بالتحكيم القضائي في بعض الدول، ويقوم هذا التحكيم على إنعدام دور إرادة الأطراف في مختلف مراحل العملية التحكيمية، سواء باللجوء للتحكيم أين يفرض على الأطراف اللجوء إلى التحكيم دون طريق آخر لتسوية النزاع، أو إختيار وتعيين هيئة التحكيم التي تتولى مهمة الفصل في النزاع، أو تحديد القواعد الموضوعية والإجرائية المنظمة للعملية التحكيمية، أو إختيار مكان التحكيم، فيصبح التحكيم أشبه بالنظام القسري المفروض على الأطراف فلا يكون أمامهم حرية الاختيار والتوجه لوسيلة أخرى بخلاف التحكيم، تحت طائلة عدم قبول دعواهم حالة مخالفة هذا التوجه وسلوك وسيلة أخرى لتسوية النزاع، الأمر الذي يمكننا القول معه بأن الإرادة في هذا النوع من التحكيم تكون معدومة.

وتكون هذه الإلزامية إما من خلال عقد نموذجي يوقع عليه الأطراف فيجعل اللجوء إلى التحكيم إجباريا عند تسوية أي نزاع ينشأ بمناسبة هذا العقد، وإما يكون من خلال نص المشرع أو أي تنظيم سواء كان معاهدة أو

(1) نور الدين موفق، عقود نقل التكنولوجيا بين التفاوض والاذعان، المسطرة الإجرائية لأشغال الملتقى الوطني الرابع حول مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد، المنعقد يومي 06 و 07 نوفمبر 2017، كلية الحقوق جامعة بومرداس، الطبعة الأولى، 2019، ص 207.

Ousmane Diallo, LE CONSENTEMENT DES PARTIES À L'ARBITRAGE INTERNATIONAL, graduate institute publications, 2010. le texte intégrale publié : au: <https://books.openedition.org/iheid/963>.

J. ROBERT, op cit, p. 3.

إتفاقية بنص قانوني يلزم فيه الأطراف باللجوء إلى التحكيم في نزاعات معينة لا يقبل المخالفة ولو بالتوجه للقضاء العادي لتسوية النزاع، وقد يكون التحكيم ملزماً حال التوجه لمراكز وهيئات التحكيم الدولية التي تكون فيها دور الإرادة محصوراً في أضيق النطاق، من خلال وضعها لتنظيم إلزامي للإجراءات والقواعد التحكيمية لا يكون لإرادة الأطراف أي دور في مناقشتها أو تعديلها أو عن طريق الإضافة.

وعلى العموم فللتحكيم الإجباري ثلاث صور أساسية، فإما أن يتم الاكتفاء بفرض التحكيم ويترك للأطراف تنظيم جميع المراحل العملية التحكيمية من قواعد وإجراءات، وإما أن يتم التدخل من خلال وضع تنظيم إلزامي لإجراءات وقواعد التحكيم وترك الحرية في اللجوء للتحكيم من عدمه في تسوية النزاع، والصورة الثالثة وهي الأشد أين تنعدم فيها إرادة الأطراف فيفرض التنظيم اللجوء إلى التحكيم وبالقواعد والإجراءات التي يضعها دون أن تكون للإرادة أي دور أو حرية في المخالفة لما أقره التنظيم سواء من حيث الإجراءات والقواعد المنظمة للعملية التحكيمية أو من خلال اللجوء للتحكيم⁽¹⁾.

ثانياً: مشروعية التحكيم الإجباري

إن أساس التحكيم والذي يستند في قيامه على إتفاق الأطراف على اللجوء إليه، سواء إبرامهم لشرط التحكيم قبل وقوع النزاع بتضمينه في العقد محل الالتزام بتنفيذه، أو إبرامهم لإتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، ولا يكتفي دور الإرادة في إبرام إتفاق التحكيم بل يمتد دور الإرادة في تكوين هيئة التحكيم باختيار أعضائها المحكمين، واختيارهم لمختلف القواعد الإجرائية والموضوعية، وكل فرض وجبر للأطراف باللجوء للتحكيم يعد تجاوزاً للإرادة والطبيعة الإرادية التي يتميز بها التحكيم.

فيعد التحكيم الإجباري ذلك التحكيم الذي يدعى فيه أحد أطراف النزاع أو كليهما إستناداً إلى القواعد القانونية الآمرة التي لا يمكن مخالفتها بأي حال، فيلجأ الأطراف إلى التحكيم مكرهين في إنعدام كلي للإرادة ذلك لكون التحكيم مصدره الأساسي هو الإتفاق.

ولما كان هذا هو عليه الحال في التحكيم الاجباري فإن المبدأ المتفق عليه عدم جواز التحكيم الإجباري⁽²⁾، واعتبار كل شرط يؤدي إليه بطريقة إلزامية مخالف للنظام العام مما يؤدي إلى بطلان مثل هكذا شروط، لكون الأصل أن يتم اللجوء بطريقة حرة وبتراضي إرادة الأطراف مشتركة بالإتفاق على اللجوء إلى التحكيم لتسوية

(1) للمزيد حول التعريف بالتحكيم الإجباري أنظر: مهدي ديانة وعمار بلحيمر، مظاهر تقييد إرادة الأطراف في التحكيم في التشريع الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، العدد 17 جوان 2017، ص 69.

(2) يطلق عليه كذلك بالتحكيم الالزامي أو التحكيم القضائي أو تحكيم بدون إتفاق.

نزاعاتهم، وهذا ما سارت نحوه المحكمة الدستورية في مصر أين قضت في العديد من أحكامها ببطلان مثل هكذا شروط المنصوص عنها تشريعيا وعدم دستوريته، أين صدر حكم من المحكمة الدستورية المصرية في جلستها المنعقدة في 17 ديسمبر 1994 وقضت فيه بأن فض النزاع بطريق التحكيم لا يكون إجباريا، إنفاذا لقاعدة آمرة لا يجوز الإتفاق على خلافها، فالتحكيم مصدره الإتفاق، سواء كان موضوع التحكيم نزاعا قائما أو محتملا، وهذا ما جاء مؤكدا بالقانون رقم 27 لسنة 1994، وقوامها أن التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح، وليد الإتفاق سواء كان التحكيم داخليا أم دوليا، مدنيا أم تجاريا، كذلك يؤكد القانون أن التراضي على التحكيم والقبول به، هو المدخل إليه، وهذا غير مناف للقوانين المقارنة أبرزها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعتمد من طرف لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي 1985، الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961، إتفاقية نيويورك 1958، والإتفاقية المبرمة فيما بين الدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية 1975...، لذلك فالنص المطعون فيه قد فرض التحكيم جبرا على المتخاصمين خلافا للأصل، فإن هذا النوع من التحكيم لا يعزل المحاكم عن مباشرة ولايتها، بل تعود هذه الولاية إلى القاضي الطبيعي من بينها تبعا لبطلان النص التشريعي الذي أنشأ هذا التحكيم الإجباري، ذلك أن كل تحكيم حمل إليه أطراف الخصومة، ينبغي أن يعامل باعتباره تحكما تم دون إتفاق، أو بناء على إتفاق لا يستنهض ولاية التحكيم، وهذا النوع من الشروط التي تجعل من التحكيم يتم قسرا يعد إنتهاك صريح لحق التقاضي المكفول بموجب الدستور، لذلك حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة 18 في فقرتها الثانية من القانون رقم 48 لسنة 1977 بإنشاء بنك فيصل الإسلامي، وكذلك بسقوط فقراتها الثالثة والرابعة والخامسة، وما ورد بالفقرتين السادسة والسابعة المتعلقة بهيئة التحكيم⁽¹⁾.

وتوالت العديد من الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية والتي أكدت على عدم دستورية التحكيم الإجباري واعتبار ذلك مخالف للنظام العام وأن فرض التحكيم إنتهاك للحق الدستوري في التقاضي⁽²⁾، كما سارت محكمة استئناف القاهرة في قرارها رقم 96 الصادر بتاريخ 2016/03/06 الذي نص على وقف نظر

(1) عمر محي الدين المصري، إبطال حكم التحكيم موضوعيا، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط كلية الحقوق، عمان الأردن، 2020، ص180.

(2) هناك العديد من الأحكام انتهت إليها المحكمة الدستورية العليا بعدم شرعية النصوص القانونية التي تفرض اللجوء إلى التحكيم جبرا، أهمها:
-الحكم بعدم دستورية المادة 10 في فقرتها الثانية والمادة 52 من قانون سوق رأس المال الصادر من خلال قانون رقم 95 لسنة 1992.
-الحكم بعدم دستورية المادة 57 من قانون الجمارك وسقوط قرار وزير المالية رقم 228 لسنة 1958 بشأن التحكيم.
-الحكم بعدم دستورية المادتين 13 فقرة 4 والمادة 17 من قرار وزير التعمير والدولة للإسكان واستصلاح الأراضي رقم 693 لسنة 1981 والمادة 10 من قواعد العمل بالجمعيات التعاونية للبناء والإسكان المرفقة بقرار وزير التعمير والدولة للإسكان واستصلاح الأراضي رقم 46 لسنة 1982 فيما تضمنته تلك النصوص من فرض للتحكيم الاجباري على الجمعيات التعاونية للبناء والإسكان وأعضائها.

دعوى بطلان حكم التحكيم حين بت المحكمة الدستورية بدعوى عدم دستورية التحكيم الاجباري في قانون رقم 97 لسنة 1983⁽¹⁾، وأيضا ما قضت به المحكمة الفيدرالية السويسرية بإبطالها حكما صادرا عن هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس ICC والذي كان أحد أطرافها حكومة بنغلادش باعتبار التحكيم إجباريا⁽²⁾، كذلك ما قضت به محكمة لاهاي بتاريخ 2016/04/02 أين قضت ببطلان حكم التحكيم الصادر ضد روسيا لكون حكومة روسيا قامت بالتوقيع على الإتفاقية المتضمنة شرط التحكيم ولم تصادق عليها وبالتالي فإن شرط التحكيم لا يعتبر إختياريا⁽³⁾، لذلك ما نسجله انطلاقا مما تم الاستشهاد به من أحكام وقرارات بخصوص بطلان شرط التحكيم الاجباري أن هناك من يجمع على وجوب التصدي ببطلان شروط التحكيم الاجبارية لعدم دستوريته ولمخالفتها للنظام العام.

إذا كان التحكيم الإجباري لا يثير أي إشكال في عدم دستوريته سواء في إقراره أو من ناحية إجراءه، لكن المثير للإشكال هو ما تعلق بالتحكيم الذي يكون ظاهره إختياريا، إلا أن الواقع العملي يؤدي إلى لجوء أحد الأطراف بصفة مضطرة مما تكون الإرادة مدعنة بسبب القوة الاقتصادية للطرف الآخر وحاجة الطرف الآخر إلى إبرام العقود المتعلقة بالتجارة والاستثمار، وما زاد هذه المسألة تعقيدا هو إنتقال هذا الإذعان والجبر ليس فقط في اللجوء إلى التحكيم بل أيضا قبوله لشروط غير ملائمة تشكل كذلك إذعان له كإجراء التحكيم في بلد أجنبي أو مؤسسة تحكيم يعينها ويفرضها الطرف القوي أو وفقا لنظام مركز تحكيم تكون تكاليفه باهظة أو تعرف إنحياز في القرارات التي تصدرها لمصلحة الطرف القوي، أو في الإختيار الانفرادي لهيئة التحكيم دون رغبة الطرف الآخر في ذلك⁽⁴⁾.

هذا النوع من التحكيم رغم ما يبرز في ظاهره بأنه إذعان للطرف الضعيف وفي بعض الأحيان يشكل تعسف له، ولجوءه للتحكيم يكون مكرها تحت حاجات وأسباب سبق ذكرها، إلا أن هذا التحكيم يعتبر إختياريا وهذا ما شكل إضطراب كبير في العملية التحكيمية خصوصا ما تعلق بالدول النامية.

(1) عمر محي الدين المصري، المرجع السابق، ص171، نقلا عن مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن والثلاثون، نيسان، 2018، صص 462-465.

(2) عمر محي الدين المصري، المرجع السابق، ص172، نقلا عن عبد الحميد الأحمد، عزل المحكم، مجلة التحكيم العالمية، عدد الثامن والثلاثون، مرجع سابق، ص155.

(3) عمر محي الدين المصري، المرجع السابق، ص172، نقلا عن مجلة التحكيم العربي، عدد السادس وعشرون، القاهرة، 2016، صص 231-232.

(4) مقال صحفي بعنوان: البروفيسور عبدالبر الصياد : عدم دستورية التحكيم الإجباري، موقع الحوار، 2 نوفمبر 2021، تم إسترداد من موقع: <https://elhiwar.dz/international/216466> يوم 2022/11/21 على الساعة: 21:00.

الفرع الثاني: صفة الإذعان وإشكالية تحقيق التوازن والعدالة في التحكيم التجاري الدولي.

إن التطور والانفجار الذي شهدته الحياة الاقتصادية، أدى إلى خلق تمايز وتفاوت في مراكز القوى الاقتصادية، أين ظهرت دول اقتصادية كبرى في مقابل دول ضعيفة اقتصادياً، هذا الوضع أثر على إبرام عقود التجارة الدولية واللجوء للتحكيم، فصار الموجب ينفرد بوضع شروط للعقد لا تقبل المناقشة ومن هنا وجدت صفة الإذعان في التحكيم، هذا الأمر أدى إلى تسليط الضوء على عقود الإذعان من خلال التعريف بها، ومدى انطباق صفة الإذعان على العقود النموذجية في إطار التحكيم التجاري الدولي، والحماية المقررة للطرف الضعيف في هذه العقود من خلال استهداف مسألة تحقيق التوازن العقدي داخل عقود التجارة الدولية.

أولاً: وضع الإرادة النمطية في التحكيم التجاري الدولي

أضحى التحكيم التجاري الدولي يتسم بعدم التوازن بين الأطراف، حيث يجد الطرف الضعيف نفسه أمام الطرف القوي الذي يتمتع بميزة اقتصادية وقانونية مما تنعدم معه المساواة بين الأطراف سواء من الناحية القانونية أو الاقتصادية. وهذا اللاتوازن يؤثر على طبيعة العلاقة التحكيمية، ويجعل من الصعب تحقيق العدالة بين الطرفين. من هنا، بات من الضروري البحث عن آليات ووسائل لإعادة التوازن إلى التحكيم، ولو على حساب مبدأ سلطان الإرادة. وهذا بالفعل ما يفسر تراجع هذا المبدأ داخل التحكيم.

لذلك، بات لزاماً التطرق إلى مدى إذعانية العقود النموذجية وتحقيق الصفة التعسفية في ظل التحكيم التجاري الدولي. وما يتبع ذلك من تسليط الضوء على مسألة تحقيق التوازن العقدي⁽¹⁾ داخل التحكيم التجاري الدولي نتيجة الاخلال الذي يمس أحد أطراف التحكيم جراء الإذعان والتعسف الممارس من الطرف الأقوى في العلاقة التحكيمية.

(1) يحمل مصطلح التوازن العقدي عدة مترادفات: التعادل - التناسب - المساواة - المضاهاة - المقابلة - الاستقرار - التكافؤ... ونحو ذلك، فهو مبدأ مشتق من الفعل وزن، ويقال أوزن بين الشيئين موازنةً، ووزانا أي ساوى وعادل فيما بينهما وأوزن الشيء بالشيء، أي ساواه في الوزن وعادل وقابله وحاده... إلخ، فصل في هذا المصطلح: الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، معجم لسان العرب، ط 1، دار صادر، بيروت، ج 13، ص 446 وما بعدها.

أما من الناحية الاصطلاحية القانونية فيعرف التوازن العقدي بأنه ذلك التناسب والتكافؤ والتعادل بين الحقوق والالتزامات المتقابلة التي يترتبها العقد أو إلتزامات كل طرف تجاه الطرف الآخر مع إنتفاء أي إختلال فادح بين إلتزامات الطرفين، أي بين ما يقدمه أحد الأطراف مع مقابل الأداء المقدم من الطرف الآخر، على نحو متقارب لما تم الإتفاق عليه بين الأطراف المتعاقدة وبما يحقق المنفعة المقصودة لجميع الأطراف المتعاقدة المقصودة من إبرامهم للعقد. تم جمع وإستخلاص هذا التعريف: أنظر ميثاق طالب عبد حمادي ونهى خالد عيسى الموسوي، سلطة المحكم بالصلح في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد دراسة في عقود التجارة الدولية، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة بابل، العدد 41، 2018، ص 1113-1115.

1- الإذعان وتحقيق الصفة التعسفية في ظل التحكيم التجاري الدولي

1/1- الإطار المفاهيمي للإذعان: لما كانت عقود التجارة الدولية الآلية الوحيدة التي من خلالها يتم إبرام المعاملات التجارية الدولية، إلا أنه في ظل التطورات ظهر ما يعرف بالعقود النموذجية التي أضحت تسيطر على العمل الاقتصادي من خلال الانتشار الواسع لها في جل الممارسات التجارية الدولية، فيعتبر هذا النوع من العقود النموذجية أقرب في تنظيمها وشكلها إلى النصوص التشريعية، لتسيير ظروف إنعقاد المعاملات التجارية الدولية⁽¹⁾. وتمثل نمطية ونموذجية هذا النوع من العقود من خلال قبول الأطراف والتوقيع على العقد بكل ما ورد فيه من شروط وقواعد معدة مسبقاً، دون أن تكون للأطراف أي حرية في المناقشة أو المساومة أو التداول، فتكون هذه الأطراف مدعنة في التوقيع على هذه العقود وما يملئ الطرف الموجب المشتراط شروطه على المدعن الطرف الضعيف⁽²⁾، لذلك يعتبر الفقه أن هذه العقود بالرغم من دورها الكبير في تسهيل تبادل السلع والخدمات عبر الحدود وإقتصاد الكثير من الوقت والجهد والنفقات لمجرد ملء بعض البيانات في النموذج المعد مسبقاً، والتأطير العملي للمعاملات التجارية الدولية في مختلف المجالات داخل مجتمع التجارة الدولي الذي يظهر كمجتمع متجانس لحد كاف، وما تضيفه من مرونة على معاملات التجارة الدولية لما تشتمل عليه من أحكام تفصيلية من تحديد للالتزامات وحقوق الأطراف وطريقة التنفيذ وغيره من المسائل المرتبطة بالتجارة الدولية، إلا أنها بالمقابل تشكل خطر يهدد الأطراف الموقعة على هذا النوع من العقود تحت الحاجة الماسة لإبرام هذه العقود، فتستعمل الأطراف القوية من دول وشركات دولية لفرض بعض البنود والشروط التعاقدية مستغلة الموقع والقوة الاقتصادية لفرض التعسف على الأطراف الضعيفة التي لا تملك مناقشة هذا النوع من العقود⁽³⁾.

من ذلك يعرف عقد الإذعان بأنه "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررّة يضعها الموجب ولا مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق فيها في شأنها"⁽⁴⁾.

وتتميز عقود الإذعان بخصائص متنوعة تجعل منه عقد فريد من نوعه مختلف تمام عن العقود الأخرى التي تقوم على المساومة والمناقشة دون أن تكون إرادة أحد الأطراف مجبرة ومضطرة لقبول شروط العقد التي يضعها الطرف الآخر، وجاءت هذه الخصائص على النحو التالي⁽¹⁾:

(1) إبراهيم العسري، المرجع السابق، ص 124.

(2) سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان "دراسة فقهية مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 10.

(3) إبراهيم العسري، المرجع السابق، ص 125-126.

(4) أنظر لتعريف: عبد المنعم فرج الصده، عقد الإذعان، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، المجموعة 4 عدد 1، 1996، ص 243.

- 1- ظهور الموجب بصفة المحتكر والمتفوق اقتصاديا نتيجة مركزه الاقتصادي الذي يتغلب فيه عن الطرف الآخر.
- 2- تعلق العقد بسلع أو خدمة أو مرفق أو منتجات تعتبر من الضرورات الأولية بالنسبة للمستهلكين والمتنفعين.
- 3- أن يكون الإيجاب عامل ودائما، أي أن يوجه إلى أشخاص غير محددين، ويحتفظ به لمدة غير محدودة، فيحمل طابع الاستمرار والدوام.
- 4- صدور الإيجاب في قالب نموذجي، ويعرض ككل، فإما أن يقبل كله أو يرفض، والغالب في هذا العقد أن يكون في صيغة مكتوبة، وعادة ما تكون في صالح الموجب لتفوقه الاقتصادي، وكون القابل يكون تحت رحمة الموجب لحاجته الضرورية للتعاقد.
- من الخاصية الأخيرة لعقد الإذعان، يظهر الفكرة العامة للإذعان في التحكيم التجاري الدولي، أين يكون الطرف الضعيف في العلاقة مدعن في اللجوء إلى التحكيم والقبول به في إطار إبرامه للعقد النموذجي⁽²⁾.
- وسنفصل أكثر فيما يأتي حول الإذعان في التحكيم التجاري وتحقق الصفة التعسفية في ظل التحكيم التجاري الدولي.

2/1- الإذعان في التحكيم التجاري وإشكالية إختلال التوازن:

إن ارتباط التحكيم بالعقد جعل التحكيم يتأثر بالعقد، الذي يعد وليد التطور الاقتصادي، والأصل أن الأطراف تقوم بمناقشة عقد التحكيم، سواء من حيث الشروط أو الأحكام، بحرية وبشكل متكافئ. ومع ذلك، أدى تطور الحياة الاقتصادية إلى تطور طريقة إبرام العديد من العقود، خاصة على المستوى الدولي في عقود التجارة الدولية.

حيث ينفرد فيها الموجب إنفراد تام في وضع شروط العقد التي يعتبر فيها التحكيم أحد أبرز هذه الشروط، والتي يستحيل مطلقا مناقشة هذا النوع من العقود، وسبب إحتكار الموجب لوضعه هذه الشروط في العقد دون أن تكون قابلة لأي مناقشة هو التفوق والتفاوت في المركز الاقتصادي بين كل من الموجب والقابل، عكس الطرف القابل الذي يكون مجبر على التعاقد للحاجة الضرورية للسلعة أو المنتج أو الخدمة محل إبرام العقد، ضف لذلك

(1) أنظر: عبد المنعم فرج الصده، عقد الإذعان، المرجع السابق، ص 244.

(2) وأكدت على هذا المبدأ محكمة النقض الفرنسية أين اعتبرت شرط التحكيم المدرج في وثيقة أشار إليها العقد كالشروط العامة أو الشرط النموذجي يعتبر صحيحا منتجا لآثاره حتى ولو لم ينص على هذا الشرط صراحة في العقد الذي وقعته الأطراف، مادام المتعاقد الذي يحتج عليه بشرط التحكيم قد علم به وقت إبرام العقد والتزم الصمت حياله، فعدم إعتراضه يعني قبوله إدماج شرط التحكيم في هذا العقد. أشار إلى الحكم علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص 81.

العلم والمعرفة والخبرة الواسعة التي يمتاز بها الموجب، عكس القابل الذي يكون جاهلا بمخلف الجوانب المهمة في العقد، هذا الوضع يجعل الموجب في وضع المحتكر فعليا وقانونيا، هذا التمايز بين أطراف العقد يخلق وضع حتمي يتمثل في الاختلال التوازني للعقد، وهو ما يطلق على هذا النوع من العقود كما سماه الفقيه عبر الرزاق السنهوري بعقود الإذعان⁽¹⁾.

وغالبا ما تتضمن هذه العقود إدراج بند تسوية المنازعات المثارة عن طريق التحكيم، أين يجد الطرف الضعيف نفسه أمام إجبارية اللجوء إلى التحكيم لتسوية أي نزاع ناشئ عن العقد، وهذا ما يشكل تهميش وإقصاء للحرية الإرادية، من هنا حمل هذا النوع من العقود إشكالات فيما تعلق بتغيب عنصر الإرادة الذي يعتبر الأساس الذي يعتمد عليه التحكيم وأحد المبادئ المؤطرة له، مما يعدم التوازن العقدي في التحكيم وما يؤدي ذلك لفتح المجال لاستغلال الطرف الضعيف والتعسف عليه إقتصاديا الذي في الغالب يكون ضد الدول النامية من طرف الدول الصناعية الكبرى، ليعتبر أداة في يد الأخير لتحقيق أهدافها الإقتصادية والسياسية... إلخ.

وتظهر مشكلة الإذعان في التحكيم في الكثير من العقود التجارية الدولية كعقود الاستثمار وعقود النفط وعقود التسيير والخدمات وبالأخص ما تعلق بعقود نقل التكنولوجيا، وتمتاز هذه العقود وإن كانت حديثة وذات أهمية للعديد من الصعوبات التي تعترضها من ناحية التطبيق، وشمولها على علاقات بين أطراف غير متساوية، الأمر الذي يثار معه العديد من المنازعات، وأبرزها ما يتمثل في إجبارية التحكيم في هذا النوع من العقود وتعسفية الشرط التحكيمي فيها باعتبار العقود المذكورة أنفا في مجملها عقود إذعان.

وأبرز هذه العقود مثلما أسلفناه سابقا، عقود نقل التكنولوجيا هذه العقود التي تعتبر إمتدادا للتطور القانوني الحديث، هذه الأخيرة التي في الغالب تبرم بين الدول النامية والدول المتقدمة، أو بين الدولة وأحد الفروع والمؤسسات الأجنبية التابعة للدولة المتطورة، أو بين الدول النامية والشركات الأجنبية، لذلك تعد عقود نقل التكنولوجيا من العقود التي تنعقد تحت طائلة الإذعان، الذي يظهر في إنفراد ناقل التكنولوجيا بوضع شروط على المستورد الذي غالبا ما يكون مع الدول النامية شروطا تجعل المستورد يذعن لها تحت الحاجة الملحة لها لتطوير الإنتاج وتطوير المجتمع، فتكون هذه الدول أكثر عرضة لهذا الوضع في مواجهة الدول القوية التي تحتكر هذا النوع من العقود بصفقتها مصدرة للتكنولوجيا، هذه العقود التي لا يمكن أن تتم دون النص فيها على اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في جميع المنازعات الناشئة عنها، مما يترتب عنه إخلال بالتوازن العقدي نتيجة إبرام المتعاقد المتمثل في المستورد لهذه التكنولوجيا تحت طائلة الضغط والإكراه الممارس من طرف الناقل لهذه التكنولوجيا.

(1) وقد فصل عبد المنعم فرج الصده في عقد الإذعان أنظر: عبد المنعم فرج الصده، عقد الإذعان، المرجع السابق، ص 243-244.

ويظهر عدم التوازن في التحكيم، من خلال عدم توازن إرادة طرفيه نتيجة صفة الإذعان، بتأثر القبول بالضغط على إرادة القابل، سواء تمثل هذا الضغط في صورة الإكراه أو الاستغلال، اللتان تعيب فيهما الإرادة، فيقع الإكراه نتيجة ما قد يخضع له أحد الأطراف من خلال توجيه إرادته في إبرام إتفاق التحكيم وما يتضمنه من شروط وأحكام منظمة بصفة أحادية من طرف المتعاقد القوي، فيخضع المتعاقد الضعيف لإبرام العقد المتضمن لشرط التحكيم، أو أنه يخضع للبند التي يتضمنها عقد التحكيم من قواعد والأحكام المنظمة للعملية التحكيمية التي ينفرد الطرف القوي في تنظيمها والتي قد تعطي له حقوق تمس بالتوازن داخل التحكيم، وتقتصر إرادة الطرف الضعيف إما بالقبول الكلي أو الرضا للعقد دون أن يكون له الحق في التفاوض أو مناقشة الشروط الموضوعية بشكل نموذجي.

تجدر الإشارة أن الإكراه الممارس هنا من قبل الطرف القوي يختلف عن الإكراه المنصوص عنه في المادة 88 من القانون المدني الجزائري: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق".

كما قد يظهر عدم التوازن في ظل ما قد يعمد الموجب المشتراط باستخدام الوسائل الاحتيالية عن طريق التدليس في إيقاع المذعن في التعسف والإذعان، مما يجعل الطرف الموجب يخون الثقة بطريقة غير عمدية فيوقع المذعن في غلط⁽¹⁾.

ويقع التدليس نتيجة إخلاف المشتراط الموجب بإعلام المذعن، وإفصاحه له عن كافة المعلومات الضرورية واللازمة وما تقتضيه الثقة في المعاملات، وكتمان هذه المعلومات فإن إرادة المذعن تكون مشوبة بعيب التدليس الذي يفرض ضرورة إعادة التوازن العقدي⁽²⁾.

كما قد تنطبق نظرية الغبن على عقود الإذعان، نتيجة تأثر إرادة القابل الطرف الضعيف في العلاقة الذي لم يصدر قبوله عن حرية كاملة، أو فقد حريته في الاختيار الأمثل لشروط العقد، كل هذا ناتج عن تعاقدته عن ضعف وحاجة إقتصادية ماسة، الأمر الذي يجعل إرادته يعتريها الضعف⁽³⁾.

أما إختلال التوازن على مستوى إتفاق التحكيم فبالرغم من المكانة التي يحتلها التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، فإنه لا يزال معقدا وأكثر تكليف للأشخاص، خصوصا ما تعلق بمسألة الطرف الضعيف التي

(1) سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 10.

(2) سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 15.

(3) سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 22.

أوضحت تطرح في الآونة الأخيرة أكثر من أي وقت مضى، نتيجة ما طرأ من تحولات وتغيرات مست نظام التحكيم، فأوضحت مسألة التوازن والعدالة في التحكيم من أهم المسائل التي تطرح حالياً خصوصاً في ظل عقود التجارة الدولية وما أفرزه الواقع من عقود حديثة ومعاصرة، لذلك فآثار مسألة الوصول للعدالة والتوازن داخل التحكيم التجاري الدولي إشكالات عديدة، فقد تجد بعض الأطراف نفسها في مواجهة أطراف أخرى ينعدم فيها التوازن من حيث القوة الاقتصادية والفكرية والموارد البشرية والمالية، أو من حيث امتلاك المعلومات والخبرة في التحكيم، كما أنها لا تتمتع بالضرورة بالمعاملة المتساوية في القانون والمعاهدات الدولية، أو أنها لا تتوفر على نفس وسائل التسوية التي تتوفر عليها الطرف القوي، كل هذا يخلق اختلال في التوازن القانوني والاقتصادي داخل التحكيم⁽¹⁾.

لذلك فمسألة التوازن والعدالة في التحكيم تطرح مسألة جد معقدة تتعلق بمدى الإمكانية والقدرة على الذهاب للتحكيم والمساواة بين الأطراف في الإجراءات؟ وهل يعتبر بالفعل التحكيم عدالة الأقوياء والأغنياء أم أن الواقع يقول غير ذلك؟

وأشارت العديد من النصوص القانونية لمسألة إختلال التوازن داخل التحكيم، فنصّت المادة 18 من القانون الأونسترالي النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على المساواة وحق الأشخاص في عرض قضاياهم وحصولهم على فرص متكافئة، وعرض قضيتهم بأفضل ما لديهم من قدرات إضافة إلى مبادئ أخرى التي تحقق مزيد من ضمانات المحاكمة العادلة، وفي نفس السياق نصّت المادة 6 (1) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على حق المحاكمة العادلة سواء ما تعلق بالإجراءات الجنائية أو ما تعلق بالإجراءات المدنية والتجارية⁽²⁾.

وينطبق هذا الإنصاف على مجمل الإجراءات، كما يجب على المحاكم وهيئات التحكيم أن توفر لجميع الأطراف فرصة عادلة لمرافعة قضيتهم بشكل فعال وتقديم طلباتهم، وأيضاً أن تتوصل هيئة التحكيم إلى قرارها الفاصل في النزاع دون تحيز أو تعسف.

وقد نص القانون النموذجي للأونسترالي للتحكيم التجاري الدولي إلى أن أي انعدام أو إنتهاك للمساواة في التعامل، سيؤدي حتماً إلى إلغاء الإجراءات وقرارات التحكيم وحددت ذلك نص المادة 34 (1) و (2)، والمادة 22 من القانون.

(1) Ilias Bantekas, EQUAL TREATMENT OF PARTIES IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, International & Comparative Law Quarterly , Volume 69 , Issue 4 , October 2020 , pp. 991 - 1011.

(2) Ibidem, p. 995.

أما بخصوص الإجتهاادات القضائية وإجتهاادات التحكيم فجاءت العديد من الأحكام تعالج مسألة غياب التوازن وهذا ما جاء في القضية المتمثلة في النزاع القائم بين Iwona G. v A. Starosta i Wspólnicy spółka jawna w B حيث إدعى المدعي أنه لم يكن قادرا على المشاركة في تشكيل هيئة التحكيم المشكلة من سبعة محكمين، الأمر الذي أضرب بمصالحه نتيجة إنعدام المساواة في تعيين هيئة التحكيم، وهذا ما أيدته محكمة الاستئناف في بياستوك واعتبرت ذلك إنتهاك لمبدأ المساواة بين أطراف النزاع التحكيمي⁽¹⁾.

وكان أيضا إجتهااد لمحكمة النقض الفرنسية في قضية غاروييت في قرار صادر في 16 نوفمبر 2015، أن أي وقف لإجراءات التحكيم التي تعرض أحد الطرفين لحرمان من العدالة يعد إجراء تعسفيا.

والأكثر من ذلك وعلى نحو استثنائي، فقد قضت المحكمة العليا البرتغالية في معهد وول ستريت البرتغال مركز إنغليس WSI-SA الهيئة الاستشارية للتسويق الدولي وآخرين ضد مركز إنغليس سانتا باربارا LDA، أين قضت بأنه في حال أصبح أحد الأطراف في إجراءات التحكيم معسرا، يحق له الحصول على المساعدة القانونية مما يمكن له اللجوء إلى التقاضي بدل من التحكيم، والأساس التي استندت إليه المحكم العليا في رفض شرط التحكيم هو أن المصلحة هنا إجرائية بحتة تؤدي بالضرورة إلى حماية المصلحة الموضوعية المتمثلة في الحق في الحصول على محاكمة عادلة⁽²⁾.

لذلك فإذا أدى إتفاق التحكيم إلى شكل من أشكال عدم المساواة أو إنعدام التوازن القانوني أو الاقتصادي في التحكيم والذي قد يضر معه بشكل غير عادل أحد الأطراف، فإنه يقع على المحكمة أو هيئة التحكيم إبطال الشرط أو الجزء من الإتفاقية المؤدي لإخلال التوازن بين أطراف الإتفاق.

2- تحقق التعسف في التحكيم التجاري:

إن تطور عمليات التصنيع والرأسمالية الاقتصادية أدى إلى ظهور طائفة المتعاقدين المحترفين، الذين فرضوا سرعة المعاملات من خلال الإعداد المسبق للعقود التي يبرمونها وتضمنها من الشروط والبند التي تخدم مصالحهم الاقتصادية بشكل أوسع، ما ساهم في اتساع مجال التعاقد وفق شروط موحدة، عامة مجردة ومعدة مسبقا من قبل أحد المتعاقدين دون مشاركة الباقي، وهذا ما يعرف بشروط أحادية المنشأ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Ibidem, p.1001.

⁽²⁾ الحكم رقم 2008/311 30 ماي 2008.

⁽³⁾ منصور حاتم محسن وإيمان طارق مكى، القوة الملزمة للشروط الأحادية المنشأ في العقد، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد الأول، 2009، ص184.

وهذه الشروط تستمد قوتها من إرادة واضعها، ومن مدى التزام المتعاقد الآخر بها خاصة إذا كانت تضر بمركزه القانوني والاقتصادي، من خلال الإنقاص من الضمانات والحقوق الممنوحة له، أو بفرض شروط تؤدي إلى فرض التزامات خارجة عن المألوف للطرف المقابل، أو كانت هذه الشروط تعفي أو تخفف مسؤولية واضعها في حالة تأخره في تنفيذ الالتزامات التعاقدية⁽¹⁾.

إن خاصية الإذعان لها تأثير على الطبيعة الإرادية للتحكيم، فالوضع الحالي جعل من العقود ومن شرط التحكيم خاصة وسيلة تعسف وإذعان من قبل الدول المتطورة أو كبرى الشركات ضد الدول النامية، فلم تعد الإرادة المشتركة بين أطراف العقد هي المحدد الأول في إبرام شرط التحكيم، من خلال الصياغة الأحادية للشرط التحكيمي وإجبارية التعاقد معه الذي في الغالب يكون من الدول النامية في اللجوء إلى التحكيم أو اختيار القانون الذي يحكم إتفاق التحكيم والواجب التطبيق أو مكان إجراء التحكيم أو القواعد الإجرائية أو اللجوء إلى مؤسسة تحكيم معينة.

لذلك فالتطور الذي وصلته هذه العقود والممارسات العملية الحديثة للتحكيم أثرت إما تأثير في التحكيم، هذا التفاوت بين أطراف العلاقة أدى بالضرورة إلى اختلال التوازن القانوني والاقتصادي سواء بالنسبة للعقود أو داخل التحكيم في حد ذاته، فيمتد بذلك الإذعان ليشمل كل عقد إختل فيه توازن إرادة المتعاقد نظرا لقيام أحد المتعاقدين بإعداده مسبقا⁽²⁾، وهذا ما يوافق تعريف جاك غاستان بأنه: "إنضمام لعقد نموذج يحره أحد المتعاقدين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه المتعاقد الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله"⁽³⁾.

فالعالم يكون الهدف وراء هذا الإذعان وما ينتج عنه من حمل شرط التحكيم للصفة التعسفية، لاستغلال الطرف الضعيف في العلاقة، الذي يكون مركزه الاقتصادي ضعيف مقارنة بالطرف الآخر المتفوق اقتصاديا والمتعسف في مواجهة الطرف الأول، أين يتولى الطرف القوي في العلاقة بإدراج شرط التحكيم وإملاءه على الطرف الآخر ضمن العقد دون علم الطرف الضعيف اقتصاديا⁽⁴⁾.

ويعتبر الإخلال بالتوازن العقدي من المعايير الجديدة لتقدير الشروط التعسفية، فنكون أمام التعسف حال الحصول على ميزة مبالغ فيها مقارنة مع ما يحصل عليه المتعاقد الآخر، ويعتبر التحكيم من الوضعيات التي تقام

(1) ليلي بن عنتر، عدم توازن الإرادة في عقد التأمين، المسطرة الإجرائية لأشغال المنتدى الوطني الرابع حول مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد، المنعقد يومي 06 و 07 نوفمبر 2017، كلية الحقوق جامعة بومرداس، الطبعة الأولى، 2019، ص 127.

(2) منصور حاتم محسن وإيمان طارق مكّي، المرجع السابق، ص 204.

(3) منصور حاتم محسن وإيمان طارق مكّي، المرجع السابق، ص 204.

(4) بلخوجة خيرة، وبلعيدون عواد، مصير شرط التحكيم التعسفي في عقد الإذعان عامة وعقد التأمين نموذجاً، مجلة أبحاث، المجلد 4 العدد 4، ديسمبر 2019، ص 1.

فيه علاقات تتفاوت فيها الأطراف من الجانب القانوني والاقتصادي والفني والمعرفي والسياسي والثقافي... إلخ⁽¹⁾، مما يجعل التحكيم عرضة لعدم التوازن وظهور ما يعرف بالطرف الضعيف نتيجة ما يفرضه أحد الأطراف في علاقة التحكيم من بنود وشروط تعسفية، لذلك طرحت مسألة الحماية لهذا الطرف الضعيف في التحكيم عن طريق مجموعة من الآليات المكرسة لمواجهة الإخلال في التوازن وتحقيق العدالة المنشودة داخل التحكيم، وكذلك توسيع مجال الرقابة لمواجهة هذه الشروط التعسفية على العقود المتضمنة على إتفاق التحكيم وما يتضمنه هذا الأخير شروط وبنود محددة للقواعد والإجراءات التحكيمية وغيرها من القواعد المنظمة للتحكيم من قبل هيئات التحكيم على مستوى المراكز التي تعنى بتسوية نزاعات التحكيم.

ويمكن إجمال أهم صور التعسف في التحكيم التجاري في عدم المساواة بين الأطراف في العقود التجارية الدولية، وفي عدم وجود أي نقاش أو الإتفاق بين الأطراف حول شرط التحكيم، وكذلك في عدم وجود أي فائدة للطرف الضعيف من شرط التحكيم.

من خلال ما سبق التطرق إليه ما تعلق بتحقيق صفة الإذعان والتعسف في التحكيم أمكننا القول بأن التحكيم أصبح بمثابة السلاح الإجرائي في يد الطرف القوي في العلاقة التحكيمية، التي من خلالها ييسط قوته ونفوذه على الطرف الضعيف.

أمام هذه الازعاجات أدت بالتشريعات إلى إقرار آليات وقائية لإعادة التوازن العقدي لأطراف التحكيم، وتوفير الحماية اللازمة للطرف الضعيف في علاقة التحكيم.

ثانيا: آليات معالجة اختلال التوازن العقدي في التحكيم التجاري ومصير شرط التحكيم التعسفي في عقد الإذعان.

نظرا للخطورة التي يحملها شرط التحكيم في عقود الإذعان والتي من دون شك تحمل من الخطورة على الطرف الضعيف في علاقة التحكيم الذي يجد نفسه مجبرا على القبول بشرط التحكيم وغيره من القواعد الموضوعية والإجرائية المفروضة من الطرف المتعاقد معه المتفوق إقتصاديا مما يكون في وضع المتعسف عليه، هذا الوضع أدى إلى إثارة مشكل حماية الطرف الضعيف في التحكيم، مما أدى بنا إلى تركيز الدراسة حول الحماية القانونية لهذا الطرف الضعيف وسبل إعادة التوازن العقدي وتحقيق العدالة في التحكيم، وحماية من يتحمل شروطا أو يخشى أن

(1) أنظر لطيفة بوراس، نظرية العقد في مواجهة التحديات الاقتصادية، مجلة بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14، 2020، ص 13.

يتحمل شروطا تعاقدية على قدر كبير من الجسامة، خصوصا والتطور الاقتصادي الذي يشهده العالم الذي صب في مصلحة الدول الصناعية القوية على نقيض الدول الضعيفة⁽¹⁾.

وتثار مسألة حماية الطرف الضعيف في التحكيم فيما يخص الشق الدولي منه، وحيث تكون الدولة أو أحد الأشخاص العامة طرفا فيها، وأشد الأطراف تضررا الدول النامية أثناء تعاقداتها مع الشركات الأجنبية أو في علاقاتها التعاقدية مع الدول الكبرى، لكون الغالب أن الشركات الأجنبية والدول الصناعية الكبرى هي من تستثمر في الدول النامية خصوصا وامتلاكها للتكنولوجيا هذا الأمر يجعلها الطرف القوي أمام الصنف الآخر من الدول المسماة بالدول النامية التي تفتقر للتكنولوجيا وامتلاكها للمواد الأولية من النفط والغاز... إلخ، وحاجتها للرأس المال الأجنبي، من هنا ثارت مسألة حماية الطرف الضعيف في التحكيم التجاري.

وأمام سكوت تشريعات التحكيم سواء الوطنية أو الدولية من خلال إتفاقيات الدولية وحتى قضاء التحكيم من معالجة مسألة التوازن والمساواة بين أطراف العلاقة التحكيمية وحماية الطرف الضعيف في مواجهة الطرف الآخر القوي إقتصاديا، وهذا ما يظهر في الحكم التحكيمي الصادر الذي إعتبر المحكمون في قضية تكساكو Texaco أن حق الدولة في التأميم لا يعد من قبيل القواعد الدولية الآمرة واعتباره من قواعد النظام العام الاقتصادي المكرس بمقتضى ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، أين لم يرق في نظرهم إلى مرتبة القانون الدولي الوضعي، هذا الوضع يجعلنا أمام ضرورة اللجوء إلى القواعد العامة للعقد لدراسة معالجة اختلال التوازن في التحكيم التجاري ومصير شرط التحكيم التعسفي في عقد الاذعان وفعالية هذه القواعد العامة في تحقيق ذلك، من أجل ذلك أقر المشرع آليات لحماية الطرف الضعيف سواء من الناحية الاقتصادية أو المعرفية أو الفنية، مستهدفا تحقيق التوازن العقدي داخل هذه العقود، وهذا ما قد يمكننا من معرفة مصير شرط التحكيم التعسفي في العقود، وتتم هذه الحماية عن طريق السماح للقضاء التدخل والرقابة على الشروط التعسفية.

ويقوم مضمون هذه الحماية المقررة للطرف الضعيف بما يحقق العدالة والتوازن داخل العلاقة العقدية، الإنتقال من قانون الإرادة إلى إرادة القانون، ومن الإرادة الفردية الحرة إلى تعميم سلطان القانون في جميع مراحل العقد، فيتدخل القانون في العقد من مرحلة التكوين إلى غاية التنفيذ وهذا تكريسا للقاعدة الجوهرية أن كل ما هو عقد يكون بالضرورة عادل⁽²⁾.

(1) سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص5.

(2) J.ghestin, l'utile et le juste dans les contrats, 1982, chr.1, p23.

1- إقرار مبدأ حسن النية ضمان لتحقيق التوازن العقدي.

يمثل مبدأ حسن النية التزام تعاقدي ذو ضمانات قانونية، تكفل تنظيم وتنفيذ العقد بالصورة والطريقة القانونية الصحيحة، بما في ذلك شرط التحكيم الذي يجب إدراجه عن طريق التراضي الصحيح الذي لا يشوبه أي تدليس أو غلط في إيقاع الطرف الضعيف فيه، وأيضاً أن يتم إدراج التحكيم في العقد وتحديد كل ما يتعلق به من الإجراءات التحكيمية والقانون الواجب التطبيق ومحكمة التحكيم التي تنظر في النزاع وغيره من القواعد والإجراءات يجب أن يتم كل هذا عن طريق التراضي والحرية المتبادلة بين الأطراف دون أي تعسف أو إذعان في إيقاع الطرف الضعيف في إبرام عقد التحكيم بطريقة تكون أقرب لأن يجبر فيها للجوء للتحكيم، وأيضاً ما يحققه مبدأ حسن النية من الغرض والغاية المشروعة التي من أجلها وجد العقد أو التحكيم بصفة عامة لتحقيقها، كما أنه يحول دون تنفيذ شروط وعقود في ظاهرها تظهر أنها مشروعة⁽¹⁾، غير أن الغاية أو الخلفية الحقيقية من وراء هذا العقد أو الشرط ينطوي على كثير من الاستغلال والتعسف والغش، وهذا ما حظيت بهذه الدراسة ضمن هذا المطلب من إجبارية اللجوء للتحكيم أو وضع قواعد وأحكام متعلقة بالتحكيم يكون الطرف الآخر مجبر على القبول بها، والتي يكون مجالها الخصب في إطار عقود التجارة الدولية.

كما يقتضي مبدأ حسن النية في العقود عموماً وعقود التجارة الدولية، ضرورة إعلام الطرف القوي المتعاقد معه الطرف الآخر القابل في العقد بما ينتفي معه الجهل، ويكون العلم بجميع العناصر الأساسية المتصلة بموضوع العقد، حتى يتحقق نوع من التكافؤ والعدالة بين الأطراف المتعاقدة، فمن أجل تحقيق هذا التوازن والتكافؤ تم إقرار معيار عدم التوازن المعرفي معيار واضح للالتزام بالإعلام، فعمومية هذا المعيار يجعله يطبق على كل طرف باختلاف الصفة أو القوة⁽²⁾.

ويقتضي أيضاً دور مبدأ حسن النية كضامن لتحقيق التوازن العقدي في التحكيم التوجه نحو الشفافية والإفصاح أكثر ولو كان هذا على حساب السرية، ويعتبر الإلتزام بالشفافية والإفصاح من قبيل الإلتزامات الوقائية التي تهدف إلى منع التعسف ضد الأطراف الضعيفة في التحكيم وتحقيق التوازن والعدالة بين أطراف الإتفاق التحكيمي.

(1) عالي طوير، ضمانات التوازن العقدي للمستهلك، المجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مؤلف جماعي حول حماية المستهلك، الطبعة الأولى، 2020، ص 361.

(2) المرجع السابق، ص 360.

لذلك فمبدأ حسن النية والمفاهيم الجديدة المحددة له والتي تضفي عليه المرونة والشمولية، يعطي للقاضي صلاحيات واسعة في رد العقود المدرج فيها شرط التحكيم أو إدراج قواعد وإجراءات وأحكام متعلقة بالتحكيم إلى حدود الشرعية، من خلال التوسع في مفهوم الغش والتعسف والإخلال بالتوازن سواء الموجود في العقد المدرج فيه التحكيم كبند أو الأحكام المنظمة للعملية التحكيمية⁽¹⁾.

2- دور التحكيم في التطويع القانوني لعقود التجارة الدولية⁽²⁾:

كما أسلفناه سابقا فإن التطور الاقتصادي والتكنولوجي أفرز واقع قانوني جديد أصبح فيه دور الإرادة محددا، هذا الواقع أنشأ عقودا غير متوازنة سواء من الناحية القانونية أو الاقتصادية بين أطراف متباينة من حيث المركز القانوني والقوة الاقتصادية، وما يستتبع تأثير ذلك على التحكيم باعتباره عقد من العقود يقوم على سلطان الإرادة، هذا الإشكال ظهر معه ما يعرف بمسألة التوازن العقدي عن طريق التطويع القانوني للعقد، فلم يعد للإرادة ذلك الدور الجوهري في إعادة التوازن العقدي وتحقيق العدالة داخل العقد، فلم يعد العقد بمثابة الشريعة أو القانون بالنسبة للتصرفات القانونية المنشأة على الوجه الصحيح، ولا مبدأ من خلاله يتم تحقيق العدالة.

فالاعتداد بسلطان الإرادة وما ينشق عنها من مبادئ كانت مؤطرة للتعاقد لأزمنة وقرون عديدة أدى إلى ما يعرف بمصطلح الطرف الضعيف في العلاقة التحكيمية والعقد بصفة عامة.

لذلك فمع كل هذه الازهاصات وما شكلت من أزمة على مستوى العقد، ظهر ما يعرف بتطويع القاعدة القانونية لتلائم العقود الحديثة والمعاصرة التي تتم بمحض إرادة الأطراف عن طريق إعادة التفاوض، بما يضمن معه تحقيق العدالة العقدية والتوازن بين أطراف العلاقة، أو من خلال تولي المحكم تطويع العقد بغرض إرساء قواعد التوازن العقدي وإزالة العيوب التي تشوبه نتيجة الإكراه الاقتصادي الممارس على الطرف الضعيف في العلاقة العقدية⁽³⁾.

ويعتبر اللجوء إلى التحكيم من الأهمية لإعادة التوازن وتطويع العقد بما يحقق للعقد توازنه وعدالته، من خلال تجاوز القواعد القانونية التقليدية المنصوص عليها في القوانين كالقانون المدني والتجاري، وما يحمله التحكيم

(1) عالي طوير، المرجع السابق، ص 361.

(2) تحمل فكرة التطويع معنى تصحيح العقد وتفادي بطلانه، عن طريق استبعاد الشرط المخالف وإقرار الحلول الممكنة التي يعود معها للعقد توازنه وإستمراره. سليم يعقوب، مدى أثر النظام العام على صحة حكم التحكيم في سلطنة عمان، المجلة العربية للنشر العلمي، العدد التاسع، 2019، ص 07.

(3) فمرية قباب، التكييف القانوني لإتفاق التحكيم في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة القانون والأعمال، عدد خاص التحكيم دراسات وتوجهات، الإصدار الأول، العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة الحسن الأول، المغرب، 2018، ص 308.

من دور في معالجة التوازن العقدي داخل العقود بما يضمن للعقد إستمراريته وما يحقق من المصالح الاقتصادية والسياسية للدول⁽¹⁾.

ويثير مسألة طرح النزاع على المحكم المفوض بالصلح أهمية كبيرة بما يحققه للعقد والتحكيم ككل من توازن وعدالة، بالنظر لدوره الفعال في التعديل وإعادة التوازن داخل التحكيم بالنظر للسلطة التقديرية الواسعة الممنوحة للمحكم بالصلح والذي يتم إختياره بالإرادة الحرة للأطراف دون أن يتعارض وإرادة الأطراف المتعاقدة التي تسعى إلى الحفاظ على العقد والعمل على تنفيذه خصوصا في عقود التجارة الدولية، وتبرز هذه الفعالية في إمكانية المحكم المفوض بالصلح في إستبعاد قواعد القانون الواجب التطبيق وعدم الإستناد إليها في حل النزاع، والإستناد إلى قواعد قانونية يفترض فيها أنها الأقرب إلى تحقيق العدالة والتوازن، فضلا عن قواعد العدالة والإنصاف والمبادئ العامة للقانون ومختلف القواعد القانونية باختلاف البلد الصادر منه المهم أنها تحافظ على توازن العقد، وأيضا لتحويله سلطة واسعة في تفسير وتخفيف حدّة الشروط التعسفية المتفق عليها بين الأطراف، فيعيد النظر في العقد وما يتضمنه من شروط تعسفية أو محلّة أو فاقدة للتوازن، وكذلك في تطويع وتعديل أحكام العقد وجعلها ملائمة للظروف المتغيرة التي فرضها الإضطراب والإختلال الحاصل على مستوى العقد، لذلك تم منح هذه السلطة وهذا الدور للمحكم المفوض بالصلح ليحقق الهدف الذي ينشده أطراف العلاقة من رفع لغياب التوازن وعدم الإنصاف على أحد الأطراف ومن تفادي للإرهاصات التي يشكلها فقدان التوازن داخل التحكيم، وهذه المزايا والفعالية لا نجد لها في التحكيم الذي يتولى على مستواه فض النزاع بواسطة المحكم بالقانون الذي يكون مقيد بالنص القانوني وبالشروط التعاقدية وعدم الخروج عنها⁽²⁾.

3- تدخل القضاء لحماية الطرف الضعيف والتصدي للشروط التعسفية في التحكيم:

هناك من أهل الإختصاص من طرح مسألة إستبعاد التحكيم عند انعدام التوازن التعاقدية بين أطراف العلاقة العقدية، أين يتوجب مراعاة مصلحة الطرف الضعيف في العلاقة استنادا لما تفرضه العدالة الاجتماعية، فلا تحكيم دون توازن عقدي، وهذا هو الأصل الذي يجب التعامل على أساسه، ويقوم هذا التضييق وحصر اللجوء إلى التحكيم حال انعدام التوازن العقدي على أساس النظام العام الحمائي الذي يوفر الحماية للطرف الضعيف من خلال استبعاد كل إذعان أو شرط تعسفي أو غياب التوازن بين أطراف العلاقة العقدية، فيمنع استخدام التحكيم

(1) المرجع السابق، ص 308-309.

(2) ميثاق طالب عبد حمادي ونهى خالد عيسى، المرجع السابق، ص 1115-1118.

في العلاقات التي تتباين فيها القوى سواء من ناحية الاقتصادية أو من ناحية المعرفة... إلخ⁽¹⁾، ويأتي هذا المنع على أساس عدم إمكانية الطرف الضعيف فرض حقوقه أو التفاوض حولها، لذلك يمنع القانون الأطراف من التخلي عن حقوقهم خوفا من صعوبة تقديرها والحفاظ عليها وضمانها، وكل خلاف لهذا الوضع يتم إقصاء إتفاقية التحكيم بسبب التنازل عن الضمانات التي يكفلها ويحميها القضاء الوطني⁽²⁾.

من أجل ذلك يمكن للقاضي على أساس النظام العام استبعاد كل شرط تحكيمي يؤدي إلى إخلال أو انعدام للتوازن العقدي بين أطراف العلاقة العقدية، وقد صدر عن محكمة النقض المصرية قرار بتاريخ 28/02/2006 رقم 595 والذي قضى بإبطال شرط تحكيم في سند شحن بحري كون الطرف القوي الشاحن أجبر الطرف الضعيف على التوقيع على شرط تحكيم محمداً مكان التحكيم ليس باستطاعة أطراف الضعيف تحمل تكاليفه⁽³⁾.

وللقضاء دور مهم وفعال من خلال تدخله لإبطال كل شرط تحكيم يجبر فيه الأشخاص باللجوء إلى التحكيم، بالخصوص التحكيم المستند لعقود معدة مسبقاً كعقود التأمين أو عقود النقل البحري والجوي وأيضاً عقود الإستهلاك مثل عقود إشتراكات المياه والكهرباء والغاز والتي تكون معدة مسبقاً، ويظهر هنا بوضوح دور المحكمة الدستورية في حكمها بعدم دستورية النص أو القانون المتضمن اللجوء إلى التحكيم بشكل إجباري، وكل حكم صادر من محكمة التحكيم فإن جزأه البطلان لتعلق مسألة اللجوء الإلزامي للتحكيم من النظام العام لحرمان الأشخاص من التقاضي الذي يعتبر من الحقوق الدستورية والضغط على الأشخاص بإجبارهم دون أن يكون ذلك بإرادتهم الحرة سواء كان التحكيم بدون إتفاق أو كان بإتفاق لا يستنهض ولاية التحكيم، وهناك العديد من الإجهادات القضائية التي كرست مسألة عدم دستورية التحكيم الإلزامي وإعتباره مخالفاً للنظام العام ويتناقض مع الطبيعة الإرادية للتحكيم الذي يعتبر الأساس والمركز الذي يقوم عليه هذا النوع من القضاء الخاص⁽⁴⁾.

(1) فتية قريقر، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2016/2017، ص 192-193.

(2) حسب رأي الفقيه Ancel، أوردته: فتية قريقر، المرجع السابق، ص 192.

(3) عمر محي الدين المصري، المرجع السابق، ص 175. نقلاً عن: مجلة التحكيم العربي، عدد 10، 2007، ص 335-336.

(4) أهم هذه الأحكام ما صدر عن المحكمة الدستورية في بطلانها لهذه النصوص وإلغاء كل تحكيم إجباري: القضية رقم 104 لسنة 20 في 1999/7/3 بإسقاط المواد 57، 58 من قانون الجمارك رقم 66 لسنة 1963، وأيضاً بإبطال التحكيم الإلزامي في قواعد العمل في الجمعيات التعاونية في 2003/05/11، وإبطال التحكيم في قانون الضريبة على المبيعات رقم 11 لعام 1999 بتاريخ 2000/01/06، وفي 2002/01/13 تم الحكم بإبطال التحكيم الإلزامي في قانون سوق المال رقم 95 لسنة 91، كما حكمت محكمة لاهاي بتاريخ 2016/04/02 ببطلان حكم التحكيم ضد روسيا لأن حكومة روسيا وقعت على الإتفاقية المتضمنة

وحسب رأينا فإن هذا التدخل القضائي نرى فيه حماية للأطراف الضعيفة ضد كل تعسف وإجبار للأطراف في اللجوء إلى التحكيم، خصوصا الأطراف الضعيفة على شاكلة الدول النامية في مواجهة القوى الإقتصادية الكبرى سواء من شركات ودول كبرى يظهر بشكل واضح التفاوت والتباين في القوى بينهم، لذلك ندعو الإتفاقيات الدولية والهيئات الدولية لتكريس تدخل القضائي الوطني في إبطال كل تحكيم إجباري لا يتم عن طريق الإرادة الحرة والرضا المستنير لأطرافه، ولما لا تدخل المحكمة الدستورية في إقرار عدم دستورية كل نص قانوني يتضمن إجبارية التحكيم في تسوية المنازعات.

ولا يقل أهمية عن تدخل القضاء في معالجة إختلال التوازن العقدي في التحكيم التجاري، من حلال تدخل مراكز وؤسسات التحكيم، حيث يساهم إنشاء مراكز التحكيم في تقديم خدمات المساعدة والدعم للأطراف الضعيفة، مثل تقديم المشورة القانونية والمالية، مما يساعد ذلك في تجنب تعسف الطرف القوي وفرضه لشروط غير عادلة على الطرف الضعيف الأمر الذي يضمن معه حماية حقوق الأطراف الضعيفة.

الفرع الثالث: أزمة الرضائية في التحكيم المؤسسي.

بعدما كانت الحرية التعاقدية هي الأساس والقاعدة في التحكيم التجاري الدولي، فكان مبدأ سلطان الإرادة هو الاعتبار الأول لجميع التصرفات القانونية والتحكيم بصفة خاصة فكان هذا المبدأ الأساس الأول في جميع مراحل العملية التحكيمية، كما أسلفناه سابقا سواء ما تعلق بتنظيم إجراءات التحكيم أو إعداد الحكم التحكيمي وتنفيذه، فضلا عن إتفاقهم باختيار مختلف القواعد الموضوعية والإجرائية، إذا كان هذا هو الحال في ظل المبادئ التقليدية المنظمة للعقود بصفة عامة، غير أن التوجهات الحديثة للتحكيم التي أدت لبروز ظاهرة جديدة في عالم التحكيم تعرف بما يسمى بمراكز ومؤسسات التحكيم، أين عرفت إنتشارا واسعا، فكان لذلك التأثير على التحكيم من خلال إنحيار وتهميش واسع للحرية الإرادية ومبدأ الرضائية في التحكيم وإنحيار لمبدأ نسبية الإتفاق التحكيمي، فتحول التحكيم من طابعه الشخصي الذي كان يميزه والقائم على مبدأ سلطان الإرادة، إلى طابع موضوعي تقلص فيه دور الإرادة والتراضي معا، فأضحى يرد على هذه الإرادة العديد من القيود التي يلتزم أطراف التحكيم باحترامها، تحت مبررات السير الحسن للعملية التحكيمية وبما يحقق لهذه الأخيرة فعاليتها في تسوية نزاعات التجارة الدولية، هذا الأمر الذي أدى إلى التساؤل حول مكانة الإرادة في ظل الممارسة الحديثة في التحكيم المؤسسي والوجه الجديد الذي أضحي يأخذه التحكيم بوجه عام؟

شرط التحكيم دون أن تصادق عليها وبالتالي فإن شرط التحكيم لا يعتبر إختياريا. للإطلاع على هذه الأحكام وأخرى راجع: عمر محي الدين المصري، نفس المرجع، ص 171-174.

أولاً: من التحكيم الحر إلى التحكيم المؤسسي

لما كان الأصل أن للإرادة دور مهم وأساسي في إختيار هيئة التحكيم، أين يخضع ذلك لإتفاق أطراف النزاع، هذه الأخيرة تتولى مهمة الفصل في النزاع، وعليه يخضع تعيين هيئة التحكيم للفصل في النزاع لمبدأ الحرية التعاقدية، وهذا ما سارت نحوه أغلب التشريعات والإتفاقيات الدولية.

إن طابع الخصوصية التي أضحت تميز المنازعات التجارية، ونظراً للتطور الكبير لهذا النوع من العلاقات التجارية الدولية، ظهر ما يعرف بالتحكيم الحديث المتمثل في التحكيم المؤسسي المنظم لعملية التحكيم بواسطة هيئات ومؤسسات خاصة تتولى مهمة الفصل في النزاع، بمعنى لجوء أطراف الخصومة إلى منظمات دائمة للتحكيم، بواسطة لوائح وقواعد خاصة بها التي تسهل عملية تسيير وإدارة العملية التحكيمية وتسوية المنازعات على مستواها.

وجاء إنتشار هذا النوع من التحكيم وإزدياد اللجوء إليه، خصوصاً ما تعلق بنزاعات التجارة الدولية، نظراً لما تقدمه هذه المراكز من مزايا عديدة، كتوفير مكان مناسب للتحكيم، وتقديم تسهيلات إدارية وتقنية، ولما يوفره من ثقة وإطمئنان للقواعد وللإجراءات والأحكام الصادرة عنها نتيجة الأهمية والعلاقة وتاريخ مراكز التحكيم في تسوية المنازعات، ومساهمتها في تطوير التحكيم سواء من الناحية الإجرائية وحتى الموضوعية أين تعتبر أحكامها مصدر لإصدار القوانين المتعلقة بالتحكيم.

إزداد التوجه نحو التحكيم المؤسسي التي تتولى المراكز والهيئات الدائمة لتسوية المنازعات وهي بخطى ثابتة لأن تصير الأصل في التحكيم، بالنظر للإنتشار الواسع لهذه المؤسسات التحكيمية وإزدياد الإلتجاء إليها وهذا ما رجح كفة هذا النوع من التحكيم النظامي عن التحكيم الحر خصوصاً ما تعلق بالتجارة الدولية، وتظهر خطورة هذا النوع من التحكيم المؤسسي أو النظامي كما يطلق عليه بعض الفقه، لكون هذه المؤسسات التحكيمية نشأت وبرزت وشهدت ذبوع من طرف الدول المتقدمة التي يعتبر اقتصادها من الاقتصاديات الكبرى في العالم، وهذا دون شك له تأثير واسع على صياغة نظام التحكيم العالمي وتوجيهه في خدمة مصالح هذه الدول على حساب الدول النامية التي تعتبر الطرف الضعيف في هذه العلاقة التحكيمية، وهذا ما نعايشه وناقوس الخطر الذي يدقه الخبراء والفقه⁽¹⁾.

(1) مصطفى جمال وعكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 130-131.

وإذا كان مفهوم كل من التحكيم الحر أو العادي لا يختلف كثيرا عن التحكيم المؤسسي أو النظامي، إلا أن الاختلاف الجوهرى بين كلا النظامين يكمن في أنه في التحكيم المؤسسي يقوم الأطراف المحكّمة في أن تعهد تسوية النزاع إلى مركز تحكيم مؤسسي التي تتولى بدورها إختيار المحكم والقواعد الاجرائية والموضوعية المتعلقة بالفصل في النزاع، ويقع على المحكم وجوبا إتباع هذه القواعد متى أحال إليها الأطراف المحكّمة وحظر الخروج عنها.

ويمكن تعريف التحكيم المؤسسي بأنه التحكيم الذي يقوم بالفصل وتسوية النزاع من طرف إحدى مؤسسات أو مراكز التحكيم سواء كانت دولية أو إقليمية أو وطنية، من طرف الأطراف المختصة، لتقوم هذه المؤسسات بالفصل في النزاع عن طريق محكم منفرد أو هيئة تحكيم يختارون من قوائم معدة مسبقا لهذا الغرض، وبواسطة قواعد وإجراءات محددة ومعدة مسبقا من طرف مؤسسة التحكيم⁽¹⁾.

ومراكز التحكيم الدائمة النظامية تتنوع بين الدولية والإقليمية وأهم هذه المراكز التي تشهد تطور كبير في مجال تسوية نزاعات التجارة الدولية، ولجوء واسع لها من طرف الأشخاص، وأبرز هذه المراكز في مقدمتها المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار ICSID، وغرفة التجارة الدولية بباريس ICC، جمعية التحكيم الأمريكية AAA، مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، مركز دبي للتحكيم التجاري الدولي.

وبالرغم من الأهمية التي يحتلها التحكيم المؤسسي في تسوية مختلف المنازعات التجارية، إلا أن الجزائر من الدول المتخلفة عن تكريس هذا النوع من التحكيم سواء من ناحية التشريع أين لا نجد أي تنظيم قانوني له في التشريع الخاص بالتحكيم ضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ولا حتى من الجانب التطبيقي أين ينعدم كلية وجود لأي مركز تحكيمي في الجزائر يتولى الفصل في نزاعات التجارية، هذا التجاهل يجعلنا مستغربين في تعامل الجزائر مع هذه الآلية والتحكيم ككل بنوع من الاستخفاف والتجاهل.

لذلك من الضروري والملمزم على الجزائر تدارك هذا الموقف وإدراك الأهمية التي يكتسبها إنشاء مركز التحكيم بالجزائر نظرا للدور الفعال في التعريف وانتشار التحكيم وتطويره، وكذلك لما له دور في تطوير التجارة والاستثمار على المستوى الداخلي والدولي والوصول بالتحكيم لأكثر عدالة، لذلك فالانفتاح أكثر حول هذه الآلية سواء من ناحية التشريع بإفراد تنظيم قانوني خاص به أو على المستوى العملي بإنشاء مراكز تحكيم على المستوى الداخلي يساهم في التأسيس لمرحلة مهمة بالنسبة للتحكيم التجاري والانفتاح أكثر عليه والاستفادة من خبرات مختلف

(1) أنظر في مسألة تحديد تعريف للتحكيم المؤسسي لدى كل من: خالد محمد العميرة، المرجع السابق، ص 33-36.

مراكز التحكيم الدولية والإقليمية في إعداد محكمين ذو كفاءة وخبرة والتأسيس لمراكز ذات جودة ولأنظمة تحكم سيرها وتسوية المنازعات التجارية.

ثانيا: مشروعية التحكيم المؤسسي

إن تحرر التجارة وتطورها على المستوى الدولي، وظهور ما يعرف بالعملة التي تعنى بتحرير العلاقات الاقتصادية القائمة بين الدول من السياسات والمؤسسات والاتفاقيات المنظمة لها، كل هذا وغيره من الإفرزات التي جاءت على إثر التطورات الاقتصادية والتكنولوجية، صاحبه التطور على مستوى تسوية المنازعات عن طريق التحكيم⁽¹⁾، أين شهدت هذه الآلية انفتاح أكثر على مستوى طريقة تسوية المنازعات المرتبطة بالتجارة الدولية، فبرز ما يعرف بالتحكيم المؤسسي، حيث تتولى هيئات ومراكز تنظيمية القيام بمهمة التحكيم وفقا للإجراءات والقواعد الموضوعية المعدة سلفا، والتي تحددها الاتفاقيات الدولية والإقليمية والقرارات التنظيمية المنشئة لهذه الهيئات أو المنظمة لنشاطها⁽²⁾، وأصبحت هذه الهيئات تعد بالمئات باختلاف نطاق انتشار هذه الهيئات سواء على المستوى الوطني أو ما يعرف بهيئات التحكيم الوطنية أو المحلية، أو انتشارها على المستوى الإقليمي والتي تعرف بهيئات التحكيم الإقليمية، وفي الأخير انتشارها على النطاق الدولي والتي يطلق عليها بهيئات التحكيم الدولية.

لذلك أضحت هذه الآلية تعرف رواج وانتشار كبير في ما تعلق بتسوية نزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية، ناهيك عن الاعتراف واسع النطاق والإقبال الكبير عليها من مختلف المتعاملين في التجارة والاستثمار الدوليين ، هذا ما جعلها وسيلة مهمة لا تقل أهمية عن حل وتسوية المنازعات عن طريق التحكيم الحر إن لم نقل أنه فاقه مكانة وأهمية، بل لا تقل أهمية عن الجهات القضائية الرسمية، بل وفي كثير من الأحيان منافسة للقضاء، حيث هذا الاهتمام والمكانة المميزة لهذه المراكز جعلها بمثابة جهات قضائية تتولى تنظيم عملية التحكيم وإدارتها بدءا من إتفاق التحكيم إلى غاية صدور القرار التحكيمي⁽³⁾، فشهد إعتراف واسع من طرف الدول والاتفاقيات الدولية بحق الأطراف اللجوء إلى المؤسسات التحكيمية الدائمة لتسوية مختلف المنازعات خاصة ما تعلق بالتجارة الدولية، على شاكلة القانون الجزائري بنص المادة 1041 من القانون 09/08 المتعلق بتنظيم قانون الاجراءات المدنية

(1) محمد جارد، المرجع السابق، ص134.

(2) المرجع السابق، ص134.

(3) المرجع السابق، ص148-149.

والإدارية، والمادة 1455 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية الفرنسي، وكذلك المادة 03 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لعام 1994، وأيضاً إتفاقية نيويورك 1958، ومعاهدة جينيف 1961.

وقد شهدت الجزائر إنفتاح على هذا النوع من التسوية على المستوى الدولي كمصادقتها على الإتفاقية المنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار⁽¹⁾.

إذا كان التحكيم المؤسسي لا يثير أي إشكال في ما يخص مشروعته نتيجة تقبله وذيوعه الكبير لدى المتعاملين في التجارة الدولية، غير أنه أضحى يثير إشكاليات عدة فرضتها التحولات المعاصرة والتغيرات التي شهدها مجال التجارة والاستثمار على المستوى الدولي، نتيجة مساسها بأهم مبدأ يقوم عليه التحكيم والمتعلق بمبدأ سلطان الإرادة، لذلك التساؤل المهم المطروح هنا أي تأثير للتحكيم المؤسسي على الطبيعة الإرادية للتحكيم؟ وأي أثر على فعالية تسوية المنازعات التجارية الدولية؟

ثالثاً: ظاهرة تهميش الرضى وانتشار مراكز التحكيم الدولية

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة وما يقوم عليه من مبادئ مؤطرة له أهم المبادئ التي يركز عليها التحكيم، غير أنه مع التطورات والتحولات المعاصرة التي شهدتها الحياة الاقتصادية أثرت على التحكيم وطريقة حل وتسوية المنازعات، حيث لم يعد مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ التي تركز عليها العملية التحكيمية، نتيجة لعدة عوامل، أبرزها ما يعرف بظهور وانتشار مراكز التحكيم أو ما يطلق عليه بالتحكيم المؤسسي، فظهر ما يعرف بظاهرة تهميش الرضا أو ما يطلق عليه بالتحكيم بدون إتفاق، وللكشف عن هذا التهميش الذي طال الإرادة في التحكيم ومدى تأثير أزمة سلطان الإرادة على العملية التحكيمية في ظل تولي هذه المراكز والمؤسسات التحكيمية مهمة الفصل والتسوية للمنازعات التجارية.

سننوجه بالدراسة للوقوف على مكانة مبدأ سلطان الإرادة وأبعاد ظاهرة تهميش الرضى في مراكز التحكيم التجاري الدولية البارزة، وسنسعى للإجابة على تساؤلات هامة، أبرزها هل يؤدي هذا التهميش والحد من دور الإرادة في التحكيم المؤسسي إلى زيادة فعالية التحكيم وتحقيق التوازن القانوني والاقتصادي بين الأطراف، أم العكس من ذلك من خلال ما يؤدي هذا النوع من إذعان أطراف التحكيم التجاري مما يزيد من احتمالية التعسف ضد الطرف الضعيف وإختلال التوازن بين أطراف التحكيم، ونسلط الضوء أيضاً حول اللجوء للتحكيم بدون إتفاق، ونبين كيف أن هذه المراكز التحكيمية تفرض اللجوء إليها لتسوية المنازعات من خلال ما يعرف

(1) أنشئ المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بموجب إتفاقية واشنطن التي أعدها البنك الدولي للإنشاء والتعمير في 18/03/1965، ويوجد مقره في واشنطن.

بالتحكيم الإلزامي وكيف أن قراراتها لم تعد تعطي أي اعتبار لإرادة الأطراف الذي في الأصل تعد الإرادة الدستور في قيام العلاقات التحكيمية.

1- إنتشار مراكز التحكيم والتوجه نحو التحكيم بدون إتفاق

إن نمو وتوسع المعاملات والعلاقات التجارية الدولية بين الأشخاص الطبيعية والمعنوية في دول مختلفة وإرتفاع معدل العقود التجارية الدولية المبرمة، أدى إلى الإنتشار الواسع لمراكز التحكيم الدولية تعنى بتسوية نزاعات التجارة الدولية، هذا الأخير الذي ساهم في تحول الطبيعة الإتفاقية للتحكيم⁽¹⁾.

وتقوم هذه المراكز والمؤسسات التحكيمية على توفير خدمات متنوعة لإجراء عملية التحكيم وإدارتها، وفق للقواعد المنصوص عليها في اللوائح والقواعد الخاصة بالتحكيم، وتتنوع هذه المراكز والهيئات إلى هيئات تحكيم وطنية، وهيئات تحكيم إقليمية، وهيئات تحكيم دولية.

وتتوفر هذه المراكز على سمات وخصائص تميزها عن التحكيم الخاص، والتي من خلالها يتشكل دور هذه المراكز في تسوية نزاعات المتعلقة بالتجارة والاستثمار:

- إن أهم ما يميز تسوية المنازعات لدى مؤسسات التحكيم في إطار ما يسمى بالتحكيم المؤسسي، احتوائها على لوائح وقواعد تقوم بتنظيم عملية التحكيم من بدايتها عن طريق انعقاد إتفاق التحكيم إلى غاية إصدار القرار التحكيمي الفاصل في نزاع التحكيم المؤسسي، وما يتخلل هذه العملية من تشكيل هيئة التحكيم وتحديد القواعد الموضوعية والإجرائية التي تطبق على النزاع التحكيمي.

- يلجأ الأطراف إلى التحكيم المؤسسي في تسوية نزاعات تجارية، نظير ما تمتاز به مؤسسات التحكيم من خبرة وشفافية وحياد والسرعة في فض المنازعات التجارية، ودورها الفعال في تسوية المنازعات الأمر الذي يشكل اطمئنان لدى الأطراف في مؤسسات التحكيم سواء لتشكيلة هيئة التحكيم التي في الغالب تحتوي مراكز التحكيم المؤسسي على كوكبة من المحكمين المعروفين ذوو الخبرة والكفاءة على المستوى القانوني والتجاري والمالي، وأيضا لقواعد ولوائح النظام الأساسي لمركز التحكيم المؤسسي المعروفة التي تتولى تنظيم عملية التحكيم، والتي تشكل كذلك حالة اطمئنان لدى الأطراف⁽²⁾.

- تظهر فعالية التحكيم المؤسسي إلى الرجوع إلى سلطان الإرادة للأطراف المحتكمة، أين تعتبر الأصل في لجوء الأطراف إلى مؤسسة تحكيم معينة، وكذلك الحرية في اختيار القواعد الموضوعية والإجرائية لفصل هيئة

(1) محمد جارد، المرجع السابق، ص 134.

(2) خالد محمد العميرة، المرجع السابق، ص 57.

التحكيم في النزاع، أو اختيار الإحالة إلى قواعد ولوائح مراكز التحكيم المؤسسي، ولا يحد من هذه الحرية إلا ما تعلق بقواعد النظام العام، أو القواعد والنصوص الآمرة، التي يفرض على الأطراف إحترامها وعدم الخروج عليها.

- يمتاز التحكيم المؤسسي من خلال عدم إقتصار دور مراكز التحكيم المؤسسي على تنظيم العملية التحكيمية وخصومة التحكيم المؤسسي من إنعقادها إلى غاية صدور حكم فاصل في النزاع وما يتخلله تنظيم مختلف إجراءات الخصومة التحكيمية لدى المركز، وإنما يمتد دور المركز إلى أن يصبح مسئولاً عن تنفيذ حكم التحكيم المؤسسي بعد صدوره سواء كان التنفيذ إختيارياً بالطرق الودية أو كان إجبارياً، عن طريق اللجوء إلى القضاء محل تطبيق حكم التحكيم المؤسسي لتنفيذه⁽¹⁾.

- يسمح وجود مراكز دولية للتحكيم من تنظيم عملية التحكيم، خاصة في ظل اللجوء الواسع للتحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية.

- وما يميز التحكيم المؤسسي هو أنه نظام دقيق ومهيكل، عن طريق تنظيم إجراءات النظر والفصل في النزاع وطريقة حسمه وإصدار القرار المنهي للخصومة، فضلاً على معيار آخر يتعلق بتخصص هذه المراكز والمؤسسات في تسوية المنازعات المرتبطة بالتجارة والاستثمار، وتضمنها لقواعد تحكيم خاصة ومحددة بما يلاءم تسوية المنازعات ذات الطابع التجاري وبما تساهم في تذليل الصعوبات، وتوفير حلول لعدة إشكالات تتعلق باختيار المحكم أو المحكمين، وتحديد مكان التحكيم ولغته والقانون الواجب التطبيق، كل ذلك يتم من خلال التنظيم المسبق لهذه المؤسسات ومراكز التحكيم التي يلجأ إلى قواعدها تلقائياً عند إختلاف الأطراف أو تخليهم عن الإختيار، لذلك فالخصوصية التي تميز هذا النوع من التحكيم توفر تسوية فعالة للمنازعات التجارية سواء من ناحية السرعة في الفصل والاختصاص والكفاءة في تسوية المنازعات⁽²⁾.

يعتبر التحكيم المؤسسي ضماناً أساسية لأنها تقف سداً منيعاً في وجه إساءة إستخدام التحكيم في تسوية المنازعات سواء من جانب الأطراف أو المحكمين وحتى هيئات الدفاع وذلك عندما نكون أمام التحكيم الخاص أو الحر، كما يقف التحكيم سداً كذلك ضد كل محاولات إبطال الأطراف سيئي النية لحكم التحكيم، كما أن التحكيم المؤسسي يعتبر ضماناً على حياد وإستقلالية المحكمين، فالتحكيم المؤسسي على عكس التحكيم الخاص

(1) خالد محمد العميرة، المرجع السابق، ص 62.

(2) مصطفى ناطق صالح مطلوب، أضواء على تطورات قواعد التحكيم التجاري لغرفة التجارة الدولية في باريس، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 05 السنة 05 العدد 18، ص 338.

يكون أكثر نجاعة في توفير الحلول وتجاوز المشاكل التنظيمية والإجرائية واللوجيستية، فالتحكيم المؤسسي يلعب دور مهم في نشر الوعي وثقافة التحكيم في المجتمع.

رغم الدور المنوط لهذه المراكز والهيئات في تسوية مختلف المنازعات التجارية غير أنها ما لبثت يميزها العديد من السلبيات شككت في فعالية هذه المؤسسات والهيئات في تسوية المنازعات:

- من أهم السلبيات والانتقادات الموجهة لنظام التحكيم المؤسسي هو التكاليف الباهظة والمرتفعة جدا لرسوم هذه المراكز نتيجة التوجه لها للفصل وتسوية النزاع التحكيمي.

- من السلبيات والاشكالات التي يثيرها اللجوء إلى التحكيم المؤسسي، ما يتمثل دور هذه المؤسسات في تهميش الرضا وتقييد إرادة الأطراف فيه، أين يتقلص دور الإرادة بالرغم من الطبيعة الإرادية التي تميز التحكيم التجاري كأصل عام، والذي يعتبر أحد المبادئ والركائز التي تقوم عليها العملية التحكيمية.

هذا الإهتزاز في مبدأ سلطان الإرادة داخل التحكيم أدى إلى تغير جذري في الطبيعة الإتفاقية للتحكيم، أين لم يعد إتفاق الأطراف على التحكيم الأساس الذي يبنى عليه نظام التحكيم، فأصبحت الإرادة مقيدة سواء ما تعلق بتحديد الإجراءات التحكيمية أو تعيين المحكم أو القواعد الموضوعية والشكلية المطبقة للفصل في النزاع أو القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وموضوع النزاع، وغيره من الأمور التي تتصرف فيها هذه المراكز والهيئات بإرادتها المنفردة دون إعتبار لإرادة الأطراف⁽¹⁾.

في الأخير إن هذا التحول الكبير الذي مس جانب مهم من التحكيم من خلال تلاشي دور إرادة أطراف التجارة الدولية في التحكيم المؤسسي، فبالرغم من حداثة هذا النوع من التحكيم إلا أنه مس بالجانب الإرادي أو الإتفاقي باعتبار التحكيم قضاء إتفاقي يقوم على الإرادة الحرة والمشاركة لأطرافه، هذا التوجه الحديث يقرب التحكيم من الطبيعة القضائية، من خلال ما أصبحت عليه مراكز التحكيم الدائمة كجهات قضائية حقيقية يتقلص فيها الدور الرضائي بشكل كبير⁽²⁾.

هذا التحول والتغير الجذري في التحكيم دفع ببعض الفقه للقول بأن هذا النوع من التحكيم هو تحريف وتغيير في طبيعة ونظام التحكيم، وقد اختلف كل جانب في الزاوية التي ينظر منها إلى هذا التحكيم وعلى رأسهم

(1) محمد جارد، المرجع السابق، ص 139.

(2) المرجع السابق، ص 140، نقلا عن:

PH. Fouchard, E.Gouillard, B.Goldman "Traité d'arbitrage commercial international" Edition LITEC , 1996, P.471.

الفقيه fouchard الذي يرى بأن التحكيم المؤسسي أو التنظيمي ليس بالضرورة يؤدي إلى المساس بسلطان إرادة الأطراف، فتبقى الإرادة هي المنظمة للجوانب المهمة في التحكيم.

رغم هذه الآراء المتعارضة يبقى التحكيم المؤسسي يثير العديد من الاشكالات فيما تعلق في تضيق نطاق الحرية الممنوحة للأطراف، ضف إلى ذلك مجمل الضغوط المفروضة على الأطراف في هذا النوع من التحكيم من خلال ظهور العقود النموذجية ومختلف مظاهر الإذعان داخل هذه المؤسسات التحكيمية واختلال التوازن الاقتصادي بين أطراف التجارة الدولية، وهذا ما ساهم في بروز مصطلح الطرف الضعيف في التحكيم التجاري الدولي، للإحاطة بالموضوع وكيف أن هذه المراكز تضرب التحكيم في أحد مبادئه الأساسية المتمثلة في سلطان الإرادة، سنخصص بالدراسة أحد أهم مراكز تسوية المنازعات التجارة الدولية والاستثمار، والمتمثل في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRD، واستعراض ظاهرة تهميش الرضاء وتلاشي دور الإرادة واختلال التوازن داخل هذه النوع من التحكيم، بالإضافة إلى هذا المركز، نجد غرفة التجارة الدولية بباريس، التي تنص صراحة بأن لجوء الأطراف للتحكيم أمامها يفيد قطعاً القبول بالإجراءات والقواعد وهيئة التحكيم الفاصلة في النزاع المنضوية تحت هذا المركز، وفي ذلك نصّت المادتين 13 من قواعد التوفيق والتحكيم الصادرة عن غرفة التحكيم بباريس عام 1955، والمادة 11 من قواعد الغرفة لعام 1975.

- إن تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم لا يثير أي إشكال نتيجة إنعدام الثقة لديه في القضاء الوطني، سواء كان هذا الشرط التحكيمي مدرج ضمن الإتفاقيات الثنائية أو متعددة الأطراف للاستثمار بعد ضمان المشرع الجزائري للجوء إلى التحكيم بناء على هذه الآلية من خلال المادة 12 من قانون الاستثمار 2022، أو بناء على شرط مدرج في عقد الاستثمار، غير أن ما يثير الاشكال هو التطور والتحول الذي طرأ على التحكيم بخصوص طبيعته الإرادية خاصة ما تعلق بالتراضي وتجاوز الطبيعة الإتفاقية للتحكيم، والتراجع عن وجوب أن يكون الإتفاق مسبقاً بمنح الإختصاص للتحكيم لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، فأصبحت مراكز وهيئات التحكيم مختصة في النظر في نزاعات الاستثمار إستناداً إلى الرضاء الوارد في إتفاقيات الاستثمار الثنائية دون إعتداد لإتفاق تحكيم صريح، وأيضاً بتطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية، وامتداد الأمر إلى التحكيم الذي يقوم على إلزام الدولة اللجوء إلى التحكيم بناء على التراضي المنفصل، أو ما أطلق عليه بالتحكيم الإلزامي الدولي⁽¹⁾.

(1) عمر شتوح، تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين القضاء والتحكيم قراءة في ظل القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، حوليات الجزائر 1، المجلد 34 العدد 02، 2020، ص95.

في كل هذه الصور المستحدثة من التراضي على اللجوء إلى التحكيم والتي يكون فيها اللجوء إلى التحكيم بحرية وتراضي غير مكتمل أين أضحى لا يتطلب الموافقة الصريحة للأطراف، فرتب ذلك توسع إختصاص مراكز التحكيم في النظر في مختلف نزاعات الاستثمار، كل هذا أدى بالطرف الضعيف من الدول النامية خاصة الجزائر إلى اللجوء إلى التحكيم مرغمة دون نص صريح واضح ومكتوب لإتفاق التحكيم، لذلك ضمان للتوازن والعدالة بين أطراف العلاقة وجوب عدم الإعتداد بإتفاقيات الاستثمار التي لم تترجم إلى إتفاق تحكيم صريح ومكتوب ينص على اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات، نفس الشيء بالنسبة لعقود الاستثمار ضرورة إدراج بند تحكيمي تنفيذاً للغرض العام الذي تضمنته إتفاقية الاستثمار⁽¹⁾.

2- التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI

يعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى من أهم مراكز تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار، وقد أنشئ هذا المركز بموجب إتفاقية واشنطن في 18 مارس 1965، ودخلت حيز التنفيذ في 1966، ويعد هذا المركز التحكيمي أحد المؤسسات التحكيمية التي تتميز بطابع خاص في تسوية المنازعات من خلال الشروط النموذجية التي يقوم على إثرها بتقديم خدماته للأطراف، والتي نصّت عنها المادة 25 (1) من الإتفاقية، فجاء الشرط الأول متعلقاً بطرفي النزاع حيث يمتد إختصاص المركز إلى المنازعات التي تجمع بين طرفين أحدهما دولة متعاقدة والطرف الآخر رعية دولة أخرى متعاقدة، وعليه الإستفادة من خدمات المركز في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار يثبت حصرياً للدول المنظمة والمصادقة على الإتفاقية، دون الدول الغير المصادقة على الإتفاقية، فيمنع عليها اللجوء إلى المركز والاستفادة من خدماته.

أما الشرط الثاني فيتعلق بمحل أو موضوع المنازعة حيث حدد المركز نطاق إختصاصه بالمنازعات ذات الطابع القانوني والناجمة مباشرة عن الاستثمار، أما الشرط الأخير والذي يعتبر أهم الشروط من خلال النص على ضرورة الموافقة الصريحة للأطراف على الخضوع للتحكيم، ويعد هذا الشرط إمتداد للطبيعة الإتفاقية التي تميز التحكيم، باعتبار الإرادة الدستور الذي ينضوي تحته العملية التحكيمية، السؤال المطروح هنا هو أين تكمن خطورة المساس بالرضا وإرادة الأطراف من خلال لجوء الأطراف إلى المركز لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار.

(1) عمر شتوح، تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين القضاء والتحكيم قراءة في ظل القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق، ص 98.

إذا كان الأصل والظاهر الذي يطبع عرض النزاع على المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار هو الطابع الرضائي أو أن يكون بناء على إتفاق التحكيم، غير أن حقيقة هذا المركز مخالفة للظاهر، ويظهر ذلك من خلال مختلف مظاهر التعسف والإذعان وتهميش الرضا وتقييد الإرادة في النقاط التالية:

- إن أهم مظهر يميز المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار CIRDI إهداره لمبدأ الرضائية الذي يميز التحكيم بل يعد أحد المبادئ المكرسة للعملية التحكيمية، ويظهر هذا الإهدار من خلال إلزامية التحكيم أمام المركز، فلا يمكن لأي طرف الرجوع عن اللجوء للمركز لتسوية المنازعات، فتستقل بذلك هيئة التحكيم بتسوية النزاع دون تدخل من أي طرف، فلا يمكن للأطراف أن تنسحب من الإجراءات المتخذة من قبل المركز، أو عدم موافقته بالقبول على هذه الإجراءات⁽¹⁾.

- كما يتمثل الطابع الإلزامي للتحكيم لدى المركز الدولي CIRDI في التجاوز الصريح لما تتضمنه إتفاقية تسوية نزاعات الاستثمار بين الدول ورعايا دول أخرى، حيث تنص المادة 25 من الإتفاقية بصريح العبارة أن اللجوء إلى التحكيم وفق للمركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار ICSID، لا يكون إلا وفقا لإتفاق الأطراف.

- رغم الطابع الإتفاقي الذي يقوم عليه تسوية المنازعات عبر المركز الدولي CIRDI، غير أنه في ظل التحولات إهتز الطابع الإرادي والإتفاقي الذي يتسم به التحكيم لدى المركز الدولي، فأقر المركز الدولي توجهها جديدا من خلاله يتم قبول التحكيم دون إتفاق، فيكتفي المركز في تقرير إختصاصه في نظر القضايا المعروضة أمامه، على وجود نص تشريعي في قانون الدولة المضيفة تشير إلى التحكيم لدى المركز، أو إستنادا إلى إتفاقية إستثمار ثنائية أو متعددة الأطراف. هذا التوجه سمح للمركز بعقد إختصاصه بغض النظر عن وجود إتفاق من عدمه وهذا ما يشكل عدة إرهابات وآثار خاصة في مواجهة الدول النامية.

- إن كانت الدول النامية أغلبها يتضمن تشريعاتها منح إمتيازات و ضمانات للمستثمرين الأجانب لاستقطاب هذه الاستثمارات الأجنبية، وأهم هذه الضمانات ما تعلق بتسوية المنازعات الناشئة عن طريق التحكيم الدولي، وبحكم هذه النصوص التشريعية في القوانين الداخلية يتحدد إختصاص المركز الدولي CIRDI، ويمثل هذا التوجه والأسلوب في تسوية المنازعات أمام المركز الدولي CIRDI إشكالات عدة، نتيجة لما قد تؤديه إلى إستغلال الطرف الضعيف نتيجة الطريقة التي انعقد بها إختصاص محاكم المركز بالاستناد إلى

(1) أنظر يمينة حسيني، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار، مذكرة لنسل شهادة الماجستير في القانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص 37-39.

تشريعات الاستثمار الداخلية⁽¹⁾، ومن جهة أخرى لجوء الدول النامية لمثل هذه الآلية تحت حاجتها الملحة للاستثمارات الأجنبية وتحقيق النمو وتشجيع الاستثمار واستقطاب التكنولوجيا وغيرها من الموارد الأساسية التي تساهم في النهوض الاقتصادي، غير أن هذه الدول غالباً ما تصطدم مع إجبارية اللجوء إلى المركز الدولي للتحكيم CIRD التي قام الإتفاق عليها، من خلال مخالفتها للمبدأ الذي ينص على اللجوء الإتفاقي للتحكيم بين الأطراف، حتى وإن كان ذلك التنصيص على هذا النوع من التحكيم تحت حجة منح المستثمرين الأجانب الضمانات القانونية والقضائية اللازمة حتى تسهل استثماره في الدولة المضيفة، غير أن الآثار السلبية لهذا النوع من النصوص والإشكالات المثارة بهذا الخصوص يتجاوز الهدف المنشود من وراء التنصيص على اللجوء لهذا المركز الدولي لتسوية المنازعات، وهذا من خلال ما يسببه من تعسف وإذعان للطرف الضعيف في العلاقة⁽²⁾.

وتعتبر مصر أبرز الدول النامية التي تهاطلت عليها طلبات التحكيم من طرف المستثمرين أمام المركز الدولي CIRD، واحتلت مصر المركز الخامس عالمياً في عدد القضايا المقيمة ضدها أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فضلاً عن الخسائر المالية الضخمة التي بلغت 224.2 مليون دولار بالإضافة إلى 42 مليار جنيه تعويضات في القضايا المحسومة لصالح المستثمرين الأجانب قبل سنة 2011، كما بلغت نسبة التعويضات للمستثمرين الأجانب لسنة 2016/2017 فقط حوالي نصف إيرادات قناة السويس، أما إجمالي المطالبات المسجلة ضد مصر حوالي 22.760 مليار دولار، هذه الأرقام تمثل ما هو مصرح به فقط أين يوجد تعميم كبير على الأرقام المتعلقة بالتسوية للنزاعات الاستثمارية المقامة ضد مصر⁽³⁾.

ومن بين القضايا التحكيمية التي تكبدت فيها مصر خسائر مالية نتيجة التعويضات والغرامات المحكوم عليها تسديدها، قضية الحكومة المصرية ضد شركة يونيون فينوسا Unión Fenosa، للتعويض عن خرق الشركة القابضة للغازات الطبيعية إيجاس للتعاقد مع يونيون فينوسا، بعدما توقفت إيجاس في عام 2012 عن إمداد الغاز إلى مصنع الإسالة في دمياط، من قبل شركة مصرية مملوكة للدولة إلى مستثمر إسباني بما يخالف إتفاقية شراء الغاز، وكانت مصر قد زعمت أن إعطاء الأولوية لتوريد الغاز الطبيعي لتغذية الكهرباء المحلية في مصر بدلاً من تصديره على النحو المتفق عليه مع المستثمر الذي يعتبر عمل ضروري لحفظ النظام والأمن العام

(1) أنظر بمينة حسيني، المرجع السابق، ص 65-73.

(2) من أجل ذلك يتعين على الدول عند صياغتها لمثل هذه النصوص أخذ الحيلة والحذر ذلك أن نصوص مماثلة يمكن أن تجر الدولة المضيفة إلى عواقب ومصاعب، فأغلب الدول تقبل صياغة مثل هذه النصوص وتقدم العروض في حالات صعبة، خاصة مع تمسك المستثمر الأجنبي بنص تشريع داخلي لإثارة مسؤولية الدولة ومقاضاتها أمام المركز الدولي. أنظر أنظر بمينة حسيني، المرجع السابق، ص 72.

(3) حكم القوي، الشركات الأجنبية تكسب مصر في مباريات التحكيم الدولي، مقال منشور على الرابط: <https://eipr.org/publications> تم نشر المقال بتاريخ: 23 سبتمبر 2018، تم الإطلاع بتاريخ: 2021/10/23.

والمصالح الأساسية لها، ولمواجهة الأخطار الجسيمة والوشيجة، لذلك وقع الدفع من الحكومة المصرية على القوة القاهرة لكون الإنخفاض الكبير في الإمدادات الغاز الطبيعي كان سببه المباشر هذه الأحداث وأعمال العنف والإضطرابات، إلا أنه بصدر القرار التحكيمي عام 2018، وجدت المحكمة أن الدفاع المقدم من الحكومة المصرية باطل مسببة حكمها في أن الأحداث لا يمكن أن تكون سببا لتقليص إمدادات الغاز إلى المحطة لأن هذا التقليص حدث قبل الثورة وبعدها، كما وجدت المحكمة أن تصرف الحكومة لم يكن الطريقة الوحيدة للحفاظ على الأمن القومي، وأن هناك عدم تناسب في الحد من الغاز الذي ينقله المستخدمون الآخرون، لذلك فمحاولة الحكومة المصرية إثارة الدفع المتعلق بإثبات حالة الضرورة بموجب القانون الدولي العربي، أصدرت المحكمة حكم بتاريخ 3 سبتمبر 2018 يلزم الحكومة المصرية بتسديد غرامة قدرت بـ 2 مليار دولار لشركة يونيون فينوسا Unión Fenosa، تعويضا عن عجز الحكومة المصرية في 2014 عن توفير إمدادات الغاز اللازمة للشركة أثناء أزمة الطاقة التي مرت بها مصر⁽¹⁾، هذا بالنسبة لمصر وقس على ذلك بالنسبة لسائر الدول النامية والأطراف الضعيفة التي تجد نفسها أمام قضاء خاص يكبد حكوماتها خسائر مالية ضخمة نتيجة الممارسات التي تنطوي على كثير من التعسف وإستغلال الأطراف الضعيفة بما يخل من التوازن القانوني والاقتصادي بين أطراف التحكيم. هذا التعسف والإذعان الناتج من إنعدام التوافق بين أطراف النزاع التي تتضمن المستثمر الأجنبي في مواجهة الدول المضيفة التي غالبا ما تكون الدول النامية، فيعمد المركز إلى حماية المستثمر الأجنبي على حساب التوازن والتوافق القانوني والاقتصادي بين أطراف العلاقة الاستثمارية بعيدا عن التعسف والإذعان، هذا دون الكلام عن إشكالية حياد المحكمين وقواعد تعيين المحكمين في المركز الدولي للتحكيم الذي أثار العديد من الانتقادات أين أطلق الفقه على هذا بأزمة المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار، كل هذا دفع الأطراف إلى التشكيك حول فعالية المركز في تسوية المنازعات المعهود لها حلها.

- لم يتوقف المركز عند هذا الحد من المبادئ المكرسة لتهميش التراضي وتقييد الإرادة في اللجوء وقبل التحكيم، أين تبني المركز مبدأ آخر يظهر تجاوز للمبادئ المكرسة للتحكيم التجاري الدولي، خصوصا إذا نظرنا لتسوية المنازعات من جانب المركز الدولي CIRDI الذي يشترط الموافقة الكتابية للأطراف لعرض النزاع على التحكيم، حيث أقر في أحكام عديدة قبول التحكيم أمام المركز الدولي CIRDI إستنادا لتشريع الإستثمار

⁽¹⁾Joyce Hanson, Unión Fenosa Sues Egypt, BNY Mellon Over Funds Transfer, <https://www.law360.com/>.

OECD، تطلعات سياسات الاستثمار في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، OECD للنشر، باريس، 2021،

<https://doi.org/10.1787/9191e47c-ar>، ص 90.

الداخلي للدولة المضيفة، هذا الأمر الذي جعله أحد أهم المسائل بالغة الأهمية نظرا لانتشار هذا النوع من التحكيم من جهة، ومن جهة أخرى إنتفاء التعبير الصريح لرضاء الدولة باللجوء إلى المركز، حيث شهد لجوء واسع في الفصل في منازعات بناء على التشريعات الداخلية للدول المضيفة تتضمن إحالة إلى تحكيم المركز الدولي CIRDI، هذا الأخير كيف على أساس الإيجاب الملزم للدولة⁽¹⁾.

ويمكن إجمال مختلف مظاهر التعسف والإذعان وتهميش الرضا وتقييد الإرادة الناتجة عن اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية نزاعات الإستثمار من خلال القضية المثارة للجدل والتي تعرف بقضية الأهرامات، وسنستعرض في هذه القضية المرحلة الثانية من النزاع والذي تم عرض النزاع أمام المركز الدولي لتسوية نزاعات الإستثمار بواشنطن ICSID، عن طريق شركة ممتلكات جنوب الباسفيك وإنضمام شركة جنوب الباسفيك الشرق الأوسط، للمطالبة من جديد بالتعويض وجبر الضرر نتيجة الإخلال الحاصل من الحكومة المصرية نتيجة الفسخ الانفرادي من جانبها.

وإستعراضنا لهذه المرحلة من النزاع هو لإبراز مختلف مظاهر التعسف والإذعان وتهميش الرضا وتقييد الإرادة الناتج عن عرض النزاع على المركز CIRDI من خلال مناقشتنا لمختلف أطوار النزاع والحكم الصادر في هذا الشأن وهل فعلا يتمثل عرض النزاع أمام هذا المركز هو إهدار للمبادئ المؤطرة للتحكيم وما يتمتع به التحكيم من الطبيعة الإرادية من التراضي والقوة الملزمة لإتفاق التحكيم ومبدأ نسبية إتفاق التحكيم وغيره من المبادئ، فبالرغم من عدم التراضي والإتفاق على التحكيم في هذا النزاع بين الطرفين، فجاء قبول المركز للنظر والإختصاص في التحكيم في هذا النزاع وإصدار حكم بشأنه بتاريخ 20 ماي 1992 الذي أدان مصر والحكم عليها بالتعويض بمبلغ مقدّر بـ 27.6 مليون دولار⁽²⁾، مخالف تماما لنص المادة 25 من إتفاقية واشنطن التي تشترط لاختصاص المركز الموافقة الكتابية لأطراف النزاع على التقدم للمركز لحل وتسوية المنازعات التي تنشأ، كما أن قبول الأطراف حل النزاع بالمركز يمنعهم من الإلتجاء إلى طريق آخر لحل النزاع، وهذا ما نصّت عنه المادة الثانية بصريح العبارة التي جاء نصها كالآتي: "تعتبر موافقة الأطراف على التحكيم في ظل هذه الإتفاقية موافقة على إستبعاد أي حل آخر ما لم ينص على خلاف ذلك، ويجوز لأي طرف متعاقد المطالبة باستنفاد كافة طرق التسوية القانونية المحلية والإدارية كشرط لازم لقبولها التحكيم في ظل الإتفاقية"، وهذا ما لم يتقيد به المركز الدولي لتسوية نزاعات الإستثمار بواشنطن، وكذلك لاستناد المركز في تقرير إختصاصه ما أشارت إليه المادة الثامنة من قانون الإستثمار المصري رقم

(1) مينة حسيني، المرجع السابق، ص 80.

(2) كل ما هو متعلق بهذا الحكم بجميع تفاصيله موجودة على موقع المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار: www.worldbank.org/ICSID/cases.

43 لسنة 1974 لإمكانية حل وتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار في إطار إتفاقية واشنطن واختصاص المركز بذلك، كل هذه الأسباب تؤكد على مخالفة المركز لأهم مبدأ في التحكيم وهو مبدأ سلطان الإرادة ويترتب عنها الطبيعة الإرادية للتحكيم وما تتضمنه من مبادئ كالرضا والقوة الملزمة لإتفاق التحكيم، والحرية الإرادية، وأيضاً لما في القرار من تعسف وإذعان للأطراف، مما يثير عدة إشكالات حول مدى فعالية الحماية المقررة للطرف الضعيف في التحكيم التجاري الدولي في ظل التحكيم المؤسسي أو النظامي أو التحكيم بصفة عامة، الأمر الذي يجعلنا نحكم على هذا النوع من التسوية على أنه مهدد للمعاملات وما تعلق بالاستثمار والتجارة الدولية، وما يتناقض مع المبدأ العام المقرر في اللجوء إلى التحكيم وإلى المراكز المعنية بتسوية المنازعات من الفعالية وسرعة الفصل والثقة والسرية والأمانة والاستقرار.

هذا الإجهاد لقي إنتقاداً وجدلاً واسعاً نتيجة توسع إختصاص المركز في النظر للنزاعات على حساب الإرادة الحرة للأطراف من خلال التراضي، وذلك بالقبول الأحادي للدولة المضيفة للتحكيم لدى مركز التحكيم الدولي CIRDI، وأيضاً من خلال تفسير نص المادة 25 (1) التي جاءت صياغتها عامة بما يفيد قبول محاكم المركز لاختصاصها دون وجود إتفاق تحكيمي أو تحديد شكل هذه الموافقة، هذا ما يسمح بقبول التحكيم استناداً إلى تشريع خاص بالاستثمار على أن يكتمل هذا القبول المنفرد للدولة المضيفة للتحكيم لدى مركز التحكيم الدولي CIRDI بموافقة المستثمر كتابة على هذا العرض⁽¹⁾، هذا ما يطرح إشكال مهم يتمثل في الموازنة بين الضمانات الممنوحة للمستثمر والحماية المقررة للدولة المضيفة؟

ناقلة القول أن التحكيم لم يعد تلك المؤسسة الخاصة التي من خلالها ينشد الأطراف في التحكيم التجاري الدولي تحقيق العدالة سواء المستثمر الذي يسعى لتحقيق الربح وحماية إستثماراته من أي أخطار والدولة المضيفة للاستثمار الذي يسعى إلى جلب الاستثمارات بما يحقق التنمية والنمو الاقتصادي وجذب رؤوس الأموال الأجنبية، من خلال إختلال التوازن بين الأطراف، والتفاوت في القوة الاقتصادية والامتيازات الممنوحة للدول القوية على حساب الدول النامية والضعيفة، حيث أثبت واقع تسوية المنازعات داخل هذه المراكز والمؤسسات التحكيمية تهميش لمبدأ الحرية في إختيار التحكيم، وتلاشي دور سلطان الإرادة، والذي دون شك سي طرح العديد من الاشكالات والعوائق وهذا ما عبر عنه أحد الباحثين بالتعسف الذي تمارسه مراكز التحكيم الدولية للتحكيم وخاصة مركز التحكيم الدولي CIRDI مع الدول النامية في مجال التحكيم التجاري الدولي، هذا الأمر الذي يتطلب وبسرعة ضرورة تقنين وتنظيم كيفية التحكيم تحت مظلة هذه المراكز وفق ما يضمن لكل طرف حقوقه

(1) مينة حسيني، المرجع السابق، ص 84.

والتوفيق بين أهداف كل من الدولة المضيفة للاستثمار والأهداف الخاصة بالطرف الأجنبي وبما يصون المبادئ والمرتكزات التي يقوم عليها التحكيم⁽¹⁾.

في الأخير إن رضاء الدولة بالتحكيم يعني تخليها عن حصانتها القضائية وما تتمتع به من إمتيازات في ذلك، من أجل ذلك يجب أن يكون هذا الرضاء حسب ما أقرته القواعد العامة في هذا الخصوص أن يكون صريحا ومكتوبا وواضحا ولا لبس فيه، دون أن يقترن تقييد هذا الرضاء وتهيئته على إعتبارات أخرى تؤدي إلى إختلال التوازن وفقده داخل هذه العلاقات، خاصة وأن هذه العلاقات تتميز في كونها متباينة من حيث القوة فدائما ما نجد أطراف قوية تظهر بصفة المحتكر لكل ما يتعلق بهذه العلاقة في مواجهة أطراف ضعيفة يفرض عليها عن طريق الإذعان والتعسف سواء باللجوء إلى التحكيم والقبول به أو تحديد مركز التحكيم بإرادة منفردة لتسوية المنازعات وكذلك القواعد التي تنظم العملية التحكيمية.

3-إتساع الشروط النموذجية للتحكيم:

إن التطورات التي شهدتها العالم خاصة في جانبه الاقتصادي، أدى إلى بروز آليات جديدة ومستحدثة خصوصا ما تعلق بعملية التحكيم، وأبرز هذه التطورات هو ظهور ما يعرف بالشروط النموذجية للتحكيم، التي يتم خلالها تحديد مضمون التحكيم وفرض البنود النموذجية وفرض شروط عامة تطبق على جميع الأطراف في التحكيم، ويشهد هذا النوع إنتشارا فيما يخص التحكيم المؤسسي، أين أصبح يشكل الأصل في هذا النوع من التحكيم، نظرا للعدد الكبير للأطراف الالجنة إلى حل وتسوية المنازعات إلى التحكيم المؤسسي وريحا للوقت والمال وتحقيق المساواة بين الأطراف المحتكمة، فأصبحت هذه الشروط المحررة مسبقا إجبارية لا يمكن للأطراف مناقشتها⁽²⁾.

وتعتبر شروط التحكيم النموذجية آلية جديدة تحمل من الأهمية بالنظر لما تساهم به في ضمان سير إجراءات التحكيم حال لجوء الأطراف المتنازعة إلى التحكيم عن طريق أحد مؤسسات التحكيم، لذلك تحضا صياغة شرط التحكيم لأهمية كبيرة، غير أن صياغة هذه الشروط قد تكون معيبة التي تم تعريفها بأنها تلك الشروط التي تثير عدم دقة صياغتها وغموضها في بعض الأحيان مشاكل إجرائية فد تصل إلى عدم قدرة تفعيل شرط التحكيم مما قد تعطل سير التحكيم أو إنعدام وجوده، ويمكن أن تكون إتفاقيات التحكيم معيبة لأسباب متعددة،

(1) إبراهيم العسري، المرجع السابق، ص145.

(2) فصل في الشروط النموذجية من حيث أشكالها ونطاقها ومميزاتها. فوزية عمروش، الشروط العامة في العقود: مصدر للقانون، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 35/ عدد خاص، 2021، ص ص292-299.

كالإشارة غير الدقيقة إلى مؤسسة التحكيم أو غير صحيحة تماماً، أو قد يكون تعيين المحكمين بشكل معيب، أو قصر إتخاذ أحد الإجراءات على أحد الأطراف دون أن يشمل الآخر مما قد يشكل إذعانا⁽¹⁾.

إن أبرز ما قد يثيره شرط التحكيم النموذجي المدرج سواء بين الأطراف في الإتفاق أو الشروط التي تقوم مؤسسات التحكيم بإدراجها وصياغتها مسبقاً حيث تتضمن على قواعد محددة ومضبوطة مسبقاً لا يمكن للأطراف مناقشتها أو تعديل البنود. وتتميز هذه الشروط بصور الإيجاب على شكل صيغ مطبوعة معدة سلفاً وبصورة موحدة وشروط مماثلة لكل من يتعاقد مع المؤسسات التحكيمية لحل وتسوية النزاع، إلا أن الإشكال يثور بخصوص هذا النوع من الشروط هو الجمود في صياغة هذه البنود دون إمكانية تعديلها، إضافة إلى إمكانية أن ترد شروط ضارة تمس بالتوازن بين الأطراف وتمس بمصلحة الطرف الضعيف في العلاقة، إضافة إلى السرعة التي يتم بها إبرام هذا النوع من الشروط وعدم الوضوح والدقة في البنود والشروط المصاغة بشكل إنفرادي، مما توقع بالطرف الضعيف والتوقيع على هذه البنود والصيغ الجاهزة المتضمنة على مختلف الإجراءات والقواعد المتضمنة تنظيم عملية التحكيم⁽²⁾.

المطلب الثاني

حدود مبدأ نسبية آثار التحكيم

باعتبار أن التحكيم قوامه الإرادة أين يستند في الأساس على إرادة الأطراف، فالإرادة لها دور في إنشاء إتفاق التحكيم الذي يعتبر البوابة التي من خلالها تنطلق العملية التحكيمية، وبدون هذا الإتفاق فلا تحكيم، كما يشمل دور إرادة الأطراف القيام بتنظيم مختلف المراحل المتعلقة بالإتفاق التحكيمي أو التالية له، من الإتفاق على مختلف القواعد الموضوعية والإجرائية واختيار المحكمين وتحديد اختصاصاتهم، والقانون الواجب التطبيق على النزاع محل التحكيم.

لذلك يعتبر مبدأ سلطان الإرادة أحد المبادئ الأساسية المؤطرة لنظام التحكيم، وباعتبار التحكيم عقد من العقود يخضع للقواعد العامة والمرتكزات التي تقوم عليها نظرية العقد، وبنشوء التحكيم نشوء صحيحاً، فإنه يرتب

(1) هبة أحمد سالم، الشروط التحكيمية وغيوب صياغتها من واقع قضايا مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم العربي، العدد 24، جوان 2015، ص 181.

مقال منشور على موقع: <https://www.international-arbitration-attorney.com>، بتاريخ: 2021/01/10. نقلاً عن:

E. Gaillard, G. Savage, "Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration", Kluwer Law International, 1999, pp 261-262.

(2) جهاد حاسي وعلي فتاك، الإطار التشريعي للعقود النموذجية الدولية، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 7 العدد 2، 2020، ص 257.

أهم قاعدة وهي قاعدة النسبية⁽¹⁾ التي ترتب أثر هام في ذمة الأطراف المتفقة على التحكيم، وهو سريان الحقوق والالتزامات إلى أطرافه دون أن يتعدى ذلك إلى الغير، أي دون أن يتحمل أي التزام أو يكسب حقا ناشئ عن علاقة ليس طرفا فيها، وقد نصّت عن هذا المبدأ القواعد العامة في العقد في المادتين 108 و 113 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾.

غير أنه ولا اعتبارات متعددة وما شملته من تحولات إقتصادية وإعتبارات عملية وما فرضه واقع عقود التجارة الدولية، حيث طبيعة هذا النوع من العقود وآليات تنفيذها تفرض الخروج عن القاعدة التقليدية، مما قد تؤدي لإدخال أطراف غير الأطراف الأصلية المبرمة لإتفاق التحكيم⁽³⁾، لأجل ذلك قضت تشريعات التحكيم على خلاف ما هو منصوص في قاعدة الأثر النسبي للعقد، أين يمتد فيها الإتفاق خارج الأطراف الموقعة عليه ليشمل الغير، فتشملهم الآثار التي يرتبها إتفاق التحكيم.

وإذا كان إمتداد آثار العقد لعاقديه أو من يقوم مقامهما من خلف عام أو خاص لا يثير إشكال كما سبق عرضه، فإن المسألة تطرح فيما يتعلق بسريان آثار إتفاق التحكيم في مواجهة الغير، حيث تعتبر هذه المسألة من المسائل ذات أهمية الأمر الذي أدى إلى فتح نقاشات مهمة حولها سواء من طرف الداعمين لهذه الفكرة أو الرافضين لها على أساس أن الإرادة في مجال التحكيم تعد بمثابة القانون الأساسي للأطراف، بالتالي فالإرادة في التحكيم يجب أن تكون واضحة وصريحة ومؤكدة، لذلك فقاعدة الامتداد تقوم على إفتراض إتجاه إرادة الأطراف، وهذا الإفتراض يتناقض مع ما ينص به المبدأ والقاعدة العامة المنصوص عليها في مجال التحكيم التي تخضع التحكيم لسلطان الإرادة التي يتوجب أن تكون واضحة منافية لأي غموض أو جهالة⁽⁴⁾.

ولتوضيح الموضوع أكثر سنستعرض في دراستنا هذه بالتطرق لأهم النظريات التي من خلالها تسري آثار التحكيم إلى الغير ويلتزم هذا الأخير بإتفاق التحكيم، فنعرض في البداية للنظريات التقليدية الموجود في النظرية العامة للالتزام، بعدها نعرض على امتداد آثار إتفاق التحكيم في مجموعة الشركات والعقود المرتبطة.

(1) نص المشرع الجزائري عن مبدأ نسبية الأثر النسبي للعقد في المادتين 108 و 113 من القانون المدني الجزائري من خلال القسم الثالث: بآثار العقد، الفصل الأول: العقد، الباب الأول: مصادر الالتزام، الكتاب الثاني: الالتزامات والعقود.

(2) نص المادة 108 ق م ج: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث".

نص المادة 113 ق م ج: "لا يرتب العقد إلزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا".

(3) محمد المهادي المهدي الشامس، إشكاليات في عقود الانشاءات الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2020، منشور على موقع www.books.google.dz، ص 165.

(4) نسبية علي محمد العمري، شرط التحكيم في العقود التجارية الدولية: دراسة تحليلية، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت كلية الدراسات الفقهية والقانونية، الأردن، 2000، ص 87.

ونظرا لما يثيره إمتداد آثار إتفاق التحكيم والذي يشمل أشخاص الغير موقعين على إتفاق التحكيم من إشكالات سواء ما تعلق بمرحلة إتفاق التحكيم أو في المرحلة الإجرائية للتحكيم، خصوصا ما يثيره مصطلح الغير من إشكالات معقدة سواء على الجانب النظري أو الموضوعي وحتى الإجرائي، فدراستنا على مستوى هذا الفصل تقتصرها في الجانب الموضوعي دون أن يتعداه للجانب الإجرائي، لذلك إرتأينا تأخير التطرق للتدخل والإدخال في إجراءات التحكيم وضم ودمج خصومات التحكيم كأحد المستجدات الإجرائية الحديثة في التحكيم للباب الثاني عند الحديث عن التوجهات الحديثة للتحكيم في الإتفاقيات الدولية على ضوء النظام الإجرائي المعاصر. ونتعرض لمسألة إمتداد أثر التحكيم إلى الغير في إطار القواعد التقليدية للنظرية العامة للإلتزام الفرع الأول، يليها التطرق لهذا الإمتداد بالنسبة لمجموعة العقود ومجموعة الشركات الفرع الثاني.

الفرع الأول: إمتداد أثر التحكيم إلى الغير في إطار القواعد التقليدية للنظرية العامة للإلتزام

لما كان الأصل في القواعد العامة أن آثار أي عقد بما فيها التحكيم لا ينصرف إلا لأطرافه سواء المبرمين لإتفاق التحكيم أو من يقوم مقام المتعاقدين من خلف عام وخلف خاص والدائنين، غير أن لهذه القاعدة إستثناء من خلال سريان آثار العقد إلى الغير⁽¹⁾ الذين لا يعتبرون من المتعاقدين ولا من يقوم مقام المتعاقدين، فهم أطراف أجنبية عن العقد غير أنهم تنصرف إليهم الحقوق أو أنهم يتحملون الإلتزامات الناشئة عن العقد الذي يبرماه المتعاقدين الأصليين، وهذا الأمر نفسه بالنسبة للغير في التحكيم، هذا الاستثناء الذي فرضته التحولات الاقتصادية التي ساهمت في تحول ملامح العديد من المبادئ والأسس المنظمة للتحكيم، ومن بينها قاعدة الأثر النسبي هذه القاعدة التي عرفت إغتيال وخروج عنها من خلال سريان الآثار التي يربتها العقد وإتفاق التحكيم للغير أي خارج الأطراف المبرمة له، الأمر الذي أطر لأسس حديثة للتحكيم.

هذا الإمتداد لهذه الآثار يختلف باختلاف الجهة التي يسري إليها هذه الآثار، لذلك تتعدد هذه الحالات سواء في الحالات التي نستعرضها في هذا البحث من إشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير هذين الأخيرين الذين

(1) مفهوم الغير في اللغة: كلمة غير من حروف المعاني قد تكون نعتا وقد تكون بمعنى لا، وقد تكون إسما من ذلك مثلا هذا غيرك. إبن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، الجزء السادس، الدار المصرية للتأليف والنشر، بدون تاريخ، ص344.

أما المفهوم الاصطلاحي للغير من الناحية القانونية فتتعدد المفاهيم المرتبطة بمصطلح الغير، هذا المصطلح الوارد في القانون الروماني ويراد به الأجنبي، أما في قانون نابليون الفرنسي فيراد بالغير الذي لا ينفعه العقد ولا يضره، أما التعريف القانوني لمصطلح الغير فهو كل شخص غير طرف في العلاقة العقدية ولا يعتبر لا من الخلف الخاص ولا من الخلف العام، أما ما يخص التحكيم فالغير هو كل شخص ليس طرفا في إتفاق التحكيم ولم يوقع عليه سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، ولا يعتبرون كذلك لا من الخلف العام ولا من الخلف الخاص لأحد أطراف التحكيم. أنظر طاهر محمد خليفة، "إتفاق التحكيم" ماهيته ونسبته وامتداده للغير، مداخلة أُلقيت في مؤتمر القضاء والتحكيم بجامعة الامام بن سعود، 2015، ص13، منشورة على <https://www.researchgate.net/>، تم الاسترداد يوم 14:00، 2021/10/30.

يعتبران أحد تطبيقات نظرية الالتزام لإمتداد أثر العقد للغير، وهناك حالات أخرى يمتد فيها أثر التحكيم إلى الغير من حوالة الحق وحوالة الدين، وأيضا الحلول، والتضامن بنوعيه الإيجابي والسلبي والتنازل عن العقد، وسنقصر دراستنا على أهم تطبيقين لهذا الإمتداد ما تعلق بالإشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير سيتم عرضهما بالدراسة فيما يلي.

أولاً: الاشتراط لمصلحة الغير والتحكيم

يتحقق الإشتراط لمصلحة الغير عند تعاقد شخص مع آخر على أساس إشتراط أحد المتعاقدين إنشاء حق لشخص خارج هذا الإتفاق، وهذا الحق يكون مباشراً وخاص يستأثر به الشخص الذي يعتبر من الغير⁽¹⁾، ونظم المشرع الجزائري الأحكام القانونية المنظمة للإشتراط لمصلحة الغير في المود من 116 إلى 118 مدني جزائري، هذا النوع يعد تطبيق من تطبيقات إمتداد آثار العقد إلى الغير، هذا الغير الذي لا يعد من العاقدين ولا من الخلف العام ولا الخلف الخاص لأطراف العقد، فيعتبر هذا التطبيق إستثناء من المبدأ العام الناص بعدم تأثير العقد لا بالنفع ولا بالضرر في مصالح الغير، وبناء على هذا الإستثناء يترتب على هذا الإشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الإشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه⁽²⁾.

أما ما يتعلق بالإشتراط لمصلحة الغير في مجال إمتداد أثر إتفاق التحكيم إلى الغير، فيرتب هذا الإشتراط حقوقاً للغير في مواجهة المتعهد فيمكن إشتراط شرط التحكيم لمصلحة الغير المستفيد، ليتمكن لهذا الأخير أن يتمسك بهذا الشرط دون أن يلتزم به، لهذا فإن شرط التحكيم في إتفاق يتضمن إشتراطاً لمصلحة الغير، يمكن لهذا الأخير أن يستفيد منه، وإعلان هذا الغير المشتراط لصالحه في الإتفاق المتضمن الإشتراط لمصلحة الغير بإرادته قبول هذا الإشتراط، ليصبح حينئذ طرفاً في إتفاق التحكيم أو طرفاً في خصومة التحكيم.

وحق يتحقق هذا الإشتراط لمصلحة الغير يلزم تحقق شروط معينة⁽³⁾:

- يشترط أن يتعاقد المشتراط باسمه الخاص لا باسم المنتفع، فيظهر في هذا العقد بمظهر المتعاقد الأصلي الذي له مصلحة في العقد وهذا ما يظهر الإختلاف بين الإشتراط والنيابة في التعاقد، التي يتعاقد فيها النائب باسم الأصيل ولحسابه، وفي المقابل لا يشترط وجود المنتفع أو أن يكون معيناً لحظة إبرام الإشتراط لمصلحة الغير، فيظهر المنتفع حتماً عند نفاذ هذا الإشتراط.

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 78.

(2) حيدر ضياء الدين مناف، عقد النقل البحري للبضائع والحاويات في التحكيم التجاري الدولي -دراسة مقارنة-، دار ktab INC، 2019، بدون رقم صفحة.

(3) راجع هذه الشروط: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 79.

-يشترط أن تكون للمشتراط مصلحة خاصة أيا كان نوعها يسعى لتحقيقها من وراء إبرامه للعقد المتضمن للإشتراط لمصلحة الغير، مع ضرورة أن تكون هذه المصلحة مشروعة.

-يفترض أن تتجه إرادة المتعهد والمشتراط إلى إنشاء حق في ذمة المنتفع مباشرة بمجرد الاتفاق على الإشتراط لمصلحة الغير.

يرتب هذا الإشتراط لمصلحة الغير جملة من الآثار المهمة والأحكام المترتبة من خلال العلاقات التي يكونها هذا الإشتراط سواء في علاقة المشتراط بالمتعهد، وفي علاقة المشتراط بالمنتفع، وأخيرا علاقة المنتفع بالمتعهد، ونوجز هذه الأحكام في النقاط التالية⁽¹⁾:

-من خلال عقد الإشتراط لمصلحة الغير تتكون علاقة بين المشتراط والمتعهد، التي على أساسها يمكن لكل منهما مطالبة الآخر بتنفيذ الإلتزامات الناشئة عن هذا العقد.

-يترتب عن الإشتراط لمصلحة الغير حقا مباشرا للمنتفع في مواجهة المتعهد، فيمكن لهذا المنتفع مطالبة المتعهد مباشرة من يوم إبرام العقد ونفاذه بحقه الناشئ عن عقد الإشتراط.

-يمكن للمشتراط نقض الإشتراط طالما لم يظهر المنتفع رغبته في الإستفادة من هذا الإشتراط، إلا في حالة نزول المشتراط عن هذا الحق فيسقط بذلك حق المشتراط في نقض الإشتراط، غير أنه إذا كان للمتعهد مصلحة في تنفيذ هذا الإشتراط فلا يجوز النقض إلا بعد موافقة المتعهد.

ثانيا: التعهد عن الغير: إذا كان الإشتراط لمصلحة الغير يترتب حقوقا للغير، فإن التعهد عن الغير يحمل هذا الغير إلتزام معين عن طريق تعاقد شخص مع آخر الذي يتعهد شخصيا بأن يتحمل هذا الغير إلتزام معين وفقا لما جاء في نص المادة 114 مديني جزائري، فينشأ إلتزام في ذمة المتعهد على القيام بعمل بأن يحمل هذا الغير على قبول إلتزام معين، أما بالنسبة للغير فهو حر في قبول هذا العقد الذي عقده عنه المتعهد الأصلي والذي تم التعهد به عنه أو أن يرفضه.

وفقا لما سبق بيانه يلتزم الغير بشرط التحكيم في حال قبول الغير لهذا التعهد، وتنشأ بذلك علاقة جديدة ورابطة عقدية بين المتعاقد مع المتعهد وبين الغير الملزم بشرط التحكيم، وليس بالضرورة أن يكون هذا العقد الجديد نفسه العقد الأسبق، ويرتب هذا الإلتفاق أثره من وقت القبول وليس من وقت التعهد.

(1) راجع هذه الآثار: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 80.

الفرع الثاني: إمتداد آثار إتفاق التحكيم في مجموعة الشركات والعقود المرتبطة

إضافة لإمتداد أثر التحكيم إلى الغير في إطار القواعد التقليدية للنظرية العامة للالتزام والتي سبق دراستها في الفرع الأول من هذا المطلب، هناك حالات أخرى تعتبر حديثة نسبياً فرضتها الحياة العملية والمتمثلة في إمتداد آثار إتفاق التحكيم حسب الكتابات الفقهية إما إمتداداً رأسياً، بإمتداد شرط التحكيم من عقد أصلي إلى عقد تبعية لا يشمل عليه، وإمتداد آخر يكون أفقياً بانصراف شرط التحكيم الذي سبق وأن وافقت عليه شركة أو أكثر إلى شركات لم توقع على إتفاق التحكيم ولكنها تنتمي لنفس مجموعة الشركات⁽¹⁾.

أولاً: إمتداد آثار إتفاق التحكيم في مجموعة الشركات

تعتبر مجموعات الشركات أحد مظاهر الاقتصاد الحديث، الذي عرفت في الآونة الأخيرة إنتشار واسع في مجال التجارة خصوصاً مع الأرقام القياسية المرتفعة في حجم الأعمال التجارية حيث أصبحت الشركات تتجمع لتسخير رؤوس أموال ضخمة وإمكانيات معتبرة لتنفيذ المشروعات الكبرى بشكل جماعي لتشكل ما يعرف بمجموعة الشركات⁽²⁾، ويقصد بها هو وجود مجموعة من الشركات الخاضعة لسلطة الرقابة والتوجيه التي تمارسها الشركة الأم المسيطرة والتي تخضع لها باقي الشركات التابعة لها⁽³⁾، ويمكن جمع التعاريف التي أشارت إلى تعريف مجموعة الشركات إلى ثلاث عناصر أقرتها هيئة التحكيم ICC الصادر بباريس عام 1982، في الدعوى الشهيرة Dow Chemical⁽⁴⁾:

-العنصر الأول: انتماء الشركات الموقعة والغير الموقعة إلى ذات مجموعة الشركات.

-العنصر الثاني: إعتبارات التجارة الدولية التي تلزم بالأخذ بفكرة مجموعة الشركات.

-العنصر الثالث: توفر النية المشتركة في جميع الأطراف الموقعين وغير الموقعين على اللجوء إلى التحكيم،

والتي يمكن الكشف عنها بدور الغير الموقعين في إبرام وتنفيذ العقد.

(1) نسبة علي محمد العمري، المرجع السابق، ص 87.

(2) تعد هيئات التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية ICC السبابة في نشأة نظرية مجموعة الشركات وإمتداد إتفاق التحكيم إلى غير الموقعين استناداً للنظرية، أين نشأت هذه الفكرة من خلال العديد من السوابق التحكيمية المدعومة بأحكام القضاء الفرنسي.

أنظر محمد فهمي الجوهري وأحمد عبد المنعم، إمتداد إتفاق التحكيم إلى غير الموقعين استناداً لنظرية مجموعة الشركات، مجلة كلية الحقوق - جامعة المنيا، المجلد 02، العدد 02، ديسمبر 2019، ص 03.

(3) علي سيد قاسم، شرط التحكيم ومجموعة الشركات، المرجع السابق، ص 69.

(4) راجع القرار المكرس للعناصر الثلاثة المقررة لمفهوم مجموعة الشركات، ويعتبر هذا القرار الأشهر نظير الإهتمام الفقهي الكبير به أين أعتبر المرجع في نشأة نظرية مجموعة الشركات:

ICC case no. 4131 of 1982, Dow Chemical v Isover-Saint-Gobain, Collection of ICC Award 1974-1985, pp, 146 and 464, note by Yves Derains.

فصل في هذا القرار: محمد فهمي الجوهري وأحمد عبد المنعم، المرجع السابق، ص 04-06.

وموضوع دراستنا هنا هو دراسة مجموعة الشركات في إطار إمتداد إتفاق التحكيم الوارد في العقد الذي تبرمه أحد الشركات إلى شركة أخرى لم توقع عليه واللدان ينتميان كليهما إلى مجموعة الشركات⁽¹⁾، وتأتي أهمية دراسة إمتداد إتفاق التحكيم في مجموعة الشركات إلى إمكانية طلب التحكيم من شركات المجموعة مستندة إلى توقيع إحدى الشركات التابعة للمجموعة على إتفاق التحكيم، أما الأهمية الثانية فتأتي من خلال دراسة مدى إمكانية تخلص شركات المجموعة من طلب التحكيم وانصراف إتفاق التحكيم إليها نتيجة لتوقيع أحد الشركات على إتفاق التحكيم، متذرة باستقلالها القانوني، لذلك تأتي أهمية هذه النظرية في تجنب غش أو حيلة أحد الأطراف من خلال الإدعاء بعدم التوقيع على إتفاق التحكيم، كأن تدعي الشركة الرئيسية أو الجهة الحكومية التي لها أساس الإشراف على الشركة الفرعية بأنها لا تعتبر طرف في الإتفاقية مما يمنع دفعها للتوجه نحو التحكيم أو تنفيذ الحكم في مواجهتها⁽²⁾.

الإشكال الذي يثور هنا حول مدى إمتداد شرط التحكيم الوارد في أحد العقود التي تبرمها شركة تنتمي لمجموعات الشركات مع الغير إلى باقي شركات المجموعة؟ أو بتعبير آخر مدى إمكانية التمسك بإتفاق التحكيم المبرم من طرف إحدى الشركات الأعضاء إلى باقي شركات المجموعة الأخرى؟

للإجابة عن هذا الإشكال وما يثور عن هذا الموضوع من تساؤلات عدة ينبغي عرض الجدل المثار حول إمتداد شرط التحكيم، حيث تنازع عنه رأيين، الأول معارض لإمتداد التحكيم والآخر مؤيد له، وإبراز أهم الشروط الواردة لإمتداد إتفاق التحكيم إلى غير الموقعين في إطار مجموعة الشركات.

بادئ ذي بدء نستعرض لأهم الآراء والتوجهات بشأن إمتداد إتفاق التحكيم في إطار مجموعة الشركات، وتنازع حول ذلك رأيين، ذهب الرأي الأول الذي يمثل الاتجاه المعارض لإمتداد شرط التحكيم في مجموعة الشركات، مستنديين في ذلك تمتع مجموعة الشركات بالاستقلالية القانونية حيث تتمتع كل منهما بالشخصية المعنوية المستقلة.

-إمتداد التحكيم في هذه الحالة يعتبر مخالف للطبيعة العقدية للتحكيم وما يقوم عليه من مبدأ سلطان الإرادة، فإقرار هذا النوع من الإمتداد يعتبر مخالف للقاعدة التي تحكم التحكيم والمتعلقة بمبدأ نسبية إتفاق التحكيم، فأصحاب هذا الرأي يأخذون بالتفسير الضيق لإتفاق التحكيم، وقضت في ذلك غرفة التجارة الدولية بباريس في حكم لها بأن الشركة التي توقع ولم تكن طرفا في العقد لا يمكن إلزامها بأي حال من الأحوال بشرط

(1) يحمل مصطلح مجموعة الشركات عدة مصطلحات ماثلة كنظام الشراكة، ونظام الكونسورتيوم.

(2) أنظر علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص72.

التحكيم الموجود في العقد الموقع من قبل، لشركة أخرى من شركات المجموعة لكونها لم تكن طرفا فيه ولم توقع عليه ولم تقبل بشرط التحكيم الوارد فيه⁽¹⁾.

-إعتبر الفقه أن تجنب سوء النية والغش في التعاقد فرض على الشركة الوليدة الإيضاح في تعاقداتها بعدم إمتداد شرط التحكيم إلى الشركة الأم أو أي من الشركات الوليدة الأخرى.

أما فيما يخص الرأي الثاني الممثل للاتجاه الثاني المؤيد لإمتداد شرط التحكيم لباقي شركات المجموعة الأخرى والذي يشكل الرأي الغالب سواء من جانب الفقه أو القضاء بتوفر شرط تدخلها في تنفيذ العقد، أو يفترض فيها العلم بوجود شرط التحكيم ونطاقه⁽²⁾.

وقد بقي هذا الجدل والنقاش الفقهي والقضائي إلى اليوم، وفي هذا يجدر الأمر أن نتوقف عن المسألة التي طرحت حديثا والتي تعتبر من أشهر القضايا التي تم إعمال فيها نظرية مجموعة الشركات، وتتعلق هذه القضية بالنزاع بين مؤسسة trust المملوكة للدولة الباكستانية، والشركة السعودية دلة، حيث أبرم عقد بينهما موضوعه إنشاء مساكن وتضمن هذا العقد شرط التحكيم، فثار النزاع حول إمتداد شرط التحكيم، لجأت شركة دلة إلى المحاكم الإنجليزية التي رفضت إمتداد التحكيم إلى الحكومة الباكستانية، حيث عللت بكون الشرط التحكيمي لا يمتد إلى الغير ويبقى قاصرا على أطرافه، فلا يمتد شرط التحكيم إلى الحكومة الباكستانية التي لها السيطرة على سلطة القرار في المؤسسة المتعاقدة، بعدها لجأت شركة دلة إلى محكمة التحكيم الدولية بباريس فأصدرت المحكمة حكم تحكيمي يقضي باعتبار الدولة الباكستانية ملزمة بشرط التحكيم فحكمت محكمة إستئناف باريس برفض الطعن ببطالان حكم التحكيم وذلك لالتزام الحكومة الباكستانية بشرط التحكيم الوارد في العقد حتى ولو لم تكن طرف في إتفاق التحكيم، إلا أنها شاركت في التفاوض في إبرام العقد المتضمن شرط التحكيم، ومشاركتها كذلك في الأعمال، كما أن سلوك الحكومة يدل بأنها طرف في العقد⁽³⁾.

وقد صدرت العديد من القرارات المؤيدة والمؤكدة لإمتداد إتفاق التحكيم إلى غير الموقعين بالاستناد لنظرية مجموعة الشركات، منها الحكم الصادر في القضية التي دار النزاع فيها بين Korsnas Marina v Durand Auzias والدعوى التي أقيمت بين Offer Brothers v Tokyo Marine، حيث ذهبت المحكمة إلى مد نطاق إتفاق التحكيم على أساس أن شرط التحكيم المتضمن في عقد دولي يحوز صلاحية

(1) محمد الهادي المهدي الشامس، إشكاليات في عقود الانشاءات الدولية، المرجع السابق، ص 176-177.

(2) طاهر محمد خليفة، المرجع السابق، ص 13، المقال منشور ب: <https://www.researchgate.net>، تم الاسترداد يوم 2021/10/30، 14:00.

(3) أنظر للقرار رقم UKSC 2009/0165 منشور على موقع: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2009-0165.html>.

أنظر أيضا: محمد الهادي المهدي الشامس، إشكاليات في عقود الانشاءات الدولية، المرجع السابق، ص 176-177.

وفاعلية تتطلب إمتداده مباشرة إلى جميع الأطراف المشاركة في تنفيذ العقد وفي المنازعات التي تنتج عنه، طالما أن دورهم وأنشطتهم في العقد يمكن معها افتراض علمهم بوجود ونطاق شرط التحكيم ولو لم يكونوا قد وقعوا على العقد المتضمن لشرط التحكيم، ما يعني أن المحكمة قد إستندت إلى أن المشاركة يفترض فيها العلم باتفاق التحكيم ما يشير إلى القبول به⁽¹⁾.

وأيضاً ما أكدته محكمة النقض الفرنسية التي ذهبت في قرارها إلى أن إشتراك عدة شركات في نشاط إقتصادي واحد أو كونت بينها إتحاد كونسورتيوم لمباشرة هذا النشاط، فيسري إتفاق التحكيم المبرم من طرف أحد هذه الشركات مع الغير في مواجهة باقي الشركات، فيمتد شرط التحكيم لباقي الشركات التي شاركت في تنفيذ العقد المتضمن لهذا الشرط وفي المنازعات المتعلقة بهذا العقد على نحو يفترض معه قبولها لشرط التحكيم الذي كانت تعلم بوجوده ومضمونه حتى ولم توقع على العقد الذي يتضمنه⁽²⁾.

وحتى لا نكون أمام تعسف أو إذعان للطرف الضعيف في العلاقة أو بالنسبة للدول النامية من خلال دفعها أو جبرها على التحكيم حتى وإن لم توقع على إتفاق التحكيم على أساس الانتماء إلى مجموعة الشركات، مما يبرر ذلك إمتداد شرط التحكيم الموقع من طرف أحد الشركات إلى باقي الشركات المنتمية لنفس المجموعة، جعل الفقه والقضاء ومختلف هيئات التحكيم تضع ضوابط وشروط تخص إمتداد شرط التحكيم الذي توقعه إحدى الشركات إلى سائر شركات المجموعة:

-العلاقة الوثيقة بين شركات المجموعة: يتوجب أن يكون كل شركة من الشركات سواء الموقعة أو غير الموقعة طرفاً في المجموعة، أو منتمية لشركة مجموعات واحدة، إضافة للشرط الجوهري المتمثل في أن يكون بين الشركات روابط مالية وتنظيمية قوية، كإتباع شركات المجموعة تنظيم هيكلي يمكن من خلالها للشركة الأم السيطرة على الشركات التابعة لها، أو كانت هذه الشركات التابعة تأسست كفروع تنفيذية للقيام بأعمال الشركة الأم⁽³⁾.

-قيام الشركة غير الموقعة بدور فعال في المفاوضات وتنفيذ أو فسخ العقد المتضمن شرط التحكيم: إضافة للشرط السابق لإقرار إمتداد شرط التحكيم إلى الشركات أو الأطراف غير الموقعة الذي تضمن بأن تكون شركات المجموعة مرتبطة فيما بينها برابطة قوية، جاء الشرط الثاني التابع للشرط السابق بأن يكون إشتراك شركات المجموعة كلها أو بعضها فعلاً في العلاقات التعاقدية موضوع النزاع، ويكون ذلك من خلال الدور الفعال للشركات الغير

⁽¹⁾ Paris cours d'appel in korsnas v Durand auzias, 30 november 1988, 1989, Rev. Arb. 691.

أشار إلى القرار محمد فهمي الجوهري وأحمد عبد المنعم، المرجع السابق، ص5.

⁽²⁾ إستئناف باريس 1913/03/21، أورده فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 2001، ص947.

⁽³⁾ محمد فهمي الجوهري وأحمد عبد المنعم، المرجع السابق، ص6.

الموقعة سواء في مرحلة المفاوضات ومرحلة التنفيذ أو فسخ العقد المتضمن لشرط التحكيم، وعمليا يتم ذلك من خلال إتباع وتحليل سلوك الشركة الغير الموقعة خلال المراحل السابقة بداية بمرحلة المفاوضات ومرحلة تنفيذ العقد وفسخه، وقد ثار بهذا الخصوص جدل حول أي مرحلة يؤخذ بها بعين الاعتبار لتقرير إمتداد شرط التحكيم، هل كل المراحل مجتمعة أم يقتصر الوضع الكشف عن دور الشركة في مرحلة من المراحل السابقة فقط، وقد فصل في هذا الجدل أحد الباحثين بقوله بوجود دراسة وتحليل سلوك الشركة الغير الموقعة خلال هذه المراحل لمعرفة مدى مشاركتها ولو كان ذلك مقتصرًا على مرحلة واحدة فقط، فإنه يتقرر تمديد إتفاق التحكيم إلى الشركة الغير الموقعة، والذي يعتبر قرينة لإقرار ذلك، لذا لا بد من إتجاه الإرادة الصريحة التي لا لبس فيها إلى قبول التحكيم كوسيلة حل وتسوية النزاع القائم أو المحتمل وقوعه حماية للطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية من التعسف والإذعان في القبول بالتحكيم⁽¹⁾.

- النية المشتركة للأطراف في اللجوء إلى التحكيم: وقد سبق عرضه باعتباره أحد العناصر الضرورية لوضع مفهوم لنظرية مجموعة الشركات، وقد أشرت الوقوف عند النية الحقيقية والمشاركة للأطراف الغير الموقعة للجوء إلى التحكيم، حيث ذهبت قرارات التحكيم والقضاء التي أسست أحكامها في إمتداد إتفاق التحكيم إلى غير الموقعين في مجموعة الشركات بالإستناد إلى دراسة سلوك الأفراد لتبيين النية المشتركة للالتزام وقبول إتفاق التحكيم أين اعتبرت ذلك أساسا لإمتداد إتفاق التحكيم⁽²⁾.

لذلك فامتداد شرط التحكيم إلى الأطراف والشركات الغير الموقعة على إتفاق التحكيم يتحقق باجتماع ثلاث شروط السابق بيانها والمتمثلة في إجتماع الأطراف الموقعة والغير الموقعة في مجموعة واحدة، وتوفر علاقة تنظيمية ومالية وثيقة بينها، إضافة للدور الفعال للشركة الغير الموقعة في المفاوضات وتنفيذ العقد أو فسخه، وكذلك توفر النية المشتركة للأطراف للإتجاه إلى اللجوء إلى التحكيم، هذه الشروط تجعل نظرية مجموعة الشركات لا تخرج عن الطابع الرضائي للتحكيم، ونعتبر هذه الشروط تتوافق مع الطبيعة التعاقدية وما تمليه الطبيعة الإرادية بتكريس مبدأ سلطان الإرادة وما يحتويه من مبادئ مؤطرة له تؤدي إلى حماية الأطراف من التحكيم الإلزامي أو اللجوء إلى التحكيم عن طريق الإرادة النمطية وما تمليه العقود النموذجية.

ثانيا: إمتداد آثار إتفاق التحكيم في العقود المرتبطة

(1) محمد فهمي الجوهري وأحمد عبد المنعم، المرجع السابق، ص 8-10.

(2) للمزيد أنظر علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص 83-84.

تعد نظرية مجموعة العقود التي ظهرت نتيجة التطور الحاصل في التعاملات الاقتصادية والتجارية، حيث تعد نظرية المجموعة العقدية أحد الآليات القانونية التي جاءت لمواكبة هذا التطور الحاصل، حيث يقوم هذا النوع على إبرام الأطراف عدة عقود، التي تترايط على ذات المحل أو على محل واحد يربط بين جميع العقود، لذلك يتعدد كل من الأطراف المتعاقدة وتعدد العقود في وقت واحد. لذلك السؤال المطروح في هذا الخصوص يدور حول مدى جواز إمتداد إتفاق التحكيم إلى الأطراف الغير الموقعة للعقود المتضمنة إتفاق التحكيم في إطار مجموعة العقود؟

تقتصر دراستنا لموضوع المجموعة العقدية وإجابتنا على التساؤل المطروح والذي يعتبر صلب إهتمامنا بالجواب على مدى إمكانية إنتقال الشرط التحكيمي في إطار المجموعة العقدية، وكيف يمثل هذا الانتقال خروج عن المبادئ التقليدية المؤطرة للتحكيم وما تشترك فيه مع العقد، باعتبار التحكيم كغيره من العقود التي تنظمها وتؤطرها المبادئ التقليدية في نظرية الالتزام والعقد ككل.

1-التعريف بنظرية المجموعة العقدية:

تعتبر نظرية المجموعة العقدية⁽¹⁾ من النظريات الحديثة نسبيا دعت إليه الحياة المعاصرة وما تقتضيه المعاملات الاقتصادية والتجارة الدولية، حيث نشهد تسارع كبير في إبرام هذا النوع من العقود، ويرجع الأساس لظهور فكرة المجموعة العقدية لتبرير الدعوى المباشرة دعما لمركز المدين السيئ لاستعانتها بالغير في تنفيذ التزاماته، حيث لم يعد قادر على تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهذا ما لم يواكبه الفكر التقليدي الأمر الذي إستوجب البحث عن نظريات وقواعد جديدة تواكب هذا التطور والتغير في العلاقات والمعاملات⁽²⁾.

ويقصد بالعقود المرتبطة أو ما يطلق عليها بالمجموعة العقدية⁽³⁾ الذي يعد أحد التصورات الجديدة لقاعدة النسبية، ترابط عدة عقود معينة، إما بسبب وحدة المحل أو السبب لتحقيق هدف تجاري معين، فإذا تعلق الأمر بالمحل أو الموضوع نكون بصدد ما يعرف بالعقود المتوالية، أبرز مثال عن هذه العقود عقود المقاول والمقولة من

(1) أول من عرض هذه النظرية الفقيه الفرنسي تيسي "Bernard Teyssie"، في رسالته للدكتوراة التي أسماها المجموعة العقدية " Les groupes de contrats"، التي ناقشها سنة 1979.

B. Teyssie, Les groupes de contrats, thèse dactylé, LGDJ, paris, 1979.

(2) أنظر جمال بدري، الدعوى المباشرة بين التكييف التقليدي والحديث، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 54، العدد 4، 2017، ص259.

(3) يحمل مصطلح المجموعة العقدية عدة مرادفات اختلفت باختلاف إستعمال الفقهاء لها، فنجد مصطلح الأسرة العقدية، العقود المتتالية، أو السلسلة العقدية، وكذلك العقود المرتبطة وأخيرا المجموعة العقدية، هذا المصطلح الأخير هو الأكثر شيوعا من حيث إستخدامه في مختلف الكتابات الفقهية، ولكل مصطلح من المصطلحات السابقة مأخذ أو إنتقاد موجه إليه، إلا أن مصطلح المجموعة العقدية هو التعبير الأكثر دقة وتعبيرا ودلالة على المقصود.

أنظر في مدى دقة المصطلحات والمرادفات لمصطلح المجموعة العقدية : نبراس ظاهر جبر، مدى تأثير فكرة المجموعة العقدية بقاعدة نسبية أثر العقد-دراسة مقارنة، العدد الثاني، المجلد العاشر، كانون الأول، 2019، ص ص286-289.

الباطن، الإيجار من الباطن، وقد ترتبط العقود بوحدة السبب والتي يطلق عليها بالعقود المشتركة، هذه العقود التي تستهدف تحقيق هدف واحد أو تنفيذ عملية إقتصادية معينة⁽¹⁾.

لذلك فيقوم هذا النوع من العقود على عدم قصر نطاق تطبيق قاعدة النسبية على الأشخاص المنشئة للعلاقة التعاقدية، بما معناه تجاوز النظرة الفردية التي يترجمها مبدأ النسبية، حيث لم تعد تواكب التعقيد الذي تشهده العمليات الاقتصادية خصوصا وتوسعها على النطاق الدولي لتشمل عدة عقود تهدف جميعها إلى تحقيق مشروع أو هدف إقتصادي واحد⁽²⁾، فيمتد هذا النوع من العقود ليشمل الأشخاص المشاركين في تنفيذ العلاقة التعاقدية⁽³⁾، لذلك تعتبر هذه العلاقة تعديا على قاعدة نسبية العقد، وتأتي نظرية المجموعة العقدية إما على صورة سلسلة عقدية، أو على صورة تجمع عقدي، وتقوم هذه الفكرة إما على وحدة السبب أو وحدة المحل.

السلسلة العقدية: تتكون هذه السلسلة بتتابع مجموعة العقود المتماثلة على ذات المحل التي أبرمت هذه العقود رغم إختلاف أطرافها، وتتكون إما بالضم كالبيع المتتالية، أو بواسطة التفرع كتعاقد المدين مع شخص آخر لتنفيذ كل أو جزء من الإلتزامات التي على عاتق المدين كعقد الإيجار من الباطن والوكالة من الباطن⁽⁴⁾.

التجمع العقدي: وتقوم بتنظيم عدة عقود تهدف إلى تحقيق غرض وهدف واحد مشترك رغم إختلاف وتعدد الأطراف ويمثل هذا الغرض السبب الذي يتماثل في جميع العقود، وينصرف تحقق الهدف في إطار المجموعة العقدية، وهذه العقود كل عقد منها يشكل جزءا من مجموع العقود ليشكل تجمعا عقديا⁽⁵⁾.

سواء تعلق الأمر بسلسلة العقود أو التجمع العقدي فإن وجود شرط التحكيم في إحدى العقود دون بقية العقود الأخرى المنتمة كلها للمجموعة العقدية والمرتبطة بتحقيق مشروع واحد أو تهدف لتحقيق غرض واحد، فإن هذا الإتفاق وما يترتب عنه من آثار يمتد ليشمل باقي العقود الأخرى المرتبطة.

2- تطبيق إمتداد شرط التحكيم في المجموعة العقدية:

(1) صفاء تقي عبد نور العيساوي، التحكيم متعدد الأطراف كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية-دراسة مقارنة، مجلة جامعة بابل، مجلد 14 العدد 1، 2007، ص84.

Fouhard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration, supra note, p.301.

(2) شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه قانون خاص، جامعة الجزائر كلية الحقوق، 2015-2016، ص540.

(3) نبراس ظاهر جبر، المرجع السابق، ص298.

(4) أنظر جمال بدري، المرجع السابق، ص259. وأيضاً بلباقي بومدين، المركز القانوني للغير في إتفاق التحكيم التجاري دراسة في ضوء فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي، مجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد 02، العدد 01، أدرار الجزائر، 2020، ص130.

(5) بلباقي بومدين، المرجع السابق، ص129.

إن نشوء علاقات تعاقدية باستمرار بين أطرافها في إطار المعاملات التجارية الدولية، أدى قانونيا إلى نشوء سلسلة أو مجموعة من العقود التي تدور حول نفس الطبيعة القانونية أو من طبيعة متشابهة، هذا الموضوع يؤدي بنا إلى إستعراض موضوع إمتداد شرط التحكيم في إطار المجموعة العقدية لمواكبة التعقيد والتشعب للعلاقات الاقتصادية، خاصة وأن التحكيم يعتبر القضاء الأول لحل وتسوية المنازعات الناشئة عن العقود التجارية.

وكرست العديد من أحكام التحكيم التجاري الدولي إمتداد إتفاق التحكيم في مجموعة العقود، حيث جاء قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 27 مارس 2007، التي قررت إنتقال البند التحكيمي الذي تم إدراجه في العقد الرئيسي إلى بقية العقود الأخرى في السلسلة العقدية الناقلة للملكية، سواء كانت هذه السلسلة قد تشكلت من عقود متجانسة أي من طبيعة واحدة، أو غير متجانسة حيث تختلف إحداها عن الأخرى من حيث الطبيعة، مسببة قرارها هذا بأن هذا الشرط التحكيمي إنما هو يعد من الملحققات التي تنتقل مع الشيء المبيع في إطار مجموعة من العقود⁽¹⁾.

وأيد أيضا القضاء في أحكام وقرارات عديدة إنتقال شرط التحكيم في إطار المجموعة العقدية، منها هذا الحكم الذي جاء فيه: "إن هناك حاجة حقيقية للتجارة الدولية من الترخيص بطرح كل عقود المجموعة أمام المحكمين -حتى تلك التي لا تحمل توقيعاً على إتفاق التحكيم- ما دامت تنطوي بشكل أو بآخر على تنفيذ العقد"⁽²⁾.

ويفترض إمتداد إتفاق التحكيم إلى غير الموقعين إستنادا إلى نظرية المجموعة العقدية، وجود عقد أساسي ينظم مشروعاً معيناً، ويرم بين الأطراف ذاتها عدة عقود متتالية أو سلسلة من العقود لتنفيذ العقد الأساسي المنظم لجميع العلاقات بين الطرفين ذات الموضوع الواحد والعمليات التجارية المتجانسة والمتشابهة، ويحدث أن يكون إتفاق التحكيم الذي يرد في أحد العقود المنفذة للعقد الأصلي، دون أن يتضمن باقي العقود، وقد استقر القضاء وأيده في ذلك الفقه إمتداد شرط التحكيم إلى باقي العقود التي لا تتضمن على شرط التحكيم⁽³⁾، وأكدت ذلك محكمة إستئناف باريس سريان إتفاق التحكيم في المجموع العقدي لأطراف لم توقع ولم تشارك في إبرام شرط

⁽¹⁾ Cass, civ, 1ère, du 27 mars 2007, 04-20. 842, publié au bulletin.

أشار إلى هذا القرار نصير صبار لفترة الجبوري، تاصيل نظرية المجموعة العقدية : دراسة في القانون المدني، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة كلية القانون، المجلد 12، العدد 40، 2019، ص230.

⁽²⁾ Sentence, cct ,no .1434.JDI. 1976. p. 982.

أشار إلى هذا الحكم صفاء تقي عبد نور العيسوي، المرجع السابق، ص84.

⁽³⁾ محمود عمر محمود، إشكالية امتداد شرط التحكيم بالتطبيق على قضية هضبة الأهرامات، مداخلة ملقاة في الملتقى التاسع عشر: التحكيم في عقود النفط والانشاءات الدولية المنعقد بعمان، بتاريخ 26-28 أغسطس 2014، ص28.

التحكيم، فقضت بأن شرط التحكيم المدرج في العقد الدولي ولاعتبار تقتضيه طبيعة التصرف، إمتداد هذا الشرط إلى الأطراف المعنية بتنفيذ العقد ومنازعاته، متى إتضح أن مركزهم التعاقدي ونشاطهم يفترض قبولهم بشرط التحكيم الذي يعلمون به وبنطاقه رغم عدم توقيعهم على العقد محل التحكيم⁽¹⁾.

ويؤدي الأخذ بفكرة المجموعة العقدية إلى إقامة المسؤولية العقدية بين أعضاء المجموعة، وتجنب تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية التي تثير إشكالات عدة، كالتقليل من عدد الأشخاص الذين يمكنهم التمسك بأحكام المسؤولية، وسهولة حصول المتضرر على التعويض بإثبات الإخلال بالعقد والرجوع على المسؤول عن الضرر، كما يؤدي إلى المساواة بين المتضررين داخل المجموعة فيحق لكل منهم إقامة دعوى المسؤولية العقدية دون تمييز بين أي منهم في مواجهة محدث الضرر⁽²⁾.

ولا يمكن الحديث عن إمتداد إتفاق التحكيم إلى غير الموقعين استنادا إلى نظرية المجموعة العقدية، دون الحديث عن القضية التي أثارت جدل واسع ليس فقط فيما يتعلق بموضوع المجموعة العقدية بل شمل تأثير القضية إلى العديد من المواضيع المهمة في التحكيم وأبرزها ما سنتناوله عند الكلام عن التحكيم الإلزامي، وأطلق على هذه القضية إسم هضبة الأهرامات والتي يدور موضوع نزاعها من خلال النزاع القائم بين وزير السياحة المصري الممثل عن الحكومة المصرية والهيئة العامة للسياحة والفنادق EGOth، وشركة ممتلكات جنوب الباسفيك S.P.P، وشركة جنوب الباسفيك الشرق الأوسط بمونج كونج S.P.P ME، وذلك بغية إنشاء قطبين سياحيين⁽³⁾، ومر هذا النزاع بمرحلتين، المرحلة الأولى تم عرض النزاع فيها إلى غرفة التجارة الدولية بباريس ICC عن طريق شركة جنوب الباسفيك بتمسكها بشرط التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس وفقا للبند 17 من بنود العقد المبرم ومطالبته بالتعويض نتيجة الإخلال الواقع من الطرف الحكومة المصرية بإلغاء المشروع المتفق عليه لإنجازه نتيجة قيام الهيئة العامة للاستثمار بسحب موافقتها على المشروع بعد المعارضة الشعبية للمشروع وفتح تحقيق برلماني وقيام وزارة الثقافة والإعلام إلى إعتبار المنطقة المحيطة بالأهرامات منطقة أثرية، وقيام بعدها رئيس الجمهورية بإلغاء القرار الخاص بحق الهيئة العامة للسياحة والفنادق في إستغلال هضبة الأهرامات والإلغاء الكلي للمشروع، وتم الحكم في هذه القضية بإصدار هيئة التحكيم حكمها بإلزام الحكومة المصرية دفع مبلغ قدره 12.5 مليون دولار لشركة

(1) استئناف باريس جلسة 1989/02/17، مجلة التحكيم 1989، ص 691. أشار إلى القرار: محمود عمر محمود، المرجع السابق، ص 28.

(2) فصل في هذا الجانب نصير صبار لفترة الجبوري، المرجع السابق، ص 239.

(3) Cour D'appel De Paris, 12 juillet 1984 Egypte, Souther Pacifique Propeties Limited et Southem Pacifique Properties Middle East. Journal du droit International, 1985, P. 130.

أشار إلى القرار: محمود عمر محمود، المرجع السابق، ص 38.

جنوب الباسفيك وكذلك فوائد قدرها 5 بالمائة تحسب من أول ديسمبر 1978 ومبلغ 730704 دولار مصروفات قضائية، واستندت هيئة التحكيم في حلها للنزاع إلى مسألة إمتداد شرط التحكيم بتوقيع مصر على محضر مهمة المحكم يعتبر قبولاً من جانبها للتحكيم، كما أن توقيع وزير السياحة المصري على العقد المبرم، واعتبار أن العقدين الوارد عليهما النزاع بمثابة مجموع عقدي واحد ومنه يلزم شرط التحكيم الوارد في إحداهما مصر ولو لم تكن قد وقعت إلا على العقد الغير وارد فيه شرط التحكيم.

وقد طعنت الحكومة المصرية في هذا الحكم الصادر عن الغرفة التجارية الدولية بباريس في محكمة إستئناف باريس بدعوى إبطال حكم التحكيم نظير تمتع الدولة بالحصانة القضائية ومخالفة مبدأ السيادة والنظام العام، وفعلاً حكمت محكمة إستئناف باريس بإبطال حكم التحكيم الذي أداها الحكومة المصرية سابقاً، وأسست محكمة إستئناف باريس قرارها على عدة اعتبارات أهمها أنه لا يمكن إلزام أطراف لم توقع على شرط التحكيم بمعنى أن اللجوء إلى التحكيم يقتضي قبول وتراضي كلا الأطراف عليه، لذا فالإتفاق الأصلي الموقع من طرف الحكومة المصرية لا يشتمل على شرط التحكيم⁽¹⁾، وحتى محكمة النقض الفرنسية سارت في نفس توجه محكمة إستئناف باريس أين أيدت الحكم الصادر عنها⁽²⁾.

ما يستنتج من هذا القرار هو التناقض والتعارض في الأخذ بنظرية المجموعة العقدية في إقرار إمتداد شرط التحكيم إلى غير الموقعين في المجموعة العقدية، أين أخذت غرفة التجارة الدولية بباريس بهذه النظرية وأيدت إمتداد شرط التحكيم في إطار النظرية، على نقيض محكمة إستئناف باريس والتي تبتعتها محكمة النقض الفرنسية في رفض الأخذ بهذه الفكرة وإمتداد شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي إلى عقود فرعية لا تتضمن هذا الشرط التحكيمي.

إن هذا التناقض في الأنظمة القانونية ومختلف الأحكام القضائية والتحكيمية بين رافض لتوسيع في مفهوم الطرف ومؤيد له، لذلك فهذا الاتجاه الحديث وما يشمله في مد إتفاق التحكيم إلى غير الموقعين إستناداً إلى نظرية مجموعة الشركات وإلى نظرية المجموعة العقدية يثير إشكالات عديدة، وإن كانا قد حازا على أهمية كبيرة وما يحققاه من فائدة في تجاوز الاشكالات التي يثيرها الأثر النسبي للعقد عموماً وإتفاق التحكيم خاصة، ولمواكبة النظريتين

⁽¹⁾ Cour D'appel De Paris, 12 juillet 1984, P. 130. Goldman Leboulanger, Etat politique arbitrage, L'affaire de plateau des pyramides, Rev. Arb. 1986, p. 03.

أشار إلى القرار: محمود عمر محمود، المرجع السابق، ص 40.

⁽²⁾ La semaine Juridique 61 Année, 18 mars 1987, p. 83, Clunent. 1987. P. 638. n. Goldman.

أشار إلى القرار: محمود عمر محمود، المرجع السابق، ص 44.

للحياة الاقتصادية المعاصرة، إلا أنه لا يمكن إعتبار كلا النظريتين سواء ما تعلق بفكرة مجموعة العقود أو فكرة مجموعة الشركات أساساً قانونياً يمكن الاستناد إليه لإمتداد التحكيم وإلزام الغير به، ولا يمكن إعتبارهما بأي حال من الأحوال كما أدعى جانب من الفقه أحد الحلول التي تأتي مكان الرضا والحرية الإرادية الذي يعد أحد الأركان الأساسية التي يركز عليها التحكيم، لذا يبقى لرضا الأطراف والإرادة دوراً مهماً وأساسياً في جل مراحل العملية التحكيمية، من جهة أخرى يظهر خطورة هذا النوع من الإمتداد وسريان التحكيم وما يترتب من آثار إلى الغير، أن مجرد وجود إتفاق التحكيم في عقد من عقود التجارة الدولية يعتبر كافياً لإمتداده إلى أطراف أخرى لها علاقة بتنفيذ العقد، حتى ولو لم تكن قد قامت بالتوقيع على إتفاق التحكيم، الأمر الذي يطرح مسألة التوازن وحماية الطرف الضعيف في مواجهة الدول القوية والشركات المتعددة الجنسيات، وهذا ما يعتبر أحد الجوانب الخطيرة في التحكيم التي تقتضي دراسته والإهتمام بمسألة تحقيق التوازن والحماية القانونية والاقتصادية للطرف الضعيف⁽¹⁾.

لذا يتوجب على مختلف هيئات التحكيم من خلال مختلف السوابق التحكيمية السابق إيرادها أن تتفادى إستخدام القرائن لمد التحكيم إلى غير الموقعين على إتفاق التحكيم كإيراد شروط تحكيم تنص على اللجوء إلى التحكيم في أماكن مختلفة وفقاً لقوانين مختلفة دون أن تعبر عن الإرادة الصريحة للأطراف، لذا فلا يمكن بأي حال أن تعتبر كلا النظريتين السابقتين عقداً يترتب أثر نسبي بين أطراف العلاقة داخل العقد، أو اعتبارهما بديلاً عن الرضا، أو أن تعتبر عقداً، فيستلزم صراحة توفر النية القاطعة التي لا تحتمل أي شك للأطراف اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع، أو الإشارة الصريحة لارتضاء الأطراف على التحكيم، أو أن يكون تطابق في شروط التحكيم بين أطراف النزاع⁽²⁾، وهذا ما عبر عنه الفقيه غاستان Ghestin بأن التوسيع في مفهوم الطرف يشكل إنتكاس كبير لمصطلح الطرف واشترط بدوره شرطين لإمتداد آثار أي عقد للغير أول شرط أن يتحمل الغير أثر من آثار العقد، والشرط الثاني أن يكون قد عبر عن إرادته لأجل إنشاء هذا الأثر القانوني، بالإضافة لما أثاره الفقه أيضاً من ضرورة المساهمة الفعالة في مرحلة المفاوضات، أو في تكوين العقد وتنفيذه أو إنجائه، وإن كنا نوافق هذا الضبط والحصص في مفهوم الطرف وما يدخل ضمن الطرف في العقد ومنه انتقال آثار العقد للغير والإحتجاج في مواجهته بإتفاق

(1) صفاء تقي عبد نور العيساوي، المرجع السابق، ص 83، نقلاً عن أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 231.

(2) وهو الطرح الذي ذهب إليه: محمد فهمي الجوهري وأحمد عبد المنعم، المرجع السابق، ص 63.

التحكيم، إلا أن كلا النظريتين بحاجة إلى إزالة الغموض الذي يكتنفها لغياب أساس واضح يقوم عليه لإمتداد آثار أي عقد للغير ولو لم يكن من الموقعين عليه على النحو الذي يوفر معه أقصى حماية للأطراف⁽¹⁾.

في الحتام إن إمتداد التحكيم إلى غير عاقيه أو من يمثلهم من خلفاءهم، وما قد يترتب في ذمة الغير من التزامات أو حقوق نتيجة إمتداد إتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي المتضمن إتفاق التحكيم أو ما يترتب من آثار مهمة نفس الآثار التي يترتبها إلى المتعاقدان الأصليان شريطة أن يكون الإتفاق صحيحا، فمن جهة يحرم الغير من اللجوء إلى القضاء وعدم إختصاص المحاكم الوطنية بالفصل في المنازعات محل إتفاق التحكيم، أما الأثر الثاني هو إلتزام الغير باللجوء إلى التحكيم دون غيره من وسائل التسوية الأخرى وأن يعهد إلى هيئة التحكيم للنظر في النزاع محل الإتفاق بشأنه على التحكيم، وأخذ الحكم الصادر بشأن المنازعة من طرف هيئة التحكيم بعين الاعتبار من خلال الاعتداد به وتنفيذه.

هذا الإمتداد للآثار يشكل إهدارا لمبادئ كانت تمثل الأساس الذي يقوم عليه التحكيم ومن المبادئ المؤطرة له، هذا الخروج عن هذه المبادئ في الحالات السابق ذكرها خاصة ما تعلق بإمتداد إتفاق التحكيم إلى الغير الموقعين على شرط التحكيم على أساس مجموعة الشركات أو مجموعة العقود يشكل تجاوز لقاعدة النسبية وتأسيسا لمرحلة جديدة للتحكيم تقتضي إحاطتها بضوابط وحدود حماية للأطراف الضعيفة في العلاقات التعاقدية وما تشتمل عليه هذه العلاقات من التحكيم.

المبحث الثاني

الحد من الحرية الإرادية في التحكيم: توسع في النظام العام وقواعد البوليس

يعد النظام العام من المواضيع الأساسية ذات الأهمية الكبيرة على جوانب متعددة من الجانب السياسي والاقتصادي والقانوني... إلخ، لذلك حظي بإهتمام من رجال السياسة والاقتصاد والقانون، وأيضا بإهتمام بالغ من طرف الدولة من خلال حرصها وضبطها لمفهوم النظام العام والحفاظ عليه وتحقيق الغاية منها، وأيضا لما يقوم النظام العام على حماية مختلف القيم والمبادئ التي يقوم عليها أي مجتمع والحفاظة عليها من أي محاولة للمساس والتعدي عن أي من هذه المبادئ والقيم أو ما يطلق عليه بالنظام العام، ففكرة النظام العام في التحكيم التجاري الدولي تحمل من الأهمية بما يوازن بين مصالح الأطراف في التحكيم وبما يحقق المساواة والعدالة داخله من خلال معالجة التفاوت من الجانب الاقتصادي والجانب المعرفي والخبرة بين أطراف العلاقة داخل التحكيم.

(1) جليل حسن الساعدي وعبد الوهاب محمد، المفهوم الحديث للطرف في العقد، مجلة العلوم القانونية، المجلد 32، العدد 5، كلية القانون جامعة بغداد، 2019، ص15.

والسؤال المطروح بهذا الخصوص إلى أي مدى يشكل النظام العام المرتبط بالتحكيم وما يشمله من توسع كبير داخل نظام التحكيم قيда على إرادة الأطراف في التحكيم من خلال تقييد لمبدأ الحرية فيه؟ وما مدى مساهمة النظام العام في تعزيز الحماية للتحكيم في ظل الطبيعة الإرادية التي يتمتع بها بالخصوص الدور الذي ينشده هذا النظام في ظل العصر الحديث لتحقيق العدالة والتوازن داخل التحكيم بما يوفر الحماية فيه لأطرافه في إطار التجارة الدولية؟

الإجابة عن هذه الأسئلة المطروحة يجعلنا نتطرق في هذا البحث إلى النظام العام وما مدى مساهمته بالمبادئ العامة وتوجيه الحماية للطرف الضعيف المطلب الأول، والتطرق إلى مظاهر اتساع تدخل النظام العام في التحكيم التجاري وبالأخص إلى دور المحكم في تطبيق قواعد البوليس المطلب الثاني.

المطلب الأول

النظام العام: توجيه الحماية للطرف الضعيف في التحكيم ومساس بالمبادئ العامة للتحكيم

إن البحث عن تأثير النظام العام وما يحمله من قواعد قانونية آمرة داخل منظومة التحكيم التجاري يقتضي منا البحث عن مفهوم للنظام العام وأيضا التطرق للنظام العام الحديث وتأثيره على الطبيعة الإرادية للتحكيم التجاري من خلال ما يشكله من قيود على الحرية الإرادية وعلى مبدأ سلطان الإرادة ككل داخل التحكيم التجاري، والتطرق لدور كل من القضاء والمحكم في إعمال قواعد النظام العام وقواعد البوليس.

لهذا نستعرض في هذا المطلب أولا إلى تأصيل فكرة النظام العام في نطاق التحكيم التجاري الدولي الفرع الأول، يليها تناول موقف التشريعات والإتفاقيات والمعاهدات الدولية من فكرة النظام العام في التحكيم التجاري الدولي الفرع الثاني، بعدها دراسة أهم نقطة في هذه الدراسة وهي تأثير النظام العام على الطبيعة الإرادية للتحكيم التجاري الفرع الثالث، وفي الختام التطرق لدور المحكم والقضاء في إعمال قواعد النظام العام وقواعد البوليس الفرع الرابع.

الفرع الأول: تأصيل فكرة النظام العام في نطاق التحكيم التجاري الدولي

لا يمكن الإحاطة وحصر مفهوم واحد للنظام العام، وقد وصف وضع تعريف جامع للنظام العام بالأمر الصعب نظرا للمرونة والتعقيد الذي يحمله المصطلح بالرغم من الأهمية القانونية والعملية التي يحملها، فلم يتضمن التشريع الجزائري على أي تعريف للنظام العام، سواء ما تعلق بالتحكيم التجاري أو في مختلف التشريعات والمواضيع القانونية الأخرى، إلا أنه أشار له في العديد من المناسبات في القانون المدني، وقد حاول العديد من الفقهاء وحتى القضاء إعطاء تعريف مناسب للأهمية التي يحملها النظام العام مع تفادي التشريعات وضع تعريف له

تفاديا للانتقادات الموجهة له من وضع التعريفات، هذا ما وضعنا أمام مفاهيم متعددة ومختلفة كل وحسب نظره وطريقة توظيفه لهذا المفهوم في إطار التحكيم التجاري:

-عرفه عبد الرزاق أحمد السنهوري أن النظام العام هو مجموعة القواعد القانونية التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو إجتماعية، إقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، فعلى جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، دون جواز الإتفاق على مخالفة هذه القواعد المشكلة للنظام العام، لذلك فلا مقام للمصلحة الفردية أمام المصلحة العامة⁽¹⁾.

-كما عرف بأنه مجموع القواعد الراسخة والضرورية لحماية مصالح الأفراد وتحقيق المنفعة والمصلحة العامة والتي تعبر عن سيادة المجتمع على الفرد⁽²⁾.

-يتعلق النظام العام بمجموعة القواعد القانونية التي تهدف إلى المحافظة على الكيان السياسي والاقتصادي، والأخلاقي للدولة، وتضع في الإعتبار سمو المصلحة العامة على المصلحة الفردية دون أن تغفل أو تتجاهل كلية المصلحة الفردية⁽³⁾.

من خلال مجمل هذه التعريفات المتنوعة والمتعددة لمختلف الفقهاء لمفهوم النظام العام نستخلص ما يلي:

-أصبح يشتمل النظام العام على مجالات متعددة فبعد أن كان يقتصر على المسائل التي تهم تنظيم الدولة أو المصالح العامة أضحي ينظم مجالات أوسع كالمجال الاقتصادي والإجتماعي...، وكان لمختلف التحولات السياسية والاجتماعية والاقتصادية وغيرها التأثير البارز على النظام العام في تحديد مدلوله ومدى توسعه وتعددده، فجعل الفقه يطلق على النظام العام بالفكرة الغامضة لصعوبة تحديد مفهوم دقيق ومحدد يستوعب الدور المنوط به من تحقيق للأمن والحماية والتوازن داخل المجتمع، لذلك بقي مصطلح النظام العام تلك الفكرة والمفهوم المرن والنسبي الذي يختلف حسب المكان والزمان، لذلك سجلنا هذا الغموض في مفهومه وصعوبة تحديد معالمه وأيضا لتوسعه وتعددده في كل مجالات الحياة من الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والثقافية... إلخ، وإختلاف مفهوم النظام العام من دولة لأخرى، وإن كان هناك إتفاق نسبي من ناحية الهدف المتوخى من تكريس لمفهوم النظام العام من خلال ما يحققه من الأمن والتوازن والاستقرار وحماية مختلف القيم والأسس داخل المجتمع.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 434-435.

(2) Capitan H., Introduction à l'étude de droit civil, Librairie de la court d'appel, Paris, 1925, 1ere ed, p.60.

Carbonnier J, Droit civil, Les Obligations, Thémis PUF, France, 3888, Tome 4, 22éd.

(3) أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 16.

-أمام تنوع التعريفات وتعددتها واختلافها وعدم دقتها وضبطها في تعريف دقيق يشمل المعنى الحقيقي لمصطلح النظام العام، فكل فقه عرف المصطلح بالمعيار والأساس الذي يراه مناسباً فمنهم من إكتفى إلى تعريفها بتحديد موضوعات التي تندرج ضمن النظام العام، ومنهم من إكتفى بإعطاء أمثلة عما يدخل ضمن النظام العام، ومن الفقه من أشار إلى تعريف النظام العام عن طريق تحديد الهدف من إقرار قواعد النظام العام، أو بإبراز دور هذه القواعد أو بالحماية التي تقرها قواعد النظام العام، ومن الفقه من حاول إعطاء تعريف تقريبي فقط دون أن يلم بجميع العناصر الأساسية المندرجة في مفهوم النظام العام، أو تركيز التعريفات على عناصر معينة وإسقاط عناصر أخرى ضرورية في تكوين النظام العام مما يجعل هذه التعريفات قاصرة... إلخ، لذا نرى صعوبة تحديد وضبط مفهوم محدد للنظام العام وتحديد مجال استخدامه من دولة إلى أخرى، وهذه الصعوبة لا نستغربها مع مرونة ونسبية مصطلح النظام العام لتغيره مع تغير الزمان والمكان فما نعتبره من النظام العام في مكان وزمان معين قد لا يعتبر كذلك في زمان ومكان آخر، وتزداد هذه الصعوبة فيما تعلق بالنظام العام فيما يتعلق بالقانون الدولي الخاص من خلال استبعاد تطبيق القانون الأجنبي حال مخالفته للنظام العام.

-إن التطور الذي وصل إليه مفهوم النظام العام هو اهتمامه بالفئات الضعيفة، أين أضحي يوفر الحماية للطرف الضعيف من كل تعسف أو إخلال بالتوازن والعدالة بينه وبين الطرف الآخر الذي في الغالب يكون طرف قوي خصوصاً فيما يتعلق بمجال التجارة الدولية.

-يستهدف النظام العام الحماية العامة أي حماية المجتمع في المبادئ والأسس الجوهرية التي يقوم عليها، دون أن يستهدف الحماية الخاصة أو الفردية التي تقع تحت عائق الأفراد أنفسهم الحفاظ ورد الاعتداء عن طريق اللجوء إلى القضاء.

-وقد حاول فقهاء القانون إعطاء النظام العام تعريفاً دقيقاً لتجنب أي إستخدام تعسفي نظراً للغموض الذي يحمله فكرة النظام العام، الأمر الذي يطرح معه مسألة شائكة تتعلق بإساءة استخدام النظام العام خاصة من قبل القضاء وما قد ينتج عن ذلك من قرارات وأحكام تعسفية⁽¹⁾، ونشير في هذا الصدد إلى القضية التي

(1) قراءة سريعة لمختلف المراحل التي شهدتها النزاع في القضية التي عرفت جدالاً المتعلقة بقضية الخرافي وحكم محكمة استئناف القاهرة - الدائرة للتجارية الأولى - في جلسة 3 يونيو 2020 - في الدعوى رقم 39 لسنة 130 ق والقاضي بطلان حكم التحكيم المطعون فيه الصادر في مصر - القاهرة، بتاريخ 2013/03/22. وتمثل وقائع القضية في قيام دولة ليبيا بالتعاقد بتاريخ 2006/60/08 مع الشركة الكويتية - محمد عبد المحسن الخرافي - على إقامة مشروع استثماري سياحي بمنطقة تاجوراء بطرابلس وتكون مدة انتفاعها به وتشغيله تسعين سنة على أن تلتزم دولة ليبيا بتسليم الشركة أرض المشروع خالية من كل الشواغل، وضمان خلوها من العوائق المادية والقانونية المانعة من التنفيذ، فاقترحت الدولة على الشركة أرضاً بديلة للتنفيذ عليها فرفضت متمسكة بأرض التعاقد، ليصدر وزير الاقتصاد البي قرار يلغي به الترخيص المسبق الممنوح للشركة بالاستثمار والعدول عنه بحجة تراخيها في الوفاء بالتزاماتها التعاقدية، وهذا ما اعترضت عليه الشركة لكون الإخلال وقع من جانب جمهورية ليبيا وفقاً لنصوص العقد والاتفاقيات الدولية الخاصة بالاستثمار العربي والأجنبي السارية في ليبيا، لاجئاً بذلك إلى قضاء التحكيم تفعيلاً لشرط

عرفت جدالا المتعلقة بقضية الخرافي وحكم محكمة استئناف القاهرة - الدائرة للتجارية الأولى - في جلسة 3 يونيو 2020 - والتي قضت ببطلان حكم التحكيم المطعون فيه الصادر في مصر - القاهرة، بتاريخ 2013/03/22⁽¹⁾، على أساس تجاوز حكم التحكيم الضوابط الجوهرية والقانونية الأساسية أو أن يهدر مبادئ أساسية أو متعلقة بالعدالة وكانت جوهرية فإن حكم التحكيم لا يكون مستحقا لأي حماية ولا يكون محصن من أي رقابة قضائية عليه، لذلك كان حكم المحكمة ببطلان الحكم التحكيمي على أساس مخالفته "لقواعد النظام العام المقررة في القضاء المصري ذات الأصول اليقينية الثابتة، حيث أنه لا يمكن للمحكم أن يتمتع بسلطة كاملة ومطلقة لا قيد عليها ولا عاصم من جموحها أو انحرافها في نطاق تبعات ودلالات قواعد النظام العام: أوامره ونواهيه وموازينه العصرية التي استقرت حقيقتها..."، وتمثلت هذه المبادئ التي تم خرقها والتي تندرج ضمن قواعد النظام العام في إغفال هيئة التحكيم تقدير التعويض على أساس تفويت فرصة الكسب وفي عدم إعمال قاعدة التناسب بين التعويض والضرر الذي يقاس بمعايير أو أسس موضوعية تأخذ في الاعتبار الظروف الواقعية الملازمة"، لذلك السؤال الذي طرح بشدة ولاق جدال واسع بين المهتمين وأهل الاختصاص والمتمثل في مدى سلامة ومشروعية تدخل القضاء في التحكيم واستناد المحكمة على قواعد النظام العام للتصدي لحكم التحكيم وإبطاله، وإن كان محكمة النقض المصرية قد حسمت النقاش حول حكم المحكمة الإستئنافية وما أثاره من جدل،

التحكيم الموجود في العقد، أمام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري ضد دولة ليبيا، وصدر عن الهيئة التحكيمية حكم تحكيمي بتاريخ 2013/03/22 يقضي بإلزام دولة ليبيا بدفع مبالغ مالية للشركة كالتالي: "30 مليون دولار تعويضا عن الاضرار الأدبية، و 5 مليون دولار قيمة الخسائر والمصروفات المتكبدة، و 900 مليون دولار تعويضا عن الكسب الفائت، و 940 ألف دولار رسوم ومصاريف التحكيم أي بإجمالي تسعمائة وستة وثلاثين مليوناً وتسعمائة وأربعين ألف دولار أمريكي، إضافة إلى فائدة بمعدل 4% عن اجمالي المبالغ المحكوم بها..."، هذا ما أدى بالدولة الليبية برفع دعوى بطلان الحكم التحكيمي أمام المحكمة الاستئنافية بالقاهرة-مصر، وهنا ثار الجدل حول مشروعية رفع دعوى بطلان الحكم خاصة لكون هل دعوى بطلان الحكم من طرق الطعن المحظورة أم لا وفقا لأحكام الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية، وقد قضت بتاريخ 2014/02/05 برفض وعدم قبول الدعوى مستندة لعدة أسباب أهمها حصانة الحكم التحكيمي أمام القضاء المحلي من جميع أنواع الطعن لكل دولة موقعة على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية عام 1980، هذا الوضع أدى بالطرف الليبي الطعن بالنقض في حكم محكمة استئناف القاهرة، فصدر قرار 2015/11/14 يقضي بإلغاء الحكم المستأنف، لتحليل القضية المتمثلة في دعوى البطلان إلى محكمة الاستئناف للفصل فيها من جديد بجهة أخرى مستندة في حكمها أن دعوى البطلان ليست من طرق الطعن المشار إليها في الاتفاقية لذا فيجوز رفعها، ليعيد الطرف الليبي الاستئناف للمرة الثانية أمام محكمة الاستئناف لكن حكمها الصادر بتاريخ 2018/08/06 لا يختلف عن حكم المحكمة الاستئنافية الأولى، ليطعن الطرف الليبي بالنقض في الحكم الأخير للمرة الثانية ليصدر محكمة النقض قرارها بتاريخ 2019/12/10 القاضي بنقض الحكم السابق نقضا كليا لتؤكد اختصاص محكمة استئناف القاهرة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم، محيلة إليها الدعوى للنظر فيها مجددا مكونة من هيئة أخرى، وهذا ما وقع فأصدرت محكمة استئناف القاهرة مثلة بمهيئة جديدة بتاريخ 2020/06/03 حكم يقضي ببطلان حكم التحكيم الصادر لصالح شركة الخرافي موضوع الدعوى، وكان هذا الحكم هو من أثار الجدل والنقاش الكبير بين مختلف الفاعلين وهو ما يرتبط بموضوع سلطة القضاء الرقابية على التحكيم من خلال إعمال فكرة النظام العام. أنظر تعليق حمزة الناصر على حكم محكمة استئناف القاهرة - الدائرة للتجارية الأولى - جلسة 3 يونيو 2020 - في الدعوى رقم 39 لسنة 130 ق - تحكيم - دعوى بطلان حكم تحكيم، مقال صادر في 11 يوليو 2021 على الرابط: <https://itkan.ly/ar/>، تم الاطلاع يوم: 2022/01/06 على الساعة: 17:07.

⁽¹⁾ للإطلاع على حكم التحكيم راجع مجلة التحكيم العالمية، العدد التاسع عشر، عدد خاص عن التحكيم في الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، 2013، ص 78 وما يليها.

أين حسمت بذلك بصدور قرار بتاريخ 24 جوان 2021 القاضي بنقض الحكم المطعون فيه لصالح شركة الخرافي لمخالفة الحكم المطعون فيه للقانون والخطأ في تطبيقه لكون حالات بطلان الحكم التحكيمي مذكور على سبيل الحصر، لذا فمن غير الجائز مراجعة قاضي دعوى البطلان حكم التحكيم لتقدير ملائمة وحسن تقدير المحكمين للتعويض⁽¹⁾.

- إن لارتباط النظام العام وتعلق موضوعاته بمسائل المكان والزمان فكل دولة ولها نظرتها للنظام العام وكل زمن يتحدد فيه مفهوم محدد للنظام العام يختلف عن زمن آخر فما كان بالأمس يندرج تحت النظام العام قد لا يكون اليوم كذلك، لذلك وصف النظام العام في المجال القانوني⁽²⁾ "أنها واحدة من أكثر المفاهيم المراوغة والمتباينة في عالم العلوم القانونية" هذا الوضع جعل يطلق على النظام العام بالفكرة النسبية⁽³⁾.

وبخصوص قضاء التحكيم فنجد العديد من قرارات التحكيم التي أكدت على مسألة النظام العام ومن الأمثلة على مخالفة وانتهاك للنظام العام، القرار الصادر في النزاع القائم بين Buyer و Seller، حيث أصدرت محكمة الاستئناف العليا في بافاريا قرار يقضي بأن من شأن الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم الصادر بعد تسوية الأطراف للنزاع أن ينتهك النظام العام لتعارضه مع واجب حسن النية⁽⁴⁾.

وفي قضية أخرى في النزاع القائم Goldtron Ltd. v. Media Most B.V أصدرت محكمة أمستردام قرار يقضي بأن عدم إتباع هيئة التحكيم للقواعد المتعلقة بالفصل في النزاع وعدم قدرة الطرف على الطعن في تحيز المحكم يعد ذلك إنتهاكا للنظام العام الإجرائي⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ طالع حكم محكمة النقض الصادر بتاريخ 24 جوان 2021 في قضية الخرافي ضد الطرف الليبي من خلال الرابط:

<https://iamaeg.net/ar/publications/articles/the-latest-statement-of-the-court-of-cassation-in-the-al-kharafi-and-libya>.

⁽²⁾ G. Horsmans, L'arbitrage et L'Order Public Interne Beige, 2 Rev. Arb. 1978, pp 79-80.

⁽³⁾ QIAN, MINGQIANG, "PUBLIC POLICY DEFENSE IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION" 2000. LLM Theses and Essays, p07.

⁽⁴⁾ Serap Zuvin & Mehmet Ali Akgun, Turkey: Public Policy Defense and Arbitration in International Commercial Law, MONDAQ Dec,16,2005,

<http://www.mondaq.com/turkey/x/452312/Contract+Law/Public+Policy+Defence+And+Arbitration+In+International+Commercial+Law>, نقلا عن :

[Seller] v [Buyer], Higher Court of Appeal Bavaria, November 22, 2001. 29 Year Book Commercial Arbitration, 2004, P 771.

⁽⁵⁾ Serap Zuvin & Mehmet Ali Akgun, Turkey: Public Policy Defence and Arbitration in International Commercial Law, MONDAQ

Dec,16,2005, <http://www.mondaq.com/turkey/x/452312/Contract+Law/Public+Policy+Defence+And+Arbitration+In+International+Commercial+Law>, نقلا عن:

Goldtron Ltd. v. Media Most B.V., District Court of Amsterdam, August 27, 2002, 28 Year Book Commercial Arbitration, 2003, P 814.

وفي قرار آخر من خلال النزاع القائم على مستوى غرفة التجارة الدولية حول صحة مجموعة من العقود المبرمة بين شركتين يوغوسلافيتين وشركات أجنبية، وتتعلق المعاملة بالتصدير والاستيراد، أين كان التصرف الأخير وهما يهدف إلى السماح للشركتين اليوغوسلافيتين بالحصول على إئتمان بالعملية الأجنبية لشراء المستهلك البضائع، فإبرام الأطراف عن علم للعقد الوهمي، الذي من خلاله يمنح المصدر الوهمي إئتماناً وهما ما كان ليحصل عليه بطريقة أخرى، وهذا ما يعد طبقاً للقانون اليوغوسلافي إنتهاكاً لعمليات الائتمان مع الخارج، بعد تحديد نطاق حقيقة هذا التجمع العقدي وإثبات إنتهاك للقانون اليوغوسلافي، خلص المحكمون إلى أن المعاملة المعنية تتعارض مع الآداب العامة والنظام العام لذلك يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً⁽¹⁾.

رغم المفاهيم المتعددة التي يحملها النظام العام لكن لا يختلف إثنان على أن قواعد النظام العام قواعد سامية وأمرة ملزمة لجميع الأفراد ويرتب على مخالفتها الوقوع في البطلان، وتقرر هذا الجزء لكون هذه القواعد متعلقة بالمصلحة العامة والعليا للأفراد والمجتمع ككل.

ويتنوع النظام العام إلى نظام عام داخلي ونظام عام دولي ونظام عام حديث يطلق عليه بالنظام العام الإقتصادي.

أولاً: النظام العام الداخلي

يشمل معنى النظام العام الوطني أو الداخلي بأنه مجموعة المبادئ والأسس العامة السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها المجتمع في البلاد وتعلو هذه القواعد على مصلحة الفرد من خلال ما تهدف إليه لتحقيق المصلحة العامة، مما يفرض على الأفراد عدم مخالفتها والإلتزام بها⁽²⁾.

إن تطبيق قواعد النظام الوطني على المستوى الداخلي لا يثير أي إشكال إذا ما كان التحكيم داخلياً الذي لا تطبق على مستواه إلا القوانين الداخلية، لكن الصعوبة تثار إذا ما تعلق بتطبيق النظام العام الداخلي أمام المحكم الدولي، الذي يجد نفسه أمام مطرقة أن المحكم الدولي ليس ملزماً على إحترام المفاهيم الوطنية ولا يكون ملزماً إلا بتطبيق المفاهيم والقواعد الدولية إنطلاقاً من كون أن ليس له قانون إختصاص معين ملزم بتطبيقه، لذا فلا علاقة بالمحكم الدولي بالنظام العام الوطني، إلا أنه في الوقت نفسه يجد نفسه المحكم أمام سندان ضرورة حرصه أن يكون حكمه قابلاً للإعتراف والتنفيذ من قبل قاضي الدولة الذي لا يعترف إلا بالنظام العام لدولته⁽³⁾.

⁽¹⁾ C.C.I. n° 2730, *Clunet*, 1984.914 <http://translex.uni-koeln.de/202730/pdf/>.

⁽²⁾ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 14.

⁽³⁾ أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 24.

إن الإجابة عن هذه الإشكالية له شقين، من الناحية القانونية ومن الناحية الفعلية، فتطبيق القول السابق بأنه يقع على المحكم عند إصداره للحكم التحكيمي وليعترف به ويتم تنفيذه يجب أن لا يكون مخالفا لقواعد النظام العام لدولة القاضي الذي سيتم التنفيذ على مستواه، فالقاضي يمتنع عن تنفيذ أي قرار تحكيمي مخالف للنظام العام أو للقواعد الآمرة في قانونه الوطني حتى لو كان القرار التحكيمي دولي، إن تحقيق هذه القاعدة يعدو إلا أن يكون من الناحية القانونية فقط، حيث يستصعب تطبيقها فعليا لعدد الأسباب يرجع منها لأسباب إقتصادية أين يسعى أطراف النزاع التحكيمي إلى تنفيذ الحكم التحكيمي إختياريا دون اللجوء إلى قضاء الدولة، وهذا لتعزيز وإستمرار العلاقات الإقتصادية حتى لا يحدث تنازع فيها لذلك يعتمد الأطراف على تفادي الإشكالات من هذا النوع، كما أن غالبا ما يتم تنفيذ قرارات التحكيم جبرا على الأطراف تحت التهديد بفرض جزاءات وعقوبات تأديبية وإقتصادية خاصة في مجال التجارة الدولية التي تكون الدول النامية والضعيفة بحاجة إلى إستمرار هذه العلاقات وتفادي حرمانها من الدخول في تعاملات تجارية أخرى، وهذا ما جعل بأحد الأساتذة يشبه هذا التنفيذ كالتنفيذ الجبري للأحكام القضائية⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى يتم إستبعاد فكرة إحترام المحكم للنظام العام لبلد التنفيذ على أساس الرضائية الذي يقوم عليها التحكيم والذي من خلاله يلتزم المحكم بإحترام إرادة الأطراف بتطبيق النظام العام لقانون العقد الذي وقع عليه الإختيار من الأطراف لتطبيقه أو ما يطلق عليه بقانون الإرادة، وهذا بشرط أن لا يتعارض مع النظام العام الدولي الحقيقي، وتطبيق ذلك فيه التقليل بالمساس بالتوقعات المشروعة للأطراف، وأقرت بهذا العديد من الممارسات التحكيمية من خلال الإجتهاادات التحكيمية لمراكز التحكيم⁽²⁾.

فتم التحفظ على النظام العام الداخلي بالنسبة للتحكيم الدولي، سواء بالنسبة للدولة المصدرة للحكم التحكيم، أو المعنية بتنفيذ الحكم التحكيمي على إقليمها، وهذا التحفظ جاء على سببين، أولهما لاستحالة تطبيق النظام العام الداخلي فيما يخص التحكيم التجاري الدولي، بما معناه عدم إمكانية المحكم الدولي تطبيق هذا النوع من النظام الذي تعتبر قواعده القانونية الآمرة على المستوى الداخلي التي تخص باحترام وتحقيق المصلحة العامة على مستوى دولة معينة دون أن تمتد لدولة أخرى، السبب الثاني المتمثل في الصعوبة عند تنفيذ الحكم التحكيمي واصطدامه بالنظام العام الداخلي فإن الأصل تطبيق المحكم للنظام العام الداخلي، بحسب ما أقرته إتفاقية نيويورك

⁽¹⁾ أنظر أشرف عبد العليم الرفاعي، نفس المرجع، ص26.

⁽²⁾ Sentence CCI n 3913 1981 cite par derains JDI, P920. Sentence CCI, n3344 1981, JDI 1982, 987 note derains . Sentence CCI n3916 1983, JDI 1984, 93 note jarvin.

أشار إلى هذه النقطة وللقرارات التحكيمية بهذا الخصوص: أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص29.

لعام 1958، غير أن الواقع مخالف لذلك، فحصول الطرف الفائز في دعوى التحكيم على أمر تنفيذ حكم التحكيم الدولي من المحاكم الوطنية أمر قليل الوقوع في الواقع، ففي أغلب الأحيان يتم تنفيذ الحكم التحكيمي إما بصفة إختيارية عن طريق تراضي الأطراف دون مروره على القضاء للحصول على الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي، أو يتم التنفيذ بطريقة تلقائية، وتفادي أي لجوء للقضاء الوطني في إطار كل ما يخص التحكيم التجاري الدولي، وهذا هو الأصل وإلا لما تم تفعيل التحكيم كقضاء خاص لتسوية نزاعات التجارة الدولية، ونفصل في هذه المسألة في الفصل الثالث عند الحديث عن العلاقة بين التحكيم والقضاء ومركز هذا الأخير في العملية التحكيمية من بدايتها عن طريق إتفاق التحكيم إلى غاية ما بعد صدور الحكم التحكيمي⁽¹⁾.

إن إعمال قاعدة النظام العام كأساس للاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي حسب إتفاقية نيويورك 1958 قد سمح للمحاكم الوطنية برفض الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي على أساس النظام العام، هذا الإعمال لقواعد النظام العام يفتح المجال لإعمال القواعد القانونية الوطنية، وهو ما يجعل فكرة النظام العام كصمام أمان يمنع أي مساس أو تجاوز فيما يخص سيادة الدولة، حال كان قرار التحكيم الأجنبي يتعارض مع مبادئ وسيادة الدولة المنفذة للقرار، فنجد نصوص واضحة قررتها إتفاقية نيويورك في المادة 5 (2) منها حق الدولة التي يطلب فيها الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه في رفض الاعتراف بالقرار ورفض تنفيذه حال كان معارض للنظام العام لهذا البلد، وتشير عبارة النظام العام لهذا البلد أن المقصود في المادة عدم مخالفة النظام العام الداخلي دون النظام العام الدولي، وأيضاً ما جاء في القانون النموذجي في المادة 34 حين قررت جواز المحكمة إلغاء قرار التحكيم المتعارض مع السياسة العامة لهذه الدولة المطلوب تنفيذ حكم التحكيم لديها، ونشير إلى أن النظام العام لا يشمل الجانب الموضوعي فقط وإنما يمتد إلى الجانب الإجرائي المتعلق بالمبادئ الإجرائية التي تعتبر من المسائل الجوهرية لأي نظام قضائي⁽²⁾، وهذا ما تناولته المادة 58 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لعام 1994 بما نصّت عنه الفقرة الثانية من المادة: "لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتي: - أنه لا يتعارض مع حكم سابق سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع.

- أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً.

- أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية".

(1) للمزيد حول النظام العام الداخلي أنظر: نور الدين بكلي، المرجع السابق، ص 403-404.

(2) رفعت محمد عبد المجيد، مفهوم النظام العام وأثره في تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دفا تر المجلس الأعلى، العدد 7، 2005، مركز النشر والتوزيع القضائي، ندوة مشتركة بين المجلس الأعلى وحكمة النقض المصرية بعنوان العمل القضائي والتحكيم التجاري، المنعقدة في 6 مارس 2004، ص 15.

والحالتين الأوليتين التي يستوجب على القاضي التحقق منهما قبل الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي، يمكن إدراجهما ضمن ما يعرف بالنظام العام الداخلي الإجرائي للدولة محل تنفيذ الحكم فيها⁽¹⁾.

ثانيا: النظام العام الدولي

يحمل النظام العام العديد من التقسيمات والأنواع نظير تطوره من المفهوم الكلاسيكي وتبلوره إلى التطور الحديث لفكرة النظام العام بظهور ما يعرف بالنظام العام عبر الدولي⁽²⁾، الذي أضحى له وظيفة ودور جديد بخصوص التحكيم التجاري، فانقسم النظام العام إلى النظام العام الداخلي والنوع الآخر المتمثل في النظام العام الدولي النسبي أو المخفف أو النظام العام في القانون الدولي الخاص، والذي يشمل الحالات القانونية ذات العنصر الأجنبي أي يهدف إلى منع تطبيق القانون الأجنبي تحت هدف أسمى يتمثل في صيانة والحفاظ على المصالح العليا للمجتمع، حيث يتم الدفع بالنظام العام الدولي والذي يفعله القاضي عند كل تعارض بين القوانين الأجنبية والقانون الوطني لدولة القاضي بإعمال قاعدة الإسناد الوطنية، فيتم استبعاد تطبيق القانون الموضوعي الأجنبي الواجب التطبيق المخالف للمبادئ والأسس الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني لمجتمع دولة القاضي، بموجب قاعدة الاسناد الوطنية، وهذا ما اصطلح عليه الفقه بالنظام العام الاستبعادي⁽³⁾، لذلك يشترك كل من النظام العام الداخلي والنظام العام في القانون الدولي الخاص في حماية المبادئ والأسس والمقومات الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع، فيما تظهر نقطة الاختلاف والتي تميز كل نظام عن الآخر في كون النظام العام الداخلي يمنع كل إتفاق أو خروج عن قواعد لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الإتفاق على غيرها، أما النظام العام في القانون الدولي الخاص فهو أداة لمنع كل تطبيق لأحكام القانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد إذا كان مخالف للنظام العام لقانون دولة القاضي⁽⁴⁾، وهذا ما أشار له القانون المدني الجزائري في المادة 24 منه بنصها صراحة: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

(1) رفعت محمد عبد المجيد، المرجع السابق، ص 16.

(2) إضافة إلى تسميته بالنظام العام الدولي، يطلق عليه أيضا بالنظام العام لقانون التجاري الدولي أو النظام العام الذي يعلو فوق الدول، وأيضاً هناك من أطلق عليه تسمية النظام العام غير الوطني، القواعد العامة للدول، المبادئ العامة في القانون الدولي، وكذلك يحمل تسمية أخرى يطلق عليها بالنظام العام الدولي المطلق أو الحقيقي، والتسمية الأخيرة المتفق عليها من طرف أغلبية الفقه لكونها تحدد بدقة طبيعة العلاقة القانونية التي يحكمها هذا النوع من النظام العام. أنظر: عبد المالك باسود، ماهية النظام العام الدولي في التحكيم التجاري الدولي، مجلة المعيار في الآداب والعلوم الانسانية والاجتماعية والثقافية، مجلد 05 العدد 09، 2014، ص 277-278.

(3) فتية قريقر، المرجع السابق، ص 75.

(4) نورد الدين بكلي، المرجع السابق، ص 405.

لذلك يعد النظام العام قيّدا على تطبيق القانون الأجنبي وإستبعاده مما يقف ذلك مانعا وحاجزا على تنفيذ القرار التحكيمي، فيعد ذلك خروجاً عما ينص عليه المبدأ من حرية الأطراف في التحكيم التجاري بإختيار القانون المتفق عليه الواجب التطبيق، وجاء نص المادة 24 1 من القانون المدني الجزائري كما يلي: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر..."، وأورد المشرع الجزائري إضافة إلى مخالفة أحكام القانون الأجنبي للنظام العام عبارة الآداب العامة، هذه الأخيرة التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من مفهوم النظام العام أو مرادفة له بمعناه الاجتماعي والأخلاقي في دولة القاضي، وتظم هذه الآداب العامة مجموع المبادئ والأسس والقواعد المبنية على أساس معين، يسود بين الناس في علاقاتهم الاجتماعية ومختلف العادات والتقاليد والأعراف التي يسير ويتعامل بها الناس في زمن ومكان معين، ومخالفة هذه القاعدة المندرجة ضمن الآداب العامة يترتب البطالان⁽¹⁾، لذلك تنشذ قواعد النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص إستبعاد كل قانون أجنبي يتعارض مع المصالح الأساسية للمجتمع أو لدولة القاضي.

أما النوع الثالث والمختلف والمستقل تماماً عن النظام العام الداخلي والنظام العام في القانون الدولي الخاص والذي يحمل مفهوم جديد للنظام العام كأحد التطورات التي فرضتها الحياة الاقتصادية المعاصرة، الذي يحمل تسمية النظام العام عبر الدولي حيث يندرج تحت المفهوم العام للنظام العام غير أن له خصوصيته ومميزاته التي ينفرد بها نظراً لعلاقته المباشرة مع بروز قواعد التجارة الدولية وبروز العلاقات الاقتصادية الدولية والإتفاقيات الدولية والعرف السائد في التجارة الدولية، واستخلاص قواعده من مختلف القيم الإنسانية المتفق عليها بين جميع الشعوب وفي مبادئ القانون الدولي وقواعده المادية فوق الدولية العابرة كالحرية والمساواة والعدالة... إلخ والتي تجعله يسمو على الأنظمة العامة الداخلية⁽²⁾، لذلك يحض هذا النوع باهتمامنا في هذه الدراسة، نظراً لكون الوضع مختلف تماماً فيما تعلق بالتحكيم التجاري الدولي الذي يعتبر ذات أهمية كبيرة بالنظر للإشكالات التي يثيرها والمسائل المطروحة على مستواه، أين تثار مسألة تطبيق النظام العام الدولي في التحكيم التجاري الدولي مقارنة لما هو عليه الحال في التحكيم الداخلي.

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 400. وأيضاً سليم يعقوب، المرجع السابق، ص 5. وأيضاً محمد جارد، المرجع السابق، ص 89.

(2) عبد المالك باسود، المرجع السابق، ص 278.

والمفهوم المتفق عليه الذي يحمله مصطلح النظام العام عبر الدولي هو وجود قواعد قانونية عبر الدولية أمره، تفرض على أطراف العلاقة والعاملين في ميدان التجارة الدولية عدم تجاوز هذه القواعد ومخالفاتها، سواء من حيث إختيار القانون الواجب التطبيق في علاقتهم التجارية، أو من حيث موضوعها⁽¹⁾.

وقد ثار الإشكال حول نطاق إستخدام النظام العام في علاقته بالتحكيم التجاري الدولي، هل يستلزم الأمر إستخدام النظام العام بنوعيه الداخلي والدولي، أم على عكس من ذلك أن الأمر يستدعي تدخل النظام العام الدولي دون غيره، وقد ثار خلاف ومعارضة شديدة خصوصا بالنسبة للدولة النامية التي تتمسك بشدة بتطبيق مفهوم النظام العام الداخلي للدولة سواء التحكيم الدولي أو الداخلي، بينما هناك فئة أخرى من أشارت إلى النظام العام الدولي صراحة في مراقبة أحكام التحكيم الدولي، ومنه من ترك الأمر مفتوح دون تحديد أي من النظام العام يستخدم، إن الجواب عن هذه الاشكالية وإزالة للغموض يقتضي تحديدها عن طريق التوجه الذي تقتضيه طبيعة المعاملات التجارية الدولية والتوجه الحديث نحو خلق نظام أكثر إنفتاح على التسوية الودية لتسوية المنازعات التجارية الدولية، فإنه يقتضي الأمر إعمال النظام العام الدولي لمراقبة حكم التحكيم الدولي خصوصا ما تعلق بمسألة دعوى البطلان.

ومن الفقه من يرى أنه وبالرغم من وجود قواعد ومبادئ خاصة بالتجارة الدولية إلا أن هذا لا يغني البتة تطبيق القواعد القانونية الوطنية، لذلك يوجد تكامل وترابط بين كل من النظام العام الوطني والنظام العام الدولي، بالرغم أن ما أفرزته التطورات من تراجع النظام العام الوطني في مقابل ازدهار النظام العام عبر الدولي الذي تولى مهمة حماية والحفاظ على مصالح التجارة الدولية، وإذا كان تطبيق النظام العام الوطني لا يثير أي إشكالات فإن الأمر يختلف بالنسبة للنظام العام عبر الدولي، الذي يثير مسألتين للنقاش الأولى فيما تعلق تطبيق النظام العام الوطني، فرغم وجود القواعد الخاصة بالتجارة الدولية فهذا لا يعني الاستغناء عن القواعد القانونية الوطنية للدول والتي تكفل احترام النظام العام عبر الدولي أو النظام العام المتعلق بالتجارة الدولية، المسألة الثانية والمتعلقة بتحديد المصلحة محل الحماية من النظام العام، خصوصا واختلاف هذه المصلحة من دولة إلى أخرى خاصة إذا نظرنا إليها من جانب تقسيم الدول إلى دول متقدمة ودول السائرة في طريق النمو ودول فقيرة فما هي المصلحة المشتركة التي تجمع بين هذه الدول التي على أساسها يتم تطبيق هذا النوع من النظام العام.

وكان الأستاذ فتححي والي له نظرة خاصة للنظام العام الدولي الذي يخص دولة محددة دون أن يمتد إلى مجموعة الدول وهذا ما يجعله نظاما وطنيا، ويستسقى قواعد النظام العام الدولي من مجمل الإتفاقيات الدولية ومن

(1) عبد المالك باسود، المرجع السابق، ص278.

النظام العام لغالبية الدول وما تشكله من قيم ومبادئ كعدم جواز الغش والرشوة، التهريب، المتاجرة بالمخدرات... إلخ، وهذا ما يجعل هذه المبادئ والقيم واحد عابرة للحدود أو الأوطان⁽¹⁾.

ونرى من جانبنا أن على المشرع أن يضيق ويقصر الأمر على النظام العام الدولي في رقابة أحكام التحكيم سواء ما تعلق بإتفاق التحكيم أو مختلف القواعد الإجرائية والموضوعية له، وهذا من شأنه خلق توافق بين النظام الدولي وأحكام التحكيم الدولية، ودرء كل التجاوزات والتناقضات بين من يعتد بقواعد النظام العام الداخلي ومن يقصي هذه القواعد، وهذا التناقض من شأنه أن يعطل العملية التحكيم دون أن نصل بالتحكيم لآلية فعالة لتسوية المنازعات.

وكذلك من شأنه التخفيف من رقابة القضاء الرسمي على التحكيم وتشجيع للإستثمارات والتبادلات التجارية الدولية، ودعم للتحكيم كآلية عالمية لتسوية المنازعات، خصوصا وأنه يعد الآلية الأولى لتسوية مختلف المنازعات التجارية والاستثمارات الأجنبية، وهذا الانفتاح هو المطالب به الجزائر والتوجه إليه خصوصا وأن الجزائر من أولى الدول التي تشهد لجوء واسع إلى التحكيم لتسوية مختلف المنازعات الناشئة عن التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي.

ويظهر الدور الأساسي للنظام العام الدولي في مجال التحكيم التجاري في وظيفته الاستيعادية للقرارات التحكيمية المخالفة لقواعد النظام العام والقضاء بطلانها.

كما أن هذا النظام العام الدولي ساهم بشكل كبير في ازدهار التحكيم التجاري وبالتالي ازدهار التجارة الدولية ككل، من خلال ما يقوم به النظام العام عبر الدولي من حماية النظام القانوني وما يقوم عليه من مبادئ وحماية مختلف المصالح التي تسمو على القوانين الوطنية والنظام العام الوطني ككل، كما أن مختلف التطورات والتحولات التي مست الاقتصاد والتجارة، ساهمت في إعادة النظر في مفهوم النظام العام، فأضحى يهتم بحماية الطرف الضعيف في العلاقات الخاصة الدولية، أين يساهم النظام العام عبر الدولي في تقرير الحماية لبعض الفئات بتوافر شروط معينة نتيجة غياب التوازن الاقتصادي والعقدي بين الأطراف أو إساءة إستعمال المركز الاقتصادي من قبل أحد المتعاقدين تجاه المتعاقد الآخر، وما يشكل ذلك من إكراه إقتصادي، لذلك فالنظام العام يصد كل محاولة لأحد أطراف العقد بربط القانون المختار بقانونه الوطني والذي من شأنه تحقيق مصالح أحد الأطراف على حساب الطرف الآخر، بما يغيب عنه كل توازن وعدالة بين المتعاقدين.

(1) والي فتحي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علما وعملا، المرجع السابق، ص 648.

هذا الانفتاح الذي يعتبر النهج الأول المعتمد عليه في الممارسة التحكيمية خصوصاً مع ما فرضته التحولات الجديدة، فأضحى التوجه الغالب في التحكيم بتطبيق المحكم للنظام العام الدولي الحقيقي وهذا ما إستقرت عليه أحكام التحكيم بتبني هذا النوع من النظام⁽¹⁾، فاتبعت ذلك فرنسا في قرارات عديدة تقضي فيها المحاكم الفرنسية بصحة الشرط التحكيمي ورفض دعاوى البطلان المؤسسة على أساس مخالفة شرط التحكيم للإختصاص الولائي للقضاء النظامي لكونه يندرج ضمن قواعد النظام العام، فقضت محكمة النقض الفرنسية برد دعاوى البطلان المقامة من وكيل فرنسي ضد موكله السويدي في قرارها الصادر بتاريخ 2010/07/908، وورد فيه أن إختصاص المحاكم الفرنسية بدعاوى التعويض عن فسخ عقد تجاري من القواعد الآمرة فإنها لا تمنع فصلها عن طريق التحكيم وحتى لو تعلقت بالمسؤولية المدنية عن الفعل الضار، وأجاز أيضاً القضاء الفرنسي في حالات عدة شرط التحكيم في عقود التأمين المطبوعة سلفاً بعد أن كان يمنعها لاعتبارها من النظام العام وأجاز القضاء الفرنسي أيضاً حل النزاع الخاص بتفسير أو تطبيق قوانين الضرائب بالتحكيم⁽²⁾.

لكن استخدام القاضي الوطني لقواعد النظام العام الوطني أو المحكم لقواعد النظام عبر الدولي لا بد أن لا يهدر المساواة والحقوق والعدالة وتوازن العلاقة بين الأطراف المحتكمة أو المساس بالحماية لأحد الأطراف خاصة في العلاقة التي يغيب فيها التوازن، أو توفر نية الغش والخداع باستبعاد تطبيق قواعد النظام العام الوطني، لأنه مهما اختلفنا حول مسألة تطبيق قواعد النظام العام الوطني والدولي وما يدخل ضمنهما من قواعد، إلا أنه هناك قواعد عليا ومصالح تشمل كلا النوعين من النظام العام الوطني والدولي ويخضعان لمعايير ومبادئ نفسها في حالات عديدة، ومن جهة أخرى فإن لجوء الأطراف للتحكيم هو ابتغائهم للعدالة وأن التحكيم هو القضاء الأصل لتسوية نزاعات الناتجة عن علاقات التجارية الدولية، لكن يبقى القضاء الوطني الجهة الداعمة له دون توسيع في نطاق الرقابة والتدخل على التحكيم. لذلك يجب التوسع في تطبيق قواعد النظام العام الدولي مع التقيد باستخدام قواعد النظام العام الوطني أو الداخلي، ولكن هذا لا يتم إلا بإزالة الغموض حول النظام العام عبر الدولي من خلال تحديد مفهوم دقيق ومحدد متفق عليه والذي من خلاله يتقيد كل من المحكمين وحتى القضاء سواء عند

(1) أشار أشرف عبد العليم الرفاعي بهذا الخصوص للعديد من الاحكام القضائية الصادرة عن لغرفة التجارة الدولية بباريس:

-V. sent CCI n3916 1983 JDI 1984, 930 note jarvn.

-laui-lucas, note rev, crit de international prive, 1966, p264.

-V. sent CCI n3881 JDI 1986, 1096 note derain.

للإطلاع على القرارات أنظر: أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 64-65.

(2) عمر محي الدين المصري، المرجع السابق، ص 121.

النظر والفصل في النزاع أو عند تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، لذا ضروري تعديل الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم وتنفيذ أحكام التحكيم بما يتماشى مع هذا الطرح المقترح.

رغم الدور والأهمية التي تحملها قواعد النظام العام، غير أن ما يهدد هذه الفعالية وهذا الدور الذي تلعبه قواعد النظام العام ما تعلق بفكرة السيادة الذي يعتبر من الأمور التي تثير العديد من المخاوف لدى أطراف التجارة الدولية، لذلك كثير ما يطالبون بقوانين لتسهيل تعاملاتهم، لذلك تم إنشاء ما يعرف بالقانون التجاري الدولي باستخدام قواعد قانونية غير ملزمة، هذه الأخيرة التي تتمتع بفاعلية أكبر من القواعد القانونية الملزمة، ورغم الدور الذي يلعبه هذا النوع من القوانين في إطار التجارة الدولية، غير أنه أثار قلق وحفيظة الدول النامية أو الضعيفة إقتصاديا وقانونيا مقارنة بالدول القوية، لذلك خلقت التجارة الدولية علاقات غير متكافئة يغيب فيها التوازن والعدالة بين أطرافها، لذلك فالدور المحدود لهذه الأطراف في صياغة ووضع القانون التجاري الدولي يعني المساس بسيادتها، فتجد نفسها أمام قواعد تديرها وموضوعة من طرف هذه الدول القوية، لكن في الوقت نفسه تسعى إلى الانفتاح على مجال التجارة الدولية، لذا لا بد من الدول الانفتاح وإعتماد النظام العام الدولي وعبر الوطني لمواكبة التطور والتنمية الدولية⁽¹⁾.

ثالثا: النظام العام الاقتصادي

إن ظهور الحياة المعاصرة وما تبعه من تطورات اقتصادية واجتماعية وسياسية... إلخ، أثر على مستوى النظام العام من خلال انتشاره وتوسعه وتطوره، خاصة ما تعلق بالجانب الاقتصادي الذي عرف انفجارا نظير الثورات الصناعية المتتالية التي يشهدها العالم، فبرز ما يعرف بالنظام العام الاقتصادي الذي يعني بتدخل الدولة في الجانب الإقتصادي وتقييد حرية الأطراف المتعاقدة فيه⁽²⁾.

فبعد الدور المحدود للنظام العام في ظل المذهب الفردي، أصبح للنظام العام دور هام ومعتبر في تنظيم العلاقات التعاقدية وحماية المصلحة العليا للدولة في جوانبها المتعددة الإقتصادية والسياسية والاجتماعية...، في ظل إتساع نطاق النظام العام ومرونته، وهذا كان مع ظهور المذهب الاشتراكي وبرز المذهب الاجتماعي وتدخل المتزايد من الدولة وبالمقابل تقييد الحرية الإرادية للمتعاقدين، ويتنوع ويتعدد النظام العام في شكله الحديث إلى

⁽¹⁾ Serap Zuvin & Mehmet Ali Akgun, Turkey: Public Policy Defence and Arbitration in International Commercial Law, MONDAQ Dec,16,2005, <http://www.mondaq.com/turkey/x/452312/Contract+Law/Public+Policy+Defence+And+Arbitration+In+International+Commercial+Law>.

⁽²⁾ فتية قريقر، المرجع السابق، ص 57.

نظام عام توجيهي وحماي⁽¹⁾، ويرتبط كلا النظامين بالمفاهيم الاقتصادية والاجتماعية، والذي من خلاله تطور دور الدولة من الحارس إلى المتدخل في الشؤون الاقتصادية، فأصبح دور الدولة يشمل مجالات متعددة في مجال حماية المستهلك والمنافسة، والقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وتنظيم علاقات العمل، ومجال التسعير وتنظيم التصدير والاستيراد، وكل ما هو مرتبط بالتجارة والاستثمار في جانبه الداخلي والخارجي⁽²⁾.

فأصبحت الدولة تتدخل في كل ما هو قانوني تعاقدية، لتغلب المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة بغية ضبط الاقتصاد ومحاربة التفاوت الاقتصادي والاجتماعي بين أطراف العلاقة العقدية، وإعادة التوازن والعدالة للعقد التي فقدتها في ظل إنتشار الليبرالية وتعسف وإذعان الطرف القوي للطرف الآخر الذي يعتبر ضعيف في هذه العلاقة، لذلك ساهم النظام العام الاقتصادي سواء الحماي أو التوجيهي وفق سياسة التخطيط يقوم بالتوجيه الاقتصادي في بعض العقود في الحماية من كل تعسف وغش وإستغلال، وتوفير الحماية الاقتصادية والاجتماعية لأطراف معينة التي تنصرف إليها هذه الحماية، إضافة للهدف الأسمى هو تحقيق التوازن والعدالة العقدية في أي علاقة تعاقدية⁽³⁾، من هنا بدأ الحديث عن تراجع مبدأ سلطان الإرادة في ظل تدخل الدولة والقضاء تحت غطاء النظام العام بكافة أنواعه.

الفرع الثاني: موقف التشريعات والإتفاقيات والمعاهدات الدولية من فكرة النظام العام في التحكيم التجاري الدولي.

يعتبر النظام العام أحد أهم الأسباب التي يلجأ إليها الأطراف لإلغاء حكم التحكيم، فمن خلال النظام العام يمكن للأطراف وخاصة الدول من منع تنفيذ حكم التحكيم الذي يتعارض مع نظامها القانوني، لذلك يستهدف فكرة النظام العام تحقيق المصلحة العامة للأطراف، ويجد هذا المبدأ مصدره القانوني في المادة الخامسة 2 ب من إتفاقية نيويورك التي تعنى بالاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم 1958، فجاء نص المادة على النحو التالي: "لا يجوز رفض الاعتراف بالقرار وتنفيذه، بناء على طلب الطرف المحتج ضده بهذا القرار، إلا إذا قدم ذلك الطرف إلى السلطة المختصة التي يطلب إليها الاعتراف والتنفيذ ما يثبت:

(1) للنظام العام الحماي والتوجيهي مفهوم متباين من خلال ما يستهدفه كلا نظامين من تحقيق المصلحة العامة بالتدخل في نشاطات الأفراد بحسب الرؤية السياسية والاقتصادية والاجتماعية المحددة والمرسومة من طرف الدولة، إلا أن الإختلاف بين النظامين أن النظام العام التوجيهي يقوم على توجيه إرادة الأطراف بما يسمح بضمان تطبيق سياسة إقتصادية موجهة، فيتم على إثره إقرار قواعد قانونية ملزمة تحت طائلة البطلان المطلق حال خرقها أو مخالفتها، أما النظام العام الحماي فتهدف قواعده الملزمة إلى حماية فئات معينة يفترض فيها الضعف الاقتصادي والاجتماعي. أنظر فتية قريقر، المرجع السابق، ص 62-67.

(2) فتية قريقر، المرجع السابق، ص 57-58.

(3) فتية قريقر، المرجع السابق، ص 59.

2- يجوز كذلك رفض الاعتراف بقرار التحكيم ورفض تنفيذه إذا تبين للسلطة المختصة في البلد الذي يطلب فيه الاعتراف بالقرار وتنفيذه:

أ أنه لا يمكن تسوية موضوع النزاع بالتحكيم طبقاً لقانون ذلك البلد، أو
ب أن الاعتراف بالقرار أو تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة لذلك البلد⁽¹⁾.

من قراءة نص هذه المادة يستظهر عدة إشكالات ونتائج نستخلصها في النقاط التالية:

- يعتبر النظام العام من الأسس والمبادئ المكورة في إتفاقية نيويورك، والتي على أساسها يمكن للأطراف الطعن في تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية.

- يشير مصطلح "هذا البلد" إلى البلد الذي يطلب فيه الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، وتشير الصياغة النظام العام أو السياسة العامة للنظام العام الوطني أو النظام العام لدولة التنفيذ، وتبرير ذلك هو السماح للدولة برفض تنفيذ قرار التحكيم المخالف للنظام العام الخاصة بها، إذا كان هذا الظاهر من الصياغة الشكلية لنص المادة من الإتفاقية فإن الممارسة العملية على غير ذلك إذ إستخدمت المحاكم الوطنية تفسيرات وطنية ودولية وغير وطنية لاستثناء النظام العام.

- لم تحدد إتفاقية نيويورك مفهوم النظام العام، تاركة إياها للتحديد المحلي للدول محل تنفيذ حكم التحكيم على مستواها، لذلك غالباً ما يكون مفهوم النظام العام لدولة معينة غير مماثل للنظام العام لدولة أخرى، لذلك فالمعايير متنوعة ومختلفة في تحديد ما يدخل تحت النظام العام من عدمه، الأمر الذي يجعل فكرة النظام العام يحمل تفسيرات عدة، وهذا ما يجعل مصطلح النظام العام غير ثابت ويحمل من المرونة والتغير باستمرار بمرور الوقت واختلاف المكان.

- إن المثار للجدل هو عدم وجود ضوابط تحكم تفسير المحاكم الوطنية فيما يتعلق بأحكام النظام العام، ولإختلاف موقف المحاكم الوطنية حول مفهوم النظام العام، وحتى إتفاقية نيويورك 1958 لم تقدم أي توجيهات أو ضوابط حول ما يتعلق بالنظام العام من عدمه، لذلك يخضع للتفسير بحسب سلطتها التقديرية وفهما، وهذا ما جعل فكرة النظام العام من المواضيع المعقدة والمثيرة للجدل وللعديد من الإشكالات داخل العملية التحكيمية خصوصاً وإنما تعتبر أحد الأسباب التي يلجأ إليها الأطراف لمنع الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الغير مرغوب فيه

(1) النص الأصلي للمادة الخامسة من إتفاقية نيويورك:

Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:...

b The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

والتي لا تتفق مع نظامها القانوني، ويكون إنتهاك ومخالفة النظام العام سواء لأسباب موضوعية متعلقة بموضوع قرار التحكيم، أو لأسباب إجرائية متعلقة بالعملية الإجرائية التي تم من خلالها الفصل في الموضوع وإصدار الحكم التحكيمي.

- إن الإشكالية التي تطرح بهذا الخصوص حول الطريقة السليمة لتوظيف النظام العام، لذلك فمجتمع التحكيم أمام تحدي التوصل إلى توافق في الآراء في وضع معايير محددة ومضبوطة متفق عليها بشأن تحديد مفهوم عالمي موحد للنظام العام الدولي.

نفس الأمر بالنسبة لإتفاقية جنيف لعام 1927، لم تشر صراحة لمصطلح النظام العام الدولي، فجاءت المادة الأولى في الفقرة "و" من الإتفاقية على ما يلي: "يتوقف الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم على ضرورة أن لا يكون حكم التحكيم مخالفا للنظام العام ولمبادئ القانون العام للبلد المراد تنفيذ الحكم فيه".

- ونص قانون التحكيم الفدرالي FAA على أسباب إبطال الحكم التحكيمي إذ جاء متضمنا للأسباب التالية : 1- حال الحصول على حكم عن طريق الفساد أو الإحتيال أو وسائل غير مشروعة، 2- حال كان هناك تحيز أو فساد من طرف المحكمين، 3- إذا ثبت من المحكمين إرتكاب جرائم أو إساءة التصرف أو غير ذلك من التصرفات السيئة التي ألحقت الضرر بحقوق أي طرف، ونفس الشيء نص عنه قانون التحكيم الإنجليزي على أنه يجوز للطرف الطعن في قرار التحكيم بناءً على مخالفة جسيمة تؤثر على المحكمة أو الإجراءات أو قرار التحكيم.

- ونص قانون الأنسيتال في المادة 36 (1) (ب) (2) بضرورة عدم مخالفة قرار التحكيم للسياسة العامة للدولة النظام العام المراد تطبيق حكم التحكيم فيها.

إذا كان هذا ما سار عليه الحال بالنسبة للإتفاقيات الدولية فكذلك لا خلاف موجود بخصوص الاجتهاد التحكيمي والفقه حول الاعتراف بالنظام العام الدولي أو كما انتشر في أوساط الفقه بالنظام العام عبر الدولي كما سبق تبينه بالعديد من القرارات التحكيمية المكرسة له، غير أن الأمر مختلف بخصوص التشريعات التي لم تنص بصريح العبارة حول تبني النظام العام الدولي الحقيقي، فنجد التشريع الفرنسي من خلال قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الصادر سنة 1981 أشار في المادة 1502 على حالات الطعن بالبطلان ومن بين الحالات الخمس المذكورة مخالفة النظام العام الدولي، فطرح بهذا الصدد جدال حول النظام العام المعتد به، هل النظام العام الاستبعادي لتطبيق القانون الأجنبي المتعلق بقواعد الإسناد، أو النظام العام عبر الدولي، وفصل في هذا الجدل السوابق القضائية التي أكدت على أن النظام العام المقصود في المادة 1508 هو النظام العام عبر الدولي وجاء

هذا التأكيد في العديد من الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة الاستئناف بباريس⁽¹⁾، هذا الجدل والإشكال المتعلق بالنظام العام الدولي محل الاعتبار هو نفسه المثار بالجزائر، وإن تم الفصل في هذا الجدل بالنسبة لفرنسا من طرف القضاء على نقيض ما هو عليه الحال في الجزائر في ظل غياب الاجتهادات القضائية الفاصلة في الموضوع، حيث جاء في قانون الاجراءات المدنية والإدارية 22-13 المعدل والمتمم ق إ م إ في المادة 1056 التي نصّت على جواز إستئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ حال كان حكم التحكيم مخالف للنظام العام الدولي، نفس الشيء جاءت به المادة 1051 من نفس القانون بخصوص الاعتراف بحكم التحكيم الدولي بأن يكون غير مخالف للنظام العام الدولي، أيضا حملت مادة أخرى من قانون الاجراءات المدنية والإدارية مصطلح النظام العام الدولي في المادة 1058 منه التي نصّت على الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي الدولي الصادر بالجزائر حال مخالفته للنظام العام الدولي، لذلك في ظل غياب أي إجتهد قضائي جزائري يحدد أي من النظام العام الدولي محل التطبيق، فإننا نرجح المفهوم الفرنسي ولكن بضوابط وقيود التي تمكن القاضي من تحديد وتقدير معنى النظام العام الدولي، وهذا من شأنه أن يساهم في تجاوز الإشكالات التي يثيرها فكرة النظام العام الدولي حتى لا يعد مفهوم النظام العام الدولي نقمة على الدول الضعيفة تتحكم فيه الدول والشركات الكبرى وتوجيهها بما يخدم مصالحها، خصوصا في ظل توسع وإنتشار هذه القواعد.

الفرع الثالث: النظام العام وتأثيره على الطبيعة الإرادية للتحكيم التجاري

إن التطورات التي فرضتها مختلف التحولات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وغيرها، أدى إلى إتساع النظام العام بعدما كانت دائرته تضيق نتيجة النزعة الفردية التي كانت تغلب مختلف المعاملات مما يجعل للأفراد الحرية المطلقة في مقابل عدم تدخل الدولة في شؤون الأفراد، غير أنه في ظل المذهب الاجتماعي وبروز مذهب التضامن الاجتماعي وتدخل الدولة في شؤون الأفراد بغرض حماية الأطراف الضعيفة وتحقيقا للتوازن والعدالة العقدية وكبح نفوذ الطرف القوي⁽²⁾.

والمتمعن في الممارسة العملية الحديثة للتحكيم يجد تراجع وإنتكاس لمبدأ سلطان الإرادة، الذي أضحى في تراجع مستمر نتيجة القيود المفروضة عليه وأبرزها النظام العام، هذا النظام الذي يعرف توسعا وإنتشارا بغرض توفير الحماية اللازمة للأطراف في العملية التحكيمية، هذا النظام الذي يخضع للتطور باستمرار بتطور المجتمع

(1) عبد المالك باسود، المرجع السابق، ص 281.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 435.

والعلاقات داخله وبتعدد مجالات الحياة من الإقتصادية والإجتماعية والسياسية... إلخ، وهذا ما يفسر الأنواع المتعددة للنظام العام واتساع مفهومه.

فيعد النظام العام أحد القيود المفروضة على مبدأ سلطان الإرادة، بما يؤثر في الطبيعة الإرادية للتحكيم، فعرف مبدأ سلطان الإرادة تراجعاً كبيراً في إطار التحكيم، فأصبحت الإرادة توضع في إطار محدد يقيد من دورها في إطار التصرفات القانونية، من خلال منعها المساس بالحریات الأساسية للآخرين، فأصبحت العبارة المشهورة أن كل ما هو تعاقدى هو عادل تشهد تراجعاً وانتكاساً لصالح بروز القانون والنظام العام كأحد الضوابط التي تؤطر وتنظم العلاقات داخل التحكيم، هذا التطور الملحوظ الذي جعل التحكيم يأخذ مظهر جديد من خلال التحول الذي طرأ في المبادئ المؤطرة له والذي جاء بعد التطورات والتحويلات الاقتصادية والاجتماعية ومحاوله خلق المساواة سواء من جانب الحرية أو من حيث الجانب الإقتصادي بين الأطراف محل الإتفاق على التحكيم⁽¹⁾.

إن النظام العام من خلال الدور الذي يلعبه يعتبر قيلاً للحرية التعاقدية، فبعدما كانت للإرادة الحرية المطلقة أصبحت هذه الإرادة مقيدة من خلال تدخل المشرع ليحد من سلطانها سواء عند إبرام إتفاق التحكيم وتوليد آثاره، من أجل ذلك أصبح النظام العام يسمو على الحرية التعاقدية، وكل هذا من شأنه تحقيق التوازن والعدالة بين مصالح الأفراد في أي علاقة تعاقدية والتحكيم بصفة خاصة، إضافة لما يعنيه دور النظام العام من خلال المحافظة على مختلف القيم والمبادئ داخل المجتمع⁽²⁾.

فانتقلنا بذلك من سلطان الإرادة إلى سلطان القانون ومن أن الإرادة هي أساس القوة الملزمة لأي عقد إلى أن القانون هو القوة الملزمة لأي تصرف قانوني، فأصبحت الإرادة تخضع وتمارس في إطار ما يحدده القانون وأبرز هذه القيود القانونية المفروضة من طرف المشرع ما يتمثل في الشكلية والأهلية ومسألة قابلية المنازعات للتحكيم، فأصبح الأفراد يمارسون نشاطاتهم في إطار القانون دون أن يكون للإرادة ذلك السلطان والدور الجوهري والأساسي في مختلف التصرفات القانونية الذي كانت تلعبه في ظل النظرية التقليدية⁽³⁾.

الفرع الرابع: دور المحكم والقضاء في أعمال قواعد النظام العام وتطبيق قواعد البوليس

يسهر كل من المحكم والقضاء على احترام النظام العام، وإذا كان المحكم لا يثير أي إشكال في تطبيقه لقواعد النظام العام، على عكس القضاء الذي أثار نقاش كبير حول فعالية تدخل القضاء في الرقابة على التحكيم

(1) صديق شياطين، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق بن يوسف بن خدة، 2017/2018، ص 307.

(2) أنظر المرجع السابق، ص 309-310.

(3) أنظر المرجع السابق، ص 310-311.

على أساس مراقبة ضمان احترام النظام العام، وتأثير هذا التدخل على التحكيم، خصوصاً والمرونة التي يحملها فكرة النظام العام، مما يفتح الباب أمام القضاء الوطني في التدخل في كل مسألة يراها تتعلق بالنظام العام، من أجل ذلك سنستعرض هذه المسألة مبرزين دور القضاء والمحكم في أعمال قواعد النظام العام وتطبيق قواعد البوليس.

أولاً: دور المحكم والقضاء في أعمال قواعد النظام العام

يُحدد تعلق المسألة بالنظام العام من طرف هيئة التحكيم أو القاضي الوطني. فإذا ما تبين أن المسألة محل النزاع مخالفة للنظام العام، الذي يتضمن مختلف المبادئ والأسس والأخلاق والمصالح الأساسية والجوهرية التي يقوم عليها المجتمع، سواء كانت هذه المسألة متعلقة بإبرام إتفاق التحكيم أو موضوع التحكيم، أو تشكيل هيئة التحكيم والقانون الواجب التطبيق، أو المسائل المتعلقة بالقواعد والمبادئ الأساسية للدعوى، أو الحكم التحكيمي، فإنه يتعين استبعاد هذه المسألة أو القضاء بطلانها. لذلك، يمكن لكل من المحكم والقاضي الوطني أعمال النظام العام في إطار التحكيم التجاري الدولي.

وتتعدد هذه المسائل والمنازعات التي يحظر فيها اللجوء إلى التحكيم باعتبارها من النظام العام أو أن تكون المسألة محل النزاع مخالفة للنظام العام، يتعين على هيئة التحكيم أو القاضي الوطني إستبعاد هذه المسألة من التحكيم، أو القضاء بطلان الحكم التحكيمي، وأبرز الأمثلة على ذلك المنازعات التي تتعلق بالسيادة الوطنية، مثل المنازعات المتعلقة بحدود الدولة أو الثروة الطبيعية، والمنازعات التي تتعلق بالقانون العام، مثل المنازعات المتعلقة بالضرائب أو الرسوم الجمركية، والمنازعات المتعلقة بالمخدرات أو الاتجار بالبشر...إلخ.

وإن كان تطبيق المحكم لقواعد النظام العام لا يثير أي إشكال مقارنة بتطبيق القاضي الوطني لذلك، فالمحكم الدولي لا يكون ملزماً بتطبيق قواعد النظام العام الوطني، فما يفرضه الأصل هو عدم تقييد المحكم الدولي إلا بالنظام العام الدولي الحقيقي، دون أن يكون لقواعد النظام العام الوطني أي دور أو تدخل في نطاق قيام هيئة التحكيم الدولية لمهامها، فمن الضروري التمييز والفصل بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، والتضييق وتحييد النظام العام الوطني عن التحكيم الدولي، فلا يحتكم المحكم أو القضاء في التحكيم التجاري الدولي إلا ما تعلق بالنظام العام الدولي دون الوطني، وما يقتضي هذا الرأي ما يفرضه طبيعة معاملات التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي وتجنب بقدر المستطاع دعاوى بطلان أحكام التحكيم الدولية من طرف القضاء الرسمي، وما يفرضه ضرورة دعم التحكيم نحو تحقيق فعالية أكبر في تسوية نزاعات المتعلقة بالتجارة والاستثمار في جانبه الدولي.

إلا أنه في الوقت الحالي نرى من غير الممكن حالياً إقصاء النظام العام الداخلي والإعتداد كلياً بالنظام العام الدولي الحقيقي خوفاً من التعسف وإستغلال الطرف الضعيف من طرف الدول القوية والشركات الاقتصادية الكبرى، خاصة وأنه من بين الإشكالات المثارة بالنسبة للتحكيم التجاري هو صياغة الإتفاقيات والقواعد والمبادئ العامة التي تندرج تحت النظام العام والمنظمة للتحكيم التجاري، أين تتحكم بعض الدول في صياغة هذه الإتفاقيات، مما يجعل النظام العام الدولي محل عدم إجماع والمصادقة عليها، لذلك لا يمكن تجاهل أعمال فكرة النظام العام الوطني، ودون إقصاء النظام العام الدولي بشكل مطلق، فكلاً المفهومين يكملان بعضهما من خلال خلق قواعد مشتركة بين الدول تتفق عليها تحدد على إثرها النظام العام الدولي الحقيقي، وإن تغلب نظام على الآخر أو إقصاء أي نظام فإنه سيتعارض مع ما يهدف والغرض الذي يسعى إليه التحكيم التجاري الدولي.

وهذا التوجه هو ما سار نحوه الفقيه GOLDMAN من خلال دعوته للتنسيق بين قواعد النظام العام الوطني والدولي، لكنه أشار لأحد أهم الإشكالات حال تطبيق هذا التوجه الحديث عند التعارض بين القواعد الداخلية الوطنية وقواعد أعراف التجارة الدولية، وأجاب على هذا الإشكال بتطبيق المحكم لأعراف التجارة الدولية إذا إعترفنا لها بصفة قواعد النظام العام الدولي الحقيقي، وهذا بطبيعة الحال يكون حال تخلف الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق وتولي المحكم ذلك⁽¹⁾.

وللقضاء سلطة تقديرية وحرية واسعة في أعمال قواعد النظام العام لتقرير صحة حكم التحكيم سواء بالاعتراف به وتنفيذه أو الحكم بطلانه، وتظهر أهمية قواعد النظام العام في التحري في تطبيق أو إستبعاد القانون الأجنبي حال كان مخالفاً للنظام العام حتى ولو إقتضت قواعد الإسناد تطبيقه، رغم ما تؤديه قواعد النظام العام من طرف القاضي في حفظ المصالح العامة والأساسية والأسس الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للمجتمع ولدولة القاضي⁽²⁾، غير أن هذه السلطة تثير العديد من الإشكالات والانتقادات نظير ما قد تؤدي إليها من نتائج خطيرة، وهذا ما عرجت له مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، فجاء في شرح للمادة 135 من القانون المدني المصري بنصها بطلان العقد إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة، فجاء في مذكرة المشروع التمهيدي أن تطبيق النظام العام قد يؤدي لنتائج خطيرة أبرزها يتمثل في كون القاضي يطبق قواعد النظام العام بما يناسب قناعته الشخصية ورأيه الخاص، وتفسيره الخاص وفق طريقته ومعتقداته الشخصية لقواعد النظام العام خاصة والمفهوم الواسع والمرن الذي تحمله فكرة النظام العام، لهذا فتدخل القاضي بتطبيقه لقواعد النظام العام

(1) أنظر نور الدين بكلي، المرجع السابق، ص 411.

(2) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 435.

يتناقض مع ما يفرضه الواجب من وجوب أن يطبق القاضي مذهبا عاما تدين به الجماعة بأسرها لا مذهبا فرديا خاصا⁽¹⁾.

ويتصدى كل من المحكم والقضاء من تلقاء نفسها للحكم التحكيمي المخالف للنظام العام، أو التصدي لأي مسألة ضمن التحكيم مخالفة للنظام العام، سواء ما تعلق بإتفاق التحكيم أو إجراءاته، أو للقواعد الموضوعية والإجرائية للتحكيم، أو على موضوع النزاع ومدى خضوعه للتحكيم من عدمه.

وقد ثار توجه حديث فيما يتعلق بتصدي كل من المحكم والقضاء للحكم التحكيمي والحكم ببطلانه، أين أضحي هذا التوجه يقوم على تفادي البطلان حتى لو تعلق الأمر بحكم التحكيم، أين يجب على القاضي أن يعمل على تفادي بطلان حكم التحكيم أو إتفاق التحكيم، من خلال ظهور ما يعرف بمسألة التطويع، أين يقتصر القاضي على إبطال الشرط المخالف للقانون فقط دون أن يمس العقد كله، وهذا في نظرنا يضيفي فعالية أكبر بالنسبة للتحكيم ويتناسب مع المبادئ المؤسسة لقضاء التحكيم التي يعتبر أهمها تنويع العملية التحكيمية بتنفيذ الحكم التحكيمي وهذا المسار الطبيعي للجوء الأطراف للتحكيم، لذا فمن الضروري على القاضي أن يعمل على تصحيح الشروط وإستمرار تنفيذ حكم التحكيم دون عرقلته ببطلانه، هذا الدور المنوط بالقاضي القيام به في مجال التحكيم الذي يتماشى مع التطورات الحديثة التي إستلزم معها الأمر إستحداث أحكام وقواعد جديدة تطور من التحكيم وتجعل منه قضاء فعال في تسوية المنازعات، وبكلامنا على القضاء حال لجوء الأطراف إليه لإمهارة الحكم بالصيغة التنفيذية، أو حال اللجوء إليه لبطلانه، فإن هذه المهمة تعني بقدر كبير هيئة التحكيم التي يجب أن تسعى إلى التطبيق السليم للقانون والمساهمة في الوصول إلى حكم فاصل في النزاع بما يجعل الأطراف راضين عن هذا النوع من التسوية للنزاع، لذا على المحكم الاجتهاد في إعمال فكرة التطويع للإبقاء على العقود دون الوصول إلى النهاية الغير الطبيعية لها وهذا من شأنه المساهمة في فعالية أكبر للتحكيم في تسوية المنازعات⁽²⁾.

ثانيا: دور المحكم في تطبيق قواعد البوليس

1- مفهوم قواعد البوليس:

إضافة للنظام العام تعد قواعد البوليس⁽³⁾ من بين القيود التي تحد من إعمال سلطان الإرادة في التحكيم التجاري من خلال إعمال المحكم لهذه القواعد ذات التطبيق الضروري والإلزامي، وتعتبر القواعد أو النصوص

(1) القانون المدني مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثاني، مطبوعة دار الكتاب العربي، وزارة العدل الحكومة المصرية، مصر، ص 222-223.

(2) سليم يعقوب، المرجع السابق، ص 7.

(3) يحمل العديد من المصطلحات المشابهة: القواعد ذات التطبيق الضروري، قواعد البوليس والأمن، قوانين الشرطة، القواعد فورية التطبيق، النصوص الآمرة.

الآمرة جزءاً من النظام العام، وهذا ما يقودنا للقول بأن كل قاعدة من النظام العام هي قاعدة آمرة، لكن المفهوم العكسي غير ذلك فليس بالضرورة كل قاعدة آمرة هي من النظام العام.

وعن إختلاف النظام العام عن قواعد البوليس يتمثل في كون النظام العام يشتمل على النصوص القانونية الإلزامية المكتوبة، إضافة إلى القواعد الغير مكتوبة والمفترضة والمتمثلة في المبادئ القانونية العامة والأعراف وروح التشريع... وهذا ما يجعل مفهومه متسع ومرن، أما قواعد البوليس فإن الأمر مختلف، هذه الأخيرة التي تكون في نصوص قانونية إلزامية مكتوبة مضبوطة ومحددة والتي تأخذ صفة النصوص الآمرة يسهل على المحكم والقاضي الرجوع إليها بسهولة وتطبيقها.

لكن تجدر الإشارة إلى أن المفهوم الشامل للنظام العام يجعله أوسع من القواعد القانونية الآمرة، فهي لا تعتبر ضابط ومحدد لما يندرج داخل دائرة النظام العام، وهذا ما هو معبر عنه بوجود العديد من القواعد الغير مكتوبة وتندرج تحت مظلة النظام العام، بالإضافة لوجود العديد من القواعد القانونية المكتوبة ولا تندرج ضمن القواعد الآمرة ورغم ذلك تعتبر من قبيل النظام العام، وهذا يفرضه تغير وتطور النظام العام وفق التطور والتحول الاقتصادي والاجتماعي والسياسي لكيان معين، وهذا ما يجعل النظام العام ذو مفهوم نسبي ومرن وواسع ومعقد⁽¹⁾.

ضف إلى ذلك أن النظام العام يتمثل في مختلف المبادئ والأسس والقيم المتعلقة بالمجتمع في جانبه الاقتصادي والسياسي والاجتماعي لذلك فالنظام العام يبتغي دائما المصلحة العليا الجماعية، لكن على عكس من ذلك القواعد الآمرة التي تهدف نصوصها لحماية المصلحة الخاصة للأفراد دون أن تكون بالضرورة تمس بالمصلحة العليا للمجتمع، لذلك فلا يمتد النظام العام إلى كل قاعدة آمرة في القانون⁽²⁾.

وتعد النصوص الآمرة من القواعد المقيدة للإرادة في التحكيم من خلال القوانين الموضوعية المنظمة لمجال محدد ذات التطبيق الإلزامي، وتستهدف هذه القوانين إما المصلحة العامة، أو المصلحة الخاصة للأفراد والتي تكون الحماية فيها موجهة للطرف الضعيف، وتطرح مسألة تطبيق قواعد البوليس مسألة مهمة على العلاقات الدولية حيث تهدف إلى حماية المبادئ الأساسية للدولة وسيادتها وتفادي الإشكالات التي يثيرها مسألة تنازع القوانين نظرا لكون قواعد البوليس من قواعد ذات التطبيق المباشر والفوري دون الحاجة للرجوع لمنهج التنازع.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 491-492.

(2) فصل في هذه النقطة عمر محي الدين المصري، المرجع السابق، ص 114.

2- مظاهر تدخل المحكم في تطبيق قواعد البوليس على التحكيم التجاري:

يتمتع المحكم بسلطة واسعة في تطبيق قواعد البوليس أو النصوص الآمرة واستبعادها. وبنفس هذا القدر من السلطة يتمتع بها القاضي الوطني والذي تأتي بعد سلطة المحكم.

إن المفهوم الذي تحمله قوانين البوليس يجعل منها قواعد تمس بمبدأ سلطان الإرادة والحرية الإرادية التي يتمتع بها الأطراف المحتكمة الذي يأتي كمقابل لما يتمتع به الأطراف من حرية في إختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، لذلك يحرص كل من المحكم والقاضي على إحترام القواعد والمبادئ المشكلة لقوانين البوليس الواجبة التطبيق، وإن كان يختلف كل منهما في تطبيقها أين يكون تطبيق المحكم لقواعد البوليس أسبق على القاضي، أما من ناحية تطبيق هذه القواعد فيكون المحكم ملزماً بتطبيق قواعد البوليس حتى لا يخرج ويفلت الأطراف منها أو مخالفتها، مما يحقق الهدف الأساسي من هذه القواعد وهو ضمان تنفيذ حكم التحكيم وتجنب إبطاله أو رفض الاعتراف به بحجة مخالفته للقواعد وقوانين البوليس لقانون الدولة محل الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم في إقليمها، أما فيما يتعلق بدور القاضي الوطني فإنه حتما سيرفض الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي المخالف لقواعد وقوانين البوليس⁽¹⁾.

ويتمتع المحكم بسلطة واسعة في تطبيق قوانين البوليس، غير أنه قد يثور إشكال في تطبيق قوانين البوليس سواء التي تنتمي إلى قانون العقد، أو الأجنبية عنه. ولا يثور إشكال في تطبيق قوانين البوليس سواء المنتمية لقانون العقد أو كانت أجنبية عن قانون العقد، إذا كان الأطراف هو من قاموا باختيار وتحديد قانون العقد، إذ يعتبر ذلك إمتداد للطبيعة الإرادية للتحكيم وما يقتضيه إحترام مبدأ الحرية التعاقدية، فيجعل المحكم ملزم بتطبيق القانون المحدد من قبل الأطراف، وما يقيد هذه الحرية هو عدم مخالفة القانون المختار للنظام العام الدولي⁽²⁾.

أما إذا كان تحديد القانون الذي يحكم العقد تم من طرف المحكم، في حالة عدم إختيار الأطراف للقانون الذي يحكم النزاع، فإن المحكم يطبق قوانين البوليس التي لها علاقة بقانون العقد محل النزاع، تطبيق هذه القاعدة لا يشير أي إشكال أو صعوبة مادام قوانين البوليس منتمية لقانون العقد، والفائدة من تطبيق ذلك تحقيق الأمن والطمأنينة لدى الأطراف وتحقيق المصلحة الخاصة لهم دون أن يشكل مفاجأة لهم في تطبيق هذه القواعد والنصوص الآمرة، ومن جهة أخرى يعزز ثقة الأطراف في التحكيم لاحترامه للقواعد القانونية الداخلية الآمرة⁽³⁾.

(1) محمد جارد، المرجع السابق، ص 105-106.

(2) محمد جارد، المرجع السابق، ص 108.

(3) عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، السنة الجامعية 2017، الصفحة 342.

أما في حالة كانت قوانين البوليس أجنبية عن قانون العقد، حال تم إختيار قانون العقد من طرف المحكم عندما لا يتولى الأطراف إختيار ذلك، فهذه الحالة خلقت إشكالات عدة، لعدم وجود إجماع حول تطبيق قوانين البوليس الأجنبية، غير أن الغالب في قضاء التحكيم هو تطبيق قوانين البوليس لمكان تنفيذ حكم التحكيم أو لمكان تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ويكون هذا التطبيق مع شريطة عدم مخالفة قوانين البوليس الأجنبية للنظام العام الدولي وللتوقعات المشروعة لأطراف النزاع وأن لا يكون في تطبيقه أي خطر عليهم.

وهذا ما نصّت عليه العديد من أحكام التحكيم باستبعادها تطبيق قوانين البوليس الأجنبية عن قانون العقد، فصدر حكم تحكيمي عن غرفة التجارة الدولية بباريس عام 1955، يقضي بأنه: "في التجارة الدولية من المهم جدا أن تقدم القواعد نتائج متوقعة، بأن تستجيب للتوقع المشروع للأطراف وأن تقدم وزنا للعادات السائدة في السوق الدولية، تعتبر الهيئة أن المنهج المؤسس على المصالح الوطنية سيعتبر غير ملائم في ذلك المحيط"⁽¹⁾.

لذلك فإن الأصل بناء على الطبيعة الإرادية التي تميز العملية التحكيمية وإرتكازه على مبدأ سلطان الإرادة يفرض في الأصل أن المحكم يتقيد بواجب عدم المساس بما إتفقت عليه إرادة الأطراف، من أجل ذلك يفترض على المحكم وجوب عدم تطبيق قواعد أمرة لم يكن يتوقعها الاطراف أو لم يأخذها بالحسبان، وحتى بالنسبة للنظام العام الذي يطبقه المحكم فالأصل في المحكم عدم إلتزامه إلا بالنظام العام لقانون العقد الذي إختاره الأطراف، هذا النظام الذي يظم كافة الأنظمة التي لها صلة وإرتباط بالعقد دون غيره من الأنظمة الأخرى الذي يستلزم على المحكم إستبعادها لصالح ما إختاره الأطراف والذي يعبر عن إرادتهما⁽²⁾.

في الأخير بالرغم من دور قواعد النظام العام وقوانين البوليس في تحقيق العدالة والتوازن داخل التحكيم وحماية الأطراف الضعيفة، وإن كان في أعمالها تجاوز وإهدار لمبدأ سلطان الإرادة وللقواعد التقليدية لنظرية العقد التي يقوم عليها التحكيم، إلا أن هذا الدور غير محصور بالنسبة لقواعد النظام العام وقوانين البوليس، إذ لا بد من تفعيل لدور القضاء الوطني على مستوى العملية التحكيمية، أو من خلال توسيع لدور المحكم، وهذا ما خصصناه في دراستنا الموالية في الفصل الثالث المعنون بالمستحدث في التحكيم بين تدعيم دور المحكم وتعزيز تدخل القضاء الوطني في التحكيم التجاري الدولي.

(1) عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 344.

(2) نور الدين بكلي، المرجع السابق، ص 404.

المطلب الثاني

مظاهر اتساع تدخل النظام العام في التحكيم التجاري

إتسع مفهوم النظام العام ليشمل مجالات ومصالح وقيم أكبر، فبعدما كان مفهوم النظام العام يقتصر على المصالح العليا للدولة وهذا ما يطلق عليه بالنظام العام التقليدي، أدى هذا إلى بروز النظام العام عبر الدولي الذي فرضته تشعب وتطور العلاقات الاقتصادية الدولية، سواء كان هذا النوع من النظام العام عبر الدولي يستهدف حماية الأطراف وهذا ما يطلق عليه بالنظام العام الحمائي الذي يهدف بالأساس إلى تحقيق العدالة الفعلية وإقامة المساواة بين الأطراف ومنع تعسف الطرف القوي في العلاقة، والنوع الآخر المتمثل في النظام العام التوجيهي والذي يتم توجيه الإرادة نحو تحقيق التوازن والعدالة في العلاقة العقدية.

مما سبق الإشارة إليه أن النظام العام وما يحمله من قواعد تشكل قيوداً على الحرية الإرادية للتحكيم التجاري من خلال الآثار المتعددة التي ترتبها قواعد النظام العام على التحكيم التجاري، خصوصاً ما فرضته التحولات المعاصرة من اتساع نطاق ووظيفة النظام العام داخل التحكيم التجاري في جميع مراحل التحكيم، سواء قبل إبرام إتفاق التحكيم الفرع الأول، أو بعده أثناء سريان العملية التحكيمية الفرع الثاني، كما ترتب قواعد النظام العام آثارها بعد نهاية العملية التحكيمية بصدور الحكم التحكيمي الفرع الثالث، هذا الأخير الذي يتوجب أن يكون غير مخالف للنظام العام وإلا كنا أمام إمكانية الطعن ببطالان الحكم التحكيمي، من أجل الإحاطة بجميع النقاط الرئيسية المحددة، ارتأينا تناولها في ثلاث فروع على النحو المذكور سابقاً.

الفرع الأول: أثر وظيفة النظام العام في مرحلة إبرام إتفاق التحكيم:

على الرغم من اختلاف الرأي بشأن تحديد مفهوم النظام العام، إلا أن الفقه اتفق على تحديد الوظيفة التي يحملها النظام العام في علاقته مع التحكيم التجاري. ويظهر وظيفة ودور النظام العام في التحكيم بجلاء عند إبرام إتفاق التحكيم، حيث يتدخل النظام العام قبل وأثناء إبرام إتفاق التحكيم. ويكون تدخل النظام العام كضابط للتحكيم في مرحلة إبرام إتفاق التحكيم على النحو التالي:

أولاً: تدخل النظام العام قبل إبرام إتفاق التحكيم

يتدخل النظام العام وما يحمله من قواعد قبل إبرام إتفاق التحكيم وفي بداية العملية التحكيمية، وأبرز المقتضيات التي يتدخل بموجبها قبل إبرام إتفاق التحكيم مسألة ضرورة إبرام إتفاق التحكيم من طرف أشخاص كاملي الأهلية باعتبار التحكيم كغيره من العقود هو أحد التصرفات القانونية لذا يستوجب القانون توفر أهلية التصرف.

وفي إقرار لقاعدة وجوب توفر أهلية التصرف للجوء للتحكيم التجاري حماية لعديمي أو ناقصي الأهلية باعتبارهم أطراف ضعيفة فتحميهم من كل استغلال لوضعهم، وأيضاً لما في التحكيم من إقصاء للقضاء في النظر في النزاع التحكيمي الذي يكون أحد أطرافه ناقص أو عديم الأهلية، لذلك جعل المشرع هذه القاعدة من النظام العام التي يترتب البطلان لكل تصرف يخالف هذه القاعدة المدرجة ضمن النظام العام، وللقضاء أن يقضي بذلك من تلقاء نفسه دون الحاجة أن يتمسك الأطراف بالدفع لانعدام الأهلية أما ما تعلق بناقصي الأهلية فالبطلان هنا نسبي غير متعلق بالنظام العام ولا يمكن للقضاء إثارته من تلقاء نفسه.

وإن كان هذا ما هو مقرر طبقاً للقواعد العامة، فإن التشريعات والإتفاقيات الدولية لم تشر إلى مسألة الأهلية ومدى اعتبارها من النظام العام، فبالنسبة لإتفاقية نيويورك لعام 1958 لم تحدد أي قواعد متعلقة بهذه المسألة مشيرة فقط إلى إستبعاد أي قيود فيما تعلق بالأشخاص الذي يحق لهم اللجوء إلى التحكيم وأن يكونوا أطرافاً في إتفاق التحكيم بالنسبة لهذه الإتفاقية.

أما بالنسبة للتشريعات الوطنية، فبالنسبة لكل من التشريع الجزائري والمصري⁽¹⁾ فقد أشاروا إلى وجوب توفر أهلية التصرف بالنسبة للحقوق التي يتم اللجوء على إثرها للتحكيم، فالشخص عديم الأهلية أو الذي لا يملك أهلية التصرف في حقوقه لا يمكن له إبرام إتفاق التحكيم أو أن يكون طرفاً في الإتفاق، وبالنسبة للشخص الطبيعي تحدد أهلية التصرف بـ 19 سنة كاملة بالنسبة للقانون الجزائري في المادة 40 مدني جزائري الذي إعتبرت الشخص البالغ هذا السن بالغ لسن الرشد وكامل الأهلية تمكنه من مباشرة حقوقه.

أما الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص فأعترف لها بأهلية أداء يمكن لها من خلالها اللجوء إلى التحكيم أو أن يتم مقاضاتها بالتحكيم فتمتع بنفس الأهلية التي يتمتع بها الشخص الطبيعي وإن كان من قبيل المجاز، فطبقاً لنص المادة 50 مدني جزائري نصّت على اكتساب الشركة كشخص معنوي أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقرها القانون، وبمجرد اكتساب الشركة التجارية للشخصية المعنوية بقيدتها في السجل التجاري يكسبها الأهلية القانونية لممارسة التجارة إلا ما كان ملازماً لصفة الإنسان بنص المادة 549 تجاري جزائري، كما لا يجوز للشخص الاعتباري أن يمارس التصرفات إلا في حدود النشاط أو الغرض المسموح له القيام به، طبقاً لمبدأ التخصص، وعليه لا يسمح للشخص الاعتباري بواسطة مثله بإبرام إتفاق التحكيم إلا في حدود هذا المبدأ، أو في حدود السند الذي أنشأ هذا الشخص المعنوي، أما الشركات المدنية بمجرد تكوينها تصبح متمتعة بالشخصية المعنوية دون أن تكون مستوفية لإجراء الشهر وذلك من خلال نص المادة 416 مدني

(1) أنظر المادة 1006 قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، والمادة 11 من القانون 27 لعام 1994 قانون المرافعات المصري.

جزائري، أما الشخص الذي يقوم بالتعبير عن إرادته من خلال إبرام إتفاق التحكيم فيشترط أن يكون له سلطة التصرف في أمواله، لذلك يكون لأي ممثل قانوني للشخص الاعتباري سلطة إبرام إتفاق التحكيم ما لم يوجد نص خاص في نظام الشركة أو في عقدتها يسلبه هذه السلطة أو يقيدتها، فيكون طبقاً لذلك سلطة إبرام إتفاق التحكيم دون أن يكون هناك تفويض صراحة من طرف مدير الشركة في شركات الأشخاص والشركة ذات المسؤولية المحدودة، أو رئيس مجلس إدارتها أو العضو المنتدب في شركة الأموال أو المساهمة، وكذلك مصفي الشركة الذي يمكن له إبرام إتفاق التحكيم في حدود اختصاصه المحصور بإتمام تصفية الشركة عن الأعمال التي بدأتها الشركة قبل التصفية⁽¹⁾.

أما الأشخاص الاعتبارية الأجنبية أو التي يكون مركز إدارتها في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر فيتحدد أهليتها لإبرام إتفاق التحكيم لقانون الدولة التي مارست فيه نشاطها وإن كان مركز إدارتها الرئيسي في الخارج وذلك طبقاً لنص المادة 10 (3) والمادة 50 مدني جزائري.

أما ما يتعلق بلجوء الأشخاص المعنوية العامة، كالدولة والوزارات والإدارات والمؤسسات العامة وغيرها، فلم يعد يثير مسألة لجوءها للتحكيم أي إشكال، ونصّت العديد من التشريعات الوطنية على مبدأ جواز لجوء الأشخاص الاعتبارية للتحكيم فنص المشرع الجزائري في المادة 1006 (2) ق إ م وإ بأنه: "ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية"، وأيضاً نص المادة 975 ق إ م وإ التي أكدت على لجوء الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية إلى التحكيم في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر والصفقات العمومية، وبخلاف العلاقات الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية فلا يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم، نفس الشيء نص عنه المشرع المصري في المادة 11 من القانون 27 لعام 1994: "لا يجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه".

أما في فرنسا فبعد مرحلة المد والجزر بين المنع واللجوء إبرام إتفاق التحكيم بالنسبة للنزاعات المتعلقة بالأشخاص المعنوية العامة والتعارض بين موقف المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 2060 قانون مدني الفرنسي⁽²⁾ وأحكام القضاء، لكن بصور قانون 19 ماي 1986 الذي يسمح للدولة باللجوء إلى التحكيم

(1) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 110-110. وأيضاً: محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 74-75.

(2) نص المادة 2060 مدني فرنسي: "لا يمكن إبرام إتفاق التحكيم في المسائل المتعلقة بالدولة أو الأهلية ولا في المسائل المتعلقة بالمؤسسات العام، وبصفة عامة كل المسائل المتعلقة بالنظام العام".

بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة فنصّت المادة التاسعة منه: "مخالفة لأحكام المادة 2060 من القانون المدني يسمح للدولة وللهيئات المحلية، والمؤسسات العامة بالنسبة للعقود التي تبرمها بالإشتراك مع الشركات الأجنبية، لتحقيق عمليات تتعلق بالمصلحة الوطنية بالتوقيع على شروط تحكيمية لتسوية المنازعات المتعلقة بتطبيق وتفسير هذا العقد"⁽¹⁾.

ونصّت الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف لعام 1961 في المادة الثانية الفقرة الأولى على ما يلي: "أن الأشخاص المعنوية للقانون العام تملك القدرة على إبرام إتفاق التحكيم".

وأيضاً ما تعلق بإتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار ما بين الدول ومواطني الدول الأخرى ICSID الذي يعمل على توفير التسهيلات للتوفيق والتحكيم في منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة ومواطني الدول المتعاقدة الأخرى وفقاً لأحكام هذه الإتفاقية، لذلك بصفة غير مباشرة تعطي هذه الإتفاقية الحق في اللجوء إلى التحكيم، لذلك لم يعد لجوء الدولة وغيرها من الأشخاص المعنوية للتحكيم من المسائل المتعلقة بالأهلية التي يحضر ويمنع لهذه الفئة من اللجوء إلى التحكيم ومنه لم تعد من المسائل المتعلقة بالنظام العام، بل أكثر من ذلك يعد إبرام الدولة للإتفاقيات الثنائية أو الجماعية في علاقاتها الإقتصادية الدولية يعني تنازل الدولة عن الدفع بحصانتها القضائية أمام قضاء التحكيم بالنسبة للنزاع الذي تم الإتفاق عليه لتسويته عن طريق التحكيم.

كذلك يتدخل النظام العام في تحديد المسائل التي تدخل في دائرة المسائل التي يجوز اللجوء فيها إلى التحكيم من التي ينعدم فيها اللجوء للتحكيم، لتعلق تلك المسألة بالنظام العام، فنص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على المسائل التي يمكن اللجوء فيها إلى التحكيم من التي لا يجوز فيها التحكيم، فوجد نص المادة 1006 ق إ م و التي حددت المسائل التي لا يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم في المسائل التي لا يملك الأشخاص مطلق التصرف فيها، والمسائل المتعلقة بالنظام العام، وما تعلق بحالة الأشخاص وأهليتهم.

وهناك مسائل عديدة لا يجوز التحكيم فيها لمخالفتها للنظام العام حال اللجوء فيها إلى التحكيم لتسوية النزاع، كالقضايا الجنائية التي يعتبر الاختصاص فيها حصرياً للقضاء الوطني، والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح، التي نص المشرع المصري عليها صراحة في المادة 11 من القانون 27 لعام 1994 المتعلقة بالتحكيم في المنازعات

Article 2060 Version en vigueur depuis le 10 juillet 1975

"On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre".

⁽¹⁾ أورد هذه المادة التاسعة من قانون 19 ماي 1986: أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 258.

المدنية والتجارية التي نصّت: "لا يجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف ففي حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها"، وأيضاً ما تعلق بمسائل الأحوال الشخصية كالنسب أو الزواج، والطلاق والأهلية والميراث والحضانة والوصاية والنفقة والكفالة وغيره مما هو مرتبط بالأحوال الشخصية، وأيضاً لا يجوز التحكيم في المنازعات المتعلقة بالجنسية لارتباطها من المسائل النظام العام الذي لا يختص بالنظر فيه إلا القضاء الرسمي .

جميع هذه المسائل ينعقد فيها الإختصاص للقضاء الرسمي وهذا من قبيل النظام العام فلا يجوز للأطراف الإتفاق في اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات المثارة بخصوص هذه المسائل.

ثانياً: تدخل النظام العام أثناء إبرام إتفاق التحكيم

تعتبر مرحلة إبرام إتفاق التحكيم من أهم مراحل العملية التحكيمية التي من خلالها تتشكل العملية التحكيمية ويقوم التحكيم كقضاء خاص للأطراف لتسوية النزاع الناشئ بينهم، وتظهر أهمية إبرام إتفاق التحكيم من خلال ما يتشكل في هذه المرحلة من تعيين لهيئة التحكيم، وتحديد القانون الواجب التطبيق، من أهمية هذه المرحلة يظهر كذلك دور النظام العام في هذه المرحلة، أين يقوم على دور مهم باعتباره ضماناً قوية للأطراف والمتعاملين في ميدان التجارة والاستثمار مما يعزز ويدعم ثقة المتعاملين والأطراف في اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات من جهة ومن جهة أخرى يضمن فعالية التحكيم التجاري.

وأول ما يثار ما تعلق بمسألة كتابة إتفاق التحكيم ومدى إعتبار هذه الكتابة من النظام العام، خصوصاً في ظل الخلاف المثار حول مدى إعتبار هذه الكتابة ركناً في العقد أم شرطاً للصحته، وهل يترتب على تخلف هذه الكتابة البطلان المطلق أم بطلان نسبي لعدم تعلقه بالنظام العام، وهذا الخلاف يقرأ من خلال موقف التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية.

بغض النظر عن هذا الجدل المثار بهذا الخصوص نترك الكلام عنها فيما بعد، فقد تعرضت إتفاقية نيويورك لعام 1958 لمسألة كتابة إتفاق التحكيم وإعتبرته من النظام العام باشتراط الكتابة في إتفاق التحكيم وإعتباره ركناً فيه ويترتب على تخلفه البطلان المطلق لإتفاق التحكيم، ونصّت المادة الثانية من الإتفاقية على ذلك بقولها: "1- تعترف كل دولة متعاقدة بأي إتفاق مكتوب يتعهد فيه الطرفان بأن يحيلوا إلى التحكيم جميع الخلافات...2- يشمل مصطلح "إتفاق مكتوب" أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي إتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين أو وارد في رسائل أو برقيات متبادلة".

على نفس النهج سار المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية باشتراط الكتابة وإعتبارها أحد الشروط الشكلية الضرورية للتحكيم مرتبا على تخلفها البطلان حماية لحقوق الأفراد فنص في مجموعة من المواد بداية من المادة 1008 الفقرة الأولى بنصها: "يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الإتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند عليها". وفي نص آخر من المادة 1012 ق إ م وإنصت على وجوب أن يكون إتفاق التحكيم كتابيا. وبخصوص التحكيم الدولي نص المشرع الجزائري في المادة 1040 في الفقرة الثانية على بطلان التحكيم حال كانت إتفاقية التحكيم غير مكتوبة سواء كتابة أو بأي وسيلة إتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة. واعتبر كذلك المشرع المصري الكتابة ركن أساسي في التحكيم من وجوب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا، وهذا بنص المادة 12 من قانون 27 لعام 1994 المتعلق بقانون التحكيم.

نفس الحكم بالنسبة للشروط الموضوعية، التي تستوجب أن يتوفر إتفاق التحكيم على شروط وأركان لازمة لقيام التحكيم وترتيب آثاره من تراضي ومحل وسبب، وتعتبر هذه الأركان من قبيل النظام العام التي ترتب بطلان التحكيم لتخلف أي ركن منها في التحكيم.

كما يتدخل النظام العام من خلال وجوب احترام إرادة الأطراف في تعيين هيئة التحكيم، وأيضا بخصوص اختيار القانون الواجب التطبيق، فالأصل أن يختار الأطراف بحرية سواء القانون الواجب الإتباع من طرف هيئة التحكيم وحريرتهم في تعيين محكمة التحكيم التي تتولى النظر والفصل في النزاع، وبالنسبة للقانون المطبق على النزاع فيختلف القانون الواجب التطبيق على النزاع سواء ما تعلق بالقانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم أو ما تعلق بموضوع النزاع أو إجراءات التحكيم، وأي مخالفة لما إتفقت عليه الأطراف في تحديد القانون المطبق على النزاع أو المحدد للإجراءات التي يسير عليها تسوية النزاع فإنه يؤدي لبطلان التحكيم ورفض قرار التحكيم والامتناع عن تنفيذه، وهذا ما قرره إتفاقية نيويورك لعام 1958 في مادتها 1/5 د، ونفس الحكم أقرته الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 بحرية الخصوم في إختيار وتنظيم الاجراءات وكذلك تشكيل هيئة التحكيم.

الفرع الثاني: أثر وظيفة النظام العام بعد مرحلة إبرام إتفاق التحكيم

أحاطت التشريعات مرحلة حل النزاع التحكيمي بمجموعة من القواعد تعتبر من النظام العام، للأهمية التي تكتسبها هذه القواعد من جهة ولأهمية هذه المرحلة الأساسية في التحكيم، لذلك يتوجب على المحكم أو هيئة التحكيم في هذه المرحلة احترام حقوق الدفاع، وتحقيق الحياد واستقلال المحكم.

أولاً: النظام العام وما تعلق بتشكيل وإختصاص هيئة التحكيم والشروط الواجب توفرها فيها

يقع وجوباً على هيئة التحكيم أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط تحت طائلة بطلان الحكم الصادر لتعلق هذه الشروط بالنظام العام، فلا يجوز أن يكون المحكم أحد أطراف الخصومة، لعدم جواز أن يكون الخصم قاضياً لنفسه، كما لا يجوز للدائن أو الكفيل أن يعين محكماً في الخصومة بين المدين والغير، ذلك لأن الدائن والكفيل لهما مصلحة تربطهما في علاقتهما مع المدين من خلال تأييد مركزه، وعلى النقيض من هذه العلاقة لا يجوز للمدين أن يكون محكماً في علاقة الدائن مع الغير حتى يمنع أي غش أو تصرف يسيء للدائن نظراً لعلاقة الالتزام التي كانت بينهم مما قد يقسوا المدين على الدائن بحكم علاقتهم⁽¹⁾، كما يشترط في المحكم أن يكون كامل الأهلية غير ناقص أو معدم الأهلية ولا تعترضه عارض أو مانع كالجبر أو السفه أو الغفلة أو الجنون أو المحروم من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو حالة الإفلاس، ونص على هذا الشرط المشرع الجزائري في المادة 1014 عندما أشارت إلى ضرورة أن يكون المحكم متمتعاً بحقوقه المدنية، والقواعد المتعلقة بالأهلية تعتبر من قبيل النظام العام فلا يجوز للأطراف الإتفاق على مخالفتها أو تعديل أحكامها وإلا أي تصرف من هذا القبيل يعرض التحكيم للبطلان، ويشترط في المحكم أن يكون شخصاً طبيعياً، وإن كان شخصاً معنوياً تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر لتولي مهمة التحكيم، ويشترط كذلك قبول المحكم أو المحكمون لمهمة التحكيم تحت طائلة عدم صحة تشكيل محكم التحكيم، كما يشترط في هيئة التحكيم المكونة من أكثر من محكم أن يكون عددها فردياً، جميع هذه الشروط يقع توفرها في هيئة التحكيم تحت طائلة البطلان لاعتبارها من النظام العام.

إضافة لأن يكون التشكيل صحيحاً لهيئة التحكيم، فإنه يستوجب أن تتوفر في هيئة التحكيم النزاهة والحياد ويعتبر هذا الشرط من القيود التي ترد على تشكيل الحر للأطراف في هيئة التحكيم، فيقع على هيئة التحكيم الكشف عن كل ما قد يؤثر في نزاهتهم وحيادهم.

ويجب أن لا تربط المحكم بالخصوم أو أحدهما أية علاقة من شأنها أن تؤثر في حياده ونزاهته، غير أنه يمكن للمحكم أن يكون قريباً لأحد الخصوم شريطة إقرار الخصوم أو معرفتهم بذلك، أو شريطة أن يتم الكشف عن إعتبارات متعلقة بعلاقة المحكم بالخصوم أو أحدهما، وتشمل هذه العلاقة كافة الأوجه سواء من الجانب المالي أو الشخصي أو له علاقة بالنزاع إلى غيره من العلاقات التي تؤثر في حياد المحكم ونزاهته⁽²⁾.

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 448.

(2) المرجع السابق، ص 453-454.

ونصّت المادة التاسعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الأونسيترال على وجوب أن يفصح المحكم عن أية ظروف تثير الشك في نزاهة المحكم وإستقلاله ما لم يكونا على علم بها، ورُتب نفس القانون الحكم حالة مخالفة هذه القاعدة بجواز رد المحكم بنص المادة العاشرة من نفس القانون.

ونفس الأمر نصّت عليه لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس في المادة الثانية من فقرتها السابعة بنصها على وجوب أن تعين هيئة التحكيم محكما مستقلا عن الأطراف، ويقع على المحكم إثبات كتابة كل ظرف أو واقعة من شأنها أن تؤثر على إستقلاله في نظر الأطراف، ليتم تبليغ ذلك للأطراف لإلتخاذ الإجراءات اللازمة بشأن ذلك.

ثانيا: النظام العام والتقييد بالمبادئ الأساسية للتقاضي

إن من بين ما يتوافق عليه القضاء الرسمي والتحكيم، إشتراكهم في إحترام المبادئ الأساسية للتقاضي، التي تعتبر من المبادئ الدستورية ومن النظام العام لا يجوز التنازل عنها، فهي المدخل لتحقيق العدالة والأمن القضائيين، وأبرز هذه المبادئ، إحترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة وتحقيق المساواة بين الخصوم، هذه المبادئ التي تعتبر بمثابة ضمانات يقع على هيئة التحكيم تحقيقها للوصول إلى تحكيم صحيح بإجراءات صحيحة يضمن بذلك الاعتراف بالحكم وتنفيذه.

وتطبق هذه المبادئ أمام أي جهة سواء أمام القضاء أو أمام هيئة التحكيم، ولأهمية هذه المبادئ سنعرّج عليها مستعرضينها كأحد ضمانات التحكيم ودورها في إضفاء فعالية للتحكيم كقضاء خاص لتسوية المنازعات.

1- إحترام حقوق الدفاع:

يرتبط مبدأ إحترام حقوق الدفاع مع مبدأ آخر وهو مبدأ المواجهة والمساواة بين أطراف الخصومة، فحق الدفاع يوفر المساواة بين الأطراف أنفسهم وأيضا المساواة أمام القانون، فيتركز جوهر هذا المبدأ في إحترام وتكريس حق الدفاع لأطراف الخصومة، وكذلك يمكن كل طرف في مواجهة الطرف الآخر بإبداء دفاعه والرد على دفاع خصمه، وأيضا حق كل طرف العلم بما يتخذ في مواجهته من إجراءات وما يقدمه من مذكرات ومستندات وغيره من الوثائق، وكذلك يتركز مبدأ إحترام حق الدفاع تمكين كل طرف من تقديم مستنداته، لذلك يقع وجوبا على هيئة التحكيم تمكين أطراف الخصومة من حقهم في الدفاع والسهر على ذلك⁽¹⁾، وإصدار هيئة التحكيم للحكم دون مراعاة هذا المبدأ وما يتضمنه من مرتكرات والإخلال به يرتب بطلان هذا الحكم⁽²⁾.

(1) إبراهيم محمد السعدي أحمد الشريعي، المرجع السابق، ص 959.

(2) المرجع السابق، ص 960.

وكرس المشرع الحق في الدفاع أمام القضاء، الذي يكون مكفول في جميع مراحل الخصومة سواء أمام القضاء أو محكمة التحكيم، فيضمن هذا المبدأ لأطراف الحق في حضور جلسات المحاكمة بأنفسهم أو بحضور محاميهم فقط، وكذلك تمكين الأطراف من المواجهة ليتمكن كل طرف بتقديم الأدلة والحجج ومناقشتها⁽¹⁾.

ونص صراحة على المبدأ في المادة 14 ق إ م وإ: "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه" أما بخصوص التحكيم فنص القانون على المبدأ في المادة 1022 ق إ م وإ على أنه: "يجب على كل طرف تقديم دفاعه ومستنداته قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشر 15 يوما على الأقل، وإلا فصل المحكم بناء على ما قدم إليه خلال هذا الأجل"، وأيضاً في نص المادة 1027 الفقرة الأولى ق إ م وإ عندما نصّت على وجوب أن يتضمن حكم التحكيم عرض لإدعاءات وأوجه دفاع الأطراف⁽²⁾.

2-مبدأ المواجهة: يعتبر مبدأ المواجهة من المبادئ المستقر عنها تشريعاً وفقها وقضاء، ويفرض إحترامه أمام هيئة التحكيم، ويتشكل هذا المبدأ من عنصرين أساسيين يتمثل أول هذه العناصر في حق الخصم في العلم الكامل بكل عناصر القضية، والعنصر الثاني يتمثل في حق الخصم العلم في الوقت الملائم، وقد جمع أحد الأساتذة مجموع التعاريف الفقهية لمبدأ المواجهة في تعريفه للمبدأ جامعاً بذلك العناصر التي يتضمنها هذا المبدأ فنص في تعريفه على المبدأ بأنه⁽³⁾ "مبدأ إجرائي يتضمن حق الخصوم في أن يعلموا علماً تاماً وفي وقت مفيد بكافة إجراءات الخصومة، وما تحتويه من عناصر واقعية وقانونية تضعهم في وضعية تسمح لهم بالدفاع عن أنفسهم والتعليق على أسانيد وأسس بعضهم البعض وتفنيدها في ظل المساواة التامة".

وكرس المشرع الجزائري هذا المبدأ في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة الثالثة منه بنصها: "يلتزم القاضي والخصوم بمبدأ الوجاهية"، وكرس المشرع هذا المبدأ في عدة تطبيقات من نفس القانون⁽⁴⁾، بالإضافة للنصوص المنظمة للتحكيم من نفس القانون فنجد نص المادة 1056 ق إ م وإ عندما إعتبرت عدم مراعاة مبدأ الوجاهية كأحد الحالات التي يجوز فيها إستئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ.

(1) سومية حمدان، تأثير مبدأ الوجاهية على إنعقاد الخصومة المدنية، دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي بتيبازة، المجلد 5 العدد 2، 2021، ص232.

(2) المادة 1027 فقرة أولى ق إ م وإ: "يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضاً موجزاً لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم".

(3) محمد بن أعراب واليمين بن ستيرة، مكانة مبدأ المواجهة في تحقيق مقتضيات المحاكمة النزيهة ودور القاضي في تطبيقه، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة خنشلة، المجلد 08 العدد 02، 2021، ص105.

(4) أنظر المواد: 263، 146، 85، 193، 135 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وهذا ما تم النص عنه في المادة 15 فقرة ثالثة من قواعد الأونسيترال 1976 بما يلي: "الوثائق أو المعلومات التي يقدمها أحد الطرفين إلى هيئة التحكيم يجب أن يرسلها هذا الطرف في نفس الوقت إلى الطرف الآخر"، وأيضاً نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985 في المادة 24 فقرة ثالثة: "جميع البيانات والمستندات والمعلومات الأخرى التي يقدمها أحد الطرفين إلى هيئة التحكيم تبلغ إلى الطرف الآخر، ويبلغ أيضاً إلى الطرفين أي تقرير يضعه الخبير، أو أي دليل مستندي قد تستند إليه هيئة التحكيم في إتخاذ قرارها"، وأكدت كذلك على هذا المبدأ غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998 في نصها في المادة 20 فقرة الثانية: "أنه بعد مذكرات الأطراف وكل المستندات المقدمة منهم، تستمع محكمة التحكيم إلى الأطراف في مواجهة بعضهم البعض"، وأيضاً في الفقرة الثالثة من نفس المادة جاء فيها: "لمحكمة التحكيم أن تستمع إلى الشهود والخبراء في حضور الأطراف، أو حتى في غيابهم طالما تمت دعوتهم على النحو الصحيح". وتبرز أهمية هذا المبدأ في الحماية التي يقدمها لأطراف الخصومة وما قد يلجأ إليه أحد الأطراف لتصرفات تضر بالطرف الآخر، كما تحميهم من إنحياز وتعسف هيئة التحكيم، وأيضاً في كونها تركز لمبدأ حق الدفاع، وتتجسد مبدأ المواجهة بآليات تنعقد بها الخصومة عن طريق التبليغ ليهيئ الخصم المبلغ دفاعه وتمكينه من الإطلاع على المستندات التي يمكن أن يحتج بها ضده، أما الوسيلة الأخرى هي التكاليف بالحضور للمثول أمام هيئة التحكيم للرد على طلبات المدعي⁽¹⁾.

3- مبدأ احترام المساواة: يتمثل مبدأ تحقيق المساواة بين الخصوم في تساوي ميعاد تقديم مذكرة الدفاع، وأن يعرض الخصوم طلباتهم وتقديم دفعوهم، وأن تتعامل هيئة التحكيم بالتساوي بين أطراف النزاع دون محاباة أو الإنحياز لطرف على آخر أو أن تمنح حق لطرف وتمنعه على الطرف الآخر، وأشار المشرع لهذا المبدأ بطريقة غير مباشرة في المادة 1016 ق 1 م وإ من خلال الإشارة إلى جواز طلب رد المحكم حال تبين أي شبهة مشروعة في إستقلاليته، إذا كان يوجد مصلحة أو علاقة إقتصادية أو عائلية مع أحد أطراف النزاع مباشرة أو عبر وسيط، على عكس المشرع المصري في قانون التحكيم الذي أشار صراحة لمبدأ المساواة في المادة 26 منه الذي نص: "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهم فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه" ولم يكتفي بالنص على هذا المبدأ بل نص على الحالات التي يمكن من خلالها تطبيق المبدأ، فنجد المادة 33 التي نصّت على ما يلي: "1- تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته،

(1) سومية حمدان، المرجع السابق، ص 234-235.

ولها الإكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك. 2- ويجب إخطار طرفي التحكيم بمواعيد الجلسات والاجتماعات التي تقرر هيئة التحكيم عقدها قبل التاريخ الذي تعينه لذلك بوقت كاف تقدره هذه الهيئة حسب الظروف. 3- وتدون خلاصة وقائع كل جلسة تعقدها هيئة التحكيم محضر تسلم صورة منه إلى كل من الطرفين ما لم يتفقا على غير ذلك".

ونصّ على هذا المبدأ القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 في المادة 18 منه بأنه: "يجب أن يعامل الطرفان على قدم المساواة، وأن تهيأ لكل منهما الفرصة الكاملة لعرض قضيته"، نفس الأمر نصّت عليه قواعد التحكيم الخاصة الموضوعة من قبل لجنة القانون التجاري التابع للأمم المتحدة لعام 1976 حيث جاء في المادة 15 من القانون: "مع عدم الإخلال بهذه القواعد، يجوز لمحكمة التحكيم أن تسلك في التحكيم الطريقة التي تراها مناسبة، بشرط أن يعامل الطرفان على قدم المساواة، وأن يمنح كل طرف في أي مرحلة من الإجراءات فرصة كاملة لشرح دعواه". نفس الشيء بالنسبة لإتفاقية نيويورك لعام 1958 في الفقرة ب من المادة الخامسة التي نصّت: "عدم جواز الاعتراف بحكم التحكيم وعدم تنفيذه في حال ما إذا كان الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم، أو بإجراءات التحكيم، أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه"، وفي لائحة إجراءات جمعية التحكيم الأمريكية لعام 1992 في المادة 16 في الفقرة الأولى منه فنصّت على ما يلي: "تحقق محكمة التحكيم في القضية بكل الوسائل التي تراها مناسبة بشرط أن تعمل الأطراف على قدم المساواة، وتعطي لكل طرف الحق في أن يستمع إليه وتقديم دفعه بعدالة".

وأكدت محكمة النقض الفرنسية في قضائها أن مبدأ المساواة بين الخصوم من المبادئ الأساسية أثناء سير الخصومة التحكيمية، وتعتبر بذلك من النظام العام لا يجوز الإتفاق على مخالفته، وأي مخالفة له يرتب بطلان مشارطة التحكيم⁽¹⁾.

الفرع الثالث: أثر وظيفة النظام العام بعد نهاية النزاع التحكيمي

إن من بين الآثار المتعددة التي يترتبها النظام العام، هي تلك الآثار التي يترتبها على الحكم التحكيمي، حال صدور حكم التحكيم غير صحيح أو غير مستوف للشروط الأساسية التي يتطلبها القانون أو كان يشمل على

⁽¹⁾ Cour de cassation 1re ch.civile 23 mai 2006, Mm Claudine Alhinc et autres c/Banque France et Banque des règlements in règlements, Revue de l arbitrage 2008-no 1, p69.

نقلا عن سيد أحمد محمود، مبدأ المساواة أمام هيئة التحكيم وأثره على العدالة الاجتماعية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني الجزء الثاني السنة الثامنة والخمسون، كلية الحقوق عين الشمس، ص 634.

إخلال بالقانون، الأمر الذي يجعل حكم التحكيم مخالف للنظام العام، ويترب عن هذا الإخلال بالنظام العام، إما الطعن ببطالان الحكم التحكيمي، أو رفض الاعتراف بالحكم التحكيمي وتذييله بالصيغة التنفيذية.

أولاً: الطعن ببطالان الحكم التحكيمي:

إذا كان الأصل عدم جواز الطعن في أحكام التحكيم بأي طريق من طرق الطعن، لكن كاستثناء يمكن مراجعة حكم التحكيم الدولي برفع دعوى الطعن عليه وفقاً للأحكام المبينة في نص المادة 1056 والمادة 1058 ق إ م و، ومن بين أسباب بطلان حكم التحكيم هو مخالفة حكم التحكيم للنظام العام، ومسألة تقرير البطلان من إختصاص القضاء الرقابي الذي يتدخل عند كل مساس بالنظام العام عند إصدار حكم التحكيم سواء في شقه الداخلي أو الدولي، لذلك يجوز لأحد الأطراف الخصومة التحكيمية رفع دعوى البطلان في حال كان حكم التحكيم مخالف للنظام العام، وفي حال تأكد ذلك فيمكن للقضاء الحكم ببطالان حكم التحكيم، بل ولها أن تقضي به من تلقاء نفسها دون الحاجة لإثارته أو التمسك به من أطراف الخصومة، من أجل ذلك فالطعن ببطلان حكم التحكيم لمخالفته للنظام العام وتدخل القضاء في إقرار ذلك من بين الجوانب التي تضيء فعالية على عملية التحكيم لمواجهة كل خرق أو تجاوز من أطراف الخصومة بما قد يعطل وظيفة هذا القضاء الخاص في تسوية المنازعات.

ثانياً: رفض الاعتراف بالحكم التحكيمي وتذييله بالصيغة التنفيذية:

إضافة للجزاء المترتب جراء مخالفة النظام العام، فإن هناك آثار تترتب من مخالفة النظام العام عند طلب الاعتراف وتذييل الحكم بالصيغة التنفيذية لتنفيذ حكم التحكيم الدولي، ورتب المشرع الجزائري جزاء عند مخالفة حكم التحكيم للنظام العام بعدم الاعتراف بحكم التحكيم وعدم قابليته للتنفيذ وذلك من خلال نص المادة 1051 ق إ م و.

ورتبت التشريعات جزاء الإخلال بالقواعد السابق تقديمها المتمثلة في بطلان الحكم أو رفض الاعتراف بالحكم التحكيمي وتذييله بالصيغة التنفيذية، فيكون حينئذ للقاضي لكل ما تعلق بالنظام العام إثارته من تلقاء نفسه أو أن يتمسك أي من الأطراف ببطلان الحكم، ونص المشرع على هذا الجزاء بجواز الطعن بالاستئناف في الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ للحكم التحكيمي الدولي الصادر بالجزائر من خلال نص المادة 1056 ق إ

م وإ⁽¹⁾، كما يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 المبينة سابقا، وذلك من خلال نص المادة 1058⁽²⁾.

نفس الحكم سار نحوه المشرع المصري في قانون التحكيم الجديد من خلال المادة 53 منه بنصه عن الحالات التي تقبل دعوى بطلان الحكم التحكيمي.

كما تم النص عليه في العديد من الإتفاقيات الدولية ولوائح مراكز التحكيم، أبرزها إتفاقية نيويورك لعام 1958 المتعلقة بالاعتراف بالأحكام التحكيمية وتنفيذها في المادة 5 (2) ب منه بأنه: "يجوز كذلك رفض الاعتراف بقرار التحكيم ورفض تنفيذه إذا تبين للسلطة المختصة في البلد الذي يطلب فيه الاعتراف بالقرار وتنفيذه: ب أن الاعتراف بالقرار أو تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة لذلك البلد".

(1) أنظر المادة 1056 ق إ م وإ: "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية 1 - إذا فصلت محكمة التحكيم بدون إتفاقية تحكيم أو بناء على إتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الإتفاقية، 2 - إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون، 3 - إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها، 4 - إذا لم يراع مبدأ الوجاهية، 5 - إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب، 6 - إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي".

(2) أنظر المادة 1058 ق إ م وإ: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه. لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه".

الفصل الثالث

المستحدث في التحكيم بين تدعيم دور المحكم وتعزيز تدخل القضاء الوطني في التحكيم التجاري الدولي

إذا كان الأصل في التحكيم سيادة إرادة الأطراف من خلال طبيعته الإرادية والتي تفرض على الأطراف وهيئة التحكيم وحتى القضاء الإلتزام باتفاق التحكيم وعدم التدخل بما قرره إرادة الأطراف، إلا أنه في ظل الممارسة الحديثة للتحكيم وما يقتضيه الإستثناء من الأصل فقد وردت قيود وإستثناءات على مبدأ سلطان إرادة الأطراف في التحكيم.

إن الحديث عن التوجهات الحديثة في ظل النظرة الجديدة للدول نحوه، فبعدما شهد إنغلاق واعتبار التحكيم أحد الأسباب الماسة بسيادة الدولة وحصانتها القضائية واعتبار القضاء الوطني القضاء الأصيل والوحيد في تسوية النزعات، أصبح يشهد انفتاح حول التحكيم كآلية حاسمة لتسوية المنازعات بعيدا عن القضاء الوطني بالخصوص نزاعات التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي، وهذا الانفتاح شمل كل الجوانب سواء التشريعي والقضائي والفقهي، وما عزز من هذا الانفتاح هو العلاقة التي تربط القضاء الوطني مع التحكيم، هذه العلاقة التي عززت من الجانب الوظيفي للتحكيم حيث أضفى فعالية لهذا النوع من القضاء الخاص في تسوية المنازعات، وهذا ما جعل جل التشريعات تركز مسألة التدخل القضائي في التحكيم، بالإضافة لتدعيم وتعزيز دور هيئة التحكيم في الفصل وتسوية المنازعات.

ومن مقتضيات التطرق لمسألة تدخل القضاء في التحكيم وتعزيز سلطة هيئة التحكيم في الفصل وتسوية المنازعات هو اللاتوازن الذي أصبح يطبع العلاقة داخل التحكيم، ففرض تدخل القضاء، وحتى من جانب المحكمين ليشكل بذلك قيودا على حرية الأطراف في التحكيم، وما من شأن هذه القيود أن تعيد للعلاقة داخل التحكيم توازنها وهذا ما سنبحث عليه في هذا الفصل ونفصل في المسائل المتعلقة به من خلال الإجابة عن الإشكالية الجوهرية المتعلقة بهذه الدراسة والمتمثلة في مدى المحافظة على الطبيعة الإرادية للتحكيم في ظل التدخل القضائي وتعزيز دور المحكم في التحكيم؟

ومن جهة أخرى من أبرز الإشكالات التي تثيرها دراسة هذا الفصل هو هل يتعارض الاختصاص الشامل لهيئة التحكيم في النظر في الخصومة التحكيمية الذي يبدأ من مرحلة الإنشاء وإحالة النزاع إليها إلى غاية الفصل في الخصومة بإصدار حكم تحكيمي منهي للنزاع، مع تدخل القضاء في التحكيم؟ وما هي حدود هذا التدخل؟ والإجابة عن هذه التساؤلات والإشكالات المثارة تقتضي معالجة هذا الموضوع ضمن مبحثين، حيث نستعرض في المبحث الأول إلى دراسة تدعيم دور المحكم في التحكيم التجاري الدولي وتوسيع سلطاته المبحث

الأول، أما الجزء الثاني من هذه الدراسة فنتطرق إلى دراسة العلاقة بين التحكيم والقضاء: تطور نحو التوافق والتعاون والتكامل المبحث الثاني.

المبحث الأول

تدعيم دور المحكم في التحكيم التجاري الدولي وتوسيع سلطاته

يعتبر المحكم⁽¹⁾ بمثابة القاضي في إجراءات التحكيم نظرا لدوره الكبير في التحكم والسير في الخصومة، فيحكم ويقرر ويفصل وفق ما يقتضيه الحفاظ على العدالة، لذلك يفترض في الأصل إلزام هيئة التحكيم بما هو وارد في إتفاق التحكيم وعدم الخروج عن ما إتفق عليه الأطراف سواء ما تعلق بتعيين المحكمين أو تحديد القانون الواجب التطبيق أو القواعد والإجراءات المطبقة على النزاع وصولا إلى سير خصومة التحكيم ونهايتها بصدر حكم التحكيم.

فبمجرد تفويض هيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع سواء كان بحسب الأصل عن طريق الأطراف أو بواسطة القضاء إذا تعذر للإرادة تعيين هيئة التحكيم أو عن طريق مؤسسة أو مركز التحكيم، هذا التفويض يمنح للمحكم صلاحيات وسلطة واسعة للنظر في النزاع والفصل فيه، في المقابل تتقيد دور الإرادة في التدخل في العملية التحكيمية إلى حين إصدار هيئة التحكيم لحكم ملزم يحوز حجية الشيء المقضي فيه.

غير أنه بفعل ما فرضته التحولات الاقتصادية وتطور العلاقات التجارية والاستثمارية أصبحت الحرية التعاقدية محدودة في أضيق النطاق، نتيجة المركز الاقتصادي القوي لأحد أطراف الإتفاق في مواجهة طرف أطلق عليه بالضعيف سواء من الناحية الاقتصادية والمالية وحتى المعرفية، أمام هذا الوضع إزداد تدخل المحكم في عملية التحكيم على النحو الذي يعد مخالفا للطابع الإرادي للتحكيم الذي يقوم أساسه على مبدأ سلطان الإرادة وما يتفرع عنه من مبادئ مؤطرة له، وتبرز مظاهر هذا التدخل بشكل جلي في سلطة المحكم إزاء عقد التجارة الدولي

(1) المحكم هو قاض خاص يتولى مهمة النظر في النزاع الذي يرفعه إليه أطراف النزاع بموجب إبرام إتفاقية التحكيم، دون أن يكون للنظام القانوني أو القضائي للدولة أي دور، وبناء على ذلك تكون للمحكم صلاحيات وسلطات في الفصل في النزاع بناء على إتفاق الأطراف. وهناك من عرف المحكم بأنه شخص طبيعي يختاره أطراف النزاع أو أي جهة أخرى كمركز أو مؤسسة تحكيم ليقوم بالفصل في النزاع، من خلال ما يتمتعون به من ثقة أطراف النزاع. أنظر في تعريف المحكم: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثالثة، 1978، ص5. وأيضا: منير يوسف المناصير، إلتزامات وسلطات المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2016، ص75-78.

ووافق التعريف الفقهي ما أوردته أحكام القضاء في تعريفها للمحكم، فعرفته محكمة النقض المصرية بأنه الشخص الذي يعهد إليه بمقتضى الإتفاق بالتحكيم أو في إتفاق مستقل بفصل وتسوية نزاع بين طرفين أو أكثر، فيكون له سلطة النظر في النزاع، والإشتراك في المداولة، وإصدار الحكم. الطعن رقم 1640 لسنة 54 ق- تاريخ الجلسة 14/02/1988- مكتب فني- جزء رقم 1. أوردته منير يوسف المناصير، المرجع السابق، ص77.

وحكم التحكيم المطلب الأول، وأيضا في سلطة المحكم الأمرية في التحكيم التجاري الدولي المطلب الثاني، وأخيرا في سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق المطلب الثالث.

المطلب الأول

سلطة المحكم إزاء عقد التجارة الدولي وحكم التحكيم

تتأثر عقود التجارة الدولية⁽¹⁾ بجملة من الظروف سواء على مستوى إبرام العقد أو عند تنفيذه، وتوصف هذه الظروف بمجموع التقلبات والعوائق التي تقف سدا في وجه عقود التجارة الدولية من أجل تنفيذها، وباعتبار التحكيم القضاء الأول والأصل في تسوية نزاعات التجارة الدولية، فسلطة المحكم دور أساسي في التدخل في هذه العقود من أجل الحفاظ على توازنها الإقتصادي، وهذا بالتأكيد يشجع التجارة الدولية والإستثمار الأجنبي من خلال ما يضيفه تدخل المحكم من ضمانات بالنسبة للمستثمر الأجنبي أو للدولة المضيفة للإستثمار.

فيساهم المحكم في تحقيق التوازن الإقتصادي لعقود التجارة الدولية من خلال سلطته في مواجهة تغير الظروف والمنازعات المثارة بهذا الصدد، وأيضا سلطته في تسوية المنازعات الناتجة عن الإجراءات الفردية المتخذة من قبل الدولة المضيفة للإستثمار الأجنبي الفرع الأول.

ولا ينتهي دور المحكم وسلطته إزاء عقد التجارة الدولية، فيمتد سلطته إزاء حكم التحكيم من خلال دوره في تصحيح حكم التحكيم أو تفسيره، أو أن تصدر أحكام إضافية فيما تم إغفال الفصل عنه الفرع الثاني.

الفرع الأول: سلطة المحكم إزاء عقد التجارة الدولي

تعتبر عقود التجارة الدولية من العقود المعقدة نظرا لطبيعتها بإعتبارها عقود يتم التعاقد فيها بين أشخاص ينتمون لجنسيات مختلفة، وأيضا لضخامة هذه العقود، وإنعدام التكافؤ والتفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية لأطراف العقد، ولاحتوائها على بنود وشروط تعاقدية توصف بغير المألوفة، كما يتم التنفيذ على مستوى نطاقها في أكثر من دولة، وأيضا بإعتبارها عقود طويلة المدى لطول الفترة الزمنية بين إبرام هذه العقود وتنفيذها، فتتأثر هذه العقود بما يحيطها من ظروف أو عوارض نتيجة حوادث تؤثر على تنفيذ العقد، فيثار بصدد هذا العقد إشكالات

(1) تنازع في تعريف عقود التجارة الدولية ثلاث مذاهب، فبين من يأخذ بالمعيار القانوني في تحديد المقصود بهذه العقود الذي يستوجب أن يكون العقد متصل بأكثر من نظام قانوني، فتكون أحد العناصر المكونة للعقد أجنبية، كأجنبية مكان إبرام العقد، أو الدولة التي ينتمي إليها أحد أطراف العقد، أما الفريق الثاني الذي تبني المعيار الإقتصادي في تحديد المقصود بالعقد الدولي بأنه الذي يمس مصالح التجارة الدولية، أو العقد الذي يترتب عنه إنتقال البضائع من حدود دولة إلى حدود دولة أخرى مقابل ثمن معين، أما الفريق الثالث الذي جمع بين المعيارين السابقين، فحسب هذا المذهب يكون العقد دوليا إذا تحقق وجود عنصر أجنبي في العلاقة العقدية، وتعلق الأمر الذي على أساسه قامت هذه العلاقة بمصالح التجارة الدولية، فيبرز في هذا التعريف كل من المعيارين القانوني والإقتصادي. أنظر: أمين دربة، مناظرات عقود التجارة الدولية، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان- الجزائر، 2018، ص 13-22.

وصعوبات متعددة، فيبرز دور المحكم من خلال تدخله لتكملة العقد وتعديله ووقف أو إنهاء العلاقة التعاقدية، وأيضاً من خلال دوره الواسع في معالجة تغير الظروف المحيطة بعقد التجارة الدولي.

وإذا كان الأصل يحظر على المحكم التدخل بتعديل عقود التجارة الدولية لإعادة التوازن العقدي على أساس القوة الملزمة للعقد وإحترام قدسية العقد التي تحضر المساس بالعقد وهذا ما عبرت عنه المادة 106 ق م ج بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فنص على أنه: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون"، فتكون وفقاً لذلك سلطة المحكم محدودة ومقيدة بما تقرره إرادة الأطراف، غير أنه في ظل ما تتميز به عقود التجارة الدولية من طبيعة خاصة وما أضحت عليه هذا النوع من العقود عرضة للتأثر بتغير الظروف المحيطة به⁽¹⁾، كرس هذا الوضع تدخل المحكم في تكملة العقد، وتوسيع سلطاته لإعادة التوازن العقدي ومعالجة تغير الظروف المحيطة بالعقد الدولي.

ويمكن رد السلطات العامة الواسعة والدور المهم الذي يقوم به المحكم في سبيل تسوية المنازعات التي تثور بشأن عقود التجارة الدولية من خلال خضوع عقد التجارة الدولي إلى مبدأ الحرية التعاقدية التي تحول المتعاقدين الحرية المطلقة بتنظيم إتفاقاتهم على النحو الذي يرونه مناسباً، تطبيقاً للنظرية الشخصية التي يعتبر مبدأ سلطان الإرادة أحد الأسس التي تقوم عليها النظرية.

وتتعدد الأسباب التي تدفع الأطراف للجوء إلى التحكيم وتفويض المحكم صلاحيات واسعة لتسوية المنازعات، إلى أسباب عامة بالنظر للمزايا والخصائص التي يتميز بها قضاء التحكيم بما يتلاءم مع طبيعة المنازعات التجارية الدولية من خلال سرعة الفصل في المنازعات، وللسرية التي يوفرها للأطراف المتنازعة، وأيضاً لمرونة هذا القضاء التحكيمي سواء ما تعلق ببساطة إجراءات التحكيم ولدور مبدأ سلطان إرادة الأطراف المحتكمة في الإتفاق على التحكيم وإختيار القواعد الموضوعية والإجرائية المطبقة على النزاع وغيره من المسائل المهمة المتعلقة بتنظيم عملية التحكيم، وباعتبار التحكيم قضاء ذو تكلفة قليلة إذا ما قورن بالقضاء، وأيضاً لحرية الأطراف في إختيار أشخاص يتولون الفصل في النزاع بما يتمتعون به من خبرة وكفاءة عالية سواء في الجانب القانوني أو الفني

(1) تحظى مؤسسة العقد من خلال ما تهدف إليه من حماية لحقوق الأطراف والعمل على إستقرار المعاملات وهذا ما جسده المبادئ الكلاسيكية للعقد والمترسنة عبر حقبات من الزمن من مبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر العمود الفقري للعقد لما يحتويه من حرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين غير قابل للنقض أو التعديل إلا بالإرادة المشتركة لأطراف العقد، إضافة لمبدأ نسبية العقد الذي يعني بأنحسار آثار العقد بين المتعاقدين دون إمتداده للغير، فلا يستفيد ولا يتضرر من التعاقد إلا أطرافه.

غير أنه مع التقلبات الأخيرة التي شهدتها العالم من تحولات إقتصادية وإجتماعية وسياسية وبيئية وصحية والتي مسّت نظرية العقد فالكثير من جوانبها نظير الإضطرابات التي شهدتها حتى أضحت يطلق وصف الجمود على أحكامها وهو ما شكل بروز مصطلح أزمة العقد أواخر القرن 21، كل هذا أفرز ثورة تشريعية مست نظرية العقد، جعل هذه الأخيرة تأخذ تصور ومنظر جديد لمواجهة الإختلال التي مس التوازن العقدي.

والعلمي بما يتفق وطبيعة مناعات التجارة الدولية التي تتميز بالتعقيد تتطلب مهارة وخبرة وكفاءة عالية للإحاطة بالنزاع، كما يمثل التحكيم القضاء الأمثل في حفظ العلاقات التعاقدية بين الأطراف المتنازعة لطول تنفيذ عقود التجارة الدولية وتجنب قطعها بما ينعكس بالسلب على الأطراف.

هذا من جهة ومن جهة أخرى يمكن رد الأسباب التي تجعل الأطراف تلجأ إلى التحكيم باعتباره القضاء الذي يتفق عليه الفرقاء من المتعاملين في التجارة الدولية لما يمنحه من ضمانات قانونية وقضائية وبما يتناسب مع موضوع نزاعاتهم فيحرص الأطراف على اللجوء إلى التحكيم تجنباً للجوء إلى القضاء الوطني باعتباره لا يحوز على ثقة الأجانب من المستثمرين والمتعاملين في ميدان التجارة، وحرص هذا الأخير على عدم تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار⁽¹⁾، وهناك أسباب أخرى تضفي فعالية أكبر على قضاء التحكيم التي جعلت من هذا الأخير هو الأصل في تسوية المنازعات التي تثور بصدد عقود التجارة الدولية، نورد هنا عند التطرق لدور المحكم عند تكملة العقد، وأيضاً لسلطاته الواسعة لإعادة التوازن العقدي ومعالجة تغير الظروف المحيطة بالعقد الدولي، كل هذا نتطرق له فيما يلي بيانه.

أولاً: دور المحكم في تكملة العقد

إن الأصل في عقود التجارة الدولية أن تكون كاملة من حيث الإشتراطات المتعلقة به وتضمنه بالالتزامات والحقوق المنجزة عن هذا العقد، غير أنه وحسب المتعارف أنه لا وجود لعقد مثالي، ففي بعض الأحيان في الوقت التي يتفاوض فيه الأطراف لصياغة شروط العقد وتحديد الالتزامات والحقوق الناتجة عنه، ولما كان الأطراف هي من تتولى القيام بذلك وبفعل نقص خبرتها، فقد يفشلان في توقع مسألة معينة إلا بعد سنوات من التنفيذ، لا يدرجها في العقد لحظة إبرامه، وهذا ما يجعل هذا العقد في فراغ يؤثر في سيرورة المعاملة التجارية، وغالباً ما لا يتفق الأطراف على سد هذا الفراغ، مما يلجأ الأطراف للمحكمين لحل النزاع المتعلق بتكملة العقد، بإعتبار قضاء التحكيم هو الأصل في توجه الأطراف إليه لتسوية المنازعات المثارة بصدد عقود التجارة الدولية⁽²⁾، كإغفال

(1) كنده جمال عبد الستار، المرجع السابق، ص 55.

(2) Joseph Mamounas, Gap Filling in International Arbitration: An Unsettled Territory, ICCA 2014, 2014, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/04/23/icca-2014-gap-filling-in-international-arbitration-an-unsettled-territory/>. Accessed: 10/5/2022/, 10:30.

الأطراف إختيار القانون الواجب التطبيق إستنادا لحرية إختيارهم هذا القانون، مما يجعل العقد في فراغ يتطلب تدخل المحكم لتكملة بتحديد القانون الواجب التطبيق حال حصول نزاع يتطلب اللجوء للقانون للفصل فيه⁽¹⁾.

وكان موضوع دور التحكيم في تكملة عقد التجارة الدولي وسلطة المحكم في ذلك، موضوع نقاش في مؤتمر ICCA 2014، وثار بخصوصه نقاشات مختلفة، لكون المسألة تتعلق بالقانون المقارن، فكل محكم وكل هيئة تحكيم لها طريقته الخاصة في تكملة العقد، كما أنه ما يمكن إعتبره صحيحا في جهة معينة قد يعتبر غير ذلك في جهة أخرى، فتلاقي طريقة تكملة العقد من طرف التحكيم صعوبة في الإتفاق بشأنها⁽²⁾.

ويتدخل المحكم بفعل سلطته إلى تكملة العقد وإضافة أحكام لا تستند إلى نصوص العقد وسد الثغرات التي كان العقد يحتويها، فتقوم سلطة المحكم بتكملة العقد فيما تم إغفاله من تنظيم لبعض الأمور إستنادا إلى مصادر خارجية عن العقد ذاته وتفرضها طبيعة العقد سواء بإعماله لطبيعة المعاملة موضوع العقد ليقوم بتحديد الإلتزام الناقص الذي لم يتعرض له المتعاقدان، ويكون المحكم مقيد بتدخله في تكملة العقد بسد الفراغ الثانوي دون أن يمس بالعقد أو أن يقوم بتكملة إتفاقات الأساسية للعقد إلا إذا خوله الأطراف القيام بذلك⁽³⁾.

وتشتمل سلطة المحكم في تكملة العقد سواء ما أغفل عنه الأطراف ونشأ نزاع بينهم حول تكملة العقد، فيتدخل المحكم لتسوية هذا النزاع ويتولى تكملة هذا العقد، وقد تكون هذه الفراغات خفية عن المتعاقدين لا تظهر إلا عند تنفيذ العقد، أو أن تكون هذه الفراغات معلومة لدى أطراف العقد ويتركون تكملتها لاحقا⁽⁴⁾.

واختلف الفقه حول مدى سلطة المحكم في تكملة العقد والطريقة التي يتبعها لوضع حد للنزاع القائم حول سد الفراغات الموجودة في العقد، فجانب من الفقه من إقتصر على تدخل المحكم لإكمال العقد إلا بصدد إكمال الفراغ الثانوي، في حين جانب آخر يرى عدم تدخل المحكم إذا كان الفراغ ثانويا لا يمس بصحة العقد⁽⁵⁾، وقد أكد القضاء الأمريكي على وجوب تمكين المحكمين من تكملة العقد في القرار الذي أصدرته المحكمة العليا الأمريكية في النزاع القائم بين Green Tree Financial Corp. v. Bazzle، والنزاع القائم بين Oxford Health Plans LLC v. Sutteras، فتم التأكيد على سلطة المحكم في توضيح العقود الغامضة والتأكيد إذا ما كانت تخضع للتحكيم، وأيضا ما تعلق بقضية سويسرية إتفق الطرفان على مكان إحالة التحكيم فيها إلى جنيف، لكن

(1) ليلي كراش، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر 01، 2003، ص198.

(2) Joseph Mamounas, ibid. Accessed: 10/5/2022/, 11:00.

(3) محمد جارد، المرجع السابق، ص194. وأيضا: وليد صالح أحمد عبد الرب، المرجع السابق، ص392.

(4) محمد جارد، المرجع السابق، ص195.

(5) وليد صالح أحمد عبد الرب، المرجع السابق، ص392.

العقد لا يشير صراحة إلى جنيف كمكان لإجراء التحكيم، وقررت المحكمة إلى تحديد جنيف كمكان لإجراء عملية التحكيم، على أساس إلزام الأطراف القيام بما يقضي به حسن النية والثقة المتبادلة بين أطرافه⁽¹⁾. وعليه للمحكم سلطة تقديرية إزاء عقد التجارة الدولي، خاصة فيما تعلق بتكملة العقد مما قد يشوبه من نقائص وفراغات تستدعي تدخله الفعال لوضع حد لهذا الخلاف، فيكون للمحكم الدور الفعال في المساهمة في تحقيق الحماية القضائية لهذا النوع من العقود والحفاظ على ثباتها وتوازنها مما يحقق لها الحماية إتجاه تغير الظروف.

ثانيا: دور المحكم في معالجة تغير الظروف المحيطة بعقد التجارة الدولي

إن تغير الظروف المحيطة بالعقد الدولي وما يتبعه من إشكالات تنفيذ هذا النوع من العقود، من السمات المميزة لهذا النوع من العقود والحالات المألوفة، فتؤدي هذه الظروف إما بجعل تنفيذ هذا العقد الدولي مرهقا وفيه خسارة فادحة ومكلفة أو مستحيلا وغير ممكن قانونا وماديا، وتتنوع وتتعدد هذه الظروف من سياسية وإقتصادية وصحية وبيئية وتكنولوجية... إلخ، فمثلا تتمثل الظروف الإقتصادية في الإرتفاع المفاجئ لأسعار المواد الأولية، أو إختيار في العملات وقيمة سعر الصرف أو تبني مخطط إقتصادي يؤثر على مستوى تنفيذ الدولة لعقودها على المستوى الدولي، أما الظروف السياسية فهي متعددة كالحروب والانقلابات العسكرية، وقطع العلاقات بين الدول... إلخ، والظروف الصحية كالأوبئة والأمراض مثلما فرضته جائحة كورونا مؤخرا وإجتياح هذا الفيروس العالم كله⁽²⁾.

فإذا كان الأصل أنه ينبغي على الأطراف التعامل مع الظروف التي على إثرها تم إبرام العقد أن تبقى على حالها طيلة مدة التنفيذ، إلا أنه قد تتغير هذه الظروف مما يؤثر ذلك على العقد وعلى أطرافه كإختلال التوازن العقدي جراء حدوث ظرف طارئ أو قوة قاهرة فتحدث تغييرات في العقد تصل لإختياره يجعل من الصعب أو من المستحيل تنفيذ العقد، وهذا ما يهدد إستمرار العلاقة العقدية، لذلك يكون لجوء الأطراف إلى التحكيم في المراحل الأخيرة التي يكون فيها أطراف العلاقة قد وصلا إلى حتمية إنهاء العقد، مما يجعل هيئة التحكيم أمام حتمية الحفاظ على العقد.

⁽¹⁾ Joseph Mamounas, op cit. Accessed: 10/5/2022/, 11:00.

⁽²⁾ نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، مذكرة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة، جامعة عين الشمس كلية الحقوق، مصر، 2003، ص298.

إن هذه المسألة تثير العديد من الصعوبات والإشكالات المتعلقة بالحفاظ على إستمرار هذا النوع من العلاقات وتحقيق التوازن العقدي داخلها، ومن هنا يظهر دور التحكيم كقضاء خاص يعنى بتسوية ما يثور من نزاعات بشأن عقود التجارة الدولية عبر سببين رئيسيين:

يتمثل السبب الأول بإعتبار التحكيم أضحي هو الأصل والقضاء الأول في تسوية مثل هكذا نزاعات فلا يكاد يخلو عقد لا يتضمن إتفاق التحكيم لتسوية النزاع الذي قد ينشأ مستقبلا أو المنازعات الناشئة بالفعل، لذا تتدخل إرادة المحكم في معالجة ما قد ينشأ عن هذا النوع من العقود من نزاعات تتعلق بتغير الظروف المحيطة به، فيلعب المحكم دور مهم في حله وتسويتها، من تكملة العقد وتعديله ووقف وإنهاء العلاقة التعاقدية، وأيضا لدوره الواسع في تكييف وتفسير العقد الدولي.

والسبب الثاني من خلال المعالجة القاصرة لكل من القضاء والقوانين الوطنية ولا يتلاءم ذلك والمنازعات التي تثور بصدد عقود التجارة الدولية وعجزها عن إدراك ومسايرة التطورات على مستوى التجارة الدولية، فأثبت الواقع العملي قصور كل من نظرية القوة القاهرة وأحكام نظرية الظروف الطارئة عن معالجة تغير الظروف واختلال التوازن الإقتصادي لعقود التجارة الدولية، وعدم إستوعابها لتطور التجارة الدولية في الجانب التكنولوجي والإقتصادي، وحلولها التقليدية التي تكون ضمن القواعد العامة التي تتضمنها سواء بإعفاء المدين من تنفيذ إلتزامه نتيجة الإستحالة الناتجة عن القوة القاهرة، أو معالجة حالة الإرهاق في التنفيذ الناتج عن الظروف الطارئة⁽¹⁾.

وكانت غرفة التجارة الدولية بباريس قد أنشأت لجنة دائمة لتنظيم العلاقات التعاقدية ووضعت بهذا الخصوص شرطا نموذجيا يسمح بتدخلها عند اللزوم، وجاء نص هذا الشرط على النحو التالي: "أنه في حالة ما إذا أصبح الأطراف غير قادرين على الإتفاق على تنفيذ كل شروط العقد أو بعضها المتعلقة بالصعوبات أو المراجعة أو إعادة فتح موضوع العقد أو الشروط الدقيقة فيه يعين شخص ثالث بواسطة اللجنة وبناء على طلب الطرفين لإصدار توصية أو للقيام بعمل قرار نهائي وليس حكما يلزم كلا من الطرفين ويصبح شرطا من شروط عقدهم وذلك طبقا لقواعد وضعتها الغرفة"⁽²⁾.

(1) تعرف الظروف الطارئة بوقوع ظروف وحوادث عامة وغير متوقعة الحصول عند إبرام العقد خارجة على إرادة طرفي العقد تطرأ بعد إبرامه تحول دون تنفيذه، تجعل تنفيذ إلتزام أحد المتعاقدين مرهقا مهددا إياه بخسارة فادحة، ونشأت هذه النظرية بما تقتضيه ضرورة العدالة وتحقيق التوازن في الإلتزامات، ونص المشرع الجزائري على هذه النظرية بموجب المادة 107 3: "غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي، وإن لم تصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، أن يعدل العقد وذلك برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول مع مراعاة الظروف المحيطة ومصلحة الطرفين". أنظر: علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 98.

(2) أنظر: محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الجزء الرابع، 1998، ص 203-204.

وإنشئ دور المحكم في ظل الدور الذي يمكن له أن يلعبه وسلطته في معالجة أثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية، من خلال تكريس المفاهيم الجديدة التي فرضها واقع عقود التجارة، خصوصا مع ما أثبتته الواقع من عدم فعالية القواعد والنظم التشريعية الوطنية في معالجة أثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية، سواء ما تعلق بأحكام نظرية القوة القاهرة أو أحكام نظرية الظروف الطارئة وشروطهما التقليدية التي لم تعد مسيطرة للظروف المتغيرة الحديثة خصوصا مع ما فرضته جائحة كورونا، وإعطاء سلطة للقضاء في حدود المنصوص عنه قانونا كنظرية الظروف الطارئة التي تعتبر أحكامها من قبيل النظام العام الذي لا يمكن للأطراف الإتفاق على خلافها، وأيضا لما لإرادة الأطراف من سلطة لمواجهة تغير الظروف على العقد الذي أبرمها مثل القوة القاهرة الذي يتجه الأطراف إلى إنجائه بالرغم من وجود حلول تساعد على الإبقاء على العقد، وهذا ما لا يتماشى مع واقع عقود التجارة الدولية، من هنا تظهر أهمية التحكيم ودور المحكم من خلال سلطته في معالجة هذه العقود وإختلال التوازن فيها، سواء بمراجعته للعقد أو إعادة التفاوض بشأنه، ومن هذا المنطلق تشهد أغلب عقود التجارة الدولية تضمينها بشرط اللجوء إلى التحكيم خصوصا في المنازعات المتعلقة بتغير الظروف وإختلال توازنها العقدي، سواء ما تعلق بالقوة القاهرة أو الظروف الطارئة⁽¹⁾.

1- سلطة المحكم في مواجهة القوة القاهرة في عقد التجارة الدولي:

باعتبار عقود التجارة الدولية عقود طويلة المدى، فيجعلها عرضة لحوادث فجائية تؤدي إلى إختلال توازنها العقدي، لذلك غالبا ما تدرج الأطراف شرط القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية، عبر إستشراف المستقبل وتوقع المخاطر التي تعترض هذه العقود عند التنفيذ، سواء بتحديدهم للمقصود بالقوة القاهرة⁽²⁾ في العقد الذي يحكم العلاقة بين أطرافه، أو أن يتم إدراج أمثلة لحالات تعتبر من قبيل القوة القاهرة، أو عبر إحالة الأطراف

(1) عبد الكريم موكه، أثر تغير الظروف الإقتصادية على إستقرار عقود التجارة الدولية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 05، العدد 02، 2018، ص 403. ومن التعريف تنضج شروط الحادث الطارئ، أن يكون هذا الحادث عاما إستثنائيا غير متوقع الحدوث، كما يعتبر أهم شرط لتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة أن يؤدي هذا الحادث بالشروط السابق ذكرها أن يصبح تنفيذ المدين لإلتزامه مرهقا لا مستحيلا، فتجعله يتحمل خسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف، وهنا يكمل الإختلاف بين الطرف الطارئ والقوة القاهرة، فإذا كانا يتشابهان في نفس الشروط السابقة الذكر، إلا أن الإختلاف الجوهرى بينهما في الأثر المترتب، فإذا كان التنفيذ يصبح مرهقا للمدين في الطرف الطارئ، فإنه يصبح مستحيلا حال حدوث القوة القاهرة للحد الذي ينقضي معه الإلتزام وينفسخ العقد. (2) تعرف القوة القاهرة بأنها كل حادث لا يد للمدين فيه ولا يمكن توقعه ويستحيل دفعه يترتب عنها أن يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا، فتعتبر بذلك أحد الأسباب التي تعفي من المسؤولية. أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، ج 9، ص 191.

وقد أشار إلى مفهوم القوة القاهرة المادة 127 ق م ج واعتبرته حادث مفاجئ يؤدي إلى حصول ضرر لأحد الأطراف كان نتيجة سبب لا يد للمدين في حدوثها، فلا يكون هذا الأخير ملزم بتعويض الطرف المتضرر. وأيضا في المادة 121 ق م ج التي نصّت: "في العقود الملزمة لجانبين إذا انقضى الإلتزام بسبب إستحالة تنفيذه، إنقضت معه الإلتزامات الناقبة وينفسخ العقد بحكم القانون". لتفاصيل أكثر أنظر: أنظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 107.

لقانون معين عبر القواعد القانونية والإجرائية واجبة التطبيق التي تلتزم هيئة التحكيم بتطبيقها⁽¹⁾، سواء المحددة من الأطراف أو التي تحددها هيئة التحكيم وفق لسلطة ملائمة القانون للنزاع، وإن كان من الصعب التحديد الدقيق لهذه الحوادث الفجائية وحصر هذه المخاطر الغير متوقعة الحدوث⁽²⁾.

وتكمن أهمية دور هيئة التحكيم في حال تفويض الأطراف لهيئة التحكيم سلطة واسعة لمواجهة تغير الظروف وإعادة التوازن العقدي لعقود التجارة الدولية، ولأن الأصل أن تحكم هيئة التحكيم بما إتفق عليه الأطراف، ولما كان الغالب أن لجوء الأطراف إلى التحكيم دليل على إتجاه نية الأطراف إلى التعاون لتجاوز العقبات التي تعيق تنفيذ هذا النوع من العقود، للأهمية التي تحتلها عقود التجارة الدولية في تحقيق التنمية والتطور الإقتصادي وتعزيز التعاون والعلاقات التجارية، فتسعى الأطراف على المحافظة على علاقاتهم التجارية على النحو الذي يؤديه إلى مواصلة التعاون التجاري والرفع من مستوى النشاط التجاري، وتمسك الأطراف بتنفيذ عقود التجارة الدولية وإنقاذها من الفسخ وإنفاذها والحفاظ عليها والعمل على مواجهة مختلف الظروف والمتغيرات التي تؤثر على هذه العقود، خصوصا في ظل أهمية إستمرار تنفيذ هذه العقود لكلا أطراف العقد، سواء المستثمر الأجنبي الذي يسعى للحصول على الثروات الطبيعية والإقتصادية وما يجنيه من أرباح نتيجة إستثماره ومشارعه الضخمة من نقل رؤوس أموال ضخمة وتوريدها للتكنولوجيا للدولة المضيفة للإستثمار، في مقابل ذلك تنتفع هذه الدول المضيفة مما يورد إليها من تكنولوجيا وخبرات فنية، والحاجة للرأس المال الأجنبي⁽³⁾، لذلك تمنح الأطراف المتنازعة سلطة واسعة لهيئة التحكيم في إتخاذ ما تراه مناسبا بشأن تسوية المنازعات الناشئة عن تغير الظروف واختلال التوازن العقدي لهذا النوع من العقود، لما فيه من إستقرار للمعاملات وإحترام توقعات الأطراف.

ويبرز دور هيئة التحكيم في تبني المفهوم الواسع للقوة القاهرة التي يترتب أثر هام يتمثل في وقف آثار هذا العقد لفترة زمنية معينة ليزول معها الظرف الذي تسبب في القوة القاهرة وذلك حفاظا على العقد وإبقاءه لحين أن

(1) يعتبر شرط القوة القاهرة من الشروط المعروفة التي غالبا ما يدرجها الأطراف في عقودهم نظرا لفعاليتها في مواجهة الحوادث والظروف المتغير التي تؤثر على تنفيذ هذه العقود، وأبرز الأمثلة في ذلك العقد المبرم بين الشركة الوطنية للبترول وشركة Sun oil الأمريكية التي أدرج فيها الأطراف شرط القوة القاهرة في المادة 22 التي نصّت على أنه: "يعنى الطرف المتعاقد عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه إذا كان ذلك مرجعه القوة القاهرة، تشمل القوة القاهرة على سبيل المثال الحرب والإنقلابات والثورات وكل الظروف غير المتوقعة والتصرفات التي تخرج عن سيطر الطرف المتعاقد". أنظر: كنده جمال عبد الستار، المرجع السابق، ص32.

كما تضمن نموذج إتفاقية الإستكشاف والإنتاج الصادر عن مجلس الوزراء اللبناني في المادة 29 يحمل تحديد شرط القوة القاهرة وجاء في البند الأول من المادة: "القوة القاهرة: 1- يتم الإعفاء من عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي لأي موجب وفقا لهذه الإتفاقية أو من التأخير الكلي أو الجزئي في التنفيذ، سواء من قبل الدولة أو صاحب الحق، وذلك في الحال وبالقدر الذي يكون فيه عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ سببه ظرف قوة القاهرة، يستثنى من هذا الإعفاء موجب إجراء المدفوعات بموجب هذه الإتفاقية".

(2) علاء التميمي عبده، دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الإقتصادي لعقود الإستثمار، مجلة الشريعة والقانون- كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث والستون، السنة التاسعة والعشرون، 2015، ص405.

(3) علاء التميمي عبده، المرجع السابق، ص404.

يستعيد العقد حيويته وسريانه من جديد، والمقصود بوقف تنفيذ العقد هو توقف تنفيذ الإلتزامات الرئيسية المترتبة عن العقد، فضلا على أنه يبرئ الأطراف من المسؤولية التي يفرضها العقد وتلك الناجمة عن عدم تنفيذ الأطراف للإلتزاماتهم خلال فترة توقف تنفيذ العقد، كما لا يمكن لأي طرف أن يجبر الطرف المتعاقد معه على التنفيذ العيني للإلتزامه، ويكون هذا التوقف محصورا بفترة سريان القوة القاهرة أو الظرف الطارئ، وبزوال هذا الظرف يعود العقد للسريان من جديد ونفاذه في مواجهة أطرافه، دون أن يشمل توقف العقد نهائيا أو أن يؤدي للمساس بوجود العقد، كل ما في الأمر أن نفاذ العقد يجمد مع بقاءه منتجا لكل آثاره طيلة فترة توقفه، ولأهمية هذا الأثر المترتب عن أعمال شرط إعادة التفاوض ووقوع القوة القاهرة⁽¹⁾، تبنت العديد من الإتفاقيات التجارة الدولية نظام وقف تنفيذ العقد، وأبرز هذه الإتفاقيات، إتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فيينا 1980 التي نصّت في المادة 79 (3): "يحدث الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال الفترة التي يبقى فيها العائق قائما"، نفس الأمر بالنسبة للشرط النموذجي الذي أدرجته غرفة التجارة الدولية بباريس والذي ينص: "وعلاوة على ذلك فإنه أي السبب المنصوص عليه في الفقرة السادسة يوقف مدة التنفيذ أثناء مدة معقولة، مستبعدا بذلك في نفس الوقت حق الطرف الآخر في أن يلغي أو يفسخ العقد".

وإذا كانت سلطة المحكم بالقانون عند تدخله في إعادة التوازن العقدي للعقد الدولي، مقيدة بالقواعد القانونية التي تختارها الأطراف، بإعتبار الأصل تطبيق المحكم للقانون الذي إختارته إرادة الأطراف طبقا لمبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري، فيستمد المحكم سلطته ليفصل في النزاع من هذا القانون الواجب التطبيق أو ما يطلق عليه بقانون الإرادة، ويمكن للأطراف أن تترك مهمة تحديد القانون لهيئة المحكم أو في حالة عدم تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق على النزاع، فتكون للمحكم سلطة واسعة في أعمال القواعد القانونية التي على أساسها يفصل في النزاع بما يعيد للعقد توازنه، سواء بإستخلاصه من الإرادة الضمنية لأطراف النزاع للقانون الواجب التطبيق، أو بإستعانته بقانون التجارة الدولي وما يتضمنه من تطبيق الأعراف والعادات الدولية وقواعد العدالة والإنصاف والمبادئ العامة للقانون، فهذه السلطة التقديرية للمحكم تمكنه من إختيار القواعد القانونية والموضوعية المناسبة والملاءمة لتسوية النزاع والأكثر إرتباطا بموضوع النزاع التي تخدم مصلحة العقد التجاري الدولي وبما يطمح إليه الأطراف من وراء لجوءهم للتحكيم وتفويض هيئة التحكيم حل النزاع⁽²⁾.

(1) فاطمة عاشور، معالجة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، دفاثر البحوث العلمية، المجلد 1 العدد 1، 2013، ص 71.

(2) محمد الخماسة وتوفيق المجالي، سلطة المحكم في إعادة التوازن العقد في العقود التجارية الدولية، المجلة الدولية في العلوم القانونية والمعلوماتية، المجلد 1، العدد 1، 2018، ص ص 182-185.

على نقيض المحكم بالقانون، فإن المحكم بالصلح يمتلك سلطة إستثنائية واسعة عن تلك السلطة المخولة للمحكم بالقانون، بإعتبار التحكيم بالصلح الوسيلة المثلى والأقرب لتوقعات الأطراف المشروعة والحفاظ على مصالحهم المشروعة وعدم الإضرار بأي طرف في العلاقة التعاقدية، كما يؤدي اللجوء إلى هذا النوع من التحكيم لإمتلاك المحكم سلطة تقديرية واسعة في فهم طبيعة النزاع وإختيار القواعد القانونية المناسبة والملاءمة لموضوع النزاع وتولييه سلطة واسعة في تفسير وتعديله للشروط العقدية أو التخفيف من حدة النتائج المترتبة عن التطبيق الصارم لها بما يضمن له معالجة الشروط التعسفية أو المخلة بالتوازن، فيتمتع بسلطة الحد من آثار الشروط التعاقدية المجحفة والمبالغة لأحد الأطراف أو لكلاهما⁽¹⁾، ليصل المحكم إلى تحقيق العدالة بالنسبة لأطراف النزاع، لذلك يغلب على تسوية نزاعات التجارة الدولية التحكيم مع التفويض بالصلح الذي يتم باللجوء إلى تطبيق قواعد قانون التجار الدولي وما يتشكل منه من مبادئ عامة للقانون والعادات والأعراف التجارية وقواعد العدالة والإنصاف، كما يضفي مرونة في إختيار القانون المطبق على النزاع بما يكون أصح وأكثر ملاءمة لتسوية النزاع.

وما يضفي فعالية على دور المحكم بالصلح هو النص وتبني هذا النوع من التحكيم سواء من طرف التشريعات الوطنية أو الإتفاقيات الدولية والأعمال التجارية الدولية، والأساس الذي يستند عليه المحكم بالصلح وصلاحيته في تدخله في العقد الدولي لإعادة التوازن العقدي له ومواجهة الإختلال الذي تعرض له نتيجة تغير الظروف إلى الإرادة التعاقدية⁽²⁾.

وإن ثار خلاف فقهي بين مؤيد ومعارض لمنح المحكم المفوض بالصلح سلطة تعديل العقد وما تتضمنه من شروط تعاقدية، إلا أنه في ظل التوجهات الحديثة أضحى التحكيم بالصلح وسيلة أساسية يلجأ إليها الأطراف لإعادة التوازن الإقتصادي للعقد التجاري الدولي من خلال السلطة والصلاحيات الواسعة للمحكم في تطوير العقد بإعادة النظر في أحكامه وتعديله، وأكد على هذه السلطة والدور الذي يتمتع به المحكم بالصلح العديد من الأحكام القضائية والتحكيمية⁽³⁾، فقط تبقى سلطة المحكم مقيدة بوجوب وجود بند يجيز له هذا التدخل، كما لا

(1) ميثاق طالب عبد حمادي ونهى خالد عيسى الموسوي، المرجع السابق، ص1115.

(2) المرجع السابق، ص1119.

(3) من أبرز هذه القضايا القرار الصادر عن محكمة الإستئناف بباريس في 10/03/1981، وأكدت أن الحكم الصادر بتحميل طرفي العقد بالتساوي مبلغ الفائدة المقررة للبنك، بالرغم من أنه وفق لما هو مقرر في شروط العقد يقع تسديد المبلغ على عاتق أحد الأطراف فقط، وهذا ما يعد تطبيقاً سليماً للقانون تأسيساً على استخدام هيئة التحكيم لسلطتهم كمفوضين بالصلح، حكم منشور في مجلة التحكيم Rev.Arb لعام 1982، ص214. وفي قرار آخر صادر في 12 مارس 1985، أيدت نفس المحكمة حكم التحكيم الذي إستبعد بعض الشروط العقدية على أساس دور وسلطة المحكم المفوض بالصلح للقيام بذلك فنصت "له المكنة في إستبعاد التطبيق الصارم، ليس قواعد القانون فقط، بل له أيضاً سلطة تعديل الشروط العقدية والتلطيف من حدة نتائجها لإعتبارات العدالة"، حكم منشور في مجلة التحكيم Rev.Arb لعام 1985، ص299. ومن القضايا التحكيمية المعروفة بقضية Quintette التي صدر قرار تحكيمي عنها في 28/05/1991، تولت هيئة التحكيم تعديل العقد وتطويع أحكامه لمواجهة حالة التغير في الظروف، وذلك بالإستناد إلى المادة 9 من العقد المبرم، فقامت هيئة التحكيم بمراجعة العقد وإعادة

يمكن أن يمتد دوره في تعديله للعقد إلى خلق عقد جديد، أو أن يؤدي تعديله للإلتزامات أو إستعادة توازن العقد إلى الإضرار بأحد الأطراف⁽¹⁾، وهذا ما إعتبره الأستاذ LOQUIN أن مراجعة العقد وتعديل أحكامه وشروطه لا يفهم منه المساس بأساسه أو إقتصادياته بل النقيض من ذلك، فإعادة التوازن العقدي لا يتم إلا عبر الإرادة العقدية للأطراف، كما أن إعادة التوازن الإقتصادي للعقد وإعادة الفعالية له من جديد يستلزم مطابقتها لإرادة الأطراف المشتركة، وما يضيفي فعالية على دور المحكم هو تقيده بإدعاءات الخصوم وطلباتهم وضرورة تسبب المحكم تسببا كافيا، لذلك يقع على المحكم دور مهم وواسع في تجاوز المشاكل الناشئة عن تغير الظروف وإختلال التوازن الإقتصادي للعقد وتدخله بإجراء التعديلات اللازمة لإعادة التوازن الإقتصادي إلى العقد والحفاظ على هذا النوع من العقود من وقت إبرامها إلى غاية تحقق المبتغى من وراء ذلك بتنفيذها، وهذا ما يتوافق مع ما تسعى إليه الأطراف إلى تحقيقه في علاقاتهم التجارية الدولية، وعبر الفقيه LOQUIN من خلال تطرقه لدور المحكم بالصلح في تحقيق وإعادة التوازن الإقتصادي للعقد بأن جوهر العملية التحكيمية التي يقوم بها المحكم بالصلح تتمثل في مراجعة العقد وتعديله في حال تغير الظروف وإختلال التوازن الإقتصادي للعقد⁽²⁾.

كما قد تستعين الأطراف المتعاقدة بسلطة المحكم عبر لجوءها إلى التحكيم إلى وضع بند التفاوض لمعالجة ما تثيره القوة القاهرة من نتائج خطيرة تصل إلى إستحالة التنفيذ والذي يؤدي معه إنهاء العلاقة العقدية وفسخ العقد وإنتفاء المسؤولية العقدية للمدين، والوصول لإتفاق يعيد للعقد توازنه ويضمن تنفيذه⁽³⁾، وأيضا باعتبار أن المنازعات الناتجة عن القوة القاهرة وحتى الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية يغلب عليها الطابع الفني والتقني فيفترض لتسوية هذه المنازعات أن تكون هيئة التحكيم على إلمام بالأمور الفنية والتقنية وأيضا على قدر من الخبرة والكفاءة اللازمين لتسوية مثل هكذا نزاعات التي تتصف بالتعقيد، للوصول إلى معالجة توفيقية من جراء

تحديد الأسعار الواجب سدادها في الفترة ما بين 1987-1991، طبقا لترتيب تنازلي نظير الإنخفاض العام لأسعار الفحم، وجاء دور هيئة التحكيم القيام بهذه المهام بعد فشل الأطراف في التوصل إلى حل مناسب لمشكلة التغير في الظروف وإختلال التوازن الناتج عن زيادة الإنتاج العالمي للفحم الذي أدى لإنخفاض كبير لأسعاره، قرار منشور في مجلة التحكيم Rev.Arb لعام 1991، ص 611 وما بعدها.

أشار إلى هذه القرارات: ميثاق طالب عبد حمادي ونهى خالد عيسى الموسوي، المرجع السابق، ص 1118.

(1) ميثاق طالب عب حمادي ونهى خالد عيسى الموسوي، المرجع السابق، ص 1118.

(2) المرجع السابق، ص 1128.

(3) تضمن نموذج إتفاقية الإستكشاف والإنتاج الصادر برسم عن مجلس الوزراء اللبناني في المادة 29 منه التي حددت مفهوم القوة القاهرة والآثار المترتبة عنها، وما يندرج القوة القاهرة من أعمال والإجراءات المتوجب القيام بها لمواجهة نتائج القوة القاهرة، ونصّت على وجوب مراجعة العقد بعد إجتماع الأطراف والتفاوض بشأن ذلك، وهذا ما نصّت عنه في المادة 29 من البند الخامس: "عندما تستمر حالة ظرف القوة القاهرة أكثر من 15 يوما متتاليا يتوجب على الأطراف الإجتماع فوراً من أجل مراجعة هذه الحالة والإتفاق على التدابير الواجب إتخاذها من أجل إزالة أسباب ظرف القوة القاهرة وإستئناف تنفيذ الموجبات بموجب هذه الإتفاقية بالإستناد إلى أحكام هذه الإتفاقية". راجع: كنده جمال عبد الستار، المرجع السابق، ص 33.

إعادة مناقشة شروط العقد وأحكامه ومعالجة أثر الظروف الطارئة والقوة القاهرة، وإعادة توازن الإلتزامات العقدية بما يلاءم الظروف الجديدة.

ويتم التطرق لمسألة إعادة التفاوض وسلطة المحكم بشأنها لمواجهة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية في النقطة الموالية.

2- سلطة المحكم في مواجهة الظروف الطارئة في عقد التجارة الدولي:

من خلال ما تطرقنا إليه سابقا من دور المحكم في تحقيق التوازن العقدي وتجنب ما يخلفه حدوث القوة القاهرة خاصة إنقضاء العقد، فيساهم في إستمرارية العقد وتنفيذه ومعالجة إختلال توازن العقد، فالدور نفسه يضطلع عليه المحكم عند معالجة آثار الظروف الطارئة، ومعروف عن الظروف الطارئة أنها تؤدي إلى إحداث خلل في تنفيذ الإلتزامات وما يسببه صعوبة وإرهاق في التنفيذ لأحد الأطراف مهددا إياه بخسارة فادحة، يجعل من العدالة تدخل المحكم لإعادة التوازن الإقتصادي للعقد للحد الذي يرفع معه الإرهاق والإختلال في التوازن، ويعتبر من بين الأدوات الفعالة في معالجة آثار الظروف الطارئة وإعادة التوازن لعقد التجارة الدولية إعادة التفاوض بقصد تعديل أحكام العقد جراء وقوع أحداث معينة أثرت في توازن العقد مما أدت لتضرر أحد الأطراف أو كليهما، فيقع هذا التعديل لرفع كل ما يدخل على العقد من تغيرات وظروف تعرقل تنفيذ العقد⁽¹⁾، فيعد بذلك شرط إعادة التفاوض أحد الضمانات العقدية تفرضها الحاجة وواقع عقود التجارة الدولية من خلال مساهمته في إحياء العقد من جديد وإستمرار العلاقة العقدية سواء بإعمال نظرية الظروف الطارئة أو القوة القاهرة⁽²⁾، ونص على هذا الشرط مبادئ اليونيدروا في المادة الثانية منه على وجوب إعادة التفاوض عند وقوع إختلال كبير في أداة العقد، كما نصّت غرفة التجارة الدولية بباريس على إدراجها شرطا نموذجيا فيه دلالة على وجوب إعادة التفاوض عند

(1) يقصد بشرط إعادة التفاوض: هو شرط يدرجه الأطراف في العقد يتفقون فيه على إعادة التفاوض، فيلتزم الأطراف بموجب العقد بإعادة التفاوض عندما تقع أحداث من طبيعة معينة يحددها الأطراف في العقد، وتكون الأحداث مستقلة عن إرادتهم وتوقعاتهم عند إبرام العقد ومن غير الممكن دفعها وتجنب نتائجها لتؤدي إلى إختلال في توازن العقد وتضرر أحد الأطراف بضرر جسيم نتيجة لذلك.

من التعريف يعتبر هذا الشرط إتفاقي يدرجه الأطراف عبر إرادتهم الحرة، فتكون لهم الحرية في تحديد مفهومه وكيفية تطبيقه، وحتى يتم إعمال هذا الشرط وتطبيقه، لا بد من تحقق أحداث معينة سواء كانت وطنية أو دولية، أو متعلقة بالجانب الإقتصادي أو السياسي، يشترط في هذه الأحداث أن تكون خارجة عن إرادة المتعاقدين وأن تكون عامة تشمل طائفة من الناس وإستثنائية غير مألوفة الوقوع لندرة حدوثه، تؤدي إلى إخلال بتوازن العقد، وهناك عناصر أخرى متعلقة بالمدن كعدم توقع الحادث من جانب المدن، وأن يكون الحادث أجنبيا مستقلا عن إرادة المدن، ويتحدد بموجب إعمال الشرط بعد تضمينه للمدة التي يتم من خلالها مراجعة العقد لتحديد مصير العقد أثناء التفاوض وبعده، إما الإستمرار في التنفيذ أو الإعلان بوقف تنفيذ العقد، وكذلك مصير العقد في حال فشل المفاوضات والحل المتبع في نشوب النزاع حول مدى تحقق الشرط. كنده جمال عبد الستار، المرجع السابق، ص 36. وأيضا: فاطمة عاشور، معالجة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، دفاتر البحوث العملية، المجلد 01 العدد 01، 2013، ص 58-69.

(2) عبد الكريم بوخالفة، شرط إعادة التفاوض آلية لإعادة التوازن الإقتصادي في عقود الإستثمار الدولية، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، المجلد 01، العدد 03، 2018، ص 177.

وقوع إختلال كبير لتوازن العقد وما تسببه من إرهاق ينذر أحد الأطراف بخسارة فادحة وجاء فيها: "في حالة وقوع أحداث غير متوقعة من الأطراف تغير بشكل أساسي توازن العقد الحالي وتؤدي إلى وقوع أعباء غير عادلة لأحد الأطراف أثناء تنفيذ إلتزاماته، فيجب أن يصار إلى تعديل بنود العقد".

وتبرز فعالية سلطة هيئة التحكيم بشأن شرط إعادة التفاوض في إعماله وما يترتب عنه من وقف تنفيذ العقد بإيقاف تنفيذ إلتزامات الأطراف، وينبغي التمييز بين وقف التنفيذ عند إعمال شرط إعادة التفاوض وإعمال شرط القوة القاهرة، فيتربط على المرحلة التي تلي وقف تنفيذ العقد حال إعمال شرط القوة القاهرة إذا تبين أن هذه الحالة مؤقتة، إلى تنفيذ العقد بنفس البنود والشروط التي كان يحملها، بينما الحال عند إعمال شرط إعادة التفاوض في مرحلة وقف تنفيذ العقد إعادة التفاوض في العقد لتعديله⁽¹⁾.

كما يتدخل المحكم في معالجة الإشكالات التي يثيرها الصياغة المعيبة والغير الدقيقة له من الأطراف وتحديد المعنى الدقيق الذي يؤدي لإعادة التوازن الإقتصادي لعقود التجارة الدولية، كما يساهم في مواجهة الصعوبات التي يثيرها تطبيق هذا الشرط من عدم وجود مفهوم قانوني موحد للشرط أو ما يكتنف هذا الشرط من غموض أو تعارض مما يبرز دور المحكم في التصدي لهذه الصعوبات⁽²⁾.

ويبرز دور التحكيم في ما يتعلق بمسألة التفاوض من خلال المحافظة على سرية المعلومات، إذ يعتبر من أبرز الخصائص التي يتميز بها قضاء التحكيم هو السرية في تسوية المنازعات، على نقيض القضاء الوطني الذي يكون تسوية النزاع على مستواه يتميز بالعلنية، فيلتزم المحكم بضمان عدم إفشاء الأسرار المهنية للأطراف لما فيه من إضرار كبير للأطراف في حال إفشائها، خصوصا في مجال عقود التجارة الدولية التي يفرض الإلتزام بالحفاظ وعدم كشف الأسرار المهنية، وهذا ما لا يكون إلا عبر اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف خصوصا ما تمثل في مرحلة التفاوض.

بالإضافة لسلطة المحكم في مواجهة الظروف الطارئة والقوة القاهرة في عقد التجارة الدولي وإعادة التوازن العقدي له، يبرز دور المحكم من خلال ما تحمله خصوصية التحكيم في مواجهة الإختلال الإقتصادي لعقود التجارة الدولي في تولي تسوية هذا النوع من المنازعات من هيئة مشكلة من الخبراء الفنيين ذو كفاءة عالية تكون على دراية بموضوع النزاع كما تعطي حلا أكثر دقة، وهذا ما يتلاءم وطبيعة عقود التجارة الدولية التي غالبا ما تكون عقود معقدة من الناحية الفنية تحتاج لكفاءة وخبرة عالية في المجال لتسوية نزاعاتها، وهذا ما لا يكون عليه

(1) فاطمة عاشور، المرجع السابق، ص 77.

(2) عبد الكريم بوخالفة، المرجع السابق، ص 184.

الحال عند تدخل القضاء لتسوية المنازعات المثارة بهذا النوع من العقود، ويرجع فعالية التحكيم أيضا في قدرته على تقديم الحلول الودية أو حتى الحلول الحديثة المواكبة لتسوية المنازعات التي تثار بين أطراف العلاقة، خصوصا ما أظهرته الحياة الحديثة من إنتشار للتجارة بكافة أشكالها وأصنافها والتطور الكبير للعلاقات التجارية سواء على مستوى الدولة الواحدة، أو على مستوى التجارة الدولية التي تتضمن أن يكون أحد الأطراف عنصرا أجنبيا⁽¹⁾.

وما زاد هذا النوع من التحكيم فعالية في تسوية مختلف المنازعات الناشئة عن التجارة الدولية هو الذبوع والإنتشار الواسع للمؤسسات وهيئات التحكيم التي تتولى القيام بذلك، وكذلك للنزاهة والثقة والشفافية التي أضحت تعرف بها خصوصا في الآونة الأخيرة فأعطتها مصداقية في حل وتسوية المنازعات مما يجعل الأطراف أكثر إطمئنانا لقضاء التحكيم.

وتبرز أهمية وفعالية تدخل المحكم ودوره في تعديل العقد أو تكملته وسلطته في إعادة التوازن العقدي لعقود التجارة الدولية خاصة بعد فشل الأطراف في العقد الوصول إلى إتفاق يعيد للعقد توازنه، والرقابة التي يمارسها على مستوى هذه العقود وتجاوز مختلف العقبات والعوائق التي تطرأ على هذه العقود فتحول دون تنفيذه، وأيضا في سلطة المحكم في تنظيم مختلف الشروط التي يدرجها الأطراف داخل العقد لمعالجة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية كشرط إعادة التفاوض والمراجعة وشرط القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة، وأيضا في سلطة المحكم تكييف ومواءمة العقد مع الظروف المتغيرة والمؤثرة في تنفيذه، وأيضا من خلال تطبيقه لفكرة توزيع المخاطر لمواجهة الآثار الناتجة عن القوة القاهرة من إستحالة تنفيذ الالتزام، وإعفاء المدين من إلتزامه مما قد يحمل أحد الأطراف عبء ثقيل يخل بالتوازن الاقتصادي لهذه العقود.

فتبرز أهمية هذا التدخل في تعزيز الحماية للطرف الضعيف، وتمنع أي تعسف من أحد الأطراف في إستعمال حقه في الفسخ مباشرة عند تعثر مدينه، أو أن يظهر هذا الطرف بمظهر سيئ النية بتجاهله لشرط مراجعة العقد أو إعادة التفاوض أو أن يتفاوض بطريقة غير جدية للتخلص من العقد والإضرار بالعقد والطرف الآخر المقابل له في العلاقة العقدية، فيكمن دور المحكم في الإشراف على عملية التفاوض ومتابعة أطواره، وإلزام الأطراف بالإمتثال لشرط إعادة التفاوض وتنفيذه أو الإمتثال لأي شرط يؤدي إعماله لإعادة التوازن للعقد⁽²⁾.

(1) خالد محمد العميرة، المرجع السابق، ص25.

(2) محمد الخميسة وتوفيق المجالي، المرجع السابق، ص176.

3- سلطة المحكم إتجاه الإجراءات الفردية التي تتخذها الدولة المضيفة للإستثمار:

يعتبر التحكيم ضماناً أساسية للتصدي للإجراءات الإنفرادية التي تتخذها الدولة المضيفة للإستثمار والتي من شأنها أن تؤثر على العملية التحكيمية، وهذه الإجراءات متعددة بين قيام الدولة بإحداث تغييرات جوهرية في تشريعها الوطني الذي قد يؤثر في اللجوء إلى التحكيم أو التعديل في القواعد القانونية التي تحكم سير النزاع، كما قد يتمثل تدخل الدولة بإتخاذها لإجراءات انفرادية تمس بالعقد سواء بإبطاله أو فسخه للعقد المتضمن لشرط التحكيم⁽¹⁾.

وهذه الإجراءات والتغييرات التي تبادر الدولة بإتخاذها بشكل إنفرادي على أساس تمتع الدولة بالسلطة والسيادة، له الأثر السلبي الكبير على مناخ الإستثمار وتشجيع التجارة والإستثمار الأجنبيين، حيث يعتبر أحد أبرز العوامل الرئيسية في نفور الأطراف الأجنبية في الإستثمار داخل البلد.

فهذه التصرفات أحادية الجانب التي تضر بإختلال التوازن العقدي يستوجب تدخل المحكم لإعادة التوازن العقدي، ونميز بين هذه الإجراءات الفردية التي تتخذها الدولة بإعتبارها الطرف المضيف للإستثمار في مواجهة المستثمر الأجنبي نوعين بارزين:

النوع الأول: يتمثل في تدخل الدولة بإصدارها لقوانين جديدة وتعديلها لتشريعها الوطني فيؤثر ذلك على مدى سلطتها في اللجوء إلى التحكيم أو الالتزام بإحكامه، أو أن تمس هذه التغييرات بتعديل القواعد القانونية التي تحكم تسوية النزاع، فقد تصدر الدولة قوانين جديدة أثناء تنفيذ عقد التجارة الدولي فتعدل في العقد بما يلحق ضرر بالطرف المتعاقد معه، كأن يؤدي لزيادة الالتزامات الملقة على عاتق المستثمر الأجنبي كزيادة الضرائب دون موافقة الشركات الأجنبي، مما تثير نزاعات بما يؤثر في العلاقة التعاقدية بين الدولة والطرف المستثمر.

النوع الثاني: يتمثل في الإجراءات الإنفرادية التي تقوم بها الدولة والتي تعرض المستثمر الأجنبي لمخاطر نتيجة إستيلاء الدولة المضيفة للإستثمار على أموال وممتلكات المستثمر الأجنبي عبر طرق عدة كنزع الملكية أو التأميم أو المصادر والإستيلاء.

إنطلاقاً مما تطرقنا له في المنازعات التي قد تنشأ نتيجة تغيير الدولة في تشريعها، يسعى المستثمر الأجنبي ولمواجهة خطر مساس الدولة بتشريعها الوطني في علاقتها مع المستثمر الأجنبي المتعاقدة معه، لتضمين عقودهم بند ينص على الثبات التشريعي الذي يهدف إلى منع الأطراف التغيير في تشريعاتها مما يؤثر في القواعد القانونية

(1) محمد جارد، المرجع السابق، ص 267-268.

التي إختارها الأطراف عند إبرامهم للعقد، ويكون للتشريع الجديد أثره على العقد في مرحلة التنفيذ وهذا ما من شأنه يؤدي إلى المساس بالتوازن العقدي والتعسف في حق المستثمر الأجنبي وما يلحق به من أضرار، لذلك يعتبر شرط الثبات التشريعي أداة فعالة لمواجهة مختلف الأخطار الناتجة عن تدخل الدولة عبر مساسها بالتشريع النافذ وقت إبرام العقد وإصدار تشريع جديد يخل بتوقعات الأطراف ويمس بالأمن القانوني للإستثمار⁽¹⁾، فيعتبر التشريع الجديد في حكم المنعقد بالنسبة لعلاقة المستثمر الأجنبي مع الدولة من المرحلة التي تلي إبرام العقد إلى غاية طوال مرحلة التنفيذ، وتأكيدا على فعالية هذه الأداة كرّس المشرع الجزائري شرط الثبات التشريعي داخل المنضومة القانونية بنصه في المادة 13 من قانون 22-18 المتعلق بالإستثمار التي نصّت بأنه: "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلا، على الإستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"⁽²⁾. فكرّس المشرع الجزائري وفق هذه المادة الإستقرار التشريعي، الذي يمنع على الدولة الطرف في العقد أي مساس بقانون الإرادة الذي إتفق عليه الأطراف كقانون واجب التطبيق على النزاع في جانبه الموضوعي أو الإجرائي عند إبرام العقد، سواء بتعديله أو إلغائه.

كما تم إعتداد هذا الشرط في الإتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر، وأبرز هذه الإتفاقيات التي أدرج فيه شرط الثبات التشريعي إتفاقية الإستثمار المبرمة بين الجزائر وشركة أوراسكوم تيليكوم بموجب المادة 6 منها التي نصّت على أنه: "إذا تضمنت القوانين والتنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام إستثمار أفضل من النظام المقرر في هذه الإتفاقية يمكن للشركة أن تستفيد من هذا النظام شريطة إستيفاء الشروط المقررة في هذه التشريعات أو تنظيماتها التطبيقية"⁽³⁾.

كما قد يكون تصرف الدولة المضيفة للإستثمار نتيجة إجراء إنفرادي تقوم به كفسخ أو إنهاء عقد الإستثمار المتضمن لشرط التحكيم، وذلك عبر إجراءات تتخذها الدولة بشكل منفرد كأن تقوم الدولة بتأميم المشروع الإستثماري للطرف الأجنبي المستثمر عن طريق تحويل ملكية خاصة للمستثمر الأجنبي للملكية العامة للدولة المضيفة للإستثمار عبر قرار صادر عن هذه الأخيرة، أو نزع الملكية للمنفعة العامة، أو إستيلاء الدولة المضيفة للإستثمارات على المشروع الإستثماري المملوك للطرف الأجنبي المستثمر، ولا تقوم الدولة بالإقدام على

(1) سهيلة قرطي، منظومة التحكيم ومساهمتها في حل منازعات الإستثمار، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر، 2018، ص 272-274.

(2) القانون رقم 22-18 المؤرخ في 24 يوليو 2022 المتعلق بالإستثمار، ج. ر. عدد 50، الصادرة بتاريخ 28 يوليو 2022.

(3) إتفاقية الإستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية وكالة ترقية الإستثمارات ودعمها ومتابعتها وبين شركة أوراسكوم تيليكوم، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي التنفيذي رقم 01-416 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001، العدد 80، الصادرة بتاريخ: 2001/12/26.

مثل هكذا إجراءات إلا بعد دفع تعويض مناسب نظير الضرر الذي يلحق الطرف المستثمر، من جراء ما تؤديه هذه الإجراءات من حرمان هذا المستثمر من حقوقه وطرده⁽¹⁾، وتبنى المشرع الجزائري هذه الإجراءات السابقة سواء نزع الملكية أو الإستيلاء وإقرار تعويض بشأنها للطرف المتضرر، في المادة 23 من القانون 09-16 المتعلق بترقية الإستثمار (ملغى) بنصّه: "زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الإستثمارات المنجزة موضوع إستيلاء، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول. يترتب على هذا الإستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف".

ويمكن للدولة أن تتدخل عبر إجراء المصادرة التي تحمل نفس مفهوم التأميم إلا أنها تقوم دون تعويض من الدولة على نقيض التأميم ونزع الملكية للمنفعة العامة، الذي لا يقع إلا بعد تعويض مناسب تقدمه الدولة، والسبب في ذلك باعتبار أن الدولة لا تلجأ لإصدار مثل هكذا إجراء إلا كعقوبة تبعية لإحدى الجرائم الجنائية، أو لمخالفتها لأحكام القانون، أو كان إجراء تقتضيه إعتبارات الأمن والصحة والسلامة العامة⁽²⁾.

أمام هذه الإجراءات الخطيرة المهددة لحقوق الأطراف بما يخل بالتوازن العقدي، فالسؤال المطروح مدى عقد إختصاص هيئة التحكيم للنظر في المنازعات الناشئة عن الإجراءات الإنفرادية التي إتخذتها الدولة تحت حجة تمتعها بالسيادة، أم على النقيض يمكن لهيئة التحكيم مراجعة هذه الإجراءات وأن تحكم بإلغائها؟ تبرز أهمية طرح السؤال بإعتبار أن مختلف الإجراءات السابقة الذكر تندرج ضمن الأعمال السيادية للدولة التي تهدف من خلالها لتحقيق النفع العام فلا يكون لهيئة التحكيم أي سلطة في النظر المنازعات المثارة بصدد هذا، فلو كانت هذه الإجراءات التي قامت بها الدولة شرعية، فترفض الدول إختصاص هيئة التحكيم بالنظر في هذه الإجراءات الإنفرادية، بإعتبارها غير قابلة للتحكيم، وأي تدخل من المحكم في النظر في النزاع المرتبط بهذه الإجراءات التي تتخذها الدولة يعتبر تجاوز من هيئة التحكيم لإختصاصها سواء ما تعلق بتقدير مدى شرعية الإجراءات أو الحكم بإلغاء أحد هذه الإجراءات وغيره من المسائل الأخرى، وينحصر عمل المحكم بالنظر في التعويض المناسب الذي يجبر فيه الضرر الحاصل من جراء هذا العمل الإنفرادي المتخذ من قبل الدولة، دون النظر في مشروعية الإجراء الذي إتخذته الدولة أو أن تراجع هذا العمل السيادي الذي أقدمت عليه الدولة أو الحكم بإلغائه⁽³⁾.

(1) سهيلة قرطبي، المرجع السابق، ص 279، 282.

(2) المرجع السابق، ص 285.

(3) سهيلة قرطبي، المرجع السابق، ص 288.

وتكمن صعوبة سلطة هيئة التحكيم في مواجهة الإجراءات الفردية في الاعتراف الدولي بحق الدولة القيام بهذه الإجراءات وإعتبرتأ أحد الوسائل التي على إثرها تمارس الدولة سيادتها على ثرواتها ومواردها الطبيعية، ولا يبق أمام المحكم من دور إلا النظر في التعويض المستحق للطرف المتضرر دون أن يكون له سلطة النظر في الإجراءات الفردية التي تتخذها الدولة المضيفة للإستثمار كتأمين الأموال والممتلكات أو نزع الملكية للمنفعة العامة⁽¹⁾، وهذا ما أيده قضاء التحكيم، كالحكم الصادر في قضية ليامكو Liamco لعام 1977 في النزاع القائم بين الحكومة الليبية والشركة المسماة ليامكو على خلفية قيام الحكومة الليبية بتأمين ممتلكات هذه الشركة المتعاقدة معها بموجب قرارات التأمين الصادرة في عامي 1973 و1974، وتعرض المحكم محمضاني لمسألة التأمين التي لجأت إليه الحكومة الليبية، أبرز المحكم أن من حق الدولة في تأمين الأموال الأجنبية بالكيفية ووفقاً للأشكال التي تراها مناسبة ولها الحرية الكاملة في ذلك، فلا توجد قاعدة تقيد حق الدولة في القيام بهذه الإجراءات سواء في الأحكام القضائية الدولية ولا المعاهدات الدولية، هذا إضافة على تأكيد قرارات أمم المتحدة على الحق السيادي للدول في تأمين ثرواتها الطبيعية، لذلك من حق الدولة تأمين ثرواتها باعتباره حقاً سيادياً ولا يبق أمام الطرف المتضرر جراء هذا الإجراء الانفرادي من جانب الدولة إلا المطالبة بالتعويض في حال فسخ عقود الإمتياز قبل الميعاد المقرر لذلك⁽²⁾.

وأشار حكم التحكيم الصادر في قضية ليامكو لمسألة مهمة متعلقة بعدم وجود أي علاقة بين شرط الثبات التشريعي في حال وجوده على الإجراء الذي تقوم به الدولة لتملك المشروع الأجنبي بإصدارها لتشريع آخر لتأمين هذا المشروع، وهذا كما أشار المحكم بإعتبار التأمين حقاً من الحقوق السيادية للدولة لا يمكن حرمانها منه⁽³⁾.

وفي قضية أخرى معروفة بقضية أمينويل Aminoil⁽⁴⁾ صدر حكم تحكيم بتاريخ 24 مارس 1982 بنفس التوجه الذي صار إليه الحكم الصادر في القضية المعروفة بليامكو فيما يخص الموقف من التأمين وشرط الثبات التشريعي، وأكد المحكم من خلال الحكم الصادر في قضية أمينويل في حق الدولة في إتخاذ إجراءات التأمين وهذا ما لا نقاش عيه، وشرط الثبات التشريعي لا يمكن له أن يلعب دوراً أمام إجراءات التأمين، وذلك بإعتبار أن

(1) المرجع السابق، ص238.

(2) حكم تحكيم ليامكو Liamco الصادر في 12 نيسان 1977، منشور في:

Revue de l'arbitrage, n01, 1980 janvier -mai, pp132-191.

أشار لهذا القرار: كنده جمال عبد الستار، المرجع السابق، ص43.

(3) كنده جمال عبد الستار، المرجع السابق، ص42.

(4) للإطلاع على الحكم راجع:

<https://jusmundi.com/en/document/decision/en-the-american-independent-oil-company-v-the-government-of-the-state-of-kuwait-final-award-wednesday-24th-march-1982>.

شرط الثبات التشريعي الذي أدرجه الأطراف في العقد القصد منه الإجراءات التي يمكن أن تسبب ضررا ماليا جسيما بمصالح الشركة نظرا لإتصافها بطابع المصادرة، أما التأميم فلا يعد من قبيل أعمال المصادرة وإنما يخضع وفقا للقانون الدولي لعدة شروط من بينها دفع التعويض المناسب⁽¹⁾.

وأضحى للمستثمر الأجنبي لتجنب هذه الإجراءات الإنفرادية التي تتخذها الدولة في مواجهة المستثمر الأجنبي، هو النص عند عقد المعاهدات الثنائية بين الدولة المضيفة للإستثمار والمستثمر الأجنبي على النص باشتراط عدم التعرض لرؤس الأموال الأجنبية بالتأميم أو الإستيلاء أو غيره من الإجراءات، فيكون بموجب هذه البنود والشروط الموضوعة في العقد تكرر تدخل هيئة التحكيم وسلطته في رفض مثل هكذا إجراءات تقوم بها الدولة بشكل إنفرادي باعتبارها مخلة بالتزامها التعاقدي وعدم إحترام البنود الموجودة في العقد.

وختاما لما سبق عرضه بشأن سلطة المحكم إزاء عقد التجارة الدولي فقد أظهر الواقع العملي دور إيجابي للمحكم في مواجهة تغير الظروف وما يتبعه من إختلال التوازن العقدي أو إنهاء العقد، في تصديه لهذه الإشكالات عبر وضع حلول تتسم بالمرونة، كما تظهر هذه الفعالية في دور هيئة التحكيم في تطويع هذا النوع من العقود التي إختل فيها توازنها الإقتصادي وفي إعطاء حلولاً مناسبة لمشكلة التغير في الظروف مراعية لمصالح الأطراف المتعاقدة، خاصة في ظل الوسائل المتعددة لهيئة التحكيم للقيام بذلك، سواء بإنقاص الإلتزام المهرق لأحد أطرافه، أو زيادة الإلتزام المقابل، أو أن تجمع بين الإنقاص والزيادة، أو أن تؤخر في تنفيذ العقد إذا ما تبين لها أن الظرف المتغير قابل للإنتهاء⁽²⁾.

ويتقيد دور وسلطة هيئة التحكيم بعدم مخالفة النظام العام والتقييد بتحقيق المصلحة المشتركة لكلا طرفي العلاقة العقدية دون تغليب مصلحة طرف على آخر، كما يقع على المحكم عدم المساس بمضمون العقد أو أن يجاوز السلطات الممنوحة له أو أن يحكم بخلاف ما إتفق عليه الأطراف وإلا سيؤدي ذلك إلى مساسهم بالنظام العام، وهذه الإلتزامات الملقاة على عاتق المحكم تستوي أن يكون المحكم مفوضا للحكم بالصلح أو القانون.

فبذلك يوفر قضاء التحكيم من خلال الدور المسند للمحكم ضمانة هامة في حماية التجارة الدولية والإستثمار الأجنبي من المخاطر المهددة لهما سواء التشريعية أو الاقتصادية أو السياسة، ومن هنا إكتسب قضاء التحكيم مكانة هامة في تسوية المنازعات التجارية الدولية وفي كسب ثقة الأطراف، وبما يضمنه من تحقيق التوازن

(1) كنده جمال عبد الستار، المرجع السابق، ص44.

(2) علاء التميمي عبده، المرجع السابق، ص435.

والتوفيق بين مصالح الأطراف، وما يحققه من استقرار للمراكز القانونية واحترام توقعات الأطراف المشروعة وهذا كله يحقق الأمن القانوني والقضائي التي يعتبران عناصر جوهرية لترقية الإستثمار والتجارة.

الفرع الثاني: سلطة المحكم بعد صدور حكم التحكيم

تنتهي الخصومة التحكيمية ومعها مهمة المحكم في الفصل في النزاع التحكيمي بإصدار حكم التحكيم، فإذا كان للمحكم سلطة وصلاحيات واسعة في تنظيم وتسيير العملية التحكيمية بداية من تشكيل هذه الهيئة التحكيمية إلى غاية إصدار هيئة التحكيم للحكم المنهي للخصومة والذي تنتهي معه ولاية هيئة التحكيم، فالسؤال المطروح هو هل يمتد دور وهيئة التحكيم إلى ما بعد صدور حكم التحكيم؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تجعلنا نميز بين التوجه التقليدي والحديث في التحكيم، فبعدما كان التوجه التقليدي ينص على إستنفاد هيئة التحكيم لولايتها بمجرد صدور حكم التحكيم فيها، فلا يمكن لهيئة التحكيم مراجعة حكمها التحكيمي سواء بتفسير حكمها أو تصحيح ما وقع فيه من أخطاء مادية، أو الفصل فيما أغفلت عنه، فنص المشرع الجزائري في المادة 458 مكرر 16 ق إ م: "إن القرار التحكيمي الذي يفصل في المنازعة ينهي مهمة محكمة التحكيم".

أما التوجه الحديث فقد منح صلاحيات وسلطات أوسع لهيئة التحكيم بعد صدور حكم التحكيم، فقرر صلاحية هيئة التحكيم بتصحيح حكم التحكيم أو تفسيره، أو أن تصدر أحكام إضافية فيما تم إغفال الفصل عنه، وأكدت على هذا التوجه قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعدل في عام 2006 في المادة 33 منه، وكذلك قانون التحكيم المصري لعام 1994 في المواد 49 و 50 و 51، كما تبنى المشرع الجزائري هذا التوجه الحديث الذي نص عليه في الأحكام المتعلقة بالتحكيم الداخلي دون الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، أو الأحكام المشتركة، وهذا ربما لترك المشرع تنظيم هذه المسألة لقواعد التحكيم الدولية ومختلف الإتفاقيات الدولية، وجاء النص على هذه المسألة في المادة 1030 (2) ق إ م وإ: "غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم، أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه، طبقاً للأحكام الواردة في هذا القانون".

وإذا كان الأصل إستنفاد هيئة التحكيم ولايتها في النظر والفصل مجدداً في النزاع أو التعديل في حكم التحكيم أو العدول عن قرارها، كما لا يمكن للخصوم الإتفاق على إثارة نفس المسألة التي فصلت فيها هيئة

التحكيم من جديد في نفس الخصومة، فمسألة إستنفاد هيئة التحكيم لسلطتها فيما فصلت فيه من طلبات ودفع قدمت إليها يتعلق بالنظام العام⁽¹⁾.

وإستثناء من هذا الأصل أجاز القانون لهيئة التحكيم بعد إصدارها للحكم المنهي لخصومة مراجعة الحكم عبر تصحيحه أو تفسيره أو إصدار أحكام إضافية كانت هيئة التحكيم قد أغفلت عن الفصل في طلب أو أكثر قدم إليها من أحد الأطراف أو كليهما.

أولاً: سلطة المحكم في تفسير حكم التحكيم

يعتبر التفسير أداة قانونية يستعين بها القاضي أو أن يطلبه الأطراف لإزالة كل غموض أو إبهام قد يعترض مسألة معينة، ومما قد يقع عليه التفسير هو الأحكام، وقد يقع تفسير حكم التحكيم لإزالة ما قد يشوبه من غموض أو بحثاً للحقيقة المبهمة أو المعنى المقصود من حكم يشوبه لبس أو غموض من شأنه أن يثير مشاكل أو صعوبات قد تحول دون إمكانية تنفيذ حكم التحكيم على الوجه الصحيح، فلا مجال لإعمال التفسير حال وضوح الحكم وعدم غموضه أو وجود أي لبس فيه، ويكون تفسير الحكم منصب على عناصر الحكم ذاته دون أن يكون بالبحث عن إرادة من أصدره، ولا يعني طلب التفسير أن يتم الحكم مجدداً في النزاع نفسه حتى لا يتم المساس بما لحكم التحكيم من حجية الأمر المقضي، ولا يتم التفسير إلا ما تعلق بمنطوق الحكم، لذا تم الاعتراف للأطراف بالحق في تفسير حكم التحكيم وذلك عبر طلب تدخل هيئة التحكيم، التي تتمتع بسلطة واسعة في تفسير أحكام التحكيم⁽²⁾، لذلك فيقتصر هذا الحق في طلب التفسير على أطراف حكم التحكيم دون أن يتعداه للغير ولو كانت لهم مصلحة في ذلك، ويحظر كذلك على هيئة التحكيم أن تثير مسألة التفسير من تلقاء نفسها دون أن يطلبها الأطراف أو لم يتم الإتفاق بين الأطراف في مشاركة التحكيم أو في إتفاق لاحق على سلطة هيئة التحكيم في تفسير حكمها⁽³⁾.

وقد نص على مبدأ جواز تفسير حكم التحكيم في تشريعات وقوانين دولية عدة، بداية بنص المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المادة 1475 بنصها على سلطة المحكم بتفسير حكم التحكيم⁽⁴⁾، كما عالج المشرع المصري من خلال قانون التحكيم المصري لعام 1994 في المادة 49 منه على هذه

(1) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 362.

(2) حسني المصري، المرجع السابق، ص 467.

(3) والي فتحي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 465.

(4) Article 1475 C.P.C.F : "La sentence dessaisit l'arbitre de la contestation quelle tranche, l'arbitre a néanmoins le poutoir d'interpréter la sentence..."

السلطة وأحاطها بالتنظيم من خلال تحديد إجراءات طلب التفسير الذي نص على وجوب تقديم طلب التفسير في غضون ثلاثين يوما من تسلم حكم التحكيم، وألزم طالب التفسير بإعلام الطرف الآخر بهذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم، إلا ما تقرر خلاف ذلك بناء على إتفاق أطراف الخصومة.

كما نصّت قواعد الأونسيترال المعدل عام 2010 جواز تقديم طلب تفسير حكم التحكيم لهيئة التحكيم وذلك من خلال نص المادة 35 منه، ونفس الحكم نص عنه قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعدل 2006 في المادة 33 (2) منه، التي جاء حكمها مخالف لما هو منصوص عنه في القانون المصري بتوسيعها في طلب التفسير الذي لم تقصره في منطوق الحكم فقط بل جاوزته إلى ما يتعلق بتفسير أي نقطة أو جزء من حكم التحكيم يكون مشوبا بالغموض أو الإبهام، ووافق هذا الحكم كل من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المادة 1485 منه، وإتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام 1965 في المادة 50 التي نصّت على جواز تقديم طلب تفسير حول المعنى أو مضمون الحكم إلى هيئة التحكيم.

أما بالنسبة للمشروع الجزائري فقد نص من خلال المادة 1030 ق إ م وإ على سلطة المحكم في تفسير حكم التحكيم دون أن يحدد إجراءات طلب التفسير والفصل فيه وهذا ما يعد في نظرنا قصور على المشروع تداركه بتنظيم مسألة تفسير هيئة التحكيم لحكم التحكيم وتصحيحه وإصدار أحكام إضافية بشأنه.

وتشمل سلطة هيئة التحكيم في الفصل في طلب التفسير بإصدار حكمها فيما تعلق بتفسير ما قد يشوب الحكم الفاصل في النزاع والمنهي للخصومة من غموض أو لبس، وهناك من التشريعات كقانون التحكيم المصري أو قانون الأونسيترال المعدل 2006 نصت على تقديم طلب التفسير في غضون ثلاثين يوما التالية لتسلم الحكم وإلا يترتب عنه سقوط الحق في طلب التفسير، على أن تفصل هيئة التحكيم خلال ثلاثين يوما التالية لتقديم تقديم طلب التفسير إليها، ويجوز لهيئة التحكيم تمديد طلب التفسير لثلاثين يوما أخرى إذا كان هناك ضرورة لذلك⁽¹⁾.

وتنظر نفس هيئة التحكيم وبالأشخاص الذين شكلوا هذه الهيئة التي أصدرت الحكم في طلب التفسير خلال جلسة تعقدها ويدعى إليها الأطراف، وتلتزم الهيئة في ذلك بعدم تجاوز سلطتها في التفسير الممنوحة لها قانونا فتقوم بتفسير منطوق الحكم وفقا لقواعد تفسير الأحكام، فتفسر الحكم تفسيراً منطقياً بالنظر لأسبابه والعناصر الأخرى التي يشتمل عليها، ويمكنها أن تستعين بطلبات الخصوم والأوراق المقدمة في الخصومة وأي

(1) أنظر المادة 33 1/ب من قانون الأونسيترال المعدل 2006، وأيضا المادة 49 (2) قانون التحكيم المصري لعام 1994.

عنصر في القضية يساعدها على الكشف عن الغموض الذي يشوبه الحكم، دون أن تمتد سلطتها في ذلك إلى تعديل حكمها أو الحذف منه أو الإضافة إليه⁽¹⁾.

ومن المسائل المثارة بخصوص إنعقاد إختصاص نفس هيئة التحكيم مصدرة الحكم في تفسيره إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من عدة محكمين ويتعذر إنعقادها في حال وفاة أحد المحكمين أو رفضه الفصل في طلب التفسير أو وجود مانع على ذلك وكذلك في حال إنقضاء ميعاد التفسير دون تقديم طلب التفسير ودون أن يتفق الطرفان على تخويل هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم سلطة التفسير بعد فوات الميعاد، إن تجاوز هذا الإشكال لا يقوم إلا عبر حلين إما بإتفاق الأطراف على تكملة هيئة التحكيم، وإذا لم يحصل الإتفاق على ذلك أو أن يتم الإتفاق على إختصاص هيئة تحكيم أخرى يتم اللجوء إلى قضاء الدولة عبر المحكمة القضائية المختصة أصلاً بنظر النزاع فيما لو لم يعرض على التحكيم⁽²⁾.

ويعتبر حكم التحكيم الصادر بالتفسير متمماً لحكم التحكيم الذي يفسره وتسري عليه أحكامه، وهذا طبقاً لنص المادة 49 من قانون التحكيم المصري لعام 1994.

ثانياً: سلطة المحكم في تصحيح حكم التحكيم

مثلاً يقع تفسير حكم التحكيم في حالة غموض أو لبس يشوب حكم التحكيم، فإن نفس الحكم قد يشوبه خطأ مادي بحت سواء كان كتابياً أو حسائياً أو لغوياً أو مطبعياً، فيتم الرجوع إلى هيئة التحكيم مصدرة الحكم لتصحيحه، فيتمتع المحكم بذلك بسلطة تصحيح الأخطاء والسهو المادي أثناء كتابة وإصدار حكم التحكيم، ويتم رفع الأخطاء المادية التي تشوب حكم التحكيم دون تغيير في الحكم أو تعديله أو العدول عنه⁽³⁾، وتجاوز هيئة التحكيم لهذه السلطة بتعديلها للحكم أو العدول عنه جاز التمسك ببطلان هذا القرار بدعوى بطلان على أساس فصل هيئة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها وفق ما هو منصوص عنه في المادة 1056 ق إ م وإ.

ونص على مسألة تصحيح حكم التحكيم فيما قد يعتريه من أخطاء مادية كل من التشريع الجزائري في المادة 1030 ق إ م وإ، وأيضاً المشرع المصري في المادة 50 من قانون التحكيم المصري، وقانون الإجراءات المدنية الفرنسية في المادة 1475 السابق ذكرها فيما يخص تفسير حكم التحكيم، وما نصّت عنه كذلك المادة

(1) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 468.

(2) حسنى المصري، المرجع السابق، ص 468. وأيضاً فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 467.

(3) حسنى المصري، المرجع السابق، ص 469.

33 من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعدل عام 2006، وأيضاً قواعد الأونسيترال المعدل عام 2010، كما نصّ على مسألة تصحيح حكم التحكيم المادة 36 (1) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس المعدلة عام 2017: "يجوز لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أن تصحح أي خطأ كتابي أو حسابي أو مطبعي أو أية أخطاء ذات طبيعة مماثلة وردت في حكم التحكيم شريطة عرض هذا التصحيح على "المحكمة" لإعتماده خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الحكم".

وتكون هيئة التحكيم سلطة واسعة في القرار الذي تصدره والمتعلق بتصحيح الأخطاء المادية لحكم التحكيم، سواء كان ذلك من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم، ولا مانع من تصحيح الحكم سواء تم إيداع الحكم أو لم يتم ذلك، أو تم إعلانه للمحكوم عليه أو لم يتم ذلك⁽¹⁾.

وتسري نفس الأحكام المتعلقة بتفسير حكم التحكيم في ما تعلق بتعذر إنعقاد هيئة التحكيم مصدرة الحكم كوفاة أحد أعضائها أو وجود مانع أو عذر لإعادة إجتماع هيئة التحكيم مجدداً، نفس الشيء ما تعلق بميعاد تقديم طلب التصحيح بأن يكون في غضون 30 يوماً من تسلم طالب التصحيح الحكم⁽²⁾، أما ما تعلق بميعاد التصحيح فتجري هيئة التحكيم التصحيح من دون مرافعة في غضون ثلاثين يوماً التالية لتاريخ صدور حكم التحكيم إذا جرى التصحيح من تلقاء نفس هيئة التحكيم، أو إيداع طلب تصحيح الحكم إذا تم التصحيح بناء على طلب الأطراف، ويمكن مد هذا الميعاد من طرف هيئة التحكيم لثلاثين يوماً أخرى إذا إقتضت الضرورة لذلك⁽³⁾.

ويصدر قرار التصحيح كتابة ويعلن إلى الطرفين في غضون الثلاثين يوماً من تاريخ صدوره دون أن يتضمن أي بطلان على مخالفة هذا الميعاد، ويقع على هيئة التحكيم إلزاماً بعدم تجاوزها لسلطتها في التصحيح وإلا تعرض حكمها للبطلان بعد تمسك ذوي الشأن بذلك⁽⁴⁾.

ثالثاً: سلطة المحكم في إصدار الحكم الإضافي

تتعلق مسألة إصدار الحكم الإضافي عند إغفال أو سهو هيئة التحكيم الفصل في بعض الطلبات الموضوعية دون أن يمتد الإغفال عن الطلبات الإجرائية بما في ذلك ما يتصل بإجراءات الإثبات بإستثناء طلب حلف اليمين

(1) محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 473.

(2) المادة 33 من القانون النموذجي للأونسيترال المعدل عام 2006.

(3) أنظر نص المادة 50 قانون التحكيم المصري لعام 1994.

(4) أنظر المادة 50 (2) قانون التحكيم المصري لعام 1994.

الحاسمة⁽¹⁾، فيتم لجوء الأطراف أو أحدهما إلى المحكم لطلب الفصل فيما تم الإغفال عن الفصل فيه من طلبات، فتمت سلطة المحكم بتكملة الحكم بالرغم من إستنفاد هيئة التحكيم ولايتها بمجرد صدور الحكم الذي يعتبر منها للخصوصية.

وأكد على سلطة المحكم في تصحيح وتكملة الحكم كل من المشرع الجزائري في المادة 1030 ق إ م و، ونص هذه السلطة للمحكم قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المادة 1475: "أن المحكم يتمتع، مع ذلك بسلطة...تكملة الحكم إذا أغفل الفصل في أحد الطلبات الموضوعية"⁽²⁾، ونص على نفس الأمر قانون التحكيم المصري عام 1994 في المادة 51 منه: "يجوز لكل من طرفي التحكيم ولو بعد إنتهاء ميعاد التحكيم، أن يطلب من هيئة التحكيم، خلال ثلاثين يوما التالية لتسلمه حكم التحكيم، إصدار حكم تحكيم إضافي في طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم، ويجب إعلان هذا الطلب للطرف الآخر قبل تقديمه، وتصدر هيئة التحكيم حكمها خلال ستين يوما من تاريخ تقديم الطلب، ويجوز لها مد هذا الميعاد ثلاثين يوما أخرى إذا رأت ضرورة لذلك".

كما نص القانون النموذجي لعام 2006 في المادة 33 (3) منه على جواز اللجوء إلى هيئة التحكيم لإصدار حكم تحكيم إضافي في الطلبات التي قدمت خلال إجراءات التحكيم وأغفلها حكم التحكيم، ونفس الحكم نصّت عنه قواعد الأونسيترال المعدل عام 2010 في المادة 39 منه.

من النصوص القانونية يتعين على الأطراف تقديم طلب إصدار حكم إضافي إلى هيئة التحكيم خلال ثلاثين يوما التالية لتسلمه حكم التحكيم الفاصل في النزاع ولو بعد إنتهاء ميعاد التحكيم، طبقا لنص المادة 51 قانون تحكيم مصري 1994، ويقدم هذا الطلب خلال ثلاثين يوما من تاريخ تسلم الطالب صورة الحكم التحكيمي، وإنقضاء هذا الميعاد يسقط حق الخصم في طلب إصدار حكم تحكيم إضافي وقبل تقديم هذا الطلب يقع إلزامه بإعلانه إلى الطرف الآخر، وذلك لأن هيئة التحكيم لا تفصل في الطلب بحكم إضافي إلا بمواجهة بين الطرفين⁽³⁾.

وتقوم هيئة التحكيم بإصدار حكمها في طلب الحكم الإضافي، خلال ستين يوما من تاريخ تقديم الطلب، ويجوز مد هذا الميعاد ثلاثين يوما أخرى إذا ما إقتضت الضرورة لذلك، وأي فصل لهيئة التحكيم بعد فوات الميعاد

(1) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 476.

(2) Article 1475 : "L'arbitre a néanmoins le pouvoir...de la compléter lorsqu'il a armis de statuer sur un chef de demande".

(3) أحمد هندی، المرجع السابق، ص 134-135.

الخاص بتقديم طلب الفصل في طلب الحكم الإضافي أو الميعاد الممتد يكون هذا الحكم باطلاً، ويمكن للأطراف رفع دعوى تحكيم جديدة للفصل فيما أغفلته هيئة التحكيم من طلبات إما أمام نفس هيئة التحكيم أو من هيئة أخرى، أو لجوء طالب الفصل في الحكم الإضافي إلى قضاء الدولة للفصل فيما أغفلته هيئة التحكيم من طلبات قدمت إليها أثناء إجراءات التحكيم، وتختص بذلك المحكمة المختصة طبقاً للقواعد العامة⁽¹⁾.

نفس الحكم إذا ما تعذر من هيئة التحكيم الفصل في طلب إصدار الحكم الإضافي لعدم إمكانية تشكل هيئة التحكيم المكونة من عدة محكمين من جديد لوجود مانع أو عذر أو أي سبب آخر يحول إجتماع هيئة التحكيم من جديد فيطبق نفس الأحكام المنصوص عنها سابقاً فيما تعلق بطلب تفسير أو تصحيح حكم التحكيم.

ويقع إلزاماً على هيئة التحكيم تجنب تعديل فيما فصل فيه من طلبات موضوعية بالزيادة أو النقصان، وذلك للحجية التي يكتسبها الحكم فيما فصل فيه من هذه الطلبات⁽²⁾.

المطلب الثاني

سلطة المحكم الأمرية في التحكيم التجاري الدولي⁽³⁾

يعتبر إتفاق التحكيم عموماً وعقد التحكيم خاصة الأساس الذي من خلاله تتحدد سلط هيئة التحكيم والتي على أساسها ترتب صلاحيات والتزامات تقع على عاتقها، وأبرز إلزام يقع على هيئة التحكيم الفصل في النزاع بعد عرض ذلك من الأطراف، وتلتزم هيئة التحكيم بذلك وفق ما حددته إرادة الأطراف من قواعد إجرائية تتعلق بسير العملية التحكيمية من تحديد للمدد وتسيير الجلسات، وأيضاً بتطبيق هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع النزاع، غير أن هيئة التحكيم قد تكون لها سلطات واسعة تتعارض ومبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري، ومن أبرز الصلاحيات والسلطات التي يتمتع بها المحكم هي السلطة الأمرية، وإن كان الأصل تمتع السلطة القضائية بهذه السلطة الأمرية لامتلاكها للسيادة وما يترتب عنها امتلاك قوة الإلزام والجبر، غير أنه بالرغم من تمتع القضاء بقدر كبير من السلطة الأمرية إلا أنه يعترف لقضاء التحكيم تمتعه بها في سبيل تعزيز فعالية التحكيم في تسوية المنازعات.

(1) محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 480-481.

(2) حسنى المصري، المرجع السابق، ص 471.

(3) يحمل العديد المصطلحات المرادفة كسلطة الإلزام أو سلطة الجبر، أو سلطة الإلزام، أو سلطة الإكراه. راجع: خليل عمر غصن، سلطة المحكم الأمرية في التحكيم الداخلي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2005، ص 13.

الفرع الأول: تعريف السلطة الأمرية للمحكم ومدى الاعتراف بها للمحكم

إن الحديث عن السلطة الأمرية في مجال التحكيم التجاري في بادئ الأمر يعد ضرب من الخيال، لإعتبار سلطة الأمر دخيلة على قضاء التحكيم على نقيض السلطة القضائية الذي تعتبر سلطة الأمر أحد أبرز الخصائص التي تميزها والتي بمقتضاها يقوم القاضي بإمهار الحكم بالصيغة التنفيذية، ولتتمكنه من إستخدام وسائل الإلزام، والإلزام، وأيضا للقرارات التي يمكن أن يصدرها كأوامر على عرائض، والتدابير المؤقتة أو التحفظية، إجراءات الإثبات، وأيضا لما يمكن له القيام به من أعمال الرقابة والضبط المخولة له قانونا القيام بها.

وتعتبر السلطة الأمرية من المصطلحات التي عرفت صعوبة في التعريف نظرا لتشعب هذه السلطة، لذلك لا يسع إلا إبراد خصائص هذه السلطة ليتم من خلالها وضع تعريف محدد يميز هذا المصطلح عن غيره من المصطلحات التي قد تتشابه معها.

وما يميز السلطة الأمرية من خصائص أن الأعمال التي تصدر عنها أعمال سلطوية ذات طبيعة سيادية، تؤدي في الغالب إلى إحداث تغيير في الأوضاع والمراكز القانونية للأشخاص، ويتولى القيام بهذه الأعمال شخص مفوض من الدولة، لذلك فباعتبار ممارسة هذه الأعمال هي حكر للدولة باعتبارها صاحبة السيادة والسلطة العامة لتمكنها من ممارسة سلطتي الجبر والإلزام، لذلك فكل من ينوط له القيام بأحد المهام التي تنوط للدولة القيام بها يحوز على قدر من السلطة الأمرية بما يتناسب مع وظيفته ووفقا لنصوص خاصة تضبط ممارسته لهذه السلطة، لذلك يعتبر القاضي من الأشخاص الذين يتمتعون بهذا السلطة وهذا ما لا ينكره أحد، على نقيض ما تعلق بالمحكم الذي ثار خلاف ونقاش حاد حول تمتعه بهذه السلطة من عدمه خصوصا في ظل الوظيفة القضائية التي يقوم بها من الفصل في النزاع وإحقاق العدالة⁽¹⁾.

والتعريف الغالب لسلطة القاضي الأمرية أنه "هي السلطة التي فوضته بها الدولة والتي بمقتضاها يكون له فرض إرادته على إرادة الأفراد رغما عنهم، مما يضيف عليه طابع الإلزام، في المسائل الماسة بمصالحهم الخاصة دون أن تتضمن عملية تقدير لحقوق متقابلة"⁽²⁾.

إذا كان هذا ما عليه الحال بخصوص سلطة القضاء الأمرية فكيف هو عليه الحال بخصوص سلطة المحكم

الأمرية؟

(1) دريس كمال فتحي، المرجع لسابق، ص 95.

(2) أنظر في تعريف السلطة الأمرية للقاضي: خليل عمر غصن، المرجع السابق، ص 26-31.

إن الاعتراف بسلطة الأمر للتحكيم التجاري وبالخصوص للمحكم التجاري عرف جدال واسع بين معارض ومؤيد لتمتع المحكم بالسلطة الأمرية، فبين من يرفض تمتع المحكم بالسلطة الأمرية وإعتبار هذه السلطة دخيلة على التحكيم، ويجعل هذه السلطة حكرا على الدولة وقضاءها، لتمكنها من إستخدام قوة الجبر والإكراه والإلزام من خلال حيازتها على السلطة العامة والسيادة، وفي ظل الدولة الحديثة التي فوّضت الدولة هذه السلطة لجهات مختلفة وبالقدر اللازم وعبر نصوص خاصة، كقوى الأمن ومصالح الضرائب، وجهاز القضاء... إلخ.

وفي ظل التوجهات الحديثة والممارسات الجديدة التي عرفها قضاء التحكيم، أضحى يعترف بهذه السلطة الأمرية للمحكم، هذا الاعتراف هو ما سنناقشه فيما يلي بإبراز أهم حجج الرافضين لهذه الفكرة والمؤيدين لها، مع إبداء رأينا الشخصي في المسألة بعد تقييم للحجج الواردة.

أولا: الإتجاه المعارض: أبرز ما عرضه الأنصار المعارضون من حجج

-النشأة والطبيعة التعاقدية للتحكيم: إن إستناد التحكيم على إتفاق طرفي العلاقة باللجوء إلى قضاء التحكيم لتسوية ما يثور من نزاعات مستقبلية أو ما قد نشأ من نزاعات عن طريق إبرامهم لإتفاق التحكيم، وأيضا لما يقوم عليه التحكيم من مبدأ سلطان الإرادة وتمتع الأطراف بحرية واسعة في جميع مراحل التحكيم بداية من إبرام إتفاق التحكيم إلى تشكيل هيئة التحكيم وتنظيم إجراءاته والقواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع إلى غاية صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة، ليعتبر طريق إتفاقي لتسوية المنازعات ذو مصدر تعاقدية، وهذا يضفي على التحكيم الطبيعة العقدية أو الإتفاقية، هذه الطبيعة التي تطبع التحكيم والتي تجعل المحكم وما يتمتع به من سلطات مستمدة من أطراف النزاع، وإن كانت طبيعة الوظيفة التي يمارسها المحكم القضائية وإصداره لأحكام تحوز حجية الشئى المقضي فيه، إلا أن هذه السلطة مؤقتة ومحددة بزمن معين لا يمكنه بعدها ممارسة هذه السلطة، هذه الطبيعة التي تميز عمل المحكم تحول دون إمكانية إضفاء السلطة الأمرية على قضاء التحكيم.

-إن الواضح أن هذه السلطة على قدر وضوحها في ما تعلق بتمتع السلطة القضائية بالسلطة الأمرية، إلا أن هذه السلطة غامضة ومبهمة في إطار التحكيم التجاري بالرغم من إعتبار الوظيفة التي يقوم بها المحكم وظيفة قضائية تجعله يتمتع بالسلطة القضائية في حدود سلطته في الفصل، كما أن حاجة الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم إلى إضفاء الصيغة التنفيذية عليه لتنفيذه جبريا باللجوء إلى قضاء الدولة لتمتع هذا الأخير بالسلطة الأمرية، دون أن تكون لهيئة التحكيم صلاحية في إصباغ الصيغة التنفيذية على قرارها التحكيمي دليل على عدم تمتع المحكم بسلطة الإلزام والإجبار التي تعتبر معيار أساسي لإضفاء الصفة الأمرية لعمل المحكم، كما أن عدم

إمكانية المحكم تطبيق حكم الغرامة التهديدية، أو توفره على سلطة الإكراه والإجبار يؤكد عدم تمتع المحكم بالسلطة الأمرية⁽¹⁾.

- هناك من الفقه من ينكر تمتع المحكم بالسلطة القضائية من الأساس باعتباره فردا عاديا لا يمكن عده أحد موظفي الدولة، لهذا أطلق الفقه على المحكم القاض الخاص لتمييزه عن قاض الدولة، كما لا يعتبر المحكم مفوض من قبل الدولة للقيام بمهامه مما يترتب على ذلك عدم إمكانية مساءلة المحكم عن أخطائه عند قيامه بمهامه على نقيض قاض الدولة الذي تملك الدولة التي عين على إقليمها تعيينه والتي تكون شروط التعيين أكثر صرامة من تعيين المحكم، كما تملك مساءلته باعتباره مفوضا منها لإصدار الأحكام والقرارات باسم الشعب الذي ينتمي لنفس الدولة⁽²⁾.

ثانيا: الاتجاه المؤيد

إن التطور الذي وصل إليه قضاء التحكيم باعتباره قضاء إستثنائي وبديل لتسوية المنازعات إلى إعتبره قضاء أصيل لتسوية نزاعات التجارة الدولية والاستثمار الاجنبي، هذه المكانة البارزة التي أضحت عليها التحكيم تتوجب أن يحاط هذا النوع من العدالة بالسلطة الأمرية حتى يضفي فعالية في تحقيق العدالة.

- إن الوظيفة القضائية المناط بالمحكم القيام بها وإعتراف الدولة بذلك وإصداره للحكم المنهي للنزاع الحائز لقوة الأمر المقضي به، هذه الحجية التي يستمدّها المحكم من القانون، ولا يصدر الحكم التحكيمي إلا بعد مداولة بين المحكمين، ووجوب تسبيب هذا الحكم وإقرار المشرع التنفيذ الجبري لحكم التحكيم بعد منحه الصيغة التنفيذية الذي يضفي الصبغة القضائية على حكم التحكيم واعتباره عملا قضائيا نفسه العمل القضائي الصادر عن السلطة القضائية، وهذا ما يجعل من المحكم قاض لا يختلف عن قاض الدولة، مما يطبع على عمل المحكم الطبيعة القضائية، فتجعل بالضرورة تمتعه بالسلطة الأمرية⁽³⁾.

يتمتع المحكم بالسلطة الأمرية بقوة القانون، فالقانون هو من أجاز هذه الآلية من التسوية وهو من نظم أحكامها والإجراءات التي تتخلل هذه التسوية على مستوى التحكيم، كما أن المحكم يستمد سلطته في الغالب من القانون سواء في علاقته بأطراف النزاع أو بالإجراءات التي يجب أن يتبعها حين صدور الحكم، كما أن تعيين المحكم قد لا يتم بناء على إرادة الأطراف فقط، فقد يحصل أن يتم عبر قضاء الدولة أو إحدى هيئات ومنظمات

(1) خليل عمر غصن، المرجع السابق، ص 56-57.

(2) المرجع السابق، ص 53.

(3) محمود سمير الشرفاوي، المرجع السابق، ص 14-14.

التحكيم أو لإحدى الجهات التي يشير إليها قانون التحكيم في الدولة التي يجري بها التحكيم أو المتفق على تطبيقه من قبل الأطراف، كما تنتهي إرادة الطرفين بإنهاء تعيين هيئة التحكيم لتتولى هذه الأخرى الفصل وفق سلطاتها الواسعة التي قررها لها القانون، ويقابل هذه السلطة الواسعة لهيئة التحكيم فرض القانون لالتزامات معينة تقوم المسؤولية القانونية عليه متى أخل بها، كما أن حكم التحكيم الذي يصدره المحكم يمكن أن يتعرض لقواعد الإستئناف في بعض التشريعات التي تقر ذلك، أو لرفع دعوى بطلان حكم التحكيم متى توافرت حالات البطلان التي نص عليها القانون، لذلك فالتنظيم يحيط بتنظيم عملية التحكيم وعمل المحكم على وجه الخصوص من كافة الجوانب وهذا ما يجعل المحكم يتمتع بسلطة أمرية يستمدّها من القانون⁽¹⁾.

- إن قيام المحكم بالوظيفة القضائية وتمتعه على هذا الأساس بالسلطة القضائية يجعل بالضرورة تمتعه بالسلطة الأمرية وإن كان بالقدر المناسب في تفعيل وظيفته عبر الحكم الذي يصدره ويحوز على الحجية الذي يلتزم على إحترامه كل من أطراف الخصومة وأيضا الدولة⁽²⁾.

- إن إنكار السلطة الأمرية للمحكم عن طريق نقد الطبيعة الخاصة للتحكيم التي يقوم أساسها على إتفاق التحكيم وعلى مبدأ سلطان الإرادة فيه إلا أن هذا لا يجانب الصواب، باعتبار أن التحكيم يغلب عليه الطابع التنظيمي من خلال التنظيم القانوني لمؤسسة التحكيم في مختلف جوانبه، سواء المشرع الجزائري الذي نظم المسائل الخاصة بالتحكيم بنوعيه الوطني والدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بجانب جهاز القضاء الرسمي، كما أن القواعد القانونية في الدولة هي من تحدد الحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم من الحالات التي يمنع فيها التحكيم لتعلق هذه المسائل الممنوعة بالنظام العام، لذلك فإرادة الأطراف بتقييد في لجوءها للتحكيم بتقييدها بالمسائل القابلة لتسويتها بواسطة التحكيم.

- إن من بين الحجج التي أفردتها المنكرين لهذه السلطة وتمتع المحكم بها هو طبيعة العلاقة التعاقدية بين المحكم والأطراف المحتكمة وبالتالي فسلطة المحكم يغلب عليها الجانب التعاقدي، إن هذه الحجة لا تستقيم لأن فيها إقصاء للصفة القضائية المضافة على عمل المحكم، فلا خلاف على تمتع المحكم بالسلطة القضائية التي تفرضها طبيعة الوظيفة القضائية التي يمارسها، وإن كان هذه الوظيفة مؤقتة غير دائمة تنتهي بإنهاء الفصل في النزاع بصور حكم التحكيم، فضلا عما يقع على المحكم الإلتزام به من إحترام المبادئ الأساسية في التقاضي كالحياضية والإستقلالية والمساواة، كما أن الحكم الذي يصدره المحكم لا يختلف كثيرا عما يصدره القاضي سواء من الناحية

(1) المرجع السابق، ص 247-248.

(2) خليل عمر غصن، المرجع السابق، ص 59.

الموضوعية من الفصل في النزاع والناحية الشكلية أين تكون البيانات التي يتضمنها حكم التحكيم نفسها الموجودة على الحكم القضائي، كما يستلزم المداولة قبل إصدار الحكم، أما ما تعلق فيما أصدره بعض الأصوات المنادية بعدم تمتع المحكم بهذه السلطة الأمرية ما تعلق بعدم صدور الحكم باسم الشعب فهذا البيان غير إلزامي ولا يرتب بطلان الحكم، من خلال هذه الحجج يتبين أن مصدر سلطة المحكم القضائية هي تفويض من الدولة وهذا من شأنه أن يعزز من تمتع المحكم بالسلطة الأمرية⁽¹⁾.

ولا يمكن المقارنة بين السلطة الأمرية للقاضي التي تعتبر شاملة على عكس المحكم الذي تعتبر سلطته الأمرية نسبية ممارستها في حدود القانون وإتفاق التحكيم وما يحدده له الأطراف، وهذا ما يبرز التعاون بين القضاء والتحكيم والدور المساعد الذي يقوم به القضاء إتحاء التحكيم، ومن أجل خلق فعالية أكبر لقضاء التحكيم وإضفاء فعالية أكبر له كقضاء أصيل لتسوية المنازعات التجارية الدولية من منح صلاحيات وسلطات أوسع للمحكم تجعله يتمتع بقدر كاف من السلطة الأمرية وهذا من شأنه تقوية هذا النوع من العدالة، خصوصا المكانة والأهمية التي يحتلها في مجال التجارة الدولية، فأضحى القضاء الأول في كل ما يثور من نزاعات في مجال التجارة والاستثمار وهذا ما كرس عبارة مشهورة بأن لا تجارة ولا استثمار بدون تحكيم.

الفرع الثاني: تطبيقات سلطة المحكم الأمرية في التحكيم التجاري الدولي

تتخذ سلطة المحكم الأمرية عدة تطبيقات متعلقة بها، وتتجلى من بداية العملية التحكيمية إلى غاية نهايتها بصور حكم التحكيم، وتقوم السلطة الأمرية من خلال أعمال الجزاءات أو الحكم بالغرامة، أو بإتخاذ التدابير الاحتياطية والتحفظية، أو إلزام أحد الأطراف بتقديم ما تحت يده من أوراق ومستندات وأدلة إثبات. وترتبط السلطة الأمرية للمحكم من خلال أبرز تطبيقاتها التي تظهر في سلطة المحكم الأمرية في إتخاذ الإجراءات الوقية والتحفظية أولا، وسلطته الأمرية فيما تعلق بأدلة الإثبات ثانيا.

أولا: سلطة المحكم الأمرية في إتخاذ الإجراءات الوقية والتحفظية⁽²⁾

تعتبر التدبير الوقية والتحفظية آلية أقرتها التشريعات لحفظ الحقوق والمراكز القانونية وتوفير حماية مؤقتة للحق من الضياع أو التلف إلى حين صدور حكم بشأنها منهي للخصومة⁽³⁾، ويستلزم للقيام بإتخاذ هذه التدابير عدم تحمل الحق الإنتظار لحين صدور حكم التحكيم للخطر الداهم المعرض له الحق، فتوفر هذه التدابير سرعة

(1) خليل عمر غصن، المرجع السابق، ص 70-71.

(2) يطلق عليها أيضا بالتدابير المستعجلة أو التدابير الاحتياطية.

(3) أنظر: منير يوسف المناصير، المرجع السابق، ص 250 وما يليها.

التدخل وإجراء فوري نظرا لعدم إمكانية التأخير في توفير الحماية أو حفظ الحق وتفادي البطء حال إتباع إجراءات التحكيم العادية لحين الفصل في موضوع النزاع⁽¹⁾.

وقد عرفت قواعد الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعدل عام 2006 التدابير المؤقتة بنصها في المادة 17 (2) منه بأنه "أي تدبير وقتي، سواء أكان في شكل قرار أم في شكل آخر، تأمر فيه هيئة التحكيم أحد الطرفين، في أي وقت يسبق إصدار القرار الذي يفصل نهائيا في النزاع، بما يلي: أ أن يبقى الحال على ما هو عليه أو يعيده إلى ما كان عليه إلى حين الفصل في النزاع؛ أو ب أن يتخذ إجراء يمنع حدوث ضرر حالي أو وشيك أو مساس بعملية التحكيم نفسها، أو أن يمتنع عن إتخاذ إجراء يحتمل أن يسبب ذلك الضرر أو المساس؛ أو ج أن يوفر وسيلة للمحافظة على الموجودات التي يمكن بواسطتها تنفيذ قرار لاحق؛ أو د أن يحافظ على الأدلة التي قد تكون هامة وجوهرية لحل النزاع".

أما الإجراءات التحفظية فهي كل إجراء يهدف إلى المحافظة على الحماية الكاملة للحق أو المركز القانوني، فتحافظ بذلك على إمكانية تنفيذ الحق وتحقيقه مستقبلا عند الحصول على الحماية الموضوعية، كفرض الحراسة القضائية على الأموال المتنازع فيها، وأيضا ما تعلق بالحجوز التحفظية⁽²⁾.

ويثور التساؤل هنا حول مدى سلطة المحكم في إتخاذ هذه التدابير الوقائية والتحفظية بإعتبارها من أعمال السلطة الأمرية، فذهب جانب من الفقه لإقرار عدم تمتع المحكم بإتخاذ هذه التدابير الوقائية والتحفظية بإعتبارها أحد أعمال السلطة الأمرية التي تعتبر إختصاص أصيل لقضاء الدولة لامتلاكه لسلطة الجبر والإلزام عند تنفيذ هذه الإجراءات، ومنهم من منح هيئة التحكيم هذا الحق في إتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية، بإعتبار المحكم كقاض يقوم بإصدار الأحكام المنهية للخصومة، فبذلك تعتبر هذه السلطة لازمة لكل من يمارس مهنة القضاء⁽³⁾، والنص على سلطة هيئة التحكيم بإتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية وإصدار قرارات مؤقتة هو من الضرورات التي يتطلبها الفصل في النزاع وللسرعة التي يجب أن يتم بها إتخاذ هذه التدابير، وذلك لكون الأطراف لا تتجه لطلب إتخاذ هذه التدابير إلا إذا رأت خطر على وشك الوقوع لا يتطلب معه الانتظار، كما أن إختصاص هيئة التحكيم بإتخاذ هذه التدابير يتفق مع خصوصية قضاء التحكيم الذي يقوم على استقلالية القضاء عن التحكيم ومع الطبيعة الإرادية للتحكيم التي يسعى من خلالها أطراف النزاع إقصاء القضاء من النظر والفصل في نزاعاتهم لعدم ملاءمته وطبيعة المنازعات

(1) أنظر: إدريس كمال فتحي، المرجع السابق، ص73.

(2) منير يوسف المناصير، المرجع السابق، ص 251-252.

(3) خليل عمر غصن، المرجع السابق، ص118.

المراد الفصل فيها وتسويتها وتفويض هذا الاختصاص لقضاء التحكيم، وهذه التدابير من بين الاختصاصات التي يستلزم الأمر إختصاص قضاء التحكيم بإصدارها، ومن جهة أخرى إن إعطاء المحكم سلطة إتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية يمكن من التقدير الجيد ويسهل من حل النزاع، على نقيض لو كان قضاء الدولة المختص بإتخاذ هذه التدابير ففي ذلك تجزئة للاختصاص وتوزيع النزاع، مما قد يصعب ويعقد مأمورية هيئة التحكيم في حل النزاع، أو يؤدي لوصول إلى أحكام متناقضة، مما يعدم الفائدة من إختيار الأطراف اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاع⁽¹⁾.

وقد خولت العديد من التشريعات للمحكم إصدار التدابير الوقائية والتحفظية، فنص في المادة 1046 (1) ق إ م وإ على منح إختصاص إصدار التدابير الوقائية والتحفظية لهيئة التحكيم فجاء نص المادة على النحو التالي: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص إتفاق التحكيم على خلاف ذلك"، وجاء هذا النص موافق لما نص عليه قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 2006 في المادة 17 (1) وأيضاً قواعد الأونسيترال لعام 2010 في المادة 26 (1)، ووافق هذا النص أيضاً ما جاء في قانون التحكيم المصري لعام 1994 في المادة 24 منه: "يجوز لطرفي التحكيم الإتفاق على أن يكون هيئة التحكيم بناء على طلب أحدهما أن تأمر أياً منهم بإتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، وأن تطلب تقديم ضمان لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به"، وما يلاحظ أن المشرع الجزائري جعل دور المحكم أصيل في إتخاذ هذه التدابير ما لم يحدث خلاف ذلك بإتفاق الأطراف، على عكس المشرع المصري الذي إعتبر تدخل هيئة التحكيم إستثنائياً باعتبار القضاء هو صاحب الإختصاص الأصيل ما لم ينص إتفاق التحكيم على خلاف ذلك، وهذا وفق ما نص عليه في المادة 14 من قانون التحكيم المصري لعام 1994.

كما نصّت لوائح التحكيم المؤسسي، على غرار غرفة التجارة الدولية بباريس في النظام الخاص بها في نص المادة 23 (1) بإتخاذ التدابير المستعجلة فجاء نص المادة على النحو التالي: "ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك يجوز لمحكمة التحكيم حال تحويل الملف إليها أن تأمر بناء على طلب أحد الأطراف بإتخاذ أي إجراء تحفظي أو مرحلي تراه مناسباً، ويجوز لها أن تشترط لإتخاذ مثل هذا الإجراء أن يقدم طالبه تأميناً مناسباً، وتصدر هذه الإجراءات بأمر مسبب أو بقرار تحكيم إذا اعتبرت محكمة التحكيم ذلك مناسباً"، ونفس الحكم صدر عن إتفاقية واشنطن في المادة 47 منه.

(1) منير يوسف المناصير، المرجع السابق، ص 260.

وإضفاء للفعالية على هذا الإجراء حتى لا يكون القصد من إتخاذ تعطيل العملية التحكيمية وإعاقتها وجوب توفر شروط لتمكين من إصدار هذه التدابير الوقائية أو التحفظية، وتكون لهيئة التحكيم سلطة تقديرية في تقدير ذلك بقبول الطلب الذي يقدمه الأطراف من عدمه في حال تخلف الشروط، وهذا ما نصّت عنه المادة 17-أ من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، التي أوردت شروط إصدار التدابير المؤقتة، والتي في مجملها تؤكد على ضرورة أن يكون إتخاذ هذه التدابير لازمة لتجنب الضرر الذي قد يلحق بطلب الإجراء.

وتماشيا مع ما يقتضيه إتخاذ هذه التدابير والإجراءات بالسرعة المطلوبة باعتبارها لا تحتل التأخير لحفظ الحق وحمايته، والمنع من أن يلحق أحد الأطراف طالب إتخاذ هذه التدابير الضرر بمصالحه، يجوز أن يصدر الأمر بالتدبير في قرار لا تلتزم هيئة التحكيم بتسببيه، كما لا يجوز التظلم منه، ولا يلزمها عند الحكم في موضوع النزاع، كما يتعين أن يصدر الأمر من طرف هيئة التحكيم دون الحاجة إلى رئيس الهيئة وإنفراد به بإصدار هذا الأمر⁽¹⁾.

والإشكال الذي يثار في هذه الدراسة حال صدور أمر التنفيذ من هيئة التحكيم وإمتناع من صدر ضده الأمر على التنفيذ، فكيف تواجه هيئة التحكيم هذا الإشكال خصوصا في ظل غياب سلطة الإكراه والإكراه التي من خلالها تجبر الطرف الممتنع عن التنفيذ بشكل إرادي؟ إن الإجابة عن هذا الإشكال ليس بالمعقد، خصوصا في ظل العلاقة التكاملية بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني ووفق دور القاضي المساند لتحكيم، فحسب ما نصّت عنه المادة 1046 (2) ق إ م وإ يمكن لهيئة التحكيم أن تطلب مساعدة قضائية من القضاء الرسمي للتدخل لتنفيذ ما أصدرته هيئة التحكيم من تدابير وقائية أو تحفظية، فجاء نص المادة 1046 (2) ق إ م وإ كالاتي: "إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي"، ونفس الحكم نصّت عنه قواعد الأونسيترال لعام 2010 وقانون الأونسيترال لعام 2006، وقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، ولأهمية تدخل القضاء ومدى إختصاصه في إتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية والتوجهات التي برزت بخصوص السلطة المختصة بين كل من القضاء وهيئة التحكيم في إتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية خصصنا له جزء خاص به في المبحث لثاني من هذا الفصل.

وبالعودة إلى إختصاص هيئة التحكيم في إتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية تخضع لضوابط معينة تفرضها الطبيعة الإرادية للتحكيم من خلال قيامها على مبدأ سلطان إرادة الأطراف في التحكيم التجاري الدولي، وتعلق هذه الضوابط بامتناع هيئة التحكيم إتخاذ هذه التدابير والإجراءات إلا بعد إتفاق صريح من الأطراف وتخويلها هذه الصلاحية، كما أن هذا الإختصاص لا يثبت لهيئة التحكيم إلا بعد تشكيلها.

(1) أحمد هندي، المرجع السابق، ص 61.

كما يستثنى دور هيئة التحكيم في إتخاذ هذه التدابير عندما يتطلب الوضع جبر الطرف على التنفيذ في حالة رفضه التنفيذ طواعية، كما يعتبر قضاء الدولة مختصا إذا كان الإجراء المراد إتخاذه من طرف هيئة التحكيم في دولة غير التي يعقد فيها أطراف الخصومة فيها جلساتهم، فهنا يستثنى دور هيئة التحكيم في إتخاذ التدابير الوقئية والتحفظية لصالح قضاء الدولة التي يجري فيها إتخاذ هذه التدابير والإجراءات⁽¹⁾.

وتوافقا مع طبيعة وخصوصية التحكيم على التشريعات وفي مقدمتها التشريع الجزائري جعل الإختصاص في إتخاذ التدابير الوقئية أو التحفظية يكون حصرا لهيئة التحكيم بعد تشكيلها ومنع أي تدخل مباشر من قضاء الدولة ولو بإتفاق الأطراف لأن في ذلك مساس بإستقلالية التحكيم، وجعل تدخل القضاء إستثنائيا في حال عدم قدرة هيئة التحكيم على إتخاذ هذه التدابير أو كانت هذه التدابير تحتاج إلى قوة وجبر لتنفيذها، ومثل هكذا مقترح يعزز من ثقة الأطراف في التحكيم ويجنب إئثار قضاء الدولة بالقضايا، كما على المشرع الجزائري أن يعدل من نص المادة 1046 ق إ م وإ يجعل إختصاص هيئة التحكيم جوازيا يضيفي سلطة تقديرية في قبولها للطلب أو رفضه إذا تبين لها عدم لزومية هذه التدابير أو عدم توفر أحد شروط إصدارها، أو لعدم صلاحية هيئة التحكيم إتخاذها لغياب سلطة الجبر والإلزام لديها.

ثانيا: سلطة المحكم الأمرية فيما تعلق بأدلة الإثبات

لهيئة التحكيم دور بارز على مستوى إجراءات التحكيم بداية من تشكيلها إلى غاية صدور حكم التحكيم، ومن بين الأدوار التي تضطلع هيئة التحكيم القيام بها هي سلطة الإثبات باعتباره أهم مرحلة في الإجراءات التحكيمية، فتساعد المحكم من التثبت والتحقق حول وقائع قانونية معينة للوصول إلى الحقيقة أو إثبات حقوق الأطراف فهو يهدف بذلك إلى إستقرار الحقوق وتأمين العدالة الإجرائية، فالحق الذي لا يتوفر على دليل الذي يثبت وجوده هو والعدم على حد سواء، ما لم تكن هناك وسيلة معينة يعتمد عليها المحكم في التحقيق من الوقائع القانونية المطروحة في النزاع التحكيمي، أو يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم المترتبة عن هذه الوقائع⁽²⁾، فتقوم بالإلزام طرف بتقديم مستند تحت يده، أو التحقق من صحة هذه المستندات، واستدعاء شهود، أو تعيين خبراء، وثار خلاف فقهي شديد حول الدور الذي يمكن لهيئة التحكيم القيام به من أجل الحصول على أدلة الإثبات في ظل عدم تمتعها بسلطة الإلزام والإجبار، فجعلت هذا الإختصاص حصريا للقضاء لقدرته على الإجبار على

(1) أنظر: منير يوسف المناصير، المرجع السابق، ص 260.

(2) أشرف جوده محمد مريكب، دور المحكم في الإثبات، مجلة الشريعة والقانون، العدد الرابع والثلاثون، الجزء الثاني، 2019، ص ص 1295-1296.

التنفيذ والإلزام بالقيام بالعمل، بينما التوجه الغالب هو منح المحكم هذه السلطة على أساس الوظيفة القضائية المناط له القيام بها التي لا تختلف عن الوظيفة القضائية التي يقوم بها قاض الدولة.

ويقوم نظام الإثبات بإعتباره أحد أبرز النظريات القانونية تطبيقا في الحياة العملية، وبرزت هذه النظرية في ظل إرتباطها بالقاعدة التي تقضي عدم إستطاعة الشخص إقتضاء حقه بنفسه وإن كان يملك الدليل على ذلك، وإنما يلزم عليه اللجوء إلى القضاء⁽¹⁾، ويقوم هذا النظام على إقامة الدليل و الإتيان بالحجة على واقعة ينفيها الخصم، لتؤدي إجراءات الإثبات إلى تكوين قناعة المحكم حول مسألة معينة⁽²⁾، فيعتبر هذا الإجراء ذات صلة بالسلطة الأمرية التي يمتلك المحكم قدرة وسلطة واسعة في تطبيقها.

ولم تحظ أدلة الإثبات بنصوص خاصة في الدعوى التحكيمية على مستوى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مكثفيا بالنص العام على إختصاص هيئة التحكيم في مجال الإثبات وأدلتها من خلال نص المادة 1047 ق إ م و: "تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة"⁽³⁾، وما يستخلص أن لمحكمة التحكيم الحرية الواسعة في مجال الإثبات، فلها الحرية في إختيار طرق الإثبات وجمع الأدلة وفق ما تراه ملائما ومناسبا لسير عملية التحكيم وتسوية النزاع من وسائل الإثبات الكتابي أو شهادة الشهود، أو الإستعانة بخبير... إلخ.

وأكد على حرية المحكم في مجال الإثبات ووسائله كل من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعدل عام 2006 بنص المادة 19 (2): "فيإذا لم يكن ثمة مثل هذا الإتفاق، كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة، وتشتمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم البت في مقبولية الأدلة المقدمة وصلتها بالموضوع وجدواها وأهميتها". وأيضا ما نصّت عليه قواعد الاونسترال المعدل في عام 2010 في المادة 27 بأنه: "3-لهيئة التحكيم أن تطلب من الأطراف في أي وقت أثناء إجراءات التحكيم أن يقدموا في غضون مدة تحددها الهيئة وثائق ومستندات أو أي أدلة أخرى. 4-تقرر هيئة التحكيم مدى مقبولية الأدلة المقدمة وصلتها بالدعوى وطابعها الجوهري ووزنها".

(1) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الإثبات، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص16.

(2) أنظر: عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص141. وأيضا: عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص196.

(3) نظم المشرع الجزائري القواعد العامة للإثبات في قانونين على غرار التشريعات الفرنسي وغيره من التشريعات اللاتينية، الأول المنظم للقواعد الموضوعية للإثبات تم النص عنها في القانون المدني 05-10 في الباب السادس المعنون بإثبات الإلتزام، ونصّت على خمس طرق للإثبات: 1-الإثبات بالكتابة، 2-الإثبات بالشهود، 3-القرائن، 4-الإقرار، 5-اليمين. أما القواعد الإجرائية للإثبات فتم النص عنها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 22-13 في الباب الرابع المعنون بوسائل الإثبات الوارد تحت الكتاب الأول، ونص على 1-إبلاغ الأدلة الكتابية 2-إجراءات التحقيق: الإنابات القضائية، الخبرة، سماع الشهود، مضاهاة الخطوط، تزوير العقود، اليمين.

فتكون للمحكم سلطة تقديرية واسعة إما من تلقاء نفسه في إتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات إذا رأى ضرورة لذلك من عدمه، أو أن يكون بناء على طلب الخصوم نظرا لحريتهم في طلب الإثبات وتحصيل الأدلة وطريقة الإثبات والقانون الذي يحكم هذا الإثبات، هذه الأخيرة التي تعتبر من إجراءات التحكيم التي يكون للأطراف الحرية في تحديد قواعدها والقانون المطبق عليها طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري، وأيضاً باعتبار أن سلطات هيئة التحكيم تتحدد في ظل إتفاق التحكيم، لذلك يمكن لهيئة التحكيم إتخاذ إجراءات الإثبات بناء على ما يطلبه الأطراف، أو أن تقوم باتخاذها وفق سلطتها التقديرية عند إغفال الأطراف الإتفاق عليها أو أن تأمر بها من تلقاء نفسها، أو أن تتفق هيئة التحكيم مع الأطراف إختيار طرق الإثبات المناسبة.

ويكون لهيئة التحكيم صلاحية إتخاذ هذه الإجراءات من عدمه إذا تبين لها عدم الحاجة إلى إتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات شريطة التسبب الكافي في الحكم⁽¹⁾، كما يكون لهيئة التحكيم صلاحية العدول بما أمرت به من إجراءات الإثبات، كما لا تنقيد بنتيجة الإجراء المتخذ من إجراءات الإثبات، فيمكنها الإستغناء عنه إذا رأت حسب تقديرها عدم حاجتها له، ويكون ذلك بشرط تسبب ذلك وذكر أسباب العدول أو عدم الأخذ بنتيجة الإجراء في الحكم⁽²⁾.

وجعل إختصاص هيئة التحكيم أصلي وبصفة حصرية يعتبر موقفاً باعتباره يكرس التحكيم كقضاء خاص ومستقل، ويعزز ثقة الأطراف في التحكيم من خلال الصلاحيات الممنوحة لهيئة التحكيم وقدرتها على تجاوز العوائق والإشكالات التي تصادف عملية تسوية النزاع بواسطة التحكيم، وأيضاً على تجنب لجوء الأطراف للقضاء وتفادي العوائق والسلبيات من جراء اللجوء إليه، ومن جهة أخرى تخفيف العبء على القضاء وإثقال كاهله بهذا النوع من القضايا.

وتتعدد وسائل الإثبات التي تقوم هيئة التحكيم بإستخدامها مثلها مثل القاضي، باعتبار المحكم كقاض خاص يسند له القيام بوظيفة لا تختلف عن الوظيفة التي يقوم بها قاض الدولة، لذلك فكل وسائل الإثبات التي يمكن تقديمها أمام القضاء يجوز تقديمها أمام هيئة التحكيم دون الإلتزام بتطبيق القواعد الإجرائية المتعلقة بها والخاصة بالإثبات أمام القضاء الرسمي، وذلك تبسيطاً لعملية التحكيم وإضفاء مرونة عليها⁽³⁾، وأهم هذه الوسائل نعرضها على النحو الآتي:

(1) أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 238.

(2) منير يوسف المناصير، المرجع السابق، ص 306.

(3) أحمد هندي، المرجع السابق، ص 49-50.

أ-الإلتزام بتقديم المستندات: يعتبر تقديم المستندات أحد أبرز وسائل الإثبات، فهي من قبيل الأدلة الكتابية التي تعتبر أحد أقوى أدلة الإثبات، وتتميز هذه الوسيلة بالسهولة وعدم التعقيد، وعدم إستغراقها وقتاً طويلاً وأيضاً لقوتها الثبوتية⁽¹⁾ ولسهولة تقديمها وعرضها على هيئة التحكيم وأيضاً لسهولة تقييمها من طرف هيئة التحكيم، لذلك تعتبر أحد أهم الوسائل في الإثبات⁽²⁾، لذلك أضحي الغالب أن تتم إجراء محاكمات التحكيم عبر تبادل وعرض المستندات والطلبات المكتوبة دون الحاجة للمرافعة الشفوية، وهذا ما نصّت عنه العديد من النصوص القانونية والأنظمة الدولية، مثل نص المادة 24 (1) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعدل عام 2006: "تقرر هيئة التحكيم ما إذا كانت ستعقد جلسات مرافعة شفوية لتقديم البيانات أو لتقديم الحجج الشفهية، أو إنها ستسير في الإجراءات على أساس المستندات وغيرها من الأدلة المادية... إلخ"، ونفس الحكم نصّت عنه قواعد الأونسيترال للتحكيم المعدلة عام 2010 في المادة 17 (3).

ويثور تساؤل بشأن المستندات التي يقدمها أحد الأطراف في حالة الطعن فيها بالتزوير فأى دور للمحكم إتجاه هذه المستندات؟ في حالة طعن أحد الأطراف في المستندات أو الوثائق المقدمة من الطرف الآخر بالتزوير، فلا سلطة لهيئة التحكيم في إصدار حكمها حول صحة المستند من عدمه لخروج ذلك عن ولايتها، بل عليها أن تلجأ للمحكمة المختصة لتفصل في مدى صحة المستند أو الوثائق، وعلى هيئة التحكيم وقف إجراءات التحكيم لحين صدور حكم نهائي من المحكمة المختصة، إذا كان هذا المستند أو الوثائق المطعون فيها بالتزوير ضرورية للفصل في النزاع، وإلا إذا كان العكس فلها الإستمرار في الفصل في النزاع دون توقيف للإجراءات⁽³⁾.

ب-سماع الشهود: هو إجراء تقوم به هيئة التحكيم بإستدعاءها لأحد الأشخاص من الغير دون أن يكون أحد أطراف الخصومة كشاهد لتقوم باستجوابهم حول واقعة معينة قابلة للإثبات، ويكون هذا الإستدعاء بعد طلب الأطراف ذلك أو أن تقوم به هيئة التحكيم من تلقاء نفسها، فيقوم الشاهد بالإدلاء بشكل مباشر بما يعرفه

(1) تأخذ الكتابة شكلين رئيسيين، يتمثل الشكل الأول في الكتابة الرسمية وهو المحرر الصادر من سلطة تتمتع بالرسمية كالموظف العمومي أو أي شخص مكلف بخدم عامة، ويعد هذا المحرر حجة على الكافة بما هو وارد فيه من بيانات تتعلق بما قام به محررها في حدود سلطته وإختصاصه أو ما شاهد حصوله من ذوي الشأن أو تلقاه عنهم في حدود مهامه، ولا يمكن إنكار هذا المحرر أو التنصل منه إلا عن طريق الطعن بالتزوير، ولحكمة التحكيم الحق في الإطلاع على أصول المستندات والوثائق.

أما الكتابة العرفية أو المستندات العرفية هي كل ما هو صادر عن جهة غير رسمية مختصة، وهي ككتابة المقر بخط يده أن عليه إلتزام بسداد دين إتجاه شخص آخر، أو كتابة وصية بخط الموصي من غير أن يشهد على وصيته، أو هبة شخص لآخر دون تسجيل هذه الهبة، أو وجود دفاتر تجارية تبين تعامل التجار ودائنيهم ومدينيهم، وبخصوص حجة هذا النوع من الكتابة فهي حجة فيما تتضمنه إلا إذا تم إنكاره صراحة بعدم نسبة الخط أو الإمضاء أو البصمة من طرف الشخص المنكر، هذه الحجة التي يتمتع بها السند العرفي تمكن للمحكم أن يحكم بمقتضاه. أنظر: محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 323. وأيضاً: ص 1353-1365، 1367-1365.

(2) منير يوسف المناصير، المرجع السابق، ص 310. وأيضاً محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 323.

(3) أنظر: أشرف جوده محمد مريكب، المرجع السابق، ص 1361-1363.

أو بما سمعه أو رآه من وقائع متعلقة بالنزاع محل التسوية عن طريق التحكيم، ويحتمل في الشهادة المدلى بها أن تحتل الصدق أو الكذب لذلك من الضروري أن تقع الشهادة تحت أداء اليمين من طرف الشاهد، وتعتبر هذه الشهادة التي يدلي بها الغير غير ملزمة لهيئة التحكيم الأخذ بها⁽¹⁾، وإختلفت التشريعات حول مدى جواز إلزام الشهود بأداء اليمين، فمكنت التشريعات كالقانون الإماراتي الذي أوجب على الشاهد أداء اليمين، من خلال نص المادة 211 من قانون التحكيم الإماراتي، على نقيض المشرع المصري الذي نص على سماع الشهود والخبراء دون أداء اليمين وذلك من خلال ما المادة 33 (4) قانون تحكيم مصري لعام 1994، ونرى أنه ليس من الخطأ إمكانية تحليف هيئة التحكيم للشاهد أو أحد الأطراف من تلقاء نفسها إذا رأت في ذلك ضرورة ويسمى هذا الإجراء باليمين المتممة، نفس الأمر ما تعلق بتوجيه اليمين الحاسمة التي يوجهها الخصم للطرف المتخاصم معه، لذلك لا مانع من توجيه اليمين أمام هيئة التحكيم، خاصة إذا كان للخصم دليلاً على حقه، فيحتكم إلى ذمة خصمه⁽²⁾، وباعتبار هيئة التحكيم لا تملك سلطة الإلزام فيمكن لها الاستعانة بالقضاء المختص لإلزام الشاهد بأداء اليمين.

ولهيئة التحكيم عند طلب أحد أطراف الخصوم منها إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات إدعائه عن طريق شهادة الشهود، فإن لهيئة التحكيم سلطة تقديرية في قبول الطلب من عدمه إذا قدرت عدم جدوى هذا الإجراء، ويقع على هيئة التحكيم تسبب هذا الرفض، كما يكون لها سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بهذه الشهادة إذا تأكدت من فائدتها في تكوين عقيدتها في الفصل في النزاع، كما لها أن ترفض هذه الشهادة وتستبعدا إذا قامت شكوك حولها أو أنها لا تفيد حل النزاع بشيء أو كانت غامضة فهئة التحكيم غير ملزمة بالرأي الذي يبديه الشاهد، ويقع على هيئة التحكيم تسبب هذا الاستبعاد أو في حال الأخذ بالشهادة⁽³⁾.

ج- الاستعانة بالخبراء: تعتبر الخبرة أحد طرق الإثبات التي يستعين المحكم بها من تلقاء نفسه لتنيره حول موضوع علمي أو تقني يخرج عن معارفه العادية⁽⁴⁾، أو أن يطلبها أحد الخصوم لإثبات مسألة معينة، وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 125 ق إ م وإ من خلال الهدف المرجو من الأخذ بها لتوضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي.

(1) منير يوسف المنصور، المرجع السابق، ص 332-333.

(2) للمزيد أنظر: أحمد هندي، المرجع السابق، ص 58-59.

(3) أشرف جوده محمد مريكب، المرجع السابق، ص 1389-1392.

(4) أنظر: عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 151. وأيضاً: عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص 131.

ونص على هذا الإجراء كأحد طرق الإثبات كل من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في مادته 26-أ¹: "ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، يجوز لهية التحكيم، أن تعين خبيراً أو أكثر من خبير بتقديم تقرير إليها بشأن مسائل معينة تحددها الهيئة"، ونفس الحكم نصت عنه قواعد الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي في المادة 29 (1).

وباعتبار الخبرة إجراء توضيحياً لواقعة مادية تقنية أو علمية محضة لهية التحكيم، فلا تنقيد به هيئة التحكيم عند الفصل في النزاع وإصدار حكم التحكيم، فيمكن لهية التحكيم لها أن تأخذ بنتائج الخبرة كلها أو جزء منها، أو أن لا تؤسس حكمها على نتائج الخبرة، ويقع على هيئة التحكيم تسبب إستبعاد نتائج الخبرة تفادياً لأي تعسف قد يغال الأطراف⁽¹⁾.

على غرار هذه الإجراءات هناك إجراءات أخرى يكون لهية التحكيم سلطة في تطبيقها، كمضاهاة الخطوط، حيث يقوم المحكم بالفصل في طارئ الخط دعوة الخصم للتثبت من صحة الخط أو التوقيع المنسوب إليه⁽²⁾، أو في حالة تقدم أحد الخصوم أمام هيئة التحكيم للطعن في صحة المحرر المنسوب له من حيث التوقيع أو الكتابة، وغالباً ما يتم اللجوء إلى القضاء للطعن في هذا المحرر لإثبات التزوير، لإمكانية القاضي اللجوء لعدة تدابير كالإزام أحد الخصوم بتقديم الوثائق التي تسمح بالمقارنة، أو اللجوء إلى خبير، أو أن يأمر باستعمال كعناصر للمقارنة التوقيعات التي تتضمنها العقود الرسمية، الخطوط والتوقعات التي سبق الاعتراف بها أو الجزء من المستند الذي لم يتم إنكاره، ويأمر القاضي الغير بتسليم وثائق المقارنة تحت طائلة دفع غرامة تهديدية⁽³⁾.

كما قد تلجأ هيئة التحكيم إلى المعاينة بناء على طلب أطراف الخصومة التحكيمية أو إما من تلقاء نفسها إذا ما رأت هذا الإجراء ضروري للفصل في النزاع، كما يمكنه العدول عن القيام بالمعاينة إذا ما قدر عدم أهمية هذا الإجراء أو أنه غير ضروري، فتعد المعاينة أحد وسائل الإثبات المباشرة، التي ترد على الواقعة نفسها أو المراد إثباتها من أجل التعرف على حقيقتها، فمن أجل ذلك تنتقل هيئة التحكيم إلى مكان معين لمشاهدة بعض الوقائع ومعاينتها وفحصها بنفسها، مثل معاينة مستندات أو بضائع أو أموال أو غيره من المنقولات، ويكون لهية التحكيم سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بنتيجة هذا الإجراء من عدمه⁽⁴⁾.

(1) عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص 143.

(2) خليل عمر غصن، المرجع السابق، ص 111.

(3) عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 162.

(4) منير يوسف المناصير، المرجع السابق، ص 413-423.

ويمكن لمحكمة التحكيم أن تطلب من قضاء الدولة الأمر بالإلزام القضائية، ويقصد بالإلزام القضائية حالة قانونية، تقوم بموجبها الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى والمسماة "بالجهة المنبئة" بأن تكلف جهة قضائية قضائية أخرى التي تسمى "بالجهة المناوبة" لإتخاذ إجراء معين من إجراءات الإثبات، نظرا لإختصاص الجهة القضائية الأخيرة بها، وعجز الجهة القضائية الأولى أو تعذرها عن القيام بها بسبب لا يد لها فيه كبعد المسافة أو الأموال أو الواقعة محل النزاع ووجودها خارج دائرة الإختصاص الإقليمي للجهة المختصة أصلا في النظر في الدعوى، مما يستحيل لها الإحاطة بعناصر الفصل في الدعوى كسماع شهود أو أداء اليمين، أو أداء تحقيق معين، أو إجراء معانيه⁽¹⁾.

والسؤال الذي يطرح نفسه في نهاية الحديث عن صلاحية المحكم في مجال الإثبات وأهم الوسائل التي يستعين بها المحكم في تحقيق ذلك، هو مدى صلاحية المحكم في إلزام المحتكمين بتقديم المستندات التي تحت أيديهم أو في سماع الشهود أو المعاينة، خصوصا في ظل إفتقاد هيئة التحكيم للسلطة الجبرية فما هو الحل المفترض في هذه الحالة؟

إن تمتع هيئة التحكيم بالسلطة الأمرية تجعل من صلاحياتها إلزام الخصوم بتنفيذ إجراءات الإثبات أيا كان نوعه سواء بتقديم مستندات تحت يده أو في إجراء المعاينة، أو مضاهاة الخطوط... إلخ، وهذا ما نصّت عنه المادة 27 (3) من قواعد الأونسيتال والمادة 30 (3) قانون التحكيم المصري بأن تأمر هيئة التحكيم أحد أطراف النزاع بتقديم أي من المستندات والوثائق أو أي أدلة أخرى، لكن في حال إمتناع أحد الأطراف القيام بالإجراء المطلوب منه كتقديم المستندات فلهيئة التحكيم أن تسيّر وفق أحد هذه الحلول، فإما أن تأمر باستمرار إجراءات التحكيم وإصدار حكم التحكيم إستنادا لما هو متوفر أمامها، وهذا ما تم نص عنه في قانون التحكيم المصري في المادة 35 وأيضا القانون النموذجي في المادة 30 (3)، أما المشرع الجزائري فنص عن هذا الحكم في القسم الخاص بالتحكيم الداخلي دون التحكيم التجاري الدولي وذلك في نص المادة 1022 ق إ م وإ .

أما الحل الثاني والذي يعتبر إقراره مساس بالتحكيم فهو طلب هيئة التحكيم من القضاء مساعدته في إجبار أحد الأطراف بتنفيذ إلتزامه، كإلزامه بتقديم المستندات التي بحوزته أو إلزام أحد الأطراف بالحضور للإدلاء بالشهادة تحت طائلة الحكم بالغرامة التهديدية التي لا تملك هيئة التحكيم مثل هذا الإختصاص، وهذا ما نصّ عنه بصريح العبارة المشرع الجزائري في المادة 1048 ق إ م وإ، وأيضا القانون النموذجي في المادة 27 منه، كما تظهر فعالية تدخل القضاء في الاستعانة به لإجبار الغير على تقديم المستندات التي بحوزته، باعتبار هيئة التحكيم

(1) عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 120-121.

لا يمكنها إلزام الغير بتقديم مستند تحت يده وذلك لأن التحكيم لا يلزم الغير الذي لا يعد طرفاً في التحكيم في المثل أمامه إلا بموافقة الغير⁽¹⁾، لذلك فكل إجراء يتطلب سلطة الأمر والإجبار على تنفيذه وتوقيع الجزاءات حال عدم تنفيذه يتطلب الأمر مساعدة القضاء للقيام بذلك باعتباره إختصاص أصيل للقضاء لا متلاكه للسلطة العامة.

ولا ينبغي فهم لجوء هيئة التحكيم للقضاء أو التدخل المباشر للقضاء في مجال الإثبات يعتبر قيداً على سلطة هيئة التحكيم في تسيير عملية التحكيم، فيمكن إعتبار ذلك من قبيل الدور المساعد أو المعاون للقضاء الذي لا يمكن أن يتجاوز الدور الثانوي له أو الصفة الإحتياطية في التدخل، بإعتبار هيئة التحكيم صاحبة الإختصاص الأصيل.

وتركنا التفصيل في هذه المسألة المتعلقة بمساهمة القضاء في توفير أدلة الإثبات فيما هو قادم من الرسالة في المبحث الثاني من هذا الفصل عند الحديث عن الدور المساعد للقضاء في التحكيم التجاري الدولي.

المطلب الثالث

سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق

تحضى مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة التجارية الدولية في غاية الأهمية، فهي الأساس التي يعتمد عليه المحكم ويطبقها لتسوية نزاعات التجارة الدولية، وليس بالضرورة أن يكون القانون الواجب التطبيق على المنازعات التجارية القانون الوطني لدولة معينة فيرتبط التحكيم بهذا القانون، بل العكس من ذلك فيقصد بالقانون الواجب التطبيق مجموع القواعد القانونية التي يرى المحكم أنها ضرورية وملائمة لتطبيقها على موضوع النزاع أيا كان مصدرها⁽²⁾، من هنا تتضح سلطة المحكم في إختيار القانون الخاص سواء بتحديد الأطراف له، أو عند عدم تحديد الأطراف لهذا القانون.

الفرع الأول: سلطة المحكم في إختيار القانون الخاص عند عدم تحديد الأطراف لهذا القانون

إن الأصل في إختيار القانون المطبق على النزاع أو القانون الإجرائي هو إحتكامه لمبدأ سلطان إرادة الأطراف، وتستعيد هيئة التحكيم سلطتها في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع التجاري الدولي في حالة عدم تحديد الأطراف المتنازعة لهذا القانون سواء بإهمالها القيام بذلك أو عدم الإتفاق في تحديد هذا القانون أو

(1) أحمد هندي، المرجع السابق، ص 52.

(2) أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعة الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن،

2008، ص 17.

تحويل هيئة التحكيم هذه السلطة، أو تناقض القانون المختار من طرف أطراف النزاع مع موضوع النزاع، فتكون بذلك هيئة التحكيم سلطة تقديرية واسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق والتصدي لهذه المشكلة، في ظل عدم تقيد المحكم بقانون معين يحتكم له في إصداره لحكمه وتسوية النزاع، وأيد هذا التوجه قضاء التحكيم بصور عدة قرارات تحكيمية، من بينها ما صدر عن غرفة التجارة الدولية بباريس قرار تحكيمي نصّت على أن المحكم الدولي ليس له قانون وطني ولا قواعد تنازع يلتزم بتطبيقها على موضوع النزاع وذلك بإعتبار أن المحكم لا يستمد سلطته من دولة ما⁽¹⁾، ومن هنا أطلق على المحكم بالقاضي الخاص⁽²⁾، على عكس القاضي الوطني الذي يحتكم لقانونه الوطني وإلى القواعد السارية في قضاء دولته تحت غطاء خضوعه لسيادة الدولة التي يصدر الأحكام والقرارات القضائية بإسمها، وهذا ما لا نجده عند المحكم الذي لا يتقيد إلا بما تطلبه إرادة الأطراف وعند غياب هذه الإرادة تكون له إستقلالية وحرية في إختيار القواعد القانونية بتطبيق قواعد تنازع القوانين أو ما تعرف بقواعد القانون الدولي الخاص⁽³⁾، أو الإختيار المباشر للمحكم لقانون وطني معين أو تطبيق مشترك لعدة قوانين، من هنا يكون للمحكم دور بارز في عملية التحكيم بداية بإختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع وما يتخلله أيضا من تحديد القانون المطبق على إجراءات التحكيم⁽⁴⁾.

وفي ذلك تنص المادة 28 من قواعد الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985: "2- إذا لم يعين الطرفان أية قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق"، ونص من نفس القانون في المادة 192 على ما يلي: "فإن لم يكن ثمة مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم -مع مراعاة أحكام هذا القانون- أن تسيّر في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة وتشمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم سلطة قبول جواز الأدلة المقدمة وصلتها بالموضوع وجدواها وأهميتها"، في نفس السياق نصّت قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1976 المعدل في عام 2010 في

(1) علي كاظم الرفيعي، سلطات المحكم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية، المجلد 25 العدد 1، جامعة بغداد، 2010، ص 47. نقلا عن: Sentence CCI n0 1512- 1971, clunet 1975, P.886.

(2) علي كاظم الرفيعي، المرجع السابق، ص 42.

(3) يقصد بقواعد تنازع القوانين بالقواعد القانونية التي يسترشد إليها القاضي في تحديده للقانون الواجب التطبيق على النزاع أو على العلاقات القانونية التي يكون أحد أطرافها عنصرا أجنبيا، لذلك سميت أيضا بقواعد الإسناد التي تهدف إلى وضع حلول أكثر مناسبة وتحقيقا لمقتضيات العدالة من وجهة نظر المشرع لحكم العلاقات الدولية الخاصة، فتختار من بين القوانين المتزاحمة أكثر القوانين ممكن التطبيق وملاءمة لحكم العلاقات المتضمنة لعنصر أجنبي. أنظر: أسامة أحمد الحواري، المرجع السابق، ص 123.

ويشترط لقيام التنازع بين القوانين أن يكون التنازع بين قوانين الدول المكتسبة للصفة الدولية وفقا لأحكام القانون الدولي العام، وأن يكون هذا التنازع بين القوانين الخاصة كالقانون المدني والتجاري وقانون الأسرة أما القوانين العامة فلا مجال لإعمال قواعد التنازع فيها، ويشترط أيضا وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية كان يكون البائع جزائري والمشتري من فرنسا. أنظر: أسامة أحمد الحواري، المرجع السابق، ص 125.

(4) محمد جارد، المرجع السابق، ص 59.

المادة 35 بأنه: "تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي يعينها الأطراف باعتبارها منطبقة على موضوع المنازعة، فإذا لم يعين الأطراف تلك القواعد، طبقت هيئة التحكيم القانون التي تراه مناسباً"، كما نصّت إتفاقية واشنطن لعام 1965 في المادة 42 (1) بأنه: "تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يقرها طرفي النزاع، وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ، فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنزع القوانين، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع"، أما ما تعلق بالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات فنصّت إتفاقية واشنطن في المادة 44 منه: "يتم السير في إجراءات التحكيم طبقاً لأحكام هذا القسم، وتبعاً لقواعد التحكيم السارية في يوم الإتفاق على التحكيم ما لم تتفق الأطراف المعنية على خلاف ذلك، وإذا عرضت مسألة تتعلق بإجراءات غير مدرجة في هذا القسم أو في نظام التحكيم أو أية قواعد أخرى، يتفق عليها الطرفان فإن المحكمة هي التي تفصل في أمرها".

في حين نصّت قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس في مناسبتين على سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق، الأولى ما تعلق بالقواعد القانونية المطبقة على الإجراءات في المادة 19 بنصها: "تخضع الإجراءات أمام هيئة التحكيم لهذه القواعد، وإذا خلت القواعد من النص المطلوب، تخضع الإجراءات لأية قواعد يتفق عليها الأطراف أو التي تقررها هيئة التحكيم في حالة عدم إتفاق الأطراف"، أما الثانية الخاصة بالقواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع فنص في المادة 21 من نفس القانون بأنه: "1- يتمتع الأطراف بحرية الإتفاق على القواعد القانونية الواجبة على هيئة التحكيم تطبيقها على موضوع المنازعة، وفي غياب مثل هذا الإتفاق، تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي تعتبرها ملائمة"، في حين نصّت الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 في المادة 7 (1) ب ج: "في حالة عدم إشارة الطرفين إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع طبق المحكم القانون الذي تعينه قاعدة النزاع التي رآها المحكم مناسبة للقضية".

أما بالنسبة للتشريعات الأجنبية نص قانون التحكيم المصري لعام 1994 في المادة 39 (3): "وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه أكثر إتصالاً بالموضوع"، ونفس المعنى نص عليه قانون الإجراءات المدنية الفرنسية في المادة 1511 ق إ م ف⁽¹⁾.

(1) Article 1511 CPCF : "Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties sont choisies, ou à défaut, conformément à celles qu' il estime appropriées..."

وجاءت مختلف النصوص السابقة متوافقة لما هو منصوص عليه في القانون الجزائري من خلال المادة 1043 ق إ م وإ التي تنص على القواعد المطبقة على الإجراءات فنصّت: "إذا لم تنص الإتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات، عند الحاجة، مباشرة أو إستنادا إلى قانون أو نظام تحكيم"، ونص بخصوص القواعد المطبقة على موضوع النزاع في المادة 1050 ق إ م وإ: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

وحسب نص المادة 1050 ق إ م وإ والنصوص سابقة الذكر قيّدت القوانين السلطة التقديرية للمحكم بأن تكون قواعد القانون المختارة متصلة بالنزاع وملائمة لتسويته، فلا يخضع في تقديره لأهواءه وميولاته وإعتباراته الشخصية دون أن يكون تحديده لهذه القواعد ملائمة ولها صلة بتسوية النزاع. وتبرز سلطة المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق سواء على الإجراءات أو على موضوع النزاع على النحو الآتي:

أولاً: سلطة المحكم في تطبيق القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

من خلال التشريعات والإتفاقيات ولوائح التحكيم السابق عرضها، يتضح أن للمحكم دور في إختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات الفصل في النزاع، ولا يتحدد هذا الدور إلا في حال تفويض الأطراف لهيئة التحكيم القيام بذلك، أو لخلو إتفاق التحكيم من تحديد هذا القانون، لأن الأصل أن يتحدد عن طريق إرادة الأطراف بناء على الطبيعة الإرادية للتحكيم، فالقاعدة المكرسة في هذا الشأن هو حرية الأطراف في تنظيم الإجراءات وتحديد القانون المطبق بشأنها وهذا ما نص عنه صراحة في إتفاقية نيويورك في المادة 5 (1): "لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم و تنفيذه بناء على طلب الطرف المتمسك ضده بالحكم إلا اذا قدم هذا الطرف للسلطة المختصة في البلد المطلوب فيه الاعتراف بالحكم وتنفيذه الدليل على أن :- تشكيل محكمة التحكيم أو اجراءات التحكيم لم تكن مطابقة لإتفاق الأطراف أو لقانون الدولة التي تم فيها التحكيم في حالة عدم وجود إتفاق بين الأطراف"، ولتطبيق هذه القاعدة لا بد أن نميز بين نوعي التحكيم، فما تم الإشارة إليه سابقا ينطبق على التحكيم الحر، أما التحكيم المؤسسي فلا دور لإرادة الاطراف، أين يعتبر لجوء الأطراف لإحدى مراكز أو مؤسسات التحكيم بمثابة إذعان لهم للأحكام اللائحية المنظمة للإجراءات، وما على هيئة التحكيم إلا تطبيقها، وهذا ما جاء في إتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الإستثمار لعام 1965 في المادة 44 منه بنصها: "تسير إجراءات التحكيم طبقا لنصوص القسم الحالي، وطبقا لللائحة التحكيم النافذة في التاريخ الذي إتفق فيه الأطراف

عى إخضاع النزاع للتحكيم ما لم يوجد إتفاق مخالف للأطراف..."، يلاحظ من نص المادة أن القواعد الإجرائية المنصوص عنها في الإتفاقية تعتبر ملزمة للأطراف ولمحكمة التحكيم، بإستثناء القواعد التي أجازت الإتفاقية للأطراف الإتفاق على مخالفتها، ومكنت هذه الإتفاقية الأطراف الإتفاق على إختيار قواعد إجرائية شريطة عدم مخالفة القواعد الآمرة في الإتفاقية⁽¹⁾.

وتكمن فعالية دور هيئة التحكيم في وضع القواعد الإجرائية في صعوبة الأطراف الإهتمام للقواعد الإجرائية المناسبة لتطبيقها على النزاع، فقد لا تكون ملزمة بجميع القواعد الإجرائية أو أن يكون إختيارها قاصرا لهذه القواعد الإجرائية، لذلك في الغالب تتدخل هيئة التحكيم التي تكون لها سلطة في إختيار القواعد الإجرائية الخاصة بالخصومة التحكيمية، وفق ما يراه مناسبا وملائما بتطبيقه لأحد هذه المعايير التي إختلف الفقه والتشريعات في الإجتماع حولها على معيار واحد:

- تكون للمحكم سلطة في تطبيق قانون مقر التحكيم على الإجراءات، أو الدولة التي تم إجراء معين من إجراءات التحكيم، ورغم ما يساهم تطبيق قانون مكان التحكيم من تسهيلات لهيئة التحكيم بربط إجراءات التحكيم بقانون المكان الذي يجري فيه، وذلك للمعرفة المسبقة بالقانون البلد الذي يجري فيه التحكيم، كما أن إختيار قانون مكان التحكيم يعتبر المعيار الأنسب لكونه يتفق مع مبدأ سلطان الإرادة في إختيار ما إتجهت إليه إرادة الأطراف من إختيارها للمكان الذي يجري فيه التحكيم، فلا يمثل بذلك تطبيق قانون مكان التحكيم أي مفاجأة غير مرغوب فيها للأطراف، غير أن ما يؤخذ على هذا المعيار عند تعدد المكان الذي يجري فيه التحكيم فقد يتخذ عدة مواقع، لذلك يصعب تحديد القانون الذي سيطبق على الإجراءات⁽²⁾، وهذا التوجه الذي تبنته إتفاقية نيويورك لعام 1958 في المادة 5 د بنصّها: "أن تشكيل هيئة التحكيم أو أن إجراءات التحكيم لم تكن وفقا لإتفاق الطرفين أو لم تكن، في حالة عدم وجود مثل هذا الإتفاق، وفقا لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم".

- يمكن لهيئة التحكيم أن تأخذ بعين الإعتبار القانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه في موضوع النزاع، ليطبق قانونه على الإجراءات، فتتحقق بذلك وحدة التطبيق بين القانون الإجرائي والموضوعي.

(1) سمية صخري، النظام القانوني للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار البترولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2018، ص293.

(2) سمية صخري، المرجع السابق، ص ص289-291.

-يمكن للمحكم تطبيق القواعد المتعلقة بالإجراءات المنصوص عنها في أحد مراكز أو مؤسسات التحكيم الدائمة.

الملاحظ من نص المادة 1043 (2) السابق الذكر أعطى لهيئة التحكيم حرية واسعة في إختيار القانون والواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في حال لم تحدد إرادة الأفراد هذه القواعد، فلم يقيد المشرع بأية ضوابط تلتزم هيئة التحكيم إتباعها، وهذا ما من شأنه أن يضيفي فعالية على نظام التحكيم.

ثانيا: سلطة المحكم في تطبيق القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

يحكم تطبيق المحكم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عبر تطبيقه لقواعد التنازع القوانين لقانون الدولة المتعاقدة من خلال عدة معايير وضوابط موضوعية يسترشد إليها المحكم نوردها فيما يلي:

-تطبيق المحكم لقواعد التنازع للبلد المختار تطبيق قانونه على النزاع: فبناء على ما يفرضه مبدأ سلطان الإرادة، فيما أن للأطراف الحرية في إختيار القانون المطبق على النزاع، فإن قيامهم بذلك يعني بالتبعية إختيارهم لقواعد القانون الدولي الخاص الواجبة التطبيق على نزاعهم، تم إنتقاد هذا المعيار لأن فيه إفترض ليس هو بالضرورة ما إنصرف إليه إرادة الأطراف، لذلك فهو يحمل تفسيراً أكثر مما يجب، فإختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على النزاع ليس بالضرورة تطبيق هذا القانون على ما يثور من إشكالات تخص تنازع القوانين⁽¹⁾.

-يمكن لهيئة التحكيم إعمال القواعد القانونية للدولة محل تنفيذ حكم التحكيم الصادر في النزاع المطروح على التحكيم، وتبنت هذا الإتجاه إتفاقية نيويورك لعام 1958 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في المادة 5 (2) ب، عند نصها برفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الاجنبي في البلد المطلوب فيه التنفيذ يتعارض مع السياسة العامة لهذا البلد، غير أنه قد يقع الخلاف في حالة ما تم تنفيذ الحكم في دول عدة فأى قانون دولة يعتد به، كما أنه قد لا يعلم المحكم بالقانون الواجب التطبيق على النزاع لعدم إمكانية العلم مسبقاً بمكان تنفيذ حكم التحكيم.

-إلى جانب هذا المعيار ظهرت معايير أخرى كتطبيق المحكم لقانون الدولة التي ينتمي إليها أو التي يحمل جنسيتها لمعرفته المسبقة بقواعد دولته فتسهل عليه توفير حلول فعالة لتسوية النزاع، غير أنه يعاب على هذا الرأي إمكانية عدم وجود قانون يطبقه على النزاع مما يجعل المحكم أمام فراغ قد يعطل تسوية النزاع.

(1) أسامة أحمد الحواري، المرجع السابق، ص 131.

-ويمكن للمحكم تطبيق قانون أحد الأطراف، كما قد تتجه إرادة المحكم لإعمال القواعد القانونية لمكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، أو أن يبحث المحكم في الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للأطراف المتنازعة، لكن شريطة أن تكون الجنسية مشتركة أو يوجد موطن واحد مشترك بين أطرافه.

- كما قد يهتدي المحكم لتحديد القانون الذي يطبقه على النزاع بالمكان الذي تم فيه إجراء التحكيم أو ما يعرف بمعيار مقر التحكيم، لكن لقي هذا المعيار إنتقاد لكونه قد لا يتم التحكيم في مكان واحد، فيمكن عقد جلسات الإستماع في عدة دول أو أن تتم العملية التحكيمية عن بعد، كما أن إختيار مقر التحكيم ليس بالضرورة يكون خيارا مدروسا وإنما قد يأتي على محض الصدفة أو جناح السرعة، فنتساءل أي فعالية تضيفها تطبيق القواعد القانونية لهذا البلد الذي يجري فيه التحكيم على النزاع، لذلك قد يكون المكان الذي يجري فيه التحكيم لا علاقة له بالنزاع المطروح لذلك لا يضيفي هذا المعيار أي فعالية في تحديد قواعد التنازع وتطبيقها على موضوع النزاع.

-يمكن للمحكم الأخذ بقواعد التنازع لقانون وطني معين لأي دولة يرى في تطبيقها الحل الأنسب للنزاع أو باعتبارها أكثر ملائمة لتسوية النزاع، ويعتبر هذا المعيار من المعايير التي يكون للمحكم حرية واسعة، لذلك أثبتت فعاليتها لكونها تؤكد على ضرورة تثبيت المحكم من قواعد التنازع لقانون معين المختارة أنها الأنسب لموضوع النزاع المطروح عليه، فيعتبر أكثر ملائمة مع متطلبات التجارة الدولية، وإن كان يظهر صعوبة المعيار في أنه يجعل المحكم أكثر حرصا في إختياره لهذه القواعد حتى تكون مناسبة وملائمة وتوفر حلا فعلا للنزاع، كما تستوجب أن يكون المحكم على قدر من الكفاءة وملما بجميع القوانين.

وبعيدا عن الحديث عن ملائمة إعمال قواعد التنازع وتطبيقها على موضوع النزاع من عدمه، ومدى علاقة وإرتباط هذه القواعد مع موضوع النزاع، إلا أن جل هذه القواعد لا تخرج المحكم عن تطبيقه للقانون الوطني والذي يعتبر أحد أسباب لجوء الأطراف للتحكيم هو تفادي إعمال القانون الوطني لتسوية النزاع، لذلك فقواعد التنازع لا توفر الحل الأمثل للأطراف ولا تؤدي لتجاوز الإشكالات التي يثيرها اللجوء إلى القضاء الوطني الذي بطبيعة الحال يطبق قانونه الوطني من هذا المنطلق أدى بالمحكم للبحث عن قواعد جديدة تكون أكثر ملائمة مع طبيعة المعاملات التجارية الدولية.

كما يمكن للمحكم الإبتعاد عن إعمال قواعد التنازع أو إستخدام قواعد قانون دولة معينة نتيجة ما يعتري هذه القواعد والقوانين الوطنية من إشكالات وعيوب، فوصفت بالغير الملائمة لما هو متعلق بالتجارة الدولية وأيضا للجوانب السلبية التي تعترى تطبيق كل قاعدة من قواعد الإسناد والتنازع، وأيضا للاختلافات الجوهرية بين هذه

القواعد وبين ما يفرضه مصلحة المجتمع الدولي ومصالح التجارة الدولية وما يقوم عليه قضاء التحكيم التجاري الدولي من خصوصية وطبيعة خاصة وأهداف لا تتفق مع تطبيق لهذه القواعد التي في الغالب تؤدي إلى تطبيق القوانين الوطنية، وهذا ما أدى بالفقيه بروسية إلى وصف القوانين الوطنية بأنها⁽¹⁾: "مستنقع كئيب يسكنه علماء غربي الأطوار يدرسون مسائل غامضة مستخدمين تعبيرات ومصطلحات تستعصي الفهم"، لذا يكون المحكم غير مقيد بإختيارها، فيرجع إلى تطبيق قواعد القانون التجاري الدولي ليعتمد عليها في تسوية النزاع، ولجوءه إلى هذه القواعد يعتبر الغالب على مستوى قضاء التحكيم، وسنستعرض في العنوان الموالي إلى دور المحكم وسلطته في

تطبيق قواعد قانون التجارة الدولي أو ما يعرف بـ: **La Lex Mercatoria**.

الفرع الثاني: سلطة المحكم في تطبيق قانون التجارة الدولي **La Lex Mercatoria**⁽²⁾

إن هذه المعايير السابقة سواء إختيار المحكم قانون دولة معينة أو إعمال أحد قواعد التنازع لإستخراج القانون الواجب التطبيق، كل ولها مأخذ يصعب عليه تطبيقها عمليا كما أشرنا إليه، فبرز توجه جديد أكدته مختلف النصوص التشريعية والإتفاقيات الدولية المنصوص عنها سابقا على إختصاص المحكم وحرية في إختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع بتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية وما يشتمل عليه من قواعد ومبادئ عامة، والعرف والعادات التجارية، والمبادئ العامة للقانون.

ويعتبر قانون التجارة الدولية من القوانين الحديثة نسبيا، يتميز في نشأته بالتلقائية وإنعدام تدوينه وتجميعه في قانون قائم بذاته للإختلاف والتنوع الكبير لمصادره⁽³⁾، وأيضا لتمييز هذا القانون بالإستقلالية عن القوانين الوطنية، كما أنها تحكم وبصفة حصرية العلاقات التجارية الدولية وما ينشعب عنها من عقود وتصرفات ومعاملات تجارية دولية⁽⁴⁾، من إبراز لأهم خصائص قانون التجارة الدولية تعددت التعريفات التي أطلقت عليه، ولعل أبرزها وأشملها تعريف الأمم المتحدة من خلال ما ورد في تقرير الأمانة العامة للجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة والمتعلق بإنشاء

(1) إبراهيم العسري، المرجع السابق، ص150.

(2) يحمل عدة مصطلحات مرادفة تستعمل في نطاق المجتمع الدولي فمنهم يستخدم مصطلح القواعد العبر الدولية، أو مصطلح القانون غير الوطني، أو القواعد الغير الوطنية، أو ما يطلق عليه بقانون التجار المطبق في العلاقات التجارية الدولية Lex Mercatoria، أو أعراف التجارة الدولية. فصل في هذه المصطلحات ونسبة كل من هذه المصطلحات إلى الفقيه الذي كان له دور في بروز كل مصطلح من هذه المصطلحات. راجع في ذلك: إباد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2004، ص540.

(3) ثار خلاف حول مدى إضفاء الصفة القانونية على هذه القواعد، فإتجاه أنكر الصفة القانونية لهذه القواعد وحصرها في كونها قواعد وعادات تجارية لا تتمتع بالقوة الإلزامية، وإتجاه ثاني أضفى الصفة القانونية على هذه القواعد واعتبرها نظام قانوني مستقل بذاته وهذا ما تبناه عدة فقهاء أبرزهم: Goldman عندما قال: "تمثل هذه القواعد نظاما قانونيا له إستقلاله الذاتي رغم عدم تكامل قواعده"، وأيضا الفقيه Philippe Fauchard بقوله: "لا يمكن القول بأن القانون التجاري الدولي يشكل نظاما قانونيا بالمعنى الدقيق لهذا الإصطلاح". أورد هذه الآراء إبراهيم العسري، المرجع السابق، ص153.

(4) هيئة نجاد والكاهنة إرزيل، عن القوة الإلزامية لمصادر قانون التجارة الدولية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 02، 2019، ص557.

لجنة القانون التجاري الدولي بأنها مجموعة القواعد السارية على العلاقات التجارية المتعلقة بالقانون الخاص التي تجري بين دولتين أو أكثر.

وتأتي هذه القواعد والمبادئ التي تأخذ في التطبيق مكانة قواعد التنازع والقواعد الموضوعية مسارية للطبيعة الخاصة للتحكيم والهدف المتوخى للأطراف من اللجوء إليه، بتفادي تسوية المنازعات على مستوى القضاء الوطني وتطبيق القوانين الداخلية، فأضحى التحكيم يرتبط مباشر بالقواعد القانونية للتجارة الدولية، التي تأخذ في التطبيق مكانة قواعد التنازع أو القواعد الموضوعية لأي دولة يرى في تطبيقها الحل الأنسب للنزاع فتتفادى ما تثيره هذه القواعد والقوانين من إشكالات وقصور على مستوى تسوية نزاعات التجارة الدولية، ويرجع أيضا فعالية هذه القواعد إلى ملاءمتها للتجارة الدولية ومصالح المجتمع الدولي وقضاء التحكيم التجاري الدولي بصفة عامة وإستقلالها عن القوانين الوطنية، لذلك أضحى الغالب تطبيق المحكم لقواعد القانون التجاري الدولي خاصة بعد توافق وتبني مختلف التشريعات الدولية والوطنية على تطبيقها⁽¹⁾.

وكما أشرنا سابقا تتعدد مصادر قانون التجارة الدولية التي يختار منها المحكم ما يطبقه على النزاع فيكون بمثابة القانون الواجب التطبيق على المنازعة، وأبرز هذه المصادر المتعارف والمتفق عليها تتمثل في القوانين الوطنية، والقانون الدولي، وقانون التجار أو ما يعرف بـ *Lex Mercatoria*⁽²⁾.

وإذا كانت القوانين الوطنية المطبقة على العلاقات التجارية الدولية وما يثور بشأنها من نزاعات معروفة قد سبق التطرق لها سواء بالتطبيق المباشر للقانون الوطني أو إعمال قواعد التنازع لاختيار القانون الواجب التطبيق، على نقيض قواعد القانون الدولي التي تعرف إنتشار وتبني واسع وهو محل دراستنا في العناوين القادمة. وقد نص النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية في المادة 38 (1) على وظيفة المحكمة بأنها تفصل في المنازعات المرفوعة إليها وفقا لأحكام القانون الدولي، وتطبق في هذا الشأن⁽³⁾:

أ-الإتفاقيات الدولية العامة والخاصة.

(1) أشارت العديد من قضايا التحكيم إلى تطبيق هيئة التحكيم للقوانين الغير الدولية أو ما يعرف بقانون التجارة الدولي على المنازعات لتسوية المنازعات الناشئة على عقود التجارة الدولية وإستبعاد قانون الدولة المتعاقدة، ففي قضية أرامكو طبقت هيئة التحكيم القانون السعودي على بعض المسائل، وفي الوقت نفسه طبقت القانون الدولي على المسائل التي تدخل في إختصاصه مثل سيادة الدولة على مياها الإقليمية.

في قضية أخرى تعرف بقضية Texaco طبقت فيها هيئة التحكيم القانون الدولي مبررين هذا التصرف بأن العقود المبرمة بين ليبيا والشركات الأمريكية هي تصرفات تتصل بالقانون الدولي بشكل مباشر وذلك لعدم صلاحية الأنظمة القانونية الأخرى لحكم المسألة المعروضة على هيئة التحكيم. أنظر: كنده جمال عبد الستار، المرجع السابق، ص146.

(2) هيئة نجود والكاهنة إرزيل، المرجع السابق، ص559.

(3) راجع النص كاملا للنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية المنشور على:

<https://www.un.org/ar/about-us/un-charter/statute-of-the-international-court-of-justice>

ب- العادات الدولية المرعية والمعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الإستعمال.

ج- مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة

د- أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين، ويعتبر هذا أو ذاك مصدرا إحتياطيا لقواعد القانون وذلك مع مراعاة أحكام المادة 59. وستقتصر دراستنا على ثلاث قواعد لأهميتها ولدور المحكم في إختيار القواعد الواجبة التطبيق على النزاع، وكيف يؤثر ذلك على مبدأ سلطان الإرادة للتحكيم التجاري الدولي، وتتمثل هذه القواعد في المبادئ العامة للقانون، والقواعد ومبادئ العدالة والإنصاف، والعادات والأعراف التجارية الدولية.

وتعتبر قواعد العبر دولية أو قانون التجارة الدولية من أكثر المسائل تعقيد وتشعبا والتي ثارت العديد من الدراسات بشأنها التي لو فصلنا فيها لإستغرقت مؤلفا لوحدها⁽¹⁾، لذلك ستقتصر دراستنا على نقاط معينة نتطرق فيها لدور المحكم في تطبيق هذه القواعد ومدى حريته وسلطته في ذلك وكيف يعتبر ذلك تقييدا وتراجعا لمبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي.

أولا: العادات والأعراف التجارية الدولية

تحتل العادات وأعراف التجارة الدولية مكانة بارزة ومهمة في قضاء التحكيم، فتعتبر أحد أهم مصادر قانون التجارة الدولية، وتتميز نشأة هذه القواعد بالتلقائية، فيتحدد مضمونها وخلق عادات جديدة عن طريق تكرار حلول التحكيم التجاري الدولي للمشاكل المثارة بشأن العقود الدولية أو بصفة عامة من خلال ما ينتج عن التعاملات التجارية الدولية بشكل مستمر ومتواتر، فتتبلور هذه القواعد الملائمة مشكلة بذلك قانون موضوعي للتجارة عابر للحدود، لذلك تكون للمحكم الدولي سلطة في حل النزاع عبر تطبيقه لهذه الأعراف والعادات التجارية الدولية التي تكون مستقلة عن القوانين الوطنية⁽²⁾.

ولأهمية الأعراف والعادات الدولية تم النص عليها في مختلف المعاهدات الدولية، أبرزها معاهدة الأمم المتحدة المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع لعام 1980، المعروفة بمعاهدة فيينا فنصّت في المادة 9 بأنه: "1 يلتزم الأطراف بالأعراف التي إتفقا عليها وبالعادات التي إستقر عليها التعامل بينهما. 2 ما لم يوجد إتفاق على خلاف ذلك، يفترض أن الطرفين قد طبقا ضمنا على عقدهما أو على تكوينه كل عرف كانا يعلمان به أو كان ينبغي أن

⁽¹⁾ من بين أهم الإشكالات المثارة بصدد قواعد قانون التجارة الدولية هو مدى تمتعها بالصفة القانونية والزامية مصادرها. للمزيد حول الموضوع راجع: إباد محمود بردان، المرجع السابق، ص 541-552.

⁽²⁾ أنظر في تعريف العادات والأعراف التجارية الدولية: أسامة أحمد الحواري، المرجع السابق، ص 144.

يعلمنا به متى كان معروفاً على نطاق واسع ومراعى بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف في العقود المماثلة السارية في نفس فرع التجارة".

يظهر من نص المعاهدة السابقة أن تشكل هذه الأعراف والعادات يتطلب وجود ركنين رئيسيين، الركن الأول وهو الركن المادي والمتمثل في تواتر العمل بقاعدة أو سلوك معين باستمرار واعتياد الناس على هذا السلوك والعمل المتواتر، أما الركن الثاني وهو الركن المعنوي وهو إعتقاد الناس بالزامية هذه القاعدة أو السلوك بنفس الإلزامية التي تحملها القاعدة القانونية.

ويلجأ المحكم الدولي إلى تطبيق العادات والأعراف التجارية الدولية ويكون له الحرية في ذلك بعد إستبعاده للقانون المختار من طرف الخصوم لمخالفته للنظام العام الدولي، ليطبق في مكانها هذه الأعراف والعادات التجارية الدولية، كما يلجأ المحكم لتطبيق هذه الأعراف والعادات عند إستحالة تطبيقه للقانون المختار من قبل الأطراف لصعوبة ذلك أو لكون كل طرف إختار قانونه الوطني فيصعب على المحكم الإهتمام لقانون معين يطبقه على النزاع، أو وجود غموض في القانون المختار من الأطراف، أو في حالة عدم تحديد الأطراف نهائياً للقانون الواجب التطبيق على النزاع، هذا الوضع يجعل المحكم أمام وجوبية التدخل لحل الإشكال ومعالجة الوضع الطارئ لاستمرارية قضاء التحكيم في حله للنزاع وهنا تظهر فعالية هذا النوع من وسائل التسوية، فيتدخل المحكم لإعمال قواعد العدالة والأعراف التجارية الدولية بما يتلاءم ويتناسب مع طبيعة العلاقة وتسوية النزاع المثار بشأنه.

ونصت قواعد الأونسيتال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 على حرية هيئة التحكيم الفصل في النزاع وفق ما تقتضيه العادات والأعراف التجارية وذلك في المادة 28 (4): "في جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لشروط العقد وتأخذ في إعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المطبقة على المعاملة".

وصدر قرار تحكيمي بهذا الشأن في قضية تعرف بـ: Framatome، حيث أشارت هيئة التحكيم إلى وجوب تطبيق مبادئ حسن النية والعقد شريعة المتعاقدين باعتبارهما من أعراف التجارة الدولية، ونلاحظ في هذا الحكم خلطه بين مصدري القواعد العبر الدولية بين كل من الأعراف التجارة الدولية والمبادئ العامة للقانون والذين يفترض إستقلالهما وإستحالة دمجهما لأهمية كل مبدأ وإستقلاله باعتباره مصدر قائم بذاته⁽¹⁾.

(1) راجع: إياذ محمود بردان، المرجع السابق، ص 553. نقلا عن:

Sentence rendue dans l'affaire no 3896 982 J.D.I 1984, P.38, Note B. Oppetit.

ثانيا: مبادئ العدالة والإنصاف

قد لا يتقيد المحكم بقواعد القانون الوطني في إصداره لحكم التحكيم، فيحتكم المحكم لقواعد العدالة والإنصاف بإستخراجه إياها من العقل وحكمة التشريع⁽¹⁾، بعد تفويضه بالصلح من جانب الأطراف وهذا ما يسمى بالتحكيم بالصلح، ويطبق المحكم هذه القواعد حسب قناعاته بفعالية هذه القواعد في حل وتسوية النزاع، ويحظى هذا النوع من التحكيم بمكانة بارزة في حل وتسوية المنازعات التجارية الدولية وتطبيق المحكم لقواعد العدالة والإنصاف. وصولا لحكم عادل وحلول منصفة، دون أن يكون مقيد ما تفرضه القوانين وإمكانية عدم توفير الحلول المناسبة لتسوية المنازعات، وهذا ما يسعى إليه الأطراف من لجوءهم إلى التحكيم متجنبين اللجوء إلى القضاء⁽²⁾.

ولفعالية هذه القواعد التي تسترشد إليها هيئة التحكيم في تطبيقها على موضوع النزاع عرفت تكريس من مختلف القوانين والإتفاقيات الدولية، فنص كل من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية في المادة 1474 وقانون التحكيم المصري لعام 1994 في المادة 39 (4) على أن لهيئة التحكيم سلطة في الفصل في النزاع بالصلح وفقا لقواعد العدالة والإنصاف دون أن تتقيد بأحكام القانون، وهذا بعد التفويض بالصلح من أطراف النزاع لهيئة التحكيم، وأيضا قواعد الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 في المادة 28 (3) التي نصّت: "لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس مراعاة العدالة والحسنى، أو كمحكم عادل ومنصف، إلا إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحة"، وأيضا إتفاقية واشنطن لعام 1965: "ولا تخل أحكام الفقرتين السابقتين بما للمحكمة من سلطة -إذا ما إتفق الطرفان على ذلك- في الحكم بموجب مبادئ العدالة والإنصاف"، ومنه يستلزم توفر شرطين ضروريين حتى يمكن للمحكم إعمال هذه القواعد: إما في حالة عدم وجود قانون يلتجئ إليه لحل النزاع؛ أو إتفاق أطراف النزاع على تفويض هيئة التحكيم أن تحكم بالإستناد إلى قواعد العدالة والإنصاف وذلك بعد التنازل عن تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق على النزاع، وإن كانت هذه الحرية يقيدتها عدم مخالفة النظام العام.

ولا يعني أن الحديث عن التحكيم مع التفويض بالصلح بالضرورة التنازل عن تطبيق القانون أو عن الحماية التي يقدمها القانون، فإعمال المحكم لفكرة العدالة هنا هو عدم إنفراده المطلق بوضع الحكم بحسب هواه الشخصي، وإنما يظل مقيدا بما تفرضه قواعد العدالة باختياره للقانون الملائم والسائد الذي يراه أكثر تحقيقا

(1) هيئة نجود والكاهنة إرزيل، المرجع السابق، ص 562.

(2) محمد جارد، المرجع السابق، ص 71.

للعادلة، لذلك فلا مجال من أن يفلت تسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقود التجارة الدولية من حكم القانون، فيخضع النزاع للحل الملائم الذي يقرره القانون والذي يراه المحكم مناسباً وملائماً بما يحقق توافق الأطراف على الحل وبما يحقق رضاهم على التحكيم نظراً للمصالح المتوازنة التي يحفظها هذا التحكيم⁽¹⁾.

إن إعطاء هذه الصلاحية من الأطراف لهيئة التحكيم تجعل هذه الأخيرة تتمتع بحرية ومرونة واسعة للمحكم بالصلح في تسوية المنازعات، وهو كما قال الأستاذ René David أن له دور أساسي ومهم من خلال ما يمكنه أن يقيم علاقات قانون جديد يختلف عن القانون الذي يطبقه القاضي الوطني، وذلك لكون القانون الذي ترصده هيئة التحكيم يركز على العدالة والإنصاف ويتجاوز التعقيدات الشكلية للقوانين الوطنية⁽²⁾.

وتظهر فعالية التحكيم في قدرته على خلق قواعد موضوعية مشكلة قانون موضوعي خاص بتنظيم معاملات التجارة الدولية والعقد بصفة عامة منافساً بذلك التشريعات الوضعية نتيجة لدور التحكيم بصفة عامة والتحكيم مع التفويض بالصلح⁽³⁾، في خلق قواعد مادية وبلورتها من أجل تدويل العقد الدولي وجعله حر طليق في منأى عن القانون، وإصدار أحكام أكثر ملاءمة للطبيعة التي يحملها حل النزاع، وهذا ما جعله ذو أفضلية على القضاء الوطني في تسوية نزاعات التجارة الدولية، خصوصاً والمكانة المرموقة التي يحتلها لدى الدول والمنظمات الدولية والمتعاملون الدوليون، ليشكل بذلك ضماناً للمتعاقدين سواء الأجنبي أو الوطني والمستثمرين في الدول النامية⁽⁴⁾، لذلك فالتحكيم وما يتضمنه من قواعد إجرائية وموضوعية شكل قضاء مستقل قائم بذاته، وإيجاد حلول غير موجودة في القانون المنظم، خصوصاً وأن إستنباط المحكم للحلول وفقاً لمبدأ العدالة والإنصاف⁽⁵⁾ يعتبر مساهمة ومواكبة للتجارة الدولية وما يثور عنها من نزاعات، وما يؤديه من التحرر من القيود التي تفرضها القوانين الوطنية⁽⁶⁾.

وزاد تطبيق المحكم لقواعد العدالة والإنصاف ما فرضته الأزمة الصحية الأخيرة فيروس كورونا، أين أثبت ذلك فعاليته في إعادة التوازن لعقود التجارة الدولية، نظير إحتكام المحكم لقواعد العدالة وإيجاد حلول تتناسب

(1) سعد الدين أحمد، دور التحكيم مع التفويض بالصلح في جعل العقد الدولي طليق، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 05، العدد 01، 2014، ص 95.

(2) علي كاظم الرفاعي، المرجع السابق، ص 61. نقلاً عن:

René David : "L'arbitrage dans le commerce international", Economica , 1982, P463-464.

(3) يطلق عليه أيضاً بتحكيم العدالة أو التحكيم الطليق، والتحكيم بالصلح عكس الصورة الأولى من التحكيم الذي تعتبر الأصل التي يطلق عليها بالتحكيم القانوني

أو التحكيم بالقضاء أو التحكيم المقيد أو التحكيم الإلزامي.

(4) سعد الدين أحمد، المرجع السابق، ص 89.

(5) قواعد العادلة والإنصاف هي العادات وأعراف التجارة الدولية وسائر القواعد التي تشكل القانون الموضوعي للتجارة الدولية أو ما يطلق عليه La lex mercatoria.

(6) سعد الدين أحمد، المرجع السابق، ص 93.

وتتلاءم مع طبيعة تسوية مثل هكذا نزاعات في ظل ما فرضته الجائحة الأخيرة، التي يستصعب على القوانين الوضعية القيام بذلك، وبذلك إزدادت الحاجة إلى التحكيم وفق قواعد العدالة والإنصاف لتسوية المنازعات في ظل ما فرضته الجائحة نظير الحلول الفعالة التي يقدمها من خلال قدرة المحكم بالصلح إلى خلق قواعد واجبة التطبيق على النزاع المطروح، ولقدرته كذلك على تحرير عقد التجارة الدولي من تطبيق القانون، وفصله بطريقة ودية باعتباره مفوضا بسلطة تقديرية واسعة من طرف الأطراف، كل هذا جعل التحكيم هو القضاء الملائم في تسوية نزاعات التجارة الدولية وتحقيق التوازن الضروري الذي يقتضيه السير الحسن لمعاملات التجارة الدولية⁽¹⁾.

ثالثا: المبادئ العامة للقانون⁽²⁾

هي تلك المبادئ القانونية المشتركة بين الدول والتي يتم إستخلاصها من نظام قانوني معين أو من عدة أنظمة قانونية أو إتفاقيات دولية، فتحظى بقبول عالمي في تنظيم شؤون التجارة الدولية ومختلف المعاملات الاقتصادية، ويعود الدور في إستنباط هذه القواعد والمبادئ العامة للقانون إلى قضاء التحكيم التجاري الدولي فنشأت بفضل السوابق التحكيمية في العلاقات القانونية الدولية، كما يكون للقضاء الوطني وللfaqه دور في إستنباط هذه المبادئ وإن كان يعود الفضل أكثر لقضاء التحكيم من خلال دور المحكمين في إضفاء على هذه القواعد والمبادئ ذاتيتها المتفق مع طبيعة وخصوصية التجارة الدولية⁽³⁾، ويقوم المحكم بتطبيق هذه المبادئ العامة وفق سلطته التقديرية وبحرية واسعة باستنباطها لها من نظام قانوني معين أو عدة أنظمة مشتركة، فتسمح بذلك بتسوية النزاع المعروض على هيئة التحكيم وإعطاء حلول أكثر لذلك، متفادين القصور والإشكالات التي يثيرها تطبيق القانون الوطني⁽⁴⁾.

(1) للمزيد أنظر المرجع السابق ، ص 91-95.

(2) ويطلق عليها بالمبادئ المشتركة في الأمم المتحدة، القواعد العامة للقانون، المبادئ العامة المشتركة، المبادئ القانونية المعترف بها في الأمم المتحدة.

(3) إيراد محمود بردان، المرجع السابق، ص 557.

(4) تم تكريس تطبيق المبادئ العامة للقانون في العلاقات التجارية الدولية، ومن أمثلة ذلك ما ورد في العقد المبرم بين شركة Aminoil والحكومة الكويتية، في المادة 3 منه التي نصّت: "القانون الذي سيحكم موضوع النزاع بين الطرفين سوف يحدد من قبل المحكمة، مع مراعاة صفة الأطراف، والصفة عبر الدولية لعلاقتهم، ومبادئ القانون والعادات والعادات المرعية في العالم المعاصر".

وقد ثار نزاع حول القانون الواجب التطبيق في القضية المعروفة بـ: Aminoil، حيث طالبت الحكومة الكويتية بتطبيق قانونها الوطني على النزاع، بينما الشركة طالبت بتطبيق المبادئ العامة للقانون إستنادا لقيام الحكومة الكويتية بإنتهاك مبادئ متعددة جراء قيامها بإنتهاك الإمتياز.

وتوصلت محكمة التحكيم إلى أن هناك مجموعة من المبادئ يتم تطبيقها على هذا النزاع، من خلال المزج بين القانون الكويتي والمبادئ العامة للقانون الدولي والمبادئ العامة للقانون وعلى وجه الخصوص: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مبدأ إحترام الحقوق المكتسبة، مبدأ الإثراء بلا سبب، مبدأ حسن النية، والإعتماد على المبادئ العامة للقانون لحسم النزاع ليس بإعتباره قانونا مستقلا بذاته، وإنما لكونها تشكل من القوانين الداخلية والدولية. أنظر : كنده جمال عبد الستار، المرجع السابق، ص 148.

وأبرز هذه المبادئ القانونية العامة المعروفة⁽¹⁾: العقد شريعة المتعاقدين، تنفيذ العقد يتم بحسن النية، الحق في جبر الضرر، تعديل العقد نتيجة الظروف الطارئة، قاعدة الإثراء بلا سبب، عدم جواز التعسف في إستعمال الحق، القوة الملزمة للعقد، الخاص يقيد العام، البيئة على من إدعى، مبدأ نسبية العقد، بطلان العقود لمخالفة النظام العام عبر الدولي أو الحقيقي في العلاقات التجارية الدولية، يفسر الشك لمصلحة المدين وفي عقود الإذعان يفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن، إعمال النص أولى من إهماله، مبدأ إعادة التفاوض بحسن في العقود طويلة الأمد، فسخ العقد في حالة عدم التنفيذ... إلخ.

وتشكل هذه المبادئ مصدرا إحتياطيا في حال عجز المصادر السابقة من الإتفاقيات الدولية والعرف والعادات التجارية على حل المنازعات التجارية الدولية.

وتتوقف فعالية تطبيق هذا المبدأ على كفاءة وقدرة المحكم على إستيعاب هذه المبادئ المستخلصة من القوانين الوطنية، أو بتكوين قناعاته بتطابق حكمه مع هذه المبادئ القانونية العامة المشتركة، لذلك من أبرز الصعوبات التي تقف عائق في وجه المحكم في تطبيق هذه المبادئ القانونية العامة هو صعوبة تحديد مضمونها للغموض التي يكتنفها، ويبقى أكبر عائق يواجه تطبيق هذه المبادئ القانونية العامة، هو غياب التوازن بين العلاقات، فيقوم المحكم الدولي بإعمال هذه المبادئ لصالح الطرف القوي في مواجهة الطرف الضعيف، وهذا ما أطلق عليه بتكريس لمفاهيم قوانين الدول المتقدمة⁽²⁾.

ومجمل القول نرى أن السلطة التقديرية والواسعة لهيئة التحكيم وإن كان فيها تقييد على إرادة الأطراف من خلال حرية هيئة التحكيم في التدخل وإختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع في حال عدم قيام الأطراف بتحديد لها لكون ترجع لهم بالأساس القيام بهذا الدور، وإعمال مختلف قواعد التنزع أو القواعد

⁽¹⁾ تم إستخلاص أهم هذه المبادئ العامة عبر الدولية من خلال القوائم التي قام الفقه بوضعها، وتتمثل هذه القوائم في:

1-قائمة Mustill، راجع:

Mustill Micheal : « the new lex mercatoria : the first twenty five years in liber amicorum for the Rt. Hon. Cord. Wilberforce». Clavendon press Oxford 1987. P. 149.

2-قائمة Berger، راجع:

Berger klaauspeter : international économie arbitration, vol 9, deventer boston kluwer lawand taxation Publisher 1993, p. 554 et s.

3-قائمة Loquin، راجع:

Loquin E : La réalité des usages du commerce international. R.J.D. Eco. 1982. P.163 et s.

4-قائمة Gaillard، راجع:

Gaillard E : sentence arbitral, droit applicable au fond du litge J-el proe. Civ.fase 1070-1, note 27. P.10.

القوائم الأربعة مذكورة: إياها محمود بردان، المرجع السابق، ص 557 ومايليها.

⁽²⁾ فصل في مسألة الصعوبات التي تواجه تطبيق المبادئ العامة في القانون أو المبادئ المشتركة للأمم المتحدة: أسامة أحمد الحواري، المرجع السابق، ص 154-

الموضوعية لقانون الدولة التي يختارها، والأبعد من ذلك إمتداد هذه الحرية والسلطة التقديرية لهيئة التحكيم في أعمال للمبادئ العامة للقانون والعادات والأعراف التجارية الدولية، أو قواعد العدالة والإنصاف، وفي تطبيق وإعمال هذه القواعد والمبادئ يضيفي فعالية على قضاء التحكيم وقدرته في تسوية فعالة للنزاعات التجارية الدولية خصوصاً والتقارب بين هذه القواعد والمبادئ ونظام التحكيم.

وهذا التدخل من المحكم وإن كان فيه مساس بمبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، فإنه يعتبر من قبيل التعاون والمساعدة نحو تحقيق تسوية فعالة للنزاعات التجارية الدولية بواسطة قضاء التحكيم.

ورغم ما تضمنه هذه القواعد والمبادئ سواء تمثلت في المبادئ العامة للقانون أو الأعراف والعادات التجارية أو مبادئ العدالة والإنصاف، ونظراً للسلطة الواسعة للمحكم في تكوين قناعته الشخصية وتقدير القانون الواجب التطبيق بعد تخلف الأطراف على تحديده، فإنه يواجه هذه المسألة إشكال مهم وهو إنحياز المحكمين لصالح الدول المتقدمة أو الشركات الكبرى في مواجهة الدول النامية، فغالبا ما يتم التحكيم في إحدى الدول الكبرى فتكون هذه الدول النامية في مواجهة محكمين أجانب يعملون لصالح هيئات ومراكز تحكيم تكون تابعة لإحدى الدول المتقدمة ما يعني بالضرورة إحتكام المحكم في تسويته للنزاع إلى مبادئ وقواعد تؤدي إلى صدور أحكام لصالح هذه الدول المتقدمة والشركات الكبيرة، دون الأخذ بالإعتبار لإنعدام أو إختلال التوازن بين أطراف العلاقة السابق ذكرهم، وهذا ما يعتبر أحد أبرز العيوب في تطبيق قواعد العدالة والإنصاف والعرف والعادات التجارية والمبادئ العامة للقانون، ضف إلى ذلك تعسف هيئات التحكيم في اللجوء إلى هذه القواعد والمبادئ بالرغم من وجود نصوص قانونية يحكمها، بحجة عدم مناسبتها ومواكبتها للتجارة الدولية الحديثة، فتوصف القوانين الداخلية للدول النامية بالبداية الغير مواكبة للتطور، لذلك نجد في الغالب إنحياز المحكمين لصالح الدول المتقدمة والشركات الكبرى وعدم حيادهم، وهذا ليس بغريب لتمرکز مختلف مراكز وهيئات التحكيم في هذه الدول المتقدمة وإحتكارها لتنظيم قواعد التجارة الدولية خصوصاً وأن المبادئ العامة للقانون تستخلصها هيئة التحكيم من الأنظمة القانونية السائدة في الدول المتقدمة⁽¹⁾.

كما يظهر هذا التعسف وما يثيره من شكوك وغموض في أوساط الدول النامية نتيجة العقود النموذجية المفروضة عليها والذي يطلق عليه بالتدويل المفروض، فتجد الدول النامية أمام قواعد إجرائية وقواعد موضوعية مفروضة عليها تخدم مصالح الأطراف القوية على حساب الطرف الآخر المتعامل معه الذي يظهر بمظهر الطرف الضعيف نظراً لتوفر جملة من الصفات سبق التطرق لها والتفصيل فيها، لذلك يبقى هذا النوع من التحكيم وهذا

(1) محمد جارد، المرجع السابق، ص 179.

النوع الجديد الذي يطلق عليه بالتدويل للعقود يثير غموض وجدل وشكوك يستلزم معه هذا الوضع ضرورة العمل على معالجة النقائص والعيوب الذي يعتري هذا النظام من خلال توحيد مختلف قواعد التحكيم بمساهمة الجميع دون إقصاء لأي طرف، مع مشاركة مختلف الدول النامية والعربية ومنها الجزائر في لعب دور فعال وإتخاذ قرارات صارمة وحاسمة بما يخدم مصالح هذه الدول وبما يساهم في تطوير التحكيم كآلية تحقق العدالة المنشودة من الجميع وبما تحقق المصالح المشتركة للأطراف دون تمييز أو إحتكار أو غياب للتوازن أو إثارة كل ما يتعلق بمشكلة المساس بالسيادة كونه قضاء عالميا تلجأ إليه مختلف الأطراف لتسوية نزاعات التجارة الدولية⁽¹⁾.

ففرضت هذه القواعد العابرة للحدود وجودها على مستوى قضاء التحكيم في تسوية المنازعات التجارية الدولية خصوصا في ظل العولمة والتطور الهائل للتجارة الدولية، وفي ظل بروز مراكز وهيئات تحكيم دولية أو ما يعرف بالتحكيم المؤسسي أين يكون للمحكم سلطة واسعة في إختيار القانون الذي يطبقه على موضوع النزاع للتسوية الملائمة للنزاع، فتشمل هذه السلطة في الحرية الواسعة في إختيار قانون أحد الأطراف أو قانون دولة أجنبية، أو أن يلجأ لقواعد التنازع لاختيار القانون الملائم ليطبقه على النزاع، كما له الحرية في تفادي تطبيق القوانين الوطنية فيلجأ إلى قواعد التجارة الدولية العابرة للحدود كالعادات والأعراف التجارية الدولية، أو القواعد والمبادئ القانونية العامة، أو قواعد العدالة والإنصاف، وجاءت هذه السلطة والحرية لهيئة التحكيم على حساب الحرية الإرادية لأطراف النزاع في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

الفرع الثالث: سلطة المحكم في إستبعاد ما إختارته الأطراف من القانون الواجب التطبيق وإتساع

سلطاته الإجرائية

أولا: سلطة المحكم في إستبعاد ما إختارته الأطراف من القانون الواجب التطبيق

تستمر سلطة المحكم في تطبيق قواعد النظام العام من خلال إستبعاد القانون المختار من الأطراف إذا تبين للمحكم مخالفة أحكام هذا القانون لهذا النظام، وبما أن دراستنا متعلقة بالتحكيم التجاري الدولي فالمحكم يطبق قواعد النظام العام الدولي الذي يعلو فوق الدول أو العابر للحدود أو ما يطلق عليه بالنظام العام الدولي الحقيقي، ويستجيب هذا النوع من النظام لمتطلبات التجارة الدولية الذي يجد مصدره من مجتمع التجار الدوليين فيما يبرز أهم أهدافه في حماية التجارة الدولية، وكنا فصلنا في مسألة النظام العام الدولي الحقيقي فيما سبق التطرق له في هذه الرسالة بأنه يرد على حرية الأطراف في إختيار القواعد الموضوعية والإجرائية الواجبة التطبيق على النزاع

(1) سعد الدين أحمد، المرجع السابق، ص 97.

لتسويته مقيدة بما يعرف بالنظام العام التي تعتبر قيّداً على مبدأ سلطان الإرادة فتحد من الحرية الإرادية للأطراف، لذلك فللنظام العام أثر بارز على حرية الأطراف في إختيار القانون، ويشكل تدخل المحكم باستبعاد القانون المختار على أساس مساسه بقواعد النظام العام الدولي تدخلاً خطيراً على مبدأ سلطان الإرادة والحرية الإرادية للأطراف في التحكيم، لكون الأطراف إتفقت على القانون الواجب التطبيق على النزاع غير أن المحكم يتدخل لإستبعاد هذا القانون لمخالفته للنظام العام الدولي.

وتطبيق المحكم للنظام العام الدولي الحقيقي وعدم الإعتداد بالقوانين والنظام العام الوطني واقع يفرضه طبيعة التجارة الدولية الحديثة والتطور الذي شهده قضاء التحكيم التجاري الدولي، فأصبح التعامل مع هذا النوع من النظام العام الذي لم يتم تحديد مفاهيمه بصفة محددة ونهائية أمر حتمي لحماية التجارة الدولية وتحقيق تسوية فعالة للنزاعات الناشئة عن التجارة الدولية⁽¹⁾.

وتكمن أهمية هذه الرقابة التي تمارسها هيئة التحكيم في إستبعاد القانون المختار المخالف للنظام العام في تجنب بطلان القرار التحكيمي الدولي في حال ممارسة القضاء الرقابة على قرار التحكيم، لذلك تعتبر رقابة هيئة التحكيم رقابة قبلية قبل ممارسة القضاء الوطني للرقابة الحقيقية عند طلب الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي⁽²⁾. هذا ما تعلق بالدور الإستبعادي للمحكم للقانون الواجب التطبيق رغم إتفاق الأطراف على تحديده، وذلك إذا كان هذا القانون مخالف للنظام العام أو للنصوص القانونية الآمرة، هذه السلطة الواسعة تستمر في ما تعلق بالجانب الإجرائي للتحكيم.

ثانياً: سلطة المحكم الإجرائية في التحكيم التجاري الدولي

إن السلطة الواسعة للمحكم لا تقتصر على تحديد القانون الواجب التطبيق، بل تبرز أكثر في الجانب الإجرائي من خلال جملة الصلاحيات والإختصاصات، هذه السلطة مثلها مثل دوره في تحديد القانون الواجب التطبيق، لا يأتي بصفة مباشرة، فلا يتحدد دور المحكم وتكون له صلاحية واسعة في التنظيم الإجرائي للخصومة، إلا بعد أن تتحدد عن طريق إرادة الأطراف التي تقوم بتنظيم مختلف الإجراءات، وتلتزم هيئة التحكيم بعدم الخروج عن ما إتفقت عليه إرادة الأطراف من إجراءات، هذا فيما تعلق بالحالة الأولى، أما الحالة الثانية فتتشكل سلطة المحكم ودورها الواسع في تحديد الجانب الإجرائي بعد تفويض ذلك من أطراف النزاع أو في حالة عدم قيام الأطراف بإختيار مختلف الجوانب الإجرائية في خصومة التحكيم.

(1) للمزيد أنظر محمد جارد، المرجع السابق، ص 184-185.

(2) إبراهيم العسري، المرجع السابق، ص 84.

وأبرز هذه الصلاحيات والإختصاصات التي يتمتع بها المحكم والتي تعتبر مساسا بالطبيعة الإرادية للتحكيم التجاري الدولي، لتشكيل مسار حديث إتجه نحوه قضاء التحكيم تعزيزا للضمانات وإضفاء الفعالية إلى التحكيم لتسوية المنازعات التجارية الدولية:

- أول دور يسند لهيئة التحكيم القيام به قبل سيره في إجراءات التحكيم هو فحص إتفاق التحكيم الذي يبرمه الأطراف لعرض النزاع على هيئة التحكيم، فيتأكد المحكم من وجود إتفاق التحكيم وصحته، كما يقوم بفحص النزاع المطروح عليه والذي لجأ الأطراف من أجله للتحكيم لتسويته، فيقوم بالتحقق من موضوعه وسببه وأطرافه، ومن قابلية النزاع للتحكيم وعدم مخالفته للنظام العام، كما يتأكد من السلطة التي خولتها له الأطراف وما حددته الأطراف من الجوانب الموضوعية والإجرائية لعملية التحكيم⁽¹⁾.

- يقع على هيئة التحكيم تعيين مكان التحكيم الذي يتم على إثره عقد جلسات التحكيم مع مراعاة أن ذلك يتفق وظروف الدعوى وملاءمة المكان لأطراف النزاع بأن يكون قريب لمحل إقامة الخصومة، وهذه السلطة وهذا الدور لا يقوم إلا إذا لم يعين الأطراف مكان التحكيم أو الإتفاق عليه، وإلا إذا حدد الأطراف المكان الذي يجري فيه التحكيم يقع وجوبا على هيئة التحكيم الإلتزام بذلك وعدم الخروج عنه وإلا عرض حكمها للبطلان، وتستمر السلطة الواسعة للمحكم في إختيارها لمكان الإجتماع الذي تراه مناسبا للقيام بأحد إجراءات التحكيم كسماع الشهود أو أطراف النزاع أو الخبراء أو الإطلاع على المستندات أو معاينة الأحداث والوقائع المادية، وهذا ما نصّت عنه قانون التحكيم المصري لعام 1994 في المادة 28 منه، هذا بخصوص التحكيم الحر أما ما تعلق بالتحكيم المؤسسي فإنه يجب على الأطراف الإمتثال للمكان الذي يحدده مركز التحكيم، وذلك لامتلاكها لمقر دائم يتم فيه عرض المنازعات وتسويتها⁽²⁾.

- مثلما يكون للمحكم دور وسلطة واسعة قبل سير إجراءات التحكيم، فإن نفس الدور يكون له أثناء سير إجراءات التحكيم فتكون له بموجب إتفاق التحكيم إختصاصات واسعة وسلطة إجرائية على التحكيم تبرز في فصل المحكم في إختصاصه أو ما يطلق عليه بقاعدة الإختصاص بالإختصاص، وتعتبر هذه القاعدة أحد أهم الآثار التي يرتبها إبرام إتفاق التحكيم صحيح وإكتسابه للقوة الملزمة التي على أساسها تتجسد فعالية التحكيم في تسوية المنازعات التجارية الدولية، هذه القوة الملزمة وإن كانت تعطي للمحكم حرية واسعة على حساب حرية الأطراف في التحكيم، فتكون لهيئة التحكيم الفصل في إختصاصها من عدمه والنظر في إتفاقية التحكيم والتأكد

(1) كمال فتحي دريس، المرجع السابق، ص 64.

(2) المرجع السابق، ص 65.

من صحتها وكل الاعتراضات المقدمة بشأنها، وسبق أن فصلنا في هذا الموضوع عند إستعراضنا لمسألة القوة الملزمة لإتفاق التحكيم وما يترتب عنها من أثر إيجابي لهذا الإتفاق المتمثل في حصر سلطة الفصل في النزاع لهيئة التحكيم "إصدار حكم التحكيم"، والفصل في إختصاصها "قاعدة الاختصاص بالاختصاص".

-وتكون لهيئة التحكيم سلطة واسعة وغير مقيدة في تحديد قواعد وإجراءات التحكيم في حالة لم يقيم الأطراف بالإتفاق عليها أو لم ينص القانون عليها أو أن تقوم الأطراف بتفويض هيئة التحكيم بالتسيير الإجرائي لعملية التحكيم، ويحكم هيئة التحكيم في تحديدها للقواعد وإجراءات التحكيم ضابط الملاءمة وأن تكون مناسبة لعملية الفصل في موضوع النزاع، وأهم المسائل الإجرائية التي يتدخل فيها المحكم حريته في تحديد بدء إجراءات خصومة التحكيم عن طريق إخطار الأطراف بموعد أول جلسات التحكيم، وأيضا حرية هيئة التحكيم في إختيار اللغة التي يجري بها التحكيم في حال لم تحدد الأطراف ذلك، وجاءت نص المادة 1043 ق إ م وإ لتحديد سلطة هيئة التحكيم في ضبط إجراءات الخصومة التحكيمية إذا لم تنص إتفاقية التحكيم ضبط الأطراف لهذه الإجراءات أو تفويض هيئة التحكيم للإجراءات المتبعة على مستوى مراكز ومؤسسات التحكيم، وهيئة التحكيم الحرة في تحديد موعد عقد جلسات التحكيم في حالة لم يتفق الأطراف على موعد عقد جلسة التحكيم لأن الأصل في تحديده يخضع لأطراف النزاع، ويقع لزوما على هيئة التحكيم إخطار الأطراف بموعد الجلسات، وأيضا تمكين الأطراف من تقديم الدفاع والمستندات للفصل في النزاع وذلك في أجل 15 يوما على أقل، وإلا تفصل هيئة التحكيم وفق ما قدم إليها وما تحوزه من وثائق ومستندات ومذكرات حول النزاع، وهذا ما نص عنه المشرع الجزائري في المادة 1022 ق إ م وإ.

وتبسيطا للعملية التحكيمية وتجاوز للتعقيدات تتحرر هيئة التحكيم من القواعد الإجرائية والشكليات المتبعة أمام القضاء الرسمي وأيضا تكون هيئة التحكيم غير ملزمة بالقواعد الإجرائية الواردة في قانون الإجراءات المدنية إلا إذا إتفق الأطراف عليها أو أحال قانون التحكيم إلى تطبيق القواعد الإجرائية المنصوص عنها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، غير أن هيئة التحكيم تلتزم في تحديدها للقواعد الإجرائية بإحترام القواعد المتعلقة بالنظام العام، وللمبادئ الأساسية للتقاضي كمراعاة مبدأ المساواة وإحترام حق الدفاع، والحكم بالعدل، وهذه المبادئ ليست حكرا على قضاء الدولة فيشترك في ذلك قضاء التحكيم⁽¹⁾.

ختاما لهذا المبحث الذي تطرقنا فيه إلى تدعيم دور المحكم في التحكيم التجاري الدولي وتوسيع سلطاته، أن المد في سلطات المحكم بقدر ما يؤثر على الطبيعة الإرادية للتحكيم من خلال القيود المفروضة على مبدأ سلطان

(1) أنظر أحمد هندي، المرجع السابق، ص ص 19-29.

الإرادة وما يتبع ذلك بالضرورة تقييد حرية الأطراف في التحكيم التجاري الدولي، فإنه يشكل أحد الضمانات في تحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي، وتولي الأطراف المحكمة إختيار هيئة التحكيم للفصل في النزاع أهمية بالغة نظرا للدور البارز لها في المهمة القضائية المنوطة لها القيام بها، لذلك فهو يعتبر بمثابة قاضي تحال إليه مهمة الفصل في النزاع، وهنا تبرز خصوصية التحكيم وفق ما يتفق مع خصوصية وطبيعة التجارة الدولية، من أجل ذلك تم إضفاء سلطات واسعة ودور رئيسي للمحكم في العملية التحكيمية خاصة في ظل تحرر المحكم من قانون إختصاص أو قواعد إجرائية أو تشكيلات معينة يستند إليه وجوبا عند فصله في النزاع، وتمثل هذه السلطة الواسعة في تمتع المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وإجراءات التحكيم، وأيضا سلطة المحكم إزاء عقد التجارة الدولي وتمتعه بالسلطة الأمرية.

من أجل ذلك يعتبر أحد أبرز التحديات التي يواجهها قضاء التحكيم إضفاء مزيد من السلط والصلاحيات لهيئة التحكيم لتفصل في النزاع باعتبار المحكم قاضيا ينوط له القيام بالمهمة القضائية في إصدار حكم تحكيم فاصل في النزاع يحوز على حجية الشيء المقضي فيه يحقق العدالة التي يريجوها الأطراف من عرضهم للنزاع.

المبحث الثاني

العلاقة بين التحكيم والقضاء: تطور نحو التوافق والتعاون والتكامل

إن ما ينشأ عن إتفاق الأطراف يأخذ قوة القانون، فيلتزم الأطراف والغير بإحترام ذلك، ويستند هذا القول إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، هذا المبدأ الذي يقضي إحترام ما تنشئه إرادة المتعاقدين من إتفاقات، إنطلاقا من هذا يفرض على القضاء إحترام هذه الإرادة فلا يتدخل فيما يبرمه الأطراف من إتفاق، إذا كان هذا الأصل طبقا للقواعد العامة، فالأمر مختلف فيما يخص التحكيم وولاية القضاء عليه من خلال العلاقة الموجودة بينهما، هذه العلاقة أثارت نقاشات وجدال واسع في أوساط الفقه نتيجة سلطة القضاء وتدخله في التحكيم هذا من جهة ومن جهة أخرى رقابة القضاء على التحكيم هذه الأخيرة أثارت العديد من التساؤلات حول إعتبار هذه الرقابة تمتد على عملية التحكيم ككل، أم أنها تقتصر على أوضاع معينة؟ وما مدى ضرورة وأهمية هذا التدخل؟ إلى أي مدى تتلاءم هذه الرقابة والتدخل مع خصوصية التحكيم كقضاء خاص لتسوية نزاعات التجارة الدولية سواء من حيث أثره ودوره في تسوية المنازعات والذي على أساسه تتجه إرادة الأطراف من خلال التنازل عن القضاء الوطني من الفصل في النزاع وأيضا في ظل ما يميز اللجوء إلى التحكيم من إستقلالية هذا الأخير عن القضاء، هذه الدراسة وما أثارتها من تساؤلات تستوجب منا الوصول إلى الإجابة عن الفعالية التي يضيفها تدخل القضاء في التحكيم هل يؤدي ذلك لمزيد من الفعالية أم يشكل طريق حتمي يؤدي إلى تعقيدات على مستوى حل وتسوية المنازعات.

ونجمع هذه الأسئلة في سؤال رئيسي يتمثل في التساؤل حول العلاقة القائمة بين التحكيم والقضاء هل هي علاقة تعاون من منطلق إعتبار التحكيم هو وسيلة مساعدة ومكملة للقضاء الرسمي، أم العكس من ذلك باعتبار العلاقة بينهما علاقة رقابة.... وذلك باعتبار التحكيم آلية بديلة ومنافسة للقضاء؟

واستعراضنا لمسألة تدخل القضاء في التحكيم يأتي من باب البحث عن التعامل الأمثل للقضاء الوطني مع قرارات التحكيم الأجنبية، سواء ما تعلق بالاعتراف بها وتنفيذها، أو رفض هذا الاعتراف، خصوصا ما يدخل ضمن هذه المسألة العديد من الاعتبارات السياسية والايدولوجية والنظام العام... إلخ، وفي سياق آخر تأتي أهمية الرقابة القضائية وعدم تنازل الدولة لإختصاصها وأداء وظيفتها القضائية بالرغم من وجود قضاء خاص يعرف بالتحكيم لا اعتبار القضاء الوطني هو صاحب الإختصاص الأصيل في تسوية المنازعات، وأيضا تحقيقا لفعالية التحكيم وضمن سير التحكيم وفق المسار الذي حدده له الأطراف والسير الحسن للنزاع على مستواه في تسوية المنازعات التجارية الدولية خصوصا وأن من الإجراءات التي لا تتم إلا بتدخل القضاء لاختصاصه الحصري في القيام بها، لذلك يكون للقضاء دور في دعم مبدأ سلطان إرادة الأطراف في التحكيم التجاري المطلب الأول، كما يكون للقضاء دور مساعد في التحكيم المطلب الثاني، وأهم دور للقضاء يكمن في الرقابة التي يسلطها على حكم التحكيم والتي تمثل أهم دور له على التحكيم التجاري الدولي المطلب الثالث.

المطلب الأول

دور القضاء في تكريس سلطان الإرادة في التحكيم التجاري

يبرز دور القضاء في تكريس مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري باعتباره أحد أهم المبادئ التي يقوم عليها، بل يمكن وصف هذا المبدأ بمثابة العمود الفقري الذي يتركز عليه التحكيم التجاري باعتباره قضاء خاص يتركز على إرادة الأطراف فيه، ويبرز دور القضاء في تكريس هذا المبدأ في سلب الاختصاص القضائي ورد الدعوى كأثر للتحكيم الفرع الأول، وأيضا بتدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم الفرع الثاني.

الفرع الأول: سلب الاختصاص القضائي ورد الدعوى كأثر للتحكيم: بين النص ومحدودية التطبيق في

الواقع

يحظى التحكيم بأهمية بالغة نظرا للآثار التي يربتها على أطراف الخصومة التحكيمية وحتى على الغير، ومن أهم هذه الآثار سلب الاختصاص القضائي للدولة، فيترتب على عقد التحكيم قوة ملزمة تتمثل في عدم إمكان القضاء الوطني في النظر في النزاع المشمول على إتفاق التحكيم، فيرتب التحكيم قيد سواء على أطراف التحكيم أنفسهم أو على الغير بعدم اللجوء للقضاء بعد إبرام إتفاق التحكيم، وحتى قضاء الدولة لا يمكنه التدخل في أي

خصوصية تم الإتفاق عليها مسبقاً على اللجوء للتحكيم للفصل فيها⁽¹⁾، ويرتب هذا الحكم آثار مهمة على قضاء الدولة المضيفة للاستثمار، أين يسلب منها الإختصاص بالنظر في المنازعات الواقعة على إقليم الدولة المضيفة للاستثمار.

وقد أثار هذا الحكم جدل فقهي بين معارض لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها الدولة، لمخالفة مبدأ سيادة الدولة، فتمسك الدولة بحقها في الحصانة القضائية للهروب من التحكيم بالرغم من أن قبول الدولة بالتحكيم وتوقيعها على إتفاق التحكيم برضاها التام دون أي ضغط أو إكراه، يعني التنازل الصريح من طرفها على اللجوء للقضاء وعلى سيادتها بالنسبة للموضوع محل الإتفاق بشأنه على التحكيم⁽²⁾، وهذا ما يعتبر أحد العراقيل والعوائق التي تواجه التحكيم خصوصاً على المستوى الدولي، إلا أنه مع التحولات والتطورات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية فرضت على هذه الدول التخلي عن هذه المفاهيم التي تعرقل الحياة الاقتصادية فيها وما تعلق بالتجارة والاستثمار، لذلك فممارسة الدولة للأنشطة التجارية تجعل الدولة تفقد سيادتها وسلطتها العامة حال اللجوء إلى التحكيم وإبرام إتفاق التحكيم،

فتعالت الأصوات التي تنادي برفض تمسك الدولة بحصانتها القضائية لتفادي اللجوء إلى التحكيم، فلا يُعد لجوء الدولة إلى التحكيم أو مقاضاتها من قبل القضاء الأجنبي مساساً بسيادتها واستقلالها، مما يمنع عليها الدفع بحصانتها القضائية. وكنا أوردنا سابقاً حكيمين مهمين يتعلقان بتنازل الدولة عن حقوقها السيادية بمجرد إبرامها لاتفاق التحكيم، مما يرتب عدم جواز التمسك بحصانتها القضائية⁽³⁾.

وأكد على هذا الموقف الذي أضحي قاعدة راسخة وأصلية وتوجه دولي للعديد من الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية وأحكام التحكيم الصادرة بهذا الشأن، فنصّت على ذلك الإتفاقية الأوروبية الخاصة بحصانة الدول الأجنبية E-I-C لعام 1972 التي نصّت في المادة 12 فقرة 1 منها على أنه "إذا وافقت دولة متعاقدة كتابة على إخضاع منازعة ما نشأت أو يمكن أن تنشأ عن علاقة تجارية أو مدنية للتحكيم، فإن هذه الدولة لا يمكنها أن تتمسك بالحصانة القضائية أمام قضاء دولة متعاقدة أخرى يتم التحكيم على إقليمها أو بموجب قانونها

(1) يختلف التحكيم التجاري الدولي عن التحكيم الدولي الذي يكون أطراف النزاع فيه دول، وأساسه قواعد وأحكام معاهدات وإتفاقيات القانون الدولي العام المبرمة بين هذه الدول ومثاله التحكيم في إطار محكمة العدل الدولية. أيضاً يختلف التحكيم التجاري الدولي عن التحكيم الوطني في أن التحكيم الوطني إنما ينظر في المنازعات المتعلقة بعلاقات غير مشوبة بعنصر أجنبي، بينما يكون التحكيم التجاري دولياً متى ما كان النزاع موضوع التحكيم ناشئ عن علاقة قانونية تثير تنازع القوانين بالنظر إلى جنسية أو موطن الأطراف أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه. أنظر: هام فتوح، المرجع السابق، ص 73.

(2) هام فتوح، المرجع السابق، ص 65.

(3) الحكم الأول متعلق بقضية Liamco ضد الحكومة البنية، أما الحكم الثاني المتعلق بقضية Elf Aquitaine ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول.

الوطني أو إذا نُظِرَتْ أمام محاكمها مسألة تتعلق: أ- صحة أو تفسير إتفاق تحكيم، ب- بالإجراءات التحكيمية، ج- إبطال الحكم الصادر في هذا التحكيم، ما لم ينص إتفاق التحكيم على غير ذلك⁽¹⁾.

وكذلك ما أكدته إتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام 1965 التي أكدت في الفقرة الأولى من المادة 25 على عدم جواز تمسك أطراف التحكيم وحتى الدولة بأي دفع للتحلل من شرط التحكيم أو دفع الدولة بالحصانة القضائية، فجاء نص المادة على النحو التالي: "يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن الاستثمار، بين دولة متعاقدة ومواطن من دولة متعاقدة أخرى، التي يوافق أطراف النزاع كتابيا على تقديمها إلى المركز، عندما يعطي الطرفان موافقتهم، ولا يجوز لأي طرف سحب موافقته من جانب واحد دون موافقة الطرف الآخر"، وكذلك المادة 26 من الإتفاقية التي نصّت على ما يلي: "تعتبر موافقة الأطراف على التحكيم بموجب هذه الإتفاقية، استبعاد أي وسيلة تسوية أخرى"⁽²⁾.

كما نص قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 على مبدأ عدم جواز تدخل القضاء في ما يتعلق بتنظيم التحكيم وذلك في نص المادة 5 من القانون التي جاء فيها: "في المسائل التي ينظمها هذا القانون، لا يجوز لأي محكمة أن تتدخل إلا حيث يكون منصوصا على ذلك في القانون".

ويشمل عدم تدخل القضاء في التحكيم حال نكول أحد الأطراف عن إتفاق التحكيم ليعيق سير عملية التحكيم، فيقوم بعرقلة ذلك بتصرفات مختلفة، ومن أبرز هذه التصرفات المعرقلة والتي تعرف إنتشار واسع بلجوء أحد الأطراف إلى القضاء بعد إبرام إتفاق التحكيم أو أن يقوم بالدفع ببطلان إتفاق التحكيم بما يظهر سوء نيته في إطالة أمد النزاع والتماطل عن رفع النزاع إلى التحكيم، فضمامنا لفعالية قضاء التحكيم يقع على قضاء الدولة رد الدعوى لعدم الإختصاص وعدم النظر والبت في النزاع الذي أبرم إتفاق التحكيم لحله تحكيميا، ويشمل عدم تدخل القضاء في التحكيم سواء تم البدء في إجراءات التحكيم أو لم يتم ذلك بعد، أو أن هيئة التحكيم إتصلت بالدعوى موضوع النزاع أم ليس بعد، ونص المشرع عن ذلك صراحة في المادة 1045 ق إ م وإ التي جاء فيها: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود إتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف".

(1) نص المادة للإتفاقية مأخوذ من الموقع:

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800730b1>

ص4، تاريخ الاسترداد: 2021/10/13.

(2) تم النص على المادة 26 من الإتفاقية من الموقع: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/parta-chap02.htm>

تم الاسترداد يوم: 2021/10/13.

ووضع المشرع ضوابط حتى يرد القضاء الدعوى وإعلان عدم إختصاصها للنظر والبت في النزاع:

- يشترط إثارة الدفع بوجود إتفاق التحكيم من طرف المدعى عليه صاحب المصلحة والتمسك بهذا الدفع، إنطلاقاً من اشتراط تمسك أحد الأطراف بإتفاق التحكيم يمكن إعتبار عدم إختصاص القضاء في النظر في النزاع التحكيمي موضوع إتفاقية التحكيم من النظام العام، بالمفهوم المخالف لما سبق ذكره أن أحد الأطراف إذا لم يتمسك بشرط التحكيم الذي تم اللجوء بخصوصه إلى القضاء يجوز للقضاء المواصلة في النظر والفصل في النزاع ويكون حكمه الصادر صحيحاً بمقابل ذلك لا يرتب شرط التحكيم أي أثر.

- يشترط في الدفع بعدم الإختصاص أن يثار ويتمسك به أحد الأطراف أمام المحكمة القضائية المختصة قبل أي دفع في الموضوع، ويستوي ليطبق مبدأ عدم إختصاص القضاء الوطني سواء تم البدء في إتخاذ إجراءات التحكيم أو حتى قبل البدء فيها وكذلك إذا إتصلت محكمة التحكيم بالدعوى أو لم تتصل به أو حتى قبل تشكيل هيئة التحكيم.

- ثار خلاف حول اشتراط أن يكون إتفاق التحكيم صحيحاً وقابلًا للتطبيق، فذهب إتجاه إلى سلطة القضاء في التأكد من صحة إتفاق التحكيم، فإذا وجدت هذا الإتفاق صحيحاً حكمت بعدم إختصاصها، أما إذا كان إتفاق التحكيم غير صحيح أو غير قابل للتطبيق فيكون لها سلطة للتصدي والفصل في النزاع، وأكدت على هذا التوجه إتفاقية نيويورك في نص المادة 2 3 التي جاء فيها: "على محكمة الدولة المتعاقدة أن تحيل الأطراف للتحكيم... إلا إذا ثبت للمحكمة أن هذا الإتفاق لاغ أو غير فعال أو غير قابل للتطبيق"⁽¹⁾، أما التوجه الثاني الذي يقضي بعدم إختصاص القاضي في البحث حول صحة أو وجود إتفاق التحكيم كأصل إذا كان النزاع قد تم طرحه أمام محكمة التحكيم، وحتى إذا رفع النزاع أمام القاضي قبل البدء في إجراءات التحكيم فلا سلطة للقضاء ويقع عليه أن يقضي بعدم إختصاصه، إستثناء من الأصل يجوز للقاضي أن يقرر إختصاصه ويتصدي لموضوع النزاع في حالة البطلان الظاهر لإتفاق التحكيم، وافق على هذا التوجه ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1458 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية، هذا التوجه أخذ به المشرع الجزائري في تقرير عدم إختصاص القاضي الوطني حتى قبل الشروع في إجراءات تشكيل هيئة التحكيم، وإشترطت المادة 1045 ق إ م وإ وجود إتفاق التحكيم غير أنها لم توضح ما إذا كان هذا الوجود شكلي أم وجود قانوني، لكن ما هو متفق عليه هو الأخذ بفكرة الوجود الشكلي فقط⁽²⁾.

(1) كريم تعويلت، دور القاضي في تحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 01، العدد 01، 2010، ص 140.

(2) المرجع السابق، ص 141.

الفرع الثاني: تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم

يقوم مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري في حرية الأشخاص في إختيار المحكمين التي تتولى مهمة النظر في النزاع لتسويته والفصل فيه، ويقع على الغير وبالخصوص القضاء الإلتزام بما عينته إرادة الأطراف المحكّمة من محكمين دون أن يتدخل في ذلك وإلا أعتبر ذلك خرقاً للقانون يستوجب الدفع ببطلان كل إجراء يتخذ بهذا الخصوص، أو أن يحترم كل طرف إرادة الطرف الآخر من الخصم في تعيين المحكمين.

ونص المشرع في موضعين على مسألة تعيين المحكمين بناء على إرادة الأطراف وذلك إما بصورة مباشرة بتعيين أسماء المحكمين أو تحديد الطريقة والكيفية التي يتم بها تعيينهم، أو بصورة غير مباشرة كالإتفاق على تعيين المحكمين وفق نظام تحكيم معين تابع لأحد مراكز التحكيم، فنص في المادة 1008 (2) ق إ م وإ: "يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كيفيات تعيينهم"، وفي موضع آخر نص على هذا المبدأ في المادة 1041 (1) التي جاء فيها: "يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو إستبدالهم".

إذا كان هذا هو الأصل وفق ما تقتضيه الطبيعة الإرادية للتحكيم، فإنه قد يثور صعوبات تؤثر في إنعقاد خصومة التحكيم والتي تثار عند تشكيل هيئة التحكيم، سواء عدم إتفاق الأطراف على التعيين أو على الطريقة التي يتم بها ذلك، أو حالة عدم نجاح المحكمين تعيين محكم ثالث أو تسبب أحد أطراف النزاع في المماطلة في تعيين المحكم، فلحسن سير العملية التحكيمية ونجاحها يتدخل القضاء لإزالة هذا العطل، فيساهم القاضي الوطني بما تفرضه الطبيعة الإرادية للتحكيم باحترام إرادة الأطراف فيكون بذلك دوره مساعدا في تشكيل هيئة التحكيم.

ويكون تدخل القضاء هنا من قبيل الدور المساعد الذي يقوم به في التحكيم وذو طابع إحتياطي، يقوم من خلاله القضاء بالتصدي للعوارض التي قد تطرأ على تشكيل هيئة التحكيم عند فشل إرادة الأطراف في تحقيق ذلك، ونص على ذلك المشرع الجزائري بصريح العبارة في مناسبتين، الأولى في المادة 1009 (1) التي نصّت: "إذا إعتزّلت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم... يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه"، والنص الثاني ما ذكرته المادة 1041 (2) ق إ م وإ التي نصّت على أنه: "في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو إستبدالهم، يجوز للطرف الذي يهّمه التعجيل القيام بما يأتي: 1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها 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".

لذلك فـد يتدخل القضاء في تعيين هيئة التحكيم المكونة من محكم واحد بناء على طلب أحد الأطراف، أما في حالة كان التشكيل ثلاثيا من المحكمين ولم يـقم أحد الأطراف بتعيين محكمه خلال المدة المحددة قانونا تتولى المحكمة المختصة بتعيينه بناء على طلب أحد الأطراف، ويستمر تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم المشكلة من ثلاثة محكمين في حالة لم يتفق أطراف النزاع على تعيين المحكم الثالث، ويقع على المحكمة المختصة بالتعيين إحترام الشروط المنصوص عنها قانونا وأيضا الشروط التي إتفق عليها الأطراف⁽¹⁾.

وما يميز تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم أن تدخله لا يكون إلا بناء على طلب من الأطراف وإلا لا مجال لبسط سلطته على تعيين هيئة التحكيم التي تخضع في تعيينها لإتفاق الأطراف تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة.

يمكن القول أنه إذا كان تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم يعرف شيوعا في التحكيم الحر، فإنه لا يتصور بشأن التحكيم المؤسسي الذي تتولى مراكز التحكيم سير وإدارة إجراءات التحكيم، ففي حال وجود أي من العراقيل فتتولى مراكز التحكيم مواجهة هذه الإشكالات دون وصولها للقضاء، غير أن هذا لا يمنع القضاء من التدخل في تشكيل هيئة التحكيم إذا توفرت شروطه، كل ما في الأمر أنه نادر الوقوع مقارنة بالتحكيم الحر.

الفرع الثالث: حالات أخرى لتدخل القضاء في التحكيم في جانبه المساعد

يتدخل القضاء في حالات أخرى تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري، فيتدخل في تحديد أتعاب المحكمين حال عدم إتفاق الأطراف على ذلك وقيام هيئة التحكيم بتقديره في قرارها، فيمكن لأطراف النزاع الطعن في القرار أمام المحكمة المختصة، ويكون تدخل القاضي هنا عند التحكيم الحر دون أن يشمل التحكيم المؤسسي الذي يحدد فيه سابقا أتعاب المحكمين بواسطة لوائح وأنظمة مراكز التحكيم والذي لا يكون للأطراف إلا الموافقة عليه⁽²⁾.

وقد حدد القانون حالة أخرى يتدخل فيها القاضي وذلك بتمديد مدة التحكيم في حالة غياب موافقة الأطراف أو غياب الإحالة لنظام تحكيم لمركز أو هيئة تحكيم ما، وهذا ما نصّت عنه المادة 1018 (2) ق إ م وإ التي جاءت على النحو التالي: "غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف... وفي غياب ذلك، يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة"، ونص كذلك في موضع آخر في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي في المادة

(1) خالد الدبوي، محاضرات في مادة مدى الرقابة القضائية على أحكام التحكيم، تم إلقاءها على طلاب المعهد القضائي الفترة الخامسة الشعبة الأولى والثانية، 2020، ص 57.

(2) لعجال يسمينة وريبعة رضوان، حتمية تدخل القاضي الوطني في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد التاسع، 2018، ص 138.

1048 ق إ م وإ، ويكون تدخل القاضي في هذه الحالة لما تقتضيه ضرورة تسوية النزاع في مدة معينة معلومة عكس القضاء الذي في الغالب تكون المدة غير محددة وغير معلومة، ويعتبر عنصر الزمن في التحكيم ذو أهمية وأحد العناصر المميزة له أين يقتضي تسوية النزاع بالسرعة المطلوبة في ذلك، فيعتمد الأطراف على تحديد هذه المدة وإلا يتولى القاضي المتمثل في رئيس المحكمة المختصة في تحديده، ويترتب على إنقضاء المدة المحددة إنهاء التحكيم، غير أن السؤال المطروح في هذا الصدد أن التمديد إذا لم يتم إتفاقاً فإن هذه السلطة تنتقل مباشرة للقضاء دون إعطاء أي سلطة لهيئة التحكيم في تمديده، وهذا ما نراه مناقضاً للمبدأ الذي يقوم عليه قضاء التحكيم والاستقلالية التي تميزه، فنرى ضرورة إعطاء سلطة لهيئة التحكيم لتحديد هذه المدة في حالة عدم إتفاق الأطراف ليكون سلطة القضاء آخر من يتدخل في تحديد مدة التحكيم.

ويمتد في حالة أخرى دور القاضي لتفسير حكم التحكيم عن طريق إيضاح العبارات الغامضة في الحكم أو ما تعلق بتصحيح حكم التحكيم عن طريق تصحيح الأخطاء المادية البسيطة التي لا تؤثر على مضمون ومعنى حكم التحكيم، كأخطاء القلم في كتابة الأرقام وغيره من الأخطاء المادية، غير أنه لخطورة هذا التدخل من القضاء على التحكيم فقد ضبط بضوابط محددة وإلا لا مجال للحديث عن تدخل القضاء في تفسير حكم التحكيم، فيكون تدخله حال تعذر تصدي محكمة التحكيم لمسألة التفسير لظروف قاهرة قد تعترضها يتعذر عنها الاجتماع لوفاء المحكم أو فقدان أهليته أو فقدان حقوقه المدنية أو رفض المحكم القيام بتفسير الحكم أو إعادة النظر في النزاع من جديد، ويكون القضاء مقيداً بعدم الخروج عن ما إتفق عليه الطرفان أو تعديله أو حتى قبول دفعات جديدة⁽¹⁾.

كما يشمل تدخل القضاء في تقديم المساعدة القضائية في تنفيذ طلبات التحكيم التي تقدمها هيئة التحكيم في شكل دعوة شاهد أو ندب خبير أو تقديم مستندات معينة موجودة لدى الغير، هذه الطلبات لا يمكن لهيئة التحكيم أن تقوم بها باعتبارها لا تملك سلطة الإجبار، لذلك تلجأ هيئة التحكيم للقضاء لطلب المساعدة لما تتوفر عليه السلطة القضائية من قوة وسلطة في طلب التنفيذ وصلاحيات إيقاع الجزاءات حال التعنت وعدم التنفيذ⁽²⁾.

(1) المرجع السابق، ص 139.

(2) خالد الدبوي، المرجع السابق، ص 51.

المطلب الثاني

دور القضاء المساعد في إجراءات التحكيم

إن إتفاق الأطراف على التحكيم يعني تجنب اللجوء إلى القضاء وعرض النزاع عليه أو إقصاء القضاء من أي تدخل في العملية التحكيم، لذلك فمهمة النظر والفصل في كل ما يتعلق بالنزاع موكلة لهيئة التحكيم للقيام بها، إلا أنه قد يتدخل القضاء في مسائل معينة تطبيقاً لإرادة أطراف النزاع والتي لا يملك هيئة التحكيم الإختصاص في مباشرتها فتخرج عن ولاية المحكم أو لطبيعة هذه المسائل التي لا يملك المحكم سلطة الإجبار التي يمتلكها القاضي⁽¹⁾، فيتسع بذلك دور القضاء أثناء الخصومة التحكيمية بهدف مساعدة التحكيم التجاري الدولي لتحقيق الهدف والمبتغى من لجوء الأطراف إليه، فيقوم القاضي بدور فعال في تذليل الصعوبات التي تواجه عملية التحكيم، فيما يتعلق في مساهمة القضاء في توفير أدلة الإثبات وفي المسائل الأولية الفرع الأول، وبتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية الفرع الثاني.

الفرع الأول: مساهمة القضاء في توفير أدلة الإثبات وفي المسائل الأولية

تقوم هيئة التحكيم بدور مهم للوصول إلى حل للنزاع وتسويته، وفي سبيل ذلك أعطى لها المشرع صلاحيات وسلطات واسعة لتحقيق ذلك، لكن قد يصطدم عمل هيئة التحكيم وما تملكه من سلطات وصلاحيات واسعة بتعنت وعدم إمتثال الأطراف المحتكمة لقرارات هيئة التحكيم، خاصة مع عدم إمتلاك هيئة التحكيم للقوة في الإجبار على تنفيذ قرارات هيئة التحكيم، من هذا المنطلق إستدعت الضرورة إدخال القضاء في عملية التحكيم وإعطائه صلاحية التدخل في مجال توفير أدلة الإثبات وفي المسائل الأولية.

فيساعد في البحث عن الأدلة للوصول إلى الحقيقة التي يبحث عنها المحكم للفصل الصحيح في النزاع، فحكم التحكيم يجب أن يكون مسبياً بالأدلة التي من وراءه إقتنع بالحل المتوصل إليه سواء بعد سماع الخصوم والشهود وفحص المستندات ومعاينة الأماكن والإستعانة بالخبراء، وهذا هو الهدف الذي ينشده الأطراف من وراء رفعهم للنزاع أمام قضاء التحكيم.

وإذا كان الأصل إختصاص هيئة التحكيم بالبحث عن الأدلة من خلال ما قرره نص المادة 1047 ق إ م وإ: "تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة"، إلا أن ذلك لا يمنع من مساعدة القضاء الوطني لهيئة التحكيم في

(1) يسمينة لعجال وريبعة رضوان، المرجع السابق، ص 136.

تقديم الأدلة من خلال نص المادة 1048 ق إ م وإ التي جاء فيها⁽¹⁾: "إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالإتفاق مع هذه الأخيرة، أو للطرف الذي يهيمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي"، ويوافق هذا النص ما نصّت عليه المادة 26 من قانون الأونسيتال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 حيث جاء في المادة: "في إجراءات التحكيم، يجوز لهيئة التحكيم أو لأي من الطرفين، بموافقة الهيئة، طلب المساعدة من محكمة مختصة في هذه الدولة للحصول على الأدلة. ويجوز للمحكمة أن تنفذ الطلب في حدود سلطتها ووفقا لقواعدها الخاصة بالحصول على الأدلة". ويلاحظ من هذه المواد إشتراط موافقة هيئة التحكيم، أو موافقة طرفي النزاع بعد توجيه الطلب وإتفاقهم مع هيئة التحكيم، أو بعد موافقة هيئة التحكيم على طلب الطرف الذي يهيمه التعجيل، أن يطلبوا تدخل القضاء للمساعدة في جمع الأدلة، ويأتي إشتراط موافقة هيئة التحكيم في طلب تدخل القضاء الوطني بإعتبار الأصل هو قيام هيئة التحكيم بهذه المهمة حسب ما نصّت عليه المادة 1047 ق إ م وإ: "تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة"، من هنا يظهر أن دور القضاء المساعد في جمع الأدلة هو دور احتياطي.

فمن غير الممكن قيام هيئة التحكيم بإجبار الشهود التي طلبت حضورهم أو التي قام الأطراف بتحديد شهود معينين للإدلاء بشهادتهم عن الحضور أمامها في حال رفضهم وتعنتهم للحضور أمام هيئة التحكيم للإدلاء بشهادتهم، من هنا يمكن لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها طلب مساعدة القضاء للحصول على شهادة أحد الأشخاص بإجبارهم على ذلك ليدي بما يعرفه من معلومات مهمة تساعد هيئة التحكيم الوصول للحقيقة وحل النزاع⁽²⁾.

ورغم أهمية هذا الدور للقضاء الوطني إتجاه العملية التحكيمية، غير أن ما ينسف هذه الفعالية هو عدم إقترائها بتقرير الجزاء والعقوبة على الشاهد في حال تخلفه عن الحضور لجلسة الإدلاء بالشهادة بعد ثبوت تبليغه

(1) يعتبر الحصول على الأدلة من المسائل التي يتدخل فيها القضاء لمساعد هيئة التحكيم في تحصيل الأدلة وجاء النص على ذلك في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي عام 1985 في المادة 27 منه: "في إجراءات التحكيم، يجوز لهيئة التحكيم أو لأي من الطرفين، بموافقة الهيئة، طلب المساعدة من محكمة مختصة في هذه الدولة للحصول على أدلة. ويجوز للمحكمة أن تنفذ الطلب في حدود سلطتها ووفقا لقواعدها الخاصة بالحصول على الأدلة".

(2) خالد العمري، مجال تدخل القاضي الوطني في سير اجراءات خصومة التحكيم التجاري الدولي في عقد الفرشائز: دراسة حالة التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 01، 2020، ص425

بشكل رسمي، وهو ما يعد فراغ يجب على المشرع الجزائري تداركه بتوقيع جزاءات حتى يكون هناك محفز للجوء هيئة التحكيم إلى القضاء للمطالبة بأمر سماع الشهود⁽¹⁾.

وقيام القاضي الوطني بهذه المهمة المطلوبة منه يكون بخضوعه لقانونه الوطني، وهذا ما نصّت عنه المادة 1048 ق إ م وإ السالفة الذكر.

وأبرز الصور التي يتدخل القضاء فيها لمساعدة هيئة التحكيم في مجال تحصيل أدلة الإثبات متعددة ومتنوعة بحسب الوسيلة التي تطلبها هيئة التحكيم في الإثبات بالكتابة، وسماع الشهود، الخبرة، الإنابة القضائية.

إذا كان يمكن للقضاء التدخل لمساعدة هيئة التحكيم في تحصيل الأدلة لإمتلاكها سلطة الإكراه على التنفيذ، إلا أنه يمكن أن تجد هيئة التحكيم نفسها أمام مسائل غير مختصة بالنظر فيها لخروجها عن ولايتها أو إرتباط الفصل في النزاع بالفصل في هذه المسائل الغير مختصة بالفصل فيها أو خروجها عن ولايتها، فتكون غير قابلة للتحكيم أو أن إتفاق التحكيم لا يشملها، هذا الوضع يترتب عنه وقف السير في إجراءات التحكيم لغاية النظر والفصل في هذه المسائل التي يطلق عليها بالمسائل العارضة أو الأولية، فتحيل هيئة التحكيم النظر في هذه المسائل إلى القضاء الوطني للفصل فيه للسير في خصومة التحكيم من جديد، والملاحظ في النصوص القانونية المنظمة للتحكيم أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى المسائل الأولية فيما يخص التحكيم الدولي ربما لسهو منه بإسقاط ذكرها في نص المادة 1047 والمادة 1048 ق إ م وإ الذي إكتفى بالنص على تقديم الأدلة، سواء كأحد سلطات هيئة التحكيم أو كصورة من صور تدخل القضاء المساعد في التحكيم، مكتفيا بالتطرق لها في التحكيم الداخلي من خلال نص المادة 1021 (2) ق إ م وإ، أين حصر هذه المسائل الأولية في حالة الطعن بالتزوير في ورقة، أو حصل عارض جنائي، بالرغم من تنوع وتعدد هذه المسائل كظهور الحاجة إلى إحضار الشاهد أو توقيع الجزاء عليه إذا تخلف أو امتنع عن الحضور، وحالات فترة الريبة في الإفلاس، والحالة التي يفرض فيها القانون الواجب التطبيق على النزاع ضرورة أداء الشاهد لليمين قبل أن يدلي بشهادته، والنظر في صحة أو بطلان عقد براءة الاختراع⁽²⁾.

ولهيئة التحكيم سلطة واسعة في قبول الدفع بالمسألة الأولية التي يثيرها الأطراف أمامها من عدمه، فيكون لهيئة التحكيم الفصل في هذا الدفع المقدم إما بكونه ضروريا ومؤثرا في خصومة التحكيم قبل الفصل في النزاع التحكيمي فحينئذ تحيله إلى القضاء الوطني ليفصل فيه، وإما أن يتبين لهيئة التحكيم في تقديرها أن المسألة

(1) المرجع السابق، ص 426.

(2) خالد العمري، المرجع السابق، ص 428.

المعروضة أمامها لا تعد مسألة أولية أو أنها غير لازمة للفصل فيها لكونها لا تؤثر في الفصل في النزاع التحكيمي، فيكون هيئة التحكيم الإستمرار في الفصل في النزاع لإختصاصها دون حاجة لرفع المسألة للقضاء الوطني ليفصل فيها، غير أن رفض هيئة التحكيم يجب أن يكون مسببا وإلا عرض حكمها للبطلان طبقا لمادة 1056 ق إ م وإ، أما في حالة التسبب وقدّر القضاء أن الأسباب في رفض هيئة التحكيم لقبول الدفع بالمسألة الأولية غير مؤسّسة، فيكون حكم التحكيم حينئذ معرضا للطعن بالبطلان بفصل محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها طبقا للمادة المشار إليها سابقا المادة 1056 ق إ م وإ⁽¹⁾.

وتم وضع ضوابط لتدخل القضاء دون أن يتجاوز الدور المساعد في العملية التحكيمية، فلا يتدخل إلا بطلب من الأطراف أو من هيئة التحكيم إذا إقتضت الضرورة لذلك، وذلك بنص المادة 1048 ق إ م وإ، وبالإطلاع على نص المادة نرى حسن ما فعل المشرع بخصوص المصطلحات المستخدمة: الضرورة؛ المساعدة، فيؤكد ذلك الدور الإحتياطي الذي لا يتجاوز الدور المساعد للقضاء، وبدون شك أن هذا التدخل يضيف فعالية أكبر للتحكيم للوصول إلى حل وتسوية عادلة للنزاع ترضي الأطراف، كما أنه يخلق تكامل بين القضاء الرسمي وقضاء التحكيم من خلال سد كل نقص أو ما تعجز عنه هيئة التحكيم القيام به، لذلك هذا الدور المنوط للقضاء القيام به هو أكثر ن ضروري إلا أنه يجب أن يكون في حدود ضوابط وشروط هذا التدخل.

الفرع الثاني: تدخل القضاء في مجال التدابير الوقائية والتحفظية

إذا كان تدخل القضاء بارزا في مجال تحصيل أدلة الإثبات والفصل في المسائل الأولية والعارضة، إلا أن دور القضاء لا يقل أهمية عن ذلك في تدخله لإتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية⁽²⁾، فقد تجد هيئة التحكيم نفسها أمام ضرورة إتخاذ بعض الإجراءات الوقائية والتحفظية بما تفرضه طبيعة النزاع التحكيمي في جميع مراحل التحكيم من إبرامه إلى غاية صدور حكم التحكيم، وسواء كان قبل تشكيل هيئة التحكيم أو بعد تشكيلها، بلجوءها للقضاء الوطني لإجبار الأطراف القيام بهذه الإجراءات. فيكون تدخل القضاء مساعدا لهيئة التحكيم في حماية الحقوق والمراكز القانونية والحفاظ عليها مؤقتا لحين الفصل في الموضوع وصدور الحكم الفاصل في النزاع لامتلاك القضاء

(1) المرجع السابق، ص 429.

(2) يقصد بالتدابير الوقائية والتحفظية أو ما يطلق عليها المشرع مصطلح الإستعجال في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نص عليها في المواد من 299 إلى 305، بأنها كل ما يطلب من القاضي بصفة مستعجلة الفصل فيه دون الخوض في موضوع النزاع، وتهدف هذه التدابير الإستعجالية إلى الحفاظ على حقوق الخصوم وحمايتهم من خطر الزوال والإندثار، فتساهم هذه التدابير في المساعدة على إصدار حكم التحكيم وضمان تنفيذه، أو تجاوز خطر داهم وحال أو ممكن الوقوع في المستقبل، غير أن هذه التدابير لا تمس بأصل الحق ولا بموضوع النزاع وتنتهي بمجرد زوال الخطر أو حالة الإستعجال أو الهدف الذي من أجله وضعت هذه التدابير. أنظر: عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 211.

ويلاحظ من التعريف جمعه بين كل من الإجراءات التحفظية والتدابير الوقائية وهو ما يتفق مع غالبية الفقه في عدم الفصل والتمييز بين الإجراءات الوقائية والتحفظية.

لسلطة الإكراه والإجبار إلى حين الفصل في النزاع، لذلك أضحى يكتسي إتخاذ هذا النوع من التدابير أهمية كبيرة نظير الحماية القضائية التي يوفرها التي لا تقل أهمية عن الحماية الموضوعية، ليؤدي ذلك إلى خلق تكامل يضفي فعالية كبيرة على التحكيم التجاري⁽¹⁾.

وهذه التدابير متعددة كتعيين حارس على موجودات الشركة محل النزاع بين الشركاء، والأمر ببيع البضاعة محل النزاع والمعرضة للتلف وإيداع ثمنها في البنك، أو كأمر سماع شاهد على وشك الموت، أو الأمر بوضع الشيء تحت الحراسة القضائية⁽²⁾.

ونص المشرع الجزائري في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي على مسألة التدابير الوقية والتحفظية في المادة 1046 ق إ م و⁽³⁾: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص إتفاق 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"⁽³⁾، من نص المادة يظهر أن المشرع قد فصل في مسألة تدخل القضاء في مجال التدابير الوقية والتحفظية على النحو التالي:

- يتوقف إتخاذ التدابير الوقية والتحفظية على إرادة الأطراف في طلبها وتضمينها في إتفاق التحكيم، حتى ينعقد إختصاص هيئة التحكيم في البت في الطلبات المتعلقة بإتخاذ أحد التدابير الوقية أو التحفظية، فلا يعتبر إختصاص هيئة التحكيم أصيلاً تأمر به من تلقاء نفسها، وإذا نص إتفاق التحكيم على عدم إختصاص هيئة التحكيم في البت في هذه الطلبات فإنه يمنع على هيئة التحكيم القيام بذلك، وذلك حسب نص المادة 1046 (1): "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم إتفاق التحكيم على خلاف ذلك".

(1) عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، ENCyclopedia Edition Communication، بن عكنون الجزائر، دون سنة النشر، ص 137.

(2) أمال يدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2012، ص 89.

(3) نص قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 على إختصاص القضاء في الأمر بإتخاذ التدابير المؤقتة، وجاء ذلك في المادة 17 ياء: "تتمتع المحكمة بصلاحيّة إصدار تدابير مؤقتة لأغراض إجراءات التحكيم، بصرف النظر عما إذا كانت تجري في إقليم هذه الدولة، تماثل تلك التي تتمتع بها لأغراض الإجراءات القضائية.

ويتعين على المحكمة أن تمارس تلك الصلاحيّة، وفقاً للقواعد الإجرائية الخاصة بها، لدى النظر في السمات المميزة للتحكيم الدولي".

- يمكن للقضاء التدخل في إتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية، بعد لجوء محكمة التحكيم إلى القضاء وطلب تدخله في إجبار الطرف الممتنع الذي صدر إليه الأمر من هيئة التحكيم بإتخاذ هذه التدابير، ويتعين في ذلك اللجوء إلى القاضي المختص الذي يفرض على الأطراف تطبيق قانون بلد القاضي حسب نص المادة 1046 (2) : "إذا لم يقيم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي"، وما يلاحظ من هذا النص أن تدخل القضاء غير مباشر، فلا يتم إلا بعد قيام هيئة التحكيم بالبت في هذه التدابير والأمر بتنفيذ هذه التدابير، وفي حالة رفض أحد الأطراف القيام بذلك يتدخل القضاء بطلب من هيئة التحكيم لإجبار الطرف الممتنع على التنفيذ وليس الأمر بإتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية، فيقوم القاضي بالأمر بتنفيذ تدبير سبق وأن أمرت به محكمة التحكيم.

أما في حالة عدم النص على تدخل هيئة التحكيم في إتخاذ هذه التدابير، فيمكن حينها لجوء الأطراف للقضاء مباشرة وطلب إتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية وذلك كنتيجة طبيعية يفرضها مبدأ سلطان الإرادة، فيما أن الأطراف تراضوا على منح هيئة التحكيم الإختصاص في النظر والفصل في التدابير الوقائية أو التحفظية فإنه يلزم أن يتم تنفيذ ما تصدره هيئة التحكيم بهذا الشأن إرادياً دون أي إلزام، ففي حالة الإمتناع عن التنفيذ الإرادي فيحق لهيئة التحكيم اللجوء للقضاء لإلزام الطرف الممتنع عن التنفيذ، فكان ذلك نتيجة طبيعية نتيجة عدم إحترام مبدأ سلطان الإرادة.

-ضبطت المادة 1046 ق إ م وإ أوجه تدخل كل طرف في مجال إتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية، فالأصل أن إتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية يتوقف على طلبه من أحد الأطراف المحكمة، فلا يمكن لمحكمة التحكيم أن تثير هذه التدابير من تلقاء نفسها دون أن يطلبها أحد الأطراف، كما أن الأطراف لا يمكنهم اللجوء مباشرة إلى القضاء للأمر بإتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية دون المرور على هيئة التحكيم وطلب منها القيام بذلك، في ظل وجود إتفاق التحكيم ينص على إختصاص هيئة التحكيم في البت في هذه التدابير، وهنا يثبت أن إختصاص القضاء إحتياطي بمقابل ثبوت الإختصاص الأصلي لهيئة التحكيم.

أما إذا نص الأطراف المحكمة على الإختصاص المباشر للقضاء في مجال التدابير الوقائية أو التحفظية، فيمكن للقضاء التدخل المباشر ليأمر بإتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية، تطبيقاً لنص المادة 1046 (3) : "يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير".

- يميز التدابير المؤقتة أو التحفظية ثلاث خصائص أساسية تبرز خصوصية وطبيعة هذه التدابير من تميزها بالطابع المؤقت، فالحكم الصادر بشأنها يكون وقتي وليس نهائي، فالحل الذي يصل إليه متخذ هذه التدابير الوقائية أو التحفظية لا يعتبر حل نهائي للنزاع، كما تتميز بالطابع التبعية لها فهي لا توجد إلا بوجود نزاع موجود أو ممكن الوجود حول نزاع أصلي المتفق بشأنه على التحكيم، بالإضافة الغرض الذي تسعى لتحقيقه من خلال هدفها إلى تحقيق الغرض من نشوء الخصومة التحكيمية الأصلية بالسعي لإصدار حكم منهي لخصومة التحكيمية وضمان تنفيذه⁽¹⁾.

- يمكن لمحكمة التحكيم أو القضاء الوطني أن يطلب من الطرف الذي يهمله التعجيل تقديم ضمانات كافية تغطي نفقات هذه التدابير التي تأمر بها، ونص المشرع عن هذه الحالة هو تجنب أي تعطيل أو إطالة أمد الخصومة والبطء في صدور حكم التحكيم بتعمد أحد الأطراف بإتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية، ونص المشرع الجزائري عن ذلك في المادة 1046 ق إ م وإ: "يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير"، كما نص المشرع الجزائري تجنباً لأي ممانعة من أحد الأطراف على وجوب الفصل في هذه التدابير الإستعجالية في أقرب الآجال وذلك وفقاً لنص المادة 299 (2) ق إ م وإ: "يجب الفصل في الدعاوى الإستعجالية في أقرب الآجال".

- رغم أهمية ما يثيره مسألة تحديد المحكمة المختصة في إتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية إلا أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا الإختصاص مكتفياً بالإشارة فقط من خلال نص المادة 1046 (2) ق إ م وإ: "إذا لم يقر الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي"، من نص المادة أشارت إلى تدخل القاضي المختص وتطبيق قانون بلد القاضي، يفهم من المادة أنها تحيلنا ضمناً للمادة 1041 (2) ق إ م وإ: "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 في الجزائر". وعليه يؤول الإختصاص في إتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية حسب المكان الذي جرى فيه التحكيم:

(1) أمال يدر، المرجع السابق، 93.

-إذا كان التحكيم في الجزائر فالإختصاص يؤول إلى الرئيس التي يقع في دائرة إختصاصها التحكيم، وفي حالة عدم تحديد مكان التحكيم في الإتفاقية فالإختصاص يؤول للمحكمة الواقع في دائرتها مكان إبرام العقد أو تنفيذه.

-أما إذا كان التحكيم في الخارج ووقع الإتفاق بين الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر فالإختصاص يؤول إلى محكمة الجزائر.

إن الدفع بإتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية سواء أمام القضاء قبل تشكيل هيئة التحكيم أو بعدها بعد رفعها لهيئة التحكيم، وسواء كان هذا التدخل من القضاء الوطني أو محكمة التحكيم، يستوجب شروط وضوابط أساسية من توفر حالة الإستعجال، وعدم المساس بأصل الحق، ويعتبر كلا الشرطين السابقين من الشروط العامة التي جاء ذكرهما في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يخص الإستعجال والأوامر الإستعجالية التي نص عليهما في المواد 299 إلى 305 ق إ م وإ، إضافة لشرط أخير وهو أن يكون الإجراء المطلوب واجب التنفيذ في دولة القاضي المطلوب إصدار الإجراء منه، وسنتطرق لهذه الشروط تباعا فيما يلي:

أولاً: توفر حالة الإستعجال: يقصد بحالة الإستعجال ذلك الخطر الداهم والحال أو وشيك الوقوع الذي يتعرض له الحق والذي يهدد وجوده أو يهدد المركز القانوني بالخطر والذي يمكن أن يصاحبه ضرر، والذي لا يمكن تلافي كل ذلك عن طريق الإجراءات العادية، مما يلجأ الأطراف بسرعة إلى إتخاذ الإجراء المستعجل، وفي حال عدم وجود حالة الإستعجال وجب القضاء بعم الإختصاص⁽¹⁾.

ويرى الأستاذ زودة عمر أن حالة الإستعجال تتحقق بتحقيق الضرر عن كل تأخير في البت في النزاع نتيجة الخطر الداهم المحدق بالحق محل المحافظة عليه، والذي لا يمكن للإجراءات العادية تلافيه، والمعيار المعتمد في تقرير وجود الخطر الداهم هو معيار شخصي يستخلص من مجموع العناصر والوقائع المعروضة على القاضي الذي يبت في التدابير الوقائية والتحفظية الذي له سلطة تقديرية واسعة في إستنتاج ما إذا كانت تؤدي إلى التسبب في هذا الخطر من عدمه ومنه تقرير وجود حالة الإستعجال، ويقاس توفر حالة الإستعجال ما إذا عجزت الإجراءات العادية عن منع وقوع الضرر⁽²⁾.

ثانياً: عدم المساس بأصل الحق: يقصد بأصل الحق، كل ما تعلق بجوهره وهو ما يؤكد الطبيعة المؤقتة لهذه التدابير الوقائية والتحفظية، فيمنع على من يقوم بإتخاذ هذه التدابير الوقائية أو التحفظية إلى التطرق لموضوع نزاع

(1) عمر زودة، المرجع السابق، ص 138.

(2) المرجع السابق، ص 139.

جدي حول حق يدعيه الخصوم والفصل فيه نهائيا، كأن يثبت قيام المسؤولية لأحد الأطراف، أو تحديد الالتزامات أو التعديل فيها، أو أن يقوم بإعطاء تعويض عن الضرر، أو الفصل في صحة أو بطلان العقد، أو إثبات حالات القوة القاهرة أو الظرف الطارئ ويتخذ بشأن ذلك حكمه الفاصل في مدى توفر القوة القاهرة أو تقدير وقوع الظرف الطارئ، فكل ما يمكن القيام به أن يأمر بإتخاذ تدابير تحمي الحق مؤقتا من الخطر الداهم أو الحال حين الفصل في موضوع النزاع نهائيا⁽¹⁾، وجاء النص على هذا الشرط في القواعد العامة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 303 منه: "لا يمس الأمر الإستعجالي أصل الحق"⁽²⁾.

وإذا كان من المتفق عليه تدخل القضاء في مجال الإجراءات الوقتية والتحفظية والنظر في الطلبات المتعلقة بذلك قبل تشكيل الأطراف لهيئة التحكيم، دون أن يتجاوز ذلك إختصاصه بالنظر في موضوع النزاع لاستبعاد الأطراف تدخل القضاء في النزاع، غير أن بعد تشكيل هيئة التحكيم فإن الأمر مختلف بالنسبة لتدخل القضاء في البت في طلبات التدابير المؤقتة أو التحفظية، فتعددت الآراء والتوجهات بين من يقر بالإختصاص حصري للقضاء الوطني في إتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية ومن يعطي هذا الإختصاص بشكل حصري لهيئة التحكيم للفصل فيه، فإننا نرى بضرورة أن يكون دور القضاء مساعدا فقط دون أن يكون إختصاصه حصريا، فيكون دور القضاء بعد فصل هيئة التحكيم في ما تراه مناسبا من إتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية، وهذا ما يكون مناسبا مع ما يفرضه طبيعة التحكيم وخصوصيته في إقصاء القضاء وإستبعاده من النظر في الخصومة التي إتفق الأطراف بشأنها على التحكيم وبطبيعة الحال يستبعد القضاء من النظر في التدابير الوقتية والتحفظية، مع إستثناء تدخل القضاء في تنفيذ ما تأمر به هيئة التحكيم القضاء بشأن مسألة إتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية لتمتع القضاء بسلطة الإكراه والإكراه على التنفيذ، دون أن يمتد دورها إلى الفصل في النزاع أو أي مسألة مرتبطة بموضوع الفصل في النزاع، وهذا ما جاء موافقا لما تبناه المشرع الجزائري بإقراره للإختصاص المشترك بين كل من هيئة التحكيم والقضاء الوطني في إتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية من خلال نص المادة 1046 ق إ م وإ، وإن كان بالنص أن يكون تدخل المحكم هو الأصل، ليأتي تدخل القضاء إحتياطيا بطلب من هيئة التحكيم للتدخل، وجاء نص المادة على النحو التالي: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد

(1) عبد الرحمان بريارة، المرجع السابق، ص 220.

(2) في هذا الخصوص صدر قرار للمحكمة العليا في النزاع الناشئ بين مؤسسة كروزلوار وشركة الشمال الإفريقي للأشغال العمومية والبناء، وقضى القرار بأن الطلب لإصدار تدبير مؤقت أو تحفظي يكون برفع عريضة إلى رئيس الجهة القضائية للدرجة الأولى المختصة بموضوع الدعوى، والمقرر أيضا أن الأوامر الصادرة في المواد الإستعجالية لا تمس بأصل الحق، وعلى هذا الأساس تم رفض دعوى تعيين خبير لإجراء الجرد لإحصاء الخدمات المنجزة من اليد العاملة ومواد البناء المستهلكة وكذا العتاد المستعمل يعد إساءة في تطبيق القانون ومنه يستوجب معه الأمر نقض القرار المطعون فيه وإبطاله. قرار محكمة العليا، ملف رقم 34776 بتاريخ 1985/03/23. منشور بالمجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الرابع، 1989.

الأطراف، ما لم ينص إتفاق التحكيم على خلاف ذلك⁽¹⁾. إذا لم يقرم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي"، وتصدر الملاحظة أن هذا الإختصاص المشترك لا يكون إلا بصدد نزاع تحكيمي قد تم تشكيل محكمة التحكيم وإلا لا مجال للحديث عنه قبل ذلك لأن الإختصاص حينئذ يؤول للقضاء الوطني.

لذلك يساعد تدخل القضاء في إتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية في تسوية النزاع بالسرعة المطلوبة، من خلال ما يؤدي تدخل القضاء في تجاوز كل ما تعجز هيئة التحكيم حله، مما قد يعرض الحق إلى خطر يستدعي التدخل بشكل إستعجالي لحماية الحق أو وجود أمر إستعجالي يستدعي عدم التأخير في حلها، لتستمر هيئة التحكيم في الفصل في النزاع بعد تجاوز الخطر أو الضرر الذي إعترض تسوية النزاع، دون مساس بأصل الحق سواء عند نظر هيئة التحكيم أو القضاء في هذه التدابير الوقائية أو التحفظية.

في نهاية حديثنا عن الدور المساعد الذي يلعبه القضاء الرسمي في التحكيم والذي يشترط أن لا يتجاوز حدود مساعدة هيئة التحكيم وفي ظل الدور الذي يلعبه القضاء في تدخله في العملية التحكيمية سواء ما تعلق بتدخله في توفير أدلة الإثبات وفي المسائل الأولية أو ما تعلق بالإجراءات الوقائية والتحفظية بالخصوص أمام عقبة إفتقار هيئة التحكيم لسلطة الإجبار وإكراه الأطراف على التنفيذ على نقيض القضاء الذي يعتبر من أبرز ما يميزه هو إمتلاكه لسلطة الإجبار والإكراه، فإن ذلك يؤدي بنا للوصول إلى نتيجتين مهمتين تتمثلان في:

النتيجة الأولى: بالرغم من تصديقنا بأنه لا يمكن الحديث عن التحكيم كنظام مستقل له خصوصيته وإستثنائيته ودوره الفعال في تسوية المنازعات إلا من خلال تفعيل دور المحكم وإضفاء إمتيازات أكثر للسلطة التي يتمتع بها في الفصل في المنازعات، بالخصوص ما تعلق بسلطة الإكراه والإجبار في إرغام الأطراف على تنفيذ ما تراه هيئة التحكيم مناسبا، وهذا دون شك سيقفز بالتحكيم إلى قضاء لا يقل أهمية عن القضاء الرسمي فيما تعلق بهذا الجانب.

النتيجة الثانية: ما نصل إليه من نتيجة أن الدور المساعد لهيئة التحكيم سواء في إتخاذ الإجراءات الأولية والتدابير الوقائية والتحفظية والحصول على أدلة الإثبات يتوقف كل ذلك على مدى إمكانية هيئة التحكيم التدخل، فإذا كان بإمكانها التدخل سواء في حالة الإستعجال أو المسائل الأولية والبحث عن الأدلة فلا مجال لتدخل القضاء، أما عكس ذلك إذا لم يكن بإمكان هيئة التحكيم التدخل خصوصا في ظل غياب عنصر الإجبار في التنفيذ فيكون تدخل القضاء ضروريا حتى ولو كان ذلك من قبيل الإختصاصات الأصلية لهيئة التحكيم.

(1) أنظر أمال يدر، المرجع السابق، ص ص 89-92.

المطلب الثالث

دور القضاء الضابط والرقابي على التحكيم

إذا كان الدور الأول الذي يلعبه القاضي بتدخله المساعد سواء في تشكيل هيئة التحكيم أو تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تدخله في مجال التدابير الوقائية والإجراءات التحفظية تدخل منطقي لا يثير أي إشكال أو يشكل خطورة على التحكيم وإستقلاليته، إلا أن الدور الثاني للقضاء أثار العديد من الإشكالات والنقاشات حوله، نظرا لخطورة هذا الدور الذي يعتبر مساس حقيقي بالخصومة التحكيمية، مما أثار مخاوف حول ذلك بما يؤديه إلى نسف الفائدة من لجوء الأطراف للتحكيم من خلال إقصاء القضاء من التدخل في هذه الخصومة وإلا أي فائدة مرجوة من التحكيم كقضاء خاص ومستقل عن القضاء الرسمي يقوم على مبدأ سلطان إرادة الأطراف فيه، لذلك ندرس هذه الإشكالات والخطورة التي يضيفها هذا التدخل وإن كان ضروري من أجل فعالية التحكيم أم هو غير ذلك، فخصصنا بالدراسة أهم أوجه هذا التدخل من رد وعزل المحكم الفرع الأول، وتنفيذ الحكم التحكيمي الفرع الثاني، والطعن فيه الفرع الثالث.

الفرع الأول: دور القضاء في رد وعزل المحكم أو إستبداله

قد يعتري عملية التحكيم خلل يصيب هيئة التحكيم بعد تشكيلها، نتيجة ما قد يثار حول إستقلالية ونزاهة وحياد هيئة التحكيم وعدم إنحيازها، هذه المعايير أولتها القوانين الدولية أهمية بالغة في إشتراطها لهيئة التحكيم التمتع بها تحت طائلة المساءلة والجزاء، وذلك راجع لأهم أساس يقوم عليه التحكيم وهو عنصر الثقة بين المحكمين وهيئة التحكيم⁽¹⁾، أو لعدم توفرهم على الشروط والصفات محل الإتفاق بشأنها في إتفاق التحكيم، وإلتزام المحكم بالإفصاح عن كل ما من شأنه يعرضه للرد أو العزل والإستبدال، فضمامنا لحقوق المحكمين وإضفاء فعالية على العملية التحكيمية إستوجب تدخل القضاء لعزل ورد هيئة التحكيم بعد تقديم طلب بذلك من طرف المحكمين⁽²⁾.

(1) راجع في ذلك كل من القانون السويسري للتحكيم لعام 1989 في المادة 180 منه، قانون التحكيم الهولندي لعام 1986 في المادة 1033، قانون التحكيم الفيدرالي للولايات المتحدة الأمريكية في القسم 15 ب، والقسم 23 من قانون التحكيم الإنجليزي الصادر عام 1950. أنظر: عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003، ص 75-78.

(2) وكانت محكمة النقض الفرنسية قد قضت بأن "عدم إبلاغ المحكم الطرف الآخر بالرابط المهني الوثيق بين إبنه أحد المحكمين ومستشار الطرف في الدعوى مخالفا لمبدأ حياد المحكم وإستقلاله، ما يجعل الحكم التحكيمي باطلا". قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية الغرفة الأولى، الصادر في 18 كانون الثاني 2008. مجلة التحكيم، عدد 3، 2009، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 875، أورد ذلك مرتضى جمعة عاشور وعماد حسن سلمان، حياد المحكم التجاري الدولي، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، المجلد الخامس، 2012، ص 122.

أولاً: تنظيم مسألة رد وعزل المحكمين وإستبدالهم في التشريع الجزائري والقوانين الدولية

أحاطت جل التشريعات والقوانين الدولية مسألة الحياد وإستقلالية المحكم بإهتمام واسع بإعتباره أحد أبرز الحقوق الأساسية للأطراف المحتكمة وفي مقابل ذلك يعتبر إلتزام أساسي يقع على عاتق المحكم يوجب تبرجه ومسأئلته حال الإخلال بهذا الإلتزام إما بتطبيق جزاء الرد أو عزله وإستبداله، فورد هذا الإلتزام في تقرير لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة عند حديثها عن إستقلال القضاة والمحلفين لعام 1985: "يجب على القضاة أن يكونوا مستقلين وأن يتحرروا من أية قيود أو نفوذ أو إغراءات أو ضغوط أو تهديدات أو تدخلات مباشرة أو غير مباشرة... وإستقلالهم ليس عن السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية فحسب، ولكن عن زملاءهم ورؤسائهم في الجهاز القضائي... ومبدأ الإستقلال والنزاهة يعتمد على ثقافة المجتمع وآدابه ونظامه القانوني"⁽¹⁾، ونص على هذا الإلتزام وغيره من القواعد السلوكية للمحكمين مختلف مراكز ومؤسسات التحكيم مثل ميثاق السلوك في التحكيم التجاري الذي وضعه إتحاد التحكيم الأمريكي بالتعاون مع نقابة المحامين الأمريكية، وأيضاً إنشاء مركز القاهرة الدولي لميثاق سلوك المحكمين الصادر تحت عنوان "سلوكيات المحكمين"⁽²⁾.

1-رد المحكم: يعتبر رد المحكم من المسائل المهمة نظير الضمانات التي توفرها لأطراف الخصومة التحكيمية وللعملية التحكيمية ككل، من ضمان العدالة التحكيمية وعدم الانحراف عن الحق بما يحقق الطمأنينة ويعزز الثقة لدى الأطراف، إذ تكفل إستبعاد كل محكم أخل بالثقة التي تربطه مع الأطراف المحتكمة وأيضاً في عدم إلتزامه بالحيادة والإستقلالية أو لإفتقاده للشروط والضوابط القانونية أو التي تنص عليها إتفاقية التحكيم، وقد وضع المشرع إلتزام على عاتق المحكم بأن يخبر الأطراف عند توفر حالة من حالات الرد أو أي شكوك تثار حول حياده وإستقلاليته، كإخبار الأطراف بصلته الشخصية بالقضية أو تربطه علاقة قرابة بأحد أطراف النزاع، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرار صادر عن الدوائر المدنية بجلسة 2021/01/23 وجاء في القرار بأنه متى قامت ظروف تثير شكوك حول إستقلال المحكم أو حيده كان عليه أن يفصح عنها عند قبوله القيام بمهمته، أما إذا لم يفصح عنها بعد أن قدر أنها لا تثير شكوكاً حول إستقلاله أو حيده، ثم علم طرف التحكيم بهذه الظروف بعد أن عينه ورأى أنها تثير ذلك، كان له أن يقدم طلباً برده إلى هيئة التحكيم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بها، فإذا لم يتنح المحكم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب، يحال إلى المحكمة المنصوص عليها في المادة 09 من ذات القانون للفصل فيه بحكم غير قابل للطعن، وعلى ذلك فإنه إذا لم يقيم المحكم بواجب

(1) أنظر على الموقع: <http://www.ohchr.org>.

(2) مرتضى جمعة عاشور وعماد حسن سلمان، المرجع السابق، ص 65.

الإفصاح، واستمرت إجراءات التحكيم دون اعتراض على المحكم، فلا يجوز النعي على حكم التحكيم لمجرد أن المحكم لم يفصح عن الظروف التي قد تثير الشك في حيده واستقلاله، أما إذا إعتراض أحد الطرفين على المحكم، فإن للأخير أن يتنحى عن التحكيم وجوباً، على أن للأخير أن يستمر في العمل رغم هذا الاعتراض، وعندئذ يكون للطرف غير الموافق التمسك برد المحكم، فإن حكم برده أصبح غير صالح للنظر في النزاع التحكيمي، أما إذا لم يقيم أي من الطرفين برده والحصول على حكم بهذا الرد فإن حكمه يكون صحيحاً⁽¹⁾.

وقد قضت بذلك أيضاً محكمة باريس الغرفة المدنية الأولى أن ممارسة هيئة التحكيم لمهامها يفترض تميزها بعلاقة الثقة مع الأطراف، ويجب المحافظة على هذه الثقة طيلة مدة التحكيم، من أجل ذلك السبب فالمحكم مدعو لإعلام الأطراف بأي علاقة لا تتمتع بالطابع العلني والتي يمكن أن تشكل بنظره طارئاً على حكمه...⁽²⁾، ويترب عن ذلك توقفه عن الفصل في النزاع إلا بعد موافقة الأطراف بذلك، وجعل ذلك أحد الالتزامات الجوهرية التي تقع على عاتق المحكم عند تشكيل هيئة التحكيم المادة 1015 (2) ق إ م وإ، والأجدر على المشرع الجزائري ضبط هذه الفقرة من نص المادة 1015 ق إ م وإ بالنص صراحة على إلزام المحكم بالإفصاح وإعلام الأطراف عن كل ما من شأنه أن يؤثر في نزاهته وحياده وإستقلاله، ولا يقتصر هذه الدور عند التعيين أو قبله بل الأجدر أن يكون هذا الإلتزام قائم طوال مرحلة التحكيم لأن عنصر الثقة والحياد والإستقلالية تكون ملازمة لعملية التحكيم في جميع أطواره.

ومكّن المشرع للأطراف الحق في تقديم طلب رد المحكم عند توفر أحد أسباب الرد وفق شروط وإجراءات معينة حتى يكون هذا الطلب صحيحاً منتجاً لأثره.

ويقصد برد المحكم منعه من النظر في النزاع أو المواصلة في القيام بذلك، لظهور أحد الأسباب التي تؤثر في حياد أو إستقلالية المحكم⁽³⁾، فيتقدم أحد الأطراف بطلب تنحيته ومنعه من النظر في النزاع أو المواصلة في الفصل

(1) قرار صادر عن محكمة النقض المصرية بجلسته 2021/01/23، الدوائر المدنية، الطعن رقم 6887 لعام 72 قضائية. للإطلاع على القرار أنظر: https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111541982&&ja=283483

(2) حكم صادر عن محكمة باريس الغرفة المدنية الأولى القضية رقم 06/12878 لعام 2008. القرار منشور في مجلة التحكيم، الإجتهد القضائي الأوروبي/ فرنسا، العدد الأول، 2009، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 658. مقتبس من طرف مرتضى جمعة عاشور وعماد حسن سلمان، المرجع السابق، ص 117.

(3) وفي قرار محكمة النقض المصرية قضت بأن إستقلال المحكم وحيده الهدف منه أن يسود الإعتقاد لدى طرفي التحكيم أن الحكم الذي سيصدره سوف يتسم بالعدل، وإعتبرت بأن حياد المحكم يقصد به عدم انخيازه إلى جانب طرف أو ضد طرف، بما يشكل خطراً حقيقياً يتمثل في احتمال الميل تجاه أحد الطرفين، أو يثير شكوكاً مبررة في هذا الشأن، أما إستقلال المحكم فالمقصود به هو عدم ارتباطه بأية رابطة تبعية أو مادية أو اجتماعية أو مهنية مع أحد أطراف النزاع أو وكلائهم من شأنها أن تؤثر في قراراته. الطعن رقم 13892 لسنة 81 قضائية، الدوائر التجارية، الصادر بجلسته 22/02/2022. للإطلاع على القرار أنظر:

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111739158&&ja=297395

فيه، فيعتبر أحد الأطراف المحتكمة في خصومة التحكيم عن إرادته في عدم الإمتثال أمام محكم معين، وأعطى هذا الحق لجميع أطراف الخصومة عند توفر أحد أسباب تقديم طلب رد المحكم⁽¹⁾.

وقصر تنظيم المشرع الجزائري لمسألة رد المحكمين في الجزء الخاص بالتحكيم التجاري الداخلي دون تخصيص حيز خاص لهذه المسألة في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، غير أن هناك من إعتبر أن مسألة رد المحكمين في التحكيم التجاري الداخلي لا يختلف عن التحكيم التجاري الدولي⁽²⁾، أو أن يكون المشرع ترك هذه المسألة لما نظمته مختلف أنظمة التحكيم والإتفاقيات الدولية، ونظم المشرع الجزائري رد المحكمين في المواد 1014، 1015، 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أ-أسباب رد المحكم: نص المشرع الجزائري عن الحالات التي تستوجب فيهما رد المحكمين وذلك بشكل حصري بنص المادة 1016 3 ق إ م وإ: "يجوز رد المحكم في الحالات الآتية: 1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف، 2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف، 3- عندما تبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلالته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط".

ما يلاحظ من نص المادة مرونة الحالات التي يجوز فيهما رد المحكم مما يجعل نص المادة يستوعب حالات عديدة التي من شأنها تثير مسألة رد المحكم، وهذا ما جاء متوافقا مع ما نصّت عنه أنظمة التحكيم الدولية من نظام غرفة التجارة الدولية للتحكيم التجاري الدولي بباريس ICC بنصها في المادة 10 (1): "يقدم طلب الرد، سواء إستند إلى إنتفاء الحيادة أو الإستقلالية أو غير ذلك"، وبنفس الصياغة نصّت قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في مادته 13 (1)، وأيضا ما جاء في نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA في المادة 10 (3)، وما نصّت عنه الهيئة الأمريكية للتحكيم AAA في المادة 8.

ونص قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 المنقحة عام 2006 على أسباب رد المحكم في المادة 12 (2) منه: "2- لا يجوز رد محكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكا لها ما يبررها حول حياده أو إستقلاله أو إذا لم يكن حائزا للمؤهلات إتفق عليها الطرفان"، أضيف لنص قواعد الأونسيترال لعام 1976 المنقح عام 2010 في المادة 12 (1): "يجوز الإعتراض على أي محكم إذا وجدت ظروف تثير شكوكا لها ما يبررها بشأن حياده أو إستقلاله"، ونفسه ما نصّت عنه إتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية

(1) كمال فتحي دريس، المرجع السابق، ص352.

(2) أمال يدر، المرجع السابق، ص49.

المنازعات الناشئة عن الإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى في المادة 57: "يجوز لأي من الطرفين أن يعرض على لجنة التوفيق أو المحكمة تنحية أي من أعضائها على أساس أي واقعة تفيد بشكل ظاهر عدم توافر إحدى الصفات المطلوبة...".

بذلك جاءت أغلب التشريعات واللوائح متفقة على مسألة رد المحكم وعلى الحالات التي يجوز على إثرها القيام بذلك مع عدم التضييق وحصر هذه الحالات، فأغلب ما تم النص عنه جاء بشكل عام ومرن يتسع لكل ما يندرج ضمن التأثير على حياد وإستقلالية المحكم، كما يشمل أي سبب رد منصوص عليه في إتفاق التحكيم أو ما يتناقض والمؤهلات التي يتوجب توفرها في المحكم والتي إتفق عليها الأطراف⁽¹⁾.

ب- شروط وإجراءات رد المحكم: حتى تكون إجراءات الرد صحيحة يستلزم إثبات طالب الرد توفر حالة من حالات الرد المنصوص عنها قانونا وأن يتم تقديم هذا الطلب كتابة إلى المحكمة المختصة بالنظر والفصل فيه دون جواز عرضه شفاهيا وإلا فلا يجوز رد المحكم⁽²⁾، ولم ينص المشرع الجزائري عن أول إجراء في طلب الرد بالرغم من أهميته، كما لا يجوز طلب الرد من الطرف الذي كان قد عين المحكم محل الرد، أو شارك في تعيينه وهو عالم بسبب الرد، إلا إذا علم بذلك بعد تعيينه المادة 1016 (2)، وإشترط مثل هذا الشرط هو لمنع أي تعطيل لعملية التحكيم من الطرف سيئ النية، فافتراض المشرع علم هذا الطرف بسبب رد المحكم دليل على تنازله عن رده. كما يعتبر طلب الرد غير جائز إذا تم تقديمه أكثر من مرة من الشخص نفسه ولذات المحكم ولو اختلف سبب الرد، وهذا ما نص عنه قانون التحكيم المصري في المادة 19 (2)، ويرجع سبب ذلك لإشترط تقديم أسباب الرد دفعة واحدة لما فيه من ضمان في تجنب عرقلة والبطء في تسوية النزاع، ولم ينص المشرع الجزائري عن هذه الحالة مكتفيا بعرض الحالات السابقة، بالرغم من أهمية هذه الحالة وما تضيفه من فعالية للتحكيم⁽³⁾.

ومن أبرز الإجراءات التي إشتراطتها التشريعات والقوانين الدولية مسألة وقت تقديم طلب الرد، وتبرز أهمية هذا الإجراء في ضرورة ممارسته في مواعيد قصيرة تبرز فيها أهم ميزة تميز التحكيم والمتثلة في سرعة الفصل في النزاع التحكيمي، وتفادي تعطل السير في الخصومة والنظر في النزاع وصدور حكم التحكيم بشأنها.

ونص المشرع الجزائري على هذه المسألة في المادة 1016 (3) ق إ م وإ: "تبلغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد"، ما يلاحظ عن نص المادة أنه لم يعين المدة التي يتعين فيها لطالب الرد تقديم طلبه

(1) أحمد هندي، المرجع السابق، ص 71.

(2) نص على شرط الكتابة كل من قانون التحكيم المصري لعام 1994، وقانون التحكيم الأردني لعام 2018.

(3) أحمد هندي، المرجع السابق، ص 73.

على نقيض التشريعات والقوانين المقارنة، فنص قانون التحكيم المصري في المادة 19 (1) على وجوب تقديم طلب رد المحكم خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هيئة التحكيم أو بالظروف المبررة للرد. ورغم ما يحمله عنصر الزمن في التحكيم من أهمية إلا أننا نرى أن عدم تحديد المشرع للمدة التي يتم فيها تقديم طلب الرد فيه تيسير على طالب الرد خصوصا وأن ذلك يجعل مسألة تحديد مدة تقديم طلب الرد تقديرية لهيئة التحكيم بحسب طبيعة النزاع التحكيمي والمدة اللازمة لتقديم طلب الرد دون أن تكون تحديد المدة فيه تعسف.

إلى جانب عنصر الزمن الذي لم يحدد المشرع المدة اللازمة لتقديم طلب رد المحكم، فأیضا لم يحدد الجهة القضائية المختصة بالفصل في طلب الرد، وحتى الآثار المترتبة عن طلب الرد، لذا يجب على المشرع الجزائري أن يكون أكثر دقة في تحديد الإجراءات المتعلقة برد المحكم نظرا لأهمية هذه المسألة.

ويشترط كذلك لصحة طلب إجراء الرد إثبات سبب الرد من الطرف طالب الرد، ويشترط في هذا السبب أن يرد على أحد الحالات المنصوص عليها قانونا والتي تبينها طالب الرد بعد تعيين المحكم، أما إذا حصل قبل تعيين المحكم فإن طلب الرد يعد غير مقبول إلا إذا أثبت طالب الرد أنه لم يكن يعلم سبب الرد المادة 1016 (2) ق إ م و.

وبتوفر شروط طلب الرد تثار مسألة مهمة في تحديد الجهة التي يقدم لها طلب الرد والفصل فيه وما هو مركز دور القضاء من ذلك.

قبل معالجة هذه المسألة في عنوان مستقل نشير إلى الآثار المترتبة عن تقديم طلب رد المحكمين والفصل فيه، هذه المسألة التي لم يتعرض لها المشرع الجزائري، تحيلنا للقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 في المادة 13 (3) التي تنص: "إذا لم يقبل طلب الرد المقدم وفقا للإجراءات المتفق عليها بين الطرفين أو وفقا للإجراءات الواردة في الفقرة 2، جاز للطرف الذي قدم طلب الرد أن يطلب من المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة 6، خلال ثلاثين يوما من تسلمه إشعارا بقرار رفض طلب الرد، أن تبت في طلب الرد، وقرارها في ذلك يكون غير قابل لأي طعن؛ ورشما يتم الفصل في هذا الطلب، يجوز لهيئة التحكيم، وضمنها المحكم المطلوب رده، أن تواصل إجراءات التحكيم وأن تصدر قرارات التحكيم". من نص المادة يتبين أنه لا يترتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم سواء بانتداب محكم جديد مكان المحكم الذي تم رده أما باستمرار هذا المحكم الذي اتخذ إجراء الرد ضده بسبب تعنته فمن غير الجائز استمرار هذه الإجراءات، وإستمرار الإجراءات فيه ضمانا لإستمرارية العملية التحكيمية وتجنب أي وقف أو تعطيل لها، أما في الحالة العكسية ففي حالة الحكم برد

المحكم تعتبر إجراءات التحكيم التي شارك فيها كإن لم تكن بما في ذلك حكم التحكيم مع بقاء إتفاقية التحكيم صحيحة وتعيين محكم بديل يتولى مهمة الفصل في النزاع التحكيمي من جديد، ويمكن للمحكم المطلوب رده أن يتنحى دون حاجة إلى إستصدار حكم قضائي بذلك⁽¹⁾.

ووضع المشرع حد نهائي للمنازعة المتعلقة برد المحكم يجعل الحكم الصادر سواء بقبول الرد أو رفضه عن المحكمة المختصة حكما نهائيا لا يقبل أي طريق من طرق الطعن المادة 1016 (5)⁽²⁾، وذلك بهدف تحقيق إستقرار الخصومة التحكيمية لتصل للهدف المنشود بصور حكم التحكيم المنهي للنزاع، وأيضا تفادي طول الإجراءات والفصل في النزاع بالسرعة المطلوبة التي تعتبر من أبرز الخصائص التي تميز التحكيم.

وحسن ما فعل المشرع الجزائري بجعله النظر في طلب الرد يكون بصفة مستعجلة وذلك بنصه على ذلك ولو بصورة ضمنية في المادة 1015 (4) ق إ م وإ: "...يفصل القاضي في ذلك بناء على طلب من يهيمه التعجيل"، ففصل القاضي للطلب المقدم له بصفة مستعجلة يستلزم أن يكون الفصل كذلك مستعجلا، وإن كان الأجدر على المشرع أن ينص بصريح العبارة بفصل القاضي في طلب الرد أو العزل يكون بصفة مستعجلة تماشيا مع طبيعة وخصوصية التحكيم وما يتميز به من سرعة في الفصل في المنازعات، ولا نقصد أن ينظر في الطلب القضاء الإستعجالي مثلما وقعت فيه الكثير من الكتابات الفقهية يجعلها الاختصاص يؤول للقضاء الإستعجالي بالنظر في طلب الرد والفصل فيه.

2- عزل المحكم وإستبداله: إضافة لإمكانية رد المحكم، يعتبر كل من العزل وإستبدال المحكم ضمانا مهمة لاستبعاد المحكم أو إقصائه وفق المبررات التي تستحق إعمال ذلك، بذلك يتشابه كل من الرد والعزل والإستبدال في إقصاء وإقالة المحكم من النظر في النزاع لتوفر ظروف ومبررات معينة.

وتطرق المشرع لفكرة عزل وإستبدال المحكم التجاري الدولي في نص المادة 1041 (1) ق إ م وإ: "يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم وإستبدالهم"، ونصّت على هذا الإجراء أيضا قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المادة 1473 (1) الصادر عام

(1) للمزيد أنظر: أمال يدر، المرجع السابق، ص 68-70.

(2) على خلاف الحكم المقرر في الطعن في قرار القضاء المختص الفاصل في طلب الرد سواء بالقبول أو الرفض، فإن يسمح لطالب الرد بالطعن في قرار رفض طلبه دون الحالة المتمثلة في قبول طلب الرد والفصل فيه، كما لا يمكن للمحكم الصادر في حقه حكما برده، فلا يجوز له الطعن في هذا القرار. انظر أمال يدر، المرجع السابق، ص 67.

2011 بأنه: "ما لم يكن ثمة نص مخالف، فإن المحكمة التحكيمية تعلق أيضا نشاطها في حال وفاة المحكم أو استحالة قيامه بمهمته أو تمنعه عن القيام بمهمته أو إستقالته أو رده أو عزله"⁽¹⁾.

وحتى يتم العزل ويكون صحيحا يشترط إتفاق أطراف التحكيم على إجراء العزل، بنص المادة 1018 ق إ م وإ التي نصّت: "لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا بإتفاق جميع الأطراف"، وفي حالة لم يحدث العزل بإتفاق الأطراف المحكمة، فيمكن تقديم طلب العزل من أحد الأطراف للمحكمة المختصة بذلك، ولم ينص المشرع في قانون الإجراءات المدنية الجزائري على تدخل القضاء في عزل المحكمين أو ما يطلق عليها بالعزل القضائي.

أما إستبدال المحكم فيحدث عند وفاة المحكم أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له، أو بإتفاق الأطراف على إستبدال المحكم أو إتفاق المحكمين الباقين بإستبدال أحد المحكمين نتيجة رد أو عزل هذا المحكم، أو بانتهاء المدة المقررة للتحكيم والتي حددها المشرع الجزائري بأربعة أشهر، ونص على هذه الحالات المادة 1024 (1) و(2) وذلك بإسقاط حالات إنتهاء التحكيم على الحالات التي يتم فيها إستبدال المحكم.

ويمكن للأطراف اللجوء إلى القضاء لاستبدال المحكم في حال عدم إتفاق الأطراف على ذلك، ويطبق نفس الأحوال المنصوص عليها فيما يخص رد المحكم فيما تعلق بالمحكمة المختصة بالنظر والفصل في طلب العزل وإستبدال المحكمين.

ثانيا: تقييم مسألة تدخل القضاء في رد وعزل المحكم واستبدالهم

إن تدخل القضاء يثير العديد من الإشكالات لما قد يؤديه ذلك إلى تعطيل العملية التحكيمية خصوصا عند المرحلة الإجرائية، بما يؤدي ذلك إلى المساس بأبرز ميزة يتميز بها قضاء التحكيم من الفصل في المنازعات التحكيمية بالسرعة المطلوبة، من هنا ثارت مسألة عرض مسألة رد المحكمين إلى القضاء وتدخله في ذلك.

ونصّت أغلب القوانين الدولية على مسألة الإختصاص في الفصل في مسألة الرد، فنص قانون التحكيم المصري لعام 1994 على إختصاص هيئة التحكيم في رد المحكمين وذلك بالنص صراحة على ذلك في المادة 19 (1).

في حين نص قانون الأونسيتال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 بصورة مختلفة عن إجراءات رد المحكم فنص في المادة 13 (2) و(3) بأنه: "2- إذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق، وجب على الطرف

(1) أنظر: مرتضى جمعة عاشور وعماد حسن سلمان، المرجع السابق، ص124.

الذي يعتزم رد محكم أن يرسل خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علمه بتكوين هيئة التحكيم، أو من تاريخ علمه بأي ظرف من الظروف المشار إليها في المادة 12 (2)، بيانا مكتوبا بالأسباب التي يستند إليها طلب رد هيئة التحكيم، فإذا لم يتنح المحكم المطلوب رده أو لم يوافق الطرف الآخر على طلب الرد، فعلى هيئة التحكيم أن تبت في طلب الرد. 3- إذا لم يقبل طلب الرد المقدم وفقا للإجراءات المتفق عليها بين الطرفين أو وفقا للإجراءات الواردة في الفقرة 2، جاز للطرف الذي قدم طلب الرد أن يطلب من المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة 6، خلال ثلاثين يوما من تسلمه إشعارا بقرار رفض طلب الرد، أن تبت في طلب الرد، وقرارها في ذلك يكون غير قابل لأي طعن؛ ورثما يتم الفصل في هذا الطلب، يجوز لهيئة التحكيم، وضمنها المحكم المطلوب رده، أن تواصل إجراءات التحكيم وأن تصدر قرار التحكيم".

في حين كان موقف المشرع الجزائري غير واضحا بنصه في المادة 1016 (4) ق إ م و: "في حالة النزاع، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كليات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهيمه التعجيل".

من قراءتنا للنصوص السابقة ما يمكن إستخلاصه حول الجهة المختصة بالفصل في رد المحكم ودور القضاء في ذلك، يمكن تلخيصه كالآتي:

- لم تثار مشكلة حول تحديد الجهة المختصة بالنظر والفصل في طلب التحكيم فنجد قانون التحكيم المصري بعد الحكم بعدم دستورية المادة 19 (1) التي كانت تعطي إختصاصا أصيلا لهيئة التحكيم للفصل في طلب الرد، لتلغي هذه الفقرة وتستبدلها بعبارة "فإذا لم يتنح المحكم المطلوب رده خلال 15 يوما من تاريخ تقديم طلب الرد يحال الطلب إلى المحكمة المختصة، أما قانون الأونسيترال فجعل تقديم طلب الرد والإختصاص بالفصل في رد المحكمين لهيئة التحكيم طبقا للمادة 13 من القانون، فتختص هيئة التحكيم بالبت في طلب رد المحكم في حالة ما لم يوجد إتفاق بين الأطراف يحدد إجراءات الرد ولم يتنح المحكم طواعية بعد إعلامه بسبب الرد، ولم يجوز قانون الأونسيترال تدخل القضاء إلا بعد رفض هيئة التحكيم لطلب الرد المقدم من أحد الأطراف، ليتمكن من تقديم طلب للمحكمة خلال ثلاثين يوما من تسلمه إشعارا بقرار رفض طلب الرد، ليفصل القضاء المختص في هذا الطلب، ويكون قرارها غير قابل لأي طعن.

وهناك من إنتقد منح إختصاص النظر والفصل في طلب رد المحكمين لهيئة التحكيم، وإعتبار ذلك بالغير الصائب فلا يمكن لمحكمة التحكيم أن تنظر وتفصل في رد أحد أعضائها، خاصة إذا كانت محكمة التحكيم

مشكلة من محكم واحد فلا يستقيم جعل هيئة التحكيم مختصة بالفصل في الطلبات المقدمة لردّها⁽¹⁾، لذلك تم إحالة الإختصاص إلى القضاء للنظر والفصل في طلبات الرد وهو ما يفهم من نص المادة 1016 (4) ق إ م وإ. وقبل فصل هيئة التحكيم أو القضاء في طلب الرد فالأولى أن يتنحى المحكم طواعية باعتباره إلزام يقع على عاتقه عند ثبوت أن إعتراضات الخصوم بوجود ظروف من شأنها تؤكد عدم حياده أو إستقلالية المحكم أو عدم نزاهته أو وجود مصلحة له في النزاع، وتم النص على ذلك في المادة 1016 (3) ق إ م وإ بإشتراطها تبليغ محكمة التحكيم بسبب الرد وذلك لكي يتم تنحي المحكم المطلوب رده بعد تبليغه بذلك.

وفي حالة لم يتنحى المحكم طواعية يثور النزاع بخصوص رد المحكم، فنص المشرع على الرجوع لنظام التحكيم وللإجراءات الخاصة برد المحكم، فإذا لم يكن بالوسع تطبيق ذلك يتدخل القضاء ليفصل في طلب الرد بأمر غير قابل لأي طعن.

- بالمقارنة بين كل من التشريع الجزائري والمصري وما أورده قانون الأونسيترال أن هذا الأخير هو الصائب في جعل الإختصاص لهيئة التحكيم كأصل في الفصل في طلب رد المحكم، وجعل دور القضاء إستثنائيا لا يتعدى الدور المساعد له، خاصة وأن محكمة التحكيم يفرض عليها إصدار طلبات رد المحكمين تكون مسببة وتناقش كل الحجج ولطالب الرد بعدها اللجوء للقضاء المختص في حالة عدم رضاه عن قرار هيئة التحكيم، كما أن إقرار إختصاص المباشر للقضاء للفصل في رد المحكمين وغيره من مسائل العزل والإستبدال كإختصاص أصيل فيه تجاوز لأهم قاعدة يقوم عليها نظام التحكيم وهو مبدأ الإختصاص الذي يفرض إختصاص هيئات التحكيم في جميع المسائل المرتبطة بالنزاع التحكيمي ومنه إختصاصها في الفصل في طلبات رد المحكمين وعزلهم وإستبدالهم⁽²⁾.

إضافة لما في ذلك من إضاعة على المحتكمين درجة من درجات التقاضي وهو إختصاص هيئة التحكيم في النظر أولا في طلب رد المحكم⁽³⁾، وفي هذا الإجراء حفاظ على خصوصية التحكيم كقضاء خاص بذاته له خصوصيته وطبيعته الخاصة، كما أنه من شأن ذلك أن يضفي مرونة وتبسيط لإجراءات التحكيم وتفاديا لتعقيدات القضاء وما يثيره طرح النزاع عليه من بطء في حل المنازعات مما يؤدي إلى إضاعة المزيد من الوقت وهذا ما لا يتفق مع مقتضيات التجارة والإستثمار، خصوصا وأن الأطراف تعتمد إلى تفادي اللجوء إلى القضاء، وإلا ما الفائدة من الإتفاق على التحكيم في ظل السماح للقضاء بالتدخل في كل مسألة يفترض على محكمة التحكيم

(1) أمال يدر، المرجع السابق، ص 49.

(2) عمرو عيسى الفقي، المرجع السابق، ص 73.

(3) عمرو عيسى الفقي، المرجع السابق، ص 90.

الفصل فيها، لذلك تفعيلاً لقضاء التحكيم على الأطراف أن يعمدوا إلى تفادي اللجوء إلى القضاء إلا في الحالات الضرورية التي لا مناص إلا بتدخل القضاء في العملية التحكيمية.

- لم يشر المشرع الجزائري إلى القضاء المختص بالنظر والفصل في طلبات الرد التي يقدمها الأطراف، هذا ما يحيلنا مباشرة للمادة 1041 ق إ م وإ برفع الأمر وإحالة الاختصاص لرئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم المذكورة في إتفاقية التحكيم، وعند غياب تحديد القضاء المختص في إتفاقية التحكيم فالإختصاص يؤول إلى المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ تطبيقاً لنص المادة 1042 ق إ م وإ، وهذا في حالة ما إذا كان التحكيم يجري في الجزائر، أما حالة كان التحكيم يجري خارج الجزائر وإختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، فإن الأمر يرفع إلى رئيس محكمة الجزائر⁽¹⁾.

إذا كان إجراء رد المحكم ودور القضاء في التحكيم الخاص واضحاً مثلما تم تفصيله سابقاً، فالأمر مختلف تماماً في التحكيم المؤسسي الذي ينعدم فيه دور القضاء في الفصل في رد المحكم لتولي الهيئات التنظيمية لمؤسسات التحكيم الفصل في طلبات رد المحكمين.

الفرع الثاني: دور القضاء في الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم

يمتد دور القضاء لإضفاء فعالية على الحكم التحكيمي، ويتوقف تحقيق ذلك على الاعتراف بالحكم التحكيمي وإضفاء الصيغة التنفيذية على الحكم لتنفيذه.

ويعتبر الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم من أهم المراحل المميزة للتحكيم، فهو الهدف الذي ينشده أطراف الخصوم من وراء لجوءهم إلى قضاء التحكيم، وبدون عملية الاعتراف والتنفيذ لا يمكن الحكم على عملية التحكيم بنجاحها، والأكثر من ذلك في حال كان الحكم التحكيمي لم ينفذ أو كان غير صالح للتنفيذ وبالتالي بطلانه فإنه يعيد أطراف النزاع لطرح النزاع من جديد أمام القضاء بالتالي يعدم الفائدة من وجود التحكيم كآلية بديلة عن القضاء الرسمي لتسوية المنازعات، مما يكبد الأطراف عدة خسائر سواء عدم تسوية النزاع بالسرعة المطلوبة، وعدم إستفادتهم من مزايا التحكيم، وعدم تجنبهم للإرهاصات والمعوقات التي يطرحها حل النزاع أمام القضاء الرسمي.

لذلك يعتبر التنفيذ مسألة في غاية الأهمية، ويكون تنفيذ القرار التحكيم كأصل إختيارياً وطواعية من الأطراف تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة دون تدخل الغير في هذه المسألة ويعتبر هذه الطريقة من أنجع طرق التنفيذ⁽²⁾،

(1) أنظر كمال فتحي دريس، المرجع السابق، ص 361.

(2) إضافة للتنفيذ الطوعي لحكم التحكيم هناك صورة ثانية يتم بها تنفيذ حكم التحكيم بصورة إلزامية دون تدخل القضاء وهو ما يطلق عليه بالإنفاذ المباشر لقرار التحكيم الدولي، ويقوم هذا النوع من التنفيذ بإعتبار قرار التحكيم نافذاً داخل دولة التنفيذ بشكل مباشر دون الحاجة للجوء إلى القضاء وإستصدار أمر التنفيذ وإمهارة بالصيغة التنفيذية، ويكون لحكم التحكيم نفس القيمة القانونية والمزايا مع الحكم القضائي الصادر عن القضاء الوطني، ويصدر هذا النوع من التنفيذ للحكم التحكيم

فلجوء الأطراف إلى التحكيم وإبرامهم لإتفاق التحكيم تجعلهم يتحملون تنفيذ قرار التحكيم الصادر والفاصل في النزاع، إلا أنه قد لا يحصل التنفيذ بهذه الطريقة ولو أن بمجرد صدور حكم التحكيم فإن ذلك يكسبه حجية الشيء المقضي فيه⁽¹⁾ إلا أنه يعتبر غير كاف للإعتراف به وتنفيذه، فهذه الحجية التي يتمتع بها حكم التحكيم تجعله واجب الاعتراف به وتنفيذه، ويمكن تصور الاعتراف بالحكم التحكيمي، غير أن تنفيذ الحكم لا يمر إلا بعد الاعتراف به، ويقصد بالاعتراف هنا أن الحكم قد صدر بشكل صحيح وملزم، أما التنفيذ فمعناه أن يطلب الطرف الذي حكم لصالحه بقيام المحكوم عليه بتنفيذ ما جاء في الحكم الصادر عن هيئة التحكيم، هذا الطلب يقوم بإجبار الطرف المقابل على التنفيذ بموجب الإجراءات التنفيذية المتبعة في بلد التنفيذ⁽²⁾.

ويخضع تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي لقانون الدولة محل تنفيذ هذا الحكم على مستواها، وهذا بنص المادة 3 (1) من إتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها نيويورك لعام 1958 التي نصّت: "على كل دولة متعاقدة أن تعترف بقرارات التحكيم كقرارات ملزمة وأن تقوم بتنفيذها وفقا للقواعد الإجرائية المتبعة في الإقليم الذي يحتج فيه بالقرار طبقا للشروط الواردة في المواد التالية..."، من النص يظهر لنا أن إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي يتم تحديدها بالنسبة لقانون الدولة محل تنفيذ حكم التحكيم على مستوى إقليمها.

ولتنفيذ حكم التحكيم جبرا يجب على دولة التنفيذ أن تأمر بتنفيذه عن طريق تدخل قضاءها ويخضع القرار التحكيمي لرقابتها، ليتم الاعتراف به وتنفيذه جبرا بإصدار أمر التنفيذ وإسباغ الحكم بالصيغة التنفيذية ليصبح حكم التحكيم سنداً تنفيذياً يمكن تنفيذه جبرا، ونصّت المادة 600 ق إ م وإ على عدم جواز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي والتي يعتبر فيها حكم التحكيم من السندات التنفيذية، وهذا أمر طبيعي فبعد صدور حكم التحكيم المصير الطبيعي له هو تنفيذه تبعا لعدم طرح النزاع مجددا على التحكيم أو القضاء، والرقابة القضائية للقضاء قبل

من طرف مراكز ومؤسسات تحكيمية دولية معينة التي يصدر عنها أحكام تحكيمية تكون قابلة للتنفيذ المباشر والتي يفرض على الدول المنضمة للإتفاقيات التي تبنّق منها هذه المراكز ومؤسسات التحكيم التي يصدر عنها هذا النوع من حكم التحكيم.

ومن بين الإتفاقيات المنشئة هذه المراكز التي تبنت هذه الآلية من التنفيذ إتفاقية واشنطن لعام 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، وتنص المادة 54 من الإتفاقية على أنه: "قرار المحكمين الصادر طبقا لهذه الإتفاقية ملزما وتنفذ الإلتزامات المالية التي يقضي بها الحكم في أراضيها كما لو كان الحكم نهائيا صادرا من إحدى محاكم تلك الدولة".

⁽¹⁾ نص المشرع الجزائري في المادة 1031 ق إ م وإ على إكتساب حكم التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدوره فيما يخص النزاع المفضول فيه، ويقصد بهذه الحجية أن الحكم الصادر والفاصل في النزاع يحمل عنوان الحقيقة بالنسبة لأطراف الدعوى، وفي حدود الأساس الذي قدمت عليه هذه الدعوى، فطبقا لذلك لا يجوز إثارة النزاع نفسه تأسيسا على السبب نفسه وعلى الأطراف أنفسهم، الذي صدر الحكم الفاصل في النزاع في مواجهتهم، ويتمسك بهذه الحجية كل من صدر الحكم لصالحه حالة ما إذا قام الطرف الآخر برفع دعوى أمام القضاء لإعادة النظر في النزاع الذي سبق الفصل فيه أمام محكم التحكيم، وإستندت الدعوى على نفس السبب التي إستندت إليه دعوى التحكيم، إلا أنه إستثناء يمكن نقض هذه الحجية وفق ما تقضيه مبدأ سلطان الإرادة بإتفاق الطرفين على إعادة طرح النزاع على هيئة تحكيم أخرى أو باللجوء إلى القضاء. أنظر لزهري بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 307.

⁽²⁾ أحمد هندي، المرجع السابق، ص 239.

إصدار أمر التنفيذ والاعتراف بحكم التحكيم تكون قبل تنفيذ حكم التحكيم مهمة جدا، أين تمكن القاضي من فحص إتفاق التحكيم والتأكد من خلوه من العيوب وما قد يعترضه من عوارض وعوائق تمنع من تنفيذه، ويشترط في هذه الرقابة أن لا تمس بحق وموضوع حكم التحكيم، فلا تتعدى الرقابة الخارجية لحكم التحكيم من حيث الشكل والإجراءات، فلا يمكن له التحقق من عدالة هذه الأحكام أو صحة قضائها في الموضوع وإلا عد هنا هيئة إستئنافية وهذا ما يعتبر مخالف للقانون⁽¹⁾، وهذا ما جاء في قرار صادر عن محكمة النقض المصرية بأن أحكام التحكيم شأنها شأن الأحكام القضائية بحيازتها لحجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورهما، وتبقى هذه الحجية ببقاء الحكم، ومن ثم لا يملك القاضي عند الأمر بتنفيذ حكم التحكيم التحقق من عدالة الحكم أو صحة قضاء هيئة التحكيم في الموضوع، لأنه يعد هيئة إستئنافية في هذا الصدد⁽²⁾.

وبحكم الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه جبرا شرطين أساسيين ذكرتهم المادة 1051 (1) ق إ م وإ التي جاء فيها: "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي"، وأيضا ما نصّت عليه إتفاقية نيويورك لعام 1958 من خلال المادة 4 (1) التي نصّت على ما يلي: "للحصول على الاعتراف والتنفيذ المذكورين في المادة السابقة، يقوم الطرف الذي يطلب الاعتراف والتنفيذ، وقت تقديم الطلب، بتقديم ما يلي: أ القرار الأصلي مصدقا عليه حسب الأصول المتبعة أو نسخة منه معتمدة حسب الأصول؛ ب الإتفاق الأصلي المشار إليه في المادة الثانية أو صورة منه معتمدة حسب الأصول".

ونفصل في هذه الشرطين وغيره من الشروط للأمر بتنفيذ حكم التحكيم كالاتي:

- يتم إثبات من تمسك بحكم التحكيم وجوده عن طريق تقديم أصل الحكم مرفقا بإتفاقية التحكيم أو نسخ عنهما مستوفية لشروط صحتها، ويتم الإيداع من طرف من يهيمه التعجيل بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة وفق ما سيأتي بيانه لاحقا⁽³⁾.

(1) لعجال يسمينة وريبعة رضوان، المرجع السابق، ص 140.

(2) قرار صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 2015/04/28، الطعن رقم 5000 - لسنة 78 قضائية، الدائرة التجارية، منشور على الرابط:

<https://www.aifca.com/2022/02/19/3732/>

نفس الحكم نص عليه في القرار الصادر عن محكمة التعقيب في تونس، قرار تعبيي مدني، عد 7560، الصادر بتاريخ 2005/06/13، وجاء في القرار أن رقابة القضاء على أحكام التحكيم رقابة شكلية لا يتدخل القضاء في تقدير فهم هيئة التحكيم.

(3) كريم تعويلت، المرجع السابق، ص 143.

-طبقا للمادة 4 (2) من إتفاقية نيويورك لعام 1958 التي نصّت على ترجمة الوثائق والمستندات السالفة الذكر من طرف طالب الاعتراف والتنفيذ لتكون بلغة القاضي وذلك في حالة ما كانت هذه الوثائق بلغة أجنبية عن لغة قاضي التنفيذ⁽¹⁾.

-إشترط المشرع الجزائري عدم مخالفة المحكم التحكيمي للنظام العام الدولي جاء تماشيا وإنسجاما مع مقتضيات التجارة الدولية وفي إطار سعي الدولة الجزائرية للإفتتاح على الإستثمار الأجنبي والتجارة الخارجية بما يحقق التنمية والتطور الإقتصادي، وجاء هذا على خلاف ما نصّت عنه إتفاقية نيويورك لعام 1958.

-بالنسبة لشرط النظام العام إشترط المشرع الجزائري في المادة 1051 (1) ق إ م وإ توفر النظام العام الدولي على نقيض إتفاقية نيويورك لعام 1958 التي نصّت في المادة 5 (2) على وجوب أن يكون حكم التحكيم الدولي المراد الاعتراف به وتنفيذه غير مخالف للنظام العام لدولة التنفيذ، وإن كان من يرى بأن هناك إختلاف بين القانون الجزائري وإتفاقية نيويورك 1958 في نوع النظام المكرّس، فإنه حسب تقديرنا عدم وجود إختلاف، فإن كان القانون الجزائري نص صراحة على تكريس النظام العام الدولي فيما تعلق بالتحكيم التجاري الدولي ومصالح التجارة الدولية، فإن إتفاقية نيويورك وإن نصّت على إشترط عدم مخالفة النظام العام الوطني عند تنفيذ أو الاعتراف بحكم التحكيم، فإن مقصود الإتفاقية النظام العام الدولي إلا أن تحديد مضمون النظام العام من إختصاص القاضي الوطني طبقا لما يتلاءم وقانون بلده ومصالح التجارة الدولية.

-بالنسبة للجهة القضائية المختصة بإصدار أمر التنفيذ الجبري فقد ميّز المشرع الجزائري بين أن تكون الأحكام التحكيمية صادرة بالجزائر، وبين الأحكام الصادرة في الخارج، فنص في المادة 1051 (2) على ذلك فجاء فيها: "وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة إختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني"، فبالنسبة لمقر محكمة التحكيم إذا كان موجودا بالجزائر فالإختصاص يؤول للمحكمة التي يكون رئيسها مختصا إلى مكان صدور حكم التحكيم، أما إذا كان مقر التحكيم موجود خارج التراب الوطني فالإختصاص يؤول للمحكمة محل تنفيذ حكم التحكيم فيها.

-إنطلاقا من القاعدة التي أرسنها المادة 3 (2) من إتفاقية نيويورك التي تفرض على الدول المنضمة لهذه الإتفاقية أن تلتزم هذه الدولة بعدم التفرقة في المعاملة بين أحكام التحكيم الوطنية وأحكام التحكيم الأجنبية، ومنه

(1) المادة 4 2 من إتفاقية نيويورك لعام 1958: "وعلى طالب الاعتراف والتنفيذ إذا كان الحكم أو الإتفاق المشار إليهما غير محرر بلغة البلد الرسمية المطلوب إليها التنفيذ أن يقدم ترجمة لهذه الأوراق بهذه اللغة".

في شرط آخر نصّت عليه إتفاقية نيويورك لعام 1958 بموجب المادة 3 (2) وذلك بألا تفرض الدولة محل التنفيذ شروطاً أخرى إضافية للإعتراف أو تنفيذ أحكام التحكيم الدولي تكون أقسى وأشد من الشروط التي تفرضها هذه الدولة للإعتراف بأحكام التحكيم الداخلي وتنفيذها⁽¹⁾.

بتوافر الشروط التي سبق الإعلان عليها، للمحكوم له التقدم بتنفيذ الحكم الصادر لصالحه ما لم يثبت المحكوم ضده وجود مانع يحول دون ذلك يمنع تنفيذ حكم التحكيم وأبرز حالات رفض الاعتراف وتنفيذ حكم:

1-عدم صحة إتفاق التحكيم: يتوجب أن تكون عملية التحكيم صحيحة ولا يكون ذلك إلا بأن يكون إتفاق التحكيم صحيحاً وسارياً حتى لحظة صدور الحكم، أما غير ذلك بأن يشوب إتفاق التحكيم عيب فإنه يؤدي بذلك إلى إعاقه تنفيذ حكم التنفيذ، فيجوز للطرف المحكوم عليه أن يدفع بإنعدام أهلية أحد الأطراف وفقاً للقانون واجب التطبيق على هذه الأهلية، أو لانعدام الرضا أو كان المحل غير مشروع⁽²⁾، ونص على هذا الشرط المادة 5 (1) من إتفاقية نيويورك التي جاء فيها: "لا يجوز رفض الاعتراف بالقرار وتنفيذه بناء على طلب الطرف المحتج ضده بهذا القرار، إلا إذا قدم هذا الخصم إلى السلطة المختصة التي يطلب إليها الاعتراف والتنفيذ ما يثبت: أ-أن أطراف الإتفاق المنصوص عليه في المادة 2 كانوا طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية، أو كان الإتفاق المذكور غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك في قانون البلد الذي صدر فيه القرار التحكيمي..."

2-الإخلال بالقواعد الأساسية للإجراءات: يكون الإخلال هنا من طرف هيئة التحكيم عند المساس بحقوق الدفاع أو مبدأ المساواة بين أطراف الخصومة، وعدم مراعاة مبدأ الوجاهية، ونصّ على هذا الشرط إتفاقية نيويورك السابقة في المادة 5 (1) ب التي جاء فيها عند تعداد لحالات رفض الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه: "أن الطرف الذي يحتج ضده بالقرار لم يخطر على الوجه الصحيح بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان لأي سبب آخر غير قادر على عرض قضيته".

3-عدم إكتساب الحكم صفة الإلزامية: يمكن للمحكوم عليه بالتنفيذ الجبري أن يطالب برفض هذا التنفيذ إذا أثبت أن الحكم لم يصبح ملزماً، وهذا ما نصّت عليه المادة 5 (1) هـ بأنه: "أن القرار لم يكتسب صفة الإلزامية للأطراف، أو أنه ألغته، أو علقت العمل به سلطة مختصة في البلد الذي صد القرار فيه أو صدر حسب

(1) أحمد هندي، المرجع السابق، ص 240.

(2) أنظر: المرجع السابق، ص 243-245.

قانونه"، وأضافت المادة شرطا آخر لا يجوز معه تنفيذ حكم التحكيم الدولي، إذا ما تم إلغاؤه أو علقت العمل به سلطة مختصة في البلد الذي صدر القرار فيه أو صدر حسب قانونه.

4- مخالفة إجراءات الدعوى التحكيمية وعدم صحة تشكيل هيئة التحكيم: يمكن لقاضي التنفيذ أن يرفض إصدار أمر التنفيذ في حال كان تشكيل هيئة التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم مخالفة لما إتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه الإتفاق، وورد هذا الشرط في المادة 5 (1) د من إتفاقية نيويورك لعام 1958 التي نصّت بأنه: "أن تشكيل هيئة التحكيم أو أن إجراءات التحكيم لم تكن وفقا لإتفاق الطرفين أو لم تكن، في حالة وجود مثل هذا الإتفاق، وفقا لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم".

وإقرار مثل هذا الشرط هو تجاوب مع مقتضيات مبدأ سلطان إرادة الأطراف في إحترام إرادتهم في تشكيل هيئة التحكيم وإجراءات الدعوى التحكيمية.

5- عدم قابلية موضوع النزاع للتسوية بطريق التحكيم: نصّت عن هذا الشرط في المادة 5 (2) أ من إتفاقية نيويورك لعام 1958 التي جاء فيها: "يجوز كذلك رفض الاعتراف بقرار التحكيم ورفض تنفيذه إذا تبين للسلطة المختصة في البلد الذي يطلب فيه الاعتراف بالقرار وتنفيذه: أ- أنه لا يمكن تسوية موضوع النزاع بالتحكيم طبقا لقانون ذلك البلد".

6- مخالفة النظام العام في دولة التنفيذ: نصّت إتفاقية نيويورك في المادة 5 (2) ب على رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي إذا كان مخالفا للنظام العام للبلد المراد الاعتراف وتنفيذ فيه حكم التحكيم فجاء نص المادة سالفة الذكر على النحو التالي: "أن الاعتراف بالقرار أو تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة لذلك البلد".

يمتد تدخل القضاء في التحكيم بعد صدور حكم التحكيم، فقد يحتاج إلى قوة لتنفيذه وهذا لا يكون إلا عن طريق القضاء الذي يملك القدرة والسلطة لعمل ذلك، فيتدخل للتأكد من سلامة الحكم والاعتراف به وتنفيذه.

ويقتضي في الأصل وفق مبدأ حسن النية تنفيذ أطراف النزاع للقرار التحكيم والتعاون على ذلك دون حاجة للجوء إلى القضاء الذي يبقى ينطوي على مساوئ عدة تجعل الأطراف تتفادى اللجوء إليه.

الفرع الثالث: دور القضاء الرقابي في طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي

إنطلاقا من قاعدة عدم جواز أن يستوفي الأطراف حقوقهم بيدهم ولأن بإصدار حكم التحكيم ترفع هيئة التحكيم يدها عن النزاع لانتهاه دورها الذي من أجله تشكلت، مما يشكل فراغ في حال ما صادف حكم

التحكيم عقبات وإشكالات تستوجب التصدي لها، نتيجة الأخطاء التي قد ترد على حكم التحكيم، من هنا يجعل تدخل القضاء أكثر من ضروري في هذه المرحلة.

وما أضحى يهتم به الفقه وأصحاب الاختصاص هو تعزيز هذه الرقابة وتغطي النقائص التي كانت تعتري العملية التحكيمية وصولاً إلى الهدف الأسمى من وجود التحكيم وهو تحقيق العدالة، عن طريق تقرير رقابة فعالة لا تمس بمبادئ التحكيم ولا تنسف الحقوق والمراكز القانونية للأشخاص.

إن الحديث عن حالات الطعن ليس معناه أن أحكام التحكيم الدولي تخضع لنفس طرق الطعن التي تخضع لها أحكام القضاء، فالتحكيم التجاري الدولي له خصوصيته بما يتناسب وطبيعته كقضاء خاص يختلف عن القضاء الرسمي، لذلك تم إقصاء عدد من طرق الطعن المميز الطعن فيها أمام قضاء الدولة، وتبرز طرق الطعن هذه في المعارضة وإعتراض الغير الخارج عن الخصومة، إلتماس إعادة النظر. والطعن بالنقض ضد حكم التحكيم في حين أجاز هذا النوع من الطعن وفق المادة 1061 ق إ م وإكتريق للطعن في الأحكام الصادرة عن القضاء المتعلقة بالاعتراف والتنفيذ وبطلان حكم التحكيم.

فيخضع حكم التحكيم للإستئناف لمراجعة الحكم الصادر في الاعتراف والأمر بتنفيذ حكم التحكيم من عدمه، إضافة لذلك قد يتم الطعن بالبطلان لحكم التحكيم إضافة لحالة طعن الأخرى المتعلقة بالطعن بالنقض في الأحكام الصادرة عن الإستئناف والطعن بالبطلان.

أولاً: الإستئناف

نص المشرع الجزائري على إستئناف الحكم الصادر عن القاضي بشأن الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه سواء إستئناف ما حكم به القاضي برفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم، أو إستئناف إعتراف القاضي بحكم التحكيم وتنفيذه، وهو ما نفصل فيه فيما يأتي بيانه.

1- إستئناف الحكم القاضي برفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم:

قد يصدر القاضي أمراً برفض الاعتراف بحكم التحكيم أو بعدم تنفيذه بحجة عدم توفر أحد الشروط المنصوص عليها قانوناً حسب نص المادة 1051 ق إ م وإ، كعدم إثبات وجود حكم التحكيم أو لمخالفة الحكم للنظام العام الدولي، وأيضاً بعد رقابة القاضي الشكلية على إجراءات حكم التحكيم ومدى صحتها.

وهذا ما نصّت عليه المادة 1055 ق إ م وإ بقولها: "يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلاً للإستئناف"، طبقاً لذلك يعيد القاضي النظر في حكم التحكيم في جانبه الخارجي دون أن يمتد للجانب الموضوعي لحكم التحكيم ليصدر قراره بما يحفظ للأطراف حقوقها حماية مراكزها القانونية.

2- إستئناف الحكم القاضي بالاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم:

في حالة إصدار القاضي حكما بالاعتراف بحكم التحكيم أو أمره بتنفيذه، مكن المشرع لصاحب المصلحة الذي صدر الحكم ضده في إستئناف الحكم القضائي الصادر بالاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم، وهذا ما أكدته المشرع الجزائري في المادة 1056 التي عدت الحالات التي يمكن على إثرها هذا الإستئناف فجاء نص المادة على النحو الآتي: "لا يجوز إستئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية 1 - إذا فصلت محكمة التحكيم بدون إتفاقية تحكيم أو بناء على إتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الإتفاقية، 2 - إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون، 3 - إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها، 4 - إذا لم يراع مبدأ الوجاهية، 5 - إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب، 6 - إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي".

من نص المادة السالفة الذكر يتضح بأن المشرع عدد هذه الحالات التي يمكن إستئناف الأمر القاضي بالاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم على سبيل الحصر.

نفس الأمر نصت عليه إتفاقية نيويورك لعام 1958 في المادة 5 منها والتي بدورها عدت الحالات التي يمكن للطرف المتضرر من حكم القاضي أن يستأنف أمر الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم، ورغم التوافق بين المادة 1056 ق إ م وإ والمادة 5 من الإتفاقية، إلا أن المشرع الجزائري أسقط حالتين لم يوردهما ضمن الحالات التي نص عليها في المادة 1056 ق إ م وإ، وهما:

- حالة ما إذا كانت الدولة التي يراد الاعتراف والتنفيذ بها لا يقبل قانونها التحكيم موضوع النزاع أصلا.
- إذا تبين للسلطة المختصة في البلد الذي يطلب فيه الاعتراف بالقرار وتنفيذه لا يمكن تسوية موضوع النزاع بالتحكيم طبقا لقانون ذلك البلد.

إن إنضمام الجزائر لإتفاقية نيويورك تجعل القاضي ملزما بتطبيق هاتين الحالتين لسمو المعاهدات والإتفاقيات الدولية على القانون الوطني، لذلك لا يؤثر إسقاط هاتين الحالتين في نص المادة 1056 ق إ م وإ.

ويتم هذا الإستئناف حسب نص المادة 1057 ق إ م وإ التي جاء فيها: "يرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد 1 من التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة"، أمام المجلس القضائي الذي يكون رئيس المحكمة المختص في النظر في طلب الاعتراف أو الأمر بالتنفيذ في أجل شهر من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر الرافض للإعتراف أو التنفيذ، ويترتب على رفع الإستئناف أمام القاضي وقف تنفيذ حكم التحكيم حسب نص

المادة 1060 ق إ م وإ التي جاء فيها: "يوقف تقديم الطّعون وأجل ممارستها، المنصوص عليها في المواد 1055 و1056 و1058، تنفيذ أحكام التحكيم".

ويبقى أن نذكر بأن طرق الطعن جميعها في أحكام التحكيم تستوجب على القاضي أن لا يتجاوز في سلطته على الحكم التحكيمي مراقبة الجانب الإجرائي فقط دون أن يتعداه للجوانب الموضوعية لحكم التحكيم وتعديل الحكم.

ثانيا: الرقابة القضائية على حكم التحكيم عن طريق دعوى البطلان

إلى جانب الدور المساعد الذي يقوم به القاضي إتحاء التحكيم، فإن له دور مهم على مستوى الجانب الحمائي للتحكيم من خلال تدخله المباشر في التحكيم الذي قد يكون تدخله أكثر جرأة ومساس بالتحكيم من خلال رقابته على حكم التحكيم عن طريق الطعن في أحكام التحكيم على أساس الدور الضابط والرقابي للعملية التحكيمية.

ويعد البطلان أحد أهم المسائل المهمة في موضوع الرقابة القضائية في حكم التحكيم، نظرا للمسائل الشائكة التي يثيرها هذا الموضوع، وميّز بخصوصه المشرع الجزائري بين أحكام التحكيم الدولية الصادرة خارج الجزائر، وبين أحكام التحكيم الصادرة بالجزائر، فبخصوص أحكام التحكيم الدولية الصادرة خارج الجزائر لم يجز المشرع إبطالها باستثناء القرار القضائي الذي يرفض إمهار الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية أو يرفض الاعتراف به أو إعطاء حكم تحكيم دولي صادر خارج الجزائر الصيغة التنفيذية الذي يقبل الإستئناف⁽¹⁾.

أما ما تعلق بحكم التحكيم الدولي الصادر بالجزائر فنصّ المشرع على أنه قابل للإبطال ضمن الشروط الستة التي حددها المادة 1058 ق إ م وإ بإحالتها للحالات الستة المنصوص عنهم في المادة 1056 ق إ م وإ.

وكرّس الاجتهاد القضائي مسألة تدخل القضاء الرقابي على التحكيم، بالخصوص ما تعلق بنطاق رقابة القضاء على أحكام التحكيم على أساس دعوى البطلان، وأهم إجتهد قضائي حديث حول هذه المسألة والذي شكل معه نقطة فاصلة ومرحلة جديدة للتحكيم ما تعلق بالنزاع القائم بين الحكومة الليبية وشركة الخرافي الكويتية، وقد سبق عرض النزاع التحكيمي القائم بين الحكومة الليبية وشركة الخرافي الكويتية بالتفصيل سواء ما تعلق بوقائع وإجراءات النزاع، أو ما تعلق بإجراءات البطلان أمام محكمة إستئناف القاهرة ومحكمة النقض المصرية عند الحديث عن موضوع النظام العام.

(1) فراح مناني، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2010، ص156.

أما المسألة الثانية المتعلقة بهذا الحكم التحكيمي، هو ما تعلق بمسألة الرقابة القضائية على حكم التحكيم عن طريق دعوى البطلان تكريسا لمفاهيم العدالة وتحقيق التوازن المفقود بين أطراف العلاقة التحكيمية.

إن المتمعن لمجريات هذه القضية المتعلقة بالأساس بمعالجة أحد أبرز المواضيع المهمة في التحكيم والتي لا تزال تطرح ليومنا هذا، مسألة تدخل القضاء الرقابي على التحكيم على أساس إستخدام قواعد النظام العام وما تعلق بإعادة التوازن وتحقيق العدالة بين أطراف العلاقة التحكيمية، وانقسم الجدل إلى فريقين فريق شجع هذا التدخل لما فيه من حماية للأطراف المحتكمة خصوصا الدول النامية في مواجهة الشركات الاقتصادية الكبرى والدول القوية، وأيضا لما فيه من دعم للتحكيم ومعالجة للإختلالات التي تعتري هذا النظام ولاعتباره ضابط للممارسة التحكيمية ولما يساهم في معالجة إنحراف المحكمين في إصدار حكم التحكيم، لذلك يرى هذا الفريق بأن تدخل القضاء وإبطال محكمة الاستئناف لحكم التحكيم استنادا لقواعد النظام العام والسلطة التقديرية الواسعة في تعريف وتفسير للقواعد التي تندرج في إطار النظام العام وتحديد نطاق تطبيقها، هو التطبيق السليم للقانون وانتصار للعدالة والمبادئ الأخلاقية، ومنح كل مساس بالعدالة والتوازن في التحكيم، ومحاربة كل مظاهر التعسف، ولذلك فتطبيق المحكمة كان تطبيقا لا يتنافى مع القانون في إعتبار أن مبالغ التعويض المحكوم بها من قبل هيئة التحكيم كان فيه من المغالاة والتقدير الفاحش بما يجعل الحكم الصادر من هيئة التحكيم مخالف لقواعد النظام العام مما يعرضه للتعقيب والطعن أمام القضاء.

أما الفريق الثاني والذي ذهب في إتجاه معاكس تماما لما ذهب إليه الفريق الأول، والذي عارض بشدة تدخل القضاء في التحكيم خصوصا في قضية الحال والذي كان تدخل القضاء على أساس مخالفة قواعد النظام العام، فاستندوا إلى مسألة المرونة التي يحملها مصطلح النظام العام مما يصعب تحديد المسائل التي تندرج في إطار النظام العام من عدمه لا يعني بذلك إطلاق حرية القاضي في التدخل في التحكيم إستنادا لقاعدة النظام العام، كما أن هذه المرونة التي يتسم بها النظام العام لا تعني أنه معفي من كل رقابة ومن كل قيد أو ضابط يحده، لذلك فيظل خاضع لرقابة المحكمة العليا إستنادا للضوابط والمعايير والشروط التي تنظم القواعد المندرجة ضمن النظام العام، لذلك جانب مهم من الفقه ينفي ويحظر كل مراجعة للقضاء للأحكام التحكيمية أو المساس بقناعة المحكم، لذلك فالقاضي مقيد بأسباب الإبطال المحددة دون أن يكون للقضاء الحق في تجاوزها⁽¹⁾.

وحسب منظورنا الشخصي وإجابة على مختلف الإشكالات المطروحة حول تدخل القضاء الرقابي على حكم التحكيم والفصل في دعوى بطلان الحكم التحكيم على أساس مخالفة قواعد النظام العام، فإننا نقف موقف

(1) أنظر الكلمة الافتتاحية لعبد الحميد الأحذب، مجلة التحكيم العالمية، العدد الخامس والأربعون والسادس والأربعون، بيروت، 2020، ص 15-18.

وسطي فنرى أنه يجب عدم ترك المسألة مفتوحة للقضاء الرسمي للطعن في الحكم التحكيمي، لأنه قد يسبب هروب الأفراد عن اللجوء إلى التحكيم، خصوصا ما تعلق بمخالفة قواعد النظام العام التي يجب تقدير الأمور بقدرها، وإلا فإنه سيتم إعدام الدور الإيجابي والفعال للقضاء في تدخله في التحكيم، ولكن في الوقت نفسه نسير مع الطرح الذي ينفي الحصانة المطلقة للتحكيم فكل مطلق إلا بمقدار معين، خاصة إذا كان حكم التحكيم مخالفا وخارجا عن الحدود المنطقية للعدالة، ولا مجال لإعمال السلطة التقديرية للمحكم في كل تدخل يخل بميزان العدالة والتوازن بين الأطراف المتحكمة، وبإسقاطنا للحل الواسطي على القرار محل التعليق فإن الحكم التحكيمي الصادر عن الهيئة التحكيمية المتمثل في مركز القاهرة الدولي للتحكيم مخالفا للمبادئ القانونية الأساسية، نظرا لما فيه من تعسف على الطرف الليبي وتشجيع لإختلال التوازن وخرق مبدأ العدالة التحكيمية.

ويرجع فكرتي العدالة والتوازن المقررة في حكم التحكيم أحد الأدوات والمبادئ الحديثة المعروفة في القانون المدني وبالضبط في نظرية العقد، ويجد تطبيق هذين المبدأين في التحكيم التجاري خصوصا بعد طغيان التصور الليبرالي على منظومة التحكيم وسيادة سلطان الإرادة، وغياب التوازن بين أطراف العلاقة التحكيمية وتباين القوة فأنتجت طرف قوي في مواجهة طرف ضعيف، هذه الإرهاصات إستدعت بروز ما يعرف بالعدالة وتحقيق التوازن في التحكيم وتدخل القضاء لإعادة التوازن وتحقيق العدالة حتى لو شمل ذلك دعوى البطلان، لذلك فلا حصانة مطلقة لحكم التحكيم ولا لعمل المحكم، بالخصوص ما إذا كان ذلك مسببا لغياب التوازن والعدالة بين أطراف الخصومة التحكيمية، لذلك فما ذهب إليه حكم محكمة الاستئناف القاهرة الصادر في جلسة 2020/06/03 في القضية المثارة بين الحكومة الليبية وشركة الخرافي الكويتية هو حكم معقول ويجانب الصحة إلى حد ما ولو بسطة القضاء بممارسة الدور الرقابي من خلال دعوى البطلان، أين حكمت المحكمة ببطلان حكم التحكيم المطعون فيه الصادر عن هيئة التحكيم لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بتاريخ 2013/03/22.

ففكرتي العدالة والإنصاف التي إستند عليها قرار محكمة الاستئناف والذي قضى على إثره ببطلان حكم محكمة التحكيم لمركز القاهرة الدولي للتحكيم التجاري الدولي، والذي يعتبر من قبل قواعد النظام العام، جعله مجاوزا لما ذهبت إليه محكمة النقض في تسبيبها للقرار بأن الطعن بالبطلان في الحكم التحكيم واردة في قانون التحكيم في المادة 53 واردة على سبيل الحصر⁽¹⁾، مما يجعل حسب تقديرنا بأن حكم محكمة الاستئناف غير

(1) مظهر فرغلي علي محمد، إشكالية نطاق رقابة القضاء على أحكام التحكيم من خلال دعوى البطلان تعليقا على حكم محكمة النقض المصرية الصادر بجلسة 2021/06/24 في دعوى بطلان حكم التحكيم الصادر لصالح شركة الخرافي ضد الحكومة الليبية، مجلة التحكيم والقانون الخليجي، العدد الثامن والأربعون، سبتمبر 2021، ص 30.

مخالف للقانون ولا الخطأ في التطبيق السليم له، لو وازنا بين هذا التسبب وما سار إليه حكم محكمة التحكيم من تعسف ومغالاة في التقدير الفاحش لمبلغ التعويض الغير مبرر والمناقض لقواعد العدالة التي تعتبر من قبيل قواعد النظام العام التي تم خرقها، لذلك شكّل حكم محكمة الاستئناف رؤية وتصور جديد للتحكيم تقوم على التكريس الفعلي لقواعد العدالة وإعادة التوازن لأطراف العقد عن طريق التدخل القضائي في التحكيم لتحقيق ذلك، ولو على حساب ما يقتضيه القانون من منع هذا التدخل.

لذلك فحضانة حكم التحكيم تبقى نسبية ومحدودة بالقدر الذي يشكل معه حكم التحكيمي ضماناً لحقوق الأطراف، ومنه تسقط كل حماية وكل حضانة للحكم المهدر لقواعد العدالة والإنصاف وبما يحقق التوازن بين أطراف العلاقة التحكيمية⁽¹⁾، وإن كان تدخل القضاء هنا مساس بالقواعد الكلاسيكية لنظرية العقد باعتبار التحكيم كغيره من العقود، الذي يمنع كل تدخل من الغير طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وما تقتضيه القوة الملزمة من حيث الأشخاص لإتفاق التحكيم.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري ونظرت في تدخل القضاء الرقابي عن طريق دعوى البطلان، فقد أجاز الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الدولية الصادرة بالجزائر، مستثياً الأحكام الصادرة خارج الجزائر.

فأجاز المشرع للطرف المتضرر وصاحب المصلحة في الدعوى رفع دعوى البطلان لحكم التحكيم الدولي الصادر بالجزائر بتوفر أحد الحالات المشار إليها في المادة 1056 ق إ م وإ، وهذا ما جاء في نص المادة 1058 (1): "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه"، وليكون هذا الطعن بالبطلان مقبولا لا بد من توافر شروط شكلية وأخرى موضوعية حتى يستوفي الطعن شروطه لممارسته أمام القضاء المختص، وتبرز هذه الشروط الشكلية فيما يلي:

- يشترط الطعن أن يكون ضد قرار تحكيم دولي وهذا ما إشتراطه المشرع في المادة 1058 (1) ق إ م وإ التي نصّت: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه"، وسبق أن فصلنا في مسألة دولية التحكيم فيما إستعرضناه في الفصل الأول من نفس الباب.

- حدّد المشرع أجل شهر من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر بالتنفيذ لرفع دعوى البطلان وإلا فيسقط الحق في رفع هذه الدعوى لتحصل حكم التحكيم من أي طعن خصوصاً وأن المشرع قد أقر طريق واحد للطعن وهو

(1) المرجع السابق، ص 31.

البطلان دون غيره من الطعون الأخرى، وجاء النص على ذلك في المادة 1059 (2) ق إ م وإ: "لا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد 1 من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ".

- نفس المادة السالفة الذكر في فقرتها الأولى نصّت على رفع هذا الطعن في حكم التحكيم أمام المجلس القضائي الصادر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه فجاء نص المادة على النحو التالي: "يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم"، وهنا تظهر خصوصية الطعن في أحكام التحكيم مقارنة بالأحكام القضائية التي يعتبر في الأصل أن يتم التقاضي على درجتين أمام محكمة درجة أولى وبعدها أمام محكمة درجة ثانية على مستوى المجالس القضائية، فحكم التحكيم الدولي يطعن فيه مباشرة أمام المجالس القضائية. إضافة للشروط الشكلية، أقر المشرع شروط موضوعية للطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الدولية، وذلك بأن يتم حصرا عبر ستة حالات حددها المشرع لقبول الطعن ببطلان حكم التحكيم الدولي وإلا فلا مجال للطعن بالبطلان عند تخلف هذه الشروط الموضوعية كما تم بيانه سابقا في المادة 1056 ق إ م وإ، وهذه الحالات الستة جاءت على النحو التالي:

الحالة الأولى: إذا فصلت محكمة التحكيم بدون إتفاقية تحكيم أو بناء على إتفاقية باطلة أو إنقضاء مدة الإتفاقية؛

الحالة الثانية: إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون؛

الحالة الثالثة: إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها؛

الحالة الرابعة: إذا لم يراع مبدأ الوجاهية؛

الحالة الخامسة: إذا لم تسبّب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب؛

الحالة السادسة: إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

ويترتب على رفع دعوى البطلان نتيجة هامة وهي وقف تنفيذ حكم التحكيم محل رفع دعوى البطلان عليه وهذا ما نص عنه المشرع الجزائري في المادة 1060 ق إ م وإ، ويتمثل دور القاضي عند النظر في بطلان حكم التحكيم بعد فحصه للحالات التي جاءت على سبيل الحصر في المادة 1056 ق إ م وإ، فإذا ما تبين توفر حالة من الحالات السالفة الذكر يقضي ببطلان حكم التحكيم، أما إذا وجد عكس ذلك بتأكده من سلامة حكم التحكيم من أي حالة من حالات البطلان المذكورة في المادة 1056 ق إ م وإ، فإنه يرفض دعوى البطلان.

ومهما كان الحكم الذي يصدره القاضي فيجوز الطعن فيه بالنقض أمام المحكمة العليا، وذلك وفقاً لما نصّت عليه المادة 1061 ق إ م وإ بأنه: "تكون القرارات الصادرة تطبيقاً للمواد 1055 و1056 و1058 أعلاه قابلة للطعن بالنقض".

وحسن ما فعل المشرع الجزائري مقارنة بالتشريعات الأجنبية بإقراره عدم جواز للقضاء الوطني النظر في موضوع النزاع والفصل فيه بعد قضاءه ببطالان حكم التحكيم الدولي، فلم يجعل من دعوى البطلان إستئنافاً للحكم، فإصدار حكم البطلان من عدمه ينقضي دور هذا القضاء وينتهي معه خصومته⁽¹⁾، وفي هذا الصدد صدر قرار عن محكمة إستئناف القاهرة الذي أكد على إقتصار رقابة القضاء على وجود حكم التحكيم لا على صحته، فليس للقضاء الحق في فحص الأسباب وتقدير صحتها من عدمه، فالقضاء لا يعتبر جهة إستئنافية بالنسبة لحكم التحكيم، فلا يملك القضاء سلطة إعادة فحص النزاع أو الفصل فيه أو تعديله، كما لا يتدخل كذلك في تقديرات هيئة التحكيم أو ملاءمة ما إنتهى إليه، فليس له النظر في سلامة أو صحة حكم المحكم في موضوع النزاع م الناحية الواقعية⁽²⁾.

وفي قرار آخر صدر حديثاً عن محكمة التمييز الأردنية أكدت في القرار الصادر أن دعوى بطلان حكم التحكيم ليس طعناً بالإستئناف لذا لا يمكن إعادة النظر في موضوع النزاع وتعيين ما فصل فيه قضاء التحكيم، فلا يملك القضاء سلطة مراجعة حكم التحكيم لتقدير ملائمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين، فالرقابة القضائية لها صبغة شكلية لا تتعداها للبحث في موضوع النزاع التحكيمي أو في قناعة المحكمين⁽³⁾.

ثالثاً: الطعن بالنقض

أجاز المشرع الجزائري الطعن بالنقض في حالات محددة تتعلق بالطعن في الأحكام الصادرة عن القضاء الجزائري بمناسبة الطعن في الحكم الصادر في الإستئناف أو الطعن بالبطلان، وهو ما نص عنه صراحة في المادة 1061 ق إ م وإ: "تكون القرارات الصادرة تطبيقاً للمواد 1055 و1056 و1058 أعلاه قابلة للطعن

⁽¹⁾ على نقيض ما تبناه المشرع الجزائري نجد القانون اللبناني تبنى الإتجاه الموسع في طرق الطعن في القرار التحكيمي، فنص في قانون أصول المحاكمات اللبناني المادة 801 قانون المرافعات اللبناني وأيضاً قانون التحكيم الفرنسي المادة 1458 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية على أن قرارات التحكيم قابلة للطعن بالبطلان مع إعادة المحاكمة والتعرض للفصل في الموضوع ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. أنظر مناني فراح، المرجع السابق، ص 183-185.

⁽²⁾ قرار صادر عن محكمة الإستئناف القاهرة - الدائرة السابعة التجارية - الدعوى 119 لسنة 124 القضائية - لعام 2010، تم إستخراج الحكم من الرابط:

<https://www.aifca.com/2020/02/13/2412/>

⁽³⁾ قرار صادر عن محكمة التمييز الأردنية في 2019/03/04، القضية رقم 266 لعام 2019، منشور على الرابط:

<https://www.aifca.com/2021/03/09/3465/>

بالنقض"، من المادة يفهم أن المشرع الجزائري أجاز الطعن في أحكام القضاء في ثلاث مناسبات، فوجد المادة 1055 ق إ م وإ التي تعرضت لإستئناف أمر رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم، فيمكن للطرف المتضرر من هذا الحكم أن يطعن في قرار المجلس مرة ثانية، ونجد أيضا المادة 1056 التي جاءت ضمن الحالات التي يمكن الطعن بالنقض ضد الحكم الذي يتضمنها، وتتضمن المادة السالفة الذكر إستئناف الحكم الصادر بقبول الاعتراف أو الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، فأجاز المشرع الطعن بالنقض في الحكم الصادر عن هذا الإستئناف، وفي المادة الأخيرة 1058 ق إ م وإ التي ضمت مسألة الطعن بالبطلان في حكم التحكيم، فطبقا لذلك أجاز المشرع الطعن بالنقض بالنسبة للطرف الصادر الحكم ضده في الحكم الصادر في طلب بطلان حكم التحكيم. والمتبع للنصوص القانونية المتعلقة بالأحكام الخاصة بالطعن في أحكام التحكيم الدولية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يجدها لم تنص على إجراءات الطعن بالنقض ضد الأحكام السابق ذكرها، الأمر الذي يحيلنا للقواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك في المواد من 349 إلى 370، وفي نفس السياق لم يخص المشرع الحالات التي يستند فيها الطاعن لطعنه في قرار المجلس، أين كان حري بالمشرع الإحالة للمادة 1056 ق إ م وإ.

ما نستنتجه من وسيلة الطعن هذه التي أدرجها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي يتضح أن تنظيمها قاصر نوعا ما يحتاج لإكمالها سواء بتحديد إجراءات هذا الطعن والحالات التي يتمسك بها الطاعن في طعنه بالنقض، وأمام كل هذا نرى إقرار المشرع لهذه الوسيلة فيه ثقل وتضييق على قضاء التحكيم الذي يزيد من نسبة عدم تنفيذ حكم التحكيم، مما يفقد التحكيم خصوصيته وأبرز مزاياه التي تميزه من مرونة وسرعة في الفصل وتنفيذ حكم التحكيم والطبيعة الخاصة له باعتباره قضاء خاص في تسوية نزاعات التجارة الدولية، خصوصا ونحن نعلم طول الإجراءات والبطء الذي تتميز بها تسوية المنازعات على مستوى القضاء الرسمي، وطول الفترة التي يعلق فيها تنفيذ حكم التحكيم سواء على مستوى الإستئناف وعند الطعن بالبطلان وهذا ما يتعارض كليا مع مقتضيات التجارة الدولية، ناهيك عن فقدان الثقة في التحكيم نتيجة بدء الأطراف في تنفيذ الحكم الذي قد يطعن فيه فيما بعد ويتم نقضه، أو من خلال ما يسببه الطعن في وقف التنفيذ بما يخالف توقعات الأطراف وينسف الأهداف التي وضعوها من لجوءهم للتحكيم والنتيجة التي كانوا يطمحون لها من وراء ذلك خصوصا في ميدان التجارة، وأيضا فيما يرتبه الطعن في حكم التحكيم من إعادة النظر في عمل المحكم، وأيضا ما يتيح للأطراف من سوء إستغلال اللجوء إلى محاكم الدولة وما يرتبط بها من إجراءات قضائية، وأيضا ما يمثلته تدخل القضاء في إهدار أهم مبدأ يتركز عليه التحكيم وهو مبدأ سلطان الإرادة، لذلك قد تؤدي هذه الإرهاسات والمعوقات إلى نسف وإهدار قيمة وسمعة التحكيم كقضاء خاص لتسوية المنازعات التجارية الدولية.

لذلك يستوجب الأمر حصر حالات الطعن بما يتوافق والطبيعة الخاصة التي تميز قضاء التحكيم وتيسير عملية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، فأى دور للقضاء على التحكيم يجب أن لا يخرج عن هذا الدور، لذلك تحتاج العلاقة بين القضاء والتحكيم بعد صدور حكم التحكيم لضبط أكثر بما يحقق للتحكيم فعاليته.

وهذا ما يحسب للمشروع الجزائري في حصره لطرق الطعن، وإقصاءه لطرق طعن عدة سبق تبيانها، إضافة لمنع الإستئناف والطعن بالنقض في حكم التحكيم مباشرة، بل أجاز ذلك فيما يصدر من القضاء بقبول أو رفض الاعتراف الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي، وهذا ما يحقق عديد المزايا على مستوى التحكيم في تحقيق السرعة في الفصل وتنفيذ حكم التحكيم وتجنب طول الإجراءات وتحقيق المرونة، وتجنب إبطال أحكام التحكيم، وتقليص نطاق رقابة القضاء على التحكيم بما يحقق للتحكيم إستقلاليته باعتباره قضاء خاص قائم بذاته تلجأ له الأطراف إستهدافا لاستبعاد القضاء من النظر والفصل في النزاع بالخصوص ما تعلق بنزاعات التجارية الدولية.

ونخرج من دراسة العلاقة بين التحكيم والقضاء الوطني وإجابة عن الأسئلة المطروحة سابقا عند التمهيد لهذا المبحث مجموعة من النتائج جاءت على النحو الآتي:

- إن تدخل القضاء في التحكيم له ما يبرره نتيجة العراقيل التي تعترض عملية التحكيم والتي تتجاوز التحكيم برمته كقضاء مستقل، لجوء أحد الأطراف إلى القضاء رغم وجود إتفاق التحكيم يفرض على الأطراف اللجوء إلى التحكيم، كما قد تكون هذه العراقيل ناتجة عن عدم مشاركة أحد الأطراف في تعيين هيئة التحكيم أو عرقلة السير في الإجراءات أو تنفيذ حكم التحكيم كما قد ترتبط هذه العراقيل بهيئة التحكيم حال عدم إكمالها للمهمة المنوطة لهم القيام بها، فعملية التحكيم تحتاج لكي تستكمل أسباب فاعليتها وإنفاذ قراراتها وأحكامها، إلى تدخل قضاء الدولة باعتباره سلطة عامة، وهذا ما قضت به محكمة إستئناف القاهرة بأن: "...التحكيم لا يعمل في فراغ بعيدا عن النظام القانوني للدولة فهو كوسيلة إتفاقية لفض المنازعات، يعمل في حدود هذا النظام بحسبانه تصرفا إراديا وجزءا لا يتجزأ من الحريات الشخصية لذلك فهو أمر مشروع في كل نظام قانوني لا يجوز الإخلال به أو إهدار الموضوعية، بيد أنه ليس بمعزل عن تدخل القضاء الوطني، فالتشريعات المختلفة لا تترك نظام التحكيم بغير تدخل قضائي فيظل قضاء الدولة محتفظا بقدر من السلطات بشأن التحكيم وذلك لضمان السير الطبيعي والعادل لخصومة التحكيم والحكم الصادر فيها، وإن كانت ضرورة تدخل القضاء في الشأن التحكيمي تقدر

بقدرها وتوافر مقتضياتها التي يقرها نظام التحكيم بأغلال تثقله، لا تستقيم وفحواه وبنائه والأغراض التي يرمي إليها"⁽¹⁾.

-إذا كان تدخل القضاء ودوره المساند للعملية التحكيمية وما يوفره من إيجابيات وفعالية في سير العملية التحكيم والوصول إلى حكم تحكيمي فاصل في الخصومة التحكيمية، إلا أنه تجدر الإشارة وجوبا إلى أنه هذا لا يدعنا نتغاضى على مسألة مهمة وهي المدة، فإننا نعتبر أن أي إطالة في أمد النزاع التحكيمي جراء تدخل القضاء فإنه يعدم أي فعالية لدور القضاء وتدخله في العملية التحكيمية، لذلك فتدخل القضاء يجب أن يتم بالسرعة المطلوبة والتي تعتبر أحد المزايا التي يتميز بها التحكيم والذي من خلاله يفضل الأطراف اللجوء للتحكيم عوضا عن القضاء الرسمي.

-إن الهدف الأسمى من إقرار رقابة القضاء على التحكيم بمختلف أوجه تدخل القضاء هو لضمان التوازن بين كفتين لا يمكن للتحكيم بوجهه الحداثي من خلال التجديد الذي مسه أن يقوم دونهما، تتمثل الكفة الأولى في إحترام الطبيعة الإرادية للتحكيم والتي نعتبر الأساس الذي يقوم عليه هذا الأخير من مبدأ سلطان الإرادة وما يترتب عن هذا المبدأ من قواعد تندرج تحته من مبدأ القوة الملزمة والأثر النسبي ومبدأ حسن النية والتراضي، أما الكفة الثانية فتتمثل في التوازن والعدالة داخل التحكيم، هذا التوازن هو من يضمن للتحكيم فعاليته ونجاعته في تسوية المنازعات بما يحقق الرضا والثقة لدى جميع الأطراف على تسوية نزاعات التجارة الدولية بواسطة التحكيم التجاري الدولي.

-إذا كان للقضاء دور بارز فيما تعلق بالتحكيم الخاص أو الحر فتثبت سلطته وتدخله المعاون أو الرقابي في هذا النوع من التحكيم، غير أن الوضع ليس نفسه بخصوص التحكيم المؤسسي، إذ ينحصر فيها دور القاضي في أضيق الحدود نتيجة تولي هذه المراكز وهيئات التحكيم إجراءات مسبقة عن طريق لوائح وتنظيمات تتضمن تجاوز ما قد يطرأ على عملية التحكيم من عوارض وإشكالات دون الحاجة لتدخل القضاء، وهذا في نظرنا ما يجعل هذا النوع من التحكيم من أنجع وسائل التسوية لذلك يعتبر الآلية الأكثر شيوعا في مجال تسوية نزاعات التجارة الدولية.

(1) الدائرة 7 في الطعن رقمي 20، 64 لسنة 128 ق والطعون أرقام 20، 48 لسنة 2013، غير منشور، تم نشره من قبل محمد عبد الله الطيب، فاعلية القضاء المصري في مسائل التحكيم التجاري الدولي، أطروحة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة دكتوراة تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق-جامعة عين الشمس، 2019، ص 1.

وفي سياق متصل إذا كان للقضاء سلطة ودور رقابي مهم في التحكيم، سواء من خلال إنعقاد خصومة التحكيم أو سير إجراءات الخصومة التحكيمية وبالأخص تدخل القضاء الرقابي عند الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم أو الطعن في حكم التحكيم، غير أن الأمر ليس نفسه في التحكيم التجاري الدولي أين ينحصر فيه دور القضاء إلى أضيق الحدود، فغالبا ما تفرض أحد الأطراف القوية منع اللجوء إلى القضاء وإن كان ذلك مشروعا للأطراف التمسك به وما للطرف الآخر المقابل في هذه العلاقة إلا الإنقياد لذلك تحت أسباب ودوافع عدة، تتمثل في الرغبة في المحافظة على ودية العلاقات وتفادي إنقطاعها لما تقوم عليه من مصالح قائمة بينها، وحاجة هذه الدول النامية لرؤوس الأموال الأجنبية وجذب الاستثمارات الأجنبية، وأيضا تفادي هذه الدول من حرمانها من اللجوء إلى مؤسسات التحكيم خاصة المعروفة دوليا حال عدم التنفيذ الطوعي للحكم التحكيمي، وأيضا في عدم التعامل معها وحرمانها من الدخول معها في الإستثمار مستقبلا، من أجل ذلك تتجنب الأطراف اللجوء للقضاء.

- إن كان تدخل القضاء في كثير من الحالات يعتبر مساعدا للعملية التحكيمية وفق ما تقتضيه الطبيعة الإرادية للتحكيم من ضمان إحترام لسلطان إرادة الأطراف في التحكيم خاصة عند نقل الاختصاص من هيئة التحكيم إلى قاضي الدولة، إلا أنه في حالات أخرى يعتبر مناقضا للفلسفة التي يقوم عليها التحكيم والطبيعة الإرادية التي تميزه، فيكون بذلك القضاء عبء على علاقة التحكيم بل على قضاء التحكيم في حد ذاته، لذلك ندعو لإقامة التوازن في تدخل القضاء على التحكيم سواء في جانبه المساعد أو الحمائي والرقابي، وذلك عبر مزيد من الضبط لهذه العلاقة بين القضاء الوطني والتحكيم وفرض قيود تجعل التحكيم يحافظ على خصوصيته ومضمونه.

- لا مجال للحديث عن عدم تدخل القضاء عند كل مساس بمبدأ النزاهة والشفافية، وما تقتضيه القواعد تحقيق العدالة بين الأطراف المحتكمة أو كان حكم التحكيم مشوب بالغلو والإجحاف، أو كان سلوك المحكم مشتبها فيه من خلال الإنحياز الواضح وإنتهاك للقانون والتعليل الغير المحتكم للقانون، أو الغش والاحتيال في وضع الأحكام، أو مخالفة ما تقتضيه قواعد النظام العام، وهذا الوضع ما تعاني منه مختلف الدول النامية خصوصا إذا كان التحكيم يقام في الدول الأجنبية وفي مواجهة الدول والشركات الاقتصادية الكبرى، وهذا ما يفسره الخسائر الكبيرة لهذه الدول النامية للقضايا التحكيمية، لذلك وجب إعادة النظر في مسألة التوازن والعدالة في التحكيم خصوصا والتطورات والتحولت التي يشهدها العالم في مجال الاقتصادي.

- ما يلاحظ من دراسة العلاقة بين التحكيم والقضاء، أنه في جوانب متعددة يقدم القضاء المساعدة اللازمة للتحكيم كتدخله في مرحلة تشكيل هيئة التحكيم، وتفادي مشاكل المماثلة وتعطيل العملية التحكيمية خصوصا في جانبها الإجرائي كتدخله في المسائل الأولية والتدابير الوقائية والتحفظية، وفي جوانب أخرى يعتبر تدخل القضاء مساس بخصوصية التحكيم وطبيعته الخاصة، يستوجب ضبط العلاقة أكثر بما يضمن للتحكيم خصوصيته وفعالية.

وفي ختام ما تناولناه في هذا الحيز من الدراسة لا بد أن نصل لنوع العلاقة بين كل من مؤسسة القضاء والتحكيم، ونقول بأنه من الضروري أن تكون كل مؤسسة صديقة وشريكة للأخرى، فلا بد للقضاء الوطني إستيعاب التحكيم سواء الحر أو المؤسسي كآلية لتسوية المنازعات، لذا من الضروري خلق تعاون مشترك بينهما وأن يكون كل مؤسسة داعمة للأخرى، كذلك لا بد أن يكون القضاء ضامن لتسوية فعالة وناجعة من التحكيم وتجنب أي إساءة في إستخدامه.

خلاصة

الباب الأول

إن وصول مبدأ سلطان الإرادة لذروته والذي كان له الأثر في بروز النزعة التحررية في التحكيم التجاري، فكان لهذا المبدأ وما يتفرع منه من مبادئ ونتائج من الرضائية والحرية الإرادية والقوة الملزمة لإتفاق التحكيم ونسبية آثار إتفاق التحكيم ومبدأ حسن النية في التحكيم التجاري الأثر البارز على العملية التحكيمية ككل.

غير أن هذه النزعة التحررية في التحكيم التجاري، سرعان ما شهدت قيود تحد من هذه الحرية من خلال تراجع وإنكماش لمبدأ سلطان الإرادة، سواء من خلال القوانين والقواعد الآمرة التي أضحت تشكل قيود على الحرية الإرادية في التحكيم، فتعددت وإزدادت النصوص الآمرة المنظمة للعملية التحكيمية على حساب إرادة الأطراف المحكمة، فأصبح الشخص يجد نفسه مجبراً على اللجوء إلى التحكيم، وأيضاً من خلال تحديد مضمون إتفاق التحكيم أين يجد نفسه خاضعاً لالتزامات فرضها القانون، أو يجد نفسه أمام الشكالية الكتابية لإتفاق التحكيم، أو ما تعلق بالأهلية، وفرض نصوص قانونية تحدد الأشخاص التي يمكنها الخضوع للتحكيم دون غيرها من فئات محددة بموجب نصوص قانونية...، نفس الشيء بالنسبة لقواعد النظام العام التي شهدت تطور واتساع من نظام عام كلاسيكي يستهدف عدم المساس بالمصالح العليا والمبادئ الأساسية للمجتمع والدولة ككل، إلى بروز ما يعرف بالنظام العام الحديث الذي أضحي له دور كبير في تنظيم التحكيم من خلال مختلف القواعد والمبادئ القانونية التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف وضمان التوازن والعدالة التحكيمية بين أطراف العلاقة التحكيمية.

وواصل هذا التقييد إلى إستحداث صور جديدة للتحكيم من خلال فرض ما يعرف بالتحكيم المؤسسي وما يشكله من خطر إذعان أطراف التجارة للتحكيم التجاري الدولي، وأيضاً تشمل القيود المفروضة على التحكيم فيما تمثل في تجاوز المبادئ المؤطرة لمبدأ سلطان الإرادة من تقييد للحرية الإرادية وتقليص للقوة الملزمة لإتفاق التحكيم، وتجاوز نسبية آثار إتفاق التحكيم لتشمل أطراف من الغير، وأيضاً ما يشمله من قيود قضائية تتمثل في توسيع لمهام المحكم وتدخل قضاء الدولة حتى ولو كان ضد إرادة الأطراف هذا الأخير الذي أضحي يأخذ منحى جديد.

كل هذه القيود التي في الوقت نفسه تشكل ضمانات للتحكيم التجاري وأحد صور حماية الطرف الضعيف في التحكيم التجاري.

الباب الثاني

التوجهات الحديثة للتحكيم في الإتفاقيات
الدولية

من حيث نظامه الإجرائي

الباب الثاني

التوجهات الحديثة للتحكيم في الإتفاقيات الدولية من حيث نظامه الإجرائي

مقدمة

يسعى الفاعلون في ميدان التحكيم باستمرار إلى مراجعة قواعد التحكيم وتطويرها وتحديثها المستمر، لتحقيق ممارسة فعالة للتحكيم بما يتلاءم ومتطلبات التجارة والاستثمار الدوليين، وتجاوز البطء والغموض في تسوية النزاع، وتحقيق ذلك يأتي من خلال تقليل نقاط الضعف والنقائص التي تشوب عملية التحكيم، وتجاوز مختلف المشاكل الإجرائية، وتحديد قواعدها الإجرائية مواكبة للتطورات الحديثة، الترويج إلى اللجوء للتحكيم كبديل لتسوية المنازعات.

فعرفت بذلك قواعد التحكيم ومبادئه تطورات حديثة تبنتها مختلف القوانين والإتفاقيات الدولية واللوائح والقواعد الخاصة بمؤسسات ومراكز التحكيم على المستوى المحلي والإقليمي والدولي، وتحديد مس عملية التحكيم برمتها سعت إليها المؤسسات الدولية للتحكيم التجاري والتشريعات والإتفاقيات الدولية، وفي هذه التوجهات الحديثة توفير لإطار قانوني سليم يحكم وينظم التحكيم يضمن فيه تحقيق العدالة والإنصاف الذي من وراءه تبتغي الأطراف اللجوء إلى قضاء التحكيم لتسوية المنازعات.

وانعكس انتشار التحكيم وازدهاره، وبروز دوره الفعال في تسوية المنازعات التجارية والاستثمارية، وأهميته كقضاء خاص لتسوية المنازعات، على أحكام وقواعد التحكيم والتنظيم القانوني الخاص به. فشهد التحكيم تطورات ومستجدات حديثة شملت التجديد على مستوى قواعد وإجراءات التحكيم لضمان شفافية وممارسة حديثة أكثر فعالية. وهذه التوجهات الحديثة جاءت مواكبة للتطور الغير مسبوق للممارسات التجارية والتطورات الاقتصادية الحديثة.

لتعتبر قواعد التحكيم الجديدة التي أطلقتها مختلف مراكز ومؤسسات التحكيم، ومختلف القوانين والإتفاقيات الدولية، نقلة نوعية في عالم التحكيم، لمواكبة هذه القواعد الجديدة المستحدثة في ظل ما يتطلبه التجارة والأعمال على المستوى المحلي والإقليمي والدولي، وتعزز هذه القواعد والإجراءات المستحدثة في كفاءة

وفعالية التحكيم كآلية بديلة لتسوية المنازعات. ليصبح وسيلة شعبية لتسوية المنازعات التجارية، حيث يُفضله العديد من الشركات على القضاء.

ونتطرق في هذا الباب لهذا التجديد والتطور على مستوى قواعد وإجراءات التحكيم الفصل الأول، ليليها التطرق للتحكيم الإلكتروني كأحد أوجه العصرية والتطوير لقضاء التحكيم الفصل الثاني.

الفصل الأول

تطور وتجديد قواعد وإجراءات التحكيم في منازعات التجارة الدولية

إن التحكيم في تطور مستمر إستجابة للتطورات والتحولات الحاصلة على مستوى التجارة والاستثمار، وهذا ما يلاحظ من خلال التغيرات في قوانين التحكيم وقواعد مؤسسات التحكيم والإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم.

فأضحت بذلك الأنظمة القانونية ومختلف مؤسسات ومراكز التحكيم التوجه نحو إضفاء مهنية وشفافية عالية، وتعزيز مبادئ التحكيم التي تقوم على الإستقلال والحيدة والنزاهة والخصوصية والمساواة بين الأطراف المتنازعة وتحقيق العدالة والإنصاف في التحكيم، فأخذت هذه القواعد تتجه نحو تطوير قواعد وإجراءات التحكيم لتكون أكثر تناسب وملائمة مع الظروف والقضايا الحديثة في مجال التحكيم الدولي، والممارسات الحديثة على مستوى التجارة الدولية وترقية الإستثمار.

وساهم في بروز هذه الإجراءات والقواعد الحديثة ما شهدته التحكيم من توسع وإنتشار، فشكلت هذه التوجهات الحديثة والتجديد الذي عرفته ممارسة التحكيم تعزيز في مزايا التحكيم الدولي، بإتاحة مرونة أكبر لإجراءات التحكيم ومبدأ الحرية في التحكيم، وسد الثغرات التي تؤثر في عملية التحكيم. وأبرز هذه القواعد والإجراءات التحكيمية ما تمثل في مبدأ الشفافية في التحكيم المبحث الأول، وأيضاً في الإجراءات المستحدثة المتمثلة في إمتداد إتفاق التحكيم من الناحية الإجرائية وتحكيم الطوارئ باعتبارهم أحد أبرز أوجه التجديد في التحكيم بما يوفر إجراءات مبسطة وسريعة المبحث الثاني.

المبحث الأول

الشفافية في التحكيم التجاري

لا خلاف أن التحكيم يقوم على مبادئ أساسية تجعله قضاء خاص واستثنائي، له خصوصيته وطبيعته الخاصة في تسوية المنازعات، وأبرز هذه المبادئ السرية، الذي يعد ميزة أساسية وجوهرية تطبع قضاء التحكيم والتي من أجلها يفضل الأطراف اللجوء إلى التحكيم بدلا عن القضاء الذي يتميز بالعلنية كأصل في تسوية المنازعات،

نظراً لما تتطلبه العلاقات التجارية من السرية وحماية خصوصية الأطراف، وعدم كشف الأسرار المهنية والتجارية والحفاظ على السمعة والشهرة بالنسبة للشركات والمؤسسات.

غير أن هذا المبدأ سرعان ما تراجع بمقابل التوجه نحو الشفافية أو ما يطلق عليه كذلك بالعلنية في التحكيم، والذي أضحي مستقبل التحكيم خصوصاً في ظل التطورات الحديثة التي يشهدها التحكيم وبروز التكنولوجيا، ولم تبرز الشفافية إلا بعد المساوئ والعيوب التي إعتزت السرية في التحكيم وتراجعها، لتحوّلها من ميزة ومبدأ أساسي في التحكيم إلى عنصر ثانوي مقيّد لا يلق إجماع في التحكيم، وهو التوجه التي سارت نحوه التشريعات والإتفاقيات الدولية وأغلب مراكز التحكيم، والظاهر أن مبدأ الشفافية يقوم على الكشف عن الحقائق والمعلومات وإتاحة المعرفة للغير وتسهيل الوصول إلى الحقيقة والإفصاح عن إجراءات التحكيم والعملية التحكيمية برمتها.

ولفهم موضوع الشفافية وتحديد نطاقه وأهميته ودوره الفعال في تسوية المنازعات التجارية يجب طرح تساؤلات عدة حتى نصل لفهم رصين وصحيح للموضوع، وأبرز هذه التساؤلات تتمثل في التساؤل حول الدواعي والأسباب المؤدية إلى بروز مبدأ الشفافية في التحكيم التجاري؟ وهل هناك حاجة حقيقية للشفافية داخل التحكيم التجاري؟ وهل يعتبر مبدأ الشفافية الرؤيا الأمثل وحقيقة لا يمكن تجاهلها في ظل عالم متسارع الخطوات الذي يفرض معه مسابقتها ومواكبته؟ هل التأسيس لمبدأ الشفافية داخل التحكيم التجاري يعتبر قوة دافعة لتسوية فعالة للمنازعات أم يعتبر مضعف للتحكيم نتيجة الجدل والالتباس والغموض الذي يثيره؟ هل يمكن التأسيس للسرية والشفافية جنباً لجنب ودحض كل تمايز وفصل بين المبدئين؟

المطلب الأول

مفهوم الشفافية في التحكيم التجاري

تعد الشفافية أحد أبرز التحديات التي يعرفها عالم التحكيم حالياً نظراً للتطورات الحديثة التي أدخلت على هذا النوع من التسوية، تلبية لمقتضيات التجارة والأعمال وما يصبو إليه المتعاملين من رجال الأعمال والمستخدمين والأطراف والرأي العام، بالرغم من كون القاعدة العامة في التحكيم التجاري هو السرية التي تعتبر من الإلتزامات العامة التي يلتزم بها أطراف النزاع في التحكيم التجاري وأحد أبرز الخصائص المميزة له، غير أن التطورات الحديثة والتوجهات الجديدة التي عرفها التحكيم التجاري جعلت من السرية مبدأ غير مطلق كما أنها لا تطبق على كل

أنواع التحكيم، فجعل مبدأ السرية يعرف تنافسا بظهور مبدأ آخر مزاحم له إقتضته ضرورات عدة من التطور الذي عرفته التجارة وحدثة النظم القانونية، والذي يعرف بمبدأ الشفافية، وتقتضي الدراسة هنا تحديد تعريف لمبدأ الشفافية الفرع الأول، يليها التطرق لتحديد أسباب ومبررات الانتقال من مبدأ السرية إلى مبدأ الشفافية في التحكيم التجاري الفرع الثاني.

الفرع الأول: التعريف بالشفافية في التحكيم التجاري

تعدد وتنوع تعريف مبدأ الشفافية، نظرا للمجالات الواسعة التي يدخل فيها هذا المبدأ، فاجتمعت جل التعريفات على تعريف الشفافية بأنها وضوح التشريعات وسهولة فهمها، واستقرارها وانسجامها مع بعضها وموضوعيتها، ووضوح لغتها، وتطورها وفقا للتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والإدارية، وبما يتناسب مع روح العصر، إضافة إلى تبسيط الاجراءات ونشر المعلومات والإفصاح عنها، وسهولة الوصول إليها بحيث تكون متاحة للجميع⁽¹⁾.

ويطلق على الشفافية مصطلح آخر وهو الإفصاح الذي يدلان على المعنى نفسه من الإدلاء بالمعلومات وإتاحتها للغير من له مصلحة في ذلك، وهذا ما تم النص عليه فيما أصدرته منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OCED مبادئ حوكمة الشركات corporate governance عام 1999 والمعدلة عام 2004، ومن ضمن هذه المبادئ مبدأ الإفصاح والشفافية.

والمتمعن فيما سبق يجد المفاهيم السابقة لا تبتعد كثيرا عن المفهوم الذي أعطي للشفافية في التحكيم التجاري، وهذا ما يظهر عند تحديد أحد الأساتذة لمفهوم الشفافية في التحكيم والذي جمعها في ثلاث مفاهيم أساسية وهي وصول الجمهور للإجراءات التحكيمية، نشر أحكام التحكيم والكشف عن المعلومات والمستندات المقدمة أمام هيئة التحكيم⁽²⁾.

(1) الكيلاني سائدة وسكجها باسم، نحو شفافية أردنية، الطبعة الأولى، مؤسسة الأرشيف العربي، عمان، 2000، ص59.

(2) ياسين محمد ثروت الشاذلي، دور مؤسسات التحكيم في نشر أحكام التحكيم كأحد متطلبات الشفافية في منازعات الاستثمار التجاري الدولي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة-كلية الحقوق، العدد 58، أكتوبر 2015، ص726.

وعموماً وعلى ضوء التعريف المقدم وعلى ما قدمه الفقهاء في صياغة تعريف الشفافية في التحكيم، يمكن إفراد تعريف للشفافية في التحكيم التجاري على أنها الحق في الإطلاع على كل ما تعلق بالتحكيم والإجراءات الخاصة به، وإتاحتها للجمهور ولكل صاحب شأن، إضافة إلى مشاركة العامة في النتائج⁽¹⁾.

وحسب هذا المفهوم المقدم توصف الشفافية بالاستثناء في التحكيم التجاري الدولي بإعتبار السرية هي الأصل والقاعدة العامة فيه، على نقيض الشفافية في التحكيم الإستثماري الدولي أو ما يطلق عليه بالتحكيم التعاهدي الذي يقوم على أساس المعاهدات والإتفاقيات الإستثمارية الثنائية أو الجماعية الدولية فيمثل القاعدة العامة على مستواه⁽²⁾.

الفرع الثاني: أسباب ومبررات الانتقال من مبدأ السرية إلى مبدأ الشفافية في التحكيم التجاري

يمكن إفراد أسباب ومبررات الانتقال من مبدأ السرية إلى مبدأ الشفافية في التحكيم التجاري فيما يلي:

أولاً: إتجاه الفقه لاعتبار السرية ليس بأحد السمات الأساسية للتحكيم التجاري الدولي

تعتبر السرية مبدأ وركن أساسي في التحكيم وأحد المزايا التي تطبع على التحكيم والتي تميزه عن القضاء الرسمي وغيره من وسائل التسوية الأخرى كالوساطة والصلح...، وهي أحد أسباب اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات، ويقوم مفهوم السرية على كتمان وعدم الإفصاح عن أية معلومة وإتاحتها للغير وعدم إطلاع الغير على أية وثيقة أو مستند⁽³⁾، وتشمل السرية موضوع النزاع أو قد يكون متعلقاً بالمرافعات وأقوال الشهود وتقارير الخبراء، وحكم التحكيم، وحتى ما تعلق بوجود التحكيم بحد ذاته.

وهناك من حدد مفهوم السرية من خلال مضمونها، الذي يتعلق بجانبين، الأول المتمثل في الإطار الموضوعي للسرية ويشمل الحفاظ على سرية مضمون إجراءات التحكيم والمعلومات المتصلة بها والمتحصل عليها من التحكيم من الوثائق والمعلومات والأدلة من الكشف والإفصاح أو الإستخدام في قضية أخرى، الجانب الثاني

(1) Koppal T, demands for transparency, genomic and phonemics, retrieved 22/05/2021, from <https://www.genpromag.com>.

(2) بشرى خالد تركي ومصطفى ناطق صالح، مبدأ الشفافية في التحكيم التجاري، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 18، العدد 64، 2020، ص120.

(3) المرجع السابق، ص114.

والمتمثل في الإطار الشخصي للسرية، المقصود به تحديد الملزمون بالسرية وفق للإلتزام المتفق عليه بين الأطراف أو القانون المنظم للتحكيم أو بموجب قواعد المؤسسة التحكيمية.

ولم تحظ السرية بنص خاص في النصوص المتعلقة بالتحكيم بشقيه الوطني والدولي في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، مكتفياً بالنص بأن تكون مداوالات المحكمين سرية وذلك في نص المادة 1025 ق إ م و، وهذا ما يطرح تساؤل: هل إقتصار السرية على المداوالات فقط يميز علنية الجلسات ونشر أحكام التحكيم وغيرها من الإجراءات؟ أم الأمر غير ذلك؟ فالمرجع الجزائري يطرح جدل حول إعتقاد السرية كمبدأ من عدمه، أو يميز الشفافية في التحكيم مادام لا يوجد نص يحظر تطبيق المبدأ ولا نص يفيد بوجود السرية كمبدأ عام في التحكيم.

وتتجلى أهمية السرية في الآثار المترتبة عن المبدأ، من عدم نشر حكم التحكيم وإلتزام المحكم والخبراء وهيئة الدفاع وأي طرف في التحكيم بعدم إفشاء الأسرار المتعلقة بالنزاع والمعلومات الخاصة بالقضية، كما تظهر هذه الأهمية فيما يحمله هذا المبدأ من مزايا عديدة في الحفاظ على حجم النزاع ومنع تطوره وتشعبه، بما يضمن سير العملية التحكيمية وصدور الحكم التحكيمي وما يضفي على التحكيم ككل من فعالية، كما تعتبر السرية ميزة وعامل مهم لإستقطاب الإستثمار الأجنبي، فالغالب تسعى الشركات الأجنبية أن يتم التحكيم وما تتضمنه أعمالهم بصفة سرية لما فيه من حفاظ على مصالحهم وأسرارهم التجارية والمهنية، سواء ما تعلق بالمنتوج أو أسرار الشركات التي يستلزم الأمر عدم تسريبها وتداولها لدى العامة، وإلا قد يعرضها حال تسريبها المساس بسمعتها أو يسبب خسائر مادية كبيرة لها، فيعتمد الأطراف للجوء إلى التحكيم لصرف نظر الغير عن معرفة الإدعاءات المثارة ضدهم، مثل الإدعاءات المتعلقة بسوء النية، أو التدليس أو العجز المالي، وغيره من الادعاءات التي لا يرغب الأطراف على كشفها فيعتمدون إلى اللجوء للتحكيم دون القضاء وعرض النزاع عليه، كما يكون لمبدأ السرية في التحكيم الأثر الإيجابي بالنسبة للدول والحكومات التي تسعى إلى الإحتفاظ بالطابع السري للنزاع الذي يساعد على تفادي تسييس النزاع وإتخاذ مواقف من شأنها أن تؤثر على الحل الأمثل والفعال للنزاع⁽¹⁾، كما أن في تطبيق السرية المحافظة على خصوصية التحكيم.

(1) ياسين محمد ثروت الشاذلي، المرجع السابق، ص 697-698.

غير أن هذا المبدأ تعرض لانتقادات عدة خاصة إذا كانت الدولة طرفاً في العملية التحكيمية التي تتم بين الدول والمستثمرين الأجانب فأثار ذلك مخاوف حمة لحد إتجاه الفقه لاعتبار السرية ليس بأحد السمات الأساسية للتحكيم التجاري الدولي.

نفس الأمر بالنسبة للقضاء الذي إتجه لاعتبار السرية ليس بأحد السمات الأساسية للتحكيم التجاري الدولي، وهذا ما حدث في صدور حكم مهم وشهير نظراً للنتائج التي رتبها في نسف مكانة السرية كمبدأ أساسي في التحكيم، والمتمثل في صدور قرار عن المحكمة العليا في أستراليا الذي أثار جدلاً ونقاشاً واسعاً في النزاع الناشئ بين Esso Australia Resources ⁽¹⁾ Ltd v Plowman، وتضمن فحوى هذا القرار الصادر عام 1995 أنه لا يمكن إعتبار السرية والكتمان ركناً أساسياً وخاصة مميزة للتحكيم وواجب عام، الإلتزام بالحفاظ على سرية جلسات التحكيم والوثائق والمعلومات المقدمة أثناء جلسات التحكيم أو ما يتصل بها، أو أي شيء تعلق بإجراءات التحكيم، نظراً لتأثير هذا الحكم على السوابق القضائية والتشريعات في العالم كله.

يتمثل النزاع، في قيام Esso بتزويد مرفقين عامين أستراليين بالغاز، GFC و SEC. تضمنت عقود التوريد بندا يتم بموجبه تعديل سعر الغاز ليعكس التغيرات في الضرائب والإتاوات وما شابه ذلك، كان مطلوباً من Esso تزويد المرافق بتفاصيل الزيادات أو النقصان في هذه الإتاوات والضرائب وما إلى ذلك، وحساب تسويات الأسعار. في عام 1991، طالبت شركة Esso بزيادة الأسعار بسبب ضريبة إيجار الموارد البترولية الجديدة، لكن الهيئات الحكومية رفضت دفع الزيادات وذهب الأمر إلى التحكيم.

قبل بدء التحكيم، فشل Esso في تقديم التفاصيل لحساب السعر الجديد، وكان من المفترض أن تقدم هذه المعلومات في التحكيم، سعى وزير الطاقة والمعادن في ولاية فيكتوريا للحصول على هذه المعلومات، ورفع دعوى بناءً على ذلك ضد أطراف التحكيم، أي Esso و GFC و SEC، للحصول على إعلان بأن المعلومات لا تخضع لأي إلتزام بالثقة، ويمكن الكشف عنها للوزير وكذلك لأطراف ثالثة. رفضت Esso مشاركة المعلومات التي توضح بالتفصيل حسابات زيادة الأسعار مع GFC و SEC حتى وقعوا إتفاقية سرية تتعهد بعدم مشاركة المعلومات مع الوزير أو الأطراف الثالثة، مدعية أن الحسابات كانت حساسة تجارياً ومن الممكن أن

⁽¹⁾ Monika H, More on the confidentiality of arbitration, 16/04/2015, disponible sur le site in principle law not only for business, sur le lien suivant:

<https://codozasady.pl/en/p/more-on-the-confidentiality-of-arbitration>. Accessed: 13/02/2023, 14:00.

تؤثر سلباً في حال الكشف عنها، والشيء الذي خلق مفاجأة هو صدور حكم يقضي بالإفصاح عن كافة المعلومات المتداولة بالدعوى التحكيمية لصالح وزارة الطاقة. وأيدت محكمة الإستئناف هذا الحكم الذي تم إستئنافه أمام المحكمة العليا بأستراليا، لتصدر هذه الأخيرة قراراً سبق التصريح به في عام 1995 والذي يقضي بعدم إعتبار السرية مبدأً أو ركناً أساسياً في التحكيم أو وجود إلتزام عام بالحفاظ على سرية المعلومات والوثائق المفصح عنها في التحكيم، لذلك لا يمكن تحقيق السرية التامة للإجراءات التحكيمية⁽¹⁾.

وتبع هذا القرار عدة قرارات أخرى تخص كل من قضية *Commonwealth v. Cockatoo Island Dockyard Pty Ltd*، وقضية *Jennings Group Ltd. v. Glen Centre Pty Ltd*⁽²⁾.

نفس الشيء بالنسبة للأحكام الصادرة عن محاكم السويد والولايات المتحدة، التي أكدت على عدم الإعتراف الضمني بمبدأ السرية في التحكيم، سواء في القرار الصادر عن المحكمة العليا السويدية في قضية بنك التجارة الخارجية البلغاري ضد شركة التجارة للتمويل، وأيضاً في قضية أخرى المتمثلة في الولايات المتحدة ضد بانهانديل كورب⁽³⁾.

وسواء تعلق الأمر بما إتجه إليه الفقه أو القضاء إلى إعتبار السرية ليس بأحد السمات الأساسية للتحكيم التجاري الدولي، والذي يرجع ذلك لأسباب عديدة نوجز أهمها في النقاط التالية:

- إن السرية في التحكيم تؤثر بشكل سلبي على شرعية الأحكام والقرارات التي تصدرها هيئة التحكيم، وأيضاً على نزاهة وشفافية التحكيم بالنسبة للمحكّمين، من خلال ما يثور من شكوك الأطراف حول إنحياز مراكز التحكيم والمحكمين ككل لأطراف معينة مما يضرب مصداقية القضاء التحكيمي وبالخصوص عدالة حكم التحكيم الصادر.

(1) في قضية أخرى إستشهدت المحكمة السويدية بالحكم الصادر في قضية ESSO، في القضية المعروفة بـ: *Bulbank*، التي حكمت بعدم وجود إلتزام للحفاظ على سرية المعلومات المستمدة من إجراءات التحكيم. أنظر:

Monika H, Op cit. Accessed: 13/02/2023, 14:00.

(2) نظام جبار طالب، إستكشاف السرية كإلتزام جوهري في التحكيم التجاري الدولي: دراسة تحليلية مقارنة لآراء الرضا والقبول، مجلة القادسية للعلوم السياسية، العدد 02، المجلد 08، 2017، ص 26.

(3) نظام جبار طالب، المرجع السابق، ص 27.

-من بين المساوئ التي تعتري السرية في التحكيم ندرة النصوص القانونية المنظمة لها والأحكام المتعلقة بها، مما يثير الشكوك حول تطبيقها أو الطريقة التي تتم بها هذه السرية وشروطها والإعتراف بها كميزة أساسية في التحكيم التجاري، لذلك الغموض المحيط بالسرية وعدم وضوح هذه السرية يجعل الأطراف تتهرب منه بالرغم من إعتبارها أحد الركائز والمزايا الرئيسية في التحكيم.

-كما أن السرية تعتبر عامل تنفير للعملاء المحتملين من خلال عدم ثقتهم في التحكيم بإعتباره دائرة مغلقة، لذلك فلا يساعد على الثقة في إجراء التحكيم.

-تؤدي السرية إلى قلة الدراسات الأكاديمية المتعلقة بالتحكيم نتيجة الندرة والإفتقار للقرارات التحكيمية، مما يؤثر ذلك على الممارسة العملية للتحكيم، كما يساهم النشر في بلورة مبادئ وقواعد قانونية تساعد في المساهمة على حل الإشكالات والمساوئ التي تعتري قضاء التحكيم والوصول إلى تسوية فعالة للنزاعات.

-ما يؤثر على تطبيق السرية في التحكيم هو الموقف التشريعي من الإلتزام بالسرية، من خلال عدم إتساق القوانين الوطنية مع بعضها البعض بخصوص وجوب الحفاظ على السرية في التحكيم، مما قد يؤدي ذلك للشخص المتعهد بالحفاظ على السرية لإلتزام عكسي بالكشف عن المعلومات الواقعة في نطاق الإلتزام بالسرية، ومن ثم يكون عرضة لإلتزامات متعارضة فيما يخص مسألة الحفاظ على السرية⁽¹⁾.

- قد يؤدي التعامل بالسرية في التحكيم التجاري وعدم الكشف وعلانية القرارات التحكيمية إلى تسوية غير متسقة للنزاعات التجارية الناشئة عن نفس المعاملة والتي يتم البت فيها من قبل هيئات تحكيم أخرى، الأمر الذي يؤدي إلى قرارات متضاربة، مما يؤدي ذلك إلى إضطراب في الأمن القضائي على مستوى العملية التحكيمية، هذا الأمر الذي ساهم في رغبة الأطراف بالخصوص أصحاب المصلحة في مزيد من الشفافية من أجل الإستفادة من الوثائق والمعلومات ذات الصلة بالمنازعات.

وقد جمع كل هذه الانتقادات الموجهة لمبدأ السرية في التحكيم أحد الكتاب عند قوله⁽²⁾: "اجتماعاتهم سرية، وأعضاؤهم غير معروفين، وكافة القرارات التي يتوصلون لها لا يتم الكشف عنها بشكل كامل. كما أن

(1) ياسين محمد ثروت الشاذلي، المرجع السابق، ص724.

(2) Asteriti, Alessandra and Tams, Christian J., Transparency and Representation of the Public Interest in Investment Treaty Arbitration June 1, 2010. INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND COMPARATIVE PUBLIC LAW, Forthcoming, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1618843>. Accessed: 23/05/2021, 14:00.

أسلوب تعامل الكثير من هيئات التحكيم الدولية مع المنازعات التي تنشب بين المستثمرين والحكومات الأجنبية، يمكن أن يؤدي إلى إلغاء القوانين الوطنية وتغيير الأنظمة البيئية، وجميعها إجراءات تتخذ تحت ستار حماية المستثمر الأجنبي".

وأمام خضم كل هذه العوائق والإشكالات التي يثيرها السرية في التحكيم التجاري والتي أدت إلى إفتقار التحكيم إلى الشفافية والشرعية اللازمة⁽¹⁾، أدى ذلك إلى التوجه نحو مبدأ جديد يعرف بالشفافية في التحكيم التجاري، والتي تعتبر بديلاً عن السرية إقتضته عدة ضرورات من الطبيعة القضائية للحكم التحكيمي التي تفترض أن يتمتع الحكم التحكيمي والتحكيم بصفة عامة بقدر من الشفافية سواء ما تعلق بالقواعد أو الإجراءات ومن نشر للحكم التحكيمي وإتاحة القواعد التنظيمية للتحكيم للأطراف، والكشف عن المعلومات التي تسلط الضوء على الأعمال التي تتم بداخل نظام التحكيم التجاري الدولي، وأيضاً نشر كل ما يتعلق بالمؤسسات التحكيمية أو المعلومات الخاصة بالحكم، ليتمكن القول بأن الشفافية جاءت على أنقاض مبدأ السرية وما أصبح يعانيه هذا المبدأ من إختلالات عدة جعلت منه المبدأ الذي أضحى لا يلقى إجماعاً في قواعد التحكيم سواء المحلية أو الدولية ومؤسسات التحكيم.

ثانياً: المصلحة العامة وتحقيق الشرعية في التحكيم

لم يعد التحكيم ظاهرة خاصة تتعلق بأطرافه فقط، فبالرغم من الطبيعة التعاقدية للتحكيم، غير أنه يعتبر نظام لتحقيق العدالة، بذلك يلعب التحكيم دوراً اجتماعياً لما له من تأثير اجتماعي، ولما أضحى له إرتباط وثيق بالمصلحة العامة والنظام العام ككل، لذلك إنطلاقاً من هذا يجب أن يكون التحكيم بدءاً بالإجراءات وصولاً للقرارات التحكيمية أكثر سهولة في الوصول إليه وأكثر شفافية خاصة في ظل عدم وجود إجماع عام على الطبيعة السرية للتحكيم.

كما أن ضرورة تحقيق المصلحة العامة يفرض عدم طغيان السرية على التحكيم والحكم التحكيمي بصفة خاصة، بالذات حال كان التحكيم بين الدولة والمستثمر الأجنبي لإرتباط الشفافية بالشرعية والمساءلة والديمقراطية

تمت الترجمة من طرف: ياسين محمد ثروت الشاذلي، المرجع السابق، ص 299.

(1) ياسين محمد ثروت الشاذلي، المرجع السابق، ص 700.

والحكم الراشد⁽¹⁾، وأيضا مقتضيات شرعية اللجوء إلى التحكيم الدولي، ولما يمكن للتحكيم أن يؤثر على الرأي العام لذلك فلا يمكن لمبدأ السرية أن يطغى على التحكيم، ناهيك على أن الواقع العملي أثبت أن مبدأ الشفافية له علاقة وطيدة بتحسين جودة التحكيم وخلق بيئة تحكيمية تسودها الثقة والإطمئنان⁽²⁾، خاصة في ظل المكانة التي تحتلها الشفافية في النظم الإقتصادية، وبالتبعية نظم تسوية المنازعات التي تنشأ في إطارها.

كما تهدف قواعد الشفافية إلى ضمان وصول الأشخاص المتضررين إلى إجراءات التحكيم، وتمكينهم من المشاركة أو مراقبة تقدم القضية، وأيضا من خلال ما تسهم به في الإتساق وقدرة الأطراف على التوقع والتنبؤ وهذا بدوره يعطي شرعية للعملية التحكيمية وعلى قرارات التحكيم⁽³⁾، مع زيادة فهم الأطراف لها إذا كانوا أكثر رضا نتيجة التصور الذي يتكون لديهم بأن العملية عادلة، مما يساهم ذلك في تعزيز التحكيم في مجتمع الأعمال والتجارة، وفي إنتشار وشيوع إستخدام التحكيم⁽⁴⁾، كل هذا ساهم في التوجه نحو المزيد من الشفافية وتعزيزها في التحكيم التجاري.

ثالثا: الإلزام القانوني بالإفصاح

يتعلق هذا الإلزام بنشر أحكام التحكيم وما يترتب عنه من واجب الإفصاح عن المعلومات، وكثيرا ما يكون هذا الشرط في ما تعلق بالعقود والمعاملات التجارية والمالية، كواجب الإفصاح والشفافية إذا ما كان أحد أطراف

⁽¹⁾ Bungenberg M, Alvarado Garzón A.E. 2019 One Size Fits All? Transparency in Investment and Commercial Arbitration. In: Meškić Z, Kunda I, Popović D, Omerović E. eds Balkan Yearbook of European and International Law 2019. Balkan Yearbook of European and International Law, vol 2019, Springer, p1.

⁽²⁾ ياسين محمد ثروت الشاذلي، مرجع سابق، ص 780-781.

⁽³⁾ Anastasia C, Transparency in Investor-State Arbitration: The Mauritius Convention, published on 12/23/2016, available on the site: International Arbitration Information by Aceris Law LLC, Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/08/15/a-transparency-lighthouse-for-arbitration-in-peru/>. Accessed: 13/05/2021, 9:30.

⁽⁴⁾ Reymond-Eniaeva, Towards a Uniform Approach to Confidentiality of International Commercial Arbitration. European Yearbook of International Economic Law, 2019, P141.

Buyss CJ, The tensions between confidentiality and transparency in international arbitration. Am Rev Int Arbitr 14, 2003, P136.

Azzali S, Confidentiality vs. Transparency in Commercial Arbitration: A False Contradiction to Overcome, published on 28 December 2012. Available at :

<http://blogs.law.nyu.edu/transnational/2012/12/confidentiality-vs-transparency-in-commercial-arbitration-a-false/>. Accessed 15/05/2021, 11:00.

النزاع من الشركات المقيد لها الأوراق المالية في البورصة، ويدخل ضمن الإفصاح بيان المنازعات القضائية والتسوية أو الحل الذي آلت إليه هذه المنازعات⁽¹⁾.

وأجاز قانون اليونسترال للتحكيم المعتمد بصيغته الجديدة المعتمدة لعام 2013 نشر قرارات التحكيم علنا متى كان أحد أطراف النزاع ملزم قانوني بالإفصاح، حيث جاء نص المادة 34 في فقرتها الخامسة ما يلي: "يجوز نشر قرار التحكيم علنا بموافقة كل الأطراف أو متى كان أحد الأطراف ملزما قانونا بأن يفصح عن ذلك القرار من أجل حماية حق قانوني أو المطالبة به أو في سياق إجراءات قانونية أمام محكمة أو هيئة مختصة أخرى".

من هنا تتوافق الشفافية في التحكيم التجاري مع المفاهيم التقليدية للخصوصية والسرية، التي تستند إلى مبدأ حرية الأطراف، وعموما هناك أربع حالات يمكن أن تكون السرية فيها مرفوعة: الأولى تكون بموافقة صريحة أو ضمنية من أطراف النزاع؛ الثانية تكون بأمر المحكمة؛ ثالثا تكون عند الضرورة لحماية مصالح أحد الأطراف في النزاع؛ رابعا عندما تقتضي المصلحة العامة هذه الأخيرة التي تفرض رفع السرية خصوصا حال كانت الدولة طرفا في نزاع التحكيم التجاري الدولي⁽²⁾.

رابعا: تكريس الحماية للطرف الضعيف

إن من بين التوجهات الجديدة في المجال القانوني هو سعي النظم القانونية لحماية الطرف الضعيف في أي علاقة قانونية، والذي يعتبر التحكيم التجاري المجال الخصب لعدم التعادل واختلال التوازن في ميزان القوى خاصة إذا كانت العملية التحكيمية تمت بين أحد الشركات العالمية التي لها نفوذ واسع والشركات المتعددة الجنسيات والدولة ومؤسساتها العامة التي تجدها نفسها مجبرة على التحكيم لا تملك الخبرة والتأهيل اللازم الذي يسمح لها بمواجهة هذا النوع من الشركات، إضافة إلى أنها تكون مجبرة على اللجوء إلى التحكيم لحاجتها إلى تدفق لرؤوس الأموال لتحقيق الانتعاش والتطور الاقتصادي⁽³⁾، لذلك تحقيقا لتوازن العملية التحكيمية بين أطرافها كان لا بد من إضفاء الشفافية على التحكيم التي تحقق ميزة مزدوجة سواء من خلال نشر الأحكام والكشف عن أي فساد

(1) طاهر محمد خليفة، التحكيم الدولي بين السرية والشفافية، بحث منشور في مجلة روح القوانين، العدد 66، كلية الحقوق جامعة طنطا، جانفي 2014، ص16، تاريخ التصفح: 2021/05/20 على الرابط التالي: https://www.academia.edu/35505279/2_doc.

(2) Bungenberg M, Alvarado Garzón A, Op cit, p18.

(3) محمد عيساوي، حدود صمود مبدأ السرية في تحكيم الاستثمار أمام مطالب الشفافية، مجلة المعارف، جامعة البويرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 18، جوان 2015، ص109.

يمكن أن تمارسه هذه الشركات، ولتجنب تعرضها لأي من الخسائر الفادحة التي عادة ما تتكبدها نتيجة لجوءها للتحكيم لتسوية المنازعات، أو أي من الضغوطات الداخلية نتيجة إنتشار موجات الديمقراطية والوعي بخطورة الإستثمارات الأجنبية وعدم الثقة في مؤسسة التحكيم، وكذلك تزايد دور منظمات المجتمع المدني، ووسائل الإعلام، من هنا جاءت ضرورة إضفاء الشفافية على التحكيم مع الحفاظ كذلك على السرية والذي تسعى إليه الشركات والمستثمرون إلى إضفاء هذا المبدأ على جل مراحل العملية التحكيمية حفاظاً على أسرار نشاطاتهم التجارية والإستثمارية، الأمر الذي تطلب إضفاء نوع من التوازن بين كلا المبدأين⁽¹⁾.

خامساً: الشفافية أحد مؤشرات مكافحة الفساد في التحكيم

أثبت الواقع وجود علاقة وإرتباط بين إنعدام الشفافية وإنتشار الفساد والرشوة، لذلك تعد الشفافية أحد أبرز محفزات قيام الإستثمارات الأجنبية وتطوير التجارة الدولية، هذا الأمر جعل الدول تبذل مجهودات كبيرة لمحاربة الفساد بواسطة إضفاء الشفافية على المؤسسات وكل ما تعلق بالإستثمارات، لذلك عمد الفاعلين إلى إضفاء شفافية أكبر على العملية التحكيمية، باعتبار إفتقار التحكيم للشفافية يعد أحد أهم الأسباب المؤدية لانتشار الفساد في التحكيم، من حيث وجوب أن تكون قراراتها علنية واضحة ومكتشفة لا يكتنفها الغموض والتعتيم، ووضوح الإجراءات والقواعد التحكيمية وقرارات التحكيم ومشاركتها سواء مع المعنيين بالقرار التحكيمي أو أصحاب الرأي العام إذا كان القرار التحكيمي له علاقة بالمصلحة العامة للدولة، وإتاحة الوثائق للإطلاع عليها من قبل العامة إذا كان لذلك مصلحة للجمهور للإطلاع عليها أو من مصلحة مؤسسات التحكيم لإطلاع الجمهور عليها، والعمل قدر الإمكان على علانية جلسات التحكيم، كل هذه الخطوات من شأنها أن تضفي الفعالية اللازمة التي من خلالها تتفادى مؤسسات التحكيم الفساد وإعطاء صورة واضحة على طريقة إدارة وتسيير عملية التحكيم.

لذلك جاء ما يعرف بالشفافية بعد التساؤلات التي أثيرت حول شرعية التحكيم بسبب نقص المعلومات المتاحة للجمهور، بالخصوص ما تعلق بالمحكّمين ومساءلتهم، وأيضاً ما تسهم به الشفافية في الكشف عن الممارسات الالاقانونية وأعمال الفساد في التحكيم التجاري، لذلك عمدت الدول ومؤسسات التحكيم وكل من

⁽¹⁾ المرجع السابق ، ص ص 116-117.

Florini, Ann, Behind closed doors: Governmental transparency gives way to secrecy, Harvard International Review, 26, Available at: https://ink.library.smu.edu.sg/soass_research/2323.

لهم علاقة العمل على خلق آليات الشفافية التي تضمن شرعية التحكيم وما تساهم به في تحقيق كفاءة أكبر في إجراءات التحكيم⁽¹⁾.

سادسا: قاعدة السرية ليست من النظام العام في التحكيم

من المبررات التي تجعل الشفافية أحد المبادئ المكرسة في التحكيم التجاري، هو غياب تكريس السرية سواء في القوانين الوطنية أو قواعد التحكيم الدولية كمبدأ دائم وقاعدة إلزامية في التحكيم تلزم الأطراف بها، هذا الأمر سمح بتجاوز مبدأ السرية في الحالات المحددة والمقررة قانونا⁽²⁾.

ومن بين هذه القوانين والقواعد ما أورده المشرع الجزائري أين إقتصر وجوب توفر السرية على المداولات دون الفصل في باقي ما يشمل التحكيم من نشر الحكم التحكيمي أو علنية المرافعات والإجراءات والكشف عن القواعد والمستندات... إلخ، فجاء نص المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على النحو الآتي: "تكون مداولات المحكمين سرية"، وهذا ما يفهم أن المشرع الجزائري لم يجعل من السرية مبدأ عام في التحكيم لا يمكن الخروج عليه الأمر الذي يعطي الشرعية لإمكانية الكشف والعلنية في التحكيم والذي يطلق بمبدأ الشفافية تاركا إقرار ذلك لإرادة الأطراف أو لمراكز التحكيم الذي تتم تسوية النزاع على متنها.

نفس الأمر ينطبق على قواعد التحكيم الدولية التي لم تشر صراحة إلى السرية كمبدأ عام في التحكيم لا يمكن الخروج عنه أو مخالفته، مثلما أشارت إليه المادة 3/22 من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية الصادر بتعديله الأخير في 2021، إلى جواز هيئة التحكيم إصدار أوامر تتعلق بسرية الإجراءات التحكيم أو غيره من المسائل المتعلقة بالتحكيم، وهذا الأمر الذي يفهم منه أن مبدأ السرية لدى هذه القواعد غير متعلقة بالنظام العام الأمر الذي يسمح بمخالفة مبدأ السرية في التحكيم والتوجه نحو الشفافية وإقراره كمبدأ عام في العملية التحكيمية.

لذلك فالملاحظ هو عدم وجود موقف موحد بشأن إعتبار السرية كمبدأ والتزام جوهري يقع على عاتق المحكم أثناء النظر والفصل في النزاع نخل التحكيم، أين نسجل أغلب القوانين التشريعية والدولية أبدت تحفظا في

⁽¹⁾ Marianella Ventura, Irene Zagarra-Ballón, A "Transparency Lighthouse" for Arbitration in Peru, Kluwer Arbitration Blog, Published: August 15, 2020, accessed: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/08/15/a-transparency-lighthouse-for-arbitration-in-peru/>. Accessed: 10/02/2021, 14:00.

⁽²⁾ نظام جبار طالب وفاطمة علي رحيم، تنازع الثقافات القانونية بين السرية والإفصاح عن قرارات التحكيم التجاري الدولي: تقييم نقدي للاتجاهات المتعارضة، مجلة أوروک للعلوم الانسانية، العدد الثاني المجلد الحادي عشر، جامعة المثنى كلية التربية للعلوم الانسانية، العراق، 2018، ص 457.

إقرار السرية واعتبارها قاعدة جوهرية توجب الالتزام بها صراحة سواء بالنص على هذا المبدأ بصورة ضمنية أو عدم النص أصلاً على هذا المبدأ، هذا الأمر جعل النص على الالتزام بالسرية يحمل تأويلات وتفسيرات عدة، لتجعل من مبدأ الشفافية أحد المتطلبات الأساسية في التحكيم⁽¹⁾.

كما أن السلوكيات التي أضحي يعرفها قضاء التحكيم من الإرتفاع الضخم لتكاليف التحكيم وإصدار أحكام محل شك التي بمجرد صدورها تكتسب حجية لا يمكن معها الطعن إلا بالحالات المنصوص عنها حصراً، وأيضاً لإنتشار الفساد على مستوى مراكز التحكيم، ولما أضحت عليه العلاقة في التحكيم التجاري الدولي من التفاوت الكبير للتوازن بين الأطراف وظهور ما يعرف بالطرف الضعيف في التحكيم الذي يمارس عليه النفوذ والتعسف، أصبح من الضروري التوجه نحو تطبيق الشفافية في التحكيم خاصة التحكيم الإستثماري الذي يتم بين المستثمرين والدول.

إن جميع الأسباب والمبررات سالفة الذكر أدى إلى مطالبة جميع الأطراف من الدول المستثمرة والشركات والأفراد وهيئات التحكيم بشفافية أكبر عند التقاضي عن طريق التحكيم، واعتبر تضمين العملية التحكيمية لهذا المبدأ أحد متطلبات شرعية اللجوء للتحكيم لتسوية المنازعات، وأحد أهم الإصلاحات المستحدثة التي أدمجت في نظام التحكيم بهدف إضفاء تسوية فعالة لمنازعات التجارة والاستثمار.

المطلب الثاني

مجالات وأهمية تطبيق مبدأ الشفافية في التحكيم التجاري

يشتمل مبدأ الشفافية في التحكيم التجاري على مظاهر ومجالات عدّة، سواء على مستوى الجانب الإجرائي، أو سير المرافعات، أو أن تشمل مرحلة صدور الحكم التحكيمي وضرورة نشره، لذلك يتكرّس مبدأ الشفافية من خلال عدة مظاهر وفي مجالات عدة يتم من خلالها تطبيق المبدأ على مستوى التحكيم التجاري الفرع الأول، ويحمل مبدأ الشفافية من الأهمية من خلال المزايا التي يحملها والذي ساهم في الاهتمام بهذا المبدأ والمبادرة نحو الإعتماد عليه الفرع الثاني.

⁽¹⁾ أنظر علاء النجار حسانين أحمد، نطاق الالتزام بالسرية في التحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة"، دار التعليم الجامعي للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2018، ص12.

الفرع الأول: مظاهر الشفافية ومجالات تطبيقها في التحكيم التجاري

يشمل مبدأ الشفافية في التحكيم على عدة مظاهر، سواء ما تعلق بإجراءات التحكيم كوجوب الإفصاح عن كل ما تعلق بالمستند أو الدليل الذي يقدمه أحد الأطراف والشهود، وأيضاً الكشف عن المرافعات، وإن كان في الغالب تركز الشفافية في التحكيم التجاري على نشر القرارات التحكيم، وكرس مبدأ الشفافية في التحكيم التجاري من خلال عدة مظاهر نوردتها في هذه النقاط المحددة على الشكل التالي:

- شفافية الإجراءات التي تتخذها أمامها، التي تبرز في الوضوح وعدالة الإجراءات بالنسبة للأطراف المتنازعة وتكون ذلك في جل مراحل العملية التحكيمية من بداية عرض النزاع إلى غاية الفصل فيه بصدر القرار التحكيمي الفاصل في الدعوى التحكيمية وتنفيذه أو الطعن فيه.

- أبرز مظاهر الشفافية يتمثل في توفير المعلومات الأساسية للجمهور، سواء ما تعلق بعمليات التحكيم التي تديرها المؤسسات التحكيمية أو المحكمون المشاركون في الإجراءات التي يديرها مركز التحكيم، وأبرز هذه المعلومات على سبيل الذكر عدد القضايا التي شارك فيها المحكمون أو التي بصدد المشاركة فيها، طبيعة المنازعات التي يديرونها، أسماء المحكمين المشاركين في الإجراءات، أسماء وعناوين الشركات التي عينت المحكمين، تواريخ طلبات التحكيم وقرارات التحكيم، الوضع الحالي للإجراءات، الكشف عن أي عقوبة تأديبية قد تلقاها المحكمون من المؤسسة التحكيمية التابعين لها ويمارسون فيها مهمة التحكيم⁽¹⁾.

- من بين الإتجاهات الجديدة التي دعا إليها الفقه والتي تعتبر أحد مظاهر الشفافية في التحكيم التجاري هو الإفصاح عن إتفاقيات تمويل الطرف الثالث في التحكيم الدولي، أين أثار هذا الموضوع نقاشات كبيرة وإهتمام بالغ نظراً لدوره في تحقيق الشفافية وما يحققه من كفاءة عالية للعملية التحكيمية من جهة، وما يجنب العملية التحكيمية خطر الفساد، نظراً لما قد يتصرفه الممولين الخارجيين وراء الكواليس لتمويل التحكيم وما قد ينطوي على هذه التصرفات من تهديد لنزاهة العملية التحكيمية.

وقد أصدرت نقابة المحامين الدولية IBA في 2014، إرشادات رابطة المحامين الدولية بشأن تضارب المصالح في التحكيم الدولي، تتناول المبادئ التوجيهية مسألة الإفصاح عن إتفاقيات تمويل الأطراف الثالثة، وشددت هذه القواعد على ضرورة الكشف عن إتفاقيات التمويل التي من شأنها تشكل تضارب للمصالح، وفي

(1) Anastasia C, Op cit. Accessed: 07/07/2022, 14:00.

هذا السياق نصّت المادة 7 من إرشادات رابطة المحامين الدولية على ما يلي: "على الطرف أن يبلغ المحكم هيئة التحكيم والأطراف الأخرى ومؤسسة التحكيم أو سلطة التعيين الأخرى إن وجد أي علاقة، مباشرة أو غير مباشرة، بين المحكم والطرف أو شركة أخرى من نفس مجموعة الشركات، أو فرد له تأثير مسيطر على الطرف في التحكيم، أو بين المحكم وأي شخص أو كيان له مصلحة اقتصادية مباشرة في قرار التحكيم أو واجب تعويض طرف عنه، ويقوم الطرف بذلك بمبادرة منه في أقرب فرصة ممكنة".

- تعالت الأصوات إلى ضرورة نشر أحكام التحكيم، أو على الأقل المبادئ التي ترسيها هذه الأحكام، باعتبار العلانية ضرورة لخلق القواعد الجديدة لعقود التجارة الدولية وإضفاء شفافية أكبر للتحكيم، ولو أن الحرص على السرية في بعض القضايا يبقى ضروريا، فيمكن تحقيق ذلك باستبعاد أطراف العلاقة ومنشأهم من الحكم، ويرمز لهم برموز معينة، وهذا هو الطريق الأمثل للكشف عن القواعد التي تلائم مقتضيات العقود الدولية، بما فيها التجارية، والمالية، والاستثمارية القائمة والمتجددة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مزايا وعيوب الشفافية في التحكيم

أولا: مزايا تطبيق الشفافية في التحكيم

يعود بروز الشفافية في التحكيم للمزايا التي يحملها والأهمية التي يكتسبها، الأمر الذي ساهم في جذب الأطراف لهذه الوسيلة وإعتمادها كقضاء خاص لتسوية نزاعاتهم، وكسب قدرة تنافسية أكبر، وتبرز هذه المزايا والأهمية من خلال:

- يمكن للشفافية مساعدة الأطراف على مراقبة وتقييم جودة الخدمة المقدمة من طرف المحكمين ومؤسسات التحكيم، إذ يمكن لأطراف التحكيم مستقبلا من تقييم كيفية تعامل محكم معين مع إجراءات مماثلة سابقا، ومنه معرفة ما إذا كان هذا الفرد مناسبا للتعين مستقبلا لإدارة نزاع تحكيمي مستقبلي مماثل والفصل فيه، ومدى مستوى المهارات الفنية التي يتمتع بها هذا المحكم، وإذا كان المحكم أو مؤسسات التحكيم قد أوفت بواجباتها في إدارة وتسوية النزاع⁽²⁾.

(1) سعد الدين أحمد، المرجع السابق، ص 96.

(2) Azzali S, Op cit. Accessed: 15/05/2021, 10:00.

- إن نشر الأحكام سيجعل الأطراف والمحكمين يتعلمون من الأخطاء وسلوكيات الآخرين وتفاديها، وهذا من شأنه أن يساهم في تجنب المنازعات المستقبلية، كما يؤدي النشر والوصول للقرارات التحكيمية إلى تعليم وتدريب المحكمين الأقل خبرة والمستقبليين، وأيضاً ما تساهم به نشر القرارات التحكيمية من خلق ثقافة تحكيمية أوسع يفاد على إثرها الجميع سواء من الأطراف المتخاصمة أو المحكمين أو المؤسسات التحكيمية وحتى الأكاديميين والجمهور بصفة عامة.

- تساهم الشفافية من خلال وصول الجمهور للمعلومات المتعلقة بالمحكم من شأنه أن يؤدي إلى الكشف عن أي تضارب في المصالح أو أي ممارسات مشكوك فيها والتي تكون مرتبطة بالتعيينات المتكررة للمحكمين، كما يظهر مزايا هذا المبدأ في كونه يسمح للأطراف بالتحقق من جودة وكفاءة المحكمين، فيما يتعلق بإجراءات التحكيم والقرارات التي يصدرونها، هذا الأمر يسمح بتكوين معلومات مفصلة قبل تعيين المحكم، وهذا الأمر له دور مهم مستقبلاً في اختيار المحكم، من جهة أخرى يساهم هذا التحقق من جودة المحكمين إلى زيادة كفاءة ومهارات المحكمين ومؤسسات التحكيمية، إذ أن شفافية سير العملية التحكيمية والقرارات الفاصلة في النزاع تعتبر بمثابة الدعاية لقدرات التحكيم في تسوية النزاع التحكيمي، مما يجعل المحكمين يعملون بشكل أكبر وفعال في تسيير وإدارة النزاع التحكيمي والفصل فيه، لذلك فالرأي العام له دور فعال في تحقيق والرفع من نجاعة العملية التحكيمية مما يجعلها الوسيلة الأكثر فعالية في تسوية المنازعات عن غيرها من الطرق البديلة الأخرى وحتى القضاء الوطني.

- تساهم الشفافية في التحكيم التجاري إلى إتاحة المعلومات إلى الجمهور، والذي يعتبر الأكاديميين وأهل الاختصاص أبرز هذه الفئات المكونة للجمهور، وإمكانية الوصول إلى المعلومات المتعلقة بالعملية التحكيمية بسهولة، وهذا ما من شأنه أن يعزز من هذه الآلية البديلة في تسوية المنازعات من خلال ما تسمح به من دراسة التحكيم وتطويره، كما يظهر الدور الفعال للشفافية كونها تعزز مساءلة الحكومات ومشاركة الجمهور وتعزز من ضمانات المحاكمة العادلة وسيادة القانون، كما من شأن الشفافية ونشر قرارات التحكيم أن يكشف عن حالات التحيز وتضارب المصالح، خصوصاً وأن التحكيم أصبح متاحاً للعامة والصحافة والمنظمات الغير الحكومية

والجمعيات، فأصبحت على إطلاع ما يجري في التحكيم والدخول في إجراءاته وإبداء رأيها لدعم والدفاع عن قضايا التي تبناها وهم المجتمع⁽¹⁾.

-أضحى من الضروري لتوسع اللجوء إلى قضاء التحكيم أن يصبح إجراءً أكثر انفتاحاً وعلنية وتنظيماً، لذا يعتبر مبدأ الشفافية الحل المناسب لتحقيق ذلك، لذلك أضحى هذا المبدأ يعرف عليه بالمبدأ العادل والنزيه والفعال، كما أنه يعتبر وسيلة لتحقيق الثقة داخل قضاء التحكيم، إضافة إلى المصادقية التي تضيفها الشفافية على أحكام التحكيم، فيحقق بذلك تسوية فعالة ومنصفة وعادلة للمنازعات التجارية بفضل تعزيز سيادة القانون ومراعاة الأصول الإجرائية والإنصاف والمساواة وأيضاً لدورها الهام في تحقيق التنمية المستدامة، وكذلك ضمان مشاركة فعالة للأطراف في الإجراءات التحكيمية خصوصاً إذا ما تعلق الأمر بمنازعات ذات أهمية بالنسبة للدول ومؤسساتها العامة.

-تساهم الشفافية في خلق قانون قضائي خاص بالتحكيم الذي بدوره يؤدي لسيادة القانون، وهذا من شأنه أن يعزز من جودة القرارات لأنها ستكون مبررة بقرارات سابقة، كما سيؤدي هذا أيضاً إلى زيادة اليقين القانوني للأطراف، وهو حجة إضافية للعملاء المحتملين الذين لا يزالون حذرين للغاية من هذا النوع من التسوية.

-يساهم نشر قرارات التحكيم في صياغة مبادئ جديدة وقواعد قانونية وتشكيل مدونة خاصة بالأحكام التحكيمية يمكن الأطراف والمحكمين وهيئات الدفاع الإستعانة بها لتسوية النزاع، فيساهم كل هذا في سلطة المحكم في تدويل قواعد التحكيم التجاري الدولي، وهذا ما يؤدي إلى تعزيز النظام القانوني للتحكيم وزيادة كفاءته وفعالته في تسوية المنازعات، مما يزيد من تقبل الأشخاص للتحكيم كقضاء خاص لتسوية المنازعات⁽²⁾.

-يؤدي نشر الأحكام التحكيمية إلى تعزيز الكفاءة لدى المحكمين وتحسين مستواهم، فيساهم المبدأ في نشر أحكام وقرارات تكون أكثر عدالة والتطبيق السليم للقانون، خاصة مع ما يسمح به النشر من مراقبة العامة والمختصين لسلوك وتقييم لعمل هيئات التحكيم والقرارات التي يصدرونها، كما يؤدي نشر أحكام التحكيم وعدم

(1) نظام جبار طالب وفاطمة علي رحيم، المرجع السابق، ص 37.

(2) مرتضى عبد الله خيرى، التحكيم بين السرية والشفافية، مجلة الإجتهد القضائي، المجلد 12، العدد 01، 2019، ص 40.

سريتها في حرص المحكمين لتقديم أفضل ما لديهم والإبداع والإبتكار في تسوية المنازعات بواسطة التحكيم، وهذا من شأنه أن يعزز المنافسة بين المحكمين ومراكز التحكيم، في الحرص الذبوع وكسب السمعة الجيدة⁽¹⁾.

-تبرز مزايا مبدأ الشفافية في التحكيم بصفة خاصة عندما تكون الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة طرفا في النزاع التحكيمي، أو إذا ما كان يتعلق النزاع بالمال العام أو كل ما من شأنه أن يؤثر في الصالح العام خصوصا ما قد تكون الدولة طرفا في التحكيم سواء مدعية أو مدعى عليها في قضايا حساسة ومصيرية، فأصبح من الواجب الإفصاح عن التحكيم سواء في بداية عملية التحكيم من الإتفاق التحكيمي وما تعلق بالإجراءات التحكيمية لغاية صدور حكم التحكيم وتنفيذه، فأصبح يعطى للجمهور والصحافة ومختلف المنظمات الحقوقية والغير الحكومية والجمعيات والمجتمع المدني بصفة عامة وكل من له مصلحة في ذلك الإطلاع على حكم التحكيم ومختلف الوقائع وعلى مجريات العملية التحكيمية أو كل من يمت له الحكم الصادر بصله، بل وأصبح يمنح للغير من جمعيات ومنظمات ومجتمع مدني من التدخل في إجراءات التحكيم وإبداء آرائها، وإذا كان تحقيق ذلك نابع من بروز وانتشار الديمقراطية التي تعتبر شفافية الدولة في التعامل والإفصاح أحد أبرز المقومات التي تقوم عليها، لذلك فعلاقة الشعب بدولته تفرض على الجمهور أن يكون على علم بكل ما تقوم به الدولة خاصة ما تعلق بمجال التجارة والاستثمار وإبرامها للعقود وتنفيذها وتسييرها للمال العام⁽²⁾، كما أن تعزيز مبدأ الشفافية في التحكيم يؤدي إلى ضمان نزاهة وشرعية القرارات التحكيمية التي تصدرها مختلف هيئات التحكيم، ضف لذلك أنه يمنع التعسف والإحتكار ومختلف الممارسات المشبوهة من طرف هيئات التحكيم الخاصة أو التابعة لإحدى مراكز التحكيم والحكم لصالح الشركات الكبرى والدول القوية في مواجهة الدول النامية التي غالبا ما تشتكي من الضغوطات الممارسة من طرف المستثمرين من الشركات العملاقة والدول المتطورة، كما أنه يعزز من مكافحة الفساد داخل التحكيم وهذا ما فيه مساهمة في تحقيق الشرعية والشفافية للنزاع التحكيمي، لذلك أصبح التوجه في ظل بروز الممارسة التحكيمية الحديثة نحو التقييد من السرية والخصوصية في التحكيم، بمقابل ذلك التوجه نحو مزيد من الشفافية وتكريسها في مختلف القواعد القانونية للإتفاقيات والقوانين الدولية ومختلف القواعد واللوائح الخاصة بمؤسسات ومراكز التحكيم.

(1) المرجع السابق، ص 41.

(2) المرجع السابق، ص 36-37.

-إن ما تقوم به كل من الأعمال التجارية والتحكيم من توفر الثقة والإلتزام يجعل من الضروري تطبيق الشفافية التي تعزز من الثقة والإلتزام عن طريق تحقيق العلم واليقين بما سبق إتخاذ من قرارات سابقة وفي قضايا مماثلة ليتم التأكيد ما إذا كان اللجوء إلى التحكيم يحقق هذا الهدف أم لا⁽¹⁾.

من خلال هذه المزايا جعل مؤسسات ومراكز التحكيم تبادر بإهتمام نحو الإعتماد على مبدأ الشفافية والعلانية في اللوائح والقواعد المعتمدة على مستواها.

ثانيا: عيوب الشفافية في التحكيم

بالرغم من الأهمية التي يكتسيها تطبيق الشفافية في التحكيم، غير أن هذا المبدأ يعترضه عدة عيوب قوضت من تطبيقه وإعتباره الأساس في التحكيم التجاري مثله مثل مبدأ السرية، وأبرز هذه العيوب والمساوئ تتمثل في:

-إن المطالبة بالشفافية فيه خرق للخصوصية في التحكيم التجاري الذي يعد أهم ميزة في التحكيم الذي لا يمكن أن يتم بدونه، كما أن في تطبيق الشفافية تعريض لأركان ومزايا التحكيم لهزات، كالسرعة في الفصل في النزاع باعتبار أن الشفافية تقوم على الإفصاح وحق الجمهور في الإطلاع على الوثائق والمستندات المتعلقة بالنزاع التحكيمي والدخول والمشاركة في العملية التحكيمية، ونشر قرارات أحكام التحكيم، والكشف عن إجراءات التحكيم والعملية التحكيمية برمتها وهذا كله يتطلب وقت أطول يؤدي لإطالة أمد النزاع، كما أن في تطبيق الشفافية نسف للسرية خاصة ما تعلق بالأسرار الصناعية والتجارية وكذلك ما تعلق بمتطلبات التقنية والتكنولوجيا، فضلا عن إمكانية إرتفاع التكاليف بخصوص تطبيق الشفافية في التحكيم كعلانية الجلسات وحضور الغير إليها ونشر حكم التحكيم وإطلاع الغير عليها.

-إن من بين الآثار السلبية والعيوب المؤثرة على تطبيق الشفافية هو هيمنة السرية وكتمان لكافة المعلومات والوثائق والمستندات على كافة مراحل النزاع التحكيمي، خاصة في إطار العلاقات التجارية الدولية، التي تتطلب السرية للحفاظ على السمعة التجارية بالنسبة لأطراف إتفاق التحكيم⁽²⁾،

-إن تدخل الغير وإطلاعه على العملية التحكيمية فيه ضرر بمصلحة أطراف التحكيم لما في إطلاع الغير عن هذه الأسرار إضرار بمصالحهم، لما تحتويه هذه السجلات والمعلومات من أسرار خاصة التجارية والفنية منها،

(1) نظام جبار طالب وفاطمة علي رحيم، المرجع السابق، ص 194، 200.

(2) نظام جبار طالب وفاطمة علي رحيم، المرجع السابق، ص 195.

كما أن في تطبيق السرية في التحكيم حماية وحفظ المعلومات والوثائق والمستندات المعروضة على هيئة التحكيم، على نقيض من تطبيق الشفافية التي تهدد هذه الوثائق والمستندات من الضياع والتلف لإمكانية وقوعها تحت يد أطراف أخرى⁽¹⁾، كما قد يؤدي تطبيق الشفافية إلى تعقيد النزاع التحكيمي وإجراءاته المرتبطة به.

ثالثاً: التوازن بين السرية والشفافية في التحكيم التجاري

يبقى مبدأ السرية أهم مبدأ في التحكيم وأحد المزايا الرئيسية التي من أجلها تفضل الأطراف اللجوء إلى للتحكيم كقضاء التجارة الدولية، خاصة من جانب الشركات التجارية، لكن في المقابل يعتبر مبدأ الشفافية والعلانية في التحكيم التجاري من التحديات التي فرضت نفسها على مستوى قضاء التحكيم، سواء بإفصاح هيئة التحكيم أو الأطراف، وعلنية إجراءات التحكيم سواء ما تعلق بجلسات التحكيم التي تتم علانية أو ما تعلق بنشر حكم التحكيم.

لتفادي هذا التعارض وتجاوزاً لمختلف الإشكالات المثارة جراء استخدام كل من مبدأ السرية أو الشفافية بشكل منفرد، وتجاوزاً للانتقادات والعيوب والمساوئ عند تطبيق أي من المبدئين، نرجح الرأي الوسطي والتوجه الذي يسير نحو إحداث توازن بين كل من السرية والشفافية في التحكيم التجاري، وهذا ما من شأنه أن يعزز من كفاءة وفعالية التحكيم في تسوية المنازعات، وتحقيق ذلك يتم بـ:

- يجب أن نتفق على أن الشفافية لا تعني الكشف على جميع المعلومات المتعلقة بالإجراءات جلسات الاستماع والمستندات... إلخ، وما تعلق بالمحكّمين وقرار التحكيم النهائي، لذلك لا بد من الإشارة إلى ضرورة خلق نوع من التوازن بين السرية والشفافية، وفي سبيل تحقيق ذلك تلعب مؤسسات التحكيم بسبب حيادها دوراً مهماً في تحقيق هذا التوازن بين الحق في الحفاظ على سرية المعلومات والإجراءات، ومصالح من لهم المصلحة في الوصول للمعلومات المتعلقة بالتحكيم من إجراءات ووضع المحكّمين والقرار النهائي التحكيمي، لذلك بفضل مؤسسات التحكيم يمكن الموازنة بين كافة المصالح وأخذ كل منها بعين الاعتبار والحفاظ على نزاهة العملية التحكيمية⁽²⁾.

كما يتمثل دور المؤسسات ومراكز التحكيم في تحديد برنامج خاص وضبط معايير محددة عبر لوائحها التنظيمية في رسم الحدود بين ما يعتبر سرّياً غير قابل للنشر ومعرفة الغير به حتى ولو كانت له مصلحة في

(1) المرجع السابق، ص 196.

(2) Azzali S, Op cit. Accessed: 15/05/2021, 15:00.

الإطلاع، وبين ما يعتبر قابلاً للنشر إستناداً لمبدأ الشفافية، وسواء تمثل ذلك بالنسبة للسرية أو الشفافية فيما يخص الإجراءات أو سير العملية التحكيمية وهوية المحكمين والأطراف ومراكز ومؤسسات التحكيم أو ما تعلق بالقرار التحكيمي، وهذا ما إقترحه أحد الأساتذة بوضع برنامج يستطيع إخضاع قرارات التحكيم لنظام النشر التلقائي، ويقوم بذلك المحكمون بطبع نسخ سرية وغير سرية من القرار، وتحقق هذه الوسيلة نشر قرارات التحكيم مع الإبقاء على الأجزاء السرية دون نشرها وعلم الغير بها⁽¹⁾.

- يكون تحقيق التوازن بالجمع بين كل من المصلحة العامة والشفافية وإتاحة المعلومات المتعلقة بالنزاع التحكيمي والحكم الصادر بشأنه لكل من له مصلحة في ذلك، وبين إهتمام الأطراف بالسرية وعدم إتاحة المعلومات للغير، لذلك فالتنقيح الجيد لقرار التحكيم عن طريق إزالة أسماء الأطراف والحقائق الجغرافية والصناعية التي من شأنها أن تجعل النزاع والأطراف المشاركين فيها قابلاً للتحديد، حيث عن طريق هذا التنقيح تجعل القرار التحكيمي مجهول الهوية كاملاً بحيث يستحيل معه أي شخص فهم هوية الأطراف المشاركة في النزاع التحكيمي أو كل ما يتعلق بممارسات التحكيم وقرارات التحكيم والذي لا يرغب الأطراف في كشف معلومات معينة عن ذلك للجمهور، كل هذا سيجعل من تحقيق التوازن بين المصلحة العامة والشفافية وإهتمام الأطراف بالسرية حقيقياً.

- يتم تحقيق التوازن بين كل من السرية والشفافية في التحكيم من خلال رفع القيود عن الشفافية والتقليص من مبدأ السرية الذي كان يعتبر القاعدة والمبدأ في التحكيم، وهذا بالسماح بنشر مقتطفات من الحكم التحكيمي، أو الترخيص للباحثين والأكاديميين والمختصين بالإطلاع على هذه الأحكام أو بالإطلاع على المذكرات والتقارير والمستندات والمراسلات، كما قيدت من الشفافية من خلال ربطه بموافقة الأطراف المتنازعة، لما فيه من مساس بأسرارهم التجارية وأعمالهم ونشاطاتهم في هذا المجال⁽²⁾.

- إن سرية قرارات التحكيم لا تشكل عقبة أو أي إشكال أمام نشر وعلانية قرارات التحكيم، خصوصاً إذا تم هذا النشر في شكل لا يمكن أن تكون عليه هوية الأطراف محددة أو أن يمس بسمعة الأطراف والكشف عن أسرارهم التجارية، هذا النشر والشفافية للتحكيم سيوفر مزايا عديدة سواء ما يسمح به ذلك بإنشاء سوابق قضائية تحكيمية، وتحسين جودة التحكيم، وأيضاً تعزيز استخدام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات، وتمكين إجراء التحكيم بأكثر سهولة بالنسبة للأطراف، وأيضاً يسهل عليهم سهولة إتخاذ قرارات صائبة أكثر إستنارة فيما تعلق

(1) مرتضى عبد الله الخيري، المرجع السابق، ص 51.

(2) محمد عيسوي، المرجع السابق، ص 112.

باختيار هيئة أو مؤسسة التحكيم وتعيين المحكمين، وأيضاً ما يؤديه إلى تسهيل التنفيذ الاختياري وإنفاذ قرارات التحكيم⁽¹⁾.

-لتجاوز الإشكالات المتعلقة بتحديد ما يعتبر من قبيل السرية والشفافية، لا بد على الأطراف من الإهتمام من صياغة شروط وبنود محددة لكل ما يتعلق بالسرية أو الإفصاح في التحكيم والفصل الواضح بينهما سواء ما تعلق بالمعلومات أو الإجراءات أو قرار التحكيم أو هوية الأطراف والمحكمين...، وتكون هذه الشروط والبنود واضحة ودقيقة لا يشملها أي لبس في الصياغة أو المعنى، لذلك من المستحسن على مراكز ومؤسسات التحكيم وغيره من الإتفاقيات والقوانين الدولية النص على بنود نموذجية تتعلق بكل من السرية والشفافية وترسم حدود كل منهما في العملية التحكيمية.

-وما يعزز من ضرورة إقامة التوازن بين كل من السرية والشفافية هو ما يثيره مبدأ الشفافية في التحكيم من مخاوف، وقلة إقبال الدول على تبني الشفافية وهذا ما يظهر من خلال إتفاقية المسماة بموريشيوس والمسماة بإتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام 2014.

-لذلك يقوم هذا التوازن من خلال التباين وإختلاف مستويات تبني السرية كالتزام ضمني لا يحتاج إلى النص عليه من الأطراف، أو أن لا يكون إلا بالنص عليه بالإتفاق بين الأطراف، أو أن تسود العلنية والإفصاح على السرية بالرغم من إلزامية هذه الأخيرة سواء عن طريق النص القانوني أو الإتفاقي، وذلك بتوفر الإستثناءات ومبررات الإفصاح والمصلحة العامة أو مصلحة العدالة أو الواجب القانوني، وهذا ما يظهر من مختلف النصوص التشريعية والمؤسسية وكذلك الإجتهادات القضائية.

ونتيجة لدراستنا هذه لا يمكن دعم السرية كميزة ومبدأ أساسي لا يقبل الإستثناء، ولا التوجه نحو الشفافية بشكل مطلق، وهذا بعدم إنكار الإنتقادات الموجهة ضد كل من السرية والشفافية، ليبقى التوجه بالضرورة نحو التوازن بين كل من السرية والشفافية في التحكيم التجاري.

⁽¹⁾ Reymond-Eniaeva, Towards a Uniform Approach to Confidentiality of International Commercial Arbitration. European Yearbook of International Economic Law, 2019, p. 149.

المطلب الثالث

التأطير القانوني والقضائي لمبدأ الشفافية في التحكيم التجاري: نطاق تطبيق الشفافية واستثناءاتها في

التحكيم التجاري

نتطرق في هذا المطلب للتأطير القانوني والقضائي لمبدأ الشفافية في التحكيم التجاري، الذي من خلاله يتحدد نطاق تطبيق الشفافية، ونتطرق بهذا الخصوص لتطبيق الشفافية لدى نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وقواعد الأونسيترال الفرع الأول، وأيضاً لتطبيق الشفافية على مستوى غرفة التجارة الدولية ICC الفرع الثاني، يليها التطرق لاستخدامات مبدأ الشفافية في مختلف لوائح مؤسسات التحكيم الدولية والإقليمية والوطنية الفرع الثالث.

الفرع الأول: الشفافية لدى نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وقواعد الأونسيترال

أولاً: الشفافية لدى نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

تعد الشفافية وفقاً لنظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أول الأنظمة التي شهدت إنفتاح على هذا المبدأ من خلال المرونة الكبيرة على قواعد السرية والتوجه أكثر نحو الشفافية في تسوية المنازعات بواسطة التحكيم.

فأضحى التضييق من مبدأ السرية في التحكيم التجاري والتوجه نحو الشفافية من التوجهات الحديثة التي أقرها المركز، ونصّت المادة 48 (4) من قواعد التحكيم لـ ICSID على إمكانية نشر أحكام التحكيم بعد موافقة الأطراف بذلك، وإلا باستطاعة المركز نشر مختصرات للقرارات الصادرة.

وبعد الشفافية مطلب أساسي في التحكيمات المتعلقة بالاستثمار، وهذا ما يظهر في التحكيم التابع للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، حيث عرف المركز تعامله بمرونة مع الشفافية وتوسيع نطاق تطبيق هذا المبدأ⁽¹⁾، ليصبح الأصل في تحكيم الاستثمار، وأبرز مظاهر شفافية حسب قواعد المركز ICSID: حضور الغير لجلسات التحكيم⁽²⁾، تقديم الغير للملاحظات والإستفسارات⁽³⁾، نشر أحكام التحكيم⁽¹⁾، سواء بإرادة الأطراف،

⁽¹⁾ قويدر منقور وأسماء بنور، رهانات التحكيم التجاري الدولي بين ضمانات السرية ومتطلبات الشفافية، مجلة القانون، المجلد 7، العدد 01، 2018، ص 16.

⁽²⁾ - L'article 32/2 du règlement du CIRDI, modifié en 2006.

⁽³⁾ - L'article 37/2 du règlement du CIRDI.

وفي غياب ذلك يقوم المركز بنشر الحكم التحكيمي وما يتضمنه من الأسس والقواعد القانونية، ومع التحفظات اللازمة لمنع التشهير بأسماء أطراف النزاع والمعطيات الخاصة بهم.

كما تم النص على نظام خاص بالشفافية في تحكيم الإستثمار بين الدول والمستثمرين والمؤسس على حماية الإستثمار أو المستثمرين، بالنص عليه من طرف نظام لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية بين الدولة والمستثمرين، بعد المراجعة والتعديل عام 2013 لقواعد هذا النظام، وأبرز مظاهر الشفافية التي تقلص من السرية في التحكيم:

- نشر المعلومات حول الإجراءات التحكيمية ونشر الوثائق المتعلقة بالتحكيم المادة 2 و 3 من الإتفاقية: يتم نشر تبليغ التحكيم والرد على التبليغ، مذكرات الدعوى، مذكرات الدفاع، جميع التصريحات والنتائج الكتابية الخاصة بكل طرف، جميع تقارير الخبراء والشهود⁽²⁾.

- السماح لأطراف ثالثة أو أطراف معاهدة غير متنازعة بتقديم التقارير وإبداء الملاحظات المادة 4 و 5 من الإتفاقية.

- النص على علنية جلسات التحكيم المادة 6 من الإتفاقية.

- إعطاء ملاحظات من قبل الغير.

- إعطاء ملاحظات من قبل الغير المنتمي إلى إتفاقية الإستثمار.

- حضور الجلسات.

وكانت المادة 07 قد أشارت عن جملة من التحفظات والقيود لتطبيق مبدأ الشفافية، القيد الأول والذي هو عبارة عن المعلومات السرية والمحمية التي يفرض مراعاتها باعتبارها غير متاحة للجمهور وتشمل:

-المعلومات التجارية السرية؛

-المعلومات المحمية من إطلاع الغير عليها بمقتضى المعاهدة؛

⁽¹⁾ -L'article 48/4 du règlement di CIRDI.

⁽²⁾ قويدر منقور وأسماء بنور، المرجع السابق، ص 17.

-المعلومات المحمية من إطلاع الغير عليها بمقتضى قانون الدولة المدعى عليها فيما يخص معلومات تلك الدولة وبمقتضى أي قوانين أو قواعد ترى هيئة التحكيم أنها تنطبق على كشف المعلومات؛

-المعلومات التي يكون من شأن الكشف عنها عرقلة تنفيذ القوانين.

والقيد الثاني والمتمثل في عدم تطبيق الإتفاقية على جميع عمليات التحكيم بين المستثمرين والدول، بل لا يطبق إلا على التحكيم القائم على المعاهدات، باستثناء الحالات التي يكون فيها الموافقة نصا تشريعيا أو عقدا.

واعتمدت قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار في الموقع الإلكتروني الخاص بها، على سجل للشفافية والمعلومات خاص بالقضايا المدرجة أمام المركز⁽¹⁾.

ثانيا: الشفافية لدى قواعد الأونسيترال

نظرا للقبول والنجاح الذي شهده أعمال مبدأ الشفافية في التحكيم الإستثماري، تم توجيه هذا المبدأ والنص على إمتداد تطبيق الشفافية في التحكيم التجاري الدولي، فتم إدراج النص على هذا المبدأ على مستوى الأنظمة الخاصة بها، فنص نظام التحكيم التابع للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية لعام 2010، بموجب نص المادة 34 (5) تم النص على نشر أحكام التحكيم أو كان إلزاما على أحد الأطراف الإفصاح عن القرار من أجل حماية حق قانوني أو المطالبة به والإلتزام بالإفصاح على المعلومات⁽²⁾.

وأكدت على مبدأ الشفافية قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول الصادر في 16 ديسمبر 2013، والتي دخلت حيز التطبيق في 1 أبريل 2014، وتتعلق قواعد الأونسيترال للشفافية لعام 2014 بمنازعات الإستثمار التي تتخذ شكل الإتفاقيات والمعاهدات بين الدول وتسويتها عن طريق التحكيم، لذلك فمبدأ الشفافية في ظل هذا القانون كأصل محصور في نطاق التحكيم الإستثماري الدولي⁽³⁾، وإستثناء على ذلك وإضفاء لفعالية أكبر، فقد أشارت القواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التجاري التعاهدي بين المستثمرين والدول على جواز تطبيق هذه القواعد المتعلقة بالشفافية على أي تحكيم تجاري بشرط

(1) للإطلاع على الموقع، أنظر:

<https://icsid.worldbank.org/cases/pending?status=p>

(2) قويدر منقور وأسماء بنور، المرجع السابق، ص 17.

(3) بشرى خالد تركي ومصطفى ناطق صالح، المرجع السابق، ص 122-123.

إتفاق طرفا التحكيم على ذلك أو عند إتفاق طرفا معاهدة متعددة الأطراف كما في دولة المدعي ودولة المدعى عليها بعد 2014/04/01 على تطبيقها، وذلك وفقا لما نصّت عنه المادة 1 (2) من قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بني المستثمرين والدول⁽¹⁾.

وأبرز ما تضمنته هذه القواعد نصها على الإنفتاح والكشف الإلزامي للمعلومات عبر إتاحة إطلاع عامة الناس على المعلومات المتعلقة بأسماء الطرفين المتنازعين والقطاع الإقتصادي المعني والمعاهدة التي ينظر بموجبها في الدعوى، وجعل المعلومات بشأن إجراءات التحكيم بين المستثمرين والدول التي تنشأ عن معاهدات الاستثمار متاحة لعموم الجمهور⁽²⁾، وأيضا نشر الوثائق المتعلقة بالتحكيم وإتاحتها لعامة الناس⁽³⁾، كما تم النص على علنية جلسات الإستماع الخاصة بتقديم الأدلة أو المرافعات الشفوية، ومشاركة الأطراف غير المتنازعة⁽⁴⁾، كما نصّت الإتفاقية على جواز تقديم طرف ثالث غير متنازع ولا طرفا في المعاهدة من تقديم مذكرة كتابية تدرج ضمن نطاق المنازعة، إلى هيئة التحكيم بعد تشاورها مع الطرفين المتنازعين⁽⁵⁾، كما تسمح للأطراف في المعاهدة والغير متنازعة بتقديم مذكرات بشأن المسائل المتعلقة بتفسير المعاهدة، أو دعوة هيئة التحكيم بعد التشاور مع الأطراف المتنازعة، ذلك الطرف في المعاهدة والغير متنازع من تقديم هذه المذكرات، والمذكرات المتعلقة بالمسائل الأخرى المدرجة ضمن نطاق المنازعة⁽⁶⁾.

(1) المرجع السابق، ص 131.

(2) أنظر: المادة 2 المعنونة بنشر المعلومات في بداية إجراءات التحكيم من إتفاقية الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول الصادرة من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 2014.

(3) أنظر: المادة 3 المعنونة بنشر الوثائق من إتفاقية الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول الصادرة من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 2014؛ وعددت المادة الوثائق المتاحة للنشر والإطلاع عليها من عامة الناس كالإشعار بالتحكيم والرد على الإشعار، وبيان الدعوى، وبيان الدفاع وأي مذكرات كتابية مقدمة من أي طرف متنازع وغير متنازع ومن أطراف ثالثة، ومحاضر جلسات الإستماع، والأحكام والقرارات الصادرة عن هيئة التحكيم، وإتاحة إطلاع عامة الناس على تقارير الخبراء وبيانات الشهود.

(4) أنظر: المادة 6 المعنونة بنشر الوثائق من إتفاقية الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول الصادرة من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 2014.

(5) أنظر: المادة 4 المعنونة بنشر الوثائق من إتفاقية الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول الصادرة من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 2014.

(6) أنظر: المادة 5 المعنونة بنشر الوثائق من إتفاقية الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول الصادرة من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 2014.

وبالرغم من هذا الإنفتاح في تطبيق الشفافية إلا أنه لم يأتي على إطلاقه فقد نصّت الاتفاقية على إستثناءات عن تطبيق الشفافية تتعلق بالمعلومات السرية أو المحمية للمصلحة العامة، والمتعلقة بالمعلومات التجارية السرية؛ والمعلومات المحمية من إطلاع عامة الناس عليها بمقتضى المعاهدة؛ المعلومات المحمية من إطلاع عامة الناس عليها بمقتضى قانون الدولة المدعى عليها فيما يخص معلومات تلك الدولة، وبمقتضى أي قوانين أو قواعد ترى هيئة التحكيم أنها تنطبق على كشف المعلومات فيما يخص المعلومات الأخرى؛ والمعلومات التي يكون في الكشف عنها عرقلة إنفاذ القوانين؛ وكذلك المعلومات المتعلقة بالمصالح الأمنية الأساسية والمعلومات الماسة بسلامة العملية التحكيمية، ووردت كل هذه الإستثناءات في المادة 7 من إتفاقية الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول الصادرة من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 2014.

وواكبت قواعد الأونسيترال لعام 2010 هذا التوجه الحديث وعدلت من قواعدها عام 2013 بإضافة نص مادة جديدة تتعلق بالشفافية في التحكيم، حيث أضافت الفقرة الرابعة إلى المادة الأولى والتي جاء نصها على النحو التالي: "في التحكيم بين المستثمرين والدول الذي يستهل بمقتضى معاهدة تنص على حماية الإستثمارات أو المستثمرين تشمل هذه القواعد قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول قواعد الشفافية رهنا بالمادة 1 من قواعد الشفافية"، ويكفل إدماج قواعد الشفافية بوضوح في أحدث صيغة من قواعد الأونسيترال للتحكيم، من أجل توفير أقصى قدر من الوضوح فيما يتعلق بتطبيق قواعد الشفافية في المنازعات التي تنشأ في إطار المعاهدات اللاحقة وتستهل بمقتضى قواعد الأونسيترال للتحكيم⁽¹⁾.

وتنطبق هذه القواعد المشار إليها في المادة السابقة الذكر على معاهدات الإستثمار المتعلقة بأي معاهدة ثنائية أو جماعية متعددة الأطراف، وحتى إتفاقيات حماية وتشجيع الإستثمارات بين الدولة المضيفة والمستثمرين⁽²⁾.

وصدرت قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول وفق إتفاقية موريشيوس 2015، والتي دخلت حيز النفاذ ابتداء 2017/10/18، والتي توسع من نطاق تطبيق قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام 2014⁽¹⁾.

⁽¹⁾ مقال منشور على موقع uncitral، بعنوان: قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول تاريخ النفاذ: 1 نيسان/أبريل 2014، تم الإسترداد يوم 2022/08/13، من موقع:

<https://uncitral.un.org/ar/texts/arbitration/contractualtexts/transparency>.

⁽²⁾ بشرى خالد تركي ومصطفى ناطق صالح، المرجع السابق، ص 131.

وإذا كانت قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية لعام 2014 لا تطبق إلا على المنازعات الناشئة عن المعاهدات التي دخلت حيز التنفيذ بعد 01 أبريل 2014، على عكس المادة 1 من إتفاقية موريثيوس التي وسعت من نطاق الشفافية في التحكيم الاستثماري، حيث نصّت على أن قواعد الشفافية تمتد أيضاً إلى المعاهدات المبرمة قبل ذلك التاريخ⁽²⁾.

ومن خلال إتفاقية موريثيوس، ستطبق قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية على المنازعات التي لم تبدأ بموجب قواعد الأونسيترال للتحكيم وفقاً للمادة 2 من الإتفاقية، فوسّعت من نطاق إتفاقية موريثيوس ليشمل منازعات الاستثمار في إطار غرفة التجارة الدولية بباريس، ICSID، SCC وقواعد التحكيم الأخرى⁽³⁾.

وتحد قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية بموجب إتفاقية موريثيوس من السرية، من خلال إتاحة وصول عامة الناس إلى الإجراءات والأدوات في التحكيم، وأيضاً بنص المادتين 2 و3 إلى الدعوة إلى نشر المعلومات المتعلقة بالإجراءات الجارية ونشر الوثائق المتعلقة بالتحكيم، وفي المادتين 4 و5 النص على السماح لأطراف ثالثة أو أطراف معاهدة غير متنازعة بتقديم تقارير ومذكرات، وكذلك نص المادة 6 على أن تكون جلسات الإستماع علنية.

ومن أجل تعزيز الثقة في إطار الإستثمار الدولي وتدعيم الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول ودعم شرعية التحكيم، تم إنشاء سجل الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسيترال للشفافية، والذي

(1) للملاحظة ووفقاً للمادة 2 من إتفاقية موريثيوس لا تنطبق قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية إلا على المنازعات الناشئة عن المعاهدات التي دخلت حيز التنفيذ بعد أبريل 2014، بينما المادة الأولى من إتفاقية موريثيوس تنص بوضوح على أن قواعد الشفافية تمتد أيضاً إلى المعاهدات المبرمة قبل ذلك التاريخ، لذلك وسعت الإتفاقية وسعت من نطاق تطبيق الشفافية في التحكيم الاستثماري، كما وسعت الإتفاقية من نطاق تطبيق قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية ليشمل نزاعات الإستثمار بموجب قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس والمركز الدولي لتسوية نزاعات الإستثمار وغيره من قواعد التحكيم الأخرى، فلا يقتصر على المنازعات التي تبدأ بموجب قواعد الأونسيترال للتحكيم. وجاءت المادة 2 على النحو الآتي: "تنطبق قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية على أي تحكيم بين المستثمرين والدول، سواء بدأت أو لم تبدأ بموجب قواعد الأونسيترال للتحكيم، يكون فيها المدعى عليه طرفاً لم يبد تحفظاً ذا صلة بموجب المادة 31أ أو ب، والمدعوم من دولة طرف لم يبد تحفظاً ذات صلة بموجب المادة 31أ".

(2) Article 1: "This Convention applies to arbitration between an investor and a state or a regional economic integration organization conducted on the basis of an investment concluded before 1 April 2014 "investor-state arbitration".

(3) Article 2 ": The UNCITRAL Rules on Transparency apply to any investor-State arbitration, whether or not commenced under the UNCITRAL Arbitration Rules, in which the respondent is a party that has not made a relevant reservation under Article 31a or b, and is supported by a State A party that has not made a relevant reservation under Article 31a".

يتضمن مستودع خاص بنشر المعلومات والوثائق في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول⁽¹⁾، وتتولى جهة الإيداع المركزية، وهي مهمة يضطلع بها الأمين العام للأمم المتحدة، من خلال أمانة الأونسيترال، بنشر المعلومات التي يراد إتاحتها لعامة الناس بمقتضى قواعد الشفافية، وتُنشر تلك المعلومات عن طريق موقع الأونسيترال الشبكي.⁽²⁾

الفرع الثاني: الشفافية على مستوى غرفة التجارة الدولية ICC

تبنّت غرفة التجارة الدولية بباريس ICC، جملة من التغييرات على مستوى الممارسة التحكيمية، وأبرز هذه التغييرات كانت توفير مزيد من الشفافية، وجاء النص على الشفافية في تعديل لعام 2010 لنظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، من خلال التوفيق بين متطلبات البحث العلمي ومصالح الأطراف، حيث جاء النص على ذلك في المادة الرابعة من الملحق الثاني المتعلق بالنظام الداخلي للهيئة الدولية للتحكيم: "يجوز لرئيس الهيئة أو لأمينها العام أن يأذن للباحثين القائمين بأبحاث علمية في مجال قانون التجارة الدولية، بالإطلاع على أحكام التحكيم وغيرها من الوثائق ذات الفائدة العامة، فيما عدا المذكرات والتقارير والمراسلات والمستندات المقدمة من الأطراف في إطار إجراءات التحكيم"⁽³⁾.

وأُتاحت غرفة التجارة الدولية ICC الوصول العام إلى جميع القرارات المحكمة الدولية للتحكيم الصادرة عن المحكمة لتجارية الدولية وجميع الوثائق والمستندات ذات الصلة، مكرّساً بذلك غرفة التجارة الدولية كل من السرية والشفافية جنباً إلى جنب معتبرة ذلك تعايش من أجل الصالح العام للتجارة الدولية.

وقد وضعت غرفة التجارة الدولية مجموعة من الشروط والقواعد المتبعة في نشر قرارات التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية وأبرز هذه القواعد:

1- الحصول على موافقة الأطراف بشأن نشر الوثائق والأحكام الصادرة عن غرفة التجارة الدولية ذات الصلة في قضية معينة، وذلك بعد قيام أمانة محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية بإبلاغ الأطراف

⁽¹⁾ للإطلاع على سجل الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسيترال للشفافية، راجع:

<http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jspx>.

⁽²⁾ مقال منشور على موقع [uncitral](http://www.uncitral.org)، بعنوان: قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول تاريخ النفاذ: 1 نيسان/أبريل 2014، تم الإسترداد يوم 2022/08/13، من موقع:

<https://uncitral.un.org/ar/texts/arbitration/contractualtexts/transparency>.

⁽³⁾ محمد العيساوي، حدود صمود مبدأ السرية في تحكيم الإستثمار أمام مطالب الشفافية، مجلة معارف قسم العلوم القانونية، السنة التاسعة، 2018، ص 112.

بأنه يجوز نشر قرارات التحكيم وما يتصل بها من وثائق ذات صلة في قضية معينة، ويكفل الإجراء المعمول به إمكانية إعتراض أي طرف على نشر قرارات التحكيم في أي وقت.

2- يتم من طرف المختصين تنقيح البيانات الشخصية الواردة في الأحكام والوثائق ذات الصلة، عن طريق استخدام أسماء مستعارة أو إخفاء الهوية تماما، وعند الإقتضاء يتم نشر والكشف عن التفاصيل والأسماء الضرورية والمعتمدة مسبقا في المجال العام دون أن يشمل التنقيح أسماء المحكمين وإسم وموقع مكاتب المحاماة.

3- تقوم غرفة التجارة الدولية بتحويل الحكم أو الوثائق ذات الصلة إلى مستند رقمي معتمد من قبل ICC بعد إخفاء الهوية.

4- في الأخير يتم نشر الأحكام والوثائق ذات الصلة بجزئية للجمهور على موقع المحكمة التجارية الدولية، وتكون كل هذه المعلومات قابلة للبحث من خلال محرك بحث متعدد اللغات.

وتبنت غرفة التجارة الدولية بباريس بإصدارها مذكرة للأطراف ومحاكم التحكيم بشأن سير التحكيم بموجب قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس الصادرة عن أمانة الغرفة في جانفي 2019⁽¹⁾، وإيضفاء الشفافية على التحكيم ركزت المذكرة على أمرين، الأمر الأول المتعلق بتقديم المزيد من المعلومات حول تحكيم غرفة التجارة الدولية وذلك بنشر ما يتعلق بتشكيل محاكم التحكيم لغرفة التجارة الدولية، فتتشر المعلومات المتعلقة بميثاق التحكيم وذلك وفقا لما ورد في الفقرة 35 من المذكرة: من خلال نشر المعلومات التالية: 1 أسماء المحكمين، 2 جنسيتهم، 3 دورهم داخل المحكمة، 4 طريقة تعيينهم، و 5 ما إذا كان التحكيم معلقا أو مغلقا، وأيضا الكشف عن المحامين المشكلين لهيئة الدفاع عن الأطراف.

كما ورد في غرفة التجارة الدولية بباريس إلزام الأطراف في التحكيم الإفصاح الفوري عن وجود وهوية أي ممول خارجي، أي "الطرف الثالث الذي دخل في إتفاقية لتمويل المطالبات أو الدفاعات والتي بموجبها يكون لديه مصلحة في نتيجة التحكيم"، وهذا ما نصّت عنه المادة 11 (7) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس في

⁽¹⁾ International Chamber of Commerce. Note to the Parties and the Arbitral Tribunal under the ICC Arbitration Rules. January 1. 2019. Available at: [https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration .pdf](https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration.pdf). Accessed: 10/06/2021, 18:00.

تعديلها 2021⁽¹⁾. كما تقتضي الشفافية أيضا إلزام يقع على المحكمين الكشف عن علاقاتهم مع أي كيان له مصلحة اقتصادية مباشرة في النزاع، بما في ذلك جهات التمويل الخارجية، وهذا ما ورد في الفقرة 28 من المذكرة السابق بيانها.

كما اتخذت غرفة التجارة الدولية بباريس خطوة كبيرة نحو تعزيز الشفافية، وذلك بالنص على إمكانية نشر جميع قرارات التحكيم الصادرة عن الغرفة، ويجوز للطرفين الإتفاق على فترة زمنية أطول أو أقصر لنشر الحكم، وهذا ما تم النص عنه في المذكرة في الفقرة 43 التي جاء فيها: "تقوم الأمانة بإبلاغ الأطراف والمحكمين، في وقت الإخطار بأي أحكام نهائية مقدمة بداية من 1 جانفي 2019، أن مثل هذه الأحكام النهائية، بالإضافة إلى أي قرار آخر أو رأي مخالف أو مؤيد في القضية، يجوز نشرها بكاملها على الأقل بعد عامين من تاريخ الإخطار المذكور. يجوز للطرفين الإتفاق على فترة زمنية أطول أو أقصر للنشر".

وأجازت الغرفة للأطراف الاعتراض على نشر الحكم، أو الإتفاق على سرية جوانب معينة من الحكم، وذلك بنصها في الفقرة 43 من المذكرة، التي جاء فيها: في أي وقت وقبل نشر الحكم، قد يعترض أي طرف على النشر أو يشترط أن يكون الحكم مجهول كليا أو جزئيا، في هذه الحالة، لن يتم نشر الحكم أو سيتم جعله مجهولة المصدر أو مستعارة"، كما يمكن للأطراف الإتفاق على نشر نسخة منقحة من حكم التحكيم، وذلك وفقا لما ورد في الفقرة 45 من المذكرة.

وكانت غرفة التجارة الدولية قد أنشأت دليل لقضايا وهيئات التحكيم اعتبارا من جانفي 2020، تتيح الوصول إلى المعلومات المتعلقة بإسم المحكم وجنسيته ومهامه وكيفية تعيينه والمعلومات الخاصة بالقضية، وأدرجت أيضا غرفة التجارة الدولية تفاصيل عن قطاع الصناعة المعني والمستشار الممثل للأطراف في القضية⁽²⁾.

نفس الأمر بخصوص قواعد غرفة التجارة الدولية لعام 2021 التي نصّت على زيادة الشفافية بخصوص التمويل عن طريق أطراف ثالثة، فنصّت في المادة 11 (7) التي ألزمت الأطراف بالإفصاح عن وجود وهوية

⁽¹⁾ Article 11 7: General Provisions: In order to assist prospective arbitrators and arbitrators in complying with their duties under Articles 112 and 113, each party must promptly inform the Secretariat, the arbitral tribunal and the other parties, of the existence and identity of any non-party which has entered into an arrangement for the funding of claims or defenses and under which it has an economic interest in the outcome of the arbitration.

⁽²⁾ Osborne Clarke, Improving transparency in international arbitration: digital solutions, osborne clarke,

Published on 19th May 2021, accessed:

<https://www.osborneclarke.com/insights/improving-transparency-international-arbitration-digital-solutions>.

الطرف الثالث الممول لنفقات التحكيم، وذلك لكون هذا الطرف الثالث له مصلحة ومستفيد من نتيجة التحكيم بعد تميله للتحكيم، ويهدف هذا الإفصاح إلى الكشف عن وجود المصالح المتضاربة والمتعارضة لدى هيئة التحكيم الملزمة بتأكيد حيادها وإستقلاليتها والإفصاح عن أي شئ من شأنه التأثير عن الحياد وإستقلالية المحكمين⁽¹⁾.

وأقرت قواعد التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية المزيد من الشفافية فيما تعلق بعمل غرفة التجارة الدولية من خلال إصدار ملحقين في تعديل 2021.

فيوفر الملحقين الأول والثاني من قواعد غرفة التجارة الدولية 2021 المعلومات المتعلقة بالمحكمة لكل من له مصلحة، كما نصّت على تبليغ أسباب القرار في المواد المادة 6 فقرة 4 والمادة 10 والمادة 12 فقرة 8 والفقرة 9 والمادة 14 والمادة 15 فقرة 2، ويكون هذا التبليغ بناء على طلب أحد الأطراف وذلك من خلال نص المادة 5 من الملحق الثاني، غير أنه في الظروف الإستثنائية قد تتمتع المحكمة عن الإبلاغ عن أسباب عن أي من القرارات المذكورة سالفًا.

ما يلاحظ في التعديل الجديد أنه رفع القيود من خلال تعزيز الشفافية في التحكيم التجاري، بمقابل التقييد أكثر من السرية التي كانت تعتبر القاعدة والمبدأ في التحكيم لدى المركز.

الفرع الثالث: إستخدامات مبدأ الشفافية في مختلف لوائح مؤسسات التحكيم الدولية والإقليمية

والوطنية

نستعرض أهم مراكز التحكيم الدولية ذات الصلة بتسوية المنازعات الاستثمارية والتجارة الدولية وتكريسها للشفافية كاتجاه حديث في التحكيم، وأبرز هذه المؤسسات والمراكز:

- بالنسبة للتعديلات الجديدة بالنسبة لقواعد التحكيم الخاصة بمركز التحكيم الآسيوي AIAC، في التعديل الجديد لعام 2018، التي دخلت حيز التنفيذ في 01 أوت 2021، ومن أبرز التعديلات تعزيز الشفافية في التحكيم التجاري، وذلك في المادة الجديدة 44 (6) التي نصّت على نشر جميع أحكام التحكيم أو مقتطفات

⁽¹⁾ ICC Arbitration Rules 2021: Article 11: General Provisions: 7 In order to assist prospective arbitrators and arbitrators in complying with their duties under Articles 112 and 113, each party must promptly inform the Secretariat, the arbitral tribunal and the other parties, of the existence and identity of any non-party which has entered into an arrangement for the funding of claims or defences and under which it has an economic interest in the outcome of the arbitration.

منه أو ملخصاتها بموافقة الأطراف، ويتم هذا التنقيح بإزالة جميع الإشارات الدالة على أسماء أطراف التحكيم ومعلومات التعريف الأخرى⁽¹⁾.

ونصّت المادة 44 (2) أيضا على الإفصاح إذا كان ذلك ضروريا لتنفيذ قرار التحكيم، أو إلى الحد الذي قد يكون فيه الإفصاح مطلوبًا من أحد الأطراف بموجب واجب قانوني، لحماية أو متابعة حق قانوني أو للطعن في قرار التحكيم في الإجراءات القانونية أمام محكمة أو سلطة قضائية أخرى⁽²⁾.

- نفس الأمر ما تعلق بمحكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA، حيث أنشأت في عام 2018 قاعدة بيانات لقرارات التحكيم الصادرة عن محكمة LCIA، والقرارات الخاصة بالطعون المتعلقة بالمحكّمين في القضايا التي تديرها المؤسسة منذ عام 2010، كما توفر قاعدة البيانات ملخصا مجهول المصدر للقضايا والطعون والقرارات الصادرة عن المحكمة.

- وكان مركز التحكيم والوساطة التابع لغرفة التجارة في ليما CCL، قد أطلق في عام 2019 منصة رقمية تسمى "Faro de Transparencia"، وتشير المنصة إلى المعلومات المتعلقة بعمليات التحكيم التي يديرها المركز CCL منذ عام 2012، ويتيح المركز قائمة المحكّمين الوطنيين والدوليين، وأسماء المحكّمين، والجزاءات التي خضع لها المحكّمون، والقرارات الصادرة عن القضاء، والنصوص الكاملة للقرارات الصادرة التي تكون فيها دولة البيرو طرفا فيها، وملخصات حول الأحكام والقرارات التي تكون مجهولة المصدر، وباعتبار السرية كأحد مزايا التحكيم، فإن المعلومات المقدمة من المركز تنسق بعناية لتفادي عدم انتهاك هذا المبدأ⁽³⁾.

- ونصّت قواعد التحكيم والوساطة بالمركز الدولي لحل المنازعات ICDR للهيئة الأمريكية للتحكيم AAA الجديدة لعام 2021 على الشفافية، فنصّت في المادة 14 (7) على زيادة شفافية إجراءات التحكيم عند تمويل طرف ثالث، فأعطت سلطة للمحكمة أن تطلب من الأطراف الإفصاح بالكشف عن الطرف الثالث

⁽¹⁾ Rule 446 An Award may be published by the AIAC with the express written consent of the Parties, whether in its entirety or in the form of excerpts or a summary, subject to the redaction of all references to the Parties' names and other identifying information.

⁽²⁾ Rule 446 Unless otherwise agreed to by the Parties, all matters relating to the arbitral proceedings shall be kept confidential, save where disclosure is necessary for the implementation and enforcement of the Award or, to the extent that disclosure may be required of a Party by a legal duty, to protect or pursue a legal right or to challenge an Award in legal proceedings before a court or other judicial authority.

⁽³⁾ للإطلاع على الموقع، أنظر:

<https://www.arbitrajeccl.com.pe/tipo-de-consultas>.

الأجنبي عن التحكيم مثل الممول للتحكيم أو شركة التأمين أو الشركة الأم، ونصّت قواعد ICDR أيضا على نشر أحكام التحكيم لتوفير قدر أكبر من الشفافية في إجراءات التحكيم، ما لم يعترض أحد أطراف التحكيم كتابيا على النشر خلال ستة أشهر من تاريخ صدور الحكم، وذلك في نص المادة 40 (4)⁽¹⁾.

وإتخذت الجمعية الأمريكية للتحكيم AAA خطوات لتعزيز الشفافية في إختيار المحكمين وذلك في التعديل الجديد لعام 2013، وتم النص على عرض منصتي بحث للمحكمين والوسطاء والسير الذاتية الخاصة بهم، الذي يتيح للمستخدمين البحث في قائمة خاصة بالمحكمين والوسطاء، وتضم القائمة أكثر من 6000 محكم، ويوفر هذا الإجراء للمستخدمين البحث عن محكمين حسب ما تتوفر فيهم معايير الخبرة واللغة والخلفية والمناطق الجغرافية، نفس الشيء بالنسبة لقواعد التحكيم والوساطة بالمركز الدولي لحل النزاعات ICDR لعام 2017، حيث أنشأت قائمة مماثلة، وتشمل هذه القائمة على 750 محكما دوليا، وتوفر هذه المنصات إتاحة المعلومات اللازمة للأطراف لإختيار المحكمين المحتملين للنظر والفصل في النزاع⁽²⁾.

- كما تضمنت قواعد مركز سنغافورة للتحكيم الدولي SIAC لعام 2016 نصوصا تشير إلى الشفافية، بنص المادة 39 (2) التي نصّت على جواز نشر المعلومات المتعلقة بالنزاع مثل تاريخ بدء الإجراءات، وسرياتها، وجنسية الأطراف والمحكمين...، كما تسمح القواعد بنشر ملخص أو مقتطفات من حكم التحكيم وأيضا القرارات المنقحة الصادرة عن المحكمة بشأن الطعون المقدمة إلى المحكمين، غير أن قواعد مركز سنغافورة حافظ على السرية من خلال نص المادة 39 (3) التي نصّت على عدم جواز نشر التفاصيل المتعلقة بهوية الأطراف ومحاميهم، والمبالغ المتنازع عليها، أو ما تعلق بقرار التحكيم أو أي أوامر أو توجيهات إلا بعد الموافقة الصريحة من أطراف التحكيم⁽³⁾.

⁽¹⁾ Article 404 of the ICDR Rules 2021 : "4. The International Center for Dispute Resolution ICDR may also publish Selected Awards, Order, Resolutions, and Provisions that have been edited to obscure the parties' names and other identifying details unless one of the parties objects in writing to publication within 6 months of the award date".

⁽²⁾ Daniel S, John A. Shope, Amanda H, and Diana T, Transparency in Arbitration, WITH PRACTICAL LAW ARBITRATION, 2018, Available at: https://foleyhoag.com/-/media/files/foley%20hoag/publications/articles/2018/transparency%20in%20arbitration_practical%20law_mar2018.ashx, Accessed 28/05/2021.

⁽³⁾ للإطلاع على قواعد مركز سنغافورة للتحكيم الدولي SIAC لعام 2016، أنظر:

-نفس الشيء بالنسبة لمركز هونغ كونغ للتحكيم الدولي HKIAC لعام 2018، التي أجازت بنص المادة 45 (3) والمادة 45 (5) نشر أي معلومات متعلقة بالنزاع، وأيضا نشر قرار تحكيم، سواء بأكمله أو مقتطفات أو ملخص عنه، شريطة حذف المعلومات التي تشير إلى أسماء الأطراف وغيرها من المعلومات التعريفية، وأيضا في حال عدم إعتراض أي من أطراف التحكيم على هذا النشر خلال المدة الزمنية المحددة وفق قواعد HKIAC، كما نصّت المادة 44 على وجوب الإفصاح عن تمويل الطرف الثالث لدعوى التحكيم⁽¹⁾.

-مبدأ الشفافية في تسوية المنازعات على مستوى منظمة التجارة العالمية WTO: تعد الشفافية من أبرز الخصائص والسمات التي تميز عمل منظمة التجارة العالمية في تسويتها لمختلف المنازعات، ومن المبادئ التي كرستها منظمة التجارة العالمية وهذا ما يظهر من خلال مبادئ إتفاقية الجات التي تلتزم بها دول الأعضاء، فيقتضي مبدأ الشفافية نشر وتوثيق كل المعلومات المتعلقة بجميع الأنظمة واللوائح والقرارات التنفيذية المتعلقة بالنظام التجاري للدولة العضو، ذات الصلة بإتفاقيات المنظمة وإختصاصات وصلاحيات الجهة أو الجهات المسؤولة عن تنفيذها، وهذا بنص المادة 24 من إتفاقية الجات عن مجموع ما تلتزم به الدول الأعضاء في إطار تطبيق مبدأ الشفافية فجاء نص المادة: "على الأطراف نشر قوانينها وأنظمتها وأحكامها القضائية وقراراتها الإدارية ذات التطبيق العام، وكذلك إتفاقياتها الدولية ذات العلاقة التي قد تؤثر على عمل هذه الإتفاقية، أو جعلها متاحة للجمهور".

كما تنص مذكرة تفاهات تسوية المنازعات لمنظمة التجارة العالمية على إمكانية الغير المعني بالنزاع بحضور وقائع الدعوى، كما أن للدول الأعضاء في المنظمة والتي لها مصلحة في النزاع محل التسوية حضور كافة جلسات الإستماع، وقد نصّت أيضا المادة 18 من نفس القواعد على أن سرية المذكرات المقدمة لهيئة التحكيم أو جهاز الإستئناف لا تحول دون جواز قيام أي طرف من أطراف النزاع بالكشف عن الإفادات الخاصة بموقفه من الدعوى للجمهور، ويتعين تقديم ملخص معلن يحتوي على كافة المعلومات الواردة في المذكرات الكتابية والتي يمكن الكشف عنها للعامة في حالة ما إذا تقدم أحد الأعضاء بطلب في هذا الصدد⁽²⁾.

<https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/2016/SIAC%20Rules%20-%20Arabic%20Version%2015%2003%202018.pdf>

⁽¹⁾ للإطلاع على قواعد مركز هونغ كونغ للتحكيم الدولي HKIAC لعام 2018، راجع:

<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2021/06/HKIAC-Administered-Arbitration-Rules-2018-English.pdf>

⁽²⁾ ياسين محمد ثروت الشاذلي، المرجع السابق، ص 835-836.

لذلك تحتل الشفافية مكانة مهمة في منظمة التجارة العالمية، أين أضحى هذا المبدأ أحد الإلتزامات الأساسية والموضوعية، بالخصوص ما تعلق بإجراءات صنع القرار في منظمة التجارة العالمية، وكذلك في آلية تسوية المنازعات على مستوى منظمة التجارة العالمية.

-أما بخصوص غرفة ميلانو للتحكيم فأكدت على إستخدام الشفافية في التحكيم، فنصّت في المادة 8 (1) من قواعد غرفة ميلانو على أنه: "تلتزم غرفة التحكيم، وأطراف التحكيم، وهيئة التحكيم، والشهود من الخبراء بالحفاظ على سرية إجراءات دعوى التحكيم، والحكم الصادر عنها، باستثناء الحالات التي يتعين فيها إستخدام هذه المعلومات في حماية حقوق أحد الأطراف"(1)، وفي الفقرة الموالية من نفس المادة نصّت: "يمكن لغرفة التحكيم نشر الحكم الصادر عن هيئة التحكيم بشكل مجهول لأغراض البحث والدراسة، ما لم يعترض أي من أطراف الدعوى علي النشر أثناء سير إجراءات الدعوى"(2).

كما أصدرت غرفة ميلانو للتحكيم CAM مبادئ توجيهية خاصة بنشر قرارات التحكيم(3)، والتي تهدف من ورائها إلى توفير مجموعة من المعايير المشتركة والقابلة للتطبيق بشكل موحد لنشر أحكام وقرارات التحكيم، مع الحفاظ على خصوصية التحكيم بتجنب الكشف عن هوية الأطراف أو طبيعة النزاع، والتحقق من مدى إمكانية الكشف على سرية حكم التحكيم من عدمه، ومدى إستخدام الشفافية في قرار التحكيم، ويمثل هذا الأسلوب من صياغة المبادئ التوجيهية لغرفة ميلانو للتحكيم أحد أشكال التي تشجع نشر أكبر قدر ممكن من قرارات التحكيم وتحقيق أكبر قدر من الإتساق في معايير النشر، مع إستهداف هذه المبادئ تحقيق التوازن من خلال تطبيق الشفافية في التحكيم وفي الوقت نفسه دون الإخلال بمتطلبات الأساسية للسرية في التحكيم(4).

(1) ARTICLE 8 – CONFIDENTIALITY 1. The Chamber of Arbitration, the parties, the Arbitral Tribunal and the experts shall keep the proceedings and the arbitral awards confidential, except in case it has to be used to protect one's rights.

(2) ARTICLE 8 – CONFIDENTIALITY 2. For purposes of research, the Chamber of Arbitration may publish the arbitral award in anonymous format, unless, during the proceedings, any of the parties objects to publication.

(3) للإطلاع على المبادئ التوجيهية الخاصة بنشر قرارات التحكيم لدى غرفة ميلانو للتحكيم، راجع:

<https://www.camera-arbitrale.it/upload/documenti/centro%20studi%20pubblicazioni/CAM-LIUC%20guidelines%20anonymous%20publication%20arbitral%20awards.pdf>

(4) ياسين محمد ثروت الشاذلي، المرجع السابق، ص 806-807.

- وكانت قواعد التحكيم المالي P.R.I.M.E. Finance Arbitration Rules المعدلة عام 2022، والتي دخلت حيز التنفيذ في 1 جانفي 2022، وكانت من أبرز التعديلات التي طرأت على هذه القواعد تعزيز المزيد من الشفافية في التحكيم، وأبرز مظاهر هذا التعديل يبرز في⁽¹⁾:

1- إلزام الأطراف عند تقديم الإشعار بالتحكيم أو الرد على الإشعار بالتحكيم الكشف عن هوية أي طرف ثالث له مصلحة كبيرة في نتيجة النزاع، بما في ذلك الجهات الخارجية التي تمول أي مطالبة أو دفاع، وكذلك طبيعة مصلحة كل منها في نتيجة النزاع، وهذا عملاً بالمادتين (3) (5) (g) وأيضاً (2) (6) (b).

2- نص قواعد الإتفاقية على إمكانية هيئات التحكيم عند الضرورة أو المناسبة للبت في النزاع دعوة أو منح الإذن لطرف ثالث للظهور كصديق المحكمة وتقديم مذكرات بشأن أي قضايا ذات صلة بالإجراءات المادة 19 (1).

3- كذلك النص على إمكانية نشر نسخ مجهولة المصدر من الأحكام، ما لم يعترض أي طرف على النشر خلال 30 أيام من إستلام الحكم المادة 39 (10).

وانتهجت القوانين الوطنية نفس أسلوب مراكز ومؤسسات التحكيم في النص على تطبيق الشفافية في التحكيم، مثل قانون التحكيم السويسري الذي أشار إلى تطبيق قواعد الشفافية، من خلال المادة 44 من القانون نسخة 2012، وقد أشارت إلى جواز الإفصاح عن المعلومات السرية عند وجود إلزاماً قانونياً على أحد الأطراف، أو من أجل الدفاع عن أحد الحقوق أمام المحاكم، أو تنفيذاً لأمر قضائي⁽²⁾، كما نصّت قواعد التحكيم السويسري في نفس المادة في فقرتها الأخيرة، على جواز نشر أحكام التحكيم، بعد تقديم طلب بذلك، وبعد حذف أسماء الأطراف وعدم إعتراض أطراف التحكيم على هذا النشر خلال المدة المحددة من سكرتارية المركز⁽³⁾.

⁽¹⁾ P.R.I.M.E. Finance Arbitration Rules, In force as from 1 January 2022, Available at:

<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/05/2022-P.R.I.M.E.-Finance-Arbitration-Rules.pdf>.

⁽²⁾ ياسين محمد ثروت الشاذلي، المرجع السابق، ص 803.

⁽³⁾ Article 44.3. "An award or order may be published, whether in its entirety or in the form of excerpts or a summary, only under the following conditions: a A request for publication is addressed to the Secretariat; b All references to the parties' names are deleted; and c No party objects to such publication within the time-limit fixed for that purpose by the Secretariat".

ونصت عديد الإتفاقيات الثنائية للإستثمار، على إدراج في العديد من المعاهدات الثنائية نصوص تتعلق بالشفافية، ومن هذه المعاهدات الثنائية إتفاقية التجارة الحرة المبرمة بين الولايات المتحدة وجمهورية كوريا، على سبيل المثال، تنص في المادة 11 (2) على أن الطلبات، ونسخ الإستماع والأوامر، والأحكام أو القرارات الصادرة عن المحكمة يجب أن تكون متاحة للجمهور وجلسات الاستماع تكون أيضاً مفتوحة للجمهور⁽¹⁾.

إعتبار من أن هذه الحلول والتطورات المستقبلية ستكون مفتاحاً لتمكين الأطراف من إتخاذ قرارات مستنيرة بشأن كيف ومتى وأين يديرون نزاعاتهم ومن يرغبون في ترؤسها، وكلما كانت العملية أكثر شفافية، زاد إحتمال أن ترى الأطراف في التحكيم طريق موثوق لحل نزاعاتهم، ومن المرجح أن تساعد التطورات التكنولوجية، مثل الذكاء الاصطناعي ومختلف الحلول الرقمية للوصول إلى مزيد من الشفافية في التحكيم.

من جهة أخرى أضحي ضروري المضي نحو نشر أحكام التحكيم وما قد تخلقه من مبادئ وقواعد تخلقها هذه الأحكام، وهذه الطريقة الأكثر واقعية وملاءمة وضرورية لخلق قواعد تحكم عقود التجارة الدولية وقانون موحد خاص بالتجارة الدولية الذي أضحت أحد التوجهات الحديثة في التحكيم وفي عالم التجارة والأعمال الدوليين.

في الأخير أضحت الشفافية تعرف بأنها مستقبل التحكيم وأحد التوجهات الحديثة في عالم التحكيم وأحد المتطلبات الرئيسية المنصوص عنها في الإتفاقيات والقوانين الدولية وقواعد لوائح المراكز ومؤسسات التحكيم.

⁽¹⁾ Article 11.2 Transparency of Arbitral Proceedings of the US–Republic of Korea FTA 2007:

1. Subject to paragraphs 2, 3, and 4, the respondent shall, after receiving the following documents, promptly transmit them to the non-disputing Party and make them available to the public:
 1. the notice of intent;
 2. the notice of arbitration;
 3. pleadings, memorials, and briefs submitted to the tribunal by a disputing party and any written submissions submitted pursuant to Article 11.20.4 and 11.20.5 and Article 11.25;
 4. minutes or transcripts of hearings of the tribunal, where available; and
 5. orders, awards, and decisions of the tribunal.
2. The tribunal shall conduct hearings open to the public and shall determine, in consultation with the disputing parties, the appropriate logistical arrangements. However, any disputing party that intends to use information designated as protected information in a hearing shall so advise the tribunal. The tribunal shall make appropriate arrangements to protect the information from disclosure.
3. Nothing in this Section requires a respondent to disclose protected information or to furnish or allow access to information that it may withhold in accordance with Article 23.2 Essential Security or Article 23.4 Disclosure of Information.
4. Any protected information that is submitted to the tribunal shall be protected from disclosure in accordance with the following procedures: . . .
5. Nothing in this Section requires a respondent to withhold from the public information required to be disclosed by its laws.

المبحث الثاني

تجديد التحكيم نحو إجراءات سريعة ومبسطة

يتمتع التحكيم بمزايا عديدة جعلت القضاء الأول لتسوية نزاعات التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي، وأبرز هذه المزايا التي تجذب الأطراف لقضاء التحكيم ما يتمتع به من السرعة الذي في العادة يكون أسرع من قضاء الدولة، وأيضا التكلفة التي تكون في الغالب أسرع من التقاضي على مستوى محاكم الدولة، وأيضا لما يحمله التحكيم من مرونة التي تجعل الأطراف أكثر تحكما في إجراءات التحكيم، إضافة لما يتمتع به من السرية الذي يشكل عامل وميزة أساسية في حماية خصوصية الأطراف بما يحمي أسرارهم التجاري، بالرغم من هذه المزايا العديدة التي جعلت من التحكيم قضاء فعال لحل وتسوية المنازعات، غير أنه في السنوات الأخير وبفعل التحولات والتغيرات التي طرأت على العالم أضحت توجه نحو تجديد التحكيم بما يحقق إجراءات سريعة وأكثر مرونة وفي زيادة رضا الأطراف وتقليل التكاليف وتعزيز الثقة في التحكيم، وهذا كله له أثر واضح في حل المنازعات بسرعة وأكثر فعالية.

هذه الفعالية ما سعت إلى تحقيقه لوائح التحكيم ومختلف مراكز ومؤسسات التحكيم، عبر التجديد في إجراءات التحكيم، وأبرز طرق التجديد، ما تعلق بإمتداد إتفاق التحكيم من الناحية الإجرائية المطلوب الأول، وأيضا ما تعلق بتحكيم الطوارئ المطلوب الثاني.

المطلب الأول

إمتداد إتفاق التحكيم من الناحية الإجرائية

إن إبرام إتفاق التحكيم يجعل الخصومة التحكيمية مقتصرة على الأطراف الذي أبرموا هذا الإتفاق، والحكم الصادر بمناسبة حل هذه الخصومة يصبح حجة على أطرافه فقط، وفق ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1038 ق إ م وإ بنصه: "لا يحتج بأحكام التحكيم إتجاه الغير"، دون أن يشمل الغير، إلا في الحالات التي يجوز فيها إمتداد هذا الإتفاق إلى أشخاص غير الأطراف الأصليين الذين أبرموا هذا الإتفاق كالإشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير، كل هذا يطلق عليه بالنطاق الشخصي للخصومة التحكيمية، وهذا ما تقتضيه القاعدة العامة المتعلقة بمبدأ النسبية، وقد تم إبراز إمتداد أو إنتقال آثار التحكيم للغير بالنسبة للأشخاص على مستوى النظرية العامة للعقد، إلا أنه أضحت الغير يتدخل في الخصومة التحكيمية والإجراءات المتعلقة بها، والغير هنا هو كل من

لم يكن طرفا في إتفاق التحكيم فلم يقيم بإبرامه أو بالتوقيع عليه، إلا أنه يتدخل في الخصومة التحكيمية كأطراف خارجية لتوفر ظروف معينة تجعله مشارك في الخصومة إلى جانب الأطراف الرئيسية، بذلك لم تعد الخصومة التحكيمية ملك للأطراف، فيتدخل أشخاص من الغير وإن تعددت أهداف وأسباب هذا التدخل.

ويتعدد الأطراف في حالتين، إما لحظة إبرام إتفاق التحكيم، أو في مرحلة لاحقة أثناء سير الدعوى التحكيمية، فيتعدد لحظة إبرام إتفاق التحكيم عند إيراد العقد على أكثر من طرفين كعقود المقاول التي يكون العقد فيها يضم المقاول الرئيسي والرب العمل والمقاول من الباطن، ويتعدد الأطراف كذلك أثناء سير العملية التحكيمية، كإنتقال إتفاق التحكيم عن طريق الوكالة أو الإشتراط لمصلحة الغير وحولة الحق - وكنا قد بينا ذلك فيما سبق - وإامتداده، كالعقود المرتبطة أو ما يطلق عليها بعقود الكونسيسيورتيوم، أو في مجموعة الشركات، التي تكون مرتبطة بموضوع واحد، أو إدخال وتدخل الغير في مرحلة إجراءات التحكيم سواء كان تدخلا إختصاميا أو إنضماميا المطلب الأول، كما يكون التحكيم متعدد الأطراف في حالة تعدد التحكيمات وإختصاص أكثر من هيئة تحكيم للنظر والفصل في النزاع سواء أمام نفس محكمة التحكيم أو من محكمتين للتحكيم تكون مختلفتين، أو أن يكون هذا التعدد بين محكمة التحكيم والقضاء فنفس النزاع تنظر فيه هيئة التحكيم من جهة ومن جهة أخرى ينظر فيه القضاء، وتحقيقا لفعالية أكبر من تحقيق السرعة وتوفير للجهد والوقت والمال ومنع من صدور أحكام متضاربة تم ظهور توجه جديد في التحكيم يعنى بضم التحكيمات ليتم النظر والفصل فيها أمام هيئة تحكيم واحدة المطلب الثاني، وإذا كان تعدد الأطراف شرط ضروري للقول بوجود تحكيم متعدد الأطراف، فلا بد من وجود مصلحة أو مصالح متعددة تجمع بين الأطراف، مع وجوب تعارض هذه المصالح تعارضا حقيقيا، مع توجه الإرادة سواء كانت صريحة أو ضمنية إلى هذا التعدد، وترتكز دراستنا على تدخل الغير في مرحلة الإجراءات بإعتباره توجه حديث في التحكيم التجاري الدولي، الذي أضحي أحد أهم المواضيع المنصوص عنها في التعديلات الحديثة لمختلف القوانين والإتفاقيات الدولية وقواعد ولوائح التحكيم، ومختلف الأحكام والقرارات التحكيم الصادرة.

وتعتبر مسألة تدخل الغير والتحكيم متعدد الأطراف من الأفكار الجديدة في مجال التحكيم وأحد متطلبات الشفافية في التحكيم التجاري الدولي، الذي أضحي من التوجهات الحديثة، وما تمليه ضرورات إضفاء الشرعية على التحكيم المتعلق بالإستثمار والتجارة الدوليين.

الفرع الأول: التدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم

تقتضي الطبيعة الإرادية للتحكيم أن يكون التحكيم مقتصرًا على أطرافه، دون أن يتدخل أي طرف خارجي فيه إلا بإتفاق أطراف التحكيم على ذلك، غير أنه لمقتضيات أملتها الضرورة أضحي التدخل والإدخال في خصومة التحكيم من وسائل صيانة الحقوق وتساهم على تعزيز العدالة وتنوير المحكمة بما يهم حل النزاع، وتبرز أهم مظاهر تدخل الغير أو إدخاله في إستكمال عناصر الخصومة التي أغفل عنها الخصوم، كتدخل الغير في خصومة التحكيم لتقديم مستند⁽¹⁾، وهذا ما نصّ عنه المشرع الفرنسي في المادة 1460 (3) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية⁽²⁾ بالحكم بتكليف الغير بتقديم مستند في حوزته والذي يعتبر ضروريا للحكم في خصومة التحكيم، وهذا ما لم ينص عنه المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية والإدارية في الجزء الخاص بالتحكيم.

ويعتبر كل من الإدخال والتدخل من المفاهيم المعروفة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي تسوية النزاع على مستوى القضاء الوطني، غير أنه أضحي في الآونة الأخيرة أحد التوجهات الحديثة في التحكيم، بفضل تبني العديد من التشريعات والقواعد الخاصة بمؤسسات ومراكز، وحتى بالنسبة لقضاء التحكيم الذي أكد على هذا التوجه في أكثر من حكم.

ويعد التدخل والإدخال في مجال التحكيم نظام إجرائي يؤثر في النطاق الشخصي للخصومة، فتقوم على إلحاق شخص ليس بصفته ماثلا أو ممثلا في الخصومة، سواء بطلبه أو بطلب أحد الخصوم، أو بطلب من المحكمة، وذلك بهدف التمسك بحق له تجاه أطراف الخصومة أو لتأييد أحد الخصوم في دعواه، ولا يرتب أثره إلا بتحقيق الشروط اللازمة من توافر الصفة والمصلحة في التدخل، وتوافر الارتباط في التدخل والإدخال، إضافة لطلبه في المرحلة الإجرائية المناسبة⁽³⁾.

(1) أبي إسماعيل باكير، المرجع السابق، ص 54.

(2) Art. 1460 : Les arbitres règlent la procédure arbitrale sans être tenus de suivre les règles établies pour les tribunaux, sauf si les parties en ont autrement décidé dans la convention d'arbitrage. Toutefois, les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, 11 alinéa 1 et 13 à 21 sont toujours applicables à l'instance arbitrale. Si une partie détient un élément de preuve, l'arbitre peut aussi lui enjoindre de le produire.

(3) محمود علي عبد السلام وافي، المرجع السابق، ص 103.

أولاً: التدخل الإختصامي والإنضمامي للغير في الخصومة التحكيمية

يحمل التدخل عدة صور كتدخل المتضامنين مع أحد أطراف خصومة التحكيم إيجاباً أو سلباً في إجراءات التحكيم ولا يمكن لأطراف التحكيم أو هيئة التحكيم الاعتراض عن هذا التدخل، أما الصورة الثانية وهي حالة عدم وجود علاقة طالب التدخل بأطراف التحكيم، هنا يتم التمييز بين نوعين من التدخل، التدخل الإنضمامي والهجوم في خصومة التحكيم.

ويندرج كل من التدخل الإختصامي أو ما يطلق عليه بالتدخل الهجومي والتدخل الإنضمامي ضمن التدخل الإختياري الذي يتم عبر الإرادة الحرة والإختيار من الغير، فيكون له الحرية في هذا التدخل الذي يجعله طرفاً في الخصومة دون تقييده أو إجباره على ذلك، ونظم المشرع الجزائري هذا النوع من التدخل والذي أطلق عليه التدخل الإختياري، الذي نص عليه في الفصل الثاني من الباب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 13-22 المعدل والمتمم ق إ م إ، ويتضمن هذا التدخل صورتين نتطرق لهما فيما يلي.

1- التدخل الإختصامي

يقصد بالتدخل الإختصامي الذي يكون إختيارياً من الغير بصورة أصلية مثلما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 197 ق إ م وإ وأطلق عليه تسمية التدخل الأصلي، بتقديم الغير المتدخل طلبات يستفيد منها شخصياً، فيقدم إدعاء خاص به أمام القاضي للمطالبة بحق معين، فيصبح بذلك طرفاً في الخصومة بإرادته وإختياره، كأن يتقدم المتدخل بسند يثبت بأنه المالك للعين المتنازع عليها أصلاً، ثم يلتمس الحكم له بإستعادة العقار⁽¹⁾.

يمكن للغير أن يتدخل في خصومة التحكيم تدخل هجومي إختصامي، بإعتباره طرفاً في إتفاق التحكيم كان بإمكانه الإختصام والدخول في إجراءات التحكيم عند بدء دعوى التحكيم وإجراءاتها، فيطالب هذا الغير حقاً لنفسه أو مركز قانوني له قبل الخصوم أو أحد الأطراف متصل بموضوع النزاع الواقع تسويته بواسطة التحكيم، من خلال المطالبة بالحكم لنفسه بإدعاء مرتبط بالدعوى المنظورة أمام هيئة التحكيم⁽²⁾، ويرجع جواز هذا التدخل حفاظاً على وحدة القضية والنزاع، وتجنباً لصدور أحكام متعارضة.

(1) عبد الرحمان بريارة، المرجع السابق، ص 43. أيضاً: عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 90.

(2) عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 99، 107.

وإذا كان من الفقه من أجاز التدخل الإنضمامي عند توفر شروط إعماله، لما فيه من مساعدة من تدخل بجواره في الدفاع عن مصالحه ولمراقبة الإجراءات، على عكس التدخل الهجومي الذي يعد الأمر مغايراً من منطلق أن التحكيم يقوم على إرادة الأطراف التي تتولى تنظيم عملية التحكيم وتعيين هيئة التحكيم، هذه الأخيرة التي تتولى مهمة الفصل في النزاع في نطاق ما حددته إرادة الأطراف وما هو مقرر قانوناً، فتتقيد مهمة هيئة التحكيم في حدود النطاق الشخصي للتحكيم دون أن يكون لها الحق في إدخال الغير دون موافقة أطراف النزاع⁽¹⁾، فيعتبر هذا التدخل غير جائز أمام هيئة التحكيم الذي يطلب له بميزة خاصة والحكم له بشيء، وهذا ما يعد مخالفاً لمبدأ نسبية إتفاق التحكيم، ولكن يمكن لهذا الغير التدخل في الخصومة إذا وافق أطراف التحكيم على ذلك، وأذنت هيئة التحكيم به⁽²⁾، لكن إذا كان تدخل الغير ضرورياً للحسم في الفصل في النزاع ولن يتم إلا بتدخل الغير إختصاصياً، فهنا ليس لهيئة التحكيم إلا قبول هذا التدخل⁽³⁾.

وإستناداً لوجوب توفر إتفاق التحكيم، فلا مجال للتدخل الإختصاصي أو الهجومي للغير أمام هيئة التحكيم من لم يكن طرفاً في إتفاق التحكيم، أو من لم يكن ممن يمتد إليهم أثر هذا الإتفاق، للتمسك بحق له أو مركز قانوني في مواجهة الخصوم أو أحدهم يكون متصلاً بموضوع النزاع المطروح على نفس هيئة التحكيم، وهذا راجع للأساس الإتفاقي الذي يبنى عليه التحكيم، ويسقط هذا الأصل في حالة قبول أطراف إتفاق التحكيم تدخل الغير الإختصاصي ولو كان بعد بدأ التحكيم وأثناء سير خصومة التحكيم، ولا يكفي قبول الأطراف بل يجب أن يكون بجانب ذلك شرط قبول هيئة التحكيم لهذا التدخل، لأن عقد التحكيم الذي يربط الأطراف المحكمة مع هيئة التحكيم يعتبر الطرف المتدخل من الغير، ويكون لهيئة التحكيم سلطة تقديرية في قبول التدخل بإعتبارها ضامن للفصل في النزاع وفق ما تقتضيه سرعة الفصل في النزاع أو بحسب سلطتها في تقدير جدية هذا التدخل وما قد يسببه في تعطيل الفصل في النزاع وإصدار الحكم في الموعد المحدد لذلك، أو كان السير في الدعوى قطعاً أشواط كبيرة للحد الذي لا يقبل أي أطراف إضافية التدخل، وتتقيد هيئة التحكيم بقبولها لتدخل الغير بالموقف الإيجابي للأطراف المحكمة، فليس لهيئة التحكيم قبول تدخل الغير إذا رفض الأطراف المحكمة قبول تدخل الغير في

(1) محمود علي عبد السلام وافي، مرجع سابق، ص 104.

(2) مسألة إشتراط قبول هيئة التحكيم لتدخل الغير له من الأهمية في كون أن مهمة المحكم محددة بما هو وارد في إتفاقية التحكيم، وتدخل الغير فهذا يعني زيادة مجهودات هيئة التحكيم وهو ما يترتب عليه مضاريف وأتعاب إضافية يلتزم بها أطراف الإتفاق بدفعها، ومن جهة أخرى تلتزم هيئة التحكيم بإتقاء الخصومة وإصدار الحكم في مدة محددة وتدخل الغير فإن أمد النزاع يطول لذلك من الضروري أخذ موافقة هيئة التحكيم. أنظر: الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لإتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 113.

(3) الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص 114.

خصومة التحكيم، وهذا لما فيه من تعدد على ما قرره إرادة الأطراف باعتبارها الأساس في عملية التحكيم، ويمكن أن يصل الحكم الصادر في الخصومة التي تدخل فيها هذا الغير دون قبول الأطراف لذلك بالطعن بالبطلان⁽¹⁾.

وبتدخل الغير لا يمكن لهذا المتدخل ترك الخصومة أو اللجوء إلى القضاء الرسمي، لأنه يصبح طرفاً في إتفاق التحكيم يرتب عليه الآثار نفسها المرتبها على أطرافه الأصليين سواء ما تعلق بجانبه الإيجابي أو السلبي⁽²⁾.

2- التدخل الإنضمامي

يقصد بالتدخل الإنضمامي في الخصومة القضائية في قانون الإجراءات المدنية، الذي يكون إختيارياً للغير بصورة فرعية مثلما أطلق عليه المشرع الجزائري في المادة 198 ق إ م وإ، ويكون حينما يقوم المتدخل الذي يعتبر من الغير بدعم ومساندة أحد أطراف الخصومة بدعم إدعاءاته ملتصقا بقبول مبادرته، شريطة أن تكون له في هذا التدخل مصلحة في دعم هجوم أو دفاع هذا الطرف أو ذاك بهدف الحفاظ على حقوقه في مساندة خصمه وقت الفصل في الدعوى⁽³⁾.

أما ما تعلق بالتحكيم ففي الحالة التي نكون فيها أمام تحكيم متعدد الأطراف على المستوى الإجرائي، فيمكن لأي طرف في إتفاق التحكيم وأثناء سريان الخصومة التحكيمية أن يتدخل منضمّاً لأحد الطرفين في طلباته إذا كانت له مصلحة في ذلك، فيتدخل المنضم للخصومة لتقديم المساعدة لمن تدخل إلى جانبه دون أن يطالب بحق له، وذلك لعلاقة التبعية التي تربط بين المتدخل والطرف الأصلي⁽⁴⁾.

وإنضمام الغير هنا الذي يكون ولو بدون إرتباطه مع الخصومة المنضم إليها بإتفاق التحكيم، لا يجعله محل محل الطرف الذي إنضم إليه مساعدة له، أو أن يكون ممثلاً لمن إنضم إليه، وحتى إنضمام الغير يكون لصالح هذا الأخير دون أن يكون الإنضمام من أجل مصلحة من إنضم إليه فقط، وإنما يمكن أن تكون كلا المصلحتين متفقتين⁽⁵⁾.

(1) أنظر: محمد جارد، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة -دراسة مقارنة-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018، ص 44-46.

(2) الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص 114.

(3) عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص 40-43. أيضاً عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 90.

(4) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص 343.

(5) عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 102.

يختلف التدخل الإختصامي عن التدخل الإنضمامي، بإعتبار التدخل الخصومي يؤدي لإتساع نطاق الخصومة من حيث الأطراف والموضوع، عكس التدخل الإنضمامي فلا يتسع إلا النطاق الشخصي فقط، بإعتبار الدعوى الأصلية تظل كما هي دون تغيير أو إضافة، كما يكون التدخل الإنضمامي المهدف منه تدخل الغير لمساعدة أحد الخصوم، دون أن يطالب الحصول على أية ميزة أو شيء عند الحكم، بإعتبار هذا التدخل وسيلة لحماية حقوقه أو الدفاع عنها، لذلك لا يشترط قبول الأطراف لهذا التدخل عكس التدخل الإختصامي، الذي يقوم في أساسه على تدخل هذا الغير للحصول على ميزة معينة أو الحكم له بشيء⁽¹⁾.

وبموافقة كل من أطراف إتفاق التحكيم وهيئة التحكيم يصبح هذا المتدخل المهجومي طرفا في التحكيم وفي الخصومة ككل، فتسري عليه الآثار المترتبة عن إبرام إتفاق التحكيم مثلما تسري على أطراف الخصومة فلا يمكنه النكول بإتفاق التحكيم واللجوء إلى القضاء أو ترك الخصومة والتنازل عنها⁽²⁾.

ثانيا: إدخال الغير في خصومة التحكيم

على غرار ما عليه الحال في تدخل الغير في خصومة التحكيم بنوعيه الإنضمامي والإختصامي، فإن عملية إدخال الغير في خصومة التحكيم أو ما يطلق عليه بالإختصام أو التدخل الوجوبي يقوم على إجبار الغير الأجنبي على خصومة التحكيم على الدخول في الخصومة ليصبح طرفا فيها وله علاقة بهذه الخصومة، سواء بناء على طلب أحد أطراف إتفاق التحكيم، بهدف أن يكون الغير الذي يمكن أن يدعى ضده كطرف أصلي ملزما بتنفيذ الحكم الصادر من طرف هيئة التحكيم، أو عبر أمر تصدره المحكمة بهدف حسن سير العدالة كتفادي تعدد الخصومات أو إظهار الحقيقة⁽³⁾.

ويكتنف إدخال الغير في خصومة التحكيم على خطورة كبيرة، تتمثل في الإعتداء على مبدأ حرية الأشخاص في التقاضي، من خلال إجبارهم على الدخول في خصومة دون موافقة هذا الغير الذي لا يعد حتى

(1) سحر محمد أحمد درة، المرجع السابق، ص 299-301.

(2) المرجع السابق، ص 301.

(3) عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 99. أيضا: عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 94.

طرفا في إتفاق التحكيم⁽¹⁾، ضف لذلك أن هيئة التحكيم لا تملك سلطة إجبار الغير على المثول أمامها لضمه كطرف في الخصومة، على عكس القضاء الذي له سلطة واسعة في إقرار ذلك.

لذلك لقي هذا النوع إنتقاد شديد يصل للحكم بالبطلان على الحكم الذي يصدر على الغير المرغم على دخوله في التحكيم دون رضائه أو موافقة منه، بل وبدون وجود إتفاق التحكيم لذلك هذا البطلان يعتبر من النظام العام⁽²⁾.

غير أن من الفقه عملا بمبدأ سلطان الإرادة أجاز للأطراف الإتفاق على الإدخال في الخصومة عند إبرام إتفاق التحكيم، ومنه يكون إدخال الغير مقبولا سواء عند إبرام إتفاق التحكيم أو بعده أثناء سير خصومة التحكيم شريطة رضائه وعلمه المسبق بذلك، وبعد طلب أحد أطراف الخصومة لذلك، والموافقة من جميع الأطراف لهذا الإدخال⁽³⁾، وإلا في حالة الإدخال الجبري دون موافقة الغير المدخل في الخصومة، فإن الحكم الصادر ضده يكون باطلا لانعدام إتفاق التحكيم الذي يربطه بالأطراف المحتكمة وبالنزاع المدخل إليه، وحسب رأينا لا يمكن إجبار الغير على الدخول في خصومة التحكيم وفي إتفاق تحكيم ليس طرفا فيه.

ولنجاح هذه العملية الإجرائية يتطلب الأمر تدخل من القضاء الرسمي المساعد في إدخال من تراه ضروريا في الإجراءات وفي خصومة التحكيم تحقيقا للعدالة، بإعتبار عدم إمتلاك هيئة التحكيم لسلطة إدخال الغير في الخصومة التحكيمية ولا إجبارهم على ذلك، على نقيض قضاء الدولة الذي منح له القانون هذه السلطة في إدخال من يراه مناسبا لتحقيق العدالة.

وإذا كان لا يوجد نصوص قانونية تشير إلى تدخل أو إدخال الغير في الخصومة التحكيمية، على نقيض الإجتهاادات القضائية والتحكيمية، مثلما صدر عن محكمة النقض المصرية قرار يقضي بجواز إختصاص الغير -من لم يعتبر طرفا في إتفاق التحكيم-، ويشترط في ذلك أن يكون بطلب أحد طرفي التحكيم، ويمكن أن يتخذ صورة التدخل أو الإدخال في خصومة التحكيم، كما يشترط موافقة الطرف الآخر في التحكيم على هذا الإختصاص، ويشترط أيضا -في حالة الإدخال- موافقة الغير الذي لا يعتبر طرفا في إتفاق التحكيم⁽⁴⁾.

(1) محمود علي عبد السلام وافي، مرجع سابق، ص 109.

(2) المرجع السابق، ص 109.

(3) المرجع السابق، ص 110.

(4) الطعن رقم 7595، س 81، ج 2014/02/13. مذكور في: محمود علي عبد السلام وافي، مرجع سابق، ص 111.

ومن القضايا المعروفة بإدخال الغير في الدعوى التحكيمية جبرا، المعروفة بقضية دلة Dallah، في النزاع القائم بين: Dallah Estate and Tourism Holding Company v The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan⁽¹⁾، وتتمثل وقائع النزاع في إنشاء حكومة باكستان صندوق عوامي حاج ترست مخصصة لبناء المنازل، فتم التعاقد مع دلة للحصول على أراض في مكة، وأبرمت دلة والصندوق الإستثماني عقودا لتطوير الإسكان، وأحالت المنازعات الناشئة عن هذه العقود إلى التحكيم في غرفة التجارة الدولية في باريس، أنشئ الصندوق الإستثماني على أساس مرسوم مؤقت ولم يعد موجودا بمجرد إنقضاء ذلك المرسوم، ورفعت دلة دعوى ضد الحكومة عن طريق التحكيم في باريس، مدعية أن الحكومة طرف في الصندوق الإستثماني وطرف في إتفاق التحكيم، باعتبار أن المدير العام للشركة الباكستانية يشغل منصب وزير في الحكومة الباكستانية ذلك الوقت، وفي إحدى المراسلات مع شركة دلة بصفته مدير عام للشركة الباكستانية، قام بإستخدام ورقة مؤشر عليها بشعار الحكومة الباكستانية مما يجعل حسب إدعاء شركة دلة أن الشركة الباكستانية تمارس أعمالها كممثل عن الحكومة الباكستانية، مما تعتبر بذلك طرفا في التحكيم الواقع مما يجوز إدخالها في الخصومة التحكيمية حتى ولو لم تكن موقعة على إتفاق التحكيم.

أنكرت الحكومة أن تكون طرفا في إتفاق التحكيم، ورفضت الخضوع للولاية القضائية لهيئة التحكيم ولم تفعل أي شيء للتنازل عن حصانتها السيادية.

وحصلت دلة على قرار تحكيم ضد الحكومة سعت إلى تنفيذه في لندن، وهذا ما دفعته الحكومة الباكستانية بإمتناعها التنفيذ، مدعية أن إتفاق التحكيم الذي إستند إليه قرار التحكيم باطل أحد أسباب رفض التنفيذ بموجب المادة الخامسة 1 من إتفاقية نيويورك، وأيضا بموجب المادة 103 من قانون التحكيم الانكليزي، ورأت أنه كان ينبغي على المحكمة تفسير هذا الحكم على أنه يشمل مسألة ما إذا كان الطرف الذي يحتج ضده بقرار التحكيم ملزما بشرط التحكيم، وفي المرحلة الابتدائية، رفض القاضي أيكنز تنفيذ قرار التحكيم.

وفي عام 2009، إستأنف دلة الحكم، ولدى البت في الاستئناف، نظرت محكمة الاستئناف في النهج الذي ينبغي أن تتبعه المحكمة في تحديد ما إذا كان أحد الأسباب المنصوص عنها في المادة 103 من قانون عام 1996، التي تتمتع المحكمة الإنجليزية بموجبها بسلطة تقديرية بعدم تنفيذ قرار التحكيم، وخلصت المحكمة إلى أن

⁽¹⁾ Dallah Estate and Tourism Holding Company v The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan [2010] UKSC 46; On appeal from: [2009] EWCA Civ 755.

هذا القرار ينطوي على إعادة استماع كاملة للمسائل ذات الصلة وليس مجرد إعادة النظر في قرار المحكمة. وعلاوة على ذلك، رفضت محكمة الاستئناف الإدعاء بأن المحكمة الإشرافية في مقر التحكيم لها الأسبقية ورأت أنه لا يشترط على أي أحد من الطرفين الطعن في قرار التحكيم في المحكمة الإشرافية من أجل مقاومة الإنفاذ في مكان آخر.

وتم الطعن أمام المحكمة العليا، وكانت أبرز نقطتين تناوله قرار المحكمة العليا، هو أثر مبدأ الاختصاص بالإختصاص، والأمر الثاني يتعلق تطبيق إتفاق التحكيم على غير الموقعين في القانون الفرنسي.

ودراسة المحكمة العليا مدى اعتبار الحكومة الباكستانية طرفاً في إتفاق التحكيم وإلزامه به رغم عدم توقيعه عليه، درست المحكمة العليا التأكد من نية الطرفين من خلال سلوكهما الموضوعي، من خلال مدى مشاركتهما في المشروع والتفاوض بشأن الإتفاق، والنية المشتركة للأطراف في الإلتزام بالإتفاق المذكور.

تطبيقاً للموقف القانوني الفرنسي على وقائع قضية دلة، قررت المحكمة العليا أن الحكومة الباكستانية أثبتت عدم وجود نية مشتركة لإلزامها بإتفاق التحكيم، ومثل محكمة الاستئناف، قررت المحكمة العليا أن باكستان ليست طرفاً في إتفاق التحكيم ذي الصلة، وبالتالي رفضت تنفيذ قرار التحكيم لصالح دلة، على أساس تطبيق مبادئ القانون الفرنسي، وذلك من خلال ما قاموا به من تحليل ما إذا كان هناك أي نية مشتركة بين شركة دله وحكومة باكستان⁽¹⁾.

وعليه لا يمكن التدخل في الخصومة إلا من كان طرفاً في إتفاق التحكيم أو كان من الغير الذي يمتد إليهم إتفاق التحكيم، ويمكن إدخال الغير الذي لا يرتبط بالخصومة المدخل فيها بإتفاق التحكيم بموافقة الأطراف وموافقته أيضاً على ذلك، وهذا الإمتداد لإتفاق التحكيم للخصم المتدخل قد يكون من الناحية الشخصية في حالة إمتداد إتفاق التحكيم للغير، أو أن يقع الإمتداد من الناحية الموضوعية كارتباط موضوع الإتفاق بمسألة أخرى مع ارتباط لا يقبل التجزئة بإتفاق التحكيم⁽²⁾، ويستثنى من شرط ارتباط الأطراف بإتفاق التحكيم ما تعلق بالتدخل الإنضمامي الذي لا يشترط فيه أن يكون الغير المتدخل طرفاً في إتفاق التحكيم، إضافة لهذا الشرط الأساسي هناك شروط أخرى يستوجب توفرها لتدخل الغير في الخصومة:

(1) للإطلاع على قرار المحكمة العليا كاملاً، راجع:

<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0165-judgment.pdf>.

(2) أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص 345.

- يشترط توفر مصلحة من جانب طالب التدخل في الخصومة التحكيمية، وهذا الشرط يعتبر منطقياً، فلا يتصور تدخل الغير دون أن تكون له أي مصلحة في الخصومة المتدخل فيها، ويشترط كذلك في هذه المصلحة أن تكون متعارضة تعرضاً حقيقياً حتى يتم الإعتداد بالتحكيم المتعدد الأطراف.

- من الشروط الضرورية أن تكون الخصومة الأصلية لا تزال قائمة، فلا مجال للتدخل في خصومة منقضية أو صدر حكم بخصوصها أنهى النزاع، أو أن يكون باب المرافعة وتقديم الطلبات قد أقفل فلا مجال لتقديم طلب التدخل، فباب المرافعة لا يقفل إلا بعد تكوين هيئة التحكيم لقناعتها حول النزاع والفصل فيه، وهذا الشرط وضع تماشياً مع ما يفرضه طبيعة وخصوصية التحكيم من السرعة في الفصل في النزاع.

- يشترط كذلك وجود إرتباط بين طلب التدخل والدعوى الأصلية التي يراد التدخل فيها. ويشترط قبول جميع أطراف النزاع صراحة أو ضمناً لتدخل الغير في الخصومة التحكيمية، من الشروط الجوهرية قبول هيئة التحكيم لتدخل الغير في التحكيم، فترجع هذه المسألة للسلطة التقديرية لهيئة التحكيم بحسب ما هو مناسب وملائم للدعوى التحكيمية، فيمكن لهيئة التحكيم رفض التدخل إذا رأت أنه غير لازم ولا يفيد العدالة التحكيمية أي شيء، أو إذا تم السير في الدعوى للحد الذي لا يقبل معه تدخل الغير⁽¹⁾.

وسواء تعلق الأمر بالتدخل أو إدخال الغير في خصومة التحكيم، فقد شهد تنظيم قانوني وتكريس تشريعي له، أبرزها القانون الهولندي في المادة 1045 من قانون المرافعات الهولندي الذي نص على إدخال وتدخل الغير في خصومة التحكيم فجاء نص المادة على النحو التالي: "1- للمحكمة التحكيمية أن تسمح لأي شخص ثالث له أية مصلحة في الإجراءات التحكيمية بالانضمام أو بالتدخل في هذه الإجراءات بناء على طلبه، وترسل المحكمة التحكيمية في أسرع وقت نسخة من هذا الطلب إلى الأطراف، 2- يمكن لأي طرف أن يطلب إدخال شخص ثالث كضامن وترسل نسخة من طلب إدخال الضامن في أسرع وقت إلى المحكمة التحكيمية وإلى الطرف الخصم، 3- لا يجوز للمحكمة التحكيمية أن تسمح بالضم، الإدخال أو إدخال الضامن إلا إذا انضم الشخص الثالث إلى العقد التحكيمي بموجب إتفاق خطي مع الأطراف وذلك بعد الإستماع إلى رأي الأطراف، 4- بعد قبول الضم، والإدخال أو إدخال الضامن يصبح الشخص الثالث طرفاً في الإجراءات التحكيمية، وتحدد المحكمة

(1) أنظر في هذه الشروط: محمد جارد، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 47-48.

التحكيمية كيفية استكمال الإجراءات التحكيمية ما لم يكن الأطراف قد نصوا على ذلك⁽¹⁾. ونصّت المادة 24 من قانون التحكيم السويسري، على أنه: "عندما يطلب طرف ثالث أن يشارك في إجراءات تحكيم جارية فعلاً بمقتضى هذه القواعد، أو عندما ينوي أحد الطرفين في إجراءات تحكيم خاضعة لهذه القواعد إشراك طرف ثالث في تلك الإجراءات، يتعين على هيئة التحكيم أن تبت في ذلك الطلب بعد التشاور مع جميع الأطراف، آخذة في اعتبارها كل الملابسات التي تراها ذات صلة ومنطبقة".

ونصّت المادة 22 من قانون التحكيم الإتحادي الجديد لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 6 لعام 2018، على ضم أطراف جديدة في التحكيم ونصّت على أن هيئة التحكيم سلطة تقديرية لضم طرف ثالث في التحكيم إذ كان الطرف الأصلي من التحكيم أو الطرف المشارك يقدم مثل هذا الطلب. يجب أن يكون الطرف المشارك طرفاً في إتفاقية التحكيم.

ونص قانون التحكيم التجاري الدولي "الأونسيترال" بصيغتها لعام 2010، في المادة 17 (5) التي نصّت على إدخال الغير في خصومة التحكيم: "يجوز لهيئة التحكيم، بناء على طلب أي طرف، أن تسمح بضم شخص ثالث واحد أو أكثر كطرف في عملية التحكيم، شريطة أن يكون ذلك الشخص طرفاً في إتفاق التحكيم، ما لم تر هيئة التحكيم، بعد إعطاء جميع الأطراف، بمن فيهم الشخص أو الأشخاص المراد ضمهم، فرصة لسماع أقوالهم، وأنه ينبغي عدم السماح بذلك الضم لأنه يلحق ضرراً بأي من أولئك الأطراف، ويجوز لهيئة التحكيم أن تصدر قراراً واحداً أو عدة قرارات بشأن كل الأطراف المشاركين على هذا النحو في عملية التحكيم"⁽²⁾.

⁽¹⁾ Article 1045 - Third parties: "1. At the written request of a third party who has an interest in the outcome of the arbitral proceedings, the arbitral tribunal may permit such party to join the proceedings, or to intervene therein. The arbitral tribunal shall send without delay a copy of the request to the parties. 2- A party who claims to be indemnified by a third party may serve a notice of joinder on such a party. A copy of the notice shall be sent without delay to the arbitral tribunal and the other party. 3- the joinder, intervention or joinder for the claim of indemnity may only be permitted by the arbitral tribunal, having heard the parties, if the third party accedes by agreement in writing between him and the parties to the arbitration agreement, 4- on the grant of a request for joinder, intervention, or joinder for the claim of indemnity, the third party becomes a party to the arbitral proceedings. Unless the parties have agreed there on the arbitral tribunal shall determine the further conduct of the proceedings".

أنظر: أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص342.

⁽²⁾ سبق إصدار هذا القانون، صدور مشروع تنقيح قواعد الأونسيترال للتحكيم في يوليو وسبتمبر 2006، وفبراير 2007، التي أجرت تنقيح لقواعد الأونسيترال للتحكيم 1976، وكانت من بين الإصلاحات، إمكانية إتاحة الفرصة لتدخل الغير في إجراءات تحكيم الأونسيترال، وجاء في الفقرة الخاصة بتدخل الغير في إجراءات التحكيم ما يلي: "تدخل أطراف ثالثة في إجراءات التحكيم:

أما بخصوص قواعد التحكيم للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، تم إجراء مجموعة التغييرات المقترحة على قواعد ولوائح المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المقدمة من خلال ورقة العمل المنجزة من طرف أمانة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في 12 ماي 2005، ومن أبرز التغييرات المقترحة إدراج فقرة ثانية للمادة 37 التي تنص على قبول تدخل الغير في التحكيم، وجاءت المادة المدرجة في النسخة النهائية لقواعد ICSID للتحكيم، المعدلة في 16 أبريل 2006 على النحو التالي: "2- بعد التشاور مع الأطراف، يجوز للمحكمة أن تسمح لشخص أو كيان ليس طرفاً في النزاع لتقديم تدخل مكتوب إلى المحكمة بشأن مسألة تقع ضمن إطار النزاع. من أجل تحديد ما إذا كان يأذن بمثل هذا التقديم، تنظر المحكمة إلى أي مدى: أ من شأن تقديم الطرف غير المتنازع أن يساعد المحكمة على البت في مسألة واقع أو قانون يتعلق بالإجراء في تقديم وجهة نظر أو معرفة أو توضيح وتنوير خاص يختلف عن تلك التي قدمها أطراف النزاع، ب أن تقدم الطرف غير المتنازع يتعلق بمسألة ما هي جزء من النزاع، ج أن للطرف ير المتنازع مصلحة في الإجراءات. تضمن المحكمة أن تقديم الطرف غير المتنازع لا يفعل ذلك لتعطيل الإجراءات أو لفرض عبء لا جدوى منه لأحد الطرفين أو يسبب ضرراً، وذلك على حد سواء، وللأطراف حرية التعليق على تدخل الغير"⁽¹⁾.

"قد تطلب أطراف ثالثة، مثل منظمات غير حكومية، إعطاءها فرصة لشرح مواقفها، خصوصاً في عمليات التحكيم المتعلقة بمعاهدات استثمارية". سبق إصدار هذا القانون، صدور مشروع تنقيح قواعد الأونسيترال للتحكيم في يوليو وسبتمبر 2006، وفبراير 2007، وكانت من بين الإصلاحات، إمكانية إتاحة الفرصة لتدخل الغير في إجراءات تحكيم الأونسيترال، وجاء في الفقرة الخاصة بتدخل الغير في إجراءات التحكيم ما يلي: "تدخل أطراف ثالثة في إجراءات التحكيم: "قد تطلب أطراف ثالثة، مثل منظمات غير حكومية، إعطاءها فرصة لشرح مواقفها، خصوصاً في عمليات التحكيم المتعلقة بمعاهدات استثمارية". وكذلك نص المادة 15 (1) التي تنص: "يجوز هيئة التحكيم أن تسير إجراءات التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة"، وفسر هذه الفقرة الفريق العامل لتنقيح قواعد الأونسيترال في أعمال دورته الخامسة والأربعين بفينيا، في 11-15 سبتمبر 2006، بأنه إعطاء هيئة التحكيم صلاحية قبول تدخلات من أطراف ثالثة -التي تعتبر من الغير- للانضمام إلى إجراءات التحكيم، وأضاف الفريق العامل على التنقيح بعدم الحاجة إلى النص صراحة بشأن هذه المسألة في الصيغة المنقحة لهذه القواعد. مذكراً من الأمانة يتعلق ب: تسوية المنازعات التجارية: تنقيح قواعد الأونسيترال للتحكيم، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الفريق العامل الثاني المعني بالتحكيم الدورة الخامسة والأربعين فيينا، 11-15 سبتمبر 2006، ص20، متوفر على الرابط:

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V06/558/59/PDF/V0655859.pdf?OpenElement>.

⁽¹⁾ Rule 37 2: Visits and Inquiries; Submissions of Non-disputing Parties

1 If the Tribunal considers it necessary to visit any place connected with the dispute or to conduct an inquiry there, it shall make an order to this effect. The order shall define the scope of the visit or the subject of the inquiry, the time limit, the procedure to be followed and other particulars. The parties may participate in any visit or inquiry.

2 After consulting both parties, the Tribunal may allow a person or entity that is not a party to the dispute in this Rule called the "non-disputing party" to file a written submission with the Tribunal regarding a matter within the scope of the dispute. In determining whether to allow such a filing, the Tribunal shall consider, among other things, the extent to which:

وتجدر الإشارة إلى أن نص المادة 41 (3) من لوائح الآليات الإضافية حمل نفس مضمون الشكلي لنص المادة 37 (2) السابق الإشارة إليه⁽¹⁾.

بعد قانون 2006، أطلق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار عملية التعديل في تشرين الأول/أكتوبر 2016، وكانت أمانة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار قد نشرت من أوت 2018 إلى نوفمبر 2021، ست أوراق عمل حول مقترحات تعديلات القواعد.

آخرها ورقة عمل السادسة حول مقترحات لتعديل قواعد المركز، وذلك في 12 نوفمبر 2021، وسبق هذه الورقة السادسة عدة أوراق سابقة، تستند الورقة إلى المقترحات التي نُشرت في الأصل في أغسطس 2018 ورقة العمل رقم 1، مارس 2019 ورقة العمل رقم 2، أغسطس 2019 ورقة العمل رقم 3 فبراير 2020 ورقة عمل 4 ويونيو 2021 ورقة العمل رقم 5.

وتشرح ورقات العمل الأساس الذي يستند إليه التغيير المقترح، ويقترح الصياغة أو الهيكل المحتمل للتعديلات. وكانت الأهداف الرئيسية لهذه الجولة من التعديلات هي تحديث القواعد وجعل الإجراءات تستغرق وقتاً أقل، وأكبر فعالية من حيث التكلفة وأقل كثافة في الورق، مع الحفاظ على العملية القانونية والتوازن بين المستثمرين والدول⁽²⁾.

a the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties;

b the non-disputing party submission would address a matter within the scope of the dispute;

c the non-disputing party has a significant interest in the proceeding.

The Tribunal shall ensure that the non-disputing party submission does not disrupt the proceeding or unduly burden or unfairly prejudice either party, and that both parties are given an opportunity to present their observations on the non-disputing party submission.

ICSID convention, Regulations and Rules, as Amended and Effective April 10, 2006, Disponible sur le site:

<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partF-chap04.htm#r37>.

أنظر: عمر شتوح، المرجع السابق، ص262.

⁽¹⁾ Article 41 3, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, CIRDI REGLEMENT DU MECANISME SUPPLEMENTAIRE, Annexe C Règlement d'arbitrage Mécanisme supplémentaire, Avril 2006, Disponible sur le lien suivant: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/2020-08/Reg%20Mecanisme%20Supp_French-final.pdf, page 68-69.

⁽²⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes, Reason for ICSID Rule Amendements, Disponible sur le lien suivant: <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/05/Reason-for-ICSID-Rule-Amendments.pdf>.

وبإنهاء العملية التي استمرت خمس سنوات، تم إرسال تعديلات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إلى مجلس الإدارة في 20 يناير 2022 ووافق ممثلو 156 دولة متعاقدة على التغييرات في 21 مارس 2022، ودخلت هذه التعديلات حيز التنفيذ في 1 جويلية 2022 ليبدأ العمل بقواعد التحكيم المعدلة الصادرة عن المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار أكسيد بواشنطن.

ومن بين التعديلات الرئيسية التي شهدتها قواعد التحكيم ICSID المعدل، النص على إمكانية مشاركة أطراف ثالثة في الإجراءات، وهو ما نصّت عنه المادة 67 و68 من قواعد التحكيم ICSID المعدل⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Rule 67 : Submission of Non-Disputing Parties:

1 Any person or entity that is not a party to the dispute “non-disputing party” may apply for permission to file a written submission in the proceeding. The application shall be made in the procedural languages used in the proceeding.

2 In determining whether to permit a non-disputing party submission, the Tribunal shall consider all relevant circumstances, including:

- a whether the submission would address a matter within the scope of the dispute;
- b how the submission would assist the Tribunal to determine a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the parties;
- c whether the non-disputing party has a significant interest in the proceeding;
- d the identity, activities, organization and ownership of the non-disputing party, including any direct or indirect affiliation between the non-disputing party, a party or a non-disputing Treaty Party; and
- e whether any person or entity will provide the non-disputing party with financial or other assistance to file the submission.

3 The parties shall have the right to make observations on whether a non-disputing party should be permitted to file a written submission in the proceeding and on any conditions for filing such a submission.

4 The Tribunal shall ensure that non-disputing party participation does not disrupt the proceeding or unduly burden or unfairly prejudice either party. To this end, the Tribunal may impose conditions on the non-disputing party, including with respect to the format, length, scope or publication of the written submission and the time limit to file the submission.

5 The Tribunal shall issue a reasoned decision on whether to permit a non-disputing party submission within 30 days after the last written submission on the application.

6 The Tribunal shall provide the non-disputing party with relevant documents filed in the proceeding, unless either party objects.

7 If the Tribunal permits a non-disputing party to file a written submission, the parties shall have the right to make observations on the submission.

Rule 68: Participation of Non-Disputing Treaty Party:

1 The Tribunal shall permit a Party to a treaty that is not a party to the dispute “no disputing Treaty Party” to make a submission on the interpretation of the treaty at issue in the dispute and upon which consent to arbitration is based. The Tribunal may, after consulting with the parties, invite a non-disputing Treaty Party to make such a submission.

2 The Tribunal shall ensure that non-disputing Treaty Party participation does not disrupt the proceeding or unduly burden or unfairly prejudice either party. To this end, the Tribunal may impose conditions on the making of the submission by the non-disputing Treaty Party, including with respect to the format, length, scope or publication of the submission, and the time limit to file the submission.

فنصت المادة 67 من قواعد ICSID 2022: "تقديم الأطراف غير المتنازعة

- 1- يجوز لأي شخص أو كيان ليس طرفاً في النزاع "الطرف غير المتنازع" التقدم بطلب للحصول على إذن لتقديم طلبات مكتوبة في الدعوى. يجب تقديم الطلب باللغة اللغات الإجرائية المستخدمة في الإجراءات.
- 2- لتحديد ما إذا كان سيسمح بتقديم طرف غير متنازع، يجب على المحكمة النظر في جميع الظروف ذات الصلة، بما في ذلك: أ ما إذا كان هذا التقدم سيتناول مسألة تدخل في نطاق النزاع؛ ب كيف من شأن التقدم أن يساعد المحكمة في تحديد مسألة واقعية أو قانونية تتعلق بالإجراءات من خلال تقديم منظور أو معرفة خاصة أو رؤية تختلف عن تلك الخاصة بالأطراف؛ ج ما إذا كان الطرف غير المتنازع لديه مصلحة كبيرة في الدعوى؛ د هوية وأنشطة وتنظيم وملكية الطرف غير المتنازع، بما في ذلك أي ارتباط مباشر أو غير مباشر بين الطرف غير المتنازع أو طرف أو طرف غير متنازع في المعاهدة؛ وه ما إذا كان أي شخص أو كيان سيقدم للطرف غير المتنازع مساعدة مالية أو مساعدة أخرى لتقديم الطلب.
- 3- يكون للأطراف الحق في إبداء ملاحظات حول ما إذا كان ينبغي السماح للطرف غير المتنازع بتقديم تقرير مكتوب في الإجراءات وعلى أي شروط لتقديم مثل هذا الطلب.
- 4- يجب على المحكمة التأكد من أن مشاركة الطرف غير المتنازع لا تؤدي إلى تعطيل الإجراءات أو العبء غير المبرر أو الإضرار بشكل غير عادل بأي من الطرفين. تحقيقاً لهذه الغاية، يجوز للمحكمة فرض شروط على الطرف غير المتنازع، بما في ذلك ما يتعلق بتنسيق وطول ونطاق أو نشر التقديم المكتوب والمهلة الزمنية لتقديم الطلب.
- 5- تصدر المحكمة قراراً مسبباً بشأن السماح بتقديم طرف غير متنازع في غضون 30 يوماً بعد آخر تقديم مكتوب على الطلب.

3 The Tribunal shall provide the non-disputing Treaty Party with relevant documents filed in the proceeding, unless either party objects.

4 The parties shall have the right to make observations on the submission of the no disputing Treaty Party.

2022, Disponible sur le lien suivant:

<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/05/Amended-ICSID-Arbitration-Rules.pdf>.

6-يجب على المحكمة تزويد الطرف غير المتنازع بالمستندات ذات الصلة المقدمة في الدعوى، ما لم يعترض أي من الطرفين.

7-إذا سمحت المحكمة لطرف غير متنازع بتقديم مذكرة مكتوبة، يكون للأطراف الحق في إبداء ملاحظات على التقديم".

ونصّت أيضا المادة 68 من قواعد ICSID 2022: "مشاركة طرف المعاهدة غير المتنازع

1-يجب على المحكمة أن تسمح لطرف في معاهدة ليس طرفاً في النزاع "طرف المعاهدة غير المتنازع" بتقديم تقرير حول تفسير المعاهدة موضوع النزاع والتي بناءً عليها الموافقة على التحكيم. يجوز للمحكمة، بعد التشاور مع الأطراف، دعوة طرف المعاهدة غير المتنازع لتقديم مثل هذا الطلب.

2-يجب على المحكمة التأكد من أن مشاركة طرف المعاهدة غير المتنازع عليها لا تؤدي إلى تعطيل الإجراءات أو العبء غير المبرر أو الإضرار بشكل غير عادل بأي من الطرفين. تحقيقا لهذه الغاية، يجوز للمحكمة فرض شروط على تقديم التقديم من قبل طرف المعاهدة غير المتنازع، بما في ذلك فيما يتعلق بتنسيق وطول ونطاق أو نشر التقديم، والمهلة الزمنية لتقديم الطلب.

3-يجب على المحكمة تزويد طرف المعاهدة غير المتنازع بالمستندات ذات الصلة المودعة في الدعوى، ما لم يعترض أي من الطرفين.

4-يكون للأطراف الحق في إبداء ملاحظات بشأن تقديم طرف المعاهدة غير المتنازع".

أما بالنسبة لقواعد ولوائح مراكز ومؤسسات التحكيم، فنصّت قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 2012 التي أصبح ساري العمل بها عام 2017 على جوازية إدخال أطراف إضافية، فنصّت المادة السابعة: "إدخال أطراف إضافية 1-يتعين على الطرف الذي يرغب في إدخال طرف إضافي إلى التحكيم أن يتقدم بطلب تحكيم ضد ذلك الطرف الإضافي طلب الإدخال إلى الأمانة العامة. ويعتبر تاريخ استلام الأمانة العامة طلب الإدخال هو تاريخ بدء التحكيم ضد الطرف الإضافي، وذلك لجميع الأغراض. ويخضع هذا الإدخال إلى نصوص البند 3 حتى البند 7 من المادة السادسة والمادة التاسعة. ولا يجوز إدخال أي طرف إضافي بعد تأكيد أي محكم أو

تعيينه، ما لم يتفق جميع الأطراف، بما في ذلك الطرف الإضافي، على غير ذلك. ويجوز للأمانة العامة تحديد مدة زمنية لتقديم طلب إدخال⁽¹⁾.

ونصت قواعد لندن للتحكيم الدولي في المادة 22 (1) x: "يكون لهيئة التحكيم السلطة، بناء على طلب أي طرف أو باستثناء الفقرة الفرعية خ أدناه بمبادرة منها، ولكن في كلتا الحالتين فقط بعد إعطاء الطرفين فرصة معقولة للإعراب عن آرائهما وبناء على الشروط المتعلقة بالتكاليف وغيرها التي قد تقرها هيئة التحكيم:

10- يسمح بانضمام شخص ثالث أو أكثر إلى التحكيم كطرف شريطة أن يكون أي شخص ثالث من هذا القبيل، وأن يكون الطرف مقدم الطلب قد وافق صراحة على هذا الضم كتابيا بعد تاريخ البدء أو إذا كان قبل ذلك في إتفاقية التحكيم؛ وبعد ذلك إصدار قرار نهائي واحد، أو قرارات منفصلة، فيما يتعلق بجميع أطراف الخصومة على هذا النحو في التحكيم⁽²⁾.

⁽¹⁾ تم تعديل قواعد التجارة الدولية بباريس، لتصبح سارية المفعول في 1 جانفي 2021، فتم تعديل القواعد الخاصة بانضمام الغير للدعوى التحكيمية، لتصبح إنضمام الأطراف الإضافية أقل تعقيدا وأقل عبئا، فتم السماح للغير بالتدخل بعد تشكيل هيئة التحكيم، فبعد أن كان بموجب المادة 7 (1) قبل تعديل 2021، لا تسمح بانضمام أطراف إضافية إلا بعد تأكيد أو تعيين أي محكم، ما لم يتفق جميع الأطراف، بما فيهم الطرف الإضافي. أما بعد التعديل لعام 2021 الذي أضاف فقرة خامسة جديدة للمادة السابعة التي تنص على تقديم طلب ضم طرف ثالث حتى بعد تأكيد أو تعيين محكم، إذا اتخذت هيئة التحكيم قرارا بهذا المعنى، عند النظر "جميع الظروف ذات الصلة"، ويقبل الطرف الإضافي تشكيل هيئة التحكيم ويوافق على الشروط المرجعية، عند الاقتضاء، لذلك أصبح إنضمام الأطراف الإضافية يتم على مدار سير عملية التحكيم، ولو بدون إتفاق الأطراف، طالما أن هيئة التحكيم تمنح طلب الانضمام ويوافق الطرف الثالث على الإنضمام إلى التحكيم. وجاء نص المادة 57 من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس 2021 على النحو التالي: "أي طلب ضم يتم إجراؤه بعد تأكيد أو تعيين أي محكم تقرره هيئة التحكيم بمجرد تشكيلها ويخضع للطرف الإضافي الذي يقبل تشكيل هيئة التحكيم والموافقة على الشروط المرجعية، عند الاقتضاء. عند اتخاذ قرار بشأن مثل هذا الطلب للضم، يجب على هيئة التحكيم أن تأخذ في الاعتبار جميع الظروف ذات الصلة، والتي قد تشمل ما إذا كانت هيئة التحكيم تتمتع باختصاص أولي للوهلة الأولى على الطرف الإضافي، وتوقيت طلب الضم، وتضارب المصالح المحتملة وتأثير الضم على إجراءات التحكيم. أي قرار للانضمام إلى طرف إضافي لا يخل بقرار هيئة التحكيم فيما يتعلق باختصاصها فيما يتعلق بهذا الطرف".

للإطلاع على قواعد غرفة التجارة الدولية المعدلة لعام 2021، راجع:

<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2020/11/2021-ICC-Draft-Arbitration-Rules-Subject-to-Editorial-Corrections.pdf>.

⁽²⁾ Article 22: Additional Powers 22.1: "The Arbitral Tribunal shall have the power, upon the application of any party or save for sub- paragraph x below upon its own initiative, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views and upon such terms as to costs and otherwise as the Arbitral Tribunal may decide:

x to allow one or more third persons to be joined in the arbitration as a party provided any such third person and the applicant party have consented expressly to such joinder in writing following the Commencement Date or if earlier in the Arbitration Agreement; and thereafter to make a single final award, or separate awards, in respect of all parties so implicated in the arbitration ".

أما بخصوص الإتفاقيات المتعددة الأطراف، فأدرجت إتفاقية التبادل الحر لأمريكا الشمالية "L'Alena"، نص يتضمن قبول تدخل أطراف من الغير في إجراءات التحكيم، فنصّت المادة 1128 منها بأنه: "بعد إخطار كتابي للأطراف المتنازعة، يجوز لطرف تقديم طلب تدخل بشأن مسألة تفسير هذه الإتفاقية"⁽¹⁾.

ونصت أيضا عديد الإتفاقيات الثنائية للإستثمار، على إدراج في العديد من المعاهدات الثنائية نصوص تتعلق بتدخل الغير وإدخاله في خصومة التحكيم، ومن هذه المعاهدات الثنائية إتفاقية التجارة الحرة بين الولايات المتحدة وكوريا في المادة 11 (20) الفقرة الخامسة التي تنص إمكانية هيئة التحكيم السماح لطرف غير متنازع بتقديم مذكرة صديق للمحكمة، مع وجود اعتبارات مماثلة لتلك المدرجة في قواعد التحكيم الخاصة بالمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار⁽²⁾.

وكانت منظمة التعاون الإقتصادي والتنمية "OCDE"، قد قامت بدراسة تحمل عنوان "الشفافية والطرف الثالث في إجراءات تسوية المنازعات بين المستثمر والدولة"، التي وقفت على الإجهادات المتعلقة بتدخل الغير في إجراءات التحكيم وموقف وتوجه محريه، وكانت قد أعلنت إلى تشجيع مزيد من الشفافية في مجال التحكيم الدولي والتشجيع على السماح للغير بالتدخل في إجراءات التحكيم، خاصة ما تعلق النزاع بالمصلحة العامة، فكانت النتيجة ما خرجت به هذه الدراسة في جوان 2005، على النحو التالي: "يرى أعضاء لجنة الإستثمار بشكل عام أن الشفافية الإضافية، ولاسيما فيما يتعلق بنشر قرارات التحكيم، تخضع للضمانات اللازمة

⁽¹⁾ Article 1128: Participation d'une Partie "Après notification écrite donnée aux parties contestantes, une Partie pourra présenter à un tribunal des conclusions sur une question d'interprétation du présent accord". Accord de libre-échange nord américain, Disponible sur le lien suivant: <https://jusmundi.com/fr/document/treaty/fr-accord-de-libre-echange-nord-americain-alena-thursday-17th-december-1992>.

⁽²⁾ See Article 11.20 Conduct of Arbitration, Paragraph 5 of the US-Korea FTA as follows:

1. After consulting the disputing parties, the tribunal may allow a party or entity that is not a disputing party to file a written amicus curiae submission with the tribunal regarding a matter within the scope of the dispute. In determining whether to allow such a filing, the tribunal shall consider, among other things, the extent to which:
 1. the amicus curiae submission would assist the tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge, or insight that is different from that of the disputing parties;
 2. the amicus curiae submission would address a matter within the scope of the dispute; and
 3. the amicus curiae has a significant interest in the proceeding.

The tribunal shall ensure that the amicus curiae submission does not disrupt the proceeding or unduly burden or unfairly prejudice either disputing party, and that the disputing parties are given an opportunity to present their observations on the amicus curiae submission.

لحماية المعلومات الحكومية السرية أو بيانات الأعمال الحساسة... قد يكون من المرغوب فيه السماح بمشاركة أطراف ثالثة في التحكيم، ولكن مع مراعاة مبادئ توجيهية واضحة ودقيقة⁽¹⁾.

كما نصّت القواعد الخاصة بالمركز الدولي لتسوية المنازعات ICDR التابع للجمعية الأمريكية للتحكيم الدولي AAA، من خلال التعديلات الرئيسية التي شملت هذه القواعد في عام 2021، من خلال المادة 8 (1) بالسماح للغير بالانضمام للدعوى، فنصّت المادة على ما يلي: "يقدم الطرف الذي يرغب في إدخال طرف إضافي إلى التحكيم إشعاراً للتحكيم ضد هذا الطرف الإضافي إلى المسؤول الإداري. لا يحق لأي طرف إضافي أن يدخل كطرف في التحكيم بعد تعيين أي محكم، إذا رأت هيئة التحكيم أن ضم أطراف إضافية من شأنه أن يخدم مصالح العدالة، وما لم يتفق جميع الأطراف بما فيهم الطرف الإضافي على ذلك. ويجب على الطرف الذي يرغب في إدخال طرف إضافي أن يقوم في نفس الوقت بتقديم إشعار التحكيم إلى الطرف الإضافي وجميع الأطراف الأخرى..."⁽²⁾.

وكانت قواعد مركز دبي للتحكيم الدولي في تعديله لعام 2022، أنه من بين القواعد المستحدثة التي نص عليها، ما تعلق بمسألة ضم طرف أو أكثر للخصومة التحكيمية، وذلك في نص المادة 9 المستحدثة بموجب التعديل الجديد لعام 2022، حيث أجازت قواعد دبي هذا الضم قبل تعيين المحكمين أو بعد تشكيل هيئة التحكيم، فيكون لمحكمة التحكيم أو هيئة التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف أو كليهما، أن تجيز ضم طرف إضافي أو أكثر للدعوى سواء محتكما أو محتكم ضده ممن لهم مصلحة في ذلك، شريطة موافقة كافة الأطراف على هذا الضم كتابة، بما فيهم الطرف المطلوب ضمه، وسواء كان طرفاً في إتفاق التحكيم من عدمه⁽³⁾.

(1) عمر شتوح، المرجع السابق، ص 249.

(2) للإطلاع على قواعد المركز الدولي لتسوية المنازعات ICDR من جمعية التحكيم الأمريكية AAA المعدلة لعام 2021 والتي أصبحت سارية المفعول في 1 مارس 2021، راجع:

<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2021/03/2021-ICDR-Rules.pdf>.

(3) للإطلاع على نص المادة 9 من قواعد مركز دبي للتحكيم الدولي لعام 2022، راجع:

<http://www.diac.ae/idias/resource/Rules2022.pdf>

إذا كان هذا ما عليه الحال بالنسبة للتشريعات وقواعد ولوائح مراكز ومؤسسات التحكيم⁽¹⁾، فالعكس تماما بالنسبة للتشريعات المقارنة التشريع المصري، التشريع الفرنسي والتشريع الجزائري فنلاحظ سكوتها عن التطرق لمسألة تدخل الغير وإدخاله في الدعوى التحكيمية، هذا الأمر الذي فتح عدة تأويلات حول موقف المشرع الجزائري وغيره من التشريعات هل هذا السكوت يعتبر عمديا لتعارض إدخال وتدخل الغير في التحكيم مع خصوصية وطبيعة نظام التحكيم الذي يختلف جوهريا عن القضاء فلا تقوم خصومة التحكيم إلا بين أطراف التحكيم الذين أبرموا إتفاق التحكيم دون أن يشمل الغير ممن لم يعتبروا أطراف في إتفاق التحكيم فلا يمتد إتفاق التحكيم وآثاره للغير إستنادا لمبدأ نسبية إتفاق التحكيم، أم أن هذا السكوت دليل على جواز أعمال هذه الفكرة ولو لم يوجد نص يشير صراحة على قبول التدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم، وهذا التوجه الذي دعمه الفقه الذي يرى أن التحكيم يتلاءم مع فكرة التدخل والإدخال في خصومة التحكيم، فالتحكيم يعتبر قضاء خاص مثله مثل قضاء الدولة يتولى مهمة الفصل في المنازعات وتسويتها عن طريق قاضي يطلق عليه بالمحكم مثله مثل قاضي الدولة الذي يطبق في ذلك إجراءات تشبه لحد بعيد الإجراءات القضائية، لذلك فمثل ما هو التدخل والإدخال في الدعوى القضائية مقبول أمام قضاء الدولة، فهو يعتبر كذلك أمام قضاء التحكيم، خصوصا وأن إقراره تم من أجل حسن سير العدالة وإضفاء فعالية على مستوى تسوية المنازعات عن طريق التحكيم، كما أرجع الفقه لجوازية كل من الإدخال والتدخل على أساس أنه يقوم على إرادة الأطراف، فالأطراف تلعب دور أساسي في الإتفاق وقبول التدخل والإدخال في الدعوى التحكيمية، وكان لهذا التدخل للغير مصلحة⁽²⁾، وما يؤكد هذا الرأي لما أضحى عليه تدخل الغير وإدخاله توجه حديث في التحكيم واكتمته الإتفاقيات الدولية ومختلف قواعد واللوائح الخاصة بمؤسسات التحكيم، وتأكيد ذلك من مختلف الأحكام والقرارات الصادرة سواء من طرف القضاء أو التحكيم.

وبخصوص التدخل والإدخال في خصومة التحكيم نميز بين هذا الغير الذي شارك في إبرام إتفاق التحكيم ليعد طرفا في إتفاق التحكيم وبين الذي لم يبرم إتفاق تحكيم مع الأطراف الأصليين ولا يعد طرفا فيه، بالنسبة للحالة الأولى التي يعتبر الطرف المتدخل أو المدخل في الخصومة والذي يربطه مع أطراف الخصومة الأصليين إتفاق التحكيم، إلا أنه يعتبر من الغير بالنسبة لإجراءات التحكيم، فيمكن لهذا الطرف أن يتدخل أو يتم إدخاله في

(1) أنظر أيضا المادة 27 من قواعد مركز هونغ كونغ للتحكيم الدولي 2013 "HKIAC"، والمادة 24 ب من قواعد مركز سنغفورة 2013 "SIAC"، والمادة 18 من قواعد التحكيم للجنة التحكيم الإقتصادي والتجاري الدولي الصينية 2014 "CIETAC".

(2) أنظر: محمد جارد، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 43-47.

الخصومة، فلا وجود مانع لذلك، بشرط أن يكون طرفا في إتفاق التحكيم دون الحاجة لموافقة الأطراف، لكن يبقى لهيئة التحكيم سلطة واسعة في قبول التدخل أو إدخال الأطراف للغير إذا كان هذا من شأنه أن يعطل من سير العملية التحكيمية أو تأثير ذلك على سير إجراءات التحكيم، وعلى مدة تسوية النزاع⁽¹⁾.

أما الحالة الثانية والتي لا يعد في الطرف المتدخل أو المراد إدخاله طرفا في إتفاق التحكيم، فيعتبر بذلك من الغير بالنسبة لإتفاق التحكيم وإجراءاته، فيتدخل هذا الغير سواء إنضماميا أو على شكل إختصامي، أو بإدخاله جبرا في النزاع، فإذا كان الأصل عدم جواز هذا التدخل أو الإدخال إستنادا لمبدأ نسبية إتفاق التحكيم، غير أنه لا بد أن نميز بين كل حالة من الحالات السابقة الذكر، فبالنسبة للتدخل الإنضمامي أشار الفقه إلى جواز تدخل الغير دون الحاجة إلى موافقة الأطراف، أما بخصوص التدخل الإختصامي من الغير في الدعوى، فلا بد أن يقابل إيجاب هذا الغير قبول من الأطراف الأصلية في إتفاق التحكيم ليصبح هذا الغير طرفا في إتفاق التحكيم⁽²⁾.

وفي كل الحالات يشترط قبول وإجازة هيئة التحكيم لهذا التدخل أو الإدخال للأسباب التي سبق ذكرها، باعتبار أن عقد التحكيم في الأصل مبني بين الأطراف الأصلية وهيئة التحكيم، وأيضا لا اعتبار أن دخول أطراف إضافية لا بد من الحصول على قبول من هيئة التحكيم، ولا تثار هذه السلطة إلا بعد قبول الأطراف الأصلية في إتفاق التحكيم لتدخل الغير في الدعوى، أما غير ذلك فلا سلطة لهيئة التحكيم في قبول تدخل أو إدخال الغير في الدعوى، أو أن يكون الأطراف أحوالوا تنظيم الإجراءات لقواعد قانونية معينة تنظم إجراءات التدخل والإدخال، وتعطي لهيئة التحكيم سلطة في ذلك، فهذا بمثابة تفويض في الفصل في طلبات التدخل⁽³⁾.

الفرع الثاني: ضم الخصومات في التحكيم

إمتداد لمبدأ الأثر النسبي للتحكيم، فإن هذا الأثر يمتد ليشمل الجانب الإجرائي في التحكيم، فتنصرف آثاره إلى طرفيه، وينصرف مصطلح الأطراف إلى أطراف التحكيم ولو تعددوا، كما قد ينشأ عن هذا التعدد مجموعة من التحكيمات الأمر الذي يطرح معه مسألة ضم التحكيمات، فيحدث أن يلجأ الأطراف في خصومة التحكيم إلى

(1) سارة أحمد عبد الرحمن الثور، خصوصيات التحكيم في منازعات الشركات التجارية: دراسة في ضوء القانونين، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة قطر كلية القانون، 2021، ص 123-125.

(2) المرجع السابق، ص 116-118.

(3) سارة أحمد عبد الرحمن الثور، المرجع السابق، ص 118.

ضم التحكيمات المتعددة، في تحكيم واحد ينظر فيها هيئة تحكيم واحد، التي تتولى إصدار حكم تحكيمي واحد يفصل في دعاوى التحكيم المدججة في دعوى واحدة، ويقع الضم للارتباط الذي يجمع بين هذه التحكيمات.

وتثور هذه المسألة حال تعدد أطراف علاقة قانونية معينة، أو تعدد الأطراف في مجموع عقدي أو سلسلة عقود، مما قد يثور بهذا الصدد مسألة ضم هذه العلاقات إذا كنا بصدد إتفاق بعض الأطراف على هيئة تحكيم والبعض الآخر على هيئة تحكيم أخرى، فما مدى ضم هذه التحكيمات ليتم النظر في النزاع أمام هيئة تحكيم واحدة، ليصدر حكم واحد فاصل في النزاع؟

ويعتبر موضوع ضم الخصومات التحكيمية أحد المواضيع الأساسية والتوجهات الحديثة على مستوى قضاء التحكيم التجاري، ولأهمية الموضوع نتطرق لتعريف ضم الخصومات ودمجها في التحكيم الفرع الأول، يليها التطرق لمسألة تكريس مسألة ضم دعاوى التحكيم ودمجها في عملية تحكيم واحدة على المستوى التشريعي والقضائي الفرع الثاني، وتنظيم شروطها، ونختتم بإبراز أهمية التحكيم متعدد الأطراف في تسوية المنازعات والمشاكل التي يثيرها بهذا الصدد الفرع الثالث.

أولاً: تعريف ضم الخصومات التحكيمية ودمجها في تحكيم واحد

إن مبدأ كل تحكيم يعتمد على إتفاق الأطراف عليه هو مبدأ راسخ وأساسي في التحكيم، والأصل أن يتم التحكيم بين طرفين محتكمين مدعي ومدعى عليه، لا يمكن قول الشيء نفسه عندما يتعلق النزاع بأطراف متعددة، فيتعدد الأطراف سواء من جانب المدعي أو من جانب المدعى عليهم أو من الجانبين معاً أو من خلال عقود متعددة، ففي ظل هذه الظروف، قد تكون النتيجة سلسلة من عمليات تحكيمية تتعلق جميعها بنفس النزاع، مع احتمال أن يؤدي ذلك إلى قرارات غير متسقة، والتعامل مع هذه المشكلة هي من خلال اعتماد الدمج بأمر من المحكمة فيتم ضم عدة تحكيمات منفصلة في تحكيم واحد، التي يقوم بالنظر والفصل في هذه الدعاوى التحكيمية نفس هيئة التحكيم، لتتولى إصدار حكم واحد يلزم الأطراف كافة، وضم التحكيمات قد يشمل ضم عدة قضايا متعددة في قضية واحدة، أو ضم عدة جلسات تحكيمية في جلسة تحكيم واحدة تكون مشتركة أمام نفس المحكمين، أو أن يشترك المحكم الواحد في النظر في عدة قضايا تكون جلساتها منفصلة⁽¹⁾.

(1) عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 13-14.

وأبرز الأمثلة لتعدد التحكيمات وضمها لتصبح عملية تحكيمية واحدة لتأسس محكمة تحكيم واحدة للنظر والفصل في النزاع، المقابلة من الباطن التي تشمل على ثلاث أطراف رب العمل والمقاول الرئيسي والمقاول من الباطن، لذلك قد تكون هناك عدة تحكيمات متفرقة سواء بين رب العمل والمقاول الرئيسي، وبين هذا الأخير والمقاول من الباطن، لذا فتكون الإحتمالية كبيرة في وجود نزاعات متفرقة بين أكثر من طرفين فنكون بصدد تحكيم متعدد الأطراف، فبالنسبة لرب العمل يجد مصلحته في اللجوء إلى التحكيم متعدد الأطراف من خلال سعيه إلى إثبات مسؤولية المقاول الرئيسي نتيجة التقصير أو الإهمال أو إخلاله بالعقد الرابط بينهما، لكن قد يجد رب العمل نفسه أمام ضرورة إتخاذ إجراءات في مواجهة المقاول من الباطن بعد دفع المقاول الرئيسي المسؤولية عنه أو أنه لا يتحمل المسؤولية كاملاً فيكون من الضروري إدخال المقاول من الباطن في الدعوى، فلا يكون أمام رب العمل إلا اللجوء إلى تحكيم واحد يضم المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن لحسم النزاع، بإعتباره الحل الملائم لتجنب الأحكام المتعارضة التي قد يجد الأطراف صعوبة في تنفيذ هذه الأحكام، نفس الشيء بالنسبة للمقاول الرئيسي الذي هو كذلك يجد مصلحته في أن يكون التحكيم متعدد الأطراف، سواء في علاقته مع رب العمل، وبينه وبين المقاول من الباطن فيسعى لضم هذا الأخير لنقل المسؤولية له، كما قد تكون من مصلحة المقاول من الباطن الدخول في التحكيم متعدد الأطراف، بأن يقوم بجانب المقاول الرئيسي للحصول على الأموال ودفع المسؤولية عن المقاول الرئيسي أو عنه⁽¹⁾.

ومن قضايا التحكيم المشهورة القضية المعروفة بإسم Adgas، في النزاع الذي جمع Abu Dhabi Gas Liquefaction Co. Ltd. v. Eastern Bechtel Corp⁽²⁾ ويتمثل هذا النزاع في وجود شركة تحمل تسمية Adgas، مالكة لمصنع منتج للغاز الطبيعي المسال في الخليج العربي، لجأت الشركة للتحكيم في إنجلترا ضد المقاولين الرئيسيين بموجب عقد بناء دولي، مدعية أن أحد الخزانات الضخمة التي تم بناؤها لتخزين الغاز كان معيباً. وهذا ما أنكره المقاول الرئيسي ونفى مسؤوليته في ذلك، وحتى بوجود عيب في الصهاريج، فإن ذلك يقع على عاتق المقاول من الباطن الياباني، لتقوم شركة Adgas ببدء إجراءات تحكيم ضد المقاول الرئيسي

⁽¹⁾ محمد عبد المجيد إسماعيل، التحكيم في عقود الأشغال العامة ذات الطبيعة الدولية، الطبعة الأولى، دار القرار مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، 2018، ص 336-338.

⁽²⁾ Nana Adjoa Hackman, THE PROBLEM OF ARBITRATION AND MULTI-PARTY/MULTI-CONTRACT DISPUTES: IS COURT-ORDERED CONSOLIDATION AN ADEQUATE RESPONSE?, available at https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlawcepmlp_car13_5_612306438.pdf, Accessed: 2022-07-23 12:15.

أمام محكم وحيد في لندن، من جهة أخرى أقام المقاول الرئيسي إجراءات تحكيم منفصلة، في لندن أيضاً، ضد المقاول الياباني الفرعي.

وباعتبار إمكانية ضم المقاول من الباطن في الدعوى ودمج الدعاوى للنظر فيها أمام هيئة تحكيم واحدة ويفصل فيها أمام محكم واحد، غير أن شركة Adgas لم توافق على ضرورة إشراك المتعاقد الياباني من الباطن في التحكيم مع المقاول الرئيسي، لأن ذلك كان سيطيل الإجراءات ويعقدها. كما لم يوافق المقاول الياباني من الباطن على الإنضمام للدعوى. وهي تفضل إنتظار نتيجة التحكيم الرئيسي، لمعرفة ما إذا كانت هناك قضية للرد عليها أم لا.

عندما عرضت المسألة على محكمة الاستئناف الإنجليزية بشأن تعيين المحكم، صدر حكم عن المحكمة من القاضي المعروف بـ "Lord Denning"، أعرب فيه أنه كان من المناسب للأطراف أن تكون عمليات التحكيم قد تم دمجها والاستماع إليها كواحدة من أجل توفير الوقت والمال وأيضاً لتجنب أن ينتهي الأمر بأحكام غير متناسقة، غير أنه أشار إلى أن المحكمة ليس لديها سلطة توحيد عمليات التحكيم المنفصلة دون موافقة الأطراف المعنية.

"كما أشرنا كثيراً، هناك خطر في إجراء عمليتي تحكيم منفصلتين في قضية كهذه، قد تحصل على نتائج غير منسجمة إذا كان هناك محكمان منفصلان. وقد قيل هذا في كثير من الحالات... من غير المرغوب فيه أن تكون هناك نتائج غير منسجمة من قبل محكمين منفصلين حول نفس المسألة تقريباً، مثل العلاقة السببية، ومن الصائب جداً بذل كل جهد ممكن لتجنب مثل هذا الظرف"⁽¹⁾.

لذلك يشترط وجود نص يفيد اللجوء إلى هذا النوع الجديد من التحكيم المتعدد الأطراف، سواء إدراجه عند إبرام إتفاق التحكيم، أو أثناء سير العملية التحكيمية، سواء بالنسبة لرب العمل أو المقاول الرئيسي.

⁽¹⁾ "As we have often pointed out, there is a danger in having two separate arbitrations in a case like this. You might get inconsistent findings if there were two separate arbitrators. This has been said in many cases...it is most undesirable that there should be inconsistent findings by two separate arbitrators on virtually the self-same question, such as causation. It is very desirable that everything should be done to avoid such a circumstance".

ونميز بصدد مسألة ضم التحكيمات بين حالتين، بالنسبة للحالة الأولى التي يكون فيها إرتباط بين التحكيمات المدججة سواء من حيث الأطراف الذي يكونون هم أنفسهم، وهيئة تحكيم واحدة تنظر في النزاعين، فهنا لا مضار من دمج التحكيمات بعد طلب الأطراف ليتم إصدار حكم واحد فيها⁽¹⁾.

أما بخصوص الحالة الثانية والتي يكون فيها انفصال وإختلاف سواء من جهة أطراف الإتفاق، أو هيئة التحكيم، فهنا أجمع الفقه صعوبة تجسيد مسألة ضم التحكيمات من الناحية العملية، خصوصا في ظل غياب النصوص القانونية، وقد إقترح أحد الأساتذة حلا لهذا الإشكال بإمكانية وقف الإجراءات أمام إحدى هيئات التحكيم لحين الفصل والحسم في النزاع من طرف هيئة التحكيم الأخرى، وذلك إذا كان حل هذا النزاع مهم لحل النزاع الآخر أو قد يؤثر في حله⁽²⁾.

ويمكن تصور أكثر من صورة للضم، فيمكن ضم قضايا التحكيم المتعددة في قضية واحدة ليصدر حكم تحكيمي واحد منهى لكافة المنازعات المرتبطة، كما يمكن أن يتخذ الضم صورة أخرى بضم جلسات التحكيم للدعوى المتعددة بعقد جلسات المرافعة في وقت واحد والنظر فيها في وقت واحد وإصدار أحكام منفصلة فيها، أو عقد جلساتها في أوقات متقاربة، أو تعيين هيئة تحكيم مشتركة لتنظر في جميع الدعاوي المرتبطة وما تشمله من وقاع مشتركة، ويصدر أحكام منفصلة بذلك تضم حلولاً موحدة بشأن التحكيمات المتعددة المتشابهة⁽³⁾.

ثانيا: التكريس التشريعي والقضائي لمسألة ضم ودمج التحكيمات

على غرار مسألة التدخل والإدخال، فإن ضم الخصومات لم تحض بالتنظيم التشريعي خصوصا التشريع المصري والفرنسي وحتى الجزائري، بإستثناء بعض التشريعات، وهذا ربما راجع لحداثة هذا التوجه الذي لا زال لم يحظ بإهتمام تشريعي، يتوافق والأهمية العملية لهذا النوع من التحكيمات، في حين نجد قواعد ولوائح الصادرة عن مؤسسات ومراكز التحكيم قد تبنت هذا النوع من التحكيمات، وحتى قضاء التحكيم الذي كرس هذا التوجه الحديث.

(1) الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص 119.

(2) المرجع السابق، ص 120.

(3) عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 232.

فبالنسبة إلى التشريعات، نص القانون الهولندي على ضم التحكيمات من خلال المادة 1046 من قانون المرافعات الهولندي الصادر في 1986/12/01 فنص في الفقرة الأولى من المادة السابقة الذكر على: "1- إذا رفع أمام محكمة تحكيمية منعقدة في هولندا نزاع موضوعه مرتبط بنزاع عالق أمام محكمة تحكيمية أخرى منعقدة في هولندا، يمكن للطرف الأكثر عجلة أن يطلب من رئيس محكمة الدرجة الأولى في أمستردام أن يأمر بضم هاتين القضيتين وذلك ما لم يكون هناك إتفاق مخالف من الأطراف"⁽¹⁾.

ونص كذلك قانون التحكيم لبريطانيا لعام 1996 يطبق هذا القانون على إجراءات التحكيم التي تعقد في إنجلترا وويلز وأيرلندا الشمالية، عبر النص عن ضم الدعاوى التحكيمية وجلسات الإستماع المشتركة، فنص في المادة 35 من القانون السالف الذكر على ما يلي: "1) الأطراف أحرار في الإتفاق على ما يلي:

1- أن الدعوى التحكيمية سوف تضم مع غيرها من الدعاوى التحكيمية.

2- أو أنه ستعقد جلسات إستماع مشتركة. وذلك بنفس الشروط المتفق عليها.

2) إذا لم يتفق الأطراف على التعهد بمثل هذه السلطة للمحكمة التحكيمية، فإن المحكمة لا تملك سلطة الأمر بضم القضايا أو بعقد جلسات مشتركة"⁽²⁾، وما يلاحظ عن هذا النص هو ربط اللجوء إلى ضم قضايا التحكيم بإتفاق الأطراف، دون الإجبار على ذلك، وهذا ما يعتبر مسaire للطبيعة الإرادية والخاصة للتحكيم.

ومن الصور الحديثة التي يتخذها الضم والمنصوص عنها في قانون التحكيم البريطاني في النص السابق الذكر، ما تعلق بضم جلسات التحكيم في الدعاوى المرتبطة في جلسة أو جلسات إستماع مشتركة، دون الوقوع في جلسات إستماع متكررة حول نفس الوقائع والمناقشات الواقعة، ودون ضم الدعاوي ودمجها، فتبقى التحكيمات

⁽¹⁾ Article 1046 - Consolidation of Arbitral Proceedings "1- If arbitral proceedings have been commenced before an arbitral tribunal in the Netherlands concerning a subject matter of arbitral proceedings commenced before another arbitral tribunal in the NAETHERLANDS, any of the parties may, unless the parties have agreed otherwise, request the president of the District Court in Amsterdam to order a consolidation of the proceedings".

أنظر: أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم "مفهومه - أركانه وشروطه - نطاقه، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2013، ص 309-310.

⁽²⁾ Section 35: Consolidation of proceedings and concurrent hearings. "1-The parties are free to agree—

a-that the arbitral proceedings shall be consolidated with other arbitral proceedings, or

b-that concurrent hearings shall be held, on such terms as may be agreed.

2-Unless the parties agree to confer such power on the tribunal, the tribunal has no power to order consolidation of proceedings or concurrent hearings.

أنظر:

<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2020/05/Arbitration-Act-1996-England.pdf>.

مستقلة يصدر عنها أحكاما مستقلة كذلك، فيتم ضم الجلسات عن طريق عقد جلسات إستماع متزامنة أو مشتركة من قبل هيئات التحكيم المعنية من قبل الأطراف ربما للوقت والجهد والمال وتحقيقا لسرعة الفصل في النزاع، ويطلق على هذا النوع بضم الجلسات في التحكيم المتوازية أو المتزامنة⁽¹⁾.

أما بالنسبة للقواعد واللوائح الصادرة عن مؤسسات ومراكز التحكيم: فقد عاجلت قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس في تعديلها الجديد 2012 مسألة التحكيم المتعدد الأطراف وتعدد العقود، فنصت قواعد الغرفة في المادة 10 على جواز محكمة التحكيم التابعة للغرفة بناء على طلب أي من أطراف النزاع وإتفاق الأطراف على ضم دعوتين أو أكثر لتشكيل دعوى تحكيمية واحدة، خصوصا إذا كانت تربط الدعاوى إتفاق تحكيم واحد أو كانت الدعاوى مقامة بين نفس الأطراف وعلى النزاع نفسه شريطة توافق إتفاقات التحكيم فيما بينها، وجاء نص المادة 10 (1) على النحو التالي: "يجوز للمحكمة بناء على طلب أي من الأطراف، ضم دعوتين تحكيميتين أو أكثر من الدعاوى الجارية وفقا "للقواعد" في دعوى تحكيمية واحدة، وذلك:

أ- إتفاق الأطراف على الضم ؛ أو

ب- يتم إجراء جميع الطلبات في دعاوى التحكيم بموجب إتفاقية التحكيم نفسها ؛ أو

ج- عندما يتم تقديم الطلبات في التحكيم بموجب أكثر من إتفاق تحكيم واحد، وتكون دعاوى التحكيم مقامة بين نفس الأطراف، وتنشأ المنازعات في التحكيم فيما يتعلق بنفس العلاقة القانونية، وتجد المحكمة أن إتفاقيات التحكيم متوافقة فيما بينها.

عند النظر في ضم الدعاوى، يجوز للمحكمة أن تأخذ في الاعتبار أي ظروف تعتبرها ذات صلة، بما في ذلك ما إذا كان واحد أو أكثر من المحكمين قد تم تأكيده أو تعيينه في أكثر من دعوى من دعاوى التحكيم، وإذا كان الأمر كذلك، ما إذا كان نفس الأشخاص أو أشخاص مختلفين تم تأكيده أو تعيينه⁽²⁾، نفس الشيء

(1) أنظر: محمد جارد، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 58-60.

(2) تم تعديل قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس التي أصبحت سارية المفعول في 1 جانفي 2021، ومن أبرز التعديلات التي طرأت تتمثل في توسيع صلاحيات المحكمة لطلب الدمج، فعدلت المادة 10 من قواعد الغرفة، لتسمح بدمج القضايا في وجود أطراف مختلفة، وبموجب أكثر من إتفاق تحكيم واحد، كما أكدت المادة الجديدة المعدلة علة أنها تنطبق على المطالبات التي لم تتم بموجب نفس إتفاقية التحكيم أو الإتفاقات، وجاء نص المادة 10 على النحو الآتي: "يجوز للمحكمة، بناء على طلب أحد الأطراف، ضم اثنتين أو أكثر من دعاوى التحكيم الجارية وفقا للقواعد في دعوى تحكيمية واحدة، وذلك:

إتفاق الأطراف على الضم؛ أو

بالنسبة لقواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي المعدلة في 2020 نصّت في المادة 22 (A) (7) على إمكانية ضم دعاوى التحكيم التي لا يكون فيها الطرفين متماثلين، لكن نزاعاتهم تنشأ من نفس المعاملات، ونصّت على كل من الضم الإختياري والإجباري الذي يتم دون الحاجة للحصول على إتفاق الأطراف، كما نصّت نفس القواعد على صورة جديدة من ضم التحكيم التي يتم بإجراء عمليات التحكيم بالتزامن دون دمج هذه العمليات في عملية تحكيم واحدة، ونصّت نفس قواعد مركز لندن للتحكيم على دمج التحكيم في تحكيم واحد وفقاً لنص المادة 22 (A) (8)⁽¹⁾.

نفس الأمر نصّت عليه القواعد الخاصة بالمركز الدولي لتسوية المنازعات ICDR التابع للجمعية الأمريكية للتحكيم الدولي AAA، في تعديله الجديد لعام 2021، في المادة 9 (1) التي نصّت⁽²⁾: "بناءً على طلب أحد الأطراف أو بمبادرة منه، يجوز للمسؤول الإداري أن يعين محكم للدمج تكون لديه سلطة لدمج إثنيين أو أكثر من إجراءات التحكيم المنظورة وفقاً لهذه القواعد، أو وفقاً لقواعد أخرى مدارة عن طريق AAA أو الـ ICDR، في تحكيم واحد في حالة أن: أ- يكون الأطراف قد إتفقوا صراحة على الدمج؛ أو ب- أن تكون جميع الدعاوى والدعاوى المقابلة في إجراءات التحكيم مرفوعة تحت مظلة إتفاقية تحكيم واحدة؛ أو ج- أن تكون الدعاوى أو الدعاوى المقابلة أو إجراء المقاصة في إجراءات تحكيم مرفوعة تحت مظلة أكثر من إتفاقية تحكيم واحدة؛ وإجراءات التحكيم تتعلق بنفس الأطراف أو الأطراف ذات الصلة؛ المنازعات محل إجراءات التحكيم تتعلق بنفس العلاقة القانونية؛ ويرى محكم الدمج أن إتفاقيات التحكيم متجانسة"⁽³⁾.

ب يتم إجراء جميع الطلبات في التحكيم بموجب نفس إتفاقية التحكيم أو الإتفاقيات؛ أو ج الطلبات في التحكيم لا تتم بموجب نفس إتفاقية التحكيم أو الإتفاقيات، ولكن دعاوى التحكيم مقامة بين نفس الأطراف، وتنشأ المنازعات في التحكيم فيما يتعلق بنفس العلاقة القانونية، وتجد المحكمة أن إتفاقيات التحكيم متوافقة فيما بينها".
راجع:

<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2020/11/2021-ICC-Draft-Arbitration-Rules-Subject-to-Editorial-Corrections.pdf>.

⁽¹⁾ للإطلاع على نص المادة راجع:

https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx#Article%2022A

⁽²⁾ للإطلاع على نص المادة، راجع:

<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2021/03/2021-ICDR-Rules.pdf>.

⁽³⁾ أنظر أيضاً المادة 28 1 من قواعد مركز هونغ كونغ مونج للتحكيم الدولي 2013 "HKIAC"، والمادة 19 من قواعد التحكيم للجنة التحكيم الإقتصادي والتجاري الدولي الصينية 2014 "CIETAC"، والمادة 11 من قواعد معهد التحكيم لغرفة التجارة سنوكهولم 2010 "SCC".

على نفس النهج الذي إنتهجه مركز دبي للتحكيم الدولي لعام 2022 بخصوص ضم طرف أو أكثر للخصومة التحكيمية، فقد نصّت القواعد الجديدة لمركز التحكيم الدولي بدبي على السماح بضم ودمج التحكيمات في تحكيم واحد، وذلك في نص المادة 8 من القواعد المستحدثة التي أتاحت للطرف الراغب في بدء إجراءات التحكيم وفقاً لمركز دبي للتحكيم الدولي، أن يتقدم بطلب واحد بخصوص مطالبات متعددة تنشأ أو تكون متصلة بأكثر من إتفاق تحكيم، فيتحقق بذلك الدمج لأكثر من دعوى لتكون دعوى تحكيمية واحدة، بعد موافقة الأطراف بذلك⁽¹⁾.

أما بالنسبة للإجتهادات القضائية والتحكيمية، فمن أبرز هذه الإجتهادات التحكيمية الصادر في النزاع بين شركة أبو ظبي للغاز التي أقامت تحكيماً خاصاً ضد المقاول الرئيسي المتمثل في شركة المقاولات الأمريكية⁽²⁾، في لندن للمطالبة بإثبات مسؤولية المقاول الرئيسي الأمريكي نتيجة العيوب الموجودة على مستوى المنشأة المخصصة لحفظ الغاز، إلا أن المقاول الرئيسي الذي عهد العمل إلى مقاول من الباطن الياباني الجنسية الذي تولى بتوريد وتركيب هذه المنشأة، فنسب المقاول الرئيسي المسؤولية للمقاول الياباني.

لذلك ثار نزاعين يتضمن ثلاث أطراف، النزاع الأول بين شركة أبو ظبي والمقاول الرئيسي الشركة الأمريكية، والنزاع الثاني القائم بين الشركة الأمريكية والمقاول من الباطن الياباني الجنسية، وتقدم المقاول الرئيسي الأمريكي بطلب لضم التحكيمات وتعيين محكم واحد يحسم كلا النزاعين بحكم تحكيمي واحد، وهو ما إنتهت إليه المحكمة أنه من المستحسن أن يتم حسم المنازعات المتعددة بتحكيم واحد وإصدار حكم تحكيمي واحد تفادياً لتضارب الأحكام وجمع المنازعات المتفرقة⁽³⁾.

(1) للإطلاع على نص المادة 8 من قواعد مركز دبي للتحكيم الدولي لعام 2022، راجع:

<http://www.diac.ae/ideas/resource/Rules2022.pdf>

(2) للإطلاع على مجريات ووقائع النزاع، والحكم التحكيمي الصادر في النزاع Abu Dhabi Gas liquefaction co. Ltd. V. Eastern Bechtel corporation، راجع:

https://www.serbest.av.tr/dosyalar/dosya_12161_RL1020-Abu-Dhabi-Gas-Liquefaction-Co-Ltd-v-Eastern-Bechtel-Corp--Another.pdf

(3) محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 234-235.

ثالثا: أهمية التحكيم متعدد الأطراف في تسوية المنازعات والمشاكل التي يثيرها بهذا الصدد

تبرز مزايا هذا النوع من التحكيم المتعدد الأطراف والمتعلق بضم التحكيميات، في توفير الوقت والجهد والنفقات، عكس لو تم فتح تحكيم جديد بإجراءات جديدة، وكذلك يوفر ضم التحكيميات إقتصاد في الإجراءات ومنع قطع أواصل الخصومة بين الأطراف، كما أنها تضع بين يد هيئة التحكيم كافة المنازعات المرتبطة وما تتضمنه من وقائع وقواعد قانونية وهذا ما يمكنه أن يساهم في تنوير المحكمة بمختلف الجوانب المتعلقة بالنزاع المطروح أمامها، ويعزز اليقين لدى القاضي ليخلق طمأنينة لدى الأطراف في الحكم الصادر والفاصل في النزاع.

فعدم إدخال الغير في الخصومة يجعل الحكم الصادر محل شك سواء من جانب الأطراف أو هيئة التحكيم وحتى القضاء، فتولي هيئة تحكيمية واحدة للفصل في النزاع التي تصدر حكم تحكيمي واحد ينهي كافة المنازعات المرتبطة مما يكون هذا النوع من التحكيم الذي يجري بهذه الطريقة بواسطة الضم، أكثر تحقيقا للعدالة، من خلال منع إصدار أحكام متضاربة ومتناقضة لا تكون في صالح إصدار حكم تحكيمي عادل⁽¹⁾.

كذلك لا يخشى من ضم التحكيميات أي بطلان لأن الخصوم يتحاكمون بناء على شرط تحكيم يكون موافقا للقانون، ولإتحاد الأطراف والموضوعات محل الفصل فيها عن طريق التحكيم⁽²⁾، لذلك فلا شك أن مسألة ضم التحكيميات المتعددة وإدخال وضم الغير لا يمكن أن يكون إلا في صالح التحكيم التجاري الدولي، وهذا ما يظهر الإهتمام بهذا التوجه الحديث في إنتظار التأطير القانوني له وتنظيمه في مختلف القوانين التي تعنى بالتحكيم، وأيضا في الإتفاقيات الدولية ومختلف اللوائح وقواعد التحكيم.

بالرغم من تعدد مزايا التحكيم متعدد الأطراف، غير أنه يثير عدة إشكالات وصعوبات حال تطبيقه، فمسألة الضم ودمج التحكيميات حال تعددها أو إدخال أطراف إضافية للتحكيم يعتبر مخالف لمبدأ نسبية إتفاق التحكيم، الذي يقتضي أن تكون العلاقة محدودة بين أطرافه فلا تنصرف الآثار إلا لأطراف إتفاق التحكيم، لذلك فمن غير الجائز مثول أطراف أمام هيئة لم يتم إختيارها بإرادتهم، كما قد يجد الأشخاص أنفسهم أمام قانون لم يتم تعيينه شخصا من طرفهم، من هنا تثور الإشكالات المتعلقة بمسألة تعدد أطراف التحكيم نتيجة ضم

(1) عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 183.

(2) أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص 313.

التحكيمات في تحكيم واحد ليفصل في المنازعات هيئة تحكيم واحدة لتصدر حكم تحكيمي واحد يكون فاصلا ومسويا لكل المنازعات التي وقع ضمها.

كما يظهر الإشكال بخصوص مسألة ضم التحكيمات ودمجها، في تعارض مصالحتين أساسيتين، فتعارض المصلحة الخاصة للأطراف من خلال تغليب إرادتهم في النزاع وسير الإجراءات، وهذا إمتداد للطابع الإرادي للتحكيم الذي يقوم على مبدأ سلطان إرادة الأطراف، فيقع مسألة إختيار الأطراف للتعدد من عدمه لإرادتهم الحرة، فإذا ما أراد الأطراف حل المنازعات المتعلقة بهم مع بقاء التحكيمات منفصلة دون حاجة لضم أو دمج التحكيمات، فيقع على هيئة التحكيم الإلتزام بما إختارته إرادة الأطراف، دون إجبارهم على ضم التحكيمات ودمجها، أو حتى إدخال أطراف إضافية في الدعوى، أما المصلحة الثانية المتعارضة مع المصلحة الأولى المتعلقة بإرادة الأطراف، تتمثل في المصلحة المتعلقة بحسن سير العدالة، حيث يترتب على تغليبها والنظر في المنازعات المرتبطة مع بعضها البعض وإصدار حكم تحكيمي واحد، أو إدخال وتدخل أطراف إضافية في الدعوى التحكيمية، يساهم في تفادي إصدار أحكام متعارضة⁽¹⁾ لو تم الفصل في القضايا على أفراد وبشكل منفصل⁽²⁾.

ونعدد الإشكالات التي يثيرها التحكيم متعدد الأطراف في تسوية المنازعات، ونبرزها في النقاط التالية:

-إذا كان الضم الإختياري لا يثير أي إشكال بإعتباره إمتدادا للطبيعة الإرادية للتحكيم، إلا أن الإشكال يثور بصدد الضم الإجباري الذي يقع دون رضا الأطراف أو أحدهم ورغم معارضتهم لهذا الضم، فالضم الإلزامي للتحكيمات ينطوي على آثار سلبية تتعارض مع إعتبار التحكيم قضاء خاص أساسه مبدأ سلطان إرادة الأطراف، فلا يمكن القيام بإجراء دون رضا الأطراف، فالأطراف هم من يوقعون على إتفاق التحكيم واختيار هيئة التحكيم وتحديد إختصاصاتها وتعيين القواعد الموضوعية والإجرائية لسير النزاع...، لذا قد لا يحقق ضم التحكيميات مصلحة أطراف الخصومة، فقد تمس هذه العملية بسرية التحكيم، وأيضا لمكان التحكيم وهيئة التحكيم التي قد يتغير فيها المحكمين الذي وقع تعيينهم في إتفاق التحكيم وأيضا تغيير عددهم بالزيادة حسب القضايا التي ضمها وإتساع دائرة جلسات التحكيم، وتغيير القانون الواجب التطبيق، وصعوبة جمع أطراف

(1) يتمثل تعارض الأحكام في إمكانية إعادة رفع النزاع الصادر بشأنه حكم تحكيمي، إلى هيئة تحكيم أخرى أو إلى القضاء من جانب المتدخل، فيجعل احتمال صدور حكم آخر عن نفس النزاع الذي سبق النظر والفصل فيه وصدور حكم عنه، فنكون أمام عدة أحكام فاصلة في نفس النزاع والتي من المحتمل أن تكون متعارضة أو متناقضة، وهذا من شأنه تعطيل الوصول إلى حل وتسوية نهائية للنزاع.

(2) عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص15.

الخصومة المتعددون وهيئة التحكيم التي زاد عددها بفعل عملية ضم الدعاوي والجلسات في مكان واحد مع إختلاف موطن كل طرف ومكان تواجد المحكمين.

كما يشكل ضم القضايا عبء إضافي يثقل كاهل هيئة التحكيم الأمر الذي يؤثر في تسوية النزاع بما يعطل من إصدار حكم التحكيم، وهذا ما يتنافى مع خاصية السرعة في التحكيم التجاري. فضم التحكيمات قد يغير من إتفاق التحكيم الذي إتفق عليه الأطراف جذريا، وهذا ما لا يتفق مع خصوصية وطبيعة التحكيم الذي يقوم على مبدأ سلطان الإرادة، وما يقع على هيئة التحكيم أن تأخذ في إعتبارها ما يحقق مصلحة أطراف التحكيم، كل هذه الصعوبات والإشكالات تجعل حكم التحكيم الصادر محل شك يرجح من إحتمالية إبطاله وعدم الإعتراف به وتنفيذه، من خلال ما أشارت إليه المادة الخامسة من إتفاقية نيويورك المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام 1958، التي تنص على رفض الإعتراف بالحكم التحكيمي وعدم تنفيذه إذا ما تبين للطرف الصادر ضده الحكم وأثبت أن تشكيل هيئة التحكيم أو أن إجراءات التحكيم لم يكن وفقا لإتفاق الطرفين، أو لم تكن في حالة عدم وجود مثل هذا الإتفاق وفقا لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم، أو إذا تبين أن تنفيذ القرار الصادر في البلد الذي تم فيه ضم التحكيمات المتعددة باعتباره يحيز هذه العملية، غير قابل للتنفيذ في دولة أخرى لكون قانونها لا يسمح بالضم الإجباري للتحكيمات المتعددة⁽¹⁾.

كما يحمل ضم دعاوى وإجراءات التحكيم عديد الإشكالات والصعوبات الأخرى، فقد يؤدي ضم جلسات التحكيم في جلسة واحدة لصعوبة تسيير الجلسة لما تضمه من عدد كبير من الوقائع مما يجعلها متشابكة يصعب على هيئة التحكيم فرزها، كما قد يضم الجلسات إلى حدوث فوضى في المرافعات وتسيير الجلسة التي تتم في وقت ومكان واحد، لذلك ضم الجلسات قد يصعب من مهمة هيئة التحكيم في تسيير الجلسات التحكيمية والنظر في النزاع والفصل فيه.

كما أن زيادة عدد المحكمين قد يصعب من مأمورية الفصل في النزاع وإصدار حكم بمناسبته، كما أن سلبات هذا الضم تنتقل لتؤثر على إجراءات التحكيم، فقد يؤدي ضم جلسات التحكيم إلى إفشاء الأسرار المهنية التي تعتبر أحد أبرز عوامل لجوء الأطراف للتحكيم، فدخل أطراف إضافية عبر ضم الجلسات والدعاوي قد يؤدي لإفشاء أسرار أحد الخصوم.

(1) عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 186-188، ص 192.

أنظر المادة 5 (1) د-2، أ.

كما يقوم ضم التحكيم إلى الإخلال بأحد أبرز المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم المتمثلة في مبدأ المساواة، خاصة ما تعلق بتشكيل هيئة التحكيم الذي يشترك في هذه النقطة كل من تدخل وأدخل من الغير في خصومة التحكيم مما يشكل تعدد الأطراف صعوبة في تشكيل هيئة التحكيم، كما يؤدي ضم الدعاوي إلى الإخلال بإحترام مبدأ المواجهة الذي هو كذلك من بين المبادئ الرئيسية في التحكيم التي يترتب على الإخلال بها بطلان الحكم الصادر⁽¹⁾.

كما يثير التحكيم متعدد الأطراف إشكالات أخرى تتعلق بمسألة تشكيل هيئة التحكيم ووترية المحكمين، فبالنسبة لوترية عدد المحكمين، فينبغي أن تتشكل هيئة التحكيم من عدد وتري، فعند ضم أطراف جديدة مما يجعل احتمالية أن تتكون هيئة التحكيم من عدد زوجي وهذا ما يخالف قاعدة وترية هيئة التحكيم، أما بالنسبة للإشكالات المثارة فيما تعلق بتشكيل هيئة التحكيم فتعتبر من بين أكثر المسائل الشائكة في التحكيم متعدد الأطراف وإختيار هيئة التحكيم، نتيجة إعمال مبدأ المساواة في تعيين هيئة التحكيم الذي من شأنه أن يثير صعوبات عدة، بإعتباره من قواعد النظام العام التي ترتب بطلان حكم التحكيم حال مخالفة مبدأ المساواة بين أطراف الخصومة، فإذا كان في التحكيم العادي الذي يتكون من طرفين فيكون التشكيل الغالب هيئة تحكيم ثلاثية، يتولى المحتكم المدعي تعيين محكم، والمحتكم المدعي عليه تعيين محكم ثاني، ليختار المحكمان محكم ثالث يدعى بالمحكم المرجح، أما في التحكيم متعدد الأطراف فالأمر مختلف في إختيار هيئة تحكيم يتفق عليها الأطراف، وتحقق العدالة والمساواة في التحكيم، فالغالب لا يمكن تمكين كل طرف من الأطراف المنضمة لخصومة التحكيم من إختيار المحكم.

لذلك يستحيل تطبيق القاعدة المنصوص عنها في تشكيل هيئة التحكيم في الحالات العادية وفق قاعدة المساواة، نظرا لما يثور في ذلك من صعوبات وعراقيل جمة، وتظهر هذه الصعوبة في كون أن أغلب التحكيمات متعددة الأطراف تضم عشرات الأطراف، فيستحيل معه التطبيق العملي لقاعدة المساواة وتعيين كل طرف لمحكم خاصة في ظل تضارب مصالح الأطراف، مما يجعلنا أمام خصومة تحكيمية تتولى النظر والفصل من طرف عشرات المحكمين، فيكون عمل هيئة التحكيم مستحيلا ومعطلا للعملية التحكيمية لطول الإجراءات وعرقلة سيرها والبطء الشديد في التسوية والفصل في النزاع، وصعوبة إتخاذ القرارات وإصدار قرار تحكيمي، والزيادة المرتفعة للتكاليف ومصاريف التحكيم، وصعوبة التنسيق على مستوى الجلسات وتنظيمها وحسن سيرها، وصعوبة جمع الأطراف

(1) محمد جارد، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 65، 62.

وهيئة التحكيم في وقت ومكان واحد لاختلاف جنسية الأطراف والمحكمين وانتماء كل طرف لبلد معين، خصوصا وأنه قد يشهد التحكيم عشرات الجلسات للوصول إلى حكم فاصل في النزاع⁽¹⁾، وما زاد هذه المسألة صعوبة والافتقار لتنظيم قانوني لهذه المسألة.

أمام هذه الإشكالات المثارة قامت عدد التشريعات ومراكز التحكيم بإيجاد حلول لها، وذلك إضفاء فعالية أكبر لهذا النوع من التحكيم المتعدد الأطراف والوصول لتسوية فعالة للنزاع، بما يعزز ثقة الأطراف في هذا القضاء، وهذا ما سنبرزه فيما هو قادم.

فبخصوص صعوبة تشكيل هيئة التحكيم والحلول المعتمدة في سبيل تشكيل هيئة التحكيم، نفرد بالذكر أبرز قضيتين بهذا الخصوص، تتمثل القضية الأولى الشهيرة والمعروفة بقضية Dutco بسلطنة عمان⁽²⁾، الذي تولت غرفة التجارة الدولية بباريس تسوية هذا النزاع، وتتمثل وقائع هذه القضية في قيام شركة BKMI ألمانية الجنسية، بالدخول في إتفاق متعدد الأطراف مع كل من شركة Siemens الألمانية، وشركة Dutco المنشأة وفق قوانين أبو ظبي، لتنفيذ عقد تسليم مصنع إسمنت لرب العمل من سلطنة عمان، وتم إبرام شرط تحكيم يتضمن تسوية النزاع بواسطة التحكيم وفق قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس يتضمن تكوين هيئة تحكيم مكونة من ثلاثة أطراف، فتم تعيين محكم من طرف المحتكم شركة Dutco، أما المحتكم ضدهم الممثلتين في كل من شركة BKMI وشركة SIMENS لم يتمكنوا من الإتفاق على تعيين محكم واحد، لطلبهما تعيين محكم مستقل عن كل شركة، فقامت غرفة التجارة الدولية بطلب تعيين محكم واحد عن الشركتين معا، وهو ما تم بتعيين محكم واحد عن الشركتين المحتكم ضدهم مع إحتفاظهما بكامل حقوقهم في هذا التعيين، لتصدر هيئة التحكيم قرارها بصحة التحكيم متعدد الأطراف وبصحة هيئة التحكيم المشكلة طبقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، وذلك بالنظر لطبيعة إتفاق الكونسورتيوم بينهم التي يحتمل نشوب هذا النوع من المنازعات، كما ان إتفاق التحكيم عندما أشار إلى غرفة التجارة الدولية بباريس لم يستثنى التحكيم متعدد الأطراف، كما فسرت محكمة التحكيم أن حق كل طرف في إختيار هيئة التحكيم الوارد في المادة 2 4 من قواعد الغرفة ليس مطلقا وإنما هو قابل التنازل عنه، لذلك فضم التحكيم في إجراءات تحكيم واحدة وتولي هيئة التحكيم المشكلة وفقا لذلك لم

(1) وسيم عزيز، إدخال الغير في النزاع التحكيمي وامتداد الشرط التحكيمي إلى غير الموقعين عليه، مقال منشور في: <https://www.linkedin.com/> تاريخ الزيارة: 2022/05/22 12:20.

(2) للإطلاع أكثر على القضية راجع: محمد عبد المجيد إسماعيل، مرجع سابق، ص 340-342.

يخل بقواعد العدالة والمساواة ولا يمكن إعتباره خرقاً لقواعد النظام العام سواء الفرنسي أو قواعد النظام العام الدولي.

بعد صدور حكم التحكيم النهائي المشار إليه آنفاً، قامت كل من شركة BKMI وشركة SIMENS بالإستئناف أمام محكمة الإستئناف بباريس، هذه الأخير التي أصدرت حكماً لها في 5 ماي 1989⁽¹⁾، أيدت فيه حكم التحكيم الصادر عن الغرفة وقضت بصحة التحكيم متعدد الأطراف وكذلك تشكيل هيئة التحكيم الذي تم وفق قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس الذي لم يمس بمبدأ المساواة بين الأطراف في التحكيم رغم قيام الغرفة بتعيين محكم عن الأطراف المستأنفة لرفضهم القيام بذلك، ليتم بعد ذلك الطعن بالنقض أمام محكمة النقض الفرنسية من طرف كل من شركة BKMI وشركة SIMENS بالطعن بالنقض لدى المحكمة النقض الفرنسية، هذه الأخير وفي قرار صادر في 7 جانفي 1992 والمخالف لما هو صادر عن محكمة الإستئناف بباريس، أيدت إدعاءات كل من شركة BKMI وشركة SIMENS، وألغت حكم التحكيم بإعتباره مخالفاً لنظام العام ولبدأ العدالة والمساواة، وهذا المبدأ لا يمكن التنازل عنه من الأطراف مقدماً، إلا بعد نشوء النزاع⁽²⁾، وأشار الفقه إلى أن القرار الصادر من محكمة النقض الفرنسية لا يعتبر سليماً خاصة بعد إقرار مختلف التشريعات وقواعد التحكيم أحكام متعلقة بحل الإشكالات المتعلقة بتعيين هيئة التحكيم مع إحترام مبدأ المساواة بين الأطراف في تعيين المحكمين⁽³⁾.

وشكل قرار محكمة النقض الفرنسية نقلة نوعية بالنسبة لمسألة المثارة بصدد تعيين هيئة التحكيم في التحكيم متعدد الأطراف، والطريقة التي تتم بموجبها تحقيق المساواة عند هذا التعيين، فكان القرار الصادر بوابة لتعديل

⁽¹⁾ Cour d'appel de Paris, 1989-05-05, du 5 mai 1989.

⁽²⁾ BKMI Industrienlagen GmbH et Siemens AG v Dutco Construction Bull. Civ. 1 No 2, decision of the Chambre Civile 1 of the Cour de Cassation of 7th January 1992, publie par: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007028100/> . Accessed: 10/12/2022, 20 :00.

علق على هذا الحكم:

Dévolvé J, « Multipartism: the Dutco Decision of the French Cour de cassation », Arbitration International, Volume 9, Issue 2, June 1, 1993, Pages 197–202.

⁽³⁾ Christophe Seraglini, Jérôme Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, LGDJ, 2eédition, at para, P.770.

نقلا عن:

Akin Gump International Arbitration Alert, October 21, 2020, "Party Nomination of Arbitrators: Égalité of Parties and the 'Dutco Principle'", publie par <https://www.akingump.com/a/web/88WiuzFS1b2idm1hd4fzMF/2kYw85/party-nomination-of-arbitrators.pdf> . Accessed: 10/12/2022, 21:00.

قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس في حالة عدم إتفاق الأطراف المتعددون على تعيين هيئة التحكيم، تتدخل محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس تعيين جميع أعضاء هيئة التحكيم، بما فيها المحكم المرجح الذي يتأسس هيئة التحكيم. وإتبع هذا المسار المنتهج كل من محكمة لندن للتحكيم الدولي وجمعية التحكيم الأمريكية، لذلك وفق هذه المراكز أضحى لها سلطة كاملة في تعيين هيئة التحكيم حال عدم إتفاق الأطراف على تشكيلها.

وفي قضية أخرى جمعت PT Ventures v. Vidatel⁽¹⁾، قضت المحكمة العليا لجزر فيرجين البريطانية بأن غرفة التجارة الدولية كانت على صواب في تعيين جميع المحكمين الخمسة لأن شرط التحكيم يخالف مبدأ المساواة في القانون الفرنسي.

واعتبرت المحكمة العليا في جزر فيرجن البريطانية، أنه ينبغي إعتبار المدعى عليهم الثلاثة، طرفا واحدا بالنظر لتقارب المصالح، وحيث أنه لو طبق شرط التحكيم كما هو منصوص عليه حرفيا لأعتبر ذلك خرقا لمبدأ المساواة والعدالة المشار إليه سابقا، لأن المدعي في الخصومة التحكيمية كان سيعين محكما واحدا، بينما المدعى عليهم سيعينون ثلاث محكمين⁽²⁾.

وتعود حيثيات هذا النزاع ووقائعه، إلى وجود أربع شركات تمتلك الأسهم في شركة يونيتيل Unitel، كل منهم يمتلك الربع: PT Ventures PTV 1، وهي شركة برتغالية؛ 2 شركة Vidatel، وهي شركة تابعة لشركة BVI؛ 3 شركة Geni SARL، وهي شركة أنغولية؛ 4 شركة Mercury Serviços de Telecomunicações SARL، وهي شركة أنغولية أخرى.

إحتفظ المساهمون الأربعة بأسهمهم بموجب إتفاقية المساهمين اعتباراً من 15 ديسمبر 2000. وفيما يلي نص البند 16 من إتفاق المساهمين:

"1-16 أي مطالبة أو نزاع أو مسألة أخرى معنية بين الطرفين فيما يتعلق بهذا الإتفاق أو ناشئة بمقتضاه أو الإخلال به، يتم اللجوء لحلها عن طريق التحكيم بفريق مؤلف من خمسة [5] محكمين، يعين كل طرف محكم

⁽¹⁾ PT Ventures SGPS SA v Vidatel Ltd BVIHC COM 2015/0017 and 2019/0067, 13 August 2020.

للإطلاع كاملاً للحكم، أنظر:

<https://www.eccourts.org/pt-ventures-sgps-sa-v-vidatel-ltd-5/>

⁽²⁾ PT Ventures SGPS SA v. Vidatel Ltd BVIHC COM 2015/0017 and 2019/0067, 13 August 2020, at para -105 106.

واحد، والخامس يعينه المحكمون الأربعة الآخرون، وإذا لم يتم التوصل إلى إتفاق بين المحكمين المعيّنين من قبل الأطراف، يتم تعيين المحكم المستقل من قبل الرئيس في الوقت الحالي لغرفة التجارة الدولية. ويكون هذا التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية. يجب إجراء أي تحكيم من هذا القبيل باللغة الإنجليزية في باريس.

16-2 يكون للمحكم المستقل صوت مرجح⁽¹⁾.

وتعود وقائع النزاع الذي نشب، بعد إعلان شركة Unitel توزيع الأرباح كل عام، ولكن بسبب التأخير في دفع أرباح الأسهم بالعملة الصعبة، لم تتلق الشركة PTV أي مدفوعات أرباح من 2012 إلى 2019 رفضت قبول الدفع بالعملة الأنغولية المحلية، وفي عام 2014، رفض ثلاثة مساهمين التصويت على مجلس إدارة شركة Unitel، ومديرها المرشح من قبل PTV، واشتكى PTV من إنتهاك المساهمين الآخرين للإتفاقية وإساءة استخدام سيطرتهم على مجلس الإدارة لمنع Unitel من دفع الأرباح لشركة PTV.

في أكتوبر 2015، قدمت شركة PTV طلب تحكيم إلى غرفة التجارة الدولية بباريس؛ وكان مقر التحكيم في باريس، وكانت شركة PTV قد ذكرت أنه إذا تم تشكيل هيئة التحكيم وفقا للمادة 16 من إتفاقية المساهمين، حيث تقوم كل من الشركات: PTV و Vidatel و Mercury و Geni بترشيح محكم واحد، فإن هذا من شأنه أن يخالف شرط المساواة لأنه سيعني محكما واحدا "ضد" ثلاثة، وبالتالي دعت شركة PTV غرفة التجارة الدولية بباريس لتعيين جميع المحكمين، بالإتفاق مع المسمى جاروسون الشاهد الخبير في PTV، قامت غرفة التجارة الدولية بباريس باختيارها جميع المحكمين الخمسة.

في فيفري 2019، أصدرت هيئة التحكيم قرارها بمنح PTV حوالي 650 مليون دولار أمريكي لشركة PTV فيما يتعلق بتخفيض قيمة أسهم PTV في Unitel والأرباح غير المسددة المستحقة لشركة PTV⁽²⁾.

⁽¹⁾ "16.1 Any claim, dispute or other matter in question between the Parties with respect to or arising under this Agreement or the breach thereof, shall be decided by arbitration, by a panel of five [5] arbitrators, one to be designated by each Party, and the fifth one to be designated by the other four arbitrators, provided, however, that if no agreement between the arbitrators designated by the Parties is reached, the independent arbitrator shall be designated by the President for the time being of the International Chamber of Commerce. Such arbitration shall be in accordance with Rules of the International Chamber of Commerce. Any such arbitration shall be conducted in English in Paris.

16.2 The independent arbitrator shall have a casting vote".

⁽²⁾ تم إستخلاص وقائع القضية من: https://www.akingump.com/en/news-insights/party-nomination-of-arbitrators-egalite-of-parties-and-the-dutco-principle.html#_ftnref23.

في ماي 2019، سعت PTV إلى تنفيذ قرار التحكيم ضد Vidatel أمام محكمة فيرجين التجارية ببريطانيا، وفقاً للمادتين 81 و 84 من قانون التحكيم لعام 2013⁽¹⁾، اللذان يمنحان ذلك بقوة القانون لإتفاقية نيويورك.

في جوان 2019، قدمت شركة Vidatel طلب إلغاء حكم التحكيم أمام محكمة الاستئناف الفرنسية في باريس⁽²⁾، على أساس الإدعاء بأن المشار إليها في حكم محكمة جزر فيرجن البريطانية باسم "دفاعات باريس": 1- لم يتم تشكيل هيئة التحكيم بشكل صحيح بحيث يكون قرار التحكيم باطلاً؛ و 2- إثنان من المحكمين الخمسة لم يكونوا مستقلين⁽³⁾.

فبالنسبة لوجه الدفاع الأول الذي أثارته شركة Vidatel، أن هيئة التحكيم لم يتم تشكيلها بشكل صحيح وفقاً لما نصّت عنه الإتفاقية المبرمة ولنصوص القانون، فبموجب المادة 86 من قانون التحكيم في جزر فيرجن البريطانية، والذي يحدد قائمة للحالات التي يتم فيها رفض تنفيذ قرار التحكيم الصادر وفقاً لإتفاقية نيويورك، بالخصوص ما نص في المادة 86 (2) (e): "على أنه يجوز رفض تنفيذ قرار تحكيم الإتفاقية إذا أثبت الشخص الذي تم الاحتجاج به ضده أنه: لم يكن تكوين سلطة التحكيم [...] وفقاً لإتفاق الطرفين، أو إذا لم يكن هناك إتفاق"⁽⁴⁾، وأيضاً بموجب القانون الفرنسي، وفقاً لنص المادة 1520 قانون الإجراءات المدنية الفرنسية، يمكن لأحد الأطراف التقدم بطلب للإلغاء إذا: تم تشكيل هيئة التحكيم بشكل غير نظامي، أو إذا كان الاعتراف بقرار التحكيم أو تنفيذه مخالفاً للنظام العام الدولي"⁽⁵⁾.

فمحكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية كانت مخطئة في تعيين جميع المحكمين الخمسة نفسها بدلاً من قبول المحكمين الأربعة المعيّنين من قبل الأطراف الأربعة طبقاً لما نصّت عنه إتفاقية المساهمين على أن يكون

⁽¹⁾ Act No. 13 of 2013, Laws of the Virgin Islands.

⁽²⁾ بموجب القانون الفرنسي، فإن الطلبات التي تسعى لإلغاء قرارات التحكيم الصادرة عن هيئة التحكيم المنعقدة في باريس تقع ضمن الاختصاص القضائي الحصري لمحكمة الاستئناف في باريس المادة 1519 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية.

⁽³⁾ 1-The arbitral tribunal was not properly constituted so that the Award is a nullity; and

2-Two of the five arbitrators were not independent.

⁽⁴⁾ Section 862e: provides that the enforcement of a Convention award may be refused if the person against whom it is invoked proves that "the composition of the arbitral authority [...] was not in accordance with the agreement of the parties, or if there was no agreement".

⁽⁵⁾ Article 1520 of the French Code of Civil Procedure CCP, one party can apply for an annulment if "the arbitral tribunal has been irregularly constituted" or if "the recognition or enforcement of the award is contrary to international public policy".

الخامس تم إختيارهم من قبل المحكمين الآخرين، بما يتماشى مع مبدأ المساواة، كما إدعت شركة Vidatel أن إثنيين من المحكمين لم يكونا محايدين أو مستقلين بسبب فشلهما على الإفصاح عن علاقات مزعومة مع الشركة PTV المتنازع معها⁽¹⁾.

لذلك قضت المحكمة العليا لجزر فيرجين البريطانية في القرار الذي أصدرته في أوت 2020، بتنفيذ قرار التحكيم في جزر فيرجن البريطانية الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس، مبررة ذلك بأن كل من الشركات الثلاث Vidatel, Mercury, Geni المدعى عليهم، يعتبرون طرفا واحدا بالنظر لتقارب المصالح، بحيث لو تم السماح لمحكمة غرفة التجارة الدولية لكل طرف من الأطراف الأربعة بتعيين محكم لكل منهم، لكان هناك خرق لـ "مبدأ المساواة"، فرأت محكمة جزر فيرجن البريطانية أن غرفة التجارة الدولية كانت محقة في تعيين جميع أعضاء هيئة التحكيم الخمسة⁽²⁾.

إذا كانت المحكمة العليا لجزر فيرجين البريطانية مسائرة للتطور الحديث فيما يخص تدخل الغير في التحكيم المتعدد الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم، أما بخصوص الإستئناف الذي قامت به شركة vidatel للمطالبة بإلغاء حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس، فكان قرار محكمة الإستئناف بباريس موافقا لما صدر عن المحكمة العليا لفيرجين بريطانيا.

أين أصدرت محكمة الإستئناف بباريس في 26 جانفي 2021 قرار لها بخصوص الإستئناف الذي تقدمت به شركة Vidatel⁽³⁾، أين رفضت طلب الإلغاء، بحجة بأن القضاة في غرفة التجارة الدولية بباريس مخولة بالفعل بموجب المادة 1453 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية لحل هذا النزاع وفقا لقواعد الغرفة المادة 11 (6) و 12 (8) و 41 من قواعد غرفة التجارة الدولية لعام 2012 ومبادئ النظام العام والمساواة بين الأطراف. في حين أنه ربما تمت صياغة إتفاقية التحكيم للامتنال لمبدأ المساواة بين أطراف العقد في حالة حدوث نزاع، كما رأت المحكمة أن محكمة غرفة التجارة الدولية كانت صائبة في تعيين جميع الأعضاء الخمسة المكونة لهيئة التحكيم، لأن السماح لكل طرف بتعيين المحكم الخاص به، على النحو المنصوص عليه في إتفاقية التحكيم، كان من شأنه

⁽¹⁾ PT Ventures SGPS SA v. Vidatel Ltd BVIHC COM 2015/0017 and 2019/0067, August 13, 2020, at para. 4.

⁽²⁾ للإطلاع على الحكم كاملا، أنظر:

<https://www.eccourts.org/pt-ventures-sgps-sa-v-vidatel-ltd-5/#>

⁽³⁾ Paris Court of Appeal, 26 January 2021, 19/10666, Vidatel Ltd v PT Ventures SGPS SA judgment.

أن يمنح المدعى عليهم الثلاثة ميزة غير عادلة مما يعتبر ذلك إنتهاك لمبادئ النظام العام والمساواة بين الأطراف المحكّمة، إضافة إلى ذلك، رفضت المحكمة إدعاء شركة Vidatel بأن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس قد تجاوزت اختصاصها في تعيين هيئة التحكيم. كما قضت أيضا محكمة الاستئناف بباريس بأن الوقائع التي لم يكشف عنها اثنان من المحكمين لا تؤدي إلى تضارب في المصالح ولا يمس بحياد واستقلالية المحكمين، وكان على شركة Vidatel أن تثير هذه القضايا في وقت سابق⁽¹⁾.

وتجاوزا لهذه الإشكالات المثارة فإنه يجب إحالة تشكيل هيئة التحكيم في حال التحكيم متعدد الأطراف، إلى محكمة التحكيم أو إلى القضاء، دون أن يكون لأي طرف أي دور في هذا التعيين وهذا تجاوز للإشكالات المثارة سابقا بخصوص كيفية تشكيل هيئة التحكيم وعدم إتفاق الأطراف على التعيين أو كيفية تشكيل هيئة التحكيم، وهذا الحل هو ما تبنته العديد من القوانين ولوائح وقواعد التحكيم، مثلما أكدته قانون التحكيم الفرنسي الجديد الصادر في 16 جانفي 2011⁽²⁾ في المادة 1453 قانون الإجراءات المدنية الفرنسية وذلك بنصبها على تولي مؤسسة التحكيم أو القضاء مهمة تعيين هيئة التحكيم بأكملها إذا ما اختلف الأطراف في تعيين المحكمين، وأيضا ما نصّت عنه مختلف قواعد مراكز ومؤسسات التحكيم المادة 12 من قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس، والمادة 17 من قواعد غرفة التجارة الدولية بستوكهولم، والمادة 9 من قواعد مركز التحكيم في سنغافورة، والمادة 13 من قواعد مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي، والمادة 8 مكرر من لائحة تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وأجمعت مختلف هذه المواد في حالة عدم تولي الأطراف في التحكيم متعدد الأطراف على تعيين المحكمين أو على كيفية التشكيل، تتولى محكمة التحكيم تعيين جميع أعضاء هيئة التحكيم بما فيهم رئيس هيئة التحكيم، ويستثنى من النصوص قواعد الجمعية الأمريكية للتحكيم، التي تعتمد على طريقة إقصاء المحكمين الغير المرغوب فيهم، بعد تقديم قائمة المحكمين للأطراف المتعديدين الذين يقومون

(1) للإطلاع على الحكم الصادر عن محكمة الإستئناف بباريس، راجع:

https://files.lbr.cloud/public/202101/DECISION%20PT%20VENTURES.PDF?eeI7tRreimszvgx6f_JN7KdhfHmKyDIU=

(2) قانون رقم 48-2011.

باستبعاد المحكمين الغير مرغوب فيهم لتولي مهمة الفصل في النزاع، لتقوم بعد ذلك الجمعية باختيار الأسماء الغير مستبعدة من قبل الأطراف⁽¹⁾.

فتجاوز للإشكالات التي يثيرها هذا الاختيار، يجب على الأطراف أن تختار كيفية تشكيل هيئة التحكيم عبر الإتفاق المسبق عند إبرام إتفاق التحكيم بغض النظر عن تعدد الأطراف في النزاع أو عدد التحكيمات التي تم دمجها، ولا شك أن طريقة التعيين هذه توفر العديد من المزايا والإيجابيات من سرعة سريان العملية التحكيمية، وتفادي أي تعطيل أو مفاجأة قد تسبب في نفس عملية التحكيم.

وتوجه الفقه إلى حصر وتقييد اللجوء إلى ضم التحكيمات بإتفاق الأطراف عليه، فضم التحكيمات مرهون برغبة أطراف الخصومة باعتبارهم أصحاب النزاع وهو من لجئوا إلى التحكيم بداية لتسوية النزاع، لذلك لا يمكن فرض اللجوء إلى ضم التحكيمات بما قد يجدون أنفسهم أمام قواعد قانونية وإجراءات لم يحدوها، وهيئة تحكيم لم يشاركوا في تعيينها، ومكان التحكيم لم يحدد في إتفاق التحكيم، وإتفاق تحكيم لم يرموه بإرادتهم الحرة، لذلك فاللجوء إلى ضم التحكيمات المعروض عليها حل المنازعات الناشئة عن تعاملاتهم المرتبطة يرجع إلى رغبة الأطراف واختيارهم له، وإتفاقهم عليه سواء عند إبرام إتفاق التحكيم أو أثناء سير الدعوى، فيقع عليهم الإتفاق على تشكيل هيئة التحكيم من جديد بعد ضم التحكيمات والإتفاق على كافة الإجراءات الجديدة، أو أن يحيلوا تنظيم هذه المسألة إلى هيئة التحكيم التي تتولى هي القيام بذلك أو إلى مركز تحكيم معين، أو إلى قواعد ولوائح تحكيمية تنظم مسألة ضم التحكيمات⁽²⁾.

وتبقى الوقاية خير من ألف علاج، وذلك بإدراج اللجوء إلى التحكيم متعدد الأطراف في شرط التحكيم المبرم بين الأطراف لتأكيد قبول جميع الأطراف لهذا النوع من التحكيم سواء بالإشارة الصريحة أو الضمنية له، ولا مجال لإجبار أي شخص على إدخاله في خصومة تحكيم متعدد الأطراف إذا لم يوقع على إتفاقية التحكيم أو إقراره للتدخل، ويرجع الإهتمام بصياغة إتفاق التحكيم باعتبارها المرجع الأول لتجاوز أي إشكال يعترض التحكيم

(1) أنظر المادة 11 (4): إذا كان هناك أكثر من طرفين في التحكيم، فإن الجمعية الأمريكية للتحكيم سوف تقدم للأطراف قائمة بأسماء تساوي عدد الأطراف + واحد، ومن حق كل طرف أن يستبعد محكما من القائمة... ويجب ممارسة حق الإستبعاد خلال ثمانية أيام من تاريخ إرسال قائمة المحكمين بالبريد بمعرفة الجمعية الأمريكية للتحكيم، ويجب أن تختار الجمعية الأمريكية للتحكيم المحكم من بين المحكمين الموجودين في القائمة، ولن يمارس أي محكم العمل في أكثر من 25 تحكما من هذا القبيل خلال العام الميلادي".

أنظر: عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 215-216.

(2) المرجع السابق، ص 192.

متعدد الأطراف، فهو الدستور الذي ينظم العلاقات بين أطراف الخصومة، فيقع على الأطراف الإهتمام بالصياغة الجيدة لإتفاق التحكيم سواء من حيث حسن إختيار قانون الواجب التطبيق على النزاع وعلى إجراءات التحكيم، والاختيار الجيد للإجراءات المتبعة لتسوية النزاع، وأيضاً في إختيار الأطراف لمكان التحكيم باعتباره ينعكس ذلك في تدخل قضاء الدولة الذي يجري على إقليمه التحكيم سواء تدخله الرقابي أو تدخله المساعد في العملية التحكيمية.

المطلب الثاني

تحكيم الطوارئ

إن من بين الابتكارات والتوجهات الحديثة في قضاء التحكيم هو إستحداث التحكيم الإستعجالي أو ما يعرف بتحكيم الطوارئ الذي يعتبر آلية مستحدثة وبديلة تتيح اللجوء إلى التحكيم في الأمور المستعجلة والطارئة التي تطلب حلول وقتية وطارئة لتطبيق التدابير الوقائية والإستعجالية، وبذلك جاء هذا النظام الحديث مواكبا لمتطلبات الفصل في النزاع بالسرعة المطلوبة.

ومعالجة هذا الموضوع يتطلب منا تعريف تحكيم الطوارئ الفرع الأول، وتكريس تحكيم الطوارئ في ظل القواعد القانونية للتحكيم الفرع الثاني، يليها التطرق لأهمية هذا النوع من التحكيم الفرع الثالث، وفي الأخير التطرق لمحكم الطوارئ الفرع الرابع.

الفرع الأول: تعريف تحكيم الطوارئ

برز التحكيم التجاري الطارئ الذي يعتبر في الأصل تحكيم مؤسسي، يتفق من خلاله الأطراف بعد اللجوء إلى مركز التحكيم لمواجهة حالات الإستعجال الطارئة وحالات الضرورة التي تواجه الأطراف قبل تشكيل هيئة التحكيم أو تأخر تشكيلها لسبب معين، فيستلزم الوضع إستعجال في إتخاذ التدابير الخاصة والإجراءات المؤقتة بشكل سريع لا يمكن معه الإنتظار لحين تشكيل هيئة التحكيم التي تتولى الفصل في النزاع⁽¹⁾.

(1) مصطفى ناطق صالح مطلوب، التطبيق الذاتي أو الإتفاقي لقواعد التحكيم التجاري الطارئ دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 3، العدد 2، الجزء 2، 2019، ص 23.

ولإصدار التدابير الوقائية أو التحفظية يكون أمام الأطراف الحرية إما الانتظار لحين تشكيل هيئة التحكيم لتصدر بعدها التدابير الوقائية أو التحفظية إذا كان القانون أو الاتفاق يخول لها هذا الاختصاص، وإما أن يكون لها اللجوء إلى قانون القاضي الوطني إذا كان قانون القاضي يخول له هذا الاختصاص، وقد سبق التطرق لكلا الاختيارين سواء بالنسبة لسلطة هيئة التحكيم في إتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية أو إختصاص القضاء الوطني وذلك في الفصل الثالث من الباب الأول، غير أنه بالنسبة لتحويل هيئة التحكيم إصدار التدابير الوقائية والتحفظية يحمل عقبات عدة أبرزها أن أطراف النزاع التي بحاجة للحصول على تدابير وقائية وتحفظية تقع عقبة في وجوههم تشكيل هيئة التحكيم الذي قد يأخذ فترة زمنية أطول مما قد تنعدم معه الفائدة من إصدار هذه التدابير الطارئة، فتتعدى بذلك مصلحته في إصدار هذه التدابير والحماية المؤقتة له، ويكون الضرر قد وقع بالفعل وليس محتمل الوقوع⁽¹⁾، مما يكون الفصل في تدابير الإستعجال غير مجدي⁽²⁾.

نفس الشيء بالنسبة للقضاء الوطني الذي يحمل هو كذلك العديد من العوائق التي تسعى الأطراف إلى إبرام إتفاق التحكيم هروبا من القضاء الوطني وإجراءاته وتطبيق القواعد القانونية لدولة القاضي، وأيضا لما يحمله من عيوب كالعلنية وتعقيدات إجراءاته والبطء الشديد في الفصل في القضايا وأيضا لعدم حياديته في القضايا التي تكون فيها الدولة المضيفة طالبة التدبير والتي يجري على مستوى قضائها الفصل فيه أمام طرف أجنبي الذي قد يكون المستثمر في منازعات الإستثمار⁽³⁾.

أمام هذه الإشكالات برز توجه جديد لدى معظم مؤسسات التحكيم وفي القوانين الدولية إلى إستحداث آلية جديدة لمواجهة الحالات الطارئة وحالات الإستعجال التي قد تواجه الأطراف قبل تشكيل هيئة التحكيم، والتي يطلق عليها بتحكيم الطوارئ والتي تخول تعيين طرف ثالث محايد ومستقل عن الأطراف يطلق عليه بمحكم الطوارئ والذي يتولى إصدار التدابير الوقائية أو التحفظية، بذلك يعتبر التحكيم الطارئ آلية مستحدثة وبديلة لتطبيق التدابير الوقائية والإستعجالية.

(1) أحمد عبد المنعم أبو زنت، تحكيم الطوارئ، مقال منشور على موقع: LAW JO، تمت الإسترداد يوم 2022/08/21، على الرابط:

<http://www.lawjo.net/vb/showthread.php?41365> تاريخ الزيارة 2022/09/20، 12:00.

(2) أحمد سيد أحمد محمود، تحكيم الطوارئ في منازعات الإستثمار، 2015، مقال منشور على منصة Academia، تم المراجعة يوم 2022/08/19، على

الرابط: <https://www.academia.edu/>، ص2. تاريخ الزيارة: 2022/09/20، 13:30.

(3) أحمد سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص3.

ويتضمن التحكيم التجاري الطارئ، لإجراءات تحكيم خاصة، والخصوصية التي يحملها هذا النوع من التحكيم يجعله مشابه للقضاء الاستعجالي ولنظام حكم الإجراءات الوقتية على مستوى القضاء العادي.

وأخذ المشرع الجزائري بنظام القضاء المستعجل للقضاء العادي، التي يتخذها قاضي الأمور الاستعجالية للتدابير الاستعجالية المؤقتة، ونص على هذه الآلية قانون الإجراءات المدنية والإدارية في نص المادة 299.

وكانت المذكرة التفسيرية لقواعد الأونسيترال للتحكيم المعجل قد عرفت التحكيم المعجل بأنه "إجراء مرشد ومبسط ينفذ في غضون مدة أقصر، ويتيح للأطراف الوصول إلى تسوية نهائية للمنازعة بطريقة فعالة من حيث التكلفة والوقت"، وعرف بأنه مجموعة من القواعد التي يتفق عليها الأطراف من أجل التحكيم المعجل. الملاحظ من هذا التعريف تركيزه على المزايا الأساسية لهذا النوع من التحكيم من تنفيذ الإجراء المعجل في أقصر مدة، وفعاليته من حيث توفير التكلفة والوقت، واشترط لقيامه الموافقة الصريحة من الأطراف على القواعد المعجلة للتحكيم.

وإتفاق الأطراف قد يكون قبل النزاع أو بعده، وهذا ما يفهم من البند النموذجي المرفق بقواعد الأونسيترال للتحكيم المعجل.

وكانت قواعد الأونسيترال قد عدت الحالات التي يمكن من خلالها أن تأمر بموجبه هيئة التحكيم الأطراف بإتخاذ تدبير مؤقت قبل إصدار القرار الذي يفصل نهائيا في النزاع، وهذا ما نصت عليه في المادة 26 من قواعد الأونسيترال التي جاء فيها: "التدبير المؤقت هو أي تدبير مؤقت، تأمر بمقتضاه هيئة التحكيم أحد الطرفين، في أي وقت يسبق إصدار قرار التحكيم الذي يفصل نهائيا في النزاع، أن يقوم، على سبيل المثال لا الحصر، بأي مما يلي:

- أن يبقى الحال على ما هو عليه أو يعيده إلى ما كان عليه إلى حين الفصل في النزاع، أو

- أن يتخذ إجراء ينع حدوث ضرر حالي أو وشيك أو مساس بعملية التحكيم نفسها، أو أن يمتنع عن إتخاذ إجراء يحتمل أن يسبب ذلك الضرر أو المساس،

- أن يوفر وسيلة للمحافظة على الموجودات التي يمكن بواسطتها تنفيذ قرار لاحق، أو

- أن يحافظ على الأدلة التي قد تكون هامة وجوهرية في حال النزاع".

الفرع الثاني: تحكيم الطوارئ في ظل القواعد القانونية للتحكيم

سنت العديد من مؤسسات التحكيم والقوانين الدولية قواعد تنظم تحكيم الطوارئ التي تمكن الأطراف من اللجوء إلى هذا النوع لاستصدار تدابير إستعجالية قبل تشكيل هيئة التحكيم، وفيما يلي نورد أبرز هذه القوانين والقواعد المؤسسية:

نسخة 2021 من قواعد الأونسيترال للتحكيم التي تتضمن قواعد الأونسيترال للتحكيم المعجل التي بدأ سريانها في 19 سبتمبر 2021، وتم إضافة فقرة جديدة من المادة الأولى التي تم النص على إدراج القواعد المعجلة، كتذييل لقواعد الأونسيترال للتحكيم، وجاء نص المادة 1 (5) على النحو التالي: "5-تطبق القواعد المتعلقة بالتحكيم المعجل الواردة في التذييل على التحكيم إذا إتفق الأطراف على ذلك"، وهذه القواعد المعجلة لا تطبق على التحكيم إلا بعد موافقة صريحة من أطراف التحكيم وهذا بنص المادة 1 (5).

وقد سبق صدور قواعد الأونسيترال للتحكيم المعجل عقد عدة دورات بدايتها كان في عام 2018، أين قررت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، في دورتها الحادية والخمسين، أن تعهد إلى الفريق العامل الثاني بدراسة المسائل المتصلة بالتحكيم المعجل. وبدأ الفريق العامل الثاني، في 2019، في دورته التاسعة والستين، في تقديم مناقشة أولية بشأن نطاق العمل، وخصائص التحكيم المعجل، وشكل العمل، والعمل بشأن الإجراءات ذات الصلة - التحكيم في حالات الطوارئ -، كما يتضمن الأهداف التي تسعى الفرقة العاملة الثانية إلى تحقيقها، مثل تلبية احتياجات المستعملين، وتحسين كفاءة إجراءات التحكيم ونوعيتها، مع الحفاظ على جودة الإجراءات وانتظامها ونزاهتها⁽¹⁾.

وأدى ذلك إلى وضع مشروع أحكام التحكيم المعجل A/CN.9/WG.II/WP.209 في الدورة السبعين⁽²⁾، يليه مشروع أحكام التحكيم المعجل مع التعليقات عليه في الدورة الحادية والسبعين⁽³⁾، وعرض العمل

(1) تقرير الفريق العامل الثاني تسوية المنازعات، رقم: A/CN.9/969، بشأن أعمال دورتها التاسعة والستين 4-8 فيفري 2019، الجمعية العامة للأمم المتحدة، نيويورك، تسوية المنازعات التجارية - مسائل التحكيم المعجل، رقم: A/CN.9/WG.II/WP.207.

(2) تسوية المنازعات التجارية - مشروع أحكام التحكيم المعجل، A/CN.9/WG.II/WP.209، n°، الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة السبعون، 23-27 سبتمبر 2019، فيينا؛ الفريق العامل الثاني تسوية المنازعات، A/CN.9/1003، n°، 3 أكتوبر 2019، أنظر:

<https://undocs.org/fr/A/CN.9/WG.II/WP.210>.

(3) الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة 71، 3-7 فبراير 2020، نيويورك، رقم: A / CN.9 / WG.II / WP.212.

الأخير في شكلين: تذييل لقواعد الأونسيتال للتحكيم وتذييل لنص مستقل للأونسيتال⁽¹⁾، ويرجع هذا العرض المزدوج إلى أن الفريق العامل الثاني لم يقرر بعد الشكل الذي ستخذه هذه الترتيبات.

ليتم يعدها في 9 جويلية 2021، اعتماد قواعد الأونسيتال للتحكيم المعجل الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، المعروف بإسم الأونسيتال، والذي دخل حيز التنفيذ في 19 سبتمبر 2021، يليها نشر قانون الأونسيتال مسودة مذكرة تفسيرية للقواعد المعجلة "ملاحظات توضيحية"، تحتوي على تفسيرات حول تطبيق وتفسير القواعد المعجلة⁽²⁾.

وبالرجوع إلى قواعد الأونسيتال للتحكيم المعجلة نجد أن في المادة الأولى أنها نصّت على ما يلي: "إذا إتفق الأطراف على إحالة ما ينشأ بينهم من منازعات بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، إلى التحكيم بمقتضى قواعد الأونسيتال للتحكيم المعجل القواعد المعجلة، سويت تلك المنازعات عندئذ وفقا لقواعد الأونسيتال للتحكيم بصيغتها المعدلة بمقتضى هذه القواعد المعجلة وrehنا بما قد يتفق عليه الأطراف من تعديلات".

ويلتزم كل من الأطراف بالتصرف بصورة مستعجلة طوال سير الإجراءات، وكذلك هيئة التحكيم التي تلتزم بتسيير إجراءات التحكيم بصورة مستعجلة مع أخذها بعين الاعتبار للمهل المحددة في القواعد المعجلة وهذا بنص المادة 3 (1) من قواعد الأونسيتال للتحكيم المعجل.

ويكون للأطراف إبداء آرائها بعد دعوتها من طرف هيئة التحكيم، ويمكن لها أن تستخدم أي وسيلة تكنولوجية مناسبة لتسيير الإجراءات، كالإتصال بالأطراف وعقد الجلسات عن بعد المادة 3 (3)، وتصدر هيئة التحكيم قرارها في غضون ستة 6 أشهر من تاريخ تشكيل هيئة التحكيم، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، ويكون لهيئة التحكيم في ظروف إستثنائية تمديد المدة إلى ثلاث أشهر إضافية من تاريخ تشكيل هيئة التحكيم، وإذا لم تتمكن من إصدار قرارها في المدة المحددة بتسعة 9 أشهر، لها أن تقوم بتمديد آخر بموافقة جميع الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة يمكن لأي من الأطراف طلب عدم الرجوع إلى القواعد المعجلة لتطبق على التحكيم،

(1) تسوية المنازعات التجارية - مشروع أحكام التحكيم المعجل، رقم: A / CN.9 / WG.II / WP.212 / Add.1، الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة 71، 3-7 فيفري 2020، نيويورك.

(2) لجنة الأمم المتحدة، القانون التجاري الدولي، الدورة 54، 28 جوان-16 جويلية 2021، فيينا، رقم: A/CN.9/1082/Add.1.

ونصّت على المهلة المتعلقة بإصدار قرار التحكيم والأحكام المتعلقة بها في المادة 16 من قانون الأونسيترال للتحكيم الطارئ.

إضافة لقواعد الأونسيترال، نصت العديد من القواعد واللوائح على تحكيم الطوارئ والإجراءات المعجلة، وأبرزها:

1- تضمنت قواعد محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس عام 2012 النص على تحكيم الطوارئ والإجراءات المعجلة، وذلك من خلال المادة 29 من قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس لعام 2012 وملحقها الثاني⁽¹⁾.

2- وقامت جمعية التحكيم الأمريكية AAA من خلال المركز الدولي لتسوية المنازعات الدولية النص على قواعد خاصة بالتحكيم التجاري الطارئ AAA Rules / ICDR لعام 2006 من خلال نص المادة 37 (1)، وأصدرت جمعية التحكيم الأمريكية AAA مراجعة لقواعدها في 08.09.2013، من خلال إستحداث المادة 38 التي تتناول بشكل خاص التحكيم في حالات الطوارئ.

3- عدلت محكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA قواعدها لعام في عام 2014 لإنشاء بند للتحكيم في حالات الطوارئ المادة 9 تسري هذه القواعد على الإتفاقات المبرمة ابتداء من تارسخ 01.10.2014، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك. 4- نفس الشيء ما نصّت عنه مركز هونغ كونغ لعام 2008، من خلال المادة 38.

(1) وكانت غرفة التجارة الدولية بباريس منذ تقديمها لخدمة "محكم الطوارئ" منذ عام 2012 إلى غاية 2019 تلقت الغرفة 117 قضية تحكيم في حالات الطوارئ، كما تم بداية من 2017 لغاية 2019 التعامل مع 146 قضية بموجب "أحكام إجراءات الطوارئ" التي تم إدخالها لأول مرة في النظام التحكيمي لغرفة التجارة الدولية في مارس 2017.

أنظر: المعهد الأمريكي للتحكيم الدولي، مقال بعنوان: غرفة التجارة الدولية ICC، غرفة التجارة الدولية ICC تحقق رقم قياسي في تسوية المنازعات من خلال التحكيم، تم الإسترداد: 2022/08/17، على الرابط:

<https://www.aifca.com/2020/10/23/3160/>.

5- وكانت قواعد ستوكهولم للتحكيم قد سمحت للأطراف في إتفاق التحكيم للحصول على تدابير مؤقتة أو تحفظية بشكل سريع، حتى قبل إنشاء هيئة التحكيم بتعيين محكم الطوارئ، وصدر القرار المتعلق بتحكيم الطوارئ والمتمثل في الملحق الثاني لقواعد تحكيم ستوكهولم، ومن خلال المادة 32 (4) لقواعد معهد ستوكهولم للتحكيم، والتي تعتبر أول من طبق هذا النظام في التحكيم واستحدث محكم الطوارئ.

ويقع على إدارة المركز تعيين محكم الطوارئ خلال 24 ساعة من إستلامها الطلب وفقاً لما نصّت عنه المادة 4 (1) من الملحق الثاني لقواعد التحكيم SCC، ويقع على عاتق محكم الطوارئ إصدار قرار الطوارئ بشأن التدابير المؤقتة خلال 5 أيام من إحالة الطلب إليها من طرف إدارة المركز SCC.

ووفقاً للمادة 9 (4) iii يقع لزماً على مقدم الطلب وبعد صدور القرار المتعلق بالتدابير المؤقتة، أن يتقدم لبدء إجراءات التحكيم التجاري في غضون 30 يوم من صدور حكم التحكيم الطارئ

ونصّت قواعد SCC على ما يجب أن يتضمنه الطلب المقدم لتعيين محكم الطوارئ حسب نص المادة 2 من الملحق الثاني من قواعد SCC ما يلي: 1- الأسماء والعناوين وأرقام الهواتف وعناوين البريد الإلكتروني للأطراف ومحاميهم؛ 2- ملخص النزاع؛ 3- بياناً بالتدابير المؤقتة والمستعجلة المطلوبة وأسباب ذلك؛ 4- نسخة من إتفاق التحكيم أو البند الذي يتم بموجبه تسوية النزاع؛ 5- تصريح بمقر إجراء تحكيم الطوارئ، والقانون القوانين المعمول به ولغة لغات الإجراءات؛ و 6- إثبات دفع تكاليف إجراءات الطوارئ وفقاً للمادة 10 (1) من هذا الملحق".

6- وبالنسبة لقواعد مركز سنغافورة للتحكيم الدولي SIAK المصاغة عام 2016 بعد تعديل للقواعد المصاغة عام 2013، فنصّت على إمكانية الأطراف قبل تشكيل هيئة التحكيم طلب إجراء التحكيم المعجل، وبناء على السلطة التقديرية لمحكمة التحكيم إذا كان المبلغ المتنازع عليه أقل من 6 مليون دولار سنغافوري، وإذا كان هناك دليل على حالة الإستعجال، كما نصّت المادة 29 والجدول رقم واحد 01 من نفس القواعد على السماح بتعيين محكم الطوارئ وذلك في غضون يوم واحد من أجل الحكم على طلب الإستعجال والطارئ.

7- تعد من أبرز القواعد التحكيمية المستحدثة، ما تم النص عليه في قواعد دبي للتحكيم الدولي لعام 2022، والمتعلقة بطلب إجراء التحكيم بصفة معجلة، فنصّت على ذلك المادة 32 من قواعد دبي المستحدثة، ويكون لأي من طرفي النزاع وقبل تشكيل هيئة التحكيم لإجراء التحكيم المعجل أو الطارئ، ويكون للأطراف

الأخرى الرد على الطلب في غضون 7 أيام من تاريخ إستلام الطلب، ويعتبر دليلاً على القبول للطلب في حال الإمتناع عن الرد خلال المدة المحددة آنفاً، ونصّت المادة على إتخاذ الإجراءات المعجلة إذا كان مجموع القيمة المطالب بها وقيمة الدعوى المقابلة أقل أو تساوي 1000000 درهم إماراتي، أو أي قيمة أخرى تحددها مجلس إدارة المركز، أو إذا وافق الأطراف على إتخاذ الإجراءات الطارئة كتابةً، أو عند حالة الضرورة التي تقررها محكمة التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف النزاع، كما يكون لمحكمة التحكيم إتخاذ الإجراءات المعجلة إن رأت في إتخاذ ذلك مناسباً، وطبقاً لذلك تحدد هيئة التحكيم الإجراءات الخاصة بالتحكيم المعجل، وتصدر هيئة التحكيم حكمها في غضون ثلاثة أشهر من تاريخ إحالة الملف إليها من قبل المركز، وفي حالات إستثنائية يمكن تمديد هذه المدة من قبل محكمة التحكيم.

وبالرغم من هذا التعدد والتنوع في النص على التحكيم الطارئ بإعتباره توجهاً حديثاً في ميدان التحكيم، غير أن ما يلحظ غياب النص عليه من طرف قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، وأيضاً قواعد الاونيسترال الخاصة بالتحكيم التجاري الصادرة عام 1976 والمعدلة عام 2010، وقواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادرة عام 1985 والتي حظيت بالتعديل عام 2006، كل هذه القوانين وعلى قدر أهميتها ودورها الفعال في مجال التحكيم لم تشر إلى التحكيم الطارئ.

الفرع الثالث: أهمية تحكيم الطوارئ

غالباً ما يرغب الأطراف في إجراءات سريعة للوصول إلى حل النزاع بأسرع وقت ممكن، وهذا ما يعبر عنه في الغالب بالقول إن " تأخير العدالة هو إنكار للعدالة "، من هنا برز ما يعرف بالتحكيم المعجل أو تحكيم الطوارئ، حيث يلجأ الأطراف إليه في الغالب خصوصاً في الحالات التي لا يحتمل فيها النزاع التأخير أو الانتظار وإتباع الإجراءات في الحالة العادية، أو إنتظار تشكيل هيئة التحكيم، فيتم لجوء الأطراف إلى تعيين محكم التدابير المستعجلة لينظر في الطلب المستعجل المقدم أمامه، ولدراسة فعالية هذا الإجراء لابد من تقييم هذه الآلية المستحدثة بإبراز الوجه الإيجابي والسلبي له، مركزين على أوجه الفعالية لهذا الإجراء وكيف يوفر تسوية فعالة في أقصر الآجال الزمنية.

يقدم التحكيم في حالة الطوارئ مزايا إيجابية فعالة من حيث التكلفة، ومساهمته في بقاء التحكيم والسرعة والحماية الفعالة للحقوق ومصالح الأشخاص المهددة بالزوال أو خسارة فادحة وصرف الخطر عليها وذلك بفعل الإجراءات الوقية والتحفظية المستعجلة والطارئة.

-ويبرز دور التحكيم التجاري الطارئ وأهميته في سد الفراغ القائم ما بين فترة قيام النزاع بين الأطراف المتنازعة وتشكيل هيئة التحكيم، والتي قد يتأخر تشكيلها لفترة طويلة للنظر في طلبات الخصوم وحسم النزاع، مع حاجة الأطراف الملحة إلى إستصدار إجراءات مستعجلة ووقتية، حتى وإن كان للأطراف اللجوء إلى قضاء الدولة فإن هذا اللجوء يحمل تعقيدات كثيرة، ومن هنا يظهر الحاجة الملحة إلى إستحداث نظام تحكيم الطوارئ والذي يقوم على تشكيل محكم الطوارئ الذي يتولى القيام بإتخاذ التدابير والإجراءات الوقتية المستعجلة دون أن يمس بموضوع النزاع⁽¹⁾.

-إن تمكين الأطراف في التحكيم من الحصول على المساعدة العاجلة والوقتية الطارئة من خلال التحكيم الطارئ تجنبهم من اللجوء إلى القضاء العادي لتحقيق ذلك بالنظر لعيوبه من علانية جلساته وأحكامه وأيضا تطبيق قانونه الوطني وعدم إستجابته لتسوية المنازعات المتعلقة بالتجارة والإستثمار نظرا لحدثة المنازعات ووصفها بالمعقدة التي تحتاج إلى كفاءة وخبرة وقواعد تستجيب لذلك، وهذا ما يضيفي كفاءة وفعالية أكبر ويعزز مكانة التحكيم كآلية بديلة وموثوقة لتسوية المنازعات والقضاء الأول لتسوية نزاعات التجارة والإستثمار، خاصة في ظل ما يتمتع به التحكيم من مزايا رئيسية من قيامه على مبدأ سلطان الإرادة وحرية الأطراف في تحديد القواعد القانونية والإجرائية المطبقة على النزاع، وأيضا تشكيل هيئة التحكيم التي تتولى الفصل في النزاع.

-إن التحكيم الطارئ يجنب الأطراف مآلات التأخير في تشكيل هيئة التحكيم أو عدم تشكيلها بالسرعة المطلوبة نظرا للحالة الطارئة والمستعجلة لدى أحد أطراف النزاع أو كليهما، فيجنب الأطراف الأضرار والأخطار التي قد تنجم عن هذه الحالات الطارئة والمستعجلة، كمواجهة غرق بضاعة أو تلف المال، أو وقف إشهار تضليلي مضر بأحد المنتجات أو بيع الأموال لاحتفال هلاكها وتلفها بشكل كبير⁽²⁾.

-تبرز أهمية التحكيم التجاري الطارئ في كونه لا يحتاج إلى إتفاق تحكيم للجوء إليه سواء كان شرطا أو مشاركة أو التحكيم بالإحالة، بل يقتصر الأطراف على إختيار إحدى القواعد لدى مؤسسات التحكيم والتي تبنت هذا النظام واعتمدته ضمن لوائحها وقواعدها المؤسسية⁽³⁾.

(1) مصطفى ناطق صالح مطلوب، نظام التحكيم التجاري الطارئ: دراسة تأصيلية مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 2018، ص10.

(2) المرجع السابق، ص26.

(3) المرجع السابق، ص27.

-وتبرز أهمية التحكيم الطارئ في وجود قواعد قانونية معالجة لهذا النوع من التحكيم وإشادة والإعتراف الذي لاقتته من قبل مجتمع التحكيم، كما أن إقرار مثل هكذا قواعد يساهم في تحقيق العدالة المنشودة من قبل المتعاملين بتطبيق هذه الآلية نفس الشيء مما هو مقرر على مستوى القضاء العادي، وهذا ما يؤكد إنتهاج التحكيم للقواعد المنصوص عنها في التقاضي العادي وذلك لتحقيق نفس المزايا الموجودة على مستوى القضاء العادي وهو ما يوفر تسهيل للإجراءات وسرعة في إجراء التحكيم بصفة معجلة وحماية للمصالح والحقوق، وهذا ما من شأنه أن يشجع على اللجوء إلى قضاء التحكيم.

-إن المتضمن في القواعد المنظمة لنظام تحكيم التجاري الطارئ يجدها تعتمد على السرعة سواء إختيار المحكم الذي لا يتجاوز 24 ساعة أو من خلال المهل والمواعيد والإجراءات السريعة المنصوص عنها.

-وتبرز أهمية التحكيم الطارئ بإعتباره توجه حديث في عالم التحكيم التجاري في ظل ما عرفه العالم من ظهور لفيروس كورونا كوفيد-19 ومخلفاته، والذي يعتبر ظرف إستثنائي يقتضي معالجة خاصة وإستثنائية والتي تتطلب في كثير من الحالات معالجة طارئة ومستعجلة وغيره من التدابير الطارئة المعالجة لهذا الوضع.

-وتبرز أهمية تحكيم الطوارئ في ما تعلق بمنازعات الإستثمار والتجارة الدولية، فغالبا ما يلبي هذا النوع من التحكيم حاجيات المستثمرين ورجال الأعمال في إستصدار أحكام مستعجلة، وأيضا فيما تقتضيه الحاجيات التجارية، كإتخاذ تدابير خاصة ببضاعة لمنعها من الهلاك أو إتخاذ تدابير خاصة لمنع أدلة معينة من الضياع أو الإختفاء لأهميتها في حل النزاع، أو إيداع مبالغ مالية بحساب محمد أو تعيين حارس للأشياء⁽¹⁾.

-وبإعتبار أن تشكيل هيئة التحكيم من الأمور المستعصية في التحكيم والتي غالبا ما تأخذ وقتا أكبر لتعيينها، خاصة في حالة حدوث خلاف بين الأطراف حول هذا التعيين، وهذا ما قد يؤثر على حقوق أحد الأطراف أو كلاهما وما قد يطرأ من حوادث تؤثر وتمس بحقوقهما، مما يتطلب الأمر إتخاذ إجراءات سريعة وطارئة لحفظ الحق وحمايته دون إنتظار تشكيل هيئة التحكيم التي تأخذ وقت والذي قد يؤدي إلى حدوث الضرر أو أن يمس بالحق، لذلك تم إستحداث نظام يتم من خلاله إتخاذ التدابير الوقئية والمستعجلة، وهذا ما يتم عبر لجوء الأطراف إلى التحكيم الطارئ وتعيين محكم الطوارئ الذي يتولى الفصل في الطلب المستعجل دون مساس بأصل الحق أو التطرق لموضوع النزاع وإصدار حكم نهائي فاصل ومنهي للخصومة.

(1) محمد نبهي، التحكيم التجاري الطارئ، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 1، 2022، ص 423-424.

رغم الأهمية التي يحملها تحكيم الطوارئ والدور المنوط بمحكم الطوارئ القيام به في سبيل مواجهة حالة الضرورة والإستعجال، ومن أبرز الإشكالات المثارة حول هذه الآلية ما تعلق بتنفيذ الأمر الصادر بتحكيم الطوارئ، حيث أن حادثة هذا النظام وعدم إنتشاره بالشكل المطلوب والتردد باللجوء إليه أدى إلى عجز في التطبيق العملي، كما أن القوانين الوطنية، وإتفاقية نيويورك لم يثيروا إلى ما يفيد الأحكام القانونية المتعلقة بتنفيذ الأمر الصادر عن محكم الطوارئ.

ويمكن إجمال الإشكالات والتي تعتبر بمثابة تحديات تواجه تحكيم الطوارئ والإعتراف بقرارات التحكيم الصادرة عن محكم الطوارئ وتنفيذها والمتمثلة في: أ التحديات المتعلقة بطبيعة قرارات محكم الطوارئ، ب التحديات المتعلقة بنهاية القرار، و ج التحديات المتعلقة بطبيعة محكم الطوارئ⁽¹⁾.

وما يثير الشكوك حول تنفيذ قرار تحكيم الطوارئ هو إفتقاده للشروط المنصوص عليها في المادة 5 من إتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها مما يحول دون الإعتراف بقرار التحكيم الصادر عن محكم الطوارئ وتنفيذه بموجب إتفاقية نيويورك، وكانت المادة 5 من إتفاقية نيويورك التي تعتبر مرجع وأساس للإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، ومن هذه الشروط لتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي والمتعلق بالفقرة الأولى العنصر ب من المادة الخامسة من الإتفاقية التي ورد فيها أن الطرف الذي يحتج ضده بالقرار لم يخطر على الوجه الصحيح بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان لأي سبب آخر غير قادر على عرض قضيته، وفي موضوع الحال نجد أن شرط إخطار الطرف الآخر بتعيين المحكم وإجراءات التحكيم قد لا تنطبق على ما هو منصوص عليه في تحكيم الطوارئ الذي قد يباشر فيه محكم الطوارئ أعماله قبل إخطار الطرف الآخر، وبالنسبة للشرط الآخر المتعلق بأن يكون القرار التحكيمي الصادر ملزماً للطرفين أي نهائياً وهذا بنص المادة 5 (1) هـ، وبالرجوع لقواعد التحكيم المؤسسية نجد أنها تنص على منح محكم الطوارئ سلطة التعديل أو إلغاء القرار حتى بعد صدوره وهذا ما يفقد القرار الصادر عن محكم الطوارئ صفة القطعية مما يؤدي إلى منع تنفيذ هذا القرار⁽²⁾.

كما يثار الإشكال بشأن طبيعة القرار الصادر عن محكم الطوارئ بالنسبة لإتفاقية نيويورك لعام 1958، خاصة وأن القرار الصادر عن محكم الطوارئ في شكل أمر والصادر عن أغلبية مؤسسات التحكيم لن يكون قابلاً

⁽¹⁾ Rafael Dean Brown, Challenging the Enforcement of Emergency Arbitrator Decisions, Kilaw Journal - Volume 8 – Issue 3 – Ser. No. September 2020, P50.

⁽²⁾ أحمد عبد المنعم أبو زنت، تحكيم الطوارئ، مقال منشور على موقع: LAW JO، تمت الإسترداد يوم 2022/08/21، على الرابط:

<http://www.lawjo.net/vb/showthread.php?41365>

للإعتراف والتنفيذ بموجب إتفاقية نيويورك وحتى بالنسبة لقوانين التحكيم الوطنية، حيث لا تتضمن إتفاقية نيويورك على تعريف لمصطلح «قرار التحكيم» غير أن المادة الأولى كانت واضحة بنصها: "تنطبق هذه الإتفاقية على الإعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها متى صدرت هذه القرارات في أراضي دولة خلاف الدولة التي يطلب الإعتراف بهذه القرارات وتنفيذها فيها"، فإستخدام نص المادة الأولى لمصطلح " قرار التحكيم "، وهذا ما يعني أن الإتفاقية لا تطبق إلا على قرارات التحكيم دون أوامر التحكيم⁽¹⁾.

لذلك وبناء على الشرطين السابقين يثير مسألة تنفيذ القرار الصادر بمناسبة تحكيم الطوارئ شكوكا يرهن نجاح هذا النظام المستحدث في التحكيم التجاري وإن كان أملتته ضرورات وأسباب متعددة تساعد على تعزيز فعالية قضاء التحكيم في تسوية النزاع.

ومن الممارسين من يرى أن هذه المخاوف المثارة بشأن قابلية تنفيذ قرارات المحكمين في حالة الطوارئ مبالغ فيها تماما مثل تنفيذ القرارات المؤقتة الصادرة عن هيئة التحكيم العادية، وذلك بما أن الأطراف في العادة تمتثل طواعية لأغلبية قرارات المحكمين الطارئة، كما أن في الغالب تشترط قواعد مؤسسات التحكيم على الأطراف الإلتزام بالقرار الصادر عن محكم الطوارئ، وأبرز هذه المؤسسات قواعد معهد التحكيم لغرفة نجارة ستوكهولم، وقواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، وقواعد مركز التحكيم الدولي في سنغافورة⁽²⁾، كما أن في الغالب تلتزم الأطراف بالإمتثال خوفا من سمعتها وعدم تعامل مؤسسات التحكيم معها ووضعها في الخانة السوداء الأمر الذي يؤثر عليها بالسلب مما يجعلها حريصة على تنفيذ حكم التحكيم، أو وجهة النظر السلبية التي تكوّنوها عنها هيئة التحكيم⁽³⁾.

ولمواجهة الإشكالية المتعلقة بتنفيذ قرارات المحكمين في حالة الطوارئ والإشكالية المتعلقة كذلك بتضارب الرؤى حول الإعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الطارئة والصادرة في دولة معينة قد لا تكون هذه القرارات قابلة للتنفيذ في دولة أخرى، والحل في تجنب هذه الإشكالات هو تعديل القوانين الوطنية والإعتراف صراحة بتحكيم الطوارئ وتنفيذ قرارات المحكمين بغض النظر عن مكان صدورها⁽⁴⁾، كما أنه من الضروري إعادة النظر على

⁽¹⁾ Rafael Dean Brown, Op cit, PP52-51.

⁽²⁾ المادة 9 (3)، الملحق الثاني الخاص بتحكيم الطوارئ من قواعد معهد التحكيم لغرفة نجارة ستوكهولم؛ المادة 29 (2) من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس؛ الجدول رقم 1 الفقرة 12 من قواعد التحكيم الصادرة عن مركز سنغافورة للتحكيم الدولي.

⁽³⁾ Rafael Dean Brown, Ibid , P P 48-49.

⁽⁴⁾ وهذا ما حدث بالفعل بالنسبة لهونغ كونغ، سنغافورة، هولندا، نيوزيلندا، التي نصّت صراحة في تشريعاتها على الإعتراف بقرارات محكمي الطوارئ وتنفيذها. أنظر:

مستوى إتفاقية نيويورك وتعديلها لتشمل صراحة الإعتراف بالتدابير المؤقتة وتنفيذ قرارات المحكمين الصادرة في حالات الطوارئ⁽¹⁾.

وهذا من شأنه أن يضع حدا للتضارب الحاصل في القرارات بين المحاكم، ويقلل اللجوء إلى قضاء الدولة، وأبرز التعديلات التي يرى الباحثون ضروري إدخالها على إتفاقية نيويورك، أنه من الضروري أن يضيف هذا التعديل صيغة تتناول بالتحديد التحكيم في حالة الطوارئ، وهذا ما يتعين في التعديل النظر في صياغة المادة الأولى من الإتفاقية، من خلال إضافة مادة تعرف أو توضح مصطلح «قرار التحكيم» مع الأخذ بالحسبان الإلتباس الناشئ بشأن طبيعة قرار التحكيم وصيغته النهائية وطبيعة المحكم، كما يمكن أن يتضمن التعديل بإشتراط أن يكون التدبير المؤقت في شكل «قرار تحكيم»، وهذا من شأنه أن يؤدي بمؤسسات التحكيم لتعديل قواعدها، كما يمكن للتعديل أن يوسع من تعريف قرار التحكيم ليشمل «الأوامر»، أما بخصوص طبيعة المحكم فيمكن النص على أن المهمة التي يمارسها المحكم بطريقة قضائية.

كما أن لتفادي هذه التناقضات والإشكالات من الضروري المساهمة في إنتشار والتعريف بهذا النظام الحديث وإزالة العقبات التي قد ترهن نجاح هذا النظام في تحقيق المنشود من إقراره، ونسف أهمية وفعالية تحكيم الطوارئ، وذلك بالإعتراف بمحكم الطوارئ كغيره من المحكمين العاديين، ورفض التفرقة بين الأمر وحكم التحكيم وذلك بإعتبار الأمر الصادر عن محكم الطوارئ حكما تحكيميا، وأيضا ضرورة النص على صلاحية القرارات الصادرة على شكل أمر تكون صالحة للنفاذ.

وهذا النهج هو ما سار نحوه قضاء التحكيم، مثلما صدر عن المحاكم الأمريكية من أحكام متعددة تؤكد على الطابع النهائي للقرار الصادر عن تحكيم الطوارئ، ورفض التفرقة النظرية المجردة بين الأمر والحكم في إضفاء

Rafael Dean Brown, Op cit, P48.

⁽¹⁾ Ibid, P68.

الصيغة التنفيذية عليهما⁽¹⁾، كما أن هناك أحكام أخرى أكدت على إصدار محكم الطوارئ لحكم نهائي بالتدابير الوقتية لغرض الاعتراف به وتنفيذه⁽²⁾.

الفرع الرابع: محكم الطوارئ

بعد سبق التطرق لتحكيم الطوارئ أو ما يعرف بالتحكيم المعجل كأحد القواعد المستحدثة والتي عرفت إنتشار على مستوى قواعد التحكيم لدى مختلف مؤسسات ومراكز التحكيم وقوانين التحكيم والإتفاقيات الدولية مثلما سبق التطرق له، ويعتبر محكم الطوارئ عنصر أساسي ومهم باعتباره الطرف الثالث المعين والذي يكون محايد ومستقل عن الأطراف والذي يتولى إصدار التدابير الوقتية أو التحفظية.

ونتطرق فيما يلي لعمل محكم الطوارئ في ظل القواعد القانونية للتحكيم، فبالنسبة لمحكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية ببيارس -فرنسا، فنصّت قواعدها الجديدة لعام 2021 على محكم الطوارئ.

كما نصّت قواعد دبي للتحكيم الدولي المستحدثة عام 2022 في ملحقها الثاني على محكم الطوارئ، فنصّت في المادة 2 على التعيين الطارئ للأطراف لمحكم لإتخاذ أمر طارئ ومستعجل، وقت تقديم طلب التحكيم أو بعد تقديمه للمركز وقبل تشكيل هيئة التحكيم، ويتعين على الطرف مقدم الطلب إرسال نسخة من الطلب إلى جميع الأطراف الأخرى، ما لم يتبين له بشكل معقول أن هذا الإخطار قد يعرض طلب الأمر المستعجل للخطر وأن القانون الإجرائي الواجب التطبيق على مقر التحكيم على النحو المتفق عليه بين الطرفين أو الذي يحدده محكم الطوارئ وفقا للمادة 2 (6) من الملحق الثاني من قواعد دبي للتحكيم الدولي 2022 يسمح بهذه الطلبات دون إخطار الطرف الآخر أو محكمة التحكيم.

ويتولى المركز بعد تأكده من وجاهة تعيين محكم الطوارئ بالنظر للظروف المستعجلة الطارئة التي تستلزم ذلك، أن يقوم بتعيين المحكم خلال يوم من تاريخ إستلام المركز للطلب، ويضع محكم الطوارئ في أقرب وقت زمني

(1) من أهم الأحكام الصادرة بهذا الشأن الحكم الصادر عن محكمة Us Court of Appeals for the Seventh، في النزاع القائم بين: *Communication v. True North Communications Inc*.
أنظر: أحمد سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص33.

(2) وهذا ما صدر عن محكمة بومباي في الحكم الصادر عام 2014 عن النزاع القائم بين: *HSBC PI Holdings Mauritius v. Avitel Post Studioz*.
أنظر: أحمد سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص33.

أو عموماً في موعد لا يتجاوز اليومين من تاريخ إحالة الملف إلى محكم الطوارئ جدولاً زمنياً للبت في الطلب المقدم.

ويتيح الجدول الزمني للأطراف لتقديم طلباتها والاستماع إليها، سواء عبر طلبات مكتوبة، أو أن يتم ذلك بالحضور الشخصي لجلسة الاستماع، أو عن طريق الهاتف أو أي وسيلة إتصال إلكتروني أخرى تكون مناسبة لهذا الغرض، بما في ذلك عقد مؤتمرات بالفيديو، ويتمتع محكم الطوارئ بالسلطات المخولة للمحكمة بموجب القواعد المنظمة لها، بما في ذلك من سلطة البت في اختصاصه.

ومثل هيئة التحكيم العادية يصدر محكم الطوارئ التدابير الوقائية والتحفظية، ويستمد محكم الطوارئ سلطته من إتفاق الأطراف، سواء من خلال إتفاق التحكيم المبرم، أو إتفاق الأطراف على إحالة النزاع لأحد مؤسسات التحكيم التي تتضمن على قواعد خاصة بتحكيم الطوارئ والتي تحدد سلطة محكم الطوارئ بإتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية، وفي حالة عدم وجود قواعد تحكيم خاصة بذلك فإن محكم الطوارئ يمكنه اللجوء إلى قانون دولة مقر التحكيم⁽¹⁾.

ويدير محكم الطوارئ الإجراءات بالطريقة التي يعتبرها ملائمة، مع مراعاة طبيعة الطلب وطابعه المستعجل، ويشترط في محكم الطوارئ ما يشترط في هيئة التحكيم العادية خاصة ما تعلق بمسألة الحيادة والاستقلال عن أطراف النزاع والتصرف بنزاهة، ويكفل المحكم أن يتيح لكل طرف فرصة بطريقة متكافئة لعرض قضيته، وهذا ما نصّت عنه المادة 2 (5) من الملحق الخامس من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس.

ويوقع محكم الطوارئ على بيان القبول بالمهمة المسندة إليه والتوافر على الحياد والاستقلال، وتقدم الأمانة نسخة من هذا البيان إلى الأطراف، ويمنع على محكم الطوارئ أن يعمل كمحكم في أي تحكيم يتعلق بالنزاع، وذلك بموجب المادة 2 الفقرات 4، 5، 6، من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس عام 2021.

ووفقاً للمادة 4 (2) من الملحق الخامس لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، يجري محكم الطوارئ إجتماعات مع أطراف النزاع من خلال الإجتماع شخصياً في أي مكان يراه محكم الطوارئ مناسباً أو عن طريق مؤتمر الفيديو أو الهاتف أو وسائل اتصال مماثلة.

(1) أحمد عبد المنعم أبو زنت، تحكيم الطوارئ، المرجع السابق، على الرابط: <http://www.lawjo.net/vb/showthread.php?41365> . تاريخ الزيارة: 2022/09/23، 10:30.

وإضافة لفعالية أكبر لقواعد تحكيم الطوارئ نصّت قواعد غرفة التجارة الدولية في ملحقها الخامس من نص المادة 8 على إتخاذ رئيس المحكمة للقرار وفقا لتقديره في جميع الأمور المتعلقة بإدارة إجراءات محكم الطوارئ غير المنصوص عليها صراحة في هذا الملحق، كما يكون لأي من نواب رئيس المحكمة سلطة إتخاذ القرارات نيابة عن الرئيس سواء في غياب الرئيس أو بناء على طلبه، ويجب على المحكمة والرئيس ومحكم الطوارئ التصرف بروح القواعد وهذا الملحق في جميع المسائل المتعلقة بإجراءات محكم الطوارئ غير المنصوص عليها صراحة في هذا الملحق.

ويتخذ قرار التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم شكل أمر، ويقرر المحكم في ذلك ما إذا كان الطلب مقبولا وما إذا كان مختصا بإتخاذ التدابير الطارئة، ويصدر المحكم هذا الأمر كتابة مسببا إياه بالأسباب الكافية التي إستند إليها والذي يصدره المحكم في موعد لا يتجاوز 15 يوما من تاريخ إحالة الملف إلى محكم الطوارئ، ويمكن للرئيس أن يمدد هذه المهلة بناء على طلب مسبب من محكم الطوارئ أو بمبادرة من الرئيس إذا رأى ضرورة تستدعي القيام بذلك وذلك عملا بنص المادة 6 في الفقرات 1، 2، 3، 4، من الملحق الخامس من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس.

وتعتبر طبيعة عمل محكم الطوارئ مؤقتة مقيدة بحالة الطوارئ والإستعجال، فبانتهاؤ الغرض الذي من أجله وجدت هذه التدابير وقيام سلطة محكم الطوارئ ينقضي معها هذا التحكيم، وتبعا ينقضي معها سلطة محكم الطوارئ، أو أن ينتهي الإستعجال وانقضاء مهمة محكم الطوارئ بصدر الأمر الفاصل في التدبير المستعجل أو المؤقت، وذلك دون الإخلال بصلاحيات محكم الطوارئ بتعديل أو إلغاء الأمر الأولي لسبب وجيه متى كانت قواعد التحكيم التي تم الإتفاق عليها تنص على مثل هذه الصلاحيات، وهذا ما نص عنه البند 8 من الجدول رقم 1 محكم الطوارئ الملحق بقواعد التحكيم الخاصة بمركز سنغفورة للتحكيم الدولي SIAC، كما تنقضي مهمة محكم الطوارئ بمجرد تشكيل هيئة التحكيم العادية التي تتولى مهمة الفصل في النزاع بإعتبارها صاحبة الإختصاص الأصيل في إتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية، فيقع طبقا لذلك على محكم الطوارئ إحالة ملف الطلب لهيئة التحكيم للبت والفصل فيه وهذا بنص المادة 5 (6) من قواعد المركز الدولي لتسوية المنازعات ICDR، وكذلك

المادة 22 من قواعد التحكيم لغرفة ستوكهولم، كما تنقضي سلطة محكم الطوارئ بانقضاء إجراءات تحكيم الطوارئ سواء بسحب أو ترك الطلب المقدم أو بإنقضاء الأجل المحدد في قواعد التحكيم المتفق عليها⁽¹⁾.

(1) أحمد عبد المنعم أبو زنت، تحكيم الطوارئ، مقال منشور على موقع: JO LAW، تم الإسترداد يوم 2022/08/21، على الرابط: <http://www.lawjo.net/vb/showthread.php?41365>.

الفصل الثاني

التحكيم الإلكتروني عصنة وتطوير لقضاء التحكيم

يشهد العالم ثورة غير مسبقة في المجال الإلكتروني والمعلوماتية، والاستخدام الواسع للتكنولوجيا في مختلف المجالات، وإتجهت أنظار الدول والتشريعات والمنظمات والهيئات الدولية إلى وسيلة جديدة تكون مواكبة لهذا التطور والثورة التكنولوجية التي أعطت للعالم وجها آخر، والتي تعرف بالتحكيم الإلكتروني أين أصبح توجه حديث وأحد جوانب التجديد الذي مس العملية التحكيمية برمتها، من خلال مواكبة هذه الوسيلة لكل التطورات الحاصلة في المجال التكنولوجي والمعلوماتية، وليس هذا فقط بل أدى هذا التطور والتجديد للتحكيم إلى استقطاب الجميع لتسوية فعالة للمنازعات، بالخصوص ما تعلق بالتجارة الدولية والاستثمارات الأجنبية ومختلف المنازعات الناشئة عن العقود الإلكترونية باختلاف مجالات هذه العقود، وهذا ما نجده من خلال التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 بشأن التجارة الإلكترونية وخدمات المعلومات أين أولى اهتمام كبير بوسائل التسوية الإلكترونية، ووجه دول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي بالعمل على ذلك، حيث نصّت المادة 1/17 على أنه: "تسمح دول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيدا عن أروقة المحاكم وباستخدام الوسائل التكنولوجية في العالم الإلكتروني وفي مجتمع المعلومات في فض المنازعات"، وأيضا اتجه العديد من المنظمات والهيئات إلى اعتماد التحكيم الإلكتروني، وأبرز هذه الهيئات منظمة الويبو للتحكيم والتوفيق التي تبنت التحكيم الإلكتروني كآلية لفض نزاعات التجارة الإلكترونية، خصوصا والانفتاح الذي يشهده العالم في تكنولوجيا الإعلام والاتصال الذي يحتم تجنب التعامل مع هذا النوع من التحكيم بتخوف وتردد، والولوج والتفتح نحو هذه الآلية لتسوية المنازعات، التي أصبح لها شأن بعد التنظيم القانوني لها.

لذلك تتنوع وتتعدد المنازعات التي يلجأ من أجلها الأطراف إلى التحكيم الإلكتروني سواء تمثلت في المنازعات العادية أو المنازعات الإلكترونية خاصة في شقها التجاري والذي يصطلح عليه بالمنازعات التجارية الإلكترونية، والتي تعتبر أكثر المنازعات لجوء للتحكيم الإلكتروني لتسويتها، وهذه المنازعات بدورها متعددة سواء كانت طبيعتها تعاقدية، أو كانت ذات أساس غير تعاقدية، والتي تدور حول نزاعات الملكية الفكرية، وكذلك المنافسة غير المشروعة وحماية الأسرار التجارية، وأيضا المنازعات الخاصة بعناوين المواقع الإلكترونية والتي يصطلح

عليها بأسماء النطاق، والتي هي عبارة عن موقع أو عنوان على شبكة الأنترنت يسمح بتحديد ذلك الموقع عن غيره من المواقع الأخرى والوصول إليه⁽¹⁾.

وينصب تركيزنا في هذا الفصل على الجانب المتعلق بخصوصية التحكيم الإلكتروني وأهم جوانب التجديد فيه، وكيف نصل بهذه الآلية لأن تصبح معروفة ويتم اللجوء إليها مثلها مثل التحكيم العادي خاصة على مستوى الدول النامية ومن بينها الجزائر، وما تعرفه من تخلف فيما تعلق بمسائل التقنية والتطور التكنولوجي لوسائل الإتصال، كما يقع التركيز حول كيف يمكن الانتقال بالتحكيم من مرحلة التكريس القانوني ودراسة مشروعية هذا النوع من التحكيم والإعتداد به كقضاء خاص يتم عبر الوسائل الإلكترونية، سواء من ناحية إبرام إتفاق التحكيم الإلكتروني إلى الفصل في النزاع وسير الدعوى وإصدار حكم التحكيم بطريق إلكتروني، إلى المرحلة الأخرى التي ينصب الإهتمام حولها ومن الضروري الانتقال إليها هو دراسة فعالية هذا القضاء الإلكتروني ودوره الفعال في تسوية المنازعات خاصة في ظل إعتباره مظهر من مظاهر التجديد في التحكيم، ومن جانب آخر الآليات اللازمة لتطوير هذا النوع من التحكيم والمساهمة في إنتشاره ليصبح هو الأصل وفي نفس الكفة مع التحكيم العادي، وهذا ما يحقق التوازن في إستخدام التحكيم بالنسبة للدول القوية والنامية.

وتنصب الدراسة أيضا حول مدى إستيعاب قواعد التحكيم التجاري التقليدي لقواعد التحكيم التجاري الإلكتروني، وما يتضمن من إجراءات وصدور حكم التحكيم وتنفيذه بواسطة إستخدام وسائل الإتصال الإلكترونية؟ وبطبيعة الحال تمتد هذه الدراسة لتشمل أيضا ما تعلق بدور التحكيم الإلكتروني في ظل بروز وإنتشار فيروس كورونا كوفيد-19؟

المبحث الأول

التحكيم الإلكتروني خصوصية هذا النظام وبعده الإجرائي

فرضت التطورات التكنولوجية الإعتداد والإعتراف بالتعبير عن الإرادة والإتفاق على إبرام العقود عبر الوسائل الإلكترونية، فمشروعية هذا النوع من التعاقد جاءت في ظل ما فرضه الواقع من إستخدام التقنية والتكنولوجيا على مستوى واسع من المجتمعات، وباعتبار التحكيم المنعقد عن طريق الإتفاق التحكيمي أحد هذه

⁽¹⁾ كريم بوديسة، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012، ص 31-83.

العقود أين برز في ظل ما يعيشه العالم الجديد المعاصر في ظل الثورة الصناعية الرابعة تقدم كبير وازدهار نتيجة الانفجار الحاصل على مستوى التقدم العلمي والتكنولوجي والثورة في نظام المعلوماتية، ليصبح العالم اليوم عالم رقمي بامتياز، وذلك من خلال مظاهر عدة لهذا التقدم والتغيير الجذري. أمام هذا الوضع كان لابد من الإحاطة بموضوع التحكيم الإلكتروني ومعرفة هذا النظام ببعديه الموضوعي والإجرائي حتى يتسنى دراسة فعالية هذا النظام وخصوصيته وأبرز الإشكالات التي تعترضه وتعتزض تطوره بالخصوص على مستوى الجزائر، ليكون عنوان المطلب الأول التحكيم الإلكتروني بين التقييم ودراسة الفعالية والتكريس القانوني والدولي لها كآلية لتسوية المنازعات المطلب الأول، فيما تمثل عنوان المطلب الثاني في البعد الإجرائي للتحكيم الإلكتروني بين خصوصية هذا النظام ودوره في تسوية فعالة للنزاعات ودحضه للمخاطر المهددة للتحكيم الإلكتروني المطلب الثاني.

المطلب الأول

التحكيم الإلكتروني بين التقييم ودراسة الفعالية والتكريس القانوني والدولي لها كآلية لتسوية المنازعات

يقتضي دراسة فعالية التحكيم الإلكتروني وتقييمه، والتكريس القانوني والدولي له كآلية لحل وتسوية المنازعات إلى التعرض إلى تعريف التحكيم التجاري الإلكتروني الفرع الأول، يليها التطرق مزايا التحكيم التجاري الإلكتروني في تسوية المنازعات الفرع الثاني، وإلى معوقات وسلبيات التحكيم التجاري الإلكتروني في تسوية المنازعات الفرع الثالث، بعدها التطرق إلى التكريس القانوني والدولي للتحكيم الإلكتروني كآلية بديلة لتسوية المنازعات الفرع الرابع، وإلى الاستخدامات العملية للتكنولوجيا لتسوية المنازعات التجارية في التحكيم الدولي الفرع الخامس.

الفرع الأول: تعريف التحكيم التجاري الإلكتروني

أضحى التحكيم العادي يثير العديد من المخاوف ما تعلق بالتكاليف المتزايدة والإجراءات الشكلية المفرطة وتعدد المهل الزمنية الذي يتعارض مع الطبيعة الخاصة للتحكيم، فجعل هذا التحكيم أكثر تعقيدا لحد تشابهه مع إجراءات القضاء العادي، كما أن التحكيم لا يزال محظورا في العديد من المجالات وأيضا للمسائل المتعلقة بوضع الأشخاص وأهليتهم والمسائل المتعلقة بالطلاق وفي كل الأحوال يمنع التحكيم في كل الأمور المتعلقة بالنظام العام، في ظل أوجه هذا القصور عمد العديد من الجهات الفاعلة في التحكيم مؤسسات التحكيم والمنظمات الدولية ومحترفو التحكيم على تطوير أشكال جديدة من التحكيم، ومن أبرزها التحكيم عبر الأنترنت.

فبرز في السنوات الأخيرة، الإهتمام بتطوير هذه العدالة وتوسيع النظام القانوني للتحكيم واستخدام هذا الأخير في أشكال جديدة، لاسيما الرقمية، وقد ساهم التطور الحاصل في مجال التقنية والاتصالات، وظهور التشريعات المتخصصة بالأمور الإلكترونية، والانفجار الحاصل على مستوى التجارة الإلكترونية والخدمات المرتبطة بها، وظهور العديد من المنازعات التجارية، هذا الأمر كله أدى إلى ضرورة إستحداث آلية لتسوية المنازعات تختلف كلياً عن قضاء التحكيم بشكله التقليدي، فوقع الاعتماد على التحكيم الإلكتروني من مختلف التشريعات والإتفاقيات الدولية والإقليمية والقواعد الدولية التحكيمية والمؤسسات ومراكز التحكيم والاعتراف به كآلية لتسوية المنازعات⁽¹⁾.

ويعتبر التحكيم الإلكتروني أو التحكيم عبر الأنترنت أو ما يحمله من تسميات أخرى مرادفة له تحمل نفس المعنى والمضمون نجدها في الكتابات الفقهية القانونية ومختلف التشريعات كل كيف يسميها، فنجد مصطلح التحكيم الافتراضي، التحكيم السيبراني، التحكيم عبر الخط، التحكيم عن بعد، التحكيم الشبكي، التحكيم الرقمي، فكل هذه التسميات تعتبر أحد أشكال تسوية المنازعات، ومن الإسم يوحي مضمون هذا النوع من وسائل التسوية حيث يتم حل المنازعات بالكامل عبر استخدام الأنترنت وغيره من وسائل التكنولوجيا ووسائل الاتصال الحديثة، فيوفر هذا الاستخدام لوسائل التكنولوجيا الحديثة كالأترنتيت ومختلف وسائل الاتصال الحديثة والتسوية الإلكترونية للنزاع بين هيئة التحكيم وأطراف النزاع التحكيم دون حضور المادي للأطراف، وهذا على عكس التحكيم التقليدي الذي يكون فيه التحكيم حضورياً بين هيئة التحكيم وأطراف النزاع التحكيمي وغيره من الأطراف الذين لهم صلة بالنزاع، فيجمعهم مجلس واحد يديرون على مستواه عملية التحكيم.

ويهدف تبني هذا الشكل من التحكيم إضفاء الطابع الديمقراطي على الوصول إلى التحكيم من خلال تقديمه عبر الإنترنت، وتسهيل الوصول إليه فيكون بذلك التحكيم عبر الأنترنت وسيلة لتحقيق التحكيم للجميع، كما يحقق كفاءة خاصة فيما يتعلق بإدارة الوقت في النزاع، والتكاليف المطلوبة التي تحدد بدقة مما يجعلها ذات تكلفة منخفضة مقارنة بالتحكيم العادي.

وتبرز أهمية التحكيم الإلكتروني كقضاء بديل لتسوية المنازعات سواء العادية أو المرتبطة بعقود التجارة الإلكترونية، في ظل ما تتسم به هذه المنازعات التي تسوى عن طريق التحكيم الإلكتروني بالطابع الدولي، وما

(1) مصطفى ناطق صالح مطلوب، المرجع السابق، ص 11.

يقابله عالمية شبكة الأنترنت والطابع الطليق لنشاطها وعوملة وسائل الإتصال وتبادل المعلومات أين يتدخل فيها أشخاص ذات انتماءات مختلفة على المستوى الدولي، وتشتمل في العادة معاملات التجارة وخاصة ذات النطاق الدولي بالضرورة على عنصر أجنبي، إما ما تعلق بالأطراف، أو مكان إبرام هذه العقود، أو تنفيذها⁽¹⁾.

وزادت أهمية التحكيم الإلكتروني في ظل بروز الجائحة العالمية من خلال انتشار فيروس كورونا كوفيد-19 وما خلفه من آثار خطيرة كان لها الأثر البارز على البشرية جمعاء ومخلفا آثار سلبية على العديد من المستويات السياسية والاقتصادية والصحية والاجتماعية... إلخ، فأدى فيروس كورونا إلى خلق اضطرابات وأزمات عديدة، ليصل الأمر إلى تسمية هذا الفيروس بالجائحة أو الوباء العالمي من طرف منظمة الصحة العالمية، هذا الأمر الذي أدى إلى استحداث أنماط جديدة في الحياة للحد من الآثار السلبية الخطيرة لهذا الفيروس من إعلان حالة الطوارئ، واتخاذ التدابير الإستعجالية، وإقرار الحجر الكلي، كما أن أبرز ما أستحدث هو التوجه السريع نحو التحول الرقمي واعتماد التكنولوجيا على مستوى واسع في الإدارات والشركات والحكومات والقضاء، وعلى مستوى فض المنازعات خاصة تلك التي تتطلب عدم إطالة أمد النزاع والسرعة في تسويتها بالخصوص مجال التجارة والاستثمار الذي لا يتطلب التأخير في تسوية المنازعات الناشئة عنه، من هنا زاد اجتياح الدول والهيئات وأطراف النزاع للتحكيم الإلكتروني، خاصة في ظل تكيف التحكيم الإلكتروني مع ما فرضه إنتشار فيروس كورونا من إجراءات وتدابير، مما أثار ذلك جانب مهم يتعلق بفعالية التحكيم الإلكتروني في الحد من آثار فيروس كورونا وبتسوية المنازعات الناشئة سواء عنه أو عن غيره من المنازعات بالخصوص التجارية، ولنا عودة على الموضوع في المبحث الثاني من هذا الفصل عند الحديث عن فعالية التحكيم الإلكتروني في تسوية المنازعات في ظل وباء كورونا-كوفيد19 - .

إن تقديم تعريف للتحكيم التجاري الإلكتروني ليس بالأمر الصعب، نظرا لكون هذا المفهوم لا يختلف عن التحكيم العادي أو كما يسمى بالتحكيم التقليدي الغير الإلكتروني، إلا من خلال الوسيلة أو التقنية التي يجري من خلالها التحكيم الإلكتروني والوسائط المستعملة لتسوية النزاع وبيئة العمل التي يسري في ظلها تسوية وحل المنازعات، فإذا كان التحكيم العادي يجري بطريقة شخصية بالحضور المادي للأطراف وبالطرق التقليدية في تسوية المنازعات، أما التحكيم الإلكتروني فيعني به قيام المحكم أو هيئة التحكيم بحسم النزاع المرفوع إليها من المتخاصمين باستخدام تقنيات الإتصال عبر الشبكة ووفقا لقواعد تنظيمية ملائمة، دون الحضور المادي للأطراف، للوصول إلى

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007، 346.

قرار تحكيم إلكتروني حاسم للنزاع⁽¹⁾، طبقاً لهذا التقديم يتضح لنا تعريف التحكيم التجاري الإلكتروني بأنه قضاء خاص يتولى حسم النزاع عن طريق هيئة التحكيم المعينة من أطراف النزاع التي تلجأ إلى التحكيم سواء قبل وقوع النزاع عبر إبرام شرط التحكيم، أو بعد وقوع النزاع وحينئذ نكون أمام مشاركة التحكيم الذي يبرمه الأطراف، لتتولى هيئة التحكيم بعد إبرام عقد التحكيم بينها وبين الأطراف المتخاصمة حسم النزاع من خلال الوسائل والتقنيات الإلكترونية الحديثة، أهمها استخدام الحواسيب والبريد الإلكتروني، وشبكة الأنترنت، ومختلف التقنيات الحديثة في الاتصالات، وبطريقة إلكترونية، لتنتهي هذه العملية كلها بإصدار هيئة التحكيم لقرار تحكيمي إلكتروني الذي يحسم النزاع نهائياً⁽²⁾.

والملاحظ من التعريفات المقدمة للتحكيم الإلكتروني، إختلاف الفقه في تحديد التحكيم إلكترونياً عن غيره من الأنواع الأخرى وأبرزها التحكيم التقليدي، حيث ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار التحكيم إلكترونياً إذا تم بأكمله عبر الوسائل الإلكترونية، في حين ذهب الجانب الآخر أنه يكفي لاعتبار التحكيم إلكترونياً استخدام وسيلة إلكترونية في أي مرحلة يكون عليها التحكيم، فلا يهم إن تم التحكيم بأكمله عن طريق الوسائل الإلكترونية أم إقتصر استخدام هذه الوسائل في مرحلة من مراحله⁽³⁾.

ومن جانبنا نرجح الرأي الأول الذي يفرض لكي يكون التحكيم إلكترونياً أن يتم في جميع مراحله باستعمال الوسائل الإلكترونية أو أغلب إجراءاته أو مراحله أو أهم إجراءاته تمت عبر وسائل إلكترونية، والقول خلاف ذلك قد يصعب الفصل والتمييز بين التحكيم الإلكتروني وغيره من أنواع التحكيم الأخرى أو بالأحرى التحديد الدقيق للتحكيم الإلكتروني، خاصة وأن هناك أنواع من التحكيم كالتحكيم العادي يتم أيضاً استخدام الوسائل الإلكترونية في إحدى مراحله، دون أن يصل إلى تسميته بالتحكيم الإلكتروني وتطبيق القواعد القانونية المطبقة على هذا النوع من التحكيم، لذلك فالتحكيم الذي تتم بعض إجراءاته إلكترونياً لا يمكن بالضرورة تسميته تحكيميا إلكترونياً.

(1) مصطفى ناطق صالح مطلوب، التحكيم التجاري الإلكتروني، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، المجلد 11 العدد 39، السنة 2009، ص 146.

(2) المرجع السابق، ص 16.

(3) رشا علي الدين، النظام القانوني لإتفاق التحكيم الإلكتروني: دراسة على ضوء قواعد تنازع القوانين، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 55، أبريل 2014، ص 924.

الفرع الثاني: مزايا التحكيم التجاري الإلكتروني في تسوية المنازعات

يوفر الاستخدام المتزايد للتكنولوجيا في التحكيم فرصاً وتحديات عديدة للتحكيم الدولي، وذلك من خلال جملة من المزايا وإيجابيات التحكيم الإلكتروني على مستوى تسوية المنازعات، وترتكز دراستنا لهذه الفعالية من خلال مزايا هذا النظام من خلال التركيز على تأثير استخدام التكنولوجيا في التحكيم لتسوية وحسم نزاعات التجارة الدولية.

1- يتميز التحكيم الإلكتروني بالسرعة في الفصل في النزاع مقارنة بالتحكيم التقليدي الغير إلكتروني، وربما هذه الميزة تعتبر تحصيل حاصل عن استخدام التكنولوجيا في إدارة العملية التحكيمية من بدايتها لغاية صدور القرار التحكيمي الإلكتروني، من خلال الحرية الكاملة التي يتضمنها هذا النوع من التحكيم الذي يفترض عدم وجود المحكمين والمحتكمين وغيره من الأطراف المشاركة في العملية التحكيمية في مجلس واحد وعدم الحضور المادي للأطراف وهيئة التحكيم، وهذا من شأنه إزالة العوائق المتعلقة بحضور الأطراف السابقة الذكر، والتواصل الشخصي في مكان واحد، خاصة في ظل المنازعات الدولية التي تكون فيها هيئة التحكيم أجنبية، إذ يكفي أن تجري عملية التحكيم عن بعد دون إتصال شخصي بين الأطراف أو الحضور والانتقال لمكان معين أو بلد محدد، وهذا ما قد يكون له أثر بارز في التحكيم الدولي الذي يكون كل من الأطراف فيما بينهم وهيئة التحكيم من جنسيات مختلفة، كما أن من أبرز مظاهر استخدام التكنولوجيا في التحكيم ما تمثل في اعتماد الممارسات غير ورقية، مثل إنتاج المستندات في شكل إلكتروني بدلاً من نسخة ورقية؛ تقديم المذكرات والأدلة والمراسلات في شكل إلكتروني؛ واستخدام حزم السمع الإلكترونية، وأيضاً في رفع النزاع بطريقة إلكترونية الذي يسمح بإحالة النزاع بالسرعة المطلوبة خاصة إذا كان القضاء المختص مركز أو مؤسسة تحكيمية يلجأ إليها الأطراف وكان موطن كل من الأطراف والمركز أو مؤسسة التحكيم مغايراً، وأيضاً في الحصول على حكم التحكيم بشكل إلكتروني من خلال سهولة الحصول عليه مما يساعد على تنفيذه أيضاً بالسرعة المطلوبة⁽¹⁾، وفي كل هذا توفير للوقت وتفاذي البطء والتعقيد، خاصة وأن عنصر الوقت عنصر مهم في التحكيم وأهم ما يمتاز به، والتي جعلت منه قضاء متميز عن القضاء العادي وغيره من وسائل التسوية الأخرى.

2- إن أبرز خاصية تميز التكنولوجيا توفرها على خاصية التشفير وعدم السماح إلا للأطراف المعنية من الإطلاع على كل ما يخص العملية التحكيمية، وهذا ما يتناسب مع خصوصية المعاملات التجارية الذي يقوم

(1) مصطفى ناطق صالح مطلوب، التحكيم التجاري الإلكتروني، المرجع السابق، ص 19.

على مبدأ السرية والحفاظ على الأسرار والسمعة التجارية، فيساهم بذلك التحكيم الإلكتروني في تعزيز السرية باعتبارها مبدأً جوهرياً وأساسياً لقيام التحكيم واللجوء الواسع للأطراف إليه وتفضيله سواء على القضاء العادي أو غيره من وسائل التسوية الأخرى وحتى التحكيم العادي.

وعليه في هذا الصدد يمكن القول أن استخدام التكنولوجيا أصبح أمراً شائعاً بصورة كبيرة لدعم ممارسة التحكيم الدولي، وقد أظهر مجتمع التحكيم رغبة في تبني التكنولوجيا التي تعزز الكفاءة، وما دعم هذا الاتجاه ما طرحه وباء COVID-19 من تحديات أمام مجتمع التحكيم الدولي، حيث كان بمثابة حافز لزيادة درجة الوعي وقبول التكيف الذي بدأ بالفعل بعض مستخدمي التحكيم في إعماله، لذلك سمحت أدوات تكنولوجيا المعلومات بتكييف الممارسات مع الظروف الجديدة.

3-- إن من بين صور فعالية التحكيم الإلكتروني هو التشابه وعدم الاختلاف بينه وبين التحكيم التقليدي، إلا في الوسيلة المستعملة في العملية التحكيمية، لذلك يعتبر النظام القانوني للتحكيم التقليدي هو نفسه الذي يحكم التحكيم الإلكتروني، وهو ما سنبرزه فيما بعد عند الحديث عن الجانب الإجرائي للتحكيم الإلكتروني.

4- من المزايا المساهمة في بروز التحكيم الإلكتروني والتطور الذي لحقه بعد ذلك من خلال ما أبرزه الواقع العملي، هو التسوية الفعالة له للنزاعات التجارية الدولية، ويمكن جمع هذه الفعالية المحققة في مجموع النقاط الآتية:

أ- ما يزيد من فعالية وقوة نظام التحكيم الإلكتروني الجانب المتعلق بالإجراءات والتي سيأتي التفصيل فيها لاحقاً، أنها لا تحمل تعقيدات كبيرة، من خلال ما تمتاز به من المرونة والبساطة في تسوية المنازعات والاستجابة السريعة للأحداث والتجاوب معها، وهذا ما يجعل هذه الآلية الوجهة الأولى المفضلة لدى أطراف النزاع لحل نزاعاتهم، بعيداً عن القضاء الوطني الذي يتصف في العموم بإجراءات طويلة ومعقدة، فضلاً عن سير الدعوى الذي يأخذ وقت طويلاً يؤثر على المنازعات التي تتطلب السرعة في تسويتها.

ب- إن التطور الكبير والهائل الذي وصلت إليه وسائل التكنولوجيا والاتصال، ساهم في تقليص الفجوة بين الطريقة الافتراضية التي يتم بها إجراء التحكيم الإلكتروني عبر استعمال الوسائل الإلكترونية، وبين التحكيم التقليدي العادي الذي يتم عن طريق الحضور المادي، فقلّص ذلك من الفروقات بين كلتا الوسيلتين داخلاً بذلك كل إنتقاد حول استعمال التحكيم الإلكتروني، وبالذات بعد ظهور وسائل جد متطورة ومتاحة للجميع كالتطبيقات الخاصة بالمؤتمرات التي تتم عبر تقنية الفيديو التي توفر التحادث الآني وتبادل الملفات بطريقة آنية،

لذلك هذه الوسائل وأخرى سمحت بإجراء الجلسات التحكيمية وإجراء جلسات الاستماع للأطراف المحكمين والخبراء والشهود، وسهولة إنتقال السندات والبيانات.

ج- إن إعتتماد التحكيم الإلكتروني على مبدأ سلطان الإرادة، وإعتبار إرادة الأطراف جوهر وأساس عملية التحكيم الإلكتروني، له دور مهم في اللجوء إلى هذا النوع من التحكيم وتنظيم وسير إجراءات الدعوى التحكيمية، وهذا ما قد يجنب عرقلة العملية التحكيمية، خاصة أن الأطراف لا تلجأ إلى هذه الوسيلة إلا للحصول على تسوية سريعة للنزاع بما يتوافق وموضوع النزاع الذي يحتاج إلى سرعة ومرونة، وهذا ما يفسر اللجوء المتزايد حول التحكيم الإلكتروني في المنازعات المتعلقة بالتجارة والاستثمار الدوليين.

د- ما زاد هذه الآلية فعالية هو عدم تقيدها بشكليات معينة والمواعيد والقواعد التي تحكم نظام الجلسات أمام القضاء العادي، فيترك تحديد كل هذه الأمور لإرادة أطراف النزاع أو إلى هيئة أو مركز التحكيم، كما يسمح التحكيم الإلكتروني لأطراف الخصومة إيداع وتقديم ما يروونه مناسبا من طلبات ومستندات في أي وقت شاءوا من بداية النزاع التحكيمي وطيلة سير الدعوى التحكيمية، وفي أي مكان في العالم⁽¹⁾.

هـ- تشكل مراكز ومؤسسات وهيئات التحكيم ضمانات مهمة تساهم في تحقيق فعالية أكبر في تسوية المنازعات عبر التحكيم الإلكتروني، أين يقع على عاتقها تنظيم العملية التحكيمية، من ضمان حسن سير الدعوى والقيام بالإجراءات التحكيمية اللازمة، وحسن سير إنتقال الملفات والسندات، وتولي مهمة إحضار الخبراء والاستماع للشهود، وتأمين الموقع الإلكتروني المخصص لعرض النزاع من القرصنة والتخريب، والتأكد من سلامة الأمور التقنية بما يوفر فصل فعال للنزاع التحكيمي، من توفر جميع الأطراف على شبكة الأنترنت وعدم وجود عوائق تقنية في استخدام الوسائل والتطبيقات الإلكترونية، لذلك لعبت مراكز وهيئات التحكيم الدولية والإقليمية دور فعال في بروز التحكيم الإلكتروني كوسيلة عالمية يلجأ إليها الأطراف لتسوية نزاعاتهم.

كما يشكل تولى هيئات التحكيم الإلكترونية ومختلف الإتفاقيات الدولية السالفة الذكر على وضع قواعد خاصة بإجراءات التحكيم، وما يتعلق بإدارة جلسات التحكيم الإلكتروني، من تاريخ الإنعقاد وكيفية قيام الأطراف بتقديم أوجه دفاعهم ومرافعهم وكذا مناقشتهم من جهة والشهود والخبراء من جهة أخرى، إضافة إلى مناقشة

(1) عبد الحق كوريتي، خصوصية إجراءات التحكيم الإلكتروني في تحقيق الأمن القضائي، المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، عدد مزدوج 4&3، 2017، ص119.

الدولة مع هيئة التحكيم، وغيرها من الإجراءات الأخرى المتبعة حال انعقاد الجلسات، من ضمان للأطراف بما يحقق الفعالية المرجوة بلجوء الأطراف للتحكيم الإلكتروني⁽¹⁾.

5- تدعيم الشفافية: وهنا نقصد الشفافية التي تكون بين المتقاضين أطراف النزاع ومراكز أو مؤسسات التحكيم أو مع هيئة التحكيم مباشرة في ظل التحكيم الحر، حيث يساعد التحكيم الإلكتروني أو التحكيم عبر الأنترنت في نشر القرارات التحكيمية ومختلف المعلومات، وتمكين الإطلاع على مختلف الوثائق والمستندات عبر وثائق إلكترونية مخصصة لذلك، لذلك التحكيم الإلكتروني يساعد على تنمي الثقة بين هذه المراكز والمؤسسات التحكيمية والأطراف المحكّمة، وبين هذه الأخير وهيئة التحكيم مباشرة.

كما يساعد التحكيم الإلكتروني في إطار تدعيم الشفافية في تنفيذ الأعمال والخدمات الإدارية بسرعة ودقة متناهية، وبمستوى عالي، وتمكين الأطراف المحكّمة أو التي لجأت للاستفادة من خدمات المركز أو المؤسسة التحكيمية إلى الحصول على طلباته المتعلقة بالشق الإداري أو المرتبطة بالفصل في النزاع الخصومة الإجرائية بصفة شفافة ومنظمة دون بيروقراطية مما يوفر الوقت، كما يساعد الجهاز الإداري لدى هذه المراكز والمؤسسات التحكيمية في جمع وتصنيف المعلومات والوثائق والمستندات ومختلف القرارات التحكيمية بشكل يجعل الرجوع إليها أمرا سهل وسريع بما يؤدي إلى سير عمل المراكز والمؤسسات بشكل سلس، لذلك تعد المعلوماتيات من أنجع الوسائل التكنولوجية التي تمكن من تدعيم الشفافية في التحكيم⁽²⁾.

6- الرفع من كفاءة عمل الإدارة: تساعد التكنولوجيا في الرفع من مستوى عمل الإدارة في التحكيم المؤسساتي التي تتولى القيام بالأعمال الإدارية، ويعتبر هذا الجانب جزء أساسي من عمل مؤسسات ومراكز التحكيم، وحتى بالنسبة لهيئات التحكيم فيساعدتها في الرفع من كفاءتها، وذلك من خلال أن التكنولوجيا تساعد على تنفيذ الأعمال بالسرعة والفعالية المطلوبة، خاصة في ظل العدد الهائل للقضايا التحكيمية وتعقيداتها والتي تتطلب جهد إداري وبشري لمعالجة المنازعات وتسويتها، وهذا لا يقوم إلا بتوفير وسائل مادية معتبرة وجملة من الاعتبارات تساعد على القيام بما هو مطلوب للحصول على عدالة فعالة وسريعة، وأيضا ضرورة توفير قنوات إتصال كالحواسيب والهواتف ومختلف شبكات الإتصال والأقمار الصناعية القادرة على نقل البيانات بشكل متبادل بين الأطراف المعنية في التحكيم، وأيضا فيما تعلق بدرجة الأمان لهذه الوسائل والقدرة على تأمين

(1) المرجع السابق، ص 128.

(2) عبد السلام العنصري، الإدارة الإلكترونية ورهان التنمية الإدارية القضائية غودجا، مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، العدد الثاني، ص 510-512.

المعلومات وحمايتها من خطر الاختراق وهذا يعتبر من أهم العناصر التي تولي لها الدول ومختلف الفاعلين درجة كبيرة من الأهمية باعتباره يشكل خطرا وتهديدا ينسف هذا النوع من التحكيم، وأيضاً جانب آخر مهم لا يقل أهمية وهو الجانب المالي لتوفير البنية التحتية المتعلقة بإنشاء قواعد بيانات وشبكات إتصال إلى غير ذلك...⁽¹⁾.

كما تبرز الكفاءة في عمل الإدارة في تجنب الطرق التقليدية في عمل هيئة التحكيم أو مراكز ومؤسسات التحكيم من اعتماد المستندات الورقية وما قد يؤدي ذلك إلى كثرة الأخطاء والبطء في إنجاز العمل، إضافة إلى إمكانية ضياع الوثائق والمستندات أو تلفها من كثرة التداول والإستعمال، وأيضاً في صعوبة الإتصال والتواصل بين جميع الأطراف في النزاع التحكيمي من الأطراف المتنازعة وهيئة التحكيم وهيئة الدفاع والخبراء والسكرتارية والجهاز الإداري، وهذا يزداد صعوبة في ظل التحكيم الدولي، التي يكون بين أطراف من مختلف الجنسيات والدول، لذلك يوفر التحكيم الإلكتروني تقريب المسافات على مستوى عالم إفتراضي.

7- وتكمن أهمية التحكيم الإلكتروني بوضوح من خلال تجاوز مشكلة الاختصاص القضائي وتنازع القوانين وقواعد الإسناد المطبقة والتي تختلف من دولة لأخرى، وذلك بالنظر إلى الطبيعة الدولية لشبكة الانترنت التي تخضع لها عقود التجارة الإلكترونية، الأمر الذي يجعلها تخضع لنظم قانونية مختلفة، وتجاوزاً لهذا الإشكال العميق تلجأ الأطراف إلى التحكيم بصفة عامة وإلى التحكيم الإلكتروني بصفة خاصة حيال المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية⁽²⁾.

8- ساهم إستخدام التكنولوجيا في التحكيم في إحداث تغييرات إيجابية التي تجعل ممارسة التحكيم "صديقة للبيئة" وتقليل التأثير البيئي للتحكيم الدولي⁽³⁾، ويبرز ذلك من خلال تبني الممارسات اللاورقية من خلال إنتاج الوثائق في شكل إلكتروني، بدلا من نسخة ورقية، وقد واكبت العديد من مؤسسات التحكيم هذا الاتجاه أبرزها قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي 2020، التي تنص على الاتصالات الإلكترونية بشكل إفتراضي المادة

(1) عبد السلام العنصري، المرجع السابق، ص 513.

(2) أحمد بوقرط، إتفاق التحكيم في منازعات عقود التجارة الإلكترونية -دراسة مقارنة-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة تخصص قانون مدني معمق، كلية الحقوق جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2018/2019، ص 25.

(3) Norah Gallagher and Maria Fanou, 2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world, white a case, Published: 27/12/2021, Accessed: <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/01/QMUL-International-Arbitration-Survey-2021.pdf>

4، الشيء نفسه بالنسبة لقواعد غرفة التجارة الدولية 2021؛ قواعد SCC التي بدأت في إدارة ملفات إلكترونية منذ ذلك الحين 2019، إلخ، كما تبرز الفوائد البيئية للمشاركة عن بعد وجلسات الاستماع الافتراضية في تفادي السفر الذي من شأنه أن يساهم في الحفاظ على البيئة.

9- إن التحكيم الإلكتروني يتوافق ويتمشى مع ضمانات التقاضي المكرسة عالمياً ودستورياً، إذ أنه يدعم ويعزز تطبيق هذه المبادئ، سواء ما تعلق باحترام حقوق الدفاع مثلما أبرزناه سابقاً، وأيضاً ما تعلق بمبدأ المواجهة أين يتيح التحكيم الإلكتروني سهولة إطلاع كل طرف في الخصومة بما يقدمه الطرف الآخر من طلبات ودفعات وغيره من الوثائق والمستندات وأدلة الإثبات وذلك بالخصوص جلسات الاستماع الافتراضية التي تتيح تحقيق ذلك بكل فعالية بالصوت والصورة وجهاً لوجه، وأيضاً ما تعلق بمبدأ آخر من مبادئ التقاضي والمتمثل في مبدأ المساواة أين يوفر التحكيم الإلكتروني العدالة بين أطراف الخصومة من خلال حياد ونزاهة هيئة التحكيم وإستقلالها بالعمل بالتزامن والتساوي بين أطراف النزاع خاصة ما تعلق بالجانب الإجرائي وإدارة الجلسات بطريقة افتراضية، حيث يقع على عاتقها تحقيق العدالة الإجرائية بين أطراف الخصومة⁽¹⁾.

10- وما سهل من إستخدام التحكيم الإلكتروني حتى بعد إنتشار فيروس كورونا كوفيد-19، أين لم يلق صعوبات التحول من التحكيم التقليدي نحو التحكيم الافتراضي الذي يقوم على إستخدام التكنولوجيا، فكانت مراكز ومؤسسات التحكيم منفتحة على التحكيم الافتراضي، ومن بينها تقديم طلبات التحكيم بشكل إلكتروني مثل مؤسسات أخرى، مثل مركز هونغ كونغ للتحكيم الدولي hkiac، ومحكمة لندن للتحكيم الدولي Icia، ومركز سنغافورة للتحكيم الدولي siac، والمنظمة العالمية للملكية الفكرية الويبو، تسمح بتقديم طلب التحكيم في شكل إلكتروني و/أو نسخة ورقية في القواعد المنشورة قبل ظهور الوباء⁽²⁾.

(1) أنظر طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم -دراسة مقارنة في التشريعات الدولية وأنظمة مراكز التحكيم والتشريعات الوطنية العربية، الأكاديمية الدولية للوساطة والتحكيم، مقال منشور www.iamag.net.

(2) على نقيض قواعد التحكيم لتسوية منازعات الاستثمار ICSID، وقواعد غرفة التجارة الدولية ICC، التي نصت على اشتراط تقديم طلب التحكيم في نسخة ورقية. للمزيد راجع:

Kristen M. Young , Jennifer A. Ivers , and Katherine Schroeder, "The Impact of Covid on International Disputes", Series: International and Comparative Business Law and Public Policy, Volume: 2, Publication Date: 28 Oct 2022, <https://brill.com/edcollchap-oa/book/9789004514836/BP000005.xml#FN000246>. Accessed: 24/08/2023, 12:00.

الفرع الثالث: معوقات وسلبات التحكيم التجاري الإلكتروني في تسوية المنازعات

يعترض التحكيم جملة من العقبات والسلبات التي تهدد التحكيم الإلكتروني بنسف الأهمية ومزايا هذا النوع من التحكيم، وهذه العقبات التي تشكل تهديد لنجاعة وفعالية قدرة التحكيم الإلكتروني في حسم وتسوية المنازعات، وتتعدد هذه المخاطر والعقبات إلى مجموعتين، مجموعة أولى متعلقة بالجزائر كدولة ضعيفة في مجال استخدام التكنولوجيا وغيره من البلدان الضعيفة في ذلك أيضا، ومجموعة ثانية تتعلق بالتكنولوجيا والنظام الإلكتروني في حد ذاته، وفيما يلي تفصيل لهذه النقاط:

1- إن من أبرز السلبات التي تقف عائقا أمام ذبوع وانتشار التحكيم الإلكتروني وتطوره ويرهن نجاح هذا النوع من التحكيم يمكن حصره في ثلاث جهات، الأول ما تعلق بأحد الإشكالات العملية المتمثلة في ضعف البنى التحتية لاستخدام التكنولوجيا والاتصالات وشبكات قوية للإنترنت، والكلفة المادية المرتفعة لنقل هذه التكنولوجيا وتطويرها وإصلاحها، وصعوبة توفير الحواسيب والأجهزة المساعدة على استخدام التكنولوجيا والإنترنت والأجهزة ذات كفاءة وبرامج فعالة لمحاربة التجسس الإلكتروني والقرصنة، ضف إلى ذلك عدم وجود أشخاص ذات كفاءة عالية في التعامل مع الأنظمة المعلوماتية ومختلف الأجهزة الإلكترونية المتطورة وعلى مدرين محترفين، ويطلق على هذا الاختلال بالفجوة الرقمية⁽¹⁾، وعدم مواكبة الدول الضعيفة والفقيرة للتطور الذي يشهده العالم في مجال الاتصالات وتقنية المعلومات، ما يخلق تباين واختلاف الموازين بين دول تشهد إنفجار على مستوى التطور التكنولوجي وبلدان تشهد تخلف وتراجع في هذا الميدان مما يطرح تساؤل عن جدوى التحكيم الدولي الإلكتروني.

ويؤدي بنا عند الحديث عن هذا الضعف وخاصة بالنسبة للجزائر وهو الموضوع المهتم به من طرف كاتب الرسالة، إلى جعل هذه الدول الضعيفة في تبعية للدول الغنية والقوية ولمراكز التحكيم العالمية، وهذا ما يفسر الخسائر الكبيرة لقضايا التحكيم في هذه الدول في مواجهة الدول القوية، مما يجعلنا نفكر مليا في طرح أهم السبل في ترقية هذه الآلية وتحويلها من نقمة إلى نعمة بتحقيق تسوية فعالة وعادلة للمنازعات.

وتعتبر الجزائر من البلدان التي تشهد تطور بطيء في المجال التكنولوجي والمعلوماتي، إضافة إلى المشاكل العملية والتقنية في هذا المجال، إلا أنه هناك نقص في عدم المسايرة والمواكبة التشريعية في هذا المجال من المعاملات

(1) محمد خالد الحزين، إتفاق التحكيم الإلكتروني دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والكويتي، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في

القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص25.

والتجارة الإلكترونية، وهذا ما يطرح إشكال حول قدرة الجزائر على إستخدام التحكيم الإلكتروني كآلية بديلة لحل المنازعات خاصة الدولية التي تجدد الجزائر نفسها مجبرة على اللجوء إليها بموجب المعاهدات والإتفاقيات الدولية المبرمة بهذا الخصوص.

هذا من جهة أولى ومن جهة ثانية يعتبر من أبرز السلبات والعوائق هو إعتبار النظام الإلكتروني بيئة غير آمنة من خلال إنتشار الفيروسات وصعوبة حماية البيانات وسهولة اختراقها أو الكشف عنها من قبل الغير، وهذا ما يؤدي مباشرة إلى هدم أكبر ميزة تميز نظام التحكيم ككل، والمتعلق بمبدأ السرية⁽¹⁾. خاصة وأن الكلام على مسألة السرية في التحكيم الإلكتروني بإعتباره أحد المهيدات لعملية التحكيم من خلال صعوبة ضمان سرية العملية التحكيمية من خلال المخاطر المهددة له من القرصنة والاختراق، أو تخريب المعلومات، أو كشف الأسرار وتسريبها وتداولها وإتخاذها وسيلة للإبتزاز أو إستعمالها لغرض غير مشروع، وأكثر المتضررين من هذا هم المتعاملين في ميدان التجارة الذي يفضلون التحكيم لكونه يضمن لهم سرية المعلومات وسير العملية التحكيمية، غير أن الأمر مختلف بالنسبة للتحكيم الإلكتروني، هذا الأمر يجعل ضمان سرية العملية التحكيمية أحد أبرز التحديات التي تواجه التحكيم الإلكتروني من خلال توفير أكبر قدر ممكن من الضمانات للحفاظ على السرية⁽²⁾.

من جهة ثالثة وأخيرة، والمتعلق بالجانب القانوني والذي تشهد عدم وجود مواكبة بين تطور التكنولوجيا والإلكترونيات والإتصالات والتقنيات الحديثة وبين النظام القانوني المؤطر لذلك، الذي يتصف أحيانا بالجمود وفي أحيان أخرى فراغ وغياب التام للنظام القانوني، وفي أحيان أخرى عدم التجديد وتعديل هذه القوانين بما يتماشى مع الإنفجار الحاصل على مستوى التكنولوجيا والتقنية والأنترنت⁽³⁾.

2- يعد التأكد من هوية وأهلية أطراف النزاع من بين أبرز الصعوبات التي تعترى التحكيم الإلكتروني، أين تشتت جل التشريعات وجوب توفر الأهلية القانونية لأطراف النزاع والمحكمين⁽⁴⁾، وإن كان الأمر سهل التأكد

(1) مصطفى ناطق صالح مطلوب، التحكيم التجاري الإلكتروني، المرجع السابق، ص 19-20.

(2) عبد السلام العنصري، المرجع السابق، ص 527.

(3) مصطفى ناطق صالح الناصري، المرجع السابق، ص 20.

(4) يفهم من نص المادة 1006 إجراءات مدنية وإدارية أن المشرع اشترط توفر الأهلية القانونية لأطراف النزاع أين جاء فيها: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها..."، كما اشترط المشرع كذلك وجوب توفر الأهلية القانونية لدى المحكم وذلك بنص المادة 1014 إجراءات مدنية وإدارية التي نصّت: "لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية".

والتحقق منه في ظل التحكيم التقليدي، فالأمر يثير صعوبة حال التحكيم الإلكتروني، لذلك وجب إيجاد وسيلة تمكن المحكمين من كشف والتعرف عن أهلية وهوية أطراف النزاع.

3- إن من أبرز الصعوبات العملية التي يثيرها استخدام التحكيم الإلكتروني والتي حازت على أهمية كبيرة لدى المختصين في التحكيم والمهتمين بهذا المجال في رحلة البحث لإيجاد طرق لتذليل الصعوبات التي تعترض العملية التحكيمية التي تتم عن بعد، وأبرزها ما تمثل في صعوبة تحديد مكان التحكيم وذلك لكون الإجراءات التحكيمية تتم عن بعد، وهذا من شأنه أن يثير إشكال فيما تعلق بالاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه.

4- من السلبيات ضعف الاهتمام اللازم بتطوير وعصنة العدالة خاصة في الجانب المالي المخصص لذلك، أين تشهد الدول الفقيرة والضعيفة ضعف في الاستثمار في قطاع العدالة بما يضمن إصلاح هذا القطاع والدفع به نحو فعالية أكبر في تسوية المنازعات والفصل فيها، بما يحقق رضا المتقاضين، ويكرس قضاء حقيقي وفعال، ويساعد على التخلص من البطء في الإجراءات وطولها بإعتبار إجراءاته بسيطة، وكذلك كثرة استخدام الأوراق الذي يقودنا لموضوع آخر مرتبط بالجانب البيئي حيث هناك تركيز متزايد في السنوات الأخيرة على التأثير البيئي للتحكيم الدولي، كما أنه يقرب القضاء من الأشخاص الراغبة في الحصول على خدمات هذا القضاء الخاص وتسهيل عليهم ذلك بإعتبار القضاء الإلكتروني ككل والتحكيم الإلكتروني قضاء سريع ويتميز بالدقة العالية، لذا فهو يساهم في الدفع بالتنمية ويعالج الإرهاصات التي يعاني منها الإقتصاد الوطني.

5- رغم الإستخدم الواسع لجلسات الإستماع الافتراضية خاصة بعد إنتشار فيروس كورونا كوفيد-19، نظرا لما أبان عليه من فعالية ودور إيجابي في التحكيم، إلا أنها قد لا تكون مناسبة في جميع المنازعات، فقد يؤثر عقد جلسة الإستماع افتراضيا على حق الأطراف في عرض قضيتهم وإنتهاك مبدأ المساواة في المعاملة بين الأطراف، خاصة في ظل تباين القدرات التكنولوجية بين الدول، فلا تتمتع جميع الدول بقدرات تكنولوجية التي تسمح بنجاح هذه الآلية، فأغلب الدول تتوفر على قدرات تكنولوجية محدودة وإتصال بالإنترنت محدود، مما ينسف العمل بجلسات الإستماع الافتراضية والمشاركة فيها.

كما قد يكون الاختلاف في النطاقات الزمنية من أبرز الإشكالات والعوائق التي تعترض سير جلسات الإستماع الافتراضية، ونتيجة لهذا الاختلاف، قد يضطر الشهود والخبراء الإدلاء بشهادتهم أو أطراف النزاع في الحضور أو هيئة التحكيم إذا كانوا في مناطق متفرقة من العالم في الصباح الباكر أو وقت متأخر من الليل، مما يؤثر ذلك على جودة شهادتهم أو هيئة التحكيم أو الدفاع في القيام بعملهم أو حتى أطراف النزاع.

كما قد تحد جلسات الاستماع الافتراضية أيضا من قدرة المحكمين على تقييم مصداقية الوقائع والشهود الخبراء، فإذا كان في جلسة الاستماع التي تجري بالحضور المادي والشخصي للأطراف، تمكن المحكمين وهيئة الدفاع من رؤية الشاهد والأطراف مباشرة أمامهم مما يمكنها من تقييم إجاباتهم ولغة الجسد، وهذا ما يصعب تحقيقه حال عقد جلسات الاستماع بطريقة افتراضية، كما أن الاستخدام المفرط لتقنية الفيديو الذي قد يدوم عدة ساعات، قد يؤدي إلى إفقاد المشاركين التركيز مما يجعل من الصعب تحليل شهادات الشهود والخبراء، كما أنه من أكبر المهددات لجلسات الاستماع الافتراضية خطر شن الهجمات السيبرانية فيفضل التحكيم الافتراضي وجلسات الاستماع الافتراضية مهددة بحدوث انتهاكات الأمن السيبراني. وأمام هذه العوائق يطرح إجراء جلسات الاستماع أو المحاكمات الافتراضية التي يتم إجراؤها عبر الفيديو فقط تساؤل حول ما إذا كانت تشكل انتهاكا للإجراءات القانونية⁽¹⁾.

الفرع الرابع: التكريس القانوني والدولي للتحكيم الإلكتروني كآلية بديلة لتسوية المنازعات

تبعاً للمزايا وفعالية التحكيم الإلكتروني كقضاء إلكتروني لتسوية المنازعات، يشهد إنفتاح كبير حول التحكيم الإلكتروني مما يجعله لا يختلف كثيراً عن التحكيم التقليدي من حيث الممارسة والتكريس القانوني على جميع المستويات وطنية ودولية له، وإهتمام كبير من قبل المنظمات والهيئات الدولية، فحظي بالتكريس الدولي من المعاهدات والإتفاقيات الدولية والإقليمية والتشريعات الوطنية المختلفة لهذه الآلية التحكيمية مما يجعلها في نفس المنزلة مع التحكيم التقليدي.

تطبيقاً لهذه الأهمية ولكل المزايا وفعالية هذا القضاء الإلكتروني، تعتبر كل من إتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الشريعة العامة بالنسبة للتحكيم الإلكتروني، بالإضافة إلى إتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى CIRD I لسنة 1965، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي⁽²⁾.

ضف لذلك التكريس الدولي والوطني لهذه الآلية بشكل خاص من خلال التبنّي والتنظيم المباشر لها كالقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي،

⁽¹⁾ Kristen M. Young, Jennifer A. Ivers, and Katherine Schroeder, Op cit. Accessed: 24/08/2023, 11:45.

⁽²⁾ للمزيد أنظر أحمد بوقرط، المرجع السابق، ص 34-37.

وأيضاً القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني لسنة 2001 الصادر أيضاً عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري، وإتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005، واشترط الإتحاد الأوروبي على الدول الأعضاء بعدم وضع في تشريعاتها ما قد يعيق استخدام آليات لتسوية المنازعات إلكترونياً، أين نص عن هذا المادة الأولى من التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 الخاص ببعض المظاهر القانونية لخدمة مجتمع المعلومات والتجارة الإلكترونية فجاء في نص المادة: "تسمح دول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيداً عن أروقة المحاكم وباستخدام الوسائل التكنولوجية في العالم الإلكتروني، وفي مجتمع المعلومات في فض المنازعات"⁽¹⁾، فضلاً عن تكريس مختلف المراكز الدولية للتحكيم الإلكتروني أين تتولى حل المنازعات بواسطة الشبكات الإلكترونية، وأبانت هذه المراكز عن أدوار فعالة في تطوير وشيوع استخدام التحكيم الإلكتروني في تسوية مختلف المنازعات، وأبرزها مركز التحكيم والوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية wipo، وغرفة التجارة الدولية بباريس CCI⁽²⁾.

أما بخصوص التجربة الجزائرية في مجال تبني التحكيم الإلكتروني، ففي بادئ الأمر كانت التجربة الجزائرية الفعلية في استخدام التكنولوجيا للتقاضي في بدايات العام 2015، بصدر قانون 15-03 المتعلق بعصنة العدالة والتي أدمج تطبيق الوسائل الإلكترونية في العمل القضائي، حيث نص على ثلاث مسائل رئيسية جاءت متضمنة لعناوين ثلاث فصول التي يتشكل منها تبويب القانون، يشمل الفصل الأول على أحكام عامة محددة أهداف هذا القانون من خلال وضع منظومة معلوماتية مركزية لوزارة العدل وإرسال الوثائق والمحركات القضائية بالطريقة الإلكترونية، وإستخدام تقنية المحادثات المرئية عن بعد في الإجراءات القضائية، أما الفصل الثاني فتضمن الحديث عن المنظومة المعلوماتية المركزية لوزارة العدل والتصديق الإلكتروني، بينما الفصل الثالث فتطرق إلى إرسال الوثائق والإجراءات القضائية بالطريق الإلكتروني، وأكد على هذا القانون 15-02 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية في الفصل السادس في حماية الشهود والخبراء والقضايا من الباب الثاني في التحقيقات تحت عنوان مباشرة الدعوى العمومية وإجراء التحقيق، حيث تناول تقنية المحاكمة المرئية التي تتم عن بعد، فاستحدثت المادة 68 مكرر 27 التي جاء نصها كما يلي: "يجوز لجهة الحكم تلقائياً أو بطلب من الأطراف سماع الشاهد مخفي الهوية عن طريق وضع وسائل تقنية تسمح بكتمان هويته، بما في ذلك السماع عن طريق المحادثة المرئية عن

(1) نبيل زيد سليمان مقابله، المرجع السابق، ص 107.

(2) أنظر أحمد بوقرط، المرجع السابق، ص 38-53.

بعد واستعمال الأساليب التي لا تسمح بمعرفة صورة الشخص وصوته. إذا كانت تصريحات الشاهد المخفي الهوية هي أدلة الاتهام الوحيدة يجوز للمحكمة السماح بالكشف عن هوية الشاهد بعد موافقته بشرط أخذ التدابير الكافية لضمان حمايته. وإذا لم يتم الكشف عن هوية الشاهد تعتبر المعلومات التي يكشف عنها مجرد استدلالات لا تشكل لوحدها دليلاً يمكن اعتماده كأساس للحكم بالإدانة".

كما فعل المشرع وعزز من تطبيق التقاضي الإلكتروني في المادة الجزائية في قانون 20-04 في الكتاب الثاني مكرر في الباب الأول "أحكام عامة" في المواد من 441 مكرر إلى 441 مكرر 11، على استعمال وسائل الاتصال المسموعة والمرئية أثناء الإجراءات، سواء مرحلة التحقيق أو خلال مرحلة المحاكمة.

وأبرز ما جاء في هذا القانون هو تحديده لشروط وإجراءات المحاكمة عن بعد من خلال المادة 441 مكرر 8 من قانون الإجراءات الجزائية وسبققتها في ذلك المادة 15-03 السالف الذكر، ونبرزها في النقاط التالية:

- وجوب احترام إجراءات التقاضي المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية.

- يجب أن تضمن الوسيلة المستعملة سرية الإرسال وأمانته.

- يجب أن يتم تسجيل التصريحات على دعامة تضمن سلامتها وترفق بملف الإجراءات.

- يجب أن تدون التصريحات كاملة وحرفياً على محضر يوقع من طرف القاضي المكلف بالملف وأمين الضبط.

- وجوب تحرير أمين ضبط المؤسسة العقابية محضراً عن سير عملية استعمال تقنية المحاكمة المرئية ويوقعه ثم يرسله بمعرفة رئيس المؤسسة العقابية إلى الجهة القضائية المختصة لإحاقه بملف الإجراءات.

وشهد النظام القانوني في الجزائر ثورة في مجال التقاضي الإلكتروني خاصة في ظل ما شهدته الجزائر والعالم ككل من جائحة كورونا كوفيد-19، حيث شكل دافع قوي للممارسة الفعلية للتقاضي الإلكتروني بعدما كان حبيس النصوص القانونية دون وجود تطبيق على مستوى الميدان، فأصبح يتم العمل بهذا وفي نطاق واسع مع بداية العام 2020.

وأبرز مظاهر هذا الاستخدام للتقاضي الإلكتروني لتحل محل توقيف العمل القضائي، في إستحداث خدمة تقديم الشكاوى والعرائض إلكترونيا وعن بعد، والتي وضعت حيز الخدمة في 28 جويلية 2020 بإطلاق هذه الأرضية الإلكترونية التي تم استحداثها لهذا الغرض.

ومن بين المستجدات التي تعمل عليها وزارة العدل إستحداث النظام الآلي للتقاضي الإلكتروني، وقد راسلت في هذا الشأن مديرية الشؤون القضائية والقانونية بوزارة العدل الاتحاد الوطني لمنظمات المحامين بتاريخ 05 نوفمبر 2020، قصد تحيين قاعدة المعطيات الخاصة بالمحامين في تطبيق تسيير مهن الأعوان القضائيين، لربطها بالنظام الآلي للتقاضي الإلكتروني، ويشكل هذا الإجراء قفزة نوعية في مسار التقاضي الإلكتروني⁽¹⁾.

كما أطلقت وزارة العدل جملة من الخدمات القضائية التي تتم إلكترونيا وعن بعد، أهمها⁽²⁾:

- استخراج النسخة الإلكترونية صحيفة السوابق القضائية وشهادة الجنسية عن بعد.

- توفير خدمة التصحيح الإلكتروني للأخطاء الواردة بسجلات الحالة المدنية.

- خدمة المصادقة على صحة الوثائق القضائية الموقعة الكترونيا والمسحوبة عبر الانترنت.

- خدمة معرفة مآل القضية عن بعد وذلك باستحداث منصة تمكن المواطن من ذلك، وتوفير سحب الأحكام والقرارات القضائية إلكترونيا من طرف المحامين.

ونص المشروع التمهيدي لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي إنتهى من إعدادده وهو على طاولة البرلمان لمناقشته والمصادقة عليه، والذي تضمن النص وتقنين التقاضي الإلكتروني، والذي يشكل قفزة ومرحلة جديدة للتقاضي الإلكتروني في الجزائر.

وقبل ذلك إعترف المشرع الجزائري بالكتابة الإلكترونية في تعديله للقانون المدني الجزائري بصدور قانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 وإدراجه المادة 223 مكرر، وأيضا نص على التوقيع الإلكتروني في المرسوم

(1) نوال بوعبدالله، التقاضي الإلكتروني كآلية من آليات عصنة قطاع العدالة، مجلة البصائر للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد: خاص، ديسمبر 2021، ص 103-104.

(2) للإطلاع على هذه الخدمات، راجع موقع وزارة العدل، الذي تم الإطلاع عليه يوم: 2023/02/24 على الساعة 16:52، على الرابط:

<https://www.mjjustice.dz/ar>.

التنفيذي 162/07 الصادر في 30 ماي 2007 والمتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، والقانون 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين والصادر في 01 فيفري 2015.

وعلى المستوى الدولي كانت الجزائر سباقة ومواكبة لتطبيق التقاضي الإلكتروني من خلال مصادقتها على الإتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا الشأن، حيث صادقت على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية بتاريخ 05 فيفري 2002، وأبرز ما أشارت إليه الإتفاقية استخدام آلية المحادثة المرئية عن بعد، أو ما يعرف بتقنية "vidéoconférence" لسماع الأقوال عن بعد وبطريقة إلكترونية، فنصت في المادة 18 منها على ما يلي: "عندما يتعين سماع أقوال شخص موجود في إقليم دولة طرف بصفته شاهدا أو خبيرا أمام السلطات القضائية المختصة لدولة الطرف الأخرى ويكون ذلك ممكنا ومتفق عليه مع المبادئ الأساسية للقانون الداخلي يجوز لدولة الطرف الأولى أن تسمح إذا لم يكن ممكنا وصائبا مثول الشخص المعني بنفسه في إقليم الدولة الطرف الطالبة، ويجوز لدولة الطرف أن تتفق على أن تتولى إدارة جلسة الاستماع سلطة قضائية تابعة لدولة الطرف الطالبة وأن تحصرها سلطة قضائية تابعة لدولة متلقية الطلب".

إن إفرادنا لكل هذه النصوص الخاصة بالتقاضي الإلكتروني يأتي من باب إسقاط ذلك على التحكيم الإلكتروني، والتأكيد على شرعية إستخدامه دون أن يشكل ذلك أي مساس بالحقوق والحريات أو مساس بمبادئ المحاكمة العادلة، فبالرغم من عدم نص المشرع الجزائري عليه بصريح العبارة، إلا أن ذلك لا يمنع من تعميم ذلك وتطبيقه على مستوى التحكيم سواء على المستوى الداخلي أو الدولي، وما يؤكد ذلك هو تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد والمنتظر الذي كرس آلية التقاضي الإلكتروني منظما إياها من كافة الجوانب سدا لأي تأثير على الأمن القضائي والقانوني ككل.

من أجل ذلك تعتبر الجزائر سباقة في مجال عصنة قطاع العدالة والتكيف مع المتغيرات والتحولات خاصة في جانب التكنولوجيا والرقمنة، ليتمكن القول أنها مواكبة للثورة التكنولوجية وإستخدامها في جميع الميادين بالخصوص العدالة وإنتهاجها في إطار سياستها الحديثة والتوجه الجديد الذي تواكبه، وهذا ما يظهر من خلال المنحى الذي إتجهت فيه الجزائر، حيث سجلت نقلة نوعية في المجال، لتصبح إستخدام الرقمنة والتكنولوجيا ركيزة أساسية في عمل قطاع العدالة خاصة في جانب التقاضي الإلكتروني.

الفرع الخامس: الإستخدامات العملية للتكنولوجيا لتسوية المنازعات التجارية في التحكيم الدولي

تكمن الإستخدامات العملية للتكنولوجيا لتسوية المنازعات التجارية في التحكيم الدولي من خلال مجموع الخدمات المقدمة عبر الوسائط الإلكترونية أو ما يعرف بالوسائط الرقمية وتبرز أهمها فيما يلي:

- تخزين المعلومات القانونية وحفظها من نصوص قانونية وأحكام وقرارات قضائية وأراء فقهية تساعد هيئة التحكيم في الفصل في النزاع وحتى الخصوم أو هيئة الدفاع في إرشادهم قانونيا في تسوية النزاع.

- تخزين وتوثيق القضية من بدايته إلى نهايتها بحفظ ما تضمنته القضايا من طلبات ودفع ومذكرات وغيره من المستندات والمحاضر والأدلة والإخطارات... إلخ، لغاية صدور الحكم وتوثيقه كذلك، وهذا ما يساعد على التعامل الأمثل مع الملف سواء من طرف هيئة التحكيم أو الخصوم ومن يمثلهم من هيئة الدفاع إن وجدوا⁽¹⁾.

- تسمح الوسائط الرقمية في إتاحة إنشاء موقع رقمي خاص بمركز أو مؤسسة التحكيم التي على إثرها يتم تسجيل القضية، أو أن يكون إنشاء موقع إلكتروني خاص بالقضية المطروحة على التحكيم حيث تتولى هيئة التحكيم تسجيل القضية، ويسمح هذا الموقع الإلكتروني المنشئ إما من طرف هيئة التحكيم في التحكيم الحر أو مركز التحكيم في التحكيم المؤسسي الذي على متنه تسجل القضية، في تسيير الدعوى التحكيمية على مستوى الموقع من بداية الخصومة بإيداع صحيفة الدعوى وما يتخللها من تقديم الطلبات والدفاع والمذكرات والمستندات رقميا ومتابعة جلسات التحكيم عن بعد وسماعها إلى غاية صدور حكم التحكيم وإمكانية حصول الأطراف على نسخة رقمية من الحكم التحكيمي وأيضا الطعن فيه رقميا، وحتى بالنسبة للمستندات ومختلف الأوراق كعقد موضوع النزاع أو مذكرة أو وثيقة طعن أو إخطار وتقارير الخبرة ومختلف الأوامر والإخطارات والإعلانات التي تصدرها هيئة التحكيم بأي وسيلة رقمية كانت سواء بالفاكس أو التلكس أو الإيميل أو موقع إلكتروني خاص بهذا الغرض، ويوفر هذا الموقع مزايا عديدة حيث يسهل للأطراف متابعة أطوار العملية التحكيمية، بالأخص معرفة أوجه الدفاع والإجراءات والقرارات الصادرة ومختلف تطورات القضية التي تساعد الخصوم أن يكونوا على علم بكل مجريات الدعوى التحكيمية وتطوراتها وإتخاذ ما يمكن إتخاذه من الإجراءات المناسبة، وأيضا في طلب

(1) أمل فوزي أحمد عوض، حل المنازعات بالوسائل البديلة ورقمية الوسائل لحل المنازعات ADR & ODR، إصدارات المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والإقتصادية، الطبعة الأولى، برلين ألمانيا، 2023، ص 40.

كافة المعلومات المتعلقة بالقضية، والتعامل مع القضية عن بعد بكل سهولة ومرونة عالية بما يحقق معه المزايا السابق ذكرها، وأيضا يسمح للأطراف في طلب الإستشارات القانونية على مستوى الموقع⁽¹⁾.

-يسمح إستخدام الوسائط الرقمية في إعداد محاضر الجلسات بشكل رقمي وتخزينها على مستوى الموقع الإلكتروني المسجل ضمنها القضية، كما يمكن أن تتم مرافعة هيئة الدفاع عن بعد بإستخدام مختلف الوسائل الإلكترونية التي توفر الصوت والصورة، ليوفر عبء التنقل والحضور الجسدي سواء للأطراف أو ممثليهم من هيئة الدفاع إذا تم الإستعانة بمحام، وهذا في المنازعات الدولية، وبنفس الطريقة التي يتم بها عرض الدفاع يتيح التحكيم الإلكتروني إجراء المداولة دون حاجة لاجتماعهم جسديا، بواسطة الحضور مرئيا بإستخدام الأجهزة الإلكترونية والمواقع المتخصصة التي تساعد على ذلك⁽²⁾.

-يعد استخدام غرف الاستماع الافتراضية أحد الإستخدامات العملية للتكنولوجيا في تسوية المنازعات عن طريق التحكيم، كما أنه يعتبر نتيجة مباشرة وأفضل مثال على كيفية تكيف ممارسة التحكيم الدولي بسرعة مع جائحة COVID-19، خاصة إذا إعتبرنا أن جلسات الاستماع هي المرحلة الأساسية للعديد من عمليات التحكيم.

وفي إستطلاع أجري طلب فيه من المشاركين سؤال يواجهه معظم الممارسين ويستمررون في مواجهته أثناء الجائحة⁽³⁾، أي إذا لم يعد من الممكن عقد جلسة الاستماع شخصيا، فهل يفضلون تأجيل الجلسة أو المضي قدما في جلسة استماع افتراضية، وكان قد أشار 79٪ من المشاركين إلى أنهم يفضلون المضي قدما في الوقت المحدد مع "جلسة استماع افتراضية"، بينما يفضل 16٪ فقط تأجيل الجلسة حتى يمكن عقدها شخصيا، و4٪ من المشاركين فقط أشاروا إلى أنهم سيشارون تقديم الوثائق فقط.

(1) المرجع السابق، ص 40-45.

(2) أمل فوزي أحمد عوض، المرجع السابق، ص 46.

(3) تم إجراء إستطلاع حول التحكيم الدولي لعام 2021، من خلال الدراسة التجريبية الثانية عشرة لكلية التحكيم الدولي، جامعة كوين ماري بلندن Queen Mary University of London، بالشراكة مع White & Case LLP، ويهدف هذا الإستطلاع لإستكشاف الاتجاهات الحديثة في التحكيم الدولي وعلى وجه الخصوص كيف تكيفت ممارسات التحكيم الدولي وتستمر في التكيف مع التغيرات العالمية التي أحدثتها جائحة COVID-19. وشهد إستطلاع التحكيم الدولي لعام 2021 مشاركة مجموعة كبيرة من المشاركين، مع أكثر من 1200 رد مكتوب وما يقرب من 200 مقابلة شفوية مع مختلف أصحاب المصلحة من جميع أنحاء العالم.

أنظر:

<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/01/QMUL-International-Arbitration-Survey-2021.pdf>

وكانت «مؤتمرات الفيديو» و «تقنيات غرفة السمع» أكثر أشكال التكنولوجيا إستخدامًا، حيث تبين أن 63٪ من المستخدمين أنهم «دائمًا» أو بشكل متكرر يستخدمون هذه الوسائل، ونسبة 27٪ و 25٪ على التوالي أنهم «أحيانًا» يستخدمونها، ويستخدم أكثر من نصف المستجيبين 56٪ «دائمًا» أو «بشكل متكرر» «التخزين القائم على السحب»، مع ربع آخر من المستجيبين 24٪ «أحيانًا» يستخدمون هذا الشكل من تكنولوجيا المعلومات⁽¹⁾.

ويستخدم المشاركون في الإستطلاع "غرف السمع الافتراضية" 38٪ هذه الأداة "دائمًا" أو "بشكل متكرر"، بينما يستخدم 35٪ "أحيانًا" هذه الأنظمة الأساسية. عند السؤال كذلك من المشاركين في الإستطلاع عن أكبر مزايا وعيوب جلسات الاستماع الافتراضية، كانت الردود متنوعة وشاملة على النحو التالي:

بالنسبة لمزايا جلسات الاستماع الافتراضية⁽²⁾:

إمكانية زيادة توافر المواعيد السمعية 65٪؛

كفاءة أكبر من خلال استخدام التكنولوجيا 58٪؛

مزيد من المرونة الإجرائية واللوجستية من خلال تقليل التكاليف أو التعقيد اللوجستي 55٪؛

تأثير أقل على البيئة من جلسات الاستماع الشخصية 34٪؛

إنحرافات أقل للمحامين والمحكمين وإمكانية تشجيع المزيد من التنوع عبر المحاكم 13٪؛

عرض أفضل لوجوه الأشخاص مقارنة بجلسات الاستماع الشخصية 12٪.

وكانت سلبيات جلسات الاستماع الافتراضية على النحو التالي⁽³⁾:

صعوبة الحصول على الشهود وتقييم مصداقيتهم 38٪؛

الأعطاب التكنولوجية والوصول غير المتكافئ إلى الوسائل التقنية، كما يصعب كذلك الحفاظ على التركيز بسبب "إجهاد الشاشة" 35٪؛

⁽¹⁾ Norah Gallagher and Maria Fanou, Op cit, Accessed:

<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/01/QMUL-International-Arbitration-Survey-2021.pdf>.

Accessed: 25/08/2023, 14 :00.

⁽²⁾ Ibid. Accessed: 25/08/2023, 14 :00.

⁽³⁾ Ibid. Accessed: 25/08/2023, 14 :00.

مخاوف السرية والأمن السيبراني 30٪⁽¹⁾، حيث أدى الاستخدام المتزايد لتقديم الطلبات الإلكترونية وتخزين البيانات عبر الإنترنت إلى زيادة المخاوف بشأن الأمن السيبراني وحماية البيانات في إجراءات التحكيم⁽²⁾؛ نقص في الإلمام بالتكنولوجيات الجديدة، وعدم الثقة والشك تجاه الاستخدام المحتمل لأدوات وخوارزميات الذكاء الاصطناعي لتحقيق العدالة التنبؤية، وأيضاً ما قد يثار من الاعتبارات الأخلاقية والشكوك حول مدى تدخل هذه الأدوات في الوظيفة القضائية، واستحالت أن يحل الذكاء الاصطناعي محل المحكمين والمستشارين البشريين.

وتبرز فعالية عقد الجلسات بطريقة افتراضية في المرحلة الخاصة بالمرافعات، حيث تمكن الأطراف في شرح موضوع الدعوى وعرض طلباتهم ودفعاتهم، وما يتضمن ذلك من تقديم الحجج والأدلة عن طريق تقديم مذكرات ومختلف الوثائق المكتوبة يتم بطريقة إلكترونية، وهذا ما يضيف مرونة عالية وسهولة في إجراء المرافعة، بما يتماشى مع مبدأ دستوري وعالمي متعلق بحق الدفاع، فيسهل للأطراف تقديم مرافعاتهم والاستماع للشهود ومناقشة حجج بعضهم ومناقشة تقارير الخبراء، وهذا مقارنة بالتحكيم العادي الذي قد يجد الأطراف صعوبة في الحضور المادي خاصة إذا ما كان التحكيم دولياً يجري في دولة غير الدولة التي يقيم فيها.

ويكون إجراء الجلسات والمرافعات إما عن طريق تقديم المستندات والوثائق عبر الأنترنت بواسطة أحد الوسائل الإلكترونية كموقع الويب أو البريد الإلكتروني، أو أن يقدم مرافعته بطريقة شفوية وهذا ما لا يتعارض مع التحكيم الإلكتروني بفضل الوسائل الإلكترونية ذات فعالية في القيام بهذا الإجراء، وأبرزها موقع Skype أو موقع zoom أو google meet.

(1) في إستطلاع آخر أجري عام 2019، وافق 90 بالمائة من المشاركين في الاستطلاع على أن الأمن السيبراني كان "مسألة مهمة" للتحكيم الدولي، في حين أشار 11 بالمائة إلى أنهم تعرضوا لخرق للأمن السيبراني في التحكيم.

"International Arbitration Survey: Cybersecurity in International Arbitration," Bryan Cave, accessed -08-2023 24, <https://www.bclplaw.com/images/content/1/6/v2/160089/Bryan-Cave-Leighton-Paisner-Arbitration-Survey-Report-2018.pdf>. Accessed: 24/08/2023, 15 :00.

(2) نظراً للمخاطر العالية للعديد من منازعات التحكيم الدولية وتبادل المعلومات التجارية السرية للغاية بين الأطراف، أصدر المجلس الدولي للتحكيم التجاري، ومحامي مدينة نيويورك، والمعهد الدولي لمنع المنازعات وحلها في نوفمبر 2019 بروتوكول الأمن السيبراني في التحكيم الدولي، والذي يهدف إلى زيادة الوعي بالأمن السيبراني في التحكيم، يتناول البروتوكول أهمية الحفاظ على نظام الأمن السيبراني للحفاظ على ثقة المستخدم في نظام التحكيم، ويضع إطاراً لتحديد تدابير أمن المعلومات لإجراءات التحكيم. وقد أصدرت منظمات أخرى، بما في ذلك نقابة المحامين الدولية، إرشادات مماثلة بشأن الأمن السيبراني في إجراءات التحكيم. أنظر:

Kristen M. Young , Jennifer A. Ivers , and Katherine Schroeder, Op cit. Accessed: 24/08/2023, 14 :00.

لذلك فإجراء التحكيم عبر الأنترنت لا يشكل إخلالا بحق الدفاع، بل الأكثر من هذا أن هذا النوع من التحكيم يضفي فعالية في تسوية النزاع من خلال المرونة والسرعة في تسوية والفصل في النزاع وبما يحقق المساواة بين أطراف النزاع وفي خفض التكاليف⁽¹⁾ المادية جراء السفر وطباعة الأوراق وهذا في حد ذاته فيه إيجابية بالنسبة

(1) من التوجهات الحديثة في التحكيم ما يتعلق بتحديد رسوم وتكاليف التحكيم، فبعدما كان في السابق يترك تقدير الأتعاب للمحكمين أنفسهم أو أن تقدر الأتعاب بحسب قيمة الدعوى، فتم التخلي عن هذه المعايير غير الثابتة وغير دقيقة في تحديد هذه الأتعاب، إذ أن قيمة الدعوى لا تمثل أهمية في هذا الخصوص، فقد تكون دعوى بمبلغ بسيط وتأخذ وقتاً أطول وجهداً أكثر من دعوى أخرى بمبلغ كبير، كما أن هذه المعايير لا تأخذ بالحسبان جهد وكفاءة هيئة التحكيم في حل النزاع، لذلك إنتهجت قواعد التحكيم الجديدة لدى المؤسسات التحكيمية في تحديد أتعاب المحكمين توجهات جديدة، كاعتماد أن تكون التكاليف محددة بواقع الزمن أو عدد الساعات التي يتم فيها حسم الدعوى نهائياً وبهذا فإن التكلفة ترتفع كلما زاد عدد الساعات أو العكس، وهناك من القواعد واللوائح من تحدد الرسوم عبر جداول موضوعة مسبقاً ومحددة بصفة قطعية يحدد على إثره أتعاب المحكمين، كما تم النص على وجوب أن تكون التكاليف والرسوم معقولة.

وأبرز هذه القواعد واللوائح، ما نصت عنه قواعد الأونسيتال لعام 2010 في مادتيها 40 و 41، حيث إشتطت أن تكون التكاليف معقولة، وإمكانية مراجعة تكاليف التحكيم، ويقع على هيئة التحكيم تحديد الطريقة التي تتبعها في تحديد التكاليف والنفقات.

وقد نصت غرفة التجارة الدولية ICC في تعديلها لعام 2021 على كيفية تحديد تكاليف التحكيم الذي يكون بناء على المبلغ المتنازع عليه، مع تحديد للحد الأدنى والحد الأقصى للرسوم وفق جدول الذي يعد إلزامياً ولا يسمح للأطراف والمحكمين أي تحديد مخالف لما هو مقرر بموجب قواعد غرفة التجارة الدولية، وهذا وفقاً للمادة 38 من قواعد غرفة التجارة الدولية لعام 2021، والمادة الثانية من الملحق الثالث من القواعد.

نفس الأمر مع قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي لعام 2020، التي نصت على تحديد التكاليف حسب سعر الساعة، وعلى حصول هيئة التحكيم على النفقات المتكبدة بشكل معقول فيما يتعلق بالتحكيم.

أما قواعد التجارة ستوكهولم SCC والمطبقة ابتداء من 1 يناير 2020، فنصت على تحديد التكاليف وفقاً للمبلغ المتنازع وفقاً للمبلغ المتنازع عليه ويتم تحديده من قبل مجلس إدارة SCC، وفقاً لجدول محدد لهذا الغرض، وتراقب المحكمة ما إذا كانت التكاليف معقولة.

أما قواعد ICSID، فنصت على تحديد التكاليف مقابل كل ساعة عمل، بالإضافة إلى ذلك، يحق لهيئة التحكيم الحصول على تعويض بشكل معقول عن أي نفقات مباشرة تم تكبدها.

أما قواعد SIAC فنصت على تحديد التكاليف بحسب المبالغ المتنازع وفقاً لجدول الرسوم المحدد للتكاليف بحدود دنيا وقصوى يجب على الإلتزام بها، مع إمكانية إتفاق الأطراف على طرق بديلة يتم بها تحديد التكاليف، وهذا حسب نص المادة 34 من قواعد SIAC،

وأوضحت معظم مراكز ومؤسسات التحكيم تمكن الأطراف من تقدير تكاليف التحكيم مسبقاً باستخدام حاسبة خاصة تقوم بحساب التكاليف.

وساعد استخدام التكنولوجيا والأنترنت في تقديم خدمات التحكيم، خاصة ما يتعلق بإجراء جلسات الاستماع عن بعد، والإيداع الإلكتروني والدفع الإلكتروني للرسوم والتكاليف، واستخدام المواقع الإلكترونية والتوقيعات الإلكترونية وإصدار الأحكام بشكل إلكتروني، مما يستغنى إلى حد كبير عن الحاجة إلى الحضور الفعلي للأطراف والشهود والمحكمين، وهذا ما يكون له الأثر على التكاليف، حيث تكون منخفضة مقارنة بالتحكيم العادي.

للمزيد، راجع:

للحفاظ على البيئة، وتجنب الشكليات المعقدة حال تقديم الوثائق والمستندات كتابيا، وأيضا في الإدارة الفعالة للجلسات بطريقة إلكترونية، بالخصوص في ظل التطور الكبير لمنظومة الأنترنت والتكنولوجيا عبر العالم خاصة من جانب السرية و ومنع تهكير والإعتداء الفيروسي على المواقع من خلال عملية التشفير وتحقيق أعلى درجات الأمان بما يضمن الأمن القضائي.

كما أن الإعتماد على جلسات الاستماع الافتراضية قد تتيح المساواة وتكون أكثر عدالة منها عن التحكيم العادي حيث يتيح لكل أطراف النزاع فرصة متساوية للاستماع والدفاع عن حقه وإبداء وجهات النظر، وأيضا في الاستماع للشهود والخبراء دون ضرورة حضورهم المادي.

ويتيح استخدام التكنولوجيا في الإحتفاظ بالأدلة ومختلف المستندات والوثائق والعودة إليها عند الحاجة مقارنة بالطريقة التقليدية التي قد تؤدي إلى ضياع الوثائق ومختلف المستندات وصعوبة تنظيمها وترتيبها خاصة وأن في العادة تكون ذات حجم كبير بما قد يسبب عرقلة وصعوبة في تنظيم وضبط هذه الوثائق ورجوع هيئة التحكيم إليها لحل النزاع.

آخر مرحلة تختتم بها عملية التحكيم والتي تأتي مباشرة بعد عملية المداولة، وهي إعداد الحكم التحكيم رقما ونشره وإيداعه رقما، ليعلم به الخصوم عن بعد، كما يمكنهم أيضا من تسليم صور الأحكام سواء البسيطة أو التنفيذية، خاصة وأنه يمكن كتابتها والتوقيع عليها إلكترونيا، ويتم الإرسال عادة عبر البريد الإلكتروني، أو نشره على موقع إلكتروني مخصص لهذا الغرض⁽¹⁾.

Bamikole Martins Aduloju, "The Impact of Covid on International Disputes", Series: International and Comparative Business Law and Public Policy, Volume: 2, Publication Date: 28 Oct 2022, <https://brill.com/edcollchap-0a/book/9789004514836/BP000005.xml#FN000246>. Accessed: 24/08/2023, 14 :00.

(1) أمل فوزي أحمد عوض، المرجع السابق، ص 46-49.

المطلب الثاني

البعد الإجرائي للتحكيم الإلكتروني بين خصوصية هذا النظام ودوره في تسوية فعالة للنزاعات ودحضه للمخاطر المهددة للتحكيم الإلكتروني

تبرز خصوصية التحكيم الإلكتروني في الإجراءات الخاصة المتبعة في سير العملية التحكيمية، والتي ميزت هذا النوع من التحكيم عن التحكيم التقليدي، وتتم سير العملية التحكيمية بعدة مراحل، بداية بإبرام الأطراف للإتفاق التحكيمي وإحالة النزاع للتحكيم، إلى غاية صدور الحكم التحكيمي الإلكتروني.

وتأتي أهمية التطرق للبعد الإجرائي قبي ظل دور وأهمية الجانب الإجرائي للتحكيم الإلكتروني في تحقيق تسوية فعالة للنزاعات ودحضه للمخاطر المهددة للتحكيم الإلكتروني، خاصة في ظل زخم السليبات الذي يعتري هذا النظام الإلكتروني خاصة ما تعلق بسرية عملية التحكيم وحماية خصوصية أطراف العملية التحكيمية، ومختلف الإشكالات والعوائق العملية السابق ذكرها، والتغاضي في الحديث عن هذا الموضوع وعدم إعطائه الحيز الذي يستحقه من الدراسة والنقاش وتقديم مختلف الحلول التي بالإمكان أن تهدد وتدحض مكانة التحكيم كآلية لتسوية المنازعات.

وتتركز دراستنا للجانب الإجرائي للتحكيم الإلكتروني في التطرق لخصوصية وما يتميز به نظام التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي، دون التطرق والتفصيل فيما يجمع التحكيم الإلكتروني والتقليدي لسبق عرضه عند التطرق للتحكيم العادي، وما يسري عن التحكيم الإلكتروني نفسه ما يسري على التحكيم التقليدي، هذا من جهة، ومن جانب آخر وباعتبار الحديث عن الجانب الإجرائي للتحكيم الإلكتروني يقودنا بالضرورة الحديث عن الضمانات التي يوفرها هذا النوع من التحكيم وفعاليتها الإجرائية، خاصة وأنه من المواضيع التي تثير العديد من الإشكالات، لذلك ستركز دراستنا كذلك على هذا الجانب.

لذلك تشتمل دراستنا التطرق لإبرام إتفاق التحكيم الإلكتروني الفرع الأول، يليها التطرق لسير دعوى التحكيم الإلكترونية عبر الانترنت الفرع الثاني، وبعدها لصدور حكم التحكيم الإلكتروني وتنفيذه الفرع الثالث.

الفرع الأول: إبرام إتفاق التحكيم الإلكتروني

يعد إتفاق التحكيم أساس وجوه اللجوء إلى التحكيم، سواء كان هذا الإتفاق مبرما قبل نشوء النزاع والذي يطلق عليه بشرط التحكيم بنص المادة 1007 إجراءات مدنية وإدارية، أو بعده وهو ما يطلق عليه بمشارطة التحكيم أو إتفاق التحكيم والذي وعّفه المشرع الجزائري في نص المادة 1011 إجراءات مدنية وإدارية بأنه: "الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

ولما كان التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم التقليدي كما تم إفراده سابقا، فيقصد بإتفاق التحكيم الإلكتروني على أنه إحالة النزاع وبشكل إختياري إلى طرف ثالث محايد، مقدم خدمة التسوية الإلكترونية، لتعيين شخص أو عدة أشخاص، لتسوية النزاع باستخدام وسائل الإتصال الحديثة وفقا لقواعد تنظيمية ملائمة لموضوع النزاع، وذلك لإصدار حكم ملزم للأطراف⁽¹⁾.

وباعتبار إتفاق التحكيم الإلكتروني عقد كسائر العقود الإلكترونية، فإن ما يبرز خصوصية التحكيم الإلكتروني وما يتميز به وما يميزه عن التحكيم العادي هو الطريقة الإلكترونية التي يبرم بها هذا النوع من التحكيم، وهذا ما يضيف خصوصية على هذا النوع فيما تعلق بالتعبير عن الإرادة بصفة إلكترونية، والتحقق من هوية وإرادة أطراف التحكيم، وطريقة التوقيع التي يتم بها⁽²⁾.

أولا: الكتابة الإلكترونية لإتفاق التحكيم: المدلول والحجية

يخضع إبرام إتفاق التحكيم الإلكتروني للتنظيم الخاص بالعقود وللأركان والشروط الأساسية لقيام أي عقد، من التراضي الذي يتم عن طريق تبادل التعبير عن الإرادة بشكل الكتروني، فيتم توجيه كل من الإيجاب والقبول عبر شبكة الانترنت، فيتم القبول والإيجاب عبر متصفح الانترنت بالضغط على المفتاح الذي يعبر عن رضا الأطراف، فيتم بالضغط على الزر الذي يؤكد توجيه الإيجاب والقبول من جهة ثانية، ليعتبر بذلك الضغط على المفتاح بمثابة الرضا بالتعاقد وتعبيرا صحيحا عن الإرادة والموافقة على الشروط الواردة من الطرف الآخر⁽³⁾، كما يشترط في هذا الإتفاق توفر كل من المحل والسبب.

(1) أورد هذا التعريف أحمد بوقرط، المرجع السابق، ص 65.

(2) المرجع السابق، ص 81.

(3) علي ملحم، فؤاد ديب، دراسة تحليلية في التحكيم الإلكتروني، مجلة جامعة لبحث، العدد 16، المجلد 38، 2016، ص 144-145.

ويخضع إبرام الإتفاق التحكيمي الإلكتروني لشروط شكلية خاصة تتمثل في وجوب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً، أين يثور عدة إشكالات بخصوص هذا الشرط، خاصة في ظل ما نصّت عليه إتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها في المادة الثانية منه، والمادة 7 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الأونسترال لعام 1985، وكذلك بالنسبة للمشرع الجزائري الذي إعتبر الكتابة بإعتبارها شرط جوهري لوجود وصحة إتفاق التحكيم، شرطاً كان أم مشارطة، وإلا ترتب على ذلك بطلان التحكيم، وهذا بنص كل من المادة 1008 ق إ م وإ التي كان نصها كالاتي: "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الإتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي يستند إليها"، وكذلك أكدت على هذه القاعدة المادة 1012 ق إ م وإ التي كان نصها كالاتي في الفقرتين الأولى والثانية: "يحصل الإتفاق على التحكيم كتابياً. يجب أن يتضمن إتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم".

إذا كان الأمر ليس فيه إختلاف بخصوص الكتابة في إتفاق التحكيم في الحالة العادية التي تتم ورقياً أو ما يطلق عليها بالطريقة التقليدية، غير أن هذا الأمر يثير نقاشات وتساؤلات عدة حول مشروعية الكتابة الإلكترونية لإتفاق التحكيم.

إن هذا الإشكال أجابت عنه إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، والتي تول إعداده من طرف الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، ووقع إعتمادها من طرف الجمعية العامة في نوفمبر 2005 بقرار رقم 60/21، وأولت هذه الإتفاقية إهتمام بارز للمسائل المتعلقة بإستخدام وسائل الإتصال الإلكترونية فيما تعلق بالعقود الدولية، ومن أبرز ما أقرته هو إكتساب الخطابات الإلكترونية لنفس الوظيفة والقيمة القانونية من حيث الكتابة والتوقيع في الحالة العادية، وجاءت المواد المؤكدة على هذه المسألة على النحو الآتي بيانه⁽¹⁾:

(1) في هذا الصدد جاء النص في موقع الأونسترال بأن الغرض من إنشاء إتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية هو تسهيل استخدام الخطابات الإلكترونية في التجارة الدولية عن طريق التأكد من أن العقود المبرمة وغيرها من الخطابات المتبادلة إلكترونياً صحيحة وقابلة للتنفيذ بقدر مثيلاتها من العقود والخطابات الورقية التقليدية. وجاء أيضاً في تبرير هذه الأهمية في أنه إتفاقية الخطابات الإلكترونية هي عبارة عن معاهدة تمكينية تتمثل أثرها في تذليل تلك العقبات الرسمية تتمثل أبرز هذه العقبات في صعوبة إستخدام الخطابات الإلكترونية على النطاق الواسع في معاهدات القانون التجاري الدولي كإتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، وإتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع إتفاقية البيع، من خلال تحقيق التكافؤ بين شكلي الخطابات الإلكترونية والمكتوب. فضلاً عن ذلك، فإن هذه الإتفاقية تحقّق أغراضاً إضافية تجعل استخدام الخطابات الإلكترونية في التجارة الدولية أسهل. لذا، فإن القصد من الإتفاقية هو تعزيز مواءمة القواعد المتعلقة بالتجارة الإلكترونية وتعزيز التوحيد في اشتراط قوانين الأونسترال النموذجية على الصعيد الوطني فيما يتعلق بالتجارة

- نصّت المادة 8 (1) على ما يلي: "لا يجوز إنكار صحة الخطاب أو العقد أو إمكانية إنفاذه لمجرد كونه في شكل خطاب إلكتروني".

- ونصّت في المادة 9 (2) التي جاء فيها: "حينما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد كتابيا، أو ينص على عواقب لعدم وجود كتابة، يعتبر ذلك الاشتراط قد إستوفى بالخطاب الإلكتروني، إذا كان الوصول إلى المعلومات الواردة فيه متيسرا على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا".

- في حين جاء نص الفقرة الثالثة من نفس المادة 9 السالفة الذكر كالتالي: "حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد ممهورا بتوقيع طرف ما، أو ينص على عواقب لعدم وجود توقيع، يستوفى ذلك الإشتراط فيما يخص الخطاب الإلكتروني إذا: أستخدمت طريقة ما لتعيين هوية الطرف المعني وتبين نية ذلك الطرف فيما يخص المعلومات الواردة في الخطاب الإلكتروني؛ بوكانت الطريقة المستخدمة: "1" موثوق بها بقدر مناسب للغرض الذي أنشئ الخطاب الإلكتروني أو أرسل من أجله، في ضوء كل الملابسات، بما فيها أي إتفاق ذي صلة؛ أو "2" قد أثبتت فعليا، بحد ذاتها أو مقترنة بأدلة إضافية، أنها أوفت بالوظائف المذكورة في الفقرة الفرعية أ أعلاه.

- أكثر مما سبق بيانه من النصوص المذكورة أعلاه، نصّت نفس الإتفاقية للأمم المتحدة الخاصة بإستعمال الخطابات الإلكترونية في المادة 20 منها، من خلال توسيع تطبيقها أو أثرها القانوني ليشمل إلزام الدول المنظمة إليها بتجسيد أحكامها على كل الإتفاقيات التي سبقت وأن صادقت عليها، وأبرزها إتفاقية نيويورك لعام 1958 الخاصة بالإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، وجاء نص المادة 20: "1- تنطبق أحكام هذه الإتفاقية على إستخدام الخطابات الإلكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ عقد أو إتفاق تسري عليه أي من الإتفاقيات الدولية التالية التي تكون الدولة المتعاقدة في هذه الإتفاقية، أو قد تصبح دولة متعاقدة فيها: -إتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958 ... ؛

الإلكترونية، وكذلك تحديث واستكمال بعض أحكام تلك القوانين النموذجية في ضوء الممارسات الأخيرة. وأخيرا، قد تزود الإتفاقية البلدان التي لم تعتمد بعد أحكاما بشأن التجارة الإلكترونية بتشريعات حديثة وموحدة ودقيقة الصياغة.

راجع:

un.org. إتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية نيويورك، 2005 | لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

2-تنطبق أحكام هذه الإتفاقية كذلك على إستخدام الخطابات الإلكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ عقد يسري عليه أي من الإتفاقيات أو المعاهدات أو الإتفاقات الدولية الأخرى غير المذكورة تحديدا في الفقرة 1 من هذه المادة والتي تكون الدولة المتعاقدة في هذه الإتفاقية، أو قد تصبح، دولة متعاقدة فيها..."

ونص كذلك قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 صراحة على الكتابة الإلكترونية، وذلك في المادة 27 بأنه :«يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا، ويعتبر الإتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو بقيات أو غيرها من وسائل الإتصال السلبي واللاسلكي تكون بمثابة سجل للإتفاق، أو في تبادل المطالبة والدفع التي يدعي بها أحد الطرفين وجود إتفاق ولا ينكره الطرف الآخر، وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط تحكيم بمثابة إتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوبا، أو تكون الإشارة واردة بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد».

وأكدت على الكتابة الإلكترونية ليوافق الممارسات الدولية بشكل أوضح في تعديل القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 المعتمد خلال دورة 2006 تحت رقم 39 بصدر قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 2006، في تعديلها للمادة 7 منه، فجاءت المادة 7 (3) :«يستوفي اشتراط أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا بواسطة خطاب إلكتروني إذا كانت المعلومات الواردة فيه متاحة بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقا، ويقصد بتعبير "الخطاب الإلكتروني" أي خطاب يوجهه الطرف بواسطة رسالة بيانات، ويقصد بتعبير "الخطاب الإلكتروني" أي خطاب يوجهه الطرف بواسطة رسالة بيانات، ويقصد بتعبير "رسالة البيانات" المعلومات المنشأة أو المرسله أو المتلقات أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغنطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل، على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني للبيانات والبريد الإلكتروني والبرق والتلكس والنسخ البرقي».

ووافق ما جاء في المادة 7 (3) السابقة الذكر، المادة 2 (1) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية 1996 وجاء نص المادة على النحو التالي :«يراد بمصطلح رسالة بيانات، المعلومات التي يتم إنشائها أو إرسالها أو استلامها وتخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال الحصر، تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي».

وجاء أيضا في المادة 6 (1) من نفس القانون: "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع لاحقا".

أما بخصوص إتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها التي تعتبر إتفاقية ملزمة للدول الموقعة عليها، فمن خلال المادة 2 (2) منه التي جاء نصها كالاتي: "يشمل مصطلح إتفاق مكتوب أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي إتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين أو وارد في رسائل أو برقيات متبادلة"، من نص المادة يتضح بأن إتفاقية نيويورك أشارت إلى وجوب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا وموقعا لكن هذا فيما يخص الكتابة العادية أو ما يطلق عليها بالكتابة التقليدية والتوقيع اليدوي، لكن الاختلاف أو الإشكال الذي تطرحه نص الإتفاقية وقع في مدى صحة الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في ظل عدم وجود إشارة صريحة حول هذه الكتابة والتوقيع مثلما أوردته النصوص القانونية السابق ذكرها.

فإبرازا لموقف الإتفاقية فإننا نقول بشأن ذلك أن التطورات التكنولوجية الحديثة ومسايرة عامة الدول ومختلف الإتفاقيات والقوانين الدولية بالنسبة لتكريس والإعتراف بالكتابة والتوقيع الإلكترونيين، ومن جهة أخرى لكون هذه الإتفاقية ذات نطاق دولي تعنى بالإعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها على المستوى الدولي والذي يقابله إعتراف دولي بكل من الكتابة والتوقيع الإلكترونيين، لذلك لا يمكن أن تتعارض الإتفاقية فيما هو مكرس دوليا خاصة بالنسبة لهذه المسألة التي تعتبر إمتدادا للتطور الحاصل في التكنولوجيا، وأيضا في كون وضع نصوص إتفاقية نيويورك كان قديما أين تم إنشاؤها عام 1958، لم يتسنى الأخذ بعين الإعتبار عند وضع الإتفاقية ما شمله التطور على مستوى التكنولوجيا ومواكبة ذلك ومسايرة نصوص الإتفاقية لهذا التطور، لذلك لم يتسن لواضعي الإتفاقية النص على الطريقة الإلكترونية للكتابة والتوقيع، لأجل ذلك يأخذ في تفسير مفهوم الكتابة والتوقيع وفق إتفاقية نيويورك بالمفهوم الواسع ليعترف بهذا الشكل الحديث من الكتابة والتوقيع ويكون له نفس الحجية والإعتراف القانوني مع الكتابة والتوقيع التقليديين، والدليل الآخر الذي يؤكد كل هذه الحجج المقدمة والتفسير الواسع لمصطلح الكتابة ليأخذ المفهوم الإلكتروني سواء بالنسبة للكتابة أو التوقيع، إستعمال الإتفاقية لمصطلح "البرقيات" الذي يوحي بالضرورة أن الإتفاقية تدرج كذلك مختلف الوسائل الإلكترونية الحديثة المستعملة في الكتابة والتوقيع الإلكترونيين، وحتى بالنسبة للتحكيم الذي يتم إدارته بهذه الوسائل الحديثة، لذلك شملت الإتفاقية ما كان

موجودا في ذلك العصر دون أن يمتد إلى ما وصل إليه العصر الحالي من تطور، لذا لا مانع من أن تفسر الكتابة والتوقيع بالمفهوم الواسع مثلما تم تبينه سابقا⁽¹⁾.

وتأكيدا لما جاء في المادة 2 (2) من إتفاقية نيويورك 1958 وما تم التوصل إليه بعد التحليل والتفسير للمادة، لا بد من التطرق للمادة 7 (1) من إتفاقية نيويورك لعام 1958 التي كان نصها كالاتي: "لا تؤثر أحكام هذه الإتفاقية على صحة ما تعقده الأطراف المتعاقدة من إتفاقات متعددة الأطراف أو إتفاقات ثنائية تتعلق بالإعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها، ولا يحرم أيا من الأطراف المهتمة من أي حق يكون له في الاستفادة من أي قرار تحكيمي على نحو وإلى الحد اللذين يسمح بهما قانون أو معاهدات البلد الذي يسعى فيه إلى الإحتجاج بهذا القرار". من قراءة هذا النص يتبين من فحواه أنها تعطي الحرية الواسعة استنادا لمبدأ سلطان الإرادة في أن يتم التقيد بما إختارته إرادة الأطراف بشأن إنفاذ قرارات التحكيم الأجنبية سواء ما تم عقده من إتفاقيات جماعية أو ثنائية، وهذا دون أن يرد على هذه القاعدة العامة أي قيد، كما يمكن للأطراف ذي المصلحة الاستفادة من قانون أو معاهدات البلد محل الإعتراف على مستواه بقرار التحكيم، وحتى البلد الذي يوفر فيه ذلك القانون أو المعاهدات نظاما أكثر ملاءمة من أحكام إتفاقية نيويورك⁽²⁾، لذلك كنتيجة من خلال مقارنة المادة 2 (2) بالمادة 7 (1) يتضح بأن المادة 7 (1) تؤكد التحليل والتفسير الذي أعطي للمادة 2 (2) بأن الكتابة والتوقيع الإلكترونيين يأخذان نفس المكانة والقيمة القانونية ونفس الحكم بالنسبة للإثبات مع الكتابة والتوقيع التقليديين أو المبرمان بطريقة عادية على دعامة ورقية.

من قراءة كل هذه النصوص يتضح بأن الكتابة غير محصورة بالمعنى التقليدي لها في ظل التطور المعاصر والأخذ بالمفهوم الواسع للكتابة ليشمل الكتابة الإلكترونية، خاصة مجال المعاملات الإلكترونية والوسائل المتطورة الحديثة مثل البرقيات والفاكس وغيرها من البرمجيات الحديثة من فايسبوك والتلغرام وتويتر والبريد الإلكتروني والمكالمات الصوتية وإجتماعات أونلاين أو ما يطلق عليها بـ: كونفيرونس فيديو هذه التقنية التي تتيح التحاضر والإجتماع عن بعد، بل تشمل على مختلف وسائل الإتصال الحديثة والمتطورة التي من شأنها إثبات نسبة المعلومات التي تتضمنها إلى شخص معين⁽³⁾، مما يعني جليا بأن تبني الكتابة الإلكترونية⁽¹⁾ يعد من قبيل الأخذ بالمفهوم

(1) كريم بوديسة، مرجع سابق، ص 66.

(2) المرجع السابق، ص 72.

(3) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 350.

الواسع للكتابة، بعدما كان يشترط في الكتابة أن تكون بطريقة تقليدية آخذين بالمفهوم الضيق للكتابة. غير أن التطور التكنولوجي وبرز ما يعرف بالرقمنة أدى لظهور نوع جديد من الكتابة والذي يقوم على التحرير بواسطة دعامة إلكترونية.

ولم يميز المشرع الجزائري بين نوعي الكتابة التقليدية والإلكترونية أين أعطاهم نفس المدلول ونفس الأهمية خاصة من جانب الإثبات وهذا بنصه في المادة 323 مكرر مدني جزائري على أنه: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها"، نفس الأمر ذكرته المادة 323 مكرر 1 مدني جزائري بقولها: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق...".

وتبرز أهمية وفعالية دور الكتابة الإلكترونية في ظل ما تسمح به هذه الوسيلة في حفظ المعلومات المتبادلة والإبقاء على مضمونها في وثيقة تكون ذات مظهر مادي وهذا ما يتيح إسترجاع هذا المضمون والإحتكام في حال ما إذا نشب نزاع حوله أو حول مضمون العقد أو التنفيذ أو غيره من المنازعات التي قد تثور⁽²⁾.

ثانيا: التوقيع الإلكتروني

يعتبر التوقيع مثله مثل إتفاق التحكيم الذي يجب أن يكون مكتوبا ليشكل مرحلة أساسية للتوثيق الإلكتروني، ويرتبط كل من الكتابة والتوقيع إرتباط وثيق، فلا يمكن عد الكتابة دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت مقرونة بتوقيع من الشخص صاحب الكتابة المسندة إليه، غير أن التوقيع يعتبر بذلك العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي الذي يكمل حجية الوثيقة أو المحرر الإلكتروني، حيث يسهل التعرف على الشخص صاحب الوثيقة، الذي لا يمكن نسبة ورقة أو مستند إلى شخص ما بدونه، فهو بذلك يمثل العلامة الدالة على صاحب الوثيقة أو المعرفة به تعريفا واضحا لا شك فيه، ومن جهة أخرى يمثل الإمضاء دليل على رضا الطرف

(1) أحاطت التنظيمات والقوانين الدولية التعريف بالكتابة الإلكترونية فعرف المحرر الإلكتروني القانون النموذجي لـ UNCITRAL الخاص بالتجارة الإلكترونية لسنة 1996 من خلال المادة 2 أ بأنها: "تعرف رسالة البيانات بأنها المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية، أو بوسائل مشابهة".

(2) محمد حسين م نصور، مرجع سابق، ص 350. نقلا عن:

L. Grybaum, La preuve littérale et la signature a l'heure de la communication électrique, com élect. Nov. 1999, P.2.

الموقع بالالتزامات الملقاة على عاتقه الناجمة عن الوثيقة محل التوقيع⁽¹⁾، وإذا كان المتعارف عليه أن يكون التوقيع بخط اليد يتضمن الإتفاق إسم ولقب الموقع أو أن يكون بالختم أو ببصمة الأصبع وهذا ما يسمى بالتوقيع الخطي والذي يكون في آخر الورقة أو المستند، غير أن التطورات التكنولوجية الحديثة وبروز نظم المعالجة الإلكترونية للمعلومات الذي اجتاحت جل تعاملات الأفراد، ليزر معها تقنيات جد عالية وطمس مختلف الطرق التقليدية خاصة ما تعلق بالإجراءات اليدوية، ليزر معها نوع جديد من التوقيع يسمى بالتوقيع الإلكتروني له نفس الدلالة والوظيفة مع التوقيع الخطي، وتبرز هذه الوظائف للتوقيع الإلكتروني في خمس وظائف أساسية يتحدد بها دور التوقيع الإلكتروني والمتمثل في: -التعريف بموقع السند؛ -تحديد والتثبت من شخصية أو هوية الشخص الموقع؛ -التعبير عن رضا الشخص الموقع بمضمون السند المحرر؛ -التصديق على محتويات السند وإضفاء صفة النسخة الأصلية⁽²⁾، وشهد بروز وانتشار واسع للتوقيع الإلكتروني مثله مثل الكتابة الإلكترونية، التي دعت إليها الحاجة والتطورات البارزة مؤخرا، لكن يبقى التساؤل المهم يدور حول القوة الثبوتية للتوقيع الإلكتروني.

وإذا كان المؤكد بأن مفهوم الكتابة في التحكيم الإلكتروني يأخذ على مفهومه الواسع بالإقرار بالكتابة الإلكترونية، فإن الأمر نفسه بالنسبة للتوقيع الإلكتروني باعتبار أنهما يرتبطان ببعضهما في إثبات الكتابة حجيتها.

إن من بين الإشكالات المثارة في التحكيم الإلكتروني مسألة التوقيع الإلكتروني على إتفاق التحكيم التي لا تقل أهمية عن الكتابة الإلكترونية، ويعتبر التوقيع الإلكتروني من أدلة الإثبات وأحد الشروط الأساسية لصحة إتفاق التحكيم التي من خلالها يتثبت صاحب السند، وإذا كان الأصل أن يكون التوقيع بخط اليد من طرف الشخص الموقع ليعين موقف القبول منه لما هو مدون على الورقة، وعموما يتضمن التوقيع إسم ولقب الموقع، ويمكن أن يكون بالختم أو ببصمة الأصبع⁽³⁾، لكن مع التطورات التكنولوجية الحديثة برز ما يعرف بالتوقيع الإلكتروني له نفس الدلالة والمضمون والهدف بالنسبة للتوقيع التقليدي.

ونفس الحكم بالنسبة للتوقيع الإلكتروني الذي أعطت له نفس الحجية والأثر مقارنة بالتوقيع العادي⁽⁴⁾، هذا التوجه الذي سار عليه المشرع الجزائري بتبنيه للتوقيع الإلكتروني بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 07-162

(1) مولاي حفيظ العلوي القادري، القوة الثبوتية للتوقيع الإلكتروني، ص 37.

(2) أحمد بوقرط، مرجع سابق، ص 96.

(3) أحمد بوقرط، المرجع السابق، ص 96.

(4) نبيل زيد سليمان مقابله، مرجع سابق، ص 112.

المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، فجاءت المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 التي حددت مفهوما لهذا النوع من التوقيع، فنصّت على أنه "التوقيع الإلكتروني هو معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر 1".

كذلك الفقرة الثانية من نفس المادة الثالثة التي عرفت التوقيع الإلكتروني المؤمن بأنه: "هو توقيع إلكتروني يفي بالمتطلبات الآتية: 1 - يكون خاصا بالموقع، 2 - يتم إنشائه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت رقابته الحصرية، 3 - يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون أي تعديل لاحق للفعل قابل للكشف".

وأیضا في القانون المدني الجزائري في المادة 327 2 الذي نص صراحة على صحة هذا النوع من التوقيع مع ضرورة توفر شروط معينة لذلك، فجاء نص المادة 327 2 كآلي: "ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1"، أما شروط الاعتراف بهذا التوقيع نصّت عليها المادة 323 مكرر 1 مدني جزائري: "...بشروط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

ونصّت العديد من الإتفاقيات على التوقيع الإلكتروني في إتفاق التحكيم الإلكتروني، مثل القانون النموذجي لـ uncitral بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996، وأيضا القانون النموذجي المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية لعام 2001 الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

وعرّفت المادة 2 (1) من القانون النموذجي الخاص بالتوقيع الإلكتروني عام 2001 الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، على أنه: "بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها، أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"⁽¹⁾.

(1) قانون الأونسترال النموذجي المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية لعام 2001، المعتمدة في 05 جويلية 2001، في الدورة المنعقدة رقم 34 في فيينا، راجع الرابط: www.unicitral.org.

ونص التوجيه الأوروبي رقم 93-1999⁽¹⁾ المتعلق بالتوقيع الإلكتروني، التعريف بالتوقيع الإلكتروني في المادة 2 منه بأنه: "1- يقصد بتعبير "التوقيع الإلكتروني" البيانات في شكل إلكتروني المرفقة ببيانات إلكترونية أخرى أو المرتبطة بها منطقيا والتي تستخدم كوسيلة للتوثيق.

2- "التوقيع الإلكتروني المتقدم" يعني التوقيع الإلكتروني الذي يستوفي الاشتراطات الآتية: أ إذا كانت مرتبطة ارتباطا فريدا بالموقع؛ أو ب إذا كان قادرا على تحديد هوية الموقع؛ أو ج أنشئت باستخدام وسائل يمكن للموقع أن يحتفظ بها تحت سيطرته وحده؛ و د أنها مرتبطة بالبيانات التي تتعلق بها بطريقة تجعل أي تغيير لاحق في البيانات قابلا للاكتشاف؛

3- يقصد بتعبير "الموقع" الشخص الذي يحمل أداة إنشاء التوقيع ويتصرف إما بالأصالة عن نفسه أو بالنيابة عن الشخص الطبيعي أو الاعتباري أو الكيان الذي يمثله.

4- يقصد بعبارة "بيانات إنشاء التوقيع" البيانات الفريدة، مثل الرموز أو مفاتيح التشفير الخاصة، التي يستخدمها الموقع لإنشاء توقيع إلكتروني".

نفس الأمر بالنسبة إلى قانون التجارة الإلكترونية الخاص بإمارة دبي لعام 2002، حيث قدم تعريفا واضحا للتوقيع الإلكتروني، فعرفه في المادة 21 بأنه: "توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذو شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقيا برسالة إلكترونية وممهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة"، وعرف بعد ذلك التوقيع الإلكتروني المحمي قانونا بأنه: "ذلك التوقيع الذي يستوفي الشروط المنصوص عليها في المادة 20 من القانون المذكور"، ونفس المادة عرفت صاحب التوقيع الإلكتروني أو الموقع إلكترونيا بأنه: "الشخص الطبيعي أو المعنوي الحائز لأداة التوقيع الإلكتروني الخاصة به، ويقوم بالتوقيع أو يتم التوقيع نيابة عنه على الرسالة الإلكترونية باستخدام هذه الأداة"، أما ما تعلق بأداة التوقيع الإلكتروني والتي تعتبر أهم عنصر في التوقيع الإلكتروني فالتعريف التي حملته المادة سألقة الذكر أنه: "جهاز أو معلومات إلكترونية معدة بشكل فريد لتعمل

⁽¹⁾ Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures. Done at Brussels, 13 December 1999. For the European Parliament The President N. FONTAINE For the Council The President S. HASSI, Official Journal L 013 , 19/01/2000 P. 0012 - 0020. EUR-Lex - 31999L0093 - EN europa.eu.

بشكل مستقل أو بالإشتراك مع أجهزة ومعلومات إلكترونية أخرى على وضع توقيع إلكتروني لشخص معين، وتشمل هذه العملية أية أنظمة أو أجهزة تنتج أو تلتقط معلومات فريدة مثل رموز "...".

ونص القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 1996 في المادة 7 منه على شروط التوقيع الإلكتروني التي نصّت على ما يلي: "1- عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفي ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا: أ- استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات. ب- كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي إتفاق متصل بالأمر. 2- تسري الفقرة 01 سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل إلزام أو إكتفى في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب على عدم وجود توقيع".

وحملت المادة السادسة من قانون الأونسترال النموذجي للتوقيع الإلكتروني لعام 2001، شروط التوقيع الإلكتروني التي نص عليها على النحو التالي: "أن تكون بيانات إنشاء التوقيع مرتبطة بالموقع دون أي شخص آخر. - أن تكون بيانات إنشاء التوقيع خاضعة وقت التوقيع للموقع دون أي شخص آخر. - أي تغيير بعد التوقيع الإلكتروني يكون قابلاً للإكتشاف، أي إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في التوقيع الإلكتروني".

وقد أُرست المعاملات الحديثة والتقنيات والتكنولوجيا صور وأشكال عدة للتوقيع الإلكتروني، المتمثلة في: التوقيع الإلكتروني البيومترى، التوقيع بالقلم الإلكتروني، التوقيع الرقمي أو ما يطلق عليه بالتوقيع الكودي.

فبالنسبة للتوقيع الرقمي فهو عبارة عن أسلوب رياضي يقوم بإنشائه باستخدام خوارزمية تشفير ومفتاح خاص بتحويل الكتابة العادية إلى معادلة رياضية باستخدام مفاتيح سرية وطرق رياضية "لوغاريتمات"⁽¹⁾.

ويعتبر هذا النوع من التوقيع شائع الاستخدام باعتباره ضمان وذو فعالية في تفادي تغيير المستند أو الرسالة أثناء النقل وفي إثبات هوية المرسل، لذلك فهي شائعة الاستخدام في شتى المعاملات الإلكترونية مثل التجارة الإلكترونية والخدمات المصرفية والعقود الإلكترونية....

(1) بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم القانونية تخصص قانون أعمال، جامعة الحاج لخضر باتنة كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/2014، ص 215.

أما التوقيع الكودي فيتم إستخدامه بواسطة مجموعة من الأرقام أو الحروف أ و كليهما، يختارها صاحب التوقيع لتحديد شخصيته ولا تكون معلومة إلا له ولمن يبلغه به، وسميت بالإنجليزية إختصاراً بـ: "P.I.N"⁽¹⁾، وتعتبر ذات إستعمال شائع في التعاملات البنكية والمعاملات المالية، والتي تعتبر جزء من الحكومة الإلكترونية لهاته الأشخاص المعنوية، كبطاقة الإئتمان التي تستخدم لسحب الأموال الموجودة في الحساب أو الإستعلام على حسابه وذلك على مستوى البنوك، وتستخدم كذلك في المراسلات الإلكترونية بين التجار الموردين والمستوردين أو بين الشركات فيما بينها، وتحتوي البطاقة على رقم سري خاص بصاحبها فقط، لذلك يوصي بإتخاذ الحيطه والحذر عند إستعماله وكتمانه وعدم الكشف عليه عند أي إستعمال لهذا الرقم السري تفادياً لأي أعمال أو إستخدام غير مشروع كالسرقة أو التزوير التقليد، وإضفاء للفعالية وتقوية الإئتمان والثقة من خلال الحفاظ على سريته تم إقرار ما يعرف بالتشفير التي تحول دون إمكانية الغير من التعديل أو أي إستخدام غير مشروع وإخفاء محتوياتها كما تؤكد التوقيع الإلكتروني الذي قام به صاحب هذه البطاقة عند كل إستخدام⁽²⁾.

أما التوقيع بالقلم الإلكتروني فهو توقيع يتم بإستخدام قلم إلكتروني حاسبي الذي من خلاله يتم الكتابة على الشاشة بإستخدام برنامج خاص للكمبيوتر الذي يقوم بإلتقاط التوقيع والتحقق من صحته بعد أن يلتقط بيانات العميل من خلال بطاقته الخاصة التي توضع في الآلة الخاصة بها ويتم التوقيع في الأخير بإستخدام قلم خاص في الشاشة المخصصة لذلك، ويتأكد البرنامج الخاص بصحة التوقيع أم لا من خلال التحقق من الشخصية بالإعتماد على الخواص الفيزيائية والطبيعية والسلوكية للأشخاص⁽³⁾.

وبالنسبة للتوقيع البيومتري فيتم هذا التوقيع بإستخدام هوية الشخص، لذلك يطلق عليه بالتوقيع بالخواص الذاتية، هذه الخواص الذاتية التي تكون لكل شخص وتختلف من شخص لآخر، متميزة بالثبات النسبي، وهذه الصفات التي يعتمد عليها التوقيع البيومتري متعددة مثل البصمة الشخصية، بصمة شبكية العين، بصمة الصوت، بصمة الشفاه، خواص اليد البشرية...⁽⁴⁾.

(1) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 214.

(2) مولاي حفيظ العلوي القادري، المرجع السابق، ص 46-50.

(3) مولاي حفيظ العلوي القادري، المرجع السابق، ص 51.

(4) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 213.

يؤخذ على هذا النوع من التوقيعات سهولة تزويره، كإعادة تسجيل بصمة الصوت ثم إعادة بثه، أو تزوير بصمة العين بتقليدها عن طريق العدسات اللاصقة، أو نسخ الصورة وإعادة استعمالها، وأصبح من السهولة التقليد وتزوير هذا التوقيع، مما يهدد فعالية هذا التوقيع في تحقيق الأمن والسرية⁽¹⁾.

والإشكال الذي كان يثور بشأن التوقيع الإلكتروني والمتمثل بصورة أكبر في تعيين صاحب التوقيع تعيينا دقيقا لا يثير أي لبس في ذلك، وبأن نية الموقع تنصرف بشكل مؤكد ونهائي إلى الالتزام بما وقع عليه إلكترونيا، والاعتراف قانونا بحجية هذا النوع من الكتابة الإلكترونية التي يكتسبها مثلها مثل الكتابة التقليدية، أصبح لا يثور حاليا في ظل التكريس الصريح والاعتراف به في جل التشريعات الحديثة السابق عرضها وبيانها بإعطائها الحجية نفسها التي يتمتع بها التوقيع أو الكتابة التقليدية في الإثبات، وهذا الأثر القانوني الذي يكتسبه التوقيع الإلكتروني لا يكون إلا بتوفر شروط تضمن قيامه بالوظيفة المنوط له القيام بها، وهذه الشروط كرستها القوانين والإتفاقيات الدولية، أبرزها قانون الأونسيترال النموذجي للتوقيع الإلكتروني عام 2001⁽²⁾، والتوجيه الأوروبي لإتفاقيات الإثبات التي بموجبها يتفق الأطراف على شروط قبول التوقيعات⁽³⁾، وحتى القانون الفرنسي حدد بموجب مرسوم صادر في 30 مارس 2001 رقم 272، وأخيرا المشرع الجزائري الذي نص على التوقيع الإلكتروني في القانون المدني في المادة 327 (2)، والمادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري، والمرسوم التنفيذي 162/07 المتعلق بنظام الاستغلال المطابق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية والكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية⁽⁴⁾، ونجمع هذه الشروط في النقاط التالية⁽⁵⁾:

- أن تكون بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني مرتبطة بالشخص الموقع، وخاضعة لسيطرته؛

(1) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 213.

(2) المادة 6 من القانون الأونسيترال للتوقيع الإلكتروني لعام 2001.

(3) المادة 2 (2) من التوجيه الأوروبي رقم 99-1993، الصادر في 13 ديسمبر 1999، والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني.

(4) المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي 162/07 المؤرخ في 30 ماي 2007، المعدل والمتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09 ماي 2001 والمتعلق بنظام الاستغلال المطابق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية والكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج. ر عدد 37، الصادرة بتاريخ 7 جوان 2007..

(5) نص قانون الأونسيترال النموذجي للتوقيع الإلكتروني والصادر عام 2001 على الشروط الواجب توفرها للاحتجاج بالتوقيع الإلكتروني في المادة 6 منه؛ وأيضا نص التوجيه الأوروبي لعام 1999 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني في المادة على الشروط الواجب توفرها في التوقيع الإلكتروني. وللتفصيل أكثر حول الشروط التي أصلها الكاتب إلى ثلاث أقسام: أولا الشروط المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني الآمن، ثانيا أداة إنشاء التوقيع الإلكتروني الآمنة، ثالثا شهادة التصديق المعتمدة. أنظر بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 218-221.

- إمكانية كشف أي تعديل أو تغيير بيانات التوقيع الإلكتروني؛
- أن يتم إنشاؤه بوسائل تقع تحت سيطرة الشخص الموقع وحده؛
- أن يكون جهاز إنشاء التوقيع الإلكتروني يفي بالشروط والمعطيات لإنشاء التوقيع؛
- ألا يمكن إستنباط بيانات التوقيع أو تقليدها؛
- يجب أن تكون سرية التوقيع الإلكتروني مكفولة، وألا يتم إنشاؤها أكثر من مرة؛
- يجب ألا تؤدي أداة إنشاء التوقيع⁽¹⁾ إلى إحداث تغيير في مضمون المحرر الموقع وألا تكون هذه الأداة عائقا في إمكانية معرفة الشخص الموقع التامة بمضمون المحرر قبل أن يقوم بالتوقيع عليه.
- يشترط لصحة التوقيع الإلكتروني وإكتسابه الحجية، وصحة المعاملات الإلكترونية وتحقيق الحماية القانونية لها ككل، أن يتم التحقق من هوية الشخص الموقع من خلال شهادة التصديق الإلكتروني المعتمدة⁽²⁾.
- هذا التطور الذي كان سواء من الناحية التكنولوجية أو القانونية كان له الأثر على مستوى التحكيم التجاري، الذي شهد إستخدام واسع لهذا النوع من التواقيع بالتوقيع على إتفاق التحكيم بطريقة إلكترونية.

ثالثا: وجود وصحة الإرادة وإشكالية ذلك بالنسبة لإتفاق التحكيم الإلكتروني

يعتبر إتفاق التحكيم عقد كسائر العقود يتأسس على أركان وشروط يستوجب توفرها حتى يعتبر منعقدا إنعقادا صحيحا، وتعتبر الأهلية من الشروط الجوهرية لقيام أي عقد ولصحته ومنها إتفاق التحكيم، وكذلك في أن تكون الإرادة سليمة وصحيحة خالية من أي عيوب تؤثر في التعاقد، ووجوب التعبير عن الإرادة بالإيجاب والقبول، والأمر نفسه بالنسبة لإتفاق التحكيم الإلكتروني، الذي يتم الإبرام والتعبير عن الإرادة إلكترونيا سواء عن طريق الإيجاب أو القبول.

(1) المادة 3 مكرر عزفت أداة إنشاء التوقيع الإلكتروني من المرسوم التنفيذي 162/07 بأنه: "جهاز إنشاء توقيع إلكتروني يفي بالمتطلبات المحددة"

(2) عرف قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات في المادة 2 ب شهادة التصديق الإلكتروني بأنها "تعني رسالة بيانات أو سجل آخر يؤكد الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع"، وعرفها التوجيه الأوروبي في مادته 3 منه أنها "تلك التي تربط بين التوقيع وبين شخص معين وتؤكد شخصية الموقع"، وعرفها المشرع الجزائري بصريح العبارة في المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي 162/07 بأنها "وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الإلكتروني والموقع".

وباعتبار إتفاق التحكيم من التصرفات القانونية فأهلية التصرف لازمة لإبرام إتفاق التحكيم ومختلف التصرفات القانونية، غير أن المسألة تنور بشدة فيما تعلق بالمعاملات الإلكترونية، أين تبرز وتنور الإشكالية بخصوص هذه المسألة في تحديد هوية الأطراف المبرمة لإتفاق التحكيم الإلكتروني ومدى توفر أهلية التعاقد والتحقق منها بإعتبار أن التعبير عن الإرادة يتم إلكترونياً، لذلك ما هو الحل المقترح لمواجهة هذا الإشكال؟

حظيت هذه المسألة بالإهتمام اللازم من أهل الاختصاص للتأكد من توفر شرط الأهلية لدى أطراف الخصومة بما يتناسب وخصوصية التحكيم الإلكتروني، لذلك تعتبر مسألة التحقق من أهلية الأطراف المتعاقدة مسألة ذات طبيعة فنية دقيقة، من هنا إقتضت الضرورة إقرار وسائل يتم من خلالها التأكد من هوية وأهلية الأطراف المبرمة لإتفاق التحكيم الإلكتروني، وتعتبر بمثابة وسائل ضمان للتحقق من أهلية المتعاقدين الإلكتروني، وهذه الوسائل هي تقنية ومتطورة جاءت في ظل التطور الهائل الذي وصلت إليه البشرية في مجال المعلوماتية والتقنية والبرمجة، والتي نسفت المخاطر التي كانت تهدد نجاح عملية التحكيم الإلكتروني والتعاقد الإلكتروني ككل.

وبالفعل قد برزت العديد من الطرق والتقنيات التي يسمح بالكشف أو تأكيد أهلية الأطراف المتعاقدة لإبرام إتفاق التحكيم وأبرز هذه الوسائل، المعتمدة في هذا الخصوص وذلك من خلال طرف ثالث يتم الإستعانة به وتكمن مهمته في تأمين تدفق بيانات حقيقية في المحررات الإلكترونية التي تثبت في البيئة الافتراضي، وذلك من خلال جهة معينة معتمدة ومعتترف بها مهمتها إصدار شهادات تصديق إلكترونية أو أية خدمات متعلقة بها وبالتوقيعات الإلكترونية⁽¹⁾، لذلك يتم إستعمال البطاقات الإلكترونية وإستخدامها كبطاقة تعريف للهوية لإحتوائها على سجل كامل يتضمن المعلومات والبيانات الشخصية والرقم السري لصاحبها، كما تستخدم في الوقت نفسه في دفع رسوم التسجيل في التحكيم الإلكتروني بإعتبارها باقة تفرغ وتملاً بالنقد، لتضمن بذلك هذا النوع من البطاقات صحة المعلومات المدلى بها حول المتعاقد بالأنترنت والتي من خلالها يتم تأكيد أهلية المتعاقد⁽²⁾.

وقد ساهم بروز التحكيم المؤسسي لدى مؤسسات ومراكز وهيئات التحكيم في معالجة الإشكالات المتعلقة بالتحكيم الإلكتروني ومن بينها التحقق من توفر أهلية التعاقد، حيث تكون حريصة على وجود أهلية التصرف لكلا الأطراف التي ستبرم إتفاق التحكيم، وحتى بالنسبة للمحكمين، حيث تتولى فحص المعلومات التي يقدمها الأطراف والتأكد من صحتها وأهم وسيلة معتمدة في ذلك خاصة مع تطور التقنية بالإعتماد على

(1) أحمد قيراط، المرجع السابق، ص 112.

(2) كريم بوديسة، المرجع السابق، ص 51-52.

برمجيات معينة تساعد على التحقق من هوية الأطراف والكشف بسهولة عن الأشخاص التي تقدم معلومات غير صحيحة أو أن تقوم بالدخول ببنية إفساد عملية التحكيم أو إخفاء الهوية عمدا لعدم التعرف على الهوية.

لذلك فالتحكيم الإلكتروني لا يثير أي إشكالات خاصة في ظل التقنيات والقدرات العالية التي تمتلكها هذه المراكز والهيئات في مجال استخدام التكنولوجيا، كما أنها تعتبر أكثر دقة وحرصا على الاستخدام الأمثل للتكنولوجيا في التحكيم ومعالجة مختلف الإشكالات والعيوب التي قد تطرأ عند تسوية النزاع، وتجنب مختلف المخاطر التي تهدد نجاح العملية التحكيمية عبر الوسائل الإلكترونية، والحرص أيضا على السير الحسن لمختلف الإجراءات والخصومة التحكيمية ككل.

وفيما يخص التعبير عن الإيجاب والقبول لإبرام إتفاق التحكيم الإلكتروني فيتم بطريقة إلكترونية، حيث يكون الإبرام عن بعد عبر وسائط افتراضية، باستخدام التكنولوجيا عند التعبير عن الإرادة بوسائل متعددة أضفت فعالية حول التحكيم الإلكتروني، وأبرز هذه الوسائل والطرق المعتمدة في ذلك الضغط على أيقونة مخصصة للتعبير عن الإيجاب أو لتأكيد القبول لإبرام إتفاق التحكيم، ليتحقق بذلك التراضي، عن طريق الضغط المزدوج مرتين متتاليتين، أو الضغط الأول على القبول ليليها الضغط مرة ثانية لتأكيد القبول، وهذا لتفادي أي إشكالات قد تتعلق بالضغط بجهد أو ضغط عن الأيقونة بخطأ أو تفادي دخول صغار السن لمثل هكذا مواقع.

وقد أكد على ذلك قانون الأونسيترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية الذي نصّت على إمكانية حدوث التراضي على العقد عبر الوسائل والتقنيات التكنولوجية الحديثة، وذلك من خلال نص المادة 11 من القانون التي جاء نصها كالتالي: "في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل بيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض"⁽¹⁾.

(1) قانون الأونسيترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية مع دليل تشريعه 1996، للإطلاع على القانون راجع الرابط:

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/ml-ecomm-a_ebook_1.pdf

وتعتبر تقنية الإشعار بالوصول الذي يرسله البائع ضمان للتأكد من التعبير عن الرضا عبر الوسائل الإلكترونية بشكل صحيح، وقد أقرت هذه القاعدة تعليمة الاتحاد الأوروبي رقم 31/2000 المتعلقة ببعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات في المادة 11⁽¹⁾.

ويطرح الإشكال بهذا الخصوص في التأكد من وجود الرضا وسلامته، وتبرز الأهمية هنا من خلال مكانة الرضا في العقود بصفة عامة باعتبارها ركن أساسي لا ينعقد أي عقد دون وجوده، غير أن جميع هذه التقنيات سألغة الذكر تؤدي إلى القول بأن التحكيم الإلكتروني لا يثير أي إشكال في حصول التراضي بشكل صحيح وسليم أو أي شك في دلالة هذا الأخير.

ومسألة وجود الرضا وسلامته في إتفاق التحكيم الإلكتروني لا تختلف عن إتفاق التحكيم المبرم بطريقة عادية، مثل الإيجاب والقبول الإلكتروني الذي لا يختلف عن الإيجاب والقبول العادي من حيث الشروط والأحكام الخاصة بكل منهما والقواعد العامة المقررة بشأنهما، لذلك نحيل فيما يخص هذا الموضوع فيما سبق التطرق إليه سابقا.

الفرع الثاني: سير دعوى التحكيم الإلكترونية عبر الأنترنت

يصبغ على إجراءات التحكيم خصوصية تميزها عن التحكيم التقليدي، أين يتم دون الحضور المادي للأطراف والمحكمين، واستخدام التواصل عن بعد طيلة سير الدعوى التحكيمية من بدايتها إلى غاية صدور الحكم التحكيمي، واستعمال في ذلك الوسائل الإلكترونية.

وتقوم الخصومة التحكيمية على مجموعة من المراحل التي تسير في الدعوى التحكيمية بداية من إبرام إتفاق التحكيم، واختيار هيئة التحكيم التي تتولى مهمة الفصل في النزاع، ويليهما سير إجراءات التحكيم.

⁽¹⁾ L'article 11 énonce : "...le prestataire doit accuser réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique. -La commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès...". Directive 2000/31/ce du parlement européen et du conseil du 8 juin 2000 relative a certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, j.o n° E L 178/1 du 17/07/2000, p12. Disponible sur le site: www.eur-lex.europ.eu.

أنظر: كريم بوديسة، المرجع السابق، ص 45-46.

وتتولى على العموم مراكز التحكيم عملية تنظيم سير دعوى التحكيم، حتى أن هذا النوع من التحكيم والذي يطلق عليه بالتحكيم المؤسسي يعرف لجوء واسع من قبل أطراف النزاع نظرا لفعالية هذه المراكز في تسوية المنازعات وسرعتها في الفصل في النزاع، فتتولى مهمة التواصل بين أطراف النزاع التحكيمي، وضمان تبادل المستندات.

ويسبق سير الخصومة ضرورة تشكيل هيئة التحكيم إلكترونيا من قبل الأطراف والذين يكون لهم الحرية في اختيار المحكمين لإدارة النزاع سواء محكم واحد أو عدة محكمين أين اشترط المشرع وترية العدد وأن يكون هذا التعيين وفق الشروط والضوابط القانونية لإختيار المحكمين والتي سبق توضيحها فيما سبق.

وتبدأ إجراءات التحكيم حال حصول الخلاف أو النزاع بين الأطراف، بإجراء إستباقي تمثل في رفع النزاع إلكترونيا بواسطة شبكة الأنترنت من خلال مواقع الأنترنت المخصصة للقيام بذلك⁽¹⁾، من خلال وثيقة إلكترونية تتضمن طلب اللجوء إلى التحكيم، وأبرز ما تتضمنه هذه الوثيقة إسم المدعى والمدعى عليه ثلاثيا وعنوان كل منهما وموطنه، والمقر الرئيسي لمركز أعماله، وبريده الإلكتروني، وبيان الوقائع المؤيدة لإدعاءاته في الدعوى، المسائل أو النقاط محل خلاف أو نزاع، الطلبات، تحديد عدد المحكمين، وفي الأخير إرسال طلب التحكيم للمركز بالنقر على مفتاح الإرسال send⁽²⁾.

وعموما تشترط مراكز التحكيم أن يتضمن طلب التحكيم البيانات الآتية⁽³⁾: -أسماء الأطراف وطبيعة أعمالهم وعناوينهم البريدية والإلكترونية، -تحديد طبيعة النزاع وظروفه، -الغرض من الطلب وطبيعة التسوية المطلوبة، -قائمة بالأدلة الثبوتية والوثائق والمستندات، -نص شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم وأي معلومات أخرى نافعة، -عدد المحكمين وأسمائهم وصفاتهم، ولغة التحكيم، ومكان التحكيم.

بعد هذا الطلب المقدم من أطراف النزاع أو أحدهما، يدعو مركز التحكيم الأطراف إلى تحديد موعد الجلسة، ويفتح ملف خاص بالنزاع على الموقع الإلكتروني الخاص بالنزاع محل الفصل، ولا يتم الدخول إليه إلا

(1) علي ملحم وفؤاد ديب، المرجع السابق، ص 150.

(2) المادة 4، نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية 2017. تم الاسترداد من : www.iccwbo.org/courtarbitration/index.htmlid=4199

(3) عبد الحق كوريتي، المرجع السابق، ص 115. وأيضا محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 174-175.

باستخدام المفتاح السري، أين يتم استخدام تقنية التشفير لتبادل المستندات والمعلومات الدخول إلى الموقع المخصص لطرح القضية، وهذا ما يجعل النزاع يحضى بالسرية التامة⁽¹⁾.

ليتم بعد ذلك إنطلاق سير جلسات التحكيم الذي يتم افتراضيا والتي يتم فيها إجراء جلسات المرافعة شفويا أو بتبادل المذكرات والمستندات، وإمكانية سماع الشهود والخبراء إلكترونيا بالصوت والصورة عبر فيديو كونفيرونس، كما يمكن للأطراف تقديم كل ما يروونه مناسبا من حجج وأدلة ودفع ومناقشة آراء الشهود والخبراء.

ونصت على ذلك قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس بصريح العبارة التي تعتبر من التحديثات الجديدة في إجراءات الدعوى التحكيمية ونظر النزاع والمتمثل في استخدام وسائل الإتصال والتقنيات المتطورة التي تتم من خلال شبكة المعلومات العالمية مثل البريد الإلكتروني وغيره من وسائل الإتصال المتطورة الأخرى، وهذا ما جاء في المادة 3 من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 2012، وأبرز إجراءات نصت عليهم هذه القواعد، ما تمثل في إجراء التبليغات والإخطارات، وفي إدارة القضايا التي نصت قواعد الغرفة على إمكانية إنعقاد الجلسات عن طريق مؤتمر الفيديو أو ما يعرف بفيديو كونفيرونس أو بأي وسيلة أخرى وجاء ذلك في المادة 24 (4) من قواعد الغرفة⁽²⁾.

ويثير سير دعوى التحكيم الإلكترونية عبر الانترنت إشكالات ومسائل نورد أبرزها في النقاط التالية:

أولا: المسألة الأولى تتعلق بمدى توفر إنعقاد جلسة التحكيم وسريتها على المبادئ والضمانات الأساسية والجمهوريّة للتقاضي، والتي تعتبر أحد الدعائم الأساسية للمحاكمة العادلة، لذلك كرسست دستوريا، وإثارة هذا الإشكال قام على أساس الحضور الغير المادي للأشخاص المتنازعة في الدعوى التحكيمية من خلال استخدام الطريقة الإلكترونية في التواصل، سواء في إبرام إتفاق التحكيم، أو في تبادل المستندات أو الإستماع إلى الشهود والخبراء، أو التواصل بين الأطراف الخصوم وهيئة التحكيم⁽³⁾، فهل هذه الطريقة في إجراء التحكيم تخل بمبادئ التقاضي مما قد يعرض معه حكم التحكيم للبطلان، أم هو غير ذلك؟

(1) علي ملحم، وؤاد ديب، المرجع السابق، ص 151.

(2) مصطفى ناطق صالح مطلوب، أعضاء على تطورات قواعد التحكيم التجاري لغرفة التجارة الدولية في باريس دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 340-344.

(3) فارس علي عمر الجرجري، سجي عمر شعبان آل عمرو، جلسات التحكيم عن بعد واحترام المبادئ الأساسية للتحكيم دراسة تحليلية مقارنة -مستل-، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 7 العدد 25 الجزء 2، 2018، ص 348-349.

إن الحديث عن المبادئ الأساسية للتقاضي مثلما تم التطرق له سابقاً، يعني الحديث بالضرورة على كل من مبدأ الوجاهية وإحترام حقوق الدفاع ومبدأ المساواة بين الخصوم.

إن الكيفية التي ينعقد بها وتسير بها الدعوى التحكيمية بشكل إلكتروني، خاصة في ظل التقنيات المتطورة والحديثه المتاحة حالياً والتي تساعد على نقل الصوت والصورة بطريقة تتيح إظهار وجوه الأشخاص والنقل الفوري للصوت والصورة عبر الفيديو وتتيح للأطراف التفاعل فيما بينهم عن طريق تبادل الحديث ورؤية بعضهم بوضوح مما يمكن مراقبة ردود الفعل والإنطباع ونقل المستندات بسرعة بين جميع الأطراف، تجعل هذا النوع من التحكيم لا يختلف كثيراً عن التحكيم التقليدي بل تجعل كلا النوعين متشابهين وكأن التحكيم تم بالحضور المادي لجميع الأطراف، مما لا يثير تخلف الحضور المادي أي تأثير على المبادئ الأساسية للتقاضي من خلال تمكين الأطراف من حق الدفاع والمواجهة والمساواة بينهم، وأبرز هذه الصور ما تمثل في مؤتمرات الفيديو أو ما يعرف بفيديو الكونفيرونس، والتحدث المرئي والمسموع، والتحدث المباشر عن طريق الشات⁽¹⁾.

وإختلاف كل من التحكيم الإلكتروني والتقليدي في شكل التحكيم من كون الأول يتيح استخدام أجهزة الإتصال الحديثة مما يتم التواصل إلكترونياً عكس التحكيم التقليدي الذي يتم بطريق عادي، فإن كلا النوعين يحققان الغرض نفسه والنتيجة نفسها، من الإستماع وحق الدفاع والمواجهة، لذلك لا يبرز أي إشكال في تحقق المبادئ الأساسية للتقاضي، سواء بالنسبة للتحكيم الإلكتروني أو التقليدي، وذلك فيما يلي بيانه⁽²⁾:

✓ إن اللجوء إلى هذا التحكيم لا يتم إلا بتراضي الأطراف عليه، فلا يمكن أن يتم عنوة دون إختيار أو رغبة منهم، أو الإعلان عن قبولهم الصريح به، لذلك لا تثار مشكلة إفتراض أن التحكيم الإلكتروني يهدر حقوق الأطراف لعدم معرفتهم ودرايتهم باستخدام التكنولوجيا ووسائل الإتصال الحديثة مما قد يغيب فيه التوازن المعرفي أو يؤثر بالسبي على سير الدعوى والخصومة التحكيمية، فقبول الأطراف بما معناه الضمني يمكن تفسيره على إفتراض العلم والتمكن والتحكم في هذه الآلية من جانب الأطراف.

✓ بالنسبة للمساواة فيعتبر التحكيم الإلكتروني محققاً للمساواة بين الأطراف على غير ما هو مصور في الظاهر، إذ يمكن أطراف الخصومة من ممارسة حقوقهم في الدعوى وطوال سير الخصومة، لذلك فالمساواة

(1) المرجع السابق، ص 350-354.

(2) المرجع السابق، ص 354-355.

الإجرائية محفوظة للأطراف في التحكيم الإلكتروني، خاصة مع إعتبار أن هيئة التحكيم تعتبر بمثابة الحارس والضامن لتطبيق وتحقيق هذا المبدأ.

✓ يطرح التحكيم الإلكتروني مسألة ممارسة حق الدفاع ومدى إحترامه، بإعتباره ضمانة أساسية للتقاضي ومبدأ دستوري لا يمكن بأي حال من أحوال إقصاء هذا الحق وعدم إستفادة الأطراف منه، وإلا عد حكم التحكيم الصادر بهذا الشأن باطلا، والمتمغن في مبدأ حق الدفاع والتحكيم الإلكتروني الذي يتم بطريقة إلكترونية، نرى بأن إستعمال هذا النوع من التحكيم لا يؤثر على إحترام حقوق الدفاع، بل الأمر نقيض ذلك فإستخدام وسائل الإتصال الحديثة يعزز ويدعم من تطبيق هذا المبدأ من سماع هيئة التحكيم دفاع الخصوم، وتمكين الخصوم من عرض إدعاءاتهم وحججهم ومناقشتها بواسطة الطلبات والدفع، وتقديم كل ما له دور وأثر في إثبات الإدعاء من سندات ووثائق وغيره والذي يعرف بأدلة الإثبات التي تعتبر أساس ممارسة حق الدفاع، كما أنه يحقق بالموازاة مبدأ المواجهة فيمكن التحكيم الإلكتروني من مواجهة الأشخاص الخصوم بعضهم البعض من إدعاءات ودفع، فيقع الإلتزام على هيئة التحكيم إطلاع كل طرف على ما أبداه الطرف الآخر، وأيضا في تبليغ الأطراف بكل إجراء متخذ في الدعوى التحكيمية، حتى يكون على علم كل طرف ما يتخذ في مواجهته حتى يتسنى له الدفاع عن نفسه⁽¹⁾.

لذلك الوسائل الإلكترونية تسهل وتساعد على ضمان حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة، بالخصوص على مستوى المنازعات الدولية التي توفر على الأطراف السفر وإمكانية ممارسة حق الدفاع عن بعد من تبادل المستندات والوثائق وعرض الأدلة عن بعد.

✓ إن ما أضحت عليه التكنولوجيا من تطور وإهتمام واسع من الباحثين لجعلها مكان آمن ومعالجة مختلف الإختلالات جعل من التحكيم الإلكتروني قضاء آمن وضامن لمحاكمة عادلة ونزيهة، ويحقق رغبة الأطراف في اللجوء إلى قضاء فعال يسهل لهم تسوية ناجعة للنزاعات التي تم طرحها على هذا القضاء، وتجنب الإرهاصات والمعوقات التي يثيرها اللجوء إلى التحكيم العادي، خاصة وأنه جاء تبني هذا النوع من العدالة في ظل ظروف إستثنائية دعت الضرورة إلى تبني التحكيم الإلكتروني.

✓ وما يؤكد هذا التوجه ويزيل الغموض والشك الذي كان سائدا من قبل، هو الإعتراف التشريعي بهذه التقنية بإستخدام التكنولوجيا خاصة في إدارة الجلسات أين تم تقنينها في مختلف القوانين الدولية والوطنية

(1) فارس علي عمر المجرى وسجى عمر شعبان آل عمرو، المرجع السابق، ص356.

ومختلف المعاهدات الدولية والإقليمية، والإعتراف الصريح بها من طرف مؤسسات ومراكز التحكيم أين أصبح استخدام التكنولوجيا أمراً شائعاً يستوجب النظر إلى هذا النوع من التحكيم نظرة جديدة بما هو مواكب للتطورات العصرية بإعتبار القرن الحالي هو قرن التكنولوجيا بامتياز، فلا بد إذ مواصلة الجهود حتى يحظى التحكيم الإلكتروني بالقبول التشريعي الواسع النطاق، والممارسة العملية التي لا بد من توسيعها بشكل أو صورة تجعل من التحكيم الإلكتروني الأصل في تسوية المنازعات دون أي نظرة دونية أو نقص حولها.

ثانياً: من بين المسائل المثارة بخصوص سير دعوى التحكيم الإلكترونية، هو تحديد مكان التحكيم الإلكتروني، حيث تبرز خصوصية التحكيم الإلكتروني في تحديد كل من المكان والزمان بالنسبة لإجراءات التحكيم الإلكتروني، بالنظر لأهمية كل منهما ودورها في العملية التحكيم بروتهمما، فتبرز أهمية تحديد مكان التحكيم في أنه يحدد الصبغة التي يصبغ عليها حكم التحكيم ما إذا كان وطنياً أم دولياً، وفي تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءاته أمام المحاكم الوطنية وعلى موضوع النزاع، كما أن محاكم مكان التحكيم لها دور في تحديد الإجراءات التي تحتاج لسلطة قضائية كإحضار الشهود والإجراءات الوقتية والتحفظية⁽¹⁾.

كما يساهم هذا التعيين في تحديد المحكمة المختصة في النظر في دعوى بطلان حكم التحكيم باعتبار أن الدولة التي صدر فيها هذا الحكم هي صاحبة الاختصاص في ذلك، وأيضاً فيما يتعلق بتنفيذ حكم التحكيم، وكذلك من تحديد جنسية حكم التحكيم بما يتماشى مع إتفاقية نيويورك ومنه فإن مكان التحكيم يجب أن يكون في دولة تكون طرفاً في إتفاقية نيويورك⁽²⁾.

من هذه الأهمية يبرز الإشكال المتعلق بتحديد المكان في التحكيم الإلكتروني الذي يتم بطريقة افتراضية، وما يطرحه من تساؤلات التي تدور حول مدى إمكانية تحديد مكان التحكيم الإلكتروني في ظل عدم إمكانية التعرف على المكان الذي يجري فيه التحكيم والمكان الذي صدر فيه الحكم على نقيض التحكيم التقليدي، حيث قد يكون التحكيم يجري في أكثر من دولة أو أن يكون كل طرف متصل بمكان معين يختلف عن الأطراف الأخرى⁽³⁾، فأى مكان نعتد به؟ وبأي طريقة يمكن بها تحديد مكان التحكيم الإلكتروني؟ وما هي المعايير التي يتم

(1) مصطفى ناطق صالح مطلوب، التحكيم التجاري الإلكتروني، المرجع السابق، ص 168.

(2) عبد الحق كوريتي، المرجع السابق، ص 106-108.

(3) حسن الرشيد ويوسف الباقوت، أثر جائحة كورونا Covid_19 على إجراءات التحكيم الدولي والداخلي، مجلة الحقوق الجزء الأول، 2020، ص 286.

من خلالها تعيين مكان التحكيم الإلكتروني، أين لا يمكن تطبيق المعايير الموجودة في التحكيم التقليدي لاستحالة تطبيقها على الواقع؟

لذلك لا بد من طريقة يتم من خلالها تحديد وتعيين مكان التحكيم الإلكتروني في ظل عدم وجود مكان ينعقد فيه التحكيم بخلاف التحكيم العادي.

وهذا الإشكال لا يثور إلا في حالة عدم إتفاق الأطراف على تعيين مكان التحكيم، لأن القاعدة هي أن المكان يحدد فيما إتفق عليه الأطراف، وعلى هيئة التحكيم والقضاء إحترام ما قرره إرادة الأطراف، غير أن هذه الإرادة تنقيد في حالة ما تم اللجوء إلى التحكيم المؤسسي، لذلك يعتبر تحديد مكان التحكيم في التحكيم المؤسسي أقل تعقيدا منه عن التحكيم الحر، حيث يتحدد مكان التحكيم في التحكيم المؤسسي الإلكتروني بالتحديد المسبق لمؤسسات ومراكز التحكيم في نظامها التأسيسي لهذا المكان أو مكان إصدار حكم التحكيم حتى ولو كان التحكيم يجري عبر برامج ومواقع إلكترونية، أما إذا تغافلت مؤسسات ومراكز التحكيم في تحديد مكان التحكيم فإن المعمول به أن مكان التحكيم يتحدد بمقر ومركز تواجد مؤسسة أو مركز التحكيم⁽¹⁾.

وعودة للتحكيم الحر الذي يتم بطريقة إلكترونية وفي حالة عدم إتفاق الأطراف على تحديد مكان التحكيم، وحلا للإشكال المتعلق بعدم وجود مكان مادي يتم من خلاله تحديد مكان التحكيم الإلكتروني، تم النص على التعيين الافتراضي القانوني لمكان التحكيم الإلكتروني في حالة عدم تعيين الأطراف أو عدم إتفاقهم على مكان للتحكيم، أو بالإمكان تحديد مكان التحكيم من خلال القانون الواجب التطبيق لدولة معينة.

وفي حال عدم إتفاق الأطراف على المكان الافتراضي للتحكيم الإلكتروني، فإن بإمكان هيئة التحكيم تحديد المكان بناء على مؤشرات وظروف النزاع وحاجات أطراف النزاع⁽²⁾.

وقد ظهرت العديد من الاجتهادات والآراء التي حددت معايير يتم من خلالها تحديد مكان التحكيم الإلكتروني، كتعيين مكان التحكيم بمكان إستخدام الأجهزة المستخدمة لخدمة التحكيم التجاري الإلكتروني، كما وضعت اللجنة الاقتصادية لآسيا والشرق الأقصى التابعة للأمم المتحدة عام 1966 في المادة الرابعة منها قواعد

(1) المرجع نفسه، ص 287.

(2) عبد الحق الكوريتي، المرجع السابق، ص 111.

إرشادية لتحديد كيفية اختيار مكان التحكيم وهي⁽¹⁾: 1- ملائمة المكان للطرفين، 2- المحل الذي توجد فيه البضاعة أو الوثائق الخاصة، 3- وجود الشهود وإمكانية المعاينة والتحقيق، 4- الاعتراف وتنفيذ إتفاق التحكيم وقرار التحكيم، 5- المزايا التي يمكن ان تتحقق عند إجراء التحكيم في بلد المدعى عليها.

وهناك إتجاه فقهي يرى بأن مكان التحكيم يتحدد في حالة عدم إتفاق الأطراف، من خلال تطبيق نظرية "أجهزة الخوادم" المتصلة بشبكة الأنترنت والتي صدر عنها حكم التحكيم الإلكتروني، فيتحدد وفقا لذلك مكان التحكيم بالمكان المسجل به جهاز الخادم أو السيرفر الذي هو عبارة عن برنامج يقوم على تقديم المساعدة وتلبية توصيل الأوامر والبيانات من وإلى أجهزة حاسوب أخرى داخل شبكة الأنترنت، وبواسطة هذا الخادم المتصل بشبكة الأنترنت أصدر المحكم حكم التحكيم الإلكتروني⁽²⁾.

وينتهي سير الدعوى التحكيمية بإصدار هيئة التحكيم للحكم الفاصل في النزاع، ويشترط في الحكم التحكيمي أن يكون مسببا، وموقعا ممن أصدره بالتوقيع الإلكتروني للمحكمن، مع الإشارة للتاريخ الذي صدر فيه، ليتم نشره بعد ذلك على الموقع الإلكتروني المخصص لذلك، مع ضرورة تبليغ أطراف النزاع بكل الوسائل الممكنة ليصل لعلم الأطراف الخصومة التحكيمية⁽³⁾، ونترك التفصيل أكثر في هذه المسألة في الفرع الموالي.

الفرع الثالث: صدور حكم التحكيم الإلكتروني وتنفيذه

تنتهي الخصومة التحكيمية بعد إجراء المحكمن للمداولة عبر الخط عبر غرف المحادثة أو مؤتمرات الفيديو، بإصدار هيئة التحكيم للحكم الإلكتروني عن طريق الوسائل الإلكترونية وتبليغه للأطراف إلكترونيا ودون اشتراط الحضور المادي لأعضاء هيئة التحكيم في مكان واحد لإصداره⁽⁴⁾، وعلى ضوء ذلك يكون حكم التحكيم والتوقيع عليه يتم بشكل إلكتروني.

من هذا المنطلق يبرز الإشكال الذي نواجهه، حيث تشترط الإتفاقيات الدولية والقوانين وعلى رأسهم المشرع الجزائري أن يكون حكم التحكيم مكتوبا وموقعا، وهذا ما يستشفي في عدة نصوص قانونية التي يثار

(1) مصطفى ناطق صالح مطلوب، التحكيم التجاري الإلكتروني، المرجع السابق، ص 168. نقلا عن عبد القادر ورسمه غالب، صعوبات تعترض اجراءات التحكيم الإلكتروني، ص 6، دراسة منشورة على الموقع: www.albayan.com.ae.

(2) حسن الرشيد ويوسف اليافوت، المرجع السابق، ص 287-288.

(3) محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 181.

(4) كرم بوديسة، المرجع السابق، ص 147-153.

الإشكال حول مدى إنطباقها وتكييفها مع التحكيم الإلكتروني، مثل المادة 1029 ق إ م وإ التي نصّت: "توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين"، وفي مادة أخرى من نفس القانون نصّت المادة 1035 (1)، (2) ق إ م وإ على ما يلي: "...ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل. يتحمل نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل حكم التحكيم"، ونص آخر المتمثل في المادة 1036 ق إ م وإ التي كان نصها كالاتي: "يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية موهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف"، والمادتين 1052 و1053 التي كان نصهما على التوالي: "يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا بإتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها"، "تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل". من قراءة مجموع النصوص المقدمة يثور التساؤل فيما إذا كانت الكتابة المشترطة تشمل الكتابة الإلكترونية أم هي مقتصرة على الكتابة التقليدية؟ ومنه مدى صحة حكم التحكيم الإلكتروني سواء في تقديمه إلكترونيا دون إستخراجه في دعامه ورقية، ونفس الأمر بالنسبة للتوقيع إذا ما تم إلكترونيا، وهل هذا الحكم الإلكتروني له نفس القيمة القانونية مثل الحكم العادي يمكن الإعتراف به وتنفيذه؟

إن التوقيع الإلكتروني مثلما أسلفناه سابقا لا يثير أي إشكال في ظل التطور التكنولوجي، إذ أن هناك برمجيات معينة تستخدم للتوقيع⁽¹⁾.

أما بخصوص صحة حكم التحكيم الإلكتروني فمثلما أسلفناه سابقا حول الكتابة الإلكترونية ومدى صحتها، ومن خلال قراءتنا للنصوص والإتفاقيات الدولية، بدءا من المادة 2 (2) من إتفاقية نيويورك 1958 المتعلقة بإعتراف بقرارات التحكيم وإنفاذها، والمادة 7 (2) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، ومختلف النصوص التي وردت في هذا الإطار نرى بأن شرط الكتابة يشمل كلا الطريقتين التقليدية أو الإلكترونية.

ولما كان حكم التحكيم الإلكتروني لا يختلف كثيرا عن التحكيم التقليدي سواء ما تعلق بالجانب الإجرائي للمرحلة التي تسبق أو تلي صدوره أو من جانب النتائج المترتبة عنه، أين يكمن الاختلاف الجوهرى بين نوعي التحكيم في الوسيلة المستعملة لإستصدار هذا الحكم مثلما تم التطرق إليه عند إيراد تعريف للتحكيم الإلكتروني مقارنة بالتحكيم التقليدي، لذلك تنطبق الأحكام والشروط المتعلقة بحكم التحكيم التقليدي على حكم التحكيم

(1) رشا علي الدين، المرجع السابق، ص1014.

الإلكتروني من خلال فصله في النزاع بشكل حاسم وفق ما إختارته الأطراف المتنازعة من قواعد موضوعية وإجرائية تلزم محكمة التحكيم إتباعها للفصل في النزاع وإصدار الحكم، إضافة لأن تكون مكتوبة سواء كان بطريقة تقليدية أو إلكترونية، وأن يكون مشمولاً على التوقيع من طرف هيئة التحكيم سواء كان التوقيع تقليدياً أو إلكترونياً، وتضمن الحكم التحكيمي الإلكتروني لجميع البيانات اللازمة التي يجب أن يتضمنها حكم التحكيم مثلما أورده المشرع في المادتين 1027 و 1028 ق إ م وإ، كتضمنه لعرض موجز لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم، - وإسم ولقب المحكم أو المحكمين، - تاريخ صدور الحكم، - مكان إصداره، - أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي، - أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف، عند الإقتضاء.

أما الإشكال الثاني المطروح والمتمثل في التوفيق بين الأمر الأول المتمثل في إشتراط أن يتم إصدار حكم التحكيم كتابة حتى يكون مقبول الإعتراف به وتنفيذه، والأمر الثاني المتمثل في توافق ذلك مع التحكيم الإلكتروني والإعتداد بالحكم الإلكتروني بدل من الصادر في دعامة ورقية للإعتراف به وتنفيذه، إن التوافق بين هذين المسألتين في الوقت الراهن أضحى لا يثير الإشكالات خاصة في ظل الإتجاه الحديث والواسع الإنتشار في الإعتراف بالكتابة الإلكترونية وإعطائها القيمة القانونية نفسها التي تحملها الكتابة الموجودة على دعامة ورقية، مثلما إصطلح عليه قانون الأونيسترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية بمبدأ التكافؤ الوظيفي بين الكتبتين الإلكترونية والتقليدية، هذا الأخير أكدته إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بإستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2005.

بعد صدور الحكم التحكيمي تليها مرحلة مهمة يتحدد من خلاله مدى نجاح العملية التحكيمية وهو تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، هذا الأخير قد يثير إشكالات عدة نتيجة عدم إقرار العديد من الدول للمعاملات الإلكترونية والشكلية الإلكترونية بصفة عامة، الأمر الذي يمكن إعتباره مهدد لنجاح العملية التحكيمية من خلال تنفيذ الحكم التحكم الذي يعتبر الهدف الأساسي من اللجوء إلى التحكيم وهذا ما قد يؤدي إلى إهدار حقوق المحتكمين من إمكانية عدم تنفيذ الحكم التحكيمي، خصوصاً وأن تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني الأجنبي الذي يتوجب أن يتم وفق إتفاقية نيويورك التي تلزم بالضرورة تقديم أصول كل من إتفاق التحكيم وحكم التحكيم الإلكتروني وإيداعهما لدى قلم المحكمة المختصة في بلد التنفيذ، هذا الإجراء أثار إشكالات لصعوبة التطبيق العملي لها، و لعدم وجود إطار قانوني يكفل تنظيم الوثيقة الرسمية الإلكترونية، الأمر الذي أدى بالفقه بالتوصية

بضرورة إصدار المراكز الذاتية للتحكيم الإلكتروني الحكم على دعامة ورقية موقع من طرف المحكمين وإرساله عبر البريد التقليدي من أجل ضمان تنفيذ الحكم التحكيمي الإلكتروني وحفظ حقوق الأطراف في ذلك⁽¹⁾.

غير أن المعاهدات الدولية والإقليمية المبرمة في هذا الصدد سهل من إزاحة التعقيدات والإشكالات التي أثارها تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني ونقصد هنا أحكام التحكيم الأجنبية دون المحلية التي لا تثير أي إشكال، وأهمها مشروع تطوير قانون التحكيم التجاري الدولي الجاري إعداده من قبل لجنة الأونسترال uncitral بالأمم المتحدة، والذي نص على: "يتعين أن يكون إتفاق التحكيم كتابيا وتشمل الكتابة أي شكل يوفر سجلا ملموسا للإتفاق أو يكون في المتناول على نحو آخر بصفته رسالة بيانات بحيث يمكن استعماله في إشارة لاحقة" مما يدل على وجوب الأخذ بالتفسير الموسع لشرط الكتابة⁽²⁾.

ومن أجل ضمان تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني بما يتماشى مع خصوصية العالم الافتراضي وتجاوز الإشكالات التي يثيرها، رأى الفقه أن لا يتم تنفيذ الأحكام أمام القضاء الوطني تفاديا لإمكانية عدم تناسب القوانين الوطنية مع الإجراءات الإلكترونية، مما يؤدي بالضرورة إلى تعطيل فعالية أحكام التحكيم الإلكتروني، الأمر الذي دفع الفقه إلى استحداث وسائل تنفيذ أخرى دون اللجوء إلى القضاء الوطني من خلال إقرار التنفيذ الذاتي⁽³⁾، سواء بحث الطرف الخاسر على التنفيذ بواسطة إغراهه ماليا أو بتهديده بسحب العلامة أو فض الشراكة أو من خلال إدراجه بالقائمة السوداء هذا الإجراء الذي تلجأ إليه مراكز التحكيم للحصول على التنفيذ من الطرف الخاسر، أو الطرد من الأسواق الإلكترونية أو تطبيق نظام الغرامات التهديدية، وإنشاء صندوق التمويل الأحكام الذي يساهم فيه تجار السوق الإلكتروني والذي يستخدم في تنفيذ أحكام التحكيم الإلكترونية، هذا وهناك العديد من الآليات الأخرى التي برزت والتي تكفل التنفيذ الذاتي لأحكام التحكيم الإلكترونية⁽⁴⁾.

من خلال ما استعرضناه حول التحكيم الإلكتروني وأهم المسائل القانونية والإجرائية التي يمكن أن تثار بشأن التحكيم الإلكتروني خاصة في ظل الاستعمال الإلكتروني طيلة أطوار العملية التحكيمية، فإنه يمكن اعتبار

(1) كريم بوديسة، المرجع السابق، ص 128.

(2) توجان فيصل الشريدة، ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني التحكيم عبر الأنترنت كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية. بحث منشور ضمن بحوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي: أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، 02 المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، 2008، ص 1101.

(3) يوسف مسعودي، التحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات الاستهلاك المبرمة عبر شبكة الأنترنت، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01 العدد 01، 01 جوان 2017، ص 15.

(4) كريم بوديسة، المرجع السابق، ص 182-193.

وسائل التواصل الإلكتروني بيئة سليمة توفر سير فعال للدعوى التحكيمية بعيد عن كل خطر يمكن أن يهدد سير جلسات التحكيم، لذلك يمكننا القول أن التحكيم الإلكتروني لا يقل أهمية عن التحكيم التقليدي في توفير تسوية فعالة للنزاع بما يتحقق معه رضا الأطراف بمستوى هذه الوسيلة في الفصل في النزاع.

أما بالنسبة للجزائر فإن إقرارها للتحكيم الإلكتروني والعدالة الرقمية لا محال من أنه سيشكل قفزة وتقدما على مستوى استخدام التكنولوجيا وخطوة إستباقية لخلق عدالة قوية وفعالة ومستقرة.

المبحث الثاني

فعالية التحكيم الإلكتروني في تسوية المنازعات في ظل وباء كورونا-كوفيد19-

إن ما عايشه العالم من أزمة صحية عالمية في أواخر عام 2019 التي فرضها فيروس كورونا -كوفيد19- أين شكل تداعيات خطيرة على عدة جوانب مست قطاعات ومجالات عدة من الجانب الاجتماعي والاقتصادي والسياسي والقانوني وغيرها، ويعتبر التحكيم القضاء الأكثر تضررا من جراء الانعكاس السلبي لآثار فيروس كورونا-كوفيد19- عليه، من توقيف لجل جلسات التحكيم وتكدس للقضايا والملفات التي تنتظر الفصل وهذا ما من شأنه أن ينعكس بالسلب على التحكيم وتسوية المنازعات بصفة عامة.

ومجابهة لهذه التداعيات الخطيرة عمدت العديد من الدول وهيئات ومراكز التحكيم إلى اعتماد العديد من الإجراءات والتدابير لتجاوز آثار الأزمة الصحية التي تسبب فيها فيروس كورونا -كوفيد19-، الأمر الذي أدى إلى بروز التحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية المنازعات خاصة ما تعلق بالتجارة الدولية وتزايد اللجوء إلى هذه الآلية الذي تتم فيه عقد الجلسات افتراضيا وإصدار الحكم فيها بشكل إلكتروني.

ورغم ما يحمله التحكيم الإلكتروني من مزايا جعلت منه الوسيلة الأهم في حل وتسوية المنازعات، غير أن ظهور وانتشار فيروس كورونا كوفيد-19 وما خلفه من إرهابات وعوائق على مستوى تسوية المنازعات سواء على مستوى القضاء الوطني أو التحكيم، جعل من اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني وسيلة حتمية لا يمكن للأطراف الإستغناء عنها في فض المنازعات في ظل المخلفات السلبية والخطيرة لفيروس كورونا على جميع الأصعدة البشرية والاقتصادية والسياسية.

وإن كان لهذه الجائحة تأثير على التحكيم وعلى إجراءاته بصفة خاصة، وحتى بالنسبة لوسائل التسوية الأخرى وبالنسبة لقضاء الدولة، غير أنه في الوقت نفسه كان للتحكيم تأثير بارز على فيروس كورونا كوفيد-19، حيث يعتبر لجوء الأطراف إلى التحكيم أحد التدابير التي تساهم في الوقاية والحد من آثار هذا الفيروس، ومن الحلول المثلى في تحقيق تسوية فعالة للنزاعات وفي تجاوز الأزمة التي خلفها هذا الفيروس بإشكالاته القانونية والعملية والصحية، حيث أثبت التحكيم تكيفه مع الظروف الإستثنائية وما فرضه فيروس كورونا كوفيد-19، هذا التكيف يرجع سببه في بروز ما يعرف بالتحكيم الإلكتروني الذي خفف من حدة آثار الفيروس، التي كان لها الإنعاس السلبي الخطير على تسوية المنازعات على مستوى قضاء الدولة من تأجيل للقضايا وهذا ما كان له الأثر على المنازعات التجارة والإستثمار، سواء على المستوى الداخلي أو الدولي التي تزداد شدة هذا التأثير، وما يفرضه طبيعة هذه المنازعات من السرعة، خاصة ما خلفه فيروس كورونا من نزاعات معقدة التي لم تجد الآلية المثلى للفصل فيها إلا في التحكيم الإلكتروني التي كان له دور إيجابي وفعال في تسوية المنازعات الناشئة عن ما خلفه فيروس كورونا، حيث لم يكن له التأثير على إنعقاد إتفاق التحكيم، خاصة مع تجاوز الإشكالات المتعلقة بالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني كدليل لإثبات إتفاق التحكيم وحكم التحكيم، وهذا ما سبق توضيحه، وإمكانية حضور جميع الأطراف وفي الوقت المحدد مما يجعل تحديد زمان ومكان التحكيم ممكناً⁽¹⁾، وفي مساهمته أيضاً في إستمرار إجراءات التحكيم من مواصلة تقديم الطلبات واستمرار الجلسات وسريان المواعيد، وتقديم الأطراف لحججهم ودفاعهم، تقديم المذكرات وتبادلها وسماع الشهود ونقل مختلف المستندات ومختلف الوثائق سواء المكتوبة أو المرئية، واجتماع هيئة التحكيم وانعقاد جلساتها إذا كانت مشكلة بأكثر من محكم وبعدد وتري وإصدارها لحكم التحكيم بشكل إلكتروني وفي الآجال المحددة لذلك⁽²⁾.

وقد إنعكس هذا التأثير بالإيجاب على التحكيم من بروز التحكيم الإلكتروني وانتشاره وتبوءه للمكانة التي عليها التحكيم التقليدي، وحصول الإعتراف به وتكريسه كقضاء أصيل بفلسفته الخاصة التي يتمتع بها في تسوية المنازعات، لذلك دراستنا لهذه المسألة تكون مركزة ضمن نطاقين، النطاق الأول إبراز أثر الفيروس على التحكيم والسبل والحلول لمعالجة منظومة التحكيم وما تعترضها من عيوب ونقائص بما يحقق فعالية أكبر للتحكيم في تسوية المنازعات المطلوب الأول، والنطاق الثاني فيتمثل في إبراز دور التحكيم في مواجهة آثار الفيروس وقدرته على

(1) حسن الرشيد ويوسف الباقوت، المرجع السابق، ص 270-273.

(2) المرجع السابق، ص 284-285.

التكيف معه في سبيل تسوية المنازعات المطلوب الثاني، في الأخير لنصل إلى النتيجة التي يمكن أن نخرج بها ونتأكد منها وهي أن التحكيم الإلكتروني القضاء الأول والفعال في تسوية المنازعات التجارية في ظل الظروف الإستثنائية من جراء إنتشار فيروس كورونا كوفيد-19.

المطلب الأول

التأثير السلبي لفيروس كورونا كوفيد-19 على التحكيم

بالرغم ما يحمله اللجوء إلى التحكيم من فعالية في تسوية المنازعات خاصة ما تعلق بقضايا التجارة والاستثمار، غير أن ما خلفه فيروس كورونا كان له الأثر السلبي على التحكيم.

ففرض فيروس كورونا المستجد العديد من الإشكالات التي قابلها تحديات عملت جميع الدول على مواجهتها لإيجاد حلول للتقليل من آثار هذا الفيروس، وجاءت هذه التحديات على مستوى العلاقات التعاقدية وعلى مستوى التحكيم والقضاء وعلى مختلف القطاعات السياحي والتجاري والثقافي والصحي وغيره من القطاعات والمجالات الأخرى، فكان من أبرز التأثيرات السلبية لفيروس كورونا على التحكيم:

- كان لفيروس كورونا - كوفيد-19 - تأثيرات وتداعيات سلبية على التحكيم التقليدي ومن عدة نواحي، وأبرز تأثير كان من الناحية الصحية حيث شكل هذا الفيروس تهديد للأشخاص بداية بالمحكمن وأطراف النزاع والمحامين وغيرهم جراء التفشي السريع لعدوى الفيروس، وهذا ما كان له التهديد المباشر على حياتهم في ظل الارتفاع الكبير في عدد الإصابات والوفيات من جراء تفشي هذا الفيروس، هذه التداعيات الخطيرة جعل الدول تتسارع لإتخاذ التدابير الاحترازية الصحية لمواجهة التفشي السريع للفيروس، فتم إقرار تدابير الحجر الصحي والتباعد الاجتماعي وفرض قيود مشددة على السفر وإلغاء جل الرحلات الجوية وحضر تنقل الأشخاص وهذا ما كان له أثر بشكل سلبي وكبير على إنتقال الأطراف وأعضاء هيئة التحكيم وحضور الأطراف للجلسات، والاستماع إلى الخبراء واستجواب الشهود⁽¹⁾، وأيضا في إيقاف جميع جلسات التحكيم والإجراءات الخاصة بها وتأجيلها لوقت لاحق، هذا التأجيل كان لها إنعكاس سلبي سواء على المنازعات من خلال إطالة أمد النزاع مما قد

(1) مقتطف من كلمة ألقاها عضو مجلس الإدارة للعلاقات الدولية بمركز قطر الدولي للتوفيق والتحكيم، ثاني بن علي آل ثاني، في كلمة خلال افتتاح الندوة التي عقدها "مركز قطر الدولي للتوفيق والتحكيم" التابع لغرفة قطر، أنظر: ثاني بن علي آل ثاني. 25 أبريل، 2020. تحديات التحكيم التجاري الدولي في ظل كورونا. تم الاسترداد من العربي الجديد: <http://www.alaraby.co.uk>.

يعدم الفائدة التي كان يريها الأطراف من خلال إتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم حال حصول نزاع بينهم، والذي من شأنه أن يخلق نوع من إنعدام الثقة والاطمئنان لدى أطراف النزاع، كما كان له إنعكاس سلبي على المنازعات المتعلقة بتنفيذ عقود التجارة الدولية مما يخلق نوع من عدم الاستقرار والشك والذي لا يتفق وطبيعة التعامل ضمن التجارة الدولية التي تحتاج للحل السريع لمنازعاتها.

نفس التأثير كان لفيروس كورونا من الناحية الاقتصادية على إثر غلق مراكز التحكيم وإلغاء الجلسات الخاصة بالنظر في المنازعات والفصل فيها سواء على مراكز التحكيم والمحكمين خاصة، فأثر ذلك من خلال التوقف على تحصيل الأعباء من المحتكمين نظير الفصل في المنازعات المتعلقة بهم، مما جعلها عاجزة عن تغطية المصاريف الضخمة لهذه المراكز من ضرائب ودفع للإيجار والوسائل اللوجستية التي تحتاج لموارد مالية ضخمة، وأجور الموظفين وغيره من الالتزامات والأعباء المالية، مما جعلها مهددة بالإفلاس.

- كان لفيروس كورونا كوفيد-19 تبعات وانعكاسات خطيرة على عقود التجارة الدولية الأمر الذي أوجب المنازعات حول تنفيذ الالتزامات التعاقدية وما تعلق بينود القوة القاهرة وما يسببه في إزدياد عدد المنازعات، ودون شك فإن ذلك يسبب حتما في مراجعة العقود وما يصاحب ذلك من إرتفاع كبير في عدد المنازعات والقضايا التي سترفع أمام التحكيم⁽¹⁾، فضلا عن ما يحمله فيروس كورونا من تهديد لصحة أطراف النزاع التحكيمي والمحامين وهيئة التحكيم فيجعلهم عرضة للإصابة بهذا الفيروس، تعد هذه السلبيات والتي تصل لدرجة الخطورة إلى إتجاه الأنظار إلى المنصات الرقمية واعتماد إجراءات التقاضي عن بعد، وحتى اللجوء إلى التحكيم عن بعد أو ما يطلق عليه بالتحكيم الإلكتروني له إشكالات وصعوباته نلخصها في نقاط أبرزها:

-أثارت مسألة عقد جلسات التحكيم افتراضيا إشكالات عدة من صعوبة قراءة لغة الجسد وفهم اللغة وتفسيرها في غضون ثواني بدلا من التأخر عبر الشاشة والقدرة على التفاعل داخل الغرفة عكس الاعتماد على التكنولوجيا، وصعوبة التواصل مع الشهود والخبراء في هذا العالم الافتراضي⁽²⁾.

(1) لارا سالم، "تدابير مكافحة فيروس كورونا المستجد كوفيد-19 تؤدي إلى نشوء التسوية الرقمية للنزاعات"، مركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي، الشارقة الإمارات، العدد رقم 3، يونيو / يوليو 2020، ص5.

(2) Alexandria Bowles and Amanda Feldman, "The Impact of COVID-19 on Arbitration", <https://thearbitrationbrief.com/2020/04/09/the-impact-of-covid-19-on-arbitration/>, Accessed 18/11/2020, 10:20.

-من بين مخاطر إستخدام التقنية والتحكيم عن بعد والذي فرضته جائحة كورونا عدم قدرة المحكمين على تقييم الأدلة أثناء استجواب الشهود فلا يتمتعون بالقدرة اللازمة التي من خلالها يحللون الإجابات ولغة الجسد، إضافة إلى إمكانية اختراق مواقع الويب الخاص بمؤسسات التحكيم أو جلسات الاستماع التي تتم عن بعد مما يجعل البيانات معرضة للسرقة فضلا عن انتهاك السرية التي يتميز بها التحكيم⁽¹⁾.

-من بين الإشكالات المثارة بشأن التحكيم الإلكتروني، حداثة هذا النظام وقصور القانون المنظم لهذا النوع من التحكيم.

كل هذه الآثار السلبية التي أفرزها انتشار فيروس كورونا أدى بالأطراف والدول والمنظمات إلى الاهتمام بالتحكيم الإلكتروني وإقراره كآلية لتسوية المنازعات نظرا للمزايا التي يحملها وفعاليتها في الفصل في المنازعات خاصة المتعلقة بالتجارة الدولية وهذا ما سنركز عليه فيما يلي.

المطلب الثاني

دور التحكيم الإلكتروني الإيجابي والفعال في الحد من تأثيرات فيروس كورونا كوفيد-19 على تسوية المنازعات

إن التطور الكبير الذي شهدته التكنولوجيا ينسف أغلب الانتقادات والإدعاءات الموجهة للتحكيم الإلكتروني، والذي مكّن نظام التحكيم من مواجهة كل هذه المخاطر والتحديات والذي يعتبر فيروس كورونا كوفيد-19 أبرزها، وأبرز هذه الإيجابيات نعددها في النقاط التالية:

-أضحى التحكيم ظاهرة العصر من خلال تزايد الأطراف الإقبال عليه لحل وتسوية منازعاتهم خاصة التجارية وذلك لما تحمله هذه الآلية من مزايا وإيجابيات تجعل حل المنازعات التجارية الدولية ذات فعالية، ويعتبر التحكيم من الأنظمة التي لم تتأثر كثيرا من جراء إنتشار فيروس كورونا كوفيد-19 نظرا للمزايا التي يتمتع بها بداية من امتلاك المحكمين للحرية الكاملة في التحكيم فلهم إقرار ما يشاءون والذي يعرف بمبدأ سلطان الإرادة لأطراف التحكيم، فضلا عن المرونة والقدرة على التكيف مع جل الظروف والمتغيرات مع اختلافها مما سيجعل هذه الآلية

⁽¹⁾ Adrienne Goins and Elena Guillet, "Challenges and Opportunities of Virtual Hearings in International Arbitration", <https://www.velaw.com/insights/challenges-and-opportunities-of-virtual-hearings-in-international-arbitration/>, Accessed 18/11/2020.

مؤهلة لفض المنازعات الناتجة من وراء تأثير فيروس كورونا ولعل هذا ما يفسر الزيادة المطردة في طلبات التحكيم في دول العالم، نتيجة تمسك بعض المتعاقدين بوجود حالة قاهرة أو ظروف استثنائية تجعل من تنفيذ العقود التجارية أمراً مستحيلاً أو مرهقاً بحسب الأحوال⁽¹⁾.

- أظهر التحكيم تماشيه وتأثيرات فيروس كورونا أين تم اتخاذ العديد من الإجراءات من خلال إمكانية الوصول إلى ممارسة التحكيم واختيار المحكمين وإدارة القضايا عن بعد وإلى اعتماد جلسات الاستماع عن بعد للشهود والخبراء وأيضاً ما تعلق بإدارة الجلسات التحكيمية عن بعد، خاصة وأن ثورة الكوفيد-19 حثمت إتخاذ هذه الإجراءات وإتباع أسلوب التقنية وعن بعد.

- إن من بين المزايا التي يقوم عليها التحكيم والتي زادت من فعاليته في تسوية مختلف المنازعات خاصة في ظل انتشار فيروس كورونا، ما تعلق باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية التي تخول للقاضي التدخل إستثنائياً باتخاذ التدابير المؤقتة والتي تتم بصفة إستعجالية تكون في صورة طلب تحفظي للحفاظ على إمكانية تنفيذ الحق في المستقبل، أو طلب مستعجل لتحقيق مصلحة آنية للطالب أو حمايتها⁽²⁾، ويزداد تطبيق هذه الآلية في ظل انتشار فيروس كورونا أين يمكن هيئة التحكيم كأصل واستثناء بعد اللجوء للقضاء الوطني من قبل أحد الخصوم أن يأمر بالقيام بإجراء لمنع حدوث ضرر وشيك أو مساس بالعملية التحكيمية أو الأمر بالامتناع عن القيام بإجراء قد يسبب الضرر أو أن يمس بالتحكيم⁽³⁾.

- إن كان لجائحة كورونا فيروس كوفيد-19 تداعيات كبرى، غير أنه في الوقت نفسه كان له دور إيجابي كبير بالنسبة للتحكيم الإلكتروني من خلال المساهمة في تطوير وإنتشار هذا النوع من القضاء التحكيمي وبعث التحدي من جديد لجعل التحكيم الإلكتروني في نفس المنزلة مع التحكيم التقليدي في الإنتشار واللجوء إليه، ومن جهة أخرى شكلت الجائحة حافزاً للتطور القانوني من خلال معالجة الباحثين والخبراء للإشكاليات القانونية التي

(1) من ملخص الندوة المنعقدة من طرف "مركز قطر الدولي للتوفيق والتحكيم"، بتاريخ: الثلاثاء 21 أبريل 2020، بعنوان "التحديات الراهنة أمام التحكيم"، منشورة على موقع: <https://www.alaraby.co.uk/>، تم الإطلاع عليها: 2021/02/28، على الساعة: 11:49.

(2) مريم دواس ومحمد أنيس زياد، سلطة القاضي الوطني في اتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية، مقال منشور في مجلة جيل الدراسات المقارنة، مركز جيل البحث العلمي، لبنان، العدد 7، 2018، ص 11، عن الصانوري مهند أحمد، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان الأردن، 2005، ص 103.

(3) سيد أحمد محمود ومظفر جابر الراوي، "التأثير المتبادل لوباء كورونا مع التحكيم في ضوء قانون التحكيم الإماراتي رقم 6 لسنة 2018"، ورقة عمل مقدمة للملتقى الدولي العلمي المعنون ب: الجوانب القانونية الموضوعية والإجرائية لجائحة كورونا، المنعقد في 29 أكتوبر 2020، ص 9.

تثيرها وهذا الذي ساهم في حل العديد من المشاكل العملية والقانونية، وأيضاً ساهم التطور والانفجار الذي عرفته المجتمعات على مستوى استخدام التكنولوجيا أدى بالباحثين والمختصين إلى التجاوب ومواكبة هذا التطور بالدراسة الأكاديمية للمواضيع القانونية التي لها ارتباط وتأثر مع ظهور التقنية والتطور التكنولوجي للمساهمة في الوصول إلى تطوير المبادئ القانونية التقليدية ومواكبتها مع التطور التكنولوجي خاصة في مجال المعلوماتية والاتصال عن بعد والذي يعتبر التحكيم الإلكتروني أحد أبرز صور هذا التطور، وعلى المستوى المحلي وفي الجزائر على وجه الخصوص في ظل قلة الاهتمام بهته المواضيع في الجزائر، كانت لهذه الجائحة الدور البارز والمهم في التحسيس بأهمية التحكيم الإلكتروني ودوره الفعال في تسوية المنازعات خاصة في ظل انتشار فيروس كورونا وما شكله من حتمية اعتماد هذه الآلية في تسوية المنازعات.

وتجاوز لجميع الإشكالات القانونية والعملية ولكي يحقق التحكيم الإلكتروني فعاليته والأهداف المرجوة منه لا بد من حلول وإجراءات تساعد على تحقيق ذلك وهي كالآتي:

-من الضروري توفير الأرضية المناسبة التي تمكن الأطراف من اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني والتقاضي عن بعد، وأن يكون المحكم الذي يعرض عليه النزاع للتسوية أو مراكز التحكيم مجهزة بالوسائل واللوازم الإلكترونية اللازمة لإجراء الجلسات عن بعد⁽¹⁾.

- ضرورة تكوين وتأهيل الأطراف ومن لهم علاقة بإدارة جلسة التحكيم من المحكمين والمختكمين والشهود والخبراء، وتسخير كوادر وموارد بشرية التي يناط لهم إدارة المواقع وبرمجتها بما يساهم في تكوين أشخاص ذو مستوى فني عال في مجال المعلوماتية والبرمجة الإلكترونية خاصة ما يقع على عاتقهم من مسؤولية كبيرة في تأمين استخدام البرامج الإلكترونية والأجهزة التقنية ومعالجة أي عطل يصيبها أو أي خطأ فني قد يعترض الجلسة التحكيمية الناتجة عن إصابتها بالفيروسات أو تعرضها للقرصنة وتخريب المعلومات.

-يقع على المحكم مراعاة تحقيق العدالة والإنصاف بالنسبة لجميع أطراف العملية التحكيمية كإتاحة الفرصة لكل طرف لعرض أدلته وحججه. كل هذه الإجراءات من شأنها أن تعزز من نزاهة العملية التحكيمية وتعزز الحل

(1) سعيد عايد ومحمد أضور، من المحكمة الإلكترونية إلى المحكامة الإلكترونية في ظل جائحة وباء كورونا. مجلة الباحث، ملف خاص رقم 05 العدد 21، جائحة كورونا -كوفيد19- الطوارئ الصحية، المغرب، 21 شتنبر، 2020، ص 481.

الفعال والعاقل للنزاع محل التحكيم وهنا يكمن دور اللجوء إلى التحكيم⁽¹⁾، ومزيداً من الفعالية وتقليلاً للأخطار التي قد تهدد العملية التحكيمية نتيجة اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني تقع تحت مسؤولية المحكم النظر في جميع المشاكل المحتملة التي قد تطرأ أثناء جلسات التحكيم، وفي سلامة الصوت والصورة لجلسة التحكيم بالنسبة لجميع الأطراف، والتأكد من سرية جلسات التحكيم وسلامة جميع المستندات المقدمة أثناء هذه الجلسات خاصة تلك التي يقدمها الشهود، والتأكد من أن جميع الأطراف على استعداد في التعامل مع منصات الفيديو، كما أنه يقع عليه ضمان حصول جميع الأطراف على جلسات استماع عادلة مع ضمانات الإجراءات القانونية المناسبة لجميع الأطراف⁽²⁾.

في ظل ضرورة حتمية التحكيم الإلكتروني لتسوية المنازعات في ظل جائحة كورونا كوفيد-19، خاصة بعد إدراك مؤسسات التحكيم بسرعة تأثير أوامر الحجر الصحي والإغلاق على قضاء التحكيم، سارعت مختلف قواعد ولوائح التحكيم وتشريعات التحكيم الوطنية إلى تنقيح قواعدها تعزيزاً لكفاءة قضاء التحكيم لتسوية المنازعات، وأبرزها ونصت قواعد الأونسيترال للتحكيم في تعديلها الجديد لقواعدها عام 2021، فنصت على جواز إجراء جلسات الاستماع بشكل افتراضي بموجب المادتين 283 و 17 من قواعد الأونسيترال للتحكيم 2021، وأيضاً نصها على إجراء الاتصال وتقديم الطلبات وإيداعها إلكترونياً بموجب المادتين 2 و 17 من قواعد الأونسيترال للتحكيم 2021⁽³⁾.

⁽¹⁾ Cheng, T, Whether And How To Compel remote Arbitration, Published: 15-09-2020, Accessed 11-24-2020, sur Law 360: <https://www.law360.com/insurance-uk/articles/1310372/Whether-And-How-To-Compel-remote-Arbitration>.

Accessed 10/07/2023, 10 :45.

⁽²⁾ نبيل زيد سليمان مقابله، التحكيم الإلكتروني. مجلة الفقه والقانون الثامن والثلاثون، ديسمبر 2015، ص ص 105-106. وأيضاً:

Goslin A, Greenbaum M, & Mayberry S, What To Consider Before A Virtual Labor Arbitration, Published: 16-06-2020, Accessed: 11-24-2020, sur: Law360: <https://www.law360.com/articles/1280453?scroll=1&related=1>.

Accessed 10/07/2023, 10 :45.

⁽³⁾ للإطلاع على المواد، أنظر:

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/21-07996_expedited-arbitration-e-ebook.pdf#page=28.

ومن أبرز القواعد أيضا قواعد التحكيم المالية (P.R.I.M.E)⁽¹⁾، هذه القواعد المعدلة في 15 نوفمبر 2021 والتي دخلت حيز التنفيذ 01 جانفي 2022، وأبرز ما نصّت عنه هذه القواعد إمكانية عقد جلسات إستماع واجتماعات افتراضية، فنصت في المادة 18 (2) على ما يلي: "يجوز لهيئة التحكيم الاجتماع لأي غرض من الأغراض، بما في ذلك جلسات الاستماع، شخصيًا في أي مكان تراه مناسبًا أو من خلال وسائل الاتصال التي لا تتطلب حضورًا ماديًا"⁽²⁾. ما يلاحظ أن جلسات الاستماع الافتراضية أصبحت هي القاعدة خلال جائحة كوفيد -19 وما بعدها.

وفي موضع آخر من نفس القواعد التي نصّت على إمكانية عقد جلسات إستماع افتراضية وذلك من خلال نص المادة 27 (3) التي جاء فيها: "يجوز لهيئة التحكيم أن توجه الشهود، بما في ذلك الشهود الخبراء، لاستجوابهم بأي طريقة تراها مناسبة، بما في ذلك من خلال وسائل الاتصال التي لا تتطلب الحضور الجسدي"⁽³⁾. وكان المركز الدولي لتطوير الاستثمار ICID قد أعلن في 13 مارس 2020 أنه "يتخذ المزيد من الخطوات لتقليل الاعتماد على الإيداعات الورقية في قضاياها" وأنه سيطلب "نسخة إلكترونية فقط من طلب التحكيم...". وأي مستندات مصاحبة.

كما يشجع المركز الدولي لتطوير الاستثمار الأطراف على تقديم جميع الطلبات المكتوبة . . . إلكترونيًا، مع تشجيع المحكمين أيضا على استخدام نسخ إلكترونية من المستندات ذات الصلة بالقضايا. لقد تكيّفت قضايا

(1) تأسست مؤسسة P.R.I.M.E. المالية في 2012 في لاهاي هولندا، وتعتبر مؤسسة غير ربحية تتشكل من خبراء التمويل تهدف إلى الحد من عدم اليقين القانوني والمخاطر النظامية وتعزيز الثقة في التمويل العالمي. وتشمل أولًا الأنشطة الرئيسية للتمويل خدمات تسوية المنازعات، بما في ذلك التحكيم، الوساطة، وإشراك الشهود الخبراء، ثانيًا التدريب القضائي، ثالثًا التعليم المستمر عبر المؤتمرات، رابعًا صيانة قاعدة بيانات مركزية للسوابق والمواد بالتعاون مع LexisNexis. أما قواعد التحكيم المالي لشركة P.R.I.M.E، التي تم تصميمها في جمهورية الصين الشعبية لتغطية مجموعة واسعة من المنازعات المالية، وهي أيضا قواعد مؤسسية، تدار من قبل محكمة التحكيم الدائمة PCA. للمزيد راجع:

<https://www.international-arbitration-attorney.com/ar/2022-revised-p-r-i-m-e-finance-arbitration-rules/>

(2) Article 18 2: "Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may meet for any purpose, including hearings, in person at any location it considers appropriate or through means of communication that do not require physical presence".

<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/05/2022-P.R.I.M.E.-Finance-Arbitration-Rules.pdf>

(3) Article 27 3: "The arbitral tribunal may direct that witnesses, including expert witnesses, be examined in any manner it considers appropriate, including through means of communication that do not require physical presence".

<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/05/2022-P.R.I.M.E.-Finance-Arbitration-Rules.pdf>

ICSID مع تبادل الملفات عبر الأنترنت في السنوات الأخيرة - وكان من المنطقي جعل التسجيل والإيداع الإلكتروني هو الأصل⁽¹⁾.

وفي التعديل الأخير للمركز الدولي ل تسوية منازعات الاستثمار ICSID لقواعده 2021، نص على جواز إجراء جلسات الاستماع الافتراضية بموجب المادة 29 (4) و، والمادة 322 من قواعد التحكيم للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار 2022، كما نص على الإتصال وتقديم الطلبات بشكل إلكتروني بموجب المادة 4 من نفس القواعد⁽²⁾.

إن الانتقال إلى التعامل الإلكتروني وتقديم الطلبات بشكل إلكتروني يؤدي إلى تحقيق كفاءة كبيرة لعملية التحكيم، بما يقلل الوقت والنفقات المطلوبة سابقا، وأيضا يساهم التخلص من الطلبات الورقية إلى تقليل حجم الورق المستعمل في التحكيم، مما يؤدي إلى ممارسة أكثر إستدامة من الناحية البيئية مما يجعل التحكيم صديق للبيئة، خاصة في ظل الإنتشار الواسع لما يعرف بالتحكيم الأخضر⁽³⁾.

(1) يقوم icsid بإجراء مراجعة واسعة النطاق لتعديل قواعده ولوائحه، حيث تنص ورقة العمل الخامسة والأحدث حول التعديلات، على أن طلب التحكيم "يجب تقديمه إلكترونياً". راجع "ورقة العمل رقم 5"، icsid، تم الوصول إليها في 2023/08/28، راجع: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/WP5-Volume1-ENG-FINAL.pdf>.
(2) أنظر:

https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Arbitration_Rules.pdf#page=17

(3) يعتبر التحكيم الأخضر نوع جديد من التحكيم الذي يأخذ في الاعتبار الإعتبارات البيئية، ويعرف هذا النوع من التحكيم شيوع وذبوع خاصة مع تزايد وعي الناس بأهمية حماية البيئة. فيؤدي التقليل من الرحلات الجوية، والتحول من حزم الاستماع الورقية إلى حزم الاستماع عبر الإنترنت، إلى انخفاض كبير في البصمة الكربونية، وهو ما يتناسب مع مبادرة التحكيم الأخضر، وجعل التحكيم أكثر صداقة للبيئة. ويقوم التحكيم الأخضر على إستخدامات عديدة منها: إتفاق أطراف التحكيم على إستخدام المبادئ البيئية في مدلولاتهم؛ يشمل أيضا النظر في الأثر البيئي للنزاع؛ إستخدام أساليب صديقة للبيئة لحل المنازعات؛ أن يكون المحكمون خبراء في القانون البيئي والإستدامة؛ إستخدام الممارسات المستدامة في عملية التحكيم. ويرجع فوائد إستخدام التحكيم الأخضر في حماية البيئة وتقليل الضرر الذي يلحق البيئة عند حل المنازعات، وأيضا يساهم في زيادة الوعي بالقضايا البيئية ونشر ثقافة الحفاظ وحماية البيئة.
كما يعتبر التحكيم قضاءا مناسباً بشكل خاص لحل المنازعات المتعلقة بتغير المناخ، كما أقر بذلك فريق عمل غرفة التجارة الدولية المعني بالتحكيم في المنازعات المتعلقة بتغير المناخ - من خلال منح الأطراف المرونة في إختيار المحاكم التي تتمتع بالمعرفة الكافية بالقضايا ذات الصلة. علاوة على ذلك، يمكن تصميم عملية التحكيم بسهولة لمعالجة مطالبات الأطراف المتعددة واستيعاب تدخلات أصدقاء المحكمة.
وطورت كل من غرفة التجارة الدولية ICC، جمعية التحكيم الأمريكية AAA مجموعة من المبادئ التوجيهية للتحكيم الأخضر. إضافة إلى حكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA التي أعدت قائمة خضراء للمحكمين الذين لديهم خبرة في القانون البيئي. وأيضا لدى مركز سنغافورة للتحكيم الدولي SIAC قناة خضراء للتحكيم الذي يتعلق بقضايا بيئية.
أثبت التحكيم تكيفه مع المتغيرات الصحية والتكنولوجية والبيئة بفعل مرونته وإجراءاته الفعالة والخصوصية الذاتية التي يحملها، ومن المتوقع أن يكون تفاعل أكبر على إدارة أفضل للتأثير البيئي للتحكيم، خاصة ما تعلق بتغير المناخ.

Nigel. B QC, Boris. K, Ashley. J, International arbitration in 2021 - Illuminating the top trends, Freshfields Bruckaus Deringer, Accessed 25/08/2023, <https://www.freshfields.com/en-gb/our-thinking/campaigns/international-arbitration-in-2021/introduction/>. Accessed 24/08/2023, 22:00.

وعلى مستوى الوطني قام المجلس الوطني الإندونيسي للتحكيم المعروف باسم BANI كأحد مؤسسات التحكيم الوطنية التي غالبا ما يتم إختيارها من قبل الجهات الفاعلة في مجال الأعمال، بإجراء تعديلات على قواعد التحكيم أثناء الوباء من خلال إصدار القرار رقم V/SK-BANI/HU/20.015 بشأن قواعد وإجراءات التحكيم الإلكتروني. ومن الأحكام المنصوص عليها في القرار الخاص بالتحكيم الإلكتروني ما يلي⁽¹⁾:

-يجوز إجراء التحكيم إلكترونيا في حالة حدوث كارثة طارئة أو ظروف خاصة كما نصت المادة الأولى من القانون رقم 24 لسنة 2017 في شأن إدارة الكوارث؛

-يتم تطبيق قواعد وإجراءات التحكيم الإلكتروني إذا اتفق الطرفان على استخدام قواعد وإجراءات التحكيم الإلكتروني؛

-لكي يتفق الطرفان على تطبيق قواعد وإجراءات التحكيم الإلكتروني، يجوز إجراء جلسة الاستماع باستخدام مرافق الاتصالات عبر الإنترنت بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر المؤتمرات عن بعد أو مؤتمرات الفيديو أو المؤتمرات الافتراضية باستخدام منصة متفق عليها من قبل الأطراف؛

-يُطلب من الأطراف التي ستعقد الجلسة إلكترونيا القيام بالتحضيرات الفنية للمحاكمة، مثل إعداد معدات المنصة التي سيتم استخدامها ونقل من سيحضر الجلسة؛

-وتظل الأحكام الواردة في قواعد وإجراءات BANI سارية المفعول ما لم ينص على خلاف ذلك في قواعد وإجراءات التحكيم الإلكتروني.

أما ما يخص قواعد التحكيم لدى مراكز ومؤسسات التحكيم فشهدت لجوء واسع للتحكيم الإلكتروني في ظل تفشي فيروس كورونا كوفيد-19، خاصة استخدام التكنولوجيا وعقد مؤتمرات عبر الفيديو وجلسات الاستماع الافتراضية، وأبرز هذه القواعد غرفة التجارة الدولية ICC، التي أصدرت 09 أبريل 2020 مذكرة توجيهية بشأن التدابير الممكنة التي تهدف إلى التخفيف من آثار كوفيد-19، وتضمنت المذكرة عددا من التوصيات للأطراف ومراكز التحكيم، وأهم هذه الإرشادات: -تظل أمانة غرفة التجارة الدولية منفتحة أمام

⁽¹⁾ Harri Budiman & Maria Ulfa, ADJUSTMENT OF ARBITRATION PROCESS DURING COVID-19 PANDEMIC, published: november 2020, <https://www.franswinarta.com/news/adjustment-of-arbitration-process-during-covid-19-pandemic/>. Accessed 24-08-2023, 23:30.

الأعمال التجارية وملزمة تماماً بتسوية المنازعات بشكل عادل وفعال، بغض النظر عن التحديات التي يفرضها جائحة كوفيد-19؛ - يمكن إرسال المستندات التي سيتم استخدامها في عملية التحكيم إلى أمانة غرفة التجارة الدولية إلكترونياً؛ - ويمكن عقد جلسات الاستماع عن طريق مؤتمر صوتي أو مؤتمر فيديو⁽¹⁾، وقد أصدرت الغرفة قواعد جديدة للتحكيم في أكتوبر 2021، والتي دخلت حيز التنفيذ في جانفي عام 2021، وتضمنت هذه القواعد عدداً من الأحكام التي تسمح باستخدام التحكيم الإلكتروني في إجراءات التحكيم، وأبرز ما نصت عليه السماح لهيئة التحكيم بعقد جلسات استماع افتراضية بعد التشاور مع الأطراف، وذلك من خلال نص المادة 261 من قواعد التحكيم للمحكمة الجنائية الدولية 2021، وأيضاً نصت على إمكانية إجراء الاتصال وتقديم الطلبات بشكل إلكتروني من خلال نص المادتين 4 و 5 من نفس القواعد⁽²⁾.

وأصدرت نقابة المحامين الدولية قواعد معدلة في ديسمبر 2020 بشأن أخذ الأدلة في التحكيم الدولي، والتي تنص على أنه يجوز لهيئة التحكيم، إما من تلقاء نفسها أو عن طريق طلب من أحد الأطراف، أن تقرر عقد جلسة استماع عن بعد⁽³⁾.

أما بخصوص معهد التحكيم التابع لغرفة تجارة ستوكهولم SCC، فنصت على إمكانية عقد جلسات استماع افتراضية في تعديلها الجديد لعام 2023، في المادة 32 التي نصت: "1- تعقد جلسة الاستماع إذا طلب أحد الطرفين ذلك، أو إذا طلبت هيئة التحكيم ذلك يراها مناسبة.

2- بعد التشاور مع الأطراف ومراعاة الظروف، تقرر هيئة التحكيم ما يلي: - تاريخ ووقت إجراء جلسة استماع؛ و - ما إذا كان يجب إجراء جلسة استماع (أ) شخصياً، في المكان المحدد، أو (ب) عن بعد، كلياً أو جزئياً، بواسطة مؤتمر عبر الفيديو أو وسائل الاتصال المناسبة الأخرى"⁽⁴⁾.

(1) للإطلاع على المذكرة توجيهية بشأن التدابير الممكنة التي تهدف إلى التخفيف من آثار كوفيد-، أنظر:

<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2020/04/ICC-Guidance-COVID-19.pdf>

(2) أنظر:

<https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2020/12/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-english-version.pdf#page=16>.

(3) أنظر:

Kristen M. Young , Jennifer A. Ivers , and Katherine Schroeder, Op cit. , Accessed 24/08/2023, 23:30.

(4) Article 32 Hearings 1 A hearing shall be held if requested by a party, or if the Arbitral Tribunal deems it appropriate. 2 After consulting with the parties and having regard to the circumstances, the Arbitral Tribunal shall decide: i the date and time of any hearing; and ii whether any hearing shall be conducted a in person, at a

كما نصت نفس القواعد على إمكانية الإتصال والإيداع الإلكترونيين، بموجب المادة 5 من قواعد التحكيم SCC 2023 التي نصت: "1- يجب تسليم أي إشعار أو أي إتصال آخر من الأمانة العامة أو مجلس الإدارة إلى آخر عنوان معروف.

2- يجب تسليم أي إشعار أو أي إتصال آخر عن طريق البريد السريع أو البريد المسجل أو البريد الإلكتروني أو أي وسيلة أخرى تسجل إرسال الإتصال....

4 -تنطبق هذه المادة بالتساوي على أي اتصالات من هيئة التحكيم"⁽¹⁾.

نفس الشيء بالنسبة لمركز دبي للتحكيم الدولي DIAC في تعديله الجديد لقواعده، نص على إجراء جلسات الإستماع بطريقة افتراضية، وذلك في المادتان 20.2 و 26.1، وأيضا على إمكانية الإتصال والإيداع الإلكترونيين في المواد 3.1 و 4.3 و 5.3 من قواعد التحكيم DIAC 2022.

ونصت قواعد المركز الدولي ل حل المنازعات ICDR في تعديله الجديد 2021 على إجراء جلسات الإستماع بطريقة افتراضية من خلال المادتان 22 (1) و 26 (2)، وأيضا على إمكانية الإتصال وإيداع الطلبات بشكل إلكتروني من خلال نص المادة 11 (1) من قواعد التحكيم الدولي ICDR⁽²⁾.

نفس الشيء بالنسبة لمركز سنغافورة للتحكيم الدولي SIAC، ومحكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA التي أصدرت قواعد جديدة للتحكيم الإلكتروني، والتي دخلت حيز التنفيذ في عام 2020⁽³⁾، فمختلف هذه المراكز والمؤسسات أصدرت إرشادات حول كيفية إجراء التحكيم خلال فيروس كورونا، وهذا كان له أثر من خلال التخفيف من آثار كوفيد-19، والتقدم بالتحكيم بشكل كبير دون تأخير، وذلك لكون أغلب مؤسسات

specified location, or b remotely, in whole or in part, by videoconference or other appropriate means of communication.

⁽¹⁾ Article 5 Notices and other communications 1 Any notice or other communication from the Secretariat or the Board shall be delivered to the last known address of the addressee. Arbitration Rules of the SCC Arbitration Institute SCC Arbitration Rules 9 2 Any notice or other communication shall be delivered by courier or registered mail, e-mail or any other means that records the sending of the communication.... 4 This article shall apply equally to any communications from the Arbitral Tribunal.

(2) أنظر:

https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_Rules_1.pdf?utm_source=icdr-website&utm_medium=rules-page&utm_campaign=rules-intl-update-1mar#page=28

⁽³⁾ نصت قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي على إجراء جلسات الإستماع بطريقة افتراضية من خلال المادة 192 ، وأيضا على إمكانية الإتصال وإيداع الطلبات بشكل إلكتروني بموجب المواد 1 و 2 و 4 من قواعد التحكيم لمحكمة لندن للتحكيم الدولي 2020.

التحكيم ظلت تعمل بكامل طاقتها وذلك عن طريق العمل عن بعد، على نقيض المحاكم الوطنية التي لا زالت مغلقة نتيجة تأثيرها الكبير بالوباء المنتشر إستثناء الأمور الطارئة والمستعجلة.

وقد أصدرت معظم قواعد التحكيم ومختلف تشريعات التحكيم الوطنية إرشادات وبروتوكولات لمساعدة مستخدمي التحكيم، أبرزها معلومات وإرشادات في التحكيم الصادرة عن معهد التحكيم التابع لغرفة تجارة ستوكهولم SCC في 27 مارس 2020⁽¹⁾؛ مركز التحكيم هونج كونج الدولية HKIAC الذي أصدر إرشادات لجلسات الاستماع الافتراضية⁽²⁾؛ وأصدر المركز الدولي ل تسوية منازعات الاستثمار ICSID، دليل موجز لجلسات الاستماع عبر الإنترنت في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID⁽³⁾.

وأيضاً مذكرة توجيهية لغرفة التجارة الدولية بشأن التدابير الممكنة الرامية إلى التخفيف من آثار جائحة كوفيد-19 9 أبريل 2020؛ وإرشادات HKIAC لجلسات الاستماع الافتراضية 14 مايو 2020⁽⁴⁾؛ وإصدار قواعد الأونسيترال لملاحظات فنية حول حل المنازعات عبر الإنترنت⁽⁵⁾.

ويتوقع إستمرار القوانين وقواعد التحكيم في التطور إستجابة لتحديات التي فرضها فيروس كورونا، حيث تعمل مختلف مراكز التحكيم والقوانين على تطوير حلول جديدة لضمان استمرارية التحكيم كآلية فعالة لحل المنازعات.

والنقاش الذي يدور حالياً، هو كيف سيكون التحكيم بعد الوباء؟ خاصة ما تعلق بجلسات الإستماع عن بعد، فبعد أن كانت الأصل والقاعدة في ظل إنتشار الوباء فيروس كورونا كوفيد-19، فكيف الحال بعد الوباء

(1) أنظر :

<https://sccarbitrationinstitute.se/en/news-events/news/scc-arbitrators-tips-successful-virtual-hearing>.

(2) أنظر :

https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/services/HKIAC%20Guidelines%20for%20Virtual%20Hearings.pdf.

(3) أنظر :

<https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/brief-guide-online-hearings-icsid>.

(4) أنظر :

https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/services/HKIAC%20Guidelines%20for%20Virtual%20Hearings.pdf.

(5) أنظر :

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v1700382_english_technical_notes_on_odr.pdf.

والرجوع للحالة الطبيعية هل يمكن الإستغناء عن جلسات الإستماع الشخصية والحضور الفعلي والشخصي للأطراف وهيئة التحكيم؟ يدخل في الإجابة عن هذه التساؤلات عدة إعتبارات وعوامل ما إذا كانت جلسة الاستماع الشخصية ستساعد في حل النزاع؛ 2 حجم النزاع وتعقيده؛ 3 الاعتبارات التكنولوجية؛ 4 اعتبارات المنطقة الزمنية؛ و ٧ أي مخاوف مبررة بشأن التلاعب بالشهود، إن الواقع على الرغم من نجاح التحكيم الافتراضي من تقديم الطلبات بشكل الإلكتروني وإجراء جلسات الإستماع بشكل إلكتروني، خاصة مع التحسينات والتطور الذي أدخل على التحكيم الإلكتروني ليصبح أكثر تطوراً، غير أنه من الضروري أخذ الإعتبارات والعوامل السابق ذكرها لا بد من أخذها بالحسبان حتى نصل لتسوية فعالة للنزاعات، كأن تكون جلسات عن بعد مزيجاً بين الإثنين -عن بعد وشخصياً، أو إستخدام جلسات الإستماع عن بعد في القضايا الأقل تعقيداً والأصغر حجماً، حيث في الغالب يفضل الأطراف اللجوء لجلسات الإستماع شخصياً بالنسبة للنزاعات الأكبر حجماً والأكبر تعقيداً، والأفضل أن يترك حرية الإختيار لإجراء جلسات الإستماع عن بعد لسلطة هيئة التحكيم أو مراكز ومؤسسات التحكيم، مع الأخذ بعين الإعتبار آراء الأطراف⁽¹⁾.

ختاماً لما سبق أثبت التحكيم الإلكتروني قدرته على مواجهة الأزمات والظروف الإستثنائية، وهذا ما برز من خلال تصديه لنتائج وإنعكاسات التي خلفها فيروس كورونا، بتكيفه مع الجائحة، من خلال عدم التأثير الكبير للجائحة على التحكيم، حيث إن تحريك الدعوى التحكيمية ومباشرتها بطريقة إلكترونية سواء في تقديم طلب التحكيم بشكل إلكتروني، أو تنظيم دعوى التحكيم وإيداع المستندات والإخطارات، وفي إجراء جلسات التحكيم والمرافعات، وإختتام الدعوى التحكيمية وإجرائها بإصدار حكم التحكيم بشكل إلكتروني، تتناسب مع تجاوز تأثير جائحة كورونا كوفيد-19 على إنعقاد التحكيم وإستمرار إجراءاته.

مما لم يخلف معه أزمة على مستوى قضاء التحكيم على نقيض وسائل التسوية الأخرى ومن أبرزها القضاء، وهذا ما أدى إلى إستمرارية التحكيم في تسوية المنازعات.

ختاماً لهذا الفصل يمكننا القول بأن استخدام التكنولوجيا في التحكيم الدولي جعلت من التحكيم قضاء فريد من خلال النقلة النوعية التي نقلته إلى عالم آخر وممارسة جديدة أظهرت التحكيم بوجه جديد ومختلف كان له الأثر الكبير على مستوى تسوية المنازعات.

⁽¹⁾ Nigel Blackaby QC, Boris Kasolowsky, Ashley Jones, Op cit. Consulting on 25/08/2023, 23:30.

كما أدى ظهور وباء كورونا - كوفيد19 - من زيادة اهتمام الأطراف بالتحكيم واستخدامه كوسيلة لتسوية المنازعات خاصة ما تعلق الأمر بالقضايا المتعلقة بشؤون التجارة الدولية وما يرتبط بعقود التجارة الدولية التي تحتاج إلى سرعة ومرونة في حل مثل هكذا قضايا، في ظل غلق المحاكم وتأجيل النظر في أغلب القضايا وجلسات الاستماع⁽¹⁾، لذلك دمج الرقمنة سواء على مستوى التحكيم أو على مستويات أخرى كالقضاء والإدارة أصبح ضرورة وحتمية لا بد من إحاطتها بالاهتمام اللازم وعدم تجاهلها بالنظر للفعالية التي أضحت يخلقها.

⁽¹⁾ Goins A, & Guillet E, The advantages of arbitration during the coronavirus pandemic, Published: 26-03-2020, <http://www.velaw.com/insights/the-advantages-of-arbitration-during-the-coronavirus-pandemic>. Consulting on 26/08/2023, 9:00.

خلاصة

الباب الثاني

يعتبر التحكيم من أهم الضمانات القضائية للمستثمرين خاصة الأجانب منهم، وهذا من خلال البعد الإجرائي له، لذلك أولت الدول ومختلف اللوائح والقواعد القانونية إهتمامها الكبير بتطوير وتحديد التحكيم في جانبه الإجرائي، فأى آلية تسوية وأي قضاء لا يمكن الحكم عليه إلا من خلال الجانب الإجرائي فهو المحدد لفعاليتها وتكريس نظام فعال لتسوية المنازعات، فعصرنة وتطوير التحكيم وتحديث إجراءاته بما يواكب مختلف التطورات والمستجدات خاصة غي ظل ما يعيشه العالم اليوم من عالم متطور معاصر بامتياز، وهذا ما يخلق من التحكيم قضاء فعال جاذب للأطراف لتسوية نزاعاتها، وأبرز المستجدات التي عرفها التحكيم والتي تعتبر أدت إلى بروز التحكيم بوجه جديد، ما تعلق بتدخل الغير في الخصومة التحكيمية، وأيضا في بروز الشفافية في التحكيم من خلال نشر أحكام التحكيم وإجراءاته، وهذا بعدما كانت السرية السمة البارزة وأحد المقومات التي يقوم عليها التحكيم والأساس المعتمد عليه من الأطراف في اللجوء إلى التحكيم، بالإضافة للتحويل والتغير الذي عرفه التحكيم ب بروز ما يعرف بالتحكيم الإلكتروني الذي حقق نقلة نوعية في عصرنة وتطوير التحكيم وهو الأمر الذي أدى إلى ذبوع وإنتشار هذا النوع من التحكيم خاصة في ظل إنتشار ما يعرف بفيروس كورونا كوفيد-19، ليصبح هذا النوع من التحكيم هو الأصل مقارنة بالتحكيم التقليدي التحكيم العادي.

ولا شك أن هذه التطورات التي مست الجانب الإجرائي لقي تفاعلا إيجابيا من طرف الفاعلين في التجارة والاستثمار بالنظر للفعالية التي أبانت عليها هذا التطور وما شمله من مستحداث إجرائية جعلت من التحكيم يتبوأ مكانة مرموقة في تسوية نزاعات التجارة والاستثمار في جانبة الدولي، وهذا ما يفسر الذبوع والانتشار في تطبيق هذه المبادئ وتكريسها في مختلف الأنظمة القانونية للدول والمراكز ومؤسسات التحكيم، وذلك في مساهمتها في تبسيط وسرعة الإجراءات مما يجعلها أكثر مرونة متكيفة مع التحولات والتغيرات الكارثة، وتكريس الأمن القضائي للتحكيم.

كما حتم فيروس كورونا على الفاعلين التسريع في عصرنة التحكيم من إعتداد لعقد جلسات الاستماع عن بعد، وإيداع الطلبات واللجوء إلى التحكيم بطريق إلكتروني وإستخراج الحكم بطريقة إلكترونية، وإعتداد المحاكمة بطريقة مرئية، وتقديم المستندات كذلك عن بعد، فإدخال التكنولوجيا الحديثة على التحكيم بمختلف مظاهرها

ساهم في عصرنة قضاء التحكيم وتحقيق نقلة نوعيه في الخدمات التي تقدمها هذه العدالة خاصة في الجانب متعلق بالدعوى التحكيمية.

الخاتمة

الخاتمة

حظي التحكيم بإهتمام كبير باعتباره من الضرورات التي لا تقبل التنازل عنه في مجال الإستثمار والتجارة الدولية، أين تطور الأمر إلى الكلام حول السبيل لتفعيل التحكيم الدولي، حيث أثار هذا الموضوع إهتمام الباحثين وذوي الاختصاص للوصول بالتحكيم إلى نظام ذو فعالية كبيرة في تسوية المنازعات، نتيجة إكتسابه قبول عالمي جعلت منه القضاء الأول الذي أجمع عليه الفرقاء لفض وتسوية المنازعات الدولية في جانبها التجاري، وهذه المكانة لم تأتي من فراغ لولا الأهمية التي يحملها هذا القضاء والمفاهيم التي تحملها منظومة التحكيم التجاري والدور الذي يقوم به وأثره في تسوية المنازعات التجارية، وتطوره المستمر بما يتواءم ويتماشى مع مختلف التغيرات والتحولات الحاصلة، لذلك حظي بإهتمام تشريعي منقطع النظير من خلال سن القوانين المنظمة له في أغلب التشريعات حول العالم، وأبرمت العديد من الإتفاقيات الدولية والإقليمية بهذا الخصوص، وبتطور العلاقات التجارية ونمو الإستثمارات إزداد الإهتمام بقضاء التحكيم مع زيادة أهميته ومكانته مقارنة مع وسائل التسوية الأخرى ومع قضاء الدولة، ليحصل الإجماع على إعتبار التحكيم الوسيلة المثلى لتسوية المنازعات التجارية.

نتائج الدراسة:

يمكن حصر أبرز النتائج المتوصل إليها من هذه الدراسة فيما يلي:

1- إن كان للتحكيم عيوب ومزايا عديدة إلا أن متعن النظر يجد أن التحكيم أضحى واقع لا بد من مسايرته ومواكبة هذه الآلية في تسوية المنازعات، فأصبح يلعب دور مهم وأساسي في تسوية نزاعات التجارة الدولية نظرا لأهميته في توفير تسوية تلاءم توقعات الأطراف والذي لو نظرنا من ناحية القضاء الوطني نجده أحد الإرهاصات والمعوقات في تسوية المنازعات الدولية، هذا ما جعل التحكيم من اهتمامات الدول والمنظمات والهيئات الدولية والإقليمية نحو إضفاء فعالية أكثر للتحكيم في جانبيه الموضوعي والاجرائي بما يحقق الحماية القضائية الفعالية المنشودة بالتزامن ومسايرة التطورات الحاصلة في مجال التجارة الدولية.

2- إن هدف الرضائية من خلال إبرام الإتفاق التحكيمي يهدف بدرجة أولى إلى إقامة العدل بين الأطراف الدعوى التحكيمية ومن جانب آخر وذات أهمية فإنه يستهدف الحفاظ على العلاقة بين أطراف الدعوى وهو الأساس الذي يقوم عليه العلاقات التجارية والإستثمارية بين الأطراف سواء كانوا دول أو أشخاص عاديين، مما يبعد عنهم كل أشكال الخلاف التي لا تتوافق وطبيعة هذا النوع من المنازعات، لذلك فاللجوء إلى التحكيم دون القضاء يكون أقرب إلى الصلح ودفع العلاقة إلى الإستمرار، وهذا الوضع لا يبرز ولا يمكن التحدث عنه إلا في

إطار قيام التحكيم على مبدأ سلطان الإرادة وإعلاء الطابع الإتفاقي له، وبالتالي تتحدد خصوصية والفلسفة التي يقوم عليها قضاء التحكيم التجاري.

3- تلعب الإرادة دور أساسي في التحكيم التجاري الدولي وأحد ضمانات لجوء الأطراف إليه، وهنا الحديث على مبدأ سلطان الإرادة، هذا المبدأ الذي تخرج عنه عدة مبادئ أخرى تعتبر هي كذلك من المبادئ المؤسسة لأي علاقة عقدية، وتتمثل هذه المبادئ في الحرية التعاقدية أين يكون للمتعاقدين الحرية الكاملة في الإبرام، وأيضا قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تمكن الأطراف المتعاقدة من تحديد مضمون العقد والمناقشة والتفاوض على شروط العقد بحرية تامة وعلى التساوي بين الأطراف، دون أي ضغط خارجي أو خضوع من أحد الأطراف على الآخر أو إستغلال أحد الأطراف للحاجة الضرورية للمتعاقد الآخر للتعاقد، والقوة الملزمة لإتفاق التحكيم ومبدأ حسن النية والأثر النسبي لإتفاق التحكيم.

4- بالرغم من الإنفتاح التشريعي للدول على التحكيم بالخصوص الدول النامية وخاصة الجزائر فشهد إعتراف وتكريس للتحكيم في المنظومة القانونية لهذه الدول، إلا أنه بقي التحكيم يطرح إشكالات عدة من ناحية الممارسة والتطبيق سواء فيما يخص الإتفاقيات الدولية ومختلف التشريعات الدولية والداخلية المنظمة للتحكيم، من خلال بروز أطراف ضعيفة في التحكيم، وعدم التوازن بين أطراف التحكيم التجاري الدولي، خاصة وأن التحكيم يعتبر المجال الخصب لانتشار الإذعان وتعسف الطرف القوي في العقود النموذجية، وفرض شروط غير عادلة على الطرف الضعيف وانعدام التوازن والعدالة بين أطراف التحكيم، في ظل هذه الظروف، أعتبر تدخل القضاء أكثر من ضروري لضمان تحقيق التوازن العقدي في التحكيم التجاري الدولي، ويكون تدخله الإيجابي الفعال من خلال إبطال الشروط التعسفية في العقود النموذجية، أو من خلال إلغاء التحكيم إذا كان الطرف الضعيف قد أجبر على الإذعان إليه، فتحقيق التوازن العقدي في التحكيم التجاري الدولي من الأمور التي تساهم في تعزيز العدالة وحماية حقوق الأطراف الضعيفة.

5- إن الممارسة الحالية للتحكيم كشفت عن وجه مغاير وعن ممارسة جديدة للتحكيم ظهرت في ظله مبادئ جديدة مقابل إنتكاس مبادئ كلاسيكية كانت في وقت ما ركيزة أساسية يقوم عليها التحكيم، أبرزها مبدأ الرضائية الذي يعتبر أحد المبادئ المكرسة لمبدأ سلطان الإرادة، هذا المبدأ الذي أصبح يتلاشى يوما بعد يوم بفعل عدة عوامل، أدى إلى إهدار شبه كلي للإرادة عن طريق اللجوء الشبه الحتمي إلى التحكيم، هذا الأمر وسع من الفجوة بين الواقع المتمثل في اللجوء الشبه حتمي إلى التحكيم من خلال فرضه على الأطراف، وبين النظرية التي

تعتبر مقدسة في العلاقات التعاقدية وهي مبدأ سلطان الإرادة والتي بمقتضاها ينشأ التحكيم، فالإرادة هي مصدر كل تحكيم، ولا وجود لتحكيم دون تراضي الأطراف على اللجوء إليه، بالإضافة إلى ما أدى ذلك إلى ظهور عديد الإرهاسات والمعوقات من فقدان التوازن وعدم إمكانية إعادة هذا التوازن المفقود وتحقيق العدالة، وحماية الطرف الضعيف، نتيجة ظهور علاقات متباينة من الناحية الاقتصادية والمعرفية والتقنية والعلمية... إلخ، فظهر في المعاملات التعسف والإذعان وإجبار الطرف الضعيف على التعاقد أو على شروط معينة من قبل الطرف القوي، هذا الإهتزاز أدى بالضرورة إلى إضفاء قراءة جديدة عن طريقها ثار موضوع تحديد التحكيم التجاري من خلال الطبيعة الإرادية.

6- من أجل تحقيق التوازن بين الأطراف المتعاقدة وحماية للطرف الضعيف حدّت هذه إرادة الأطراف ضوابط عن طريق توجيهها، لذلك لم تعد الإرادة وحدها تكفي لإنشاء التصرفات القانونية وقيام العقد، بل أصبحت عديد العوامل والأطراف تتدخل سواء من القاضي الذي أضحى طرف جديد في العلاقة والتدخل من المشرع سواء بفرض قواعد آمرة أو إضفاء مرونة وتوسيع النظام العام بالانتقال إلى النظام العام الاقتصادي والنظام العام عبر الدولي، فأصبح كل من القانون والقضاء يزامون الإرادة في كل ما له علاقة بالعقد تحت غطاء تحقيق التوازن والعدالة وحماية الأطراف الضعيفة في العقد عامة وفي التحكيم على وجه الخصوص.

7- إن دراسة موضوع التوازن العقدي في التحكيم ومعالجة الخلل وإنقاذ العقد يقتضي أن لا يكون فقدان التوازن جسيما ومؤثرا للحد الذي لا يمكن معه إعادة التوازن للتحكيم، خصوصا وأن التحكيم يقوم على توازن القوى، فلا مجال للحديث عن إنقاذ العقد وإعادة التوازن له، ولا حل إلا بإبطال العقد والغاؤه، لذلك فلا يمكن أن يكون التحكيم وسيلة للإضرار بالغير وبمصالح الأطراف لكونها محمية بموجب النظام العام، لذلك إزدادت المخاوف أن يكون التحكيم آلية أو قضاء في خدمة الدول الكبرى والشركات الكبرى نظير الإزدياد الكبير للعقود النموذجية والشروط التعسفية وإدراج بنود تقييدية تكون في صالح الطرف الضعيف في مواجهة الطرف الضعيف في التحكيم. هذا التجديد ساهم في توفير ضمانات قضائية وقانونية قوية وواضحة وشفافة، ويمكن التنبؤ بها، وفي توفير حماية قانونية للمستثمرين، الذي يعتبر أمرا ضروريا لا غنى عنه في تعزيز ثقة المستثمرين وتقوية العلاقات الاستثمارية، لذلك يعد إنفاذ هذه الإصلاحات أحد الأولويات الرئيسية للبلدان.

8- للتحكيم دور مهم وأساسي في مواجهة تداعيات تفشي وانتشار فيروس كورونا، فبالرغم من تأثير التحكيم مثلما سبق تحديده وتوضيحه، إلا أنه يعتبر من وسائل التسوية القليلة التي تعايشت مع الجائحة لضمانها تسوية

المنازعات والوظائف المنوط له القيام بها سواء في الجانب الإداري أو القضائي، بل الأكثر من هذا ساهمت الجائحة في التغيير الجذري للتحكيم عبر تطوره وتجديده لجوانب إجرائية عدة تحقق الكفاءة المرجوة، كان لها الأثر البارز على الممارسة التحكيمية حتى بعد الجائحة، وأبرز مظاهر هذا التطور بالوصول إلى إلكترونية التحكيم، ما تعلق بتقديم الإخطارات بشكل إلكتروني، وإجراء جلسات الاستماع إلكترونياً، وإجراء المحاكمة بطريقة مرئية، وإصدار الحكم إلكترونياً... إلخ.

9- يمكن القول بأنه لا يمكن الإستغناء على مبدأ سلطان الإرادة إذ يظل يلعب دور مهم في المجال التعاقدية، وهو ما أدى إلى ما يعرف بتطويع الإرادة وتوجيهها مع مختلف التطورات وتحولات الحياة الجديدة، فبالنظر لمختلف التطورات المشهودة في جانبها الاقتصادي والتكنولوجي والاجتماعي أدى إلى إعادة النظر في الجانب الارادي في التحكيم مما أدى إلى تحول في التحكيم بتدخل القضاء وتطور دور المحكم، وأيضاً بتعزيز دور النظام العام والنصوص الآمرة، وتراجع لمختلف المبادئ والقواعد المؤطرة لنظرية العقد من إنحيار مبدأ نسبية العقد وتقلص القوة الملزمة للعقد وتراجع للحرية التعاقدية. وهذا التحول كله يهدف بالأساس إلى إقامة التوازن بين الأطراف المتعاقدة والبحث نحو تحكيم أكثر عدالة، وحماية الطرف الضعيف في التحكيم الذي أضحي أحد التوجهات الحديثة المنتهجة.

10- يضطلع المحكم بمهام أساسية في جميع مراحل التحكيم، في سبيل تحقيق التوازن بين الأطراف حال حدوث النزاع، لذلك يضطلع المحكم أو هيئة التحكيم ككل بتحقيق العدالة والمساواة بين الأطراف، لضمان إحترام حسن النية فيما يتعلق بتنفيذ العقد أو استصدار حكم تحكيمي وضمان تنفيذه، كما أن قوة وفعالية التحكيم يعتمدان على القدرة على إلزام الأطراف بقرارات التحكيم، وفي سبيل ذلك يفترض منح المحكمون صلاحيات واسعة وكبيرة.

11- رغم تكريس أغلب الإتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية للتحكيم كآلية بديلة لتسوية المنازعات، أين يلجأ الأطراف لإبرام إتفاق التحكيم لإقصاء القضاء في النظر للنزاع، ورغم ذلك يظل هناك علاقة تربط بين التحكيم والقضاء، سواء تمثلت هذه العلاقة من خلال الدور المعاون من طرف القضاء للتحكيم، أو من خلال الدور الرقابي الضابط للعملية التحكيمية، وهذه العلاقة يبرز دورها في تحقيق فعالية التحكيم والاتفاق الذي يقوم عليه، وفي سير إجراءات التحكيم، وفي كل مرحلة تكون فيها الخصومة التحكيمية إلى غاية ما يشمله تدخل القضاء في تنفيذ الحكم التحكيمي والطعن فيه.

وإن كان الدور المعاون الذي يقوم به القضاء الوطني اتجاه التحكيم لا يثير أي إشكال بالقدر الذي يثيره الدور الرقابي للقضاء الوطني اتجاه التحكيم وما يصدر عنه من أحكام، سواء ما تعلق بمسألة الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم أو بطلانه.

12- يعتبر السرية في التحكيم من أكبر القضايا إثارة للجدل، خاصة لكون السرية في التحكيم من المبادئ المميزة للتحكيم، والتي تعتبر أحد أبرز أسباب اللجوء إلى التحكيم، نظرا للغرض الذي تؤديه من حماية للأطراف المتنازعة الذين يرغبون دائما في الحفاظ على الأسرار وحمايتهم من التسريبات الغير مرغوب فيها التي يستلزم الأمر تجنبها، خاصة في الميدان التجاري، غير أنه في ظل التطورات الحديثة التي شهد تراجع العديد من المبادئ من أبرزها الإنتقال من مبدأ السرية إلى الشفافية، حيث أصبح المبدأ الأخير أساسيا في عالم التحكيم التجاري، وذلك من خلال دورها في تعزيزا لكفاءة و ضمان مصداقية التحكيم وجعله أداة موثوقة لتسهيل التجارة، وتمكين الأطراف من تحقيق رقابة أكبر على عملية التحكيم، والقدرة على إتخاذ قرارات مستنيرة فيما تعلق باختيار المحكمين، كما أن نشر المعلومات الخاصة بمراكز ومؤسسات التحكيم وأيضا المتعلقة بالمحكمين، يعزز من القدرة التنافسية بين المراكز والمحكمين، فيختار المستخدمون المحكمين ذو ممارسات جيدة.

13- يعتبر تحكيم الطوارئ أحد الأنظمة المستحدثة التي دعت إليها تحقيق فعالية أكبر للتحكيم التجاري، وحقق هذا النظام مزايا كبيرة لأطراف النزاع، من خلال توفيره لإجراءات مستعجلة، التي يقتضي الوضع الفصل فيها بالسرعة المطلوبة عبر تعيين محكم الطوارئ الذي يتولى هذه المهمة بدلا من هيئة التحكيم التي يحول الوضع دون إنتظار تشكيلها لحل وتسوية النزاع أو الإشكال المطلوب حله.

14- لا إختلاف في أن التحكيم يتميز بطابع مختلف تماما، تجعله قضاء متميز عن غيره من وسائل التسوية الأخرى، ومن أبرز القواعد المستحدثة والتي تجعل منه قضاء متميز، ما تعلق بالتحكيم متعدد الأطراف سواء من جانب المدعي أو المدعى عليه، حيث يشمل التحكيم الواحد على روابط متعددة، سواء من حيث دمج أو ضم أكثر من تحكيم، أو إدخال الغير، أو تدخل الغير سواء في شكله الإنضمامي أو الإختصاصي، ورغم الفعالية التي يبيدها هذا النظام الحديث خاصة من جانب تجاوز التناقض والتعارض في القرارات التحكيمية من خلال دمج وضم التحكيمات في تحكيم واحد، غير أنه إعتزته إشكالات عديدة، كانهدام المساواة بين المحتكمين في اختيار هيئة التحكيم، وما يأخذ به عقد جلسات التحكيم من وقت أكبر نتيجة إستماع الأطراف في الجلسة، وتعارض

المصالح بالنسبة للمحتكمين أو من جانب المحتكمين ضدهم، وتم التفصيل في هذه المسألة وتقديم حلول يتم معه تحقيق هذا النوع من التحكيم للفعالية الرجوة منه.

15- برزت فعالية التحكيم الإلكتروني من خلال المرونة التي يحتويها والذي جعلته قادرا على التكيف مع فيروس كورونا وتأثيراته وما نتج عن ذلك اللجوء إلى العالم الافتراضي للقيام بجلسات التحكيم لتسوية المنازعات خاصة في ظل هذه الجائحة التي أدت إلى تزايد عدد القضايا المعروضة على التحكيم نتيجة الاختلال التي مسّها، فأصبح ممكنا إجراء جلسات التحكيم عن بعد وهذا ما يفسره انتقال جلسات التحكيم بشكل متزايد إلى الإنترنت خاصة في ظل ما فرضه فيروس كورونا - كوفيد 19-، فضلا عن ما يؤديه من تسريع للعملية التحكيمية والتكاليف التي تكون منخفضة مقارنة بالطريقة التقليدية.

ولكن رغم هذا الدور الهام للتحكيم الإلكتروني إلا أن مكانة هذا النوع من التحكيم والتحكيم بصفة عامة في الجزائر يبقى محصورا ومحددا في أنواع محددة من المنازعات التي تجتاز نفسها مجبرة على استعمال هذا الأسلوب في تسوية المنازعات واللجوء إليه، كالمنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية والاستثمار الأجنبي، أما ما يخص التحكيم الداخلي فيعتبر معطلا، لذلك فالتحكيم في الجزائر يبقى مهماً تتخلله العديد من العوائق والإشكالات، وغياب أي رؤية مستقبلية حول التحكيم بنوعيه التقليدي والإلكتروني، لذلك جاءت هذه الدراسة بجملة من الاقتراحات والتوصيات لتعزيز هذه الآلية وتطويرها.

المقترحات:

تتمحور التوصيات المترتبة عن هذه الدراسة فيما يلي:

1- ضرورة الاهتمام بإعادة صياغة مختلف الإتفاقيات الدولية والقوانين الدولية والوطنية الخاصة بالتحكيم، بما يواكب التطورات المحلية والدولية وعلى ضوء التوجهات التشريعية المقارنة والقضائية والفقهية الحديثة، أما بالنسبة للجزائر لا بد أن يكون التحكيم أحد إستراتيجيات الرئيسية للدولة الجزائرية، التي أصبحت حتمية عليها مجابهة التحكيم بكافة توجهاته الحديثة والمعاصرة.

2- على الجزائر تعزيز النصوص القانونية المنظمة للتحكيم التجاري بنوعيه الداخلي والدولي شامل لجميع الأحكام والقواعد المنظمة له، وهذا لا يتم إلا من خلال إفراد قانون خاص بالتحكيم وفصله كلية عن قانون الاجراءات المدنية والإدارية مواكبا بذلك للتشريعات الأجنبية التي أفردت قانون خاص بالتحكيم وهذا ما يسمح بتنظيم عام

وشامل لجميع الأحكام المتعلقة بالتحكيم كتحديد الإطار المفاهيمي له والذي أضحي ضرورة لتجاوز عدة إشكالات والتفصيل في الأحكام المتعلقة باتفاق التحكيم وما تعلق كذلك بخصوصية التحكيم من تشكيل هيئة التحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق إلى صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة التحكيمية وتحديد والضبط الدقيق لدور القضاء الوطني في ذلك، وأيضا إجراء حركة تشريعية تصحيحية لإزالة العيوب في الأحكام المنظمة للتحكيم.

وهناك فرق في مقصودنا بين المواكبة للتشريعات الدولية وإجراء مراجعة للتشريع الوطني بما يساير التشريعات الدولية، أما الأمر المذموم هو رضوخ الدول خاصة النامية إلى الاتفاقيات الدولية وإلى ما تنص به مراكز التحكيم من أحكام وقواعد منظمة للتحكيم التجاري بما يظهرها صفة الطرف المدعن والمتعسف عليه، وبصفة الطرف الضعيف المستغل من قبل كبرى الشركات الدولية الضخمة والدول الاقتصادية الكبرى.

3- لا بد من إستمرار الاهتمام والحث على إنشاء مركز تحكيم مؤسسي في الجزائر يعنى بتسوية نزاعات التجارة، ليس هذا فقط بل لا بد من وضع قواعد تكون على قدر من الفعالية في حل وتسوية المنازعات من خلال إدارة فعالة لدعوى التحكيم سواء على المستوى الداخلي أو الدولي، للوصول إلى إنشاء مركز تحكيم يكون على قدر من الأهمية التي عليه مركز القاهرة الدولي للتحكيم الذي يعتبر من أنجح وأهم مراكز التحكيم الدولية في العالم.

4- من الضروري إلزام هيئة التحكيم بالفصل في النزاع بالسرعة المطلوبة والمدة المتفق عليها في إتفاق التحكيم، وحتى عند تدخل القضاء الوطني في التحكيم، خصوصا وأن مسألة المدة من بين الشروط الأساسية التي على إثرها يفضل الأطراف اللجوء إلى التحكيم دون القضاء الرسمي، خصوصا ما تعلق بالمنازعات التجارية أين يعتبر عنصر السرعة من أهم الميزات التي يتميز بها التحكيم ويجعله قضاء فعال سواء مقارنة بين وسائل التسوية الأخرى أ بالنسبة للقضاء، لهذا ضروري على المشرع الجزائري أن يشير لمسألة المدة وضرورة الالتزام باحترامها في الفصل في النزاع سواء بالنسبة لهيئة التحكيم وحتى في حالة تدخل القضاء في العملية التحكيمية، ليس هذا فقط بل من الضروري إقرار تعويض للأطراف عن كل تأخير في المدة المتفق عليها لتسوية النزاع جراء الضرر الذي يصيب الأطراف خصوصا في المنازعات التجارية التي يلعب فيها عنصر الزمن دور هام.

6- إن تطوير التحكيم لا يتم إلا بوجود منظومة متكاملة للتحكيم، وهذه المنظومة لا تتأسس إلا بإرساء تحكيم مؤسسي ونشر ثقافته والتشجيع على اللجوء إليه، وأول لبنة أساسية لتحقيق ذلك يقوم بإنشاء مراكز للتحكيم التجاري يتولى القيام بتقديم خدمات التحكيم كتحكيم مؤسسي، ومن شأن ذلك أن يساعد في نشر ثقافة

التحكيم ومواكبة التطورات الحديثة فيما يخص ممارسة التحكيم وتسوية المنازعات والمساهمة في تطوير قضاء التحكيم.

7- ضرورة توجيه الاهتمام من طرف مختلف الفاعلين إلى التحكيم الإلكتروني نظرا لما أبان عليه من دور فعال في تسوية المنازعات في ظل انتشار فيروس كورونا كوفيد19، لذلك لا بد من إرساء منظومة قانونية تعني بتنظيم التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات، وأيضا من خلال تطوير البيئة الإلكترونية والمنظومة التكنولوجية والرقمية، وإحاطة الأمن الإلكتروني والمعلوماتي بالاهتمام اللازم بإعتبار أحد المخاطر المهددة للعملية التحكيمية الإلكترونية.

8- ضرورة انخراط المجتمع بكل أطيافه وبدرجة أكبر كل من الفقه والجامعة ومن أصحاب الاختصاص والقانون والمجتمع المدني في النهوض بالتحكيم التقليدي والإلكتروني على وجه الخصوص والانفتاح حول هذه الآلية من خلال التشجيع على اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات.

9- لا بد من إقرار آليات على المستوى الدولي كفيلة بمواجهة التعسف داخل التحكيم خصوصا من قبل مراكز التحكيم الدولية الأمر الذي يعزز الثقة أكثر في التحكيم الذي أضحي أحد الوسائل المهمة لتسوية نزاعات الاستثمار والتجارة الدوليين، وهذا ما ندعو إليه بتطوير مختلف الإتفاقيات الدولية بما يتماشى مع هذه التوصية وتوفير أقصى حماية لجميع الأطراف، خاصة إتفاقية نيويورك 1958 التي من الضروري تطويرها وجعلها مواكبة لمختلف التطورات الحاصلة، خاصة في مجال التحكيم الإلكتروني.

10- إن من بين مقتضيات مصالح التجارة الدولية وجود نظام عام عبر دولي ينظم ويضبط هذه المصالح الذي يعتبر التحكيم أحد أبرز وسائل تسوية المنازعات التجارية الدولية، ويعد الدفع بالنظام العام من طرف القاضي الوطني الذي يحول دون تنفيذ الحكم التحكيمي أحد الإرهاسات والمعوقات التي تقف عقبة في طريق التحكيم من أجل تسوية فعالة للنزاعات، لذا نرى من الضروري الجمع بين النظام العام الداخلي الذي يهتم بحماية المصالح الأساسية والعليا للمجتمع سواء من خلال عدم جواز الإتفاق على مخالفة قواعدها الداخلية لاعتبارها من النظام العام أو يقوم على إستبعاد تطبيق قانون أجنبي المخالف للنظام العام داخل الدولة، أما النظام الثاني وهو المتعلق بالنظام العام الدولي الحقيقي الذي يقوم على وجوب إحترام قواعد ومبادئ التجارة على المستوى الدولي، هذه القواعد تلزم الأطراف والمحكمين العمل بها وإحترامها، حيث أضحي هذا النظام أحد الضرورات في قضاء التحكيم التجاري الدولي.

قائمة المصادر
والمراجع

1. المصادر

1.1. المعاجم العربية

1. ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، الجزء السادس، الدار المصرية للتأليف والنشر، بدون تاريخ.
2. الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، معجم لسان العرب، ط1، دار صادر، بيروت، ج13.
3. محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثاني عشر، دار صادر، بيروت، 1414 هـ.

2.1. الإتفاقيات الدولية والقوانين

1.2.1. الإتفاقيات الدولية

1.1.2.1. الاتفاقيات والإعلانات

1. الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف في 21 أبريل 1961.
2. إتفاقية نيويورك لعام 1958 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية المؤرخة في 10 يونيو 1958، إنضمام الجزائر إلى إتفاقية سنة 1988 بموجب المرسوم الرئاسي 233/88 المؤرخ في 1988/11/13 المتضمن إنضمام الجزائر بتحفظ إلى الإتفاقية، الجريدة الرسمية العدد 48 بتاريخ 1988/11/23.
3. إتفاقية جنيف المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، المؤرخة في 21 أبريل 1961.
4. إتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الإستثمار، الموقعة في 18 مارس 1965، تم الإنضمام والمصادقة على الإتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي 95-346 المؤرخ في: 1995/10/30 يتضمن المصادقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول وربما الدول الأخرى المعدة في واشنطن في 18 مارس 1965 الجريدة الرسمية العدد 66.
5. إتفاقية الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول الصادرة من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 2014.

2.1.2.1. التشريعات النموذجية

1. قواعد التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) لسنة 1976.
2. قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، منشورات الأمم المتحدة، رقم 4 V.08.A.

3. القانون النموذجي لـ UNCITRAL الخاص بالتجارة الإلكترونية لسنة 1996.
4. التوجيه الأوروبي رقم بتاريخ 99-1993، الصادر في 13 ديسمبر 1999، والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني.
5. Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures. Done at Brussels, 13 December 1999. For the European Parliament The President N. FONTAINE For the Council The President S. HASSI, Official Journal L 013 , 19/01/2000 P. 0012 – 0020.
6. Directive 2000/31/ce du parlement européen et du conseil du 8 juin 2000 relative a certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, j.o n° E L 178/1 du 17/07/2000 .
7. قانون الأونسترال النموذجي المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية لعام 2001، المعتمدة في 05 جويلية 2001، في الدورة المنعقدة رقم 34 في فيينا.
- 2.2.1. النصوص القانونية الوطنية
- 1.2.2.1. القوانين
1. القانون رقم 05-07 المؤرخ في: 13 مايو 2007، المعدل والمتمم للقانون رقم 05-10 المؤرخ في: 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني.
2. القانون رقم 16-09، مؤرخ في 03 أوت 2016، متعلق بترقية الإستثمار، ج.ر عدد 46، الصادرة بتاريخ 03 أوت 2016 (الملغى).
3. القانون رقم 22-13 المعدل والمتمم ق إ م إ المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الموافق ل 12 يوليو 2022، يعدل ويتمم القانون رقم 08-09 المؤرخ في: 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 الصادرة في 23 أبريل 2008.
4. القانون رقم 22-18 المؤرخ في 24 يوليو 2022 المتعلق بالإستثمار، ج. ر. عدد 50، الصادرة بتاريخ 28 يوليو 2022.
- 2.2.2.1. المراسيم
1. المرسوم التنفيذي رقم 01-416 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001، المتضمن الموافقة على إتفاقية الإستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية وكالة ترقية الإستثمارات ودعمها ومتابعتها وبين شركة أوراسكوم تيليكوم، الجريدة الرسمية رقم 80، الصادرة بتاريخ: 2001/12/26، ص 09.
2. المرسوم التنفيذي 07-162 المؤرخ في 30 ماي 2007، المعدل والمتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09 ماي 2001 والمتعلق بنظام الاستغلال المطابق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر عدد 37، الصادرة بتاريخ 7 جوان 2007.

3. مرسوم رقم 12 لعام 2021 المتعلق بالتصديق على إتفاقية بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين حكومة دولة قطر وحكومة جمهورية كوت ديفوار، الجريدة الرسمية رقم 03، نشر بتاريخ 2021/01/24.
- 3.2.1. النصوص القانونية العربية
 1. قانون التحكيم المصري رقم 27 لعام 1994، المعدل بالقانون رقم 09 لعام 1997، الصادر في الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد 16 الصادر بتاريخ 21 أبريل 1994.
 2. نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/34 في 24/05/1433 هـ.
- 4.2.1. النصوص القانونية الأجنبية
 1. قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1996.
 2. Code de procédure civile Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011.
 3. Act No. 13 of 2013, Laws of the Virgin Islands.
 4. قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية ICC، 2013، باريس فرنسا.
 5. القانون الأوروبي للعقد PDEC.
 6. قانون الينيدروا لعقود التجارة الدولية UNIDROIT.
- 5.2.1. مشاريع القوانين والتقارير:
 1. تقرير الفريق العامل الثاني تسوية المنازعات، رقم: A/CN.9/969، بشأن أعمال دورتها التاسعة والستين 4-8 فيفري 2019، الجمعية العامة للأمم المتحدة، نيويورك، تسوية المنازعات التجارية - مسائل التحكيم المعجل، رقم: A/CN.9/WG.II/ WP.207.
 2. تسوية المنازعات التجارية - مشروع أحكام التحكيم المعجل، n° A/CN.9/WG.II/ WP.209، الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة السبعون، 23-27 سبتمبر 2019، فيينا؛ الفريق العامل الثاني تسوية المنازعات، n° A/CN.9/1003، 3 أكتوبر 2019.
 3. الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة 71، 3-7 فبراير 2020، نيويورك، رقم: A / CN.9 / WG.II / WP.212.
 4. تسوية المنازعات التجارية - مشروع أحكام التحكيم المعجل، رقم: A / CN.9 / WG.II / WP.212 / Add.1، الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة 71، 3-7 فيفري 2020، نيويورك.
 5. لجنة الأمم المتحدة، القانون التجاري الدولي، الدورة 54، 28 جوان-16 جويلية 2021، فيينا، رقم: A/CN.9/1082/Add.1.

2. المراجع الفقهية

1.2. باللغة العربية

1.1.2. الكتب العامة

1. عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون دراسة خاصة بطلبة كلية التجارة، دار النهضة العربية بيروت، 1982.
2. عدنان زيدان العنكي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية القسم المدني، بغداد، 2013.
3. القانون المدني مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثاني، مطبوعة دار الكتاب العربي، وزارة العدل الحكومة المصرية، مصر.

2.1.2. الكتب المتخصصة

1. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة 1981.
2. أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم "مفهومه - أركانه وشروطه - نطاقه، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2013.
3. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثالثة، 1978.
4. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الإثبات، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
5. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد 1، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2000.
6. أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
7. أحمد هندي، التحكيم دراسة إجرائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
8. أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعة الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2008.
9. أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية "دراسة في قضاء التحكيم"، دار الكتب القانونية، 2006.
10. أمال يدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2012.

11. أمل فوزي أحمد عوض، حل المنازعات بالوسائل البديلة ورقمية الوسائل لحل المنازعات ADR & ODR، إصدارات المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والإقتصادية، الطبعة الأولى، برلين ألمانيا، 2023.
12. الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لإتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.
13. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1983.
14. إياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2004.
15. إميليا أونيميا، مقدمة في التحكيم التجاري الدولي، كتاب تدريسي للدورة التمهيدية للتحكيم التجاري الدولي المنظم من المعهد القانوني للمحكمين، المعهد القانوني للمحكمين.
16. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ج 1، بدون طبعة، د.م.ج، بن عكنون، الجزائر، 1999.
17. حسنى المصرى، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، دار الكتب القانونية، 2006.
18. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1996.
19. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2010.
20. حيدر ضياء الدين مناف، عقد النقل البحري للبضائع والحاويات في التحكيم التجاري الدولي -دراسة مقارنة-، دار ktab INC، 2019.
21. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والأجنبية والإتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن ICSID، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2014.
22. خالد محمد العميرة، نحو وحدة قواعد نظام التحكيم المؤسسي في دولة الكويت، دراسة تحليلية وصفية ومقارنة، الطبعة الأولى، وزارة العدل 2021.

23. خليل عمر غصن، سلطة المحكم الأممية في التحكيم الداخلي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2005.
24. سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان "دراسة فقهية مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
25. الصانوري مهند أحمد، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان الأردن، 2005.
26. عالي طوير، ضمانات التوازن العقدي للمستهلك، المجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مؤلف جماعي حول حماية المستهلك، الطبعة الأولى، 2020.
27. عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لإتفاق التحكيم -دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الثانية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2008.
28. عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، منشورات بغداددي، 2009.
29. عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2011.
30. عبد العزيز خنفوسي، مدخل إلى قانون التحكيم، مركز الكتاب الأكاديمي، 2018.
31. علاء النجار حسانين أحمد، نطاق الالتزام بالسرية في التحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة"، دار التعليم الجامعي للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2018.
32. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
33. علي فيلاي، الالتزامات العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2013.
34. عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، ENCICLOPEDIA Edition Communication، بن عكنون الجزائر، دون سنة النشر.
35. عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003.
36. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 2001.
37. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف الإسكندرية، 2007.

38. فراح مناني، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2010.
39. الكيلاني سائدة وسكجها باسم، نحو شفافية أردنية، الطبعة الأولى، مؤسسة الأرشيف العربي، عمان، 2000.
40. لزه بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي: دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 9 لسنة 2008، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
41. محمد الهادي المهدي الشامس، إشكاليات في عقود الانشاءات الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2020.
42. محمد الهادي المهدي الشامس، إشكاليات في عقود الانشاءات الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2020.
43. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007.
44. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2005.
45. محمد عبد المجيد إسماعيل، التحكيم في عقود الأشغال العامة ذات الطبيعة الدولية، الطبعة الأولى، دار القرار مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، 2018.
46. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
47. محمود علي عبد السلام وافي، خصوصية إجراءات التحكيم في كل من مصر ودول الخليج، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والإقتصاد الرياض المملكة العربية السعودية، 2016.
48. محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الجزء الرابع، 1998.
49. مصطفى ناطق صالح مطلوب، نظام التحكيم التجاري الطارئ: دراسة تأصيلية مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 2018.
50. منير يوسف المناصير، إلتزامات وسلطات المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2016.

51. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، 2005.

2.2. باللغة الأجنبية

1.2.2. باللغة الإنجليزية

1. Mustill Micheal, the new lex mercatoria : the first twenty five years in liber amicorum for the Rt. Hon. Cord. Wilberforce. Clavendon press Oxford 1987.

2.2.2. باللغة الفرنسية

1. Capitan H, Introduction à l'étude de droit civil, Librairie de la court d'appel, Paris, 1ere ed, 1925.
2. Carbonnier J, Droit civil, Les Obligations, Thémis PUF, France, 3888, Tome 4, 22éd, 2000.
3. Christian Larroument, Droit civil-Tome 3, Les obligation le contrat, 3 éme édition, 1996.
4. Christophe Seraglini, Jérôme Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, LGDJ, 2eédition, 2019.
5. Fouchard. ph, Gouillard. E, Goldman. B, Traité d'arbitrage commercial international, Edition LITEC, 1996.
6. Gaillard E, sentence arbitral, droit applicable au fond du litge, Juris-Classeur 1996, Droit international.
7. Loquin E, La réalité des usages du commerce international. R.J.D. Eco. 1982.
8. PAULSSON. J, Arbitration without privity, 10 ICSID Review/F.I.L.J., 1995.
9. Redfern, M. Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London, 1999.
10. René David, Arbitrage commercial international, Economica, Paris, 1982.
11. Robert. J, avec la collaboration de B. Moreau, L'arbitrage. Droit interne, droit international privé, 6^e édition, Dalloz, Paris, 1993.
12. Teyssie. B, Les groupes de contrats, thèse dactylé, LGDJ, paris, 1979.

3. المقالات العلمية

1.3. باللغة العربية

1. إبراهيم العسري، التحكم ومستلزمات الأمن القانوني والقضائي: دراسة على ضوء القانون 05-08، المجلة المغربية للدراسات القانون والقضائية، العدد 12، 2012.

2. إبراهيم محمد السعدي أحمد الشريعي، هيئة التحكيم بين إحترام إرادة الأطراف ومراعاة التنظيم القانوني في المجتمع، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، العدد الثاني-الجزء الثاني، السنة التاسعة والخمسون، كلية الحقوق - جامعة عين الشمس مصر، يوليو 2017.
3. أشرف جوده محمد مريبك، دور المحكم في الإثبات، مجلة الشريعة والقانون، العدد الرابع والثلاثون، الجزء الثاني، 2019.
4. بشرى خالد تركي ومصطفى ناطق صالح، مبدأ الشفافية في التحكيم التجاري، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 18، العدد 64، 2020.
5. بلباقي بومدين، المركز القانوني للغير في إتفاق التحكيم التجاري دراسة في ضوء فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي، مجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد 02، العدد 01، أدرار الجزائر، 2020.
6. بلخوجة خيرة، وبلعبدون عواد، مصير شرط التحكيم التعسفي في عقد الاذعان عامة وعقد التأمين نموذجاً، مجلة أبحاث، المجلد 4 العدد 4، ديسمبر 2019.
7. جليل حسن الساعدي وعبد الوهاب محمد، المفهوم الحديث للطرف في العقد، مجلة العلوم القانونية، المجلد 32، العدد 5، كلية القانون جامعة بغداد، 2019.
8. جمال بدري، الدعوى المباشرة بين التكييف التقليدي والحديث، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، المجلد 54، العدد 4، 2017.
9. جهاد حاسي وعلي فتاك، الإطار التشريعي للعقود النموذجية الدولية، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 7 العدد 2، 2020.
10. حسن الرشيد ويوسف الياقوت، أثر جائحة كورونا Covid_19 على إجراءات التحكيم الدولي والداخلي، مجلة الحقوق الجزء الأول، 2020.
11. خالد العمري، مجال تدخل القاضي الوطني في سير اجراءات خصومة التحكيم التجاري الدولي في عقد الفرنشايز: دراسة حالة التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 01، 2020.
12. رأفت إبراهيم رضوان خوالدة، ماهية التحكيم الدولي وتمييزه عن غيره من وسائل تسوية المنازعات الدولية، المجلة القانونية، المجلد 09، العدد 16، 2021.
13. رشا علي الدين، النظام القانوني لإتفاق التحكيم الإلكتروني: دراسة على ضوء قواعد تنازع القوانين، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 55، أبريل 2014.

14. رغد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية، مجلة ديالي للبحوث الإنسانية، كلية القانون والعلوم السياسية جامعة ديالي العراق، العدد الرابع والستون، المجلد 2014.
15. رفعت محمد عبد المجيد، مفهوم النظام العام وأثره في تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دفا تر المجلس الأعلى، العدد 7، 2005، مركز النشر والتوزيع القضائي، ندوة مشتركة بين المجلس الأعلى وحكمة النقض المصرية بعنوان العمل القضائي والتحكيم التجاري، المنعقدة في 6 مارس 2004.
16. سحر محمد أحمد درة، التحكيم بالنسبة للغير، مجلة بحوث الشرق الأوسط، المجلد 7، العدد التاسع والأربعون، أبريل 2019.
17. سعد الدين أحمد، دور التحكيم مع التفويض بالصلح في جعل العقد الدولي طليق، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 05، العدد 01، 2014.
18. سعيد عايد و محمد أضور، من المحكمة الإلكترونية إلى المحكامة الإلكترونية في ظل جائحة وباء كورونا. مجلة الباحث، ملف خاص رقم 05 العدد 21، جائحة كورونا - كوفيد19 - الطوارئ الصحية، المغرب، 21 شتنبر، 2020.
19. سليم يعقوب، مدى أثر النظام العام على صحة حكم التحكيم في سلطنة عمان، المجلة العربية للنشر العلمي، العدد التاسع، 2019.
20. سومية حمدان، تأثير مبدأ الوجاهية على إنعقاد الخصومة المدنية، دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي بتيبازة، المجلد 5 العدد 2، 2021.
21. سيد أحمد محمود، مبدأ المساواة أمام هيئة التحكيم وأثره على العدالة الاجتماعية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني الجزء الثاني السنة الثامنة والخمسون، كلية الحقوق عين الشمس.
22. صفاء تقي عبد نور العيساوي، التحكيم متعدد الأطراف كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - دراسة مقارنة، مجلة جامعة بابل، المجلد 14 العدد 1، 2007.
23. عبد الإله عديطار، دور الإرادة في التحكيم التجاري، المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثاني، 2016.
24. عبد الحق كوريتي، خصوصية إجراءات التحكيم الإلكتروني في تحقيق الأمن القضائي، المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، عدد مزدوج 3&4، 2017.
25. عبد الحميد الأحذب، مجلة التحكيم العالمية، العدد الخامس والأربعون والسادس والأربعون، بيروت، 2020.

26. عبد السلام العنصري، الإدارة الإلكترونية ورهان التنمية: الإدارة القضائية نموذجاً، مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، العدد الثاني، المغرب، 2016.
27. عبد العزيز مرزاق، التحكيم كآلية لاستقرار الإستثمارات الدولية، مجلة القانون والأعمال، الإصدار الأول الخاص ب: التحكيم دراسات وتوجهات، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة الحسن الأول سطات المغرب، 2017.
28. عبد الكريم بوخالفة، شرط إعادة التفاوض آلية لإعادة التوازن الإقتصادي في عقود الإستثمار الدولية، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، المجلد 01، العدد 03، 2018.
29. عبد الكريم موكة، أثر تغير الظروف الإقتصادية على إستقرار عقود التجارة الدولية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 05، العدد 02، 2018.
30. عبد المالك باسود، ماهية النظام العام الدولي في التحكيم التجاري الدولي، مجلة المعيار في الآداب والعلوم الانسانية والاجتماعية والثقافية، مجلد 05 العدد 09، 2014.
31. عبد المنعم فرج الصده، عقد الإذعان، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، المجموعة 4 عدد 1، 1996.
32. عثمان بقنيش وهواري بلحسان، القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة منازعات الأعمال، عدد 05، 2015.
33. علاء التميمي عبده، دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الإقتصادي لعقود الإستثمار، مجلة الشريعة والقانون - كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث والستون، السنة التاسعة والعشرون، 2015.
34. علي الصادق القناص وعبد الرحيم أبو القاسم الحريزي، إتفاق التحكيم بين الرضائية والشكلية في ظل القانون الليبي، مجلة العلوم القانونية والشرعية، جامعة الزاوية ليبيا، العدد الثامن السنة الرابعة، 2016.
35. علي كاظم الرفيعي، سلطات المحكم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية، المجلد 25 العدد 1، جامعة بغداد، 2010.
36. علي ملحم وفؤاد ديب، دراسة تحليلية في التحكيم الإلكتروني، مجلة جامعة البحث، العدد 16، المجلد 38، 2016.

37. عمر شتوح، تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين القضاء والتحكيم قراءة في ظل القانون 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار، حوليات الجزائر 1، المجلد 34، العدد 02، 2020.
38. فارس علي عمر الجرجري، سجي عمر شعبان آل عمرو، جلسات التحكيم عن بعد واحترام المبادئ الأساسية للتحكيم دراسة تحليلية مقارنة -مستل-، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 7 العدد 25 الجزء 2، 2018.
39. فاطمة عاشور، معالجة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، دفا تر البحوث العملية، المجلد 01 العدد 01، 2013.
40. فاطمة عاشور، معالجة تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، دفا تر البحوث العلمية، المجلد 1 العدد 1، 2013.
41. فوزية عمروش، الشروط العامة في العقود: مصدر للقانون، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 35/ عدد خاص، 2021.
42. قمرية قباب، التكييف القانوني لإتفاق التحكيم في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة القانون والأعمال، عدد خاص التحكيم دراسات وتوجهات، الإصدار الأول، العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة الحسن الأول، المغرب، 2018.
43. قويدر منقور وأسماء بنور، رهانات التحكيم التجاري الدولي بين ضمانات السرية و متطلبات الشفافية، مجلة القانون، المجلد 07 العدد 01، 2018.
44. كريم تعويلت، دور القاضي في تحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 01، العدد 01، 2010.
45. لارا سالم، "تدابير مكافحة فيروس كورونا المستجد كوفيد-19 تؤدي إلى نشوء التسوية الرقمية للنزاعات"، مركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي، الشارقة الإمارات، العدد رقم 3، يونيو/ يوليو 2020.
46. لطيفة بوراس، نظرية العقد في مواجهة التحديات الاقتصادية، مجلة بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14، 2020.
47. لعجال يسمنية وربيعة رضوان، حتمية تدخل القاضي الوطني في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد التاسع، 2018.

48. مجلة التحكيم العالمية، العدد التاسع عشر، عدد خاص عن التحكيم في الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية، 2013.
49. محمد الحمایسة وتوفیق المجالي، سلطة المحكم في إعادة التوازن العقد في العقود التجارية الدولية، المجلة الدولية في العلوم القانونية والمعلوماتية، المجلد 1، العدد 1، 2018.
50. محمد العيساوي، حدود صمود مبدأ السرية في تحكيم الإستثمار أمام مطالب الشفافية، مجلة معارف قسم العلوم القانونية، السنة التاسعة، 2018.
51. محمد بديدة، التحكيم البحري بين إرادة الأطراف وأحكام القانون، مجلة القانون والأعمال - سلسلة الأبحاث الجامعية والأكاديمية، العدد 23-عدد خاص، 2019.
52. محمد بن أعراب واليمين بن ستيرة، مكانة مبدأ المواجهة في تحقيق مقتضيات المحاكمة النزيهة ودور القاضي في تطبيقه، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة خنشلة، المجلد 08 العدد 02، 2021.
53. محمد عيساوي، حدود صمود مبدأ السرية في تحكيم الاستثمار أمام مطالب الشفافية، مجلة المعارف، جامعة البويرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 18، جوان 2015.
54. محمد فهمي الجوهري وأحمد عبد المنعم، امتداد إتفاق التحكيم إلى غير الموقعين استنادا لنظرية مجموعة الشركات، مجلة كلية الحقوق - جامعة المنيا، المجلد 02، العدد 02، ديسمبر 2019.
55. محمد فيصل ساسي، ضوابط تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي وفق الإتفاقيات الدولية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 5، العدد 2، 2019.
56. محمد محمود شندي، الإتجاهات القانونية الحديثة بشأن استقلال إتفاق التحكيم في مسائل التجارة الدولية: دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، المجلد 41 العدد 01، جامعة الكويت، 2017.
57. محمد نهي، التحكيم التجاري الطارئ، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 1، 2022.
58. مرتضى جمعة عاشور وعماد حسن سلمان، حياد المحكم التجاري الدولي، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، المجلد الخامس، 2012.
59. مرتضى عبد الله خيري، التحكيم بين السرية والشفافية، مجلة الإجتهد القضائي، المجلد 12، العدد 01، 2019.

60. مريم دواس ومحمد أنيس زياد، سلطة القاضي الوطني في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، مجلة جيل الدراسات المقارنة، مركز جيل البحث العلمي، العدد 7، لبنان، 2018.
61. مصطفى ناطق صالح مطلوب، أضواء على تطورات قواعد التحكيم التجاري لغرفة التجارة الدولية في باريس، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 05 السنة 05 العدد 18.
62. مصطفى ناطق صالح مطلوب، التحكيم التجاري الإلكتروني، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، المجلد 11 العدد 39، السنة 2009.
63. مصطفى ناطق صالح مطلوب، التطبيق الذاتي أو الإتفاقي لقواعد التحكيم التجاري الطارئ دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 3، العدد 2، الجزء 2، 2019.
64. مظهر فرغلي علي محمد، إشكالية نطاق رقابة القضاء على أحكام التحكيم من خلال دعوى البطلان تعليقا على حكم محكمة النقض المصرية الصادر بجلسة 2021/06/24، دعوى بطلان حكم التحكيم الصادر لصالح شركة الخرافي ضد الحكومة الليبية، مجلة التحكيم والقانون الخليجي، العدد الثامن والأربعون، سبتمبر 2021.
65. منصور حاتم محسن وإيمان طارق مكي، القوة الملزمة للأحادية المنشأ في العقد، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد الأول، 2009.
66. مهدي ديانة وعمار بلحيمر، مظاهر تقييد إرادة الأطراف في التحكيم في التشريع الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، العدد 17 جوان 2017.
67. مولاي حفيظ العلوي القادري، القوة الثبوتية للتوقيع الإلكتروني، المجلة المغربية للإقتصاد والقانون المقارن، العدد 54، المغرب، 2016.
68. ميثاق طالب عبد حمادي ونهى خالد عيسى الموسوي، سلطة المحكم بالصلح في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد دراسة في عقود التجارة الدولية، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة بابل، العدد 41، 2018.
69. نبراس ظاهر جبر، مدى تأثير فكرة المجموعة العقدية بقاعدة نسبية أثر العقد-دراسة مقارنة، العدد الثاني، المجلد العاشر، كانون الأول، 2019.
70. نبيل زيد سليمان مقابله، التحكيم الإلكتروني. مجلة الفقه والقانون الثامن والثلاثون، ديسمبر 2015.

71. نصير صبار لفتة الجبوري، تاصيل نظرية المجموعة العقدية : دراسة في القانون المدني، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة كلية القانون، المجلد 12، العدد 40، 2019.
 72. نظام جبار طالب وفاطمة علي رحيم، تنازع الثقافات القانونية بين السرية والإفصاح عن قرارات التحكيم التجاري الدولي: تقييم نقدي للاتجاهات المتعارضة، مجلة أورو ك للعلوم الانسانية، العدد الثاني المجلد الحادي عشر، جامعة المثنى كلية التربية للعلوم الانسانية، العراق، 2018.
 73. نظام جبار طالب، إستكشاف السرية كإلتزام جوهري في التحكيم التجاري الدولي: دراسة تحليلية مقارنة لآراء الرفض والقبول، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد 02، المجلد 08، 2017.
 74. نوال بوعبدالله، التقاضي الإلكتروني كآلية من آليات عصرنه قطاع العدالة، مجلة البصائر للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد: خاص، ديسمبر 2021.
 75. هبة أحمد سالم، الشروط التحكيمية وعيوب صياغتها من واقع قضايا مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم العربي، العدد 24، جوان 2015.
 76. همام فتوح، أثر اللجوء للتحكيم التجاري الدولي في عقود الدولة، مجلة القانون والأعمال، الإصدار الأول الخاص ب: التحكيم دراسات وتوجهات، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة الحسن الأول سطات المغرب، 2017.
 77. هيبه نجاد والكاهنة إرزيل، عن القوة الإلزامية لمصادر قانون التجارة الدولية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 02، 2019.
 78. ياسين محمد ثروت الشاذلي، دور مؤسسات التحكيم في نشر أحكام التحكيم كأحد متطلبات الشفافية في منازعات الاستثمار التجاري الدولي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة - كلية الحقوق، العدد 58، أكتوبر 2015.
- 2.3. باللغة الأجنبية**
- 1.2.3 باللغة الإنجليزية**
2. Berger klaauspeter, international économie arbitration, vol 9, deventer boston kluwer lawand taxation Publisher 1993.
 3. Bungenberg M, Alvarado Garzón A, One Size Fits All? Transparency in Investment and Commercial Arbitration. In: Meškić Z, Kunda I, Popović D, Omerović E. eds Balkan Yearbook of European and International Law 2019. Balkan Yearbook of European and International Law, vol 2019, Springer.

4. Buys CJ, The tensions between confidentiality and transparency in international arbitration. *Am Rev Int Arbitr* 14, 2003.
5. Cremades, Bernardo M. Good Faith in International Arbitration. *American University International Law Review* , 27 (4), 2012.
6. G. Horsmans, L'arbitrage et L'Order Public Interne Beige, 2 *Rev. Arb.* 1978.
7. Ilias Bantekas, EQUAL TREATMENT OF PARTIES IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, *International & Comparative Law Quarterly*, Volume 69, Issue 4 , October 2020.
8. Rafael Dean Brown, Challenging the Enforcement of Emergency Arbitrator Decisions, *Kilaw Journal* - Volume 8 – Issue 3 – Ser. No. September 2020.
9. Reymond-Eniaeva, Towards a Uniform Approach to Confidentiality of International Commercial Arbitration. *European Yearbook of International Economic Law*, 2019.
10. Reymond-Eniaeva, Towards a Uniform Approach to Confidentiality of International Commercial Arbitration. *European Yearbook of International Economic Law*, 2019.
11. Dévolvé J, Multipartism: the Dutco Decision of the French Cour de cassation, *Arbitration International*, Volume 9, Issue 2, June 1, 1993.
12. E. Gaillard, G. Savage, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999.
13. J. Paulsson, « Arbitration without privity », 10 *ICSID Rev. F.I.L.J.*, 1995.

2.2.3 باللغة الفرنسية

1. Philippe Fouchard, l'arbitrage internationale en France après le décret du 12 mai 1981, 109 (2), *journal du droit international (Clunet)*, 1982.
2. J.-F. LALIVE, « Contrats entre États et personnes privées », *RCADI*, Tome 181, 1983.

4. الأطروحات والمذكرات

1.4 أطروحات الدكتوراه

1.1.4 باللغة العربية

1. أحمد بوقرط، إتفاق التحكيم في منازعات عقود التجارة الإلكترونية -دراسة مقارنة-، أطروحة مقدمة لنيل

شهادة الدكتوراه تخصص قانون مدني معمق، كلية الحقوق جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم،

2019/2018.

2. أمين دربة، منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان- الجزائر، 2018.

3. بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم القانونية تخصص قانون أعمال، جامعة الحاج لخضر باتنة كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/2014.
4. جمعة زمام، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق جامعة الجزائر 01، 2013.
5. حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمارات الدولية الأجنبية، مذكرة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر 01 كلية الحقوق، 2021.
6. خديجة البودالي، إتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبوبكر بلقايد بتلمسان، السنة الجامعية 2015/2014.
7. سمية صخري، النظام القانوني للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار البترولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2018.
8. سهيلة قرطبي، منظومة التحكيم ومساهمتها في حل منازعات الإستثمار، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد -تلمسان -الجزائر، 2018.
9. شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه قانون خاص، جامعة الجزائر كلية الحقوق، 2015-2016.
10. صديق شياط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق بن يوسف بن خدة، 2018/2017.
11. صلاح مهدي سمين الهاشمي، النظرية الحديثة للعقود الإدارية الدولية والتحكيم فيها العراق إنموذجا، أطروحة دكتوراه في القانون العام، الجامعة الإسلامية في لبنان كلية الحقوق، 2021.
12. عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، السنة الجامعية 2017.
13. فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود -دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، 2017.
14. فتيحة قريقر، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2017/2016.

15. كمال فتحي دريس، القيود الواردة على نظام التحكيم التجاري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر 01، 2017.
 16. كنده جمال عبد الساتر، التحكيم في عقود البترول دراسة مقارنة، رسالة ليل دبلوم الدراسات العليا في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية والاقتصادية الجامعة اللبنانية، 2017.
 17. محمد جارد، الدعوى التحكيمية في إطار العلاقات الدولية الخاصة -دراسة مقارنة-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018.
 18. محمد عبد الله الطيب، فاعلية القضاء المصري في مسائل التحكيم التجاري الدولي، أطروحة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة دكتوراه تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق -جامعة عين الشمس، 2019.
 19. نرمين محمد محمود صيخ، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، مذكرة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة عين الشمس كلية الحقوق، مصر، 2003.
 20. نور الدين بوالصلصال، الاختصاص في تسوية المنازعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، جامعة منتوري قسنطينة كلية الحقوق، 2010/2011.
 21. نوفل حسان، التحكيم في منازعات عقود الاستثمارات الدولية الأجنبية، مذكرة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر 01 كلية الحقوق، 2021.
- 2.1.4. مذكرات الماجستير**
1. أبي إسماعيل باكير، التحكيم الداخلي وفق قانون الاجراءات المدنية والادارية رقم 08-09، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير، جامعة الجزائر 01 يوسف بن خدة كلية الحقوق، 2014/2015.
 2. حسان كليبي، دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة محمد بوقرة بومرداس، 2012.
 3. حنين أمين رمزي مقبول، دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية، رسالة مقدمة لنيل درجة ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة جامعة بيرزيت فلسطين، 2014/2015.
 4. سارة أحمد عبد الرحمن الثور، خصوصيات التحكيم في منازعات الشركات التجارية: دراسة في ضوء القانونين، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة قطر كلية القانون، 2021.
 5. عمر محي الدين المصري، إبطال حكم التحكيم موضوعيا، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط كلية الحقوق، عمان الأردن، 2020.

6. فريدة عيادي، سلطة المحكم في موضوع حل المنازعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، جامعة الجزائر 01 كلية الحقوق، 2001.
7. كريم بوديسة، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012.
8. ليلي كراش، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر 01، 2003.
9. محمد بواط، التحكيم في حل المنازعات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة حسنية بن بوعلي - شلف كلية العلوم القانونية الادارية، 2008/2007.
10. محمد جارد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي -دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2010/2009.
11. محمد خالد الحضين، إتفاق التحكيم الإلكتروني دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والكويتي، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، 2011.
12. نسبية علي محمد العمري، شرط التحكيم في العقود التجارية الدولية: دراسة تحليلية، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت كلية الدراسات الفقهية والقانونية، الأردن، 2000.
13. يمينة حسيني، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011.
- 2.4. باللغة الأجنبية:
1. Mingqiang Qian, Public Policy Defense in International Commercial Arbitration, Thesis, University of Georgia, 2000.
5. المقالات الالكترونية
- 1.5. باللغة العربية
1. أمل المرشدي، مدى إعتبار حماية الطرف الضعيف في العلاقات الخاصة الدولية من قواعد النظام العام العبر دولي - توضيح قانوني، 2017، مستخرج من الموقع:

<https://www.mohamah.net>.

2. مقال بعنوان الشروط الموضوعية لصحة إتفاق التحكيم، مقال منشور على موقع: الأكاديمية الدولية للوساطة والتحكيم، على الرابط:

<https://iamaeg.net/ar/publications/articles/validity-of-the-arbitration-agreement>.

3. مقال صحفي بعنوان: البروفيسور عبدالبر الصياد : عدم دستورية التحكيم الإجباري، موقع الحوار، 2 نوفمبر 2021، تم إسترداد من موقع:

<https://elhiwar.dz/international/216466>.

4. طاهر محمد خليفة، "إتفاق التحكيم" ماهيته ونسبته وامتداده للغير، مداخلة ألقيت في مؤتمر القضاء والتحكيم بجامعة الامام بن سعود، 2015، ص13، منشورة على:

<https://www.researchgate.net/>

5. مصطفى ناطق صالح مطلوب، ما الفرق بين قواعد الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي وقواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري، مقال منشور على موقع:

<https://portal.arid.my/ar-LY/posts/details/2021> .

6. محمد نور شحاتة، دراسة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير، مقال منشور على المنتدى القانوني للمحامي عصام الباهلي، اليمن، تاريخ نشر المقال: 2011/11/03، على الرابط:

<http://esam.yooh.com>.

7. OECD، تطلعات سياسات الاستثمار في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، OECD للنشر، باريس، 2021، على الرابط:

<https://doi.org/10.1787/9191e47c-ar>.

8. محمد خليفة، "إتفاق التحكيم" ماهيته ونسبته وامتداده للغير، مداخلة ألقيت في مؤتمر القضاء والتحكيم بجامعة الامام بن سعود، 2015، ص13، منشورة على الرابط:

<https://www.researchgate.net/>.

9. حكم القوي، الشركات الأجنبية تكسب مصر في مباريات التحكيم الدولي، مقال منشور على الرابط:

<https://eipr.org/publications/>

10. طاهر محمد خليفة، التحكيم الدولي بين السرية والشفافية، بحث منشور في مجلة روح القوانين، العدد 66، كلية الحقوق جامعة طنطا، جانفي 2014، على الرابط التالي:

https://www.academia.edu/35505279/2_doc.

11. أحمد عبد المنعم أبو زنت، تحكيم الطوارئ، مقال منشور على موقع: LAW JO، على الرابط:

<http://www.lawjo.net/vb/showthread.php?41365>.

12. مقال منشور على موقع uncitral، بعنوان: قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول تاريخ النفاذ: 1 نيسان/أبريل 2014، تم الإسترداد يوم 2022/08/13، من موقع: <https://uncitral.un.org/ar/texts/arbitration/contractualtexts/transparency>
13. أحمد سيد أحمد محمود، تحكيم الطوارئ في منازعات الإستثمار، 2015، مقال منشور على منصة Academia، ، على الرابط: <https://www.academia.edu/>.
14. قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول مقال منشور على موقع uncitral، تاريخ النفاذ: 1 نيسان/أبريل 2014، تم الإسترداد من موقع: <https://uncitral.un.org/ar/texts/arbitration/contractualtexts/transparency>.
15. وسيم عزيز، إدخال الغير في النزاع التحكيمي وامتداد الشرط التحكيمي إلى غير الموقعين عليه، مقال منشور على الرابط: <https://www.linkedin.com>.
16. طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم -دراسة مقارنة في التشريعات الدولية وأنظمة مراكز التحكيم والتشريعات الوطنية العربية، الأكاديمية الدولية للوساطة والتحكيم، مقال منشور على الموقع: www.iamaeg.net.
17. عبد القادر ورسمه غالب، صعوبات تعترض اجراءات التحكيم الإلكتروني، دراسة منشورة على الموقع: www.albayan.com.ae.
18. المعهد الأمريكي للتحكيم الدولي، مقال بعنوان: غرفة التجارة الدولية ICC، غرفة التجارة الدولية ICC تحقق رقم قياسي في تسوية المنازعات من خلال التحكيم، تم الإسترداد: 2022/08/17، على الرابط: <https://www.aifca.com/2020/10/23/3160/>.

2.5. باللغة الإنجليزية

1. Adrienne Goins and Elena Guillet, "Challenges and Opportunities of Virtual Hearings in International Arbitration", <https://www.velaw.com/insights/challenges-and-opportunities-of-virtual-hearings-in-international-arbitration/>.
2. Alexandria Bowles and Amanda Feldman, "The Impact of COVID-19 on Arbitration", <https://thearbitrationbrief.com/2020/04/09/the-impact-of-covid-19-on-arbitration/>.
3. Anastasia C, Transparency in Investor-State Arbitration: The Mauritius Convention, published on 12/23/2016, available on the site: International Arbitration Information by Aceris Law LLC, Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/08/15/a-transparency-lighthouse-for-arbitration-in-peru/>.
4. Asteriti, Alessandra and Tams, Christian J., Transparency and Representation of the Public Interest in Investment Treaty Arbitration June 1, 2010. INTERNATIONAL

- INVESTMENT LAW AND COMPARATIVE PUBLIC LAW, Forthcoming, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1618843>.
5. Azzali S, Confidentiality vs. Transparency in Commercial Arbitration: A False Contradiction to Overcome, published on 28 December 2012. Available at: <http://blogs.law.nyu.edu/transnational/2012/12/confidentiality-vs-transparency-in-commercial-arbitration-a-false/>.
6. Bamikole Martins Aduloju, "The Impact of Covid on International Disputes", Series: International and Comparative Business Law and Public Policy, Volume: 2, Publication Date: 28 Oct 2022, <https://brill.com/edcollchap-0a/book/9789004514836/BP000005.xml#FN000246>.
7. Bryan Cave, "International Arbitration Survey: Cybersecurity in International Arbitration", accessed 24-08-2023, <https://www.bclplaw.com/images/content/1/6/v2/160089/Bryan-Cave-Leighton-Paisner-Arbitration-Survey-Report-2018.pdf>.
8. Cheng, t, Whether And How To Compel remote Arbitration, Published: 15-09-2020, sur Law 360: <https://www.law360.com/insurance-uk/articles/1310372/Whether-And-How-To-Compel-remote-Arbitration>.
9. Commercial Law Development Program And Republic Of Iraq, Guide For Drafting International Arbitration Clause, voir le site: <https://cldp.doc.gov/sites/default/files/Arbitration%20Guidebook%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20-Iraq-Final.pdf>.
10. Daniel S, John A. Shope, Amanda H, and Diana T, Transparency in Arbitration, WITH PRACTICAL LAW ARBITRATION, 2018, Available at: https://foleyhoag.com/-/media/files/foley%20hoag/publications/articles/2018/transparency%20in%20arbitration_practical%20law_mar2018.ashx.
11. Florini, Ann, Behind closed doors: Governmental transparency gives way to secrecy, Harvard International Review, 26, Available at: https://ink.library.smu.edu.sg/soass_research/2323.
12. Goins A, & Guillet E, The advantages of arbitration during the coronavirus pandemic, Published: 26-03-2020, <http://www.velaw.com/insights/the-advantages-of-arbitration-during-the-coronavirus-pandemic>.
13. Goslin A, Greenbaum M, & Mayberry S, What To Consider Before A Virtual Labor Arbitration, Published: 16-06-2020, sur: Law360: <https://www.law360.com/articles/1280453?scroll=1&related=1>.
14. Harri Budiman & Maria Ulfa, ADJUSTMENT OF ARBITRATION PROCESS DURING COVID-19 PANDEMIC, published: November 2020, <https://www.franswinarta.com/news/adjustment-of-arbitration-process-during-covid-19-pandemic/>.
15. International Chamber of Commerce. Note to the Parties and the Arbitral Tribunal under the ICC Arbitration Rules. January 1. 2019. Available at: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration.pdf>.

16. Joseph Mamounas,. Gap Filling in International Arbitration: An Unsettled Territory, ICCA 2014, 2014, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/04/23/icca-2014-gap-filling-in-international-arbitration-an-unsettled-territory/>.
17. Joyce Hanson, Unión Fenosa Sues Egypt, BNY Mellon Over Funds Transfer, <https://www.law360.com/>.
18. Koppal T, demands for transparency, genomic and phonemics, from <https://www.genpromag.com>.
19. Kristen M. Young , Jennifer A. Ivers , and Katherine Schroeder, "The Impact of Covid on International Disputes", Series: International and Comparative Business Law and Public Policy, Volume: 2, Publication Date: 28 Oct 2022, <https://brill.com/edcollchap-0a/book/9789004514836/BP000005.xml#FN000246>.
20. Marianella Ventura, Irene Zegarra-Ballón, A "Transparency Lighthouse" for Arbitration in Peru, Kluwer Arbitration Blog, Published: August 15, 2020, accessed: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/08/15/a-transparency-lighthouse-for-arbitration-in-peru/>.
21. Nana Adjoa Hackman, THE PROBLEM OF ARBITRATION AND MULTI-PARTY/MULTI-CONTRACT DISPUTES: IS COURT-ORDERED CONSOLIDATION AN ADEQUATE RESPONSE?, available at https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlawcepmplp_car13_5_612306438.pdf.
22. Nigel Blackaby QC, Boris Kasolowsky, Ashley Jones, International arbitration in 2021 - Illuminating the top trends, Freshfields Bruckaus Deringer, <https://www.freshfields.com/en-gb/our-thinking/campaigns/international-arbitration-in-2021/introduction/>.
23. Norah Gallagher and Maria Fanou, 2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world, white a case, Published: 27/12/2021, Accessed: <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/01/QMUL-International-Arbitration-Survey-2021.pdf>.
24. osborne clarke, Improving transparency in international arbitration: digital solutions, osborne clarke, Published on 19th May 2021, accessed: <https://www.osborneclarke.com/insights/improving-transparency-international-arbitration-digital-solutions>.
25. Ousmane Diallo, LE CONSENTEMENT DES PARTIES À L'ARBITRAGE INTERNATIONAL, graduate institute publications, 2010. le texte intégrale publié : [au:https://books.openedition.org/iheid/963](https://books.openedition.org/iheid/963).
26. Serap Zuvun & Mehmet Ali Akgun, Turkey: Public Policy Defence and Arbitration in International Commercial Law, MONDAQ Dec,16,2005, <http://www.mondaq.com/turkey/x/452312/Contract+Law/Public+Policy+Defence+And+Arbitration+In+International+Commercial+Law>.
27. Monika H, More on the confidentiality of arbitration, 16/04/2015, disponible sur le site in principle law not only for business, sur le lien suivant: <https://codozasady.pl/en/p/more-on-the-confidentiality-of-arbitration>.
28. Akin Gump International Arbitration Alert, October 21, 2020, "Party Nomination of Arbitrators: Égalité of Parties and the 'Dutco Principle'", publie par <https://www.akingump.com/a/web/88WiuzFS1b2idm1hd4fzMF/2kYw85/party-nomination-of-arbitrators.pdf>.

6. المؤتمرات والندوات

1.6 باللغة العربية

1. أحمد الورفلي، الإجراءات التحكيمية وخصوصيات ذلك في التحكيم المؤسسي، مداخلة ملقاة بمناسبة إنعقاد منتدى التحكيم المؤسسي - الواقع والمأمول، المركز السعودي للتحكيم التجاري، المنعقد في الإثنين 02 أكتوبر 2016.
2. توجان فيصل الشريدة، ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني التحكيم عبر الأنترنت كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، بحث منشور ضمن بحوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي: أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، 02 المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، 2008.
3. سيد أحمد محمود ومظفر جابر الراوي، التأثير المتبادل لوباء كورونا مع التحكيم في ضوء قانون التحكيم الإماراتي رقم 6 لسنة 2018، ورقة عمل مقدمة للملتقى الدولي العلمي المعنون ب: الجوانب القانونية الموضوعية والإجرائية لجائحة كورونا، المنعقد في 29 أكتوبر 2020.
4. علي بن عبد الله بن محمد الهنائي، الاتجاهات الحديثة للتحكيم في مجال العقود الإدارية، ورقة عمل مقدمة ضمن فعاليات المؤتمر السابع لرؤساء المحاكم الإدارية العربية المنعقد بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، بيروت لبنان، المنعقد في الفترة من 21 إلى 23/08/2017.
5. علي سيد قاسم، شرط التحكيم ومجموعة الشركات، بحوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، المجلد 1، 2008.
6. ليلي بن عنتز، عدم توازن الإرادة في عقد التأمين، المسطرة الإجرائية لأشغال الملتقى الوطني الرابع حول مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد، المنعقد يومي 06 و 07 نوفمبر 2017، كلية الحقوق جامعة بومرداس، الطبعة الأولى، 2019.
7. محمود عمر محمود، اشكالية امتداد شرط التحكيم بالتطبيق على قضية هضبة الأهرامات، مداخلة ملقاة في الملتقى التاسع عشر: التحكيم في عقود النفط والانشاءات الدولية المنعقد بعمان، بتاريخ 26-28 أغسطس 2014.
8. محمود عمر محمود، اشكالية امتداد شرط التحكيم بالتطبيق على قضية هضبة الأهرامات، مداخلة ملقاة في الملتقى التاسع عشر: التحكيم في عقود النفط والانشاءات الدولية المنعقد بعمان، بتاريخ 26-28 أغسطس 2014.

9. نور الدين موفق، عقود نقل التكنولوجيا بين التفاوض والاذعان، المسطرة الإجرائية لأشغال الملتقى الوطني الرابع حول مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد، المنعقد يومي 06 و 07 نوفمبر 2017، كلية الحقوق جامعة بومرداس، الطبعة الأولى، 2019.

2.6. باللغة الفرنسية

1. Mohamed Bédjaoui « L'évolution des conceptions et de la pratique Algérienne en matière d'arbitrage international, séminaire sur l'arbitrage commercial international, Alger le 14-15 décembre 1992 .

7. المحاضرات

1. بشير سليم، محاضرات في التحكيم التجاري الدولي، المحاضرة الأولى.
2. خالد الدبوي، محاضرات في مادة مدى الرقابة القضائية على أحكام التحكيم، تم إلقاءها على طلاب المعهد القضائي الفترة الخامسة الشعبة الأولى والثانية، 2020.

8. الإجتهااد القضائي

1.8. باللغة العربية

1. حكم للمحكمة العليا قضية رقم 29500، تاريخ صدور القرار 1983/02/07.
2. قرار محكمة العليا، ملف رقم 34776 بتاريخ 1985/03/23.
3. حكم المحكمة الدستورية العليا، 17 ديسمبر 1994، القضية رقم 13 لسنة 15 قضائية دستورية، منشور في الجريدة الرسمية ديسمبر 1994.
4. إستئناف القاهرة، د36 تجاري، دعوى رقم 111/2240 ق، جلسة 1995/2/22. وأيضا الدعوى رقم 120/12 ق جلسة 2003/7/27.
5. إستئناف القاهرة في 2004/03/31، دائرة 91، القضية رقم 78 لعام 120 ق تحكيم.
6. قرار صادر عن محكمة التعقيب في تونس، قرار تعيبي مدني، عد 7560، الصادر بتاريخ 2005/06/13.
7. حكم المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 380 لسنة 3 ق. دستورية- جلسة 2003/05/11.
8. قرار صادر عن محكمة الإستئناف القاهرة -الدائرة السابعة التجارية- الدعوى 119 لسنة 124 القضائية - لعام 2010.
9. محكمة إستئناف القاهرة-الدائرة 7 التجارية-الدعوى رقم 57 لسنة 128 قضائية- لعام 2012.
10. قرار صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 2015/04/28، الطعن رقم 5000 -لسنة 78 قضائية، الدائرة التجارية.

11. حكم محكمة استئناف القاهرة - الدائرة التجارية الأولى - في جلسة 3 يونيو 2020 - في الدعوى رقم 39 لسنة 130 ق والقاضي ببطلان حكم التحكيم المطعون فيه الصادر في مصر - القاهرة، بتاريخ 2013/03/22.
12. قرار صادر عن محكمة التمييز الأردنية في 2019/03/04، القضية رقم 266 لعام 2019.
13. قرار صادر عن محكم النقض المصرية بجلسته 2021/01/23، الدوائر المدنية، الطعن رقم 6887 لعام 72 قضائية.
14. قرار لمحكمة النقض المصرية الطعن رقم 13892 لسنة 81 قضائية، الدوائر التجارية، الصادر بجلسته 22/02/2022.
15. الحكم الصادر بجلسته 2021/12/07، الطعن رقم 15419 لسنة 90 قضائية.
- 2.8. باللغة الأجنبية:
1. Cass. 1^{er} Civ, 7 mai 1963, Bull. civ. L, n264.
2. Cour de cassation 18 mai 1971 "Impex v P.A.Z Produzione lavorazione", 1972, Rev Arb. P.3.
3. Cass. Civ. 04 juillet 1972. Cluent 1972.
4. Sentence arbitrale préliminaire rendue par Bernard Gomard à copenhagen, 14 janvier 1982, EIF c / NIOC, Revue de l'arbitrage, 1984 Octobre-Décembre, N°3, page 412 et 413 traduction libre de la sentence originale, rendue en anglais.
5. Cour D'appel De Paris, 12 juillet 1984 Egypte, Souther Pacifique Propeties Limited et Southem Pacifique Properties Middle East. Journal du droit International, 1985.
6. Cour D'appel De Paris, 12 juillet 1984, P. 130. Goldman Leboulanger, Etat politique arbitrage, L'affaire de plateau des pyramides, Rev. Arb. 1986.
7. Paris cours d'appel in korsnas v Durand auzias, 30 november 1988, 1989, Rev. Arb. 691.
8. Cour d'appel de Paris, 1989-05-05, du 5 mai 1989.
9. استئناف باريس جلسة 1989/02/17، مجلة التحكيم 1989.
10. BKMI Industrienlagen GmbH et Siemens AG v Dutco Construction Bull. Civ. 1 No 2, decision of the Chambre Civile 1 of the Cour de Cassation of 7th January 1992.
11. حكم رقم 2008/311 صادر عن المحكمة العليا البرتغالية في معهد وول ستريت البرتغال مركز إنغليس WSI-SA الهيئة الاستشارية للتسويق الدولي وآخرين ضد مركز إنغليس سانتا باربارا LDA، الحكم صادر في: 30 ماي 2008.
12. حكم صادر عن محكمة باريس الغرفة المدنية الأولى القضية رقم 06/12878 لعام 2008.
13. Cour d'appel de paris Pôle1-Ch1, 24 Juin 2010, Société Inforad Ltcd c/ SAS Tes Electronic Solutions, Revue de l'arbitrage, 2010, N°3, Juillet-Septembre.
14. Dallah Estate and Tourism Holding Company v The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan [2010] UKSC 46; On appeal from: [2009] EWCA Civ 755.
15. حكم صادر صدر عن محكمة بومباي عام 2014 عن النزاع القائم بين: HSBC PI Holdings .Mauritius v. Avitel Post Studios

16. PT Ventures SGPS SA v Vidatel Ltd BVIHC COM 2015/0017 and 2019/0067, 13 August 2020.
17. Paris Court of Appeal, 26 January 2021, 19/10666, Vidatel Ltd v PT Ventures SGPS SA judgment.

9. الأحكام التحكيمية:

1. Sentence CCI n0 1512 1971, clunet 1975.
2. Sentence ,CCI ,no .1434.JDI. 1976.
3. Sentence CCI n 3913 1981 cite par derains JDI, P920.
4. Sentence CCI, n3344 1981, JDI 1982, 987 note derains .
5. ICC case no. 4131 of 1982, Dow Chemical v Isover-Saint-Gobain, Collection of ICC Award 1974-1985, pp, 146 and 464, note by Yves Derains.
6. Sentence CCI n3916 1983, JDI 1984, 93 note jarvin.
7. Sentence rendue dans l'affaire no 3896 982 J.D.I 1984.
8. C.C.I. n° 2730, Clunet, 1984.
9. V. sent CCI n3916 1983 JDI 1984, 930 note jarvn.
10. V. sent CCI n3881 JDI 1986, 1096 note derain.

11. قضية ICSID رقم، ARB / 97/7، الحكم الصادر في 13 نوفمبر 2000 .

12. قضية ICSID رقم، ARBOF/97/1 الحكم صادر في 30 أغسطس 2000.

13. القرار رقم UKSC 2009/0165 الصادر في النزاع القائم بين مؤسسة trust المملوكة للدولة

الباكستانية، والشركة السعودية دلة.

14. Genin v Estonia Award ICSID Arbitral Tribunal, Case No ARB/99/2, 25 June 2001.
15. Técnicas Medioambientales Tecmed, SA v The United Mexican States Award ICSID Arbitral Tribunal, Case No ARBAF/00/2, 29 May 2003.
16. Goldtron Ltd. v. Media Most B.V., District Court of Amsterdam, August 27, 2002, 28 Year Book Commercial Arbitration, 2003.
17. Methanex Corp. v. United States, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 54 NAFTA Ch. 11 Trib. Aug. 3, 2005.
18. Cass, civ, 1ère, du 27 mars 2007, 04-20. 842, publié au bulletin.
19. Cour de cassation 1re ch.civile 23 mai 2006, Mm Claudine Alhinc et autres c/Banque France et Banque des règlements in règlements, Review de l'arbitrage 2008-no 1.
20. Libananco Holdings Co Limited v Turkey Decision on Preliminary Issues ICSID arbitral tribunal, Case No ARB/06/8, 23 June 2008.

21. قضية ICSID رقم، ARB / 05/13 الحكم صادر في 8 أكتوبر 2009.

22. حكم صادر عن محكمة التحكيم الدائمة بلاهاي هولندا PCA في النزاع القائم بين Indonisia V

Indian Metals في القضية رقم 40-2015 PCA، لحكم صادر في 29 مارس 2019.

10. مواقع إلكترونية:

1. الدليل الاسترشادي لصياغة شرط التحكيم في العقود:

<https://cldp.doc.gov/sites/default/files/Arbitration%20Guidebook%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20-Iraq-Final.pdf>

2. للنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية المنشور على:
<https://www.un.org/ar/about-us/un-charter/statute-of-the-international-court-of-justice>.
3. سجل الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسيترال للشفافية، راجع:
<http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jsp>.
4. قواعد مركز سنغافورة للتحكيم الدولي SIAC لعام 2016:
<https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/2016/SIAC%20Rules%20-%20Arabic%20Version%2015%2003%202018.pdf>
5. قواعد مركز هونغ كونغ للتحكيم الدولي HKIAC لعام 2018:
<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2021/06/HKIAC-Administered-Arbitration-Rules-2018-English.pdf>
6. المبادئ التوجيهية الخاصة بنشر قرارات التحكيم لدى غرفة ميلانو للتحكيم:
<https://www.camera-arbitrale.it/upload/documenti/centro%20studi%20pubblicazioni/CAM-LIUC%20guidelines%20anonymous%20publication%20arbitral%20awards.pdf>
7. مذكرة من الأمانة يتعلق بـ: تسوية المنازعات التجارية: تنقيح قواعد الأونسيترال للتحكيم، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الفريق العامل الثاني المعني بالتحكيم الدورة الخامسة والأربعون فيينا، 11-15 سبتمبر 2006، ص 20، متوفر على الرابط:
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V06/558/59/PDF/V0655859.pdf?OpenElement>.
8. إتفاقية فيينا للمعاهدات لعام 1969 أنظر:
<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/viennaLawTreatyCONV.html>
9. قواعد غرفة التجارة الدولية المعدلة لعام 2021، على الرابط:
<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2020/11/2021-ICC-Draft-Arbitration-Rules-Subject-to-Editorial-Corrections.pdf>.
10. قواعد مركز دبي للتحكيم الدولي لعام 2022، راجع:
<http://www.diac.ae/idias/resource/Rules2022.pdf>
11. مجريات ووقائع النزاع، والحكم التحكيمي الصادر في النزاع Abu Dhabi Gas liquefaction co. Ltd. V. Eastern Bechtel corporation على الرابط:

https://www.serbest.av.tr/dosyalar/dosya_12161_RL1020-Abu-Dhabi-Gas-Liquefaction-Co-Ltd-v-Eastern-Bechtel-Corp-_Another.pdf.

12. قواعد المركز الدولي لتسوية المنازعات ICDR من جمعية التحكيم الأمريكية AAA المعدلة لعام

2021 والتي أصبحت سارية المفعول في 1 مارس 2021، على الرابط

<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2021/03/2021-ICDR-Rules.pdf>.

13. نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية 2017. تم الاسترداد من :

www.iccwbo.org/courtarbitration/index.htmlid=4199.

14. المذكرة توجيهية بشأن التدابير الممكنة التي تهدف إلى التخفيف من آثار كوفيد-، على الرابط:

<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2020/04/ICC-Guidance-COVID-19.pdf>

15. ICSID convention, Regulations and Rules, as Amended and Effective April 10, 2006,

Disponible sur le site:

<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partF-chap04.htm#r37>.

16. tre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, CIRDI

REGLEMENT DU MECANISME SUPPLEMENTAIRE, Annexe C Règlement

d'arbitrage Mécanisme supplémentaire, Avril 2006, Disponible sur le lien suivant:

https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/2020-08/Reg%20Mecanisme%20Supp_French-final.pdf.

17. International Centre for Settlement of Investment Disputes, Reason for ICSID Rule

Amendements, Disponible sur le lien suivant:

<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/05/Reason-for-ICSID-Rule-Amendments.pdf>.

18. P.R.I.M.E. Finance Arbitration Rules, In force as from 1 January 2022, Available at:

<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/05/2022-P.R.I.M.E.-Finance-Arbitration-Rules.pdf>

19. Accord de libre-échange nord américain, Disponible sur le lien suivant:

<https://jusmundi.com/fr/document/treaty/fr-accord-de-libre-echange-nord-americain-alena-thursday-17th-december-1992>.

20. <http://www5.austlii.edu.au/au/journals/VicULawJl/2018/4.pdf>

21. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800730b1>.

22. <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/parta-chap02.htm>

23. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/21-07996_expedited-arbitration-e-ebook.pdf#page=28.

24. <https://www.international-arbitration-attorney.com/ar/2022-revised-p-r-i-m-e-finance-arbitration-rules/>
25. <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/05/2022-P.R.I.M.E.-Finance-Arbitration-Rules.pdf>.
26. <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/05/2022-P.R.I.M.E.-Finance-Arbitration-Rules.pdf>.
27. <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/WP5-Volume1-ENG-FINAL.pdf>.
28. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Arbitration_Rules.pdf#page=17
<https://www.arbitrajeccl.com.pe/tipo-de-consultas>. 29
30. <https://almeezan.qa/AgreementsPage.aspx?id=2597&language=ar>.
31. <http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf>.
32. <http://www5.austlii.edu.au/au/journals/VicULawJl/2018/4.pdf>.
33. <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/01/EDF-v.-Romania.pdf>
34. <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/01/Emilio-Agustin-Maffezini-v.-Spain.pdf>.
35. <https://iamaeg.net/ar/publications/articles/the-latest-statement-of-the-court-of-cassation-in-the-al-kharafi-and-libya>.
36. <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-the-american-independent-oil-company-v-the-government-of-the-state-of-kuwait-final-award-wednesday-24th-march-1982>.
37. <http://www.ohchr.org>.
38. <https://icsid.worldbank.org/cases/pending?status=p>
39. https://www.akingump.com/en/news-insights/party-nomination-of-arbitrators-egalite-of-parties-and-the-dutco-principle.html#_ftnref23.
40. <https://www.eccourts.org/pt-ventures-sgps-sa-v-vidatel-ltd-5/#>
41. https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_Rules_1.pdf?utm_source=icdr-website&utm_medium=rules-page&utm_campaign=rules-intl-update-1mar#page=28
42. <https://sccarbitrationinstitute.se/en/news-events/news/scc-arbitrators-tips-successful-virtual-hearing>.
43. https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/services/HKIAC%20Guidelines%20for%20Virtual%20Hearings.pdf.
44. <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/brief-guide-online-hearings-icsid>.

45. https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/services/HKIAC%20Guidelines%20for%20Virtual%20Hearings.pdf.
46. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v1700382_english_technical_notes_on_odr.pdf.
47. <https://www.alaraby.co.uk/>.
48. <https://www.mjustice.dz/>.

المُلخَص

الملخص

إن أبرز ما أضحى تسعى إليه الدول هو الوصول لعدالة قوية معاصرة للتطورات والتغيرات التي مسّت كل جوانب الحياة، هذا ما جعل مختلف التشريعات تتنافس في وضع منظومة قانونية تعنى بتنظيم الوسائل البديلة للتقاضي لحل المنازعات تكون أكثر تكاملاً وفعالية وجاذبة للاستثمار، وأبرز هذه الآليات البديلة ما يعرف بالتحكيم وهذا ما يظهر من خلال تبني أغلب التشريعات لقوانين خاصة تعنى بتنظيم مختلف الأحكام الخاصة بالتحكيم.

وطراً على التحكيم العديد من التطورات والتغيرات في قواعدها الإجرائية والموضوعية خاصة من حيث طبيعته الإرادية جعلته يظهر بوجه جديد، وساهمت هذه التعديلات في تحقيق المرونة ومواكبة المستجدات في التحكيم التجاري، ونقل التحكيم إلى قضاء فعال لتسوية المنازعات، والمساهمة في الانتشار الواسع لهذا القضاء نظراً لما يساهم به في تحقيق السمعة، والعدل والمساواة وتسهيل عملية التحكيم.

Résumé :

Les pays recherchent de parvenir à une justice forte, contemporaine des développements et des changements qui ont affecté tous les aspects de la vie. C'est ce qui a mis les différentes législations en concurrence pour développer un système juridique soucieux de régler les modes de litige alternatifs résoudre les différends de manière plus intégrée, efficace et attrayante pour les investissements. On appelle ces mécanismes alternatifs l'arbitrage, cela se manifeste par la plupart des législations adoptant des lois spéciales chargées de régler les diverses dispositions liées à l'arbitrage.

L'arbitrage a connu de nombreuses évolutions et changements dans ses règles de procédure et de fond, notamment en ce qui concerne son caractère volontaire, ce qui l'a fait apparaître sous un nouveau visage. Ces modifications ont contribué à assurer la flexibilité et à suivre l'évolution de l'arbitrage commercial, en transférant l'arbitrage à un système judiciaire efficace pour régler les différends et contribuer à la large diffusion de ce système judiciaire, compte tenu de sa contribution, qui contribue à assurer la réputation, la justice et l'égalité et à faciliter le processus d'arbitrage.

Abstract:

The countries seek to achieve strong justice, contemporary with the developments and changes that have affected all aspects of life. This is what has put different legislations in competition to develop a legal system concerned with regulating alternative litigation methods to resolve disputes in a more integrated, efficient and attractive way for investments. These alternative mechanisms are called arbitration, this is manifested by most legislations adopting special laws responsible for regulating the various provisions related to arbitration.

Arbitration has undergone numerous developments and changes in its procedural and substantive rules, particularly with regard to its voluntary nature, which has made it appear under a new face. These modifications have contributed to ensuring flexibility and following the evolution of commercial arbitration, transferring arbitration to an effective judicial system to settle disputes and contributing to the wide diffusion of this judicial system, taking into account its contribution, which helps ensure reputation, justice and equality and facilitate the arbitration process.



الفهرس

الفهرس

العناوـ	رقم الصفحة
الشكر والتقدير	
الإهداء	
قائمة أهم المختصرات	أ
مقدمة	2
الباب الأول: التوجهات الحديثة للتحكيم التجاري في ظل الإتفاقيات الدولية من حيث طبيعته الإرادية	23
الفصل الأول: مبدأ سلطان الإرادة وتطبيقاته في التحكيم التجاري	25
المبحث الأول: الطبيعة الإرادية للتحكيم التجاري	26
المطلب الأول: نشوء قاعدة سلطان الإرادة ومفهومها وأهمية الإعتراف بها في التحكيم	27
المطلب الثاني: الأساس العقدي للتحكيم	29
المبحث الثاني: مبدأ حرية الإرادة في التحكيم التجاري	31
المطلب الأول: مبدأ حرية إرادة الأطراف في تنظيم التحكيم	31
الفرع الأول: تطابق الإرادتين أساس قيام إتفاق التحكيم	32
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم	51
الفرع الثالث: تشكيل محكمة التحكيم وتفعيل إختصاصها	52
الفرع الرابع: تنظيم الإجراءات: تحديد سلطات وإلتزامات المحكم	56
المطلب الثاني: إرادة الأطراف أثناء سير الخصومة وفي نهايتها	57
الفرع الأول: دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع	58
الفرع الثاني: القوة الملزمة لحكم التحكيم: التنفيذ الإرادي لحكم التحكيم	64
المبحث الثالث: مظاهر حرية الإرادة في تحديد آثار التحكيم	69

70	المطلب الأول: القوة الملزمة لاتفاق التحكيم
71	الفرع الأول: الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم
84	الفرع الثاني: الأثر المانع لاتفاق التحكيم
90	المطلب الثاني: نسبية أثر إتفاق التحكيم
91	الفرع الأول: انصراف أثر اتفاق التحكيم إلى العاقدین والخلف
95	الفرع الثاني: انصراف اتفاق التحكيم بالنسبة للدائنين
96	المطلب الثالث: مبدأ حسن النية في التحكيم التجاري
96	الفرع الأول: مفهوم مبدأ حسن النية ومضمونه في التحكيم التجاري
102	الفرع الثاني: مظاهر وتطبيقات مبدأ حسن النية في التحكيم التجاري
107	المطلب الرابع: محدودية تدخل هيئة التحكيم والقضاء في ظل سيادة إرادة الأطراف في التحكيم التجاري
112	الفصل الثاني: القيود الواردة على سلطان الإرادة في التحكيم التجاري
113	المبحث الأول: القيود التقليدية الواردة على إرادة الأطراف في التحكيم التجاري
113	المطلب الأول: التحكيم الإلزامي الدولي: تهميش الرضا في التحكيم الدولي
114	الفرع الأول: تعريف التحكيم الإجباري ومدى مشروعيته
118	الفرع الثاني: صفة الإذعان وإشكالية تحقيق التوازن والعدالة في التحكيم التجاري الدولي
132	الفرع الثالث: أزمة الرضائية في التحكيم المؤسسي
148	المطلب الثاني: حدود مبدأ نسبية آثار التحكيم
150	الفرع الأول: إمتداد أثر التحكيم إلى الغير في إطار القواعد التقليدية للنظرية العامة للإلتزام
152	الفرع الثاني: إمتداد آثار اتفاق التحكيم في مجموعة الشركات والعقود المرتبطة
164	المبحث الثاني: الحد من الحرية الارادية في التحكيم: توسع في النظام العام وقواعد البوليس
165	المطلب الأول: النظام العام: توجيه الحماية للطرف الضعيف في التحكيم ومساس بالمبادئ العامة للتحكيم
165	الفرع الأول: تأصيل فكرة النظام العام في نطاق التحكيم التجاري الدولي

179	الفرع الثاني: موقف التشريعات والاتفاقيات والمعاهدات الدولية من فكرة النظام العام في التحكيم التجاري الدولي
182	الفرع الثالث: النظام العام وتأثيره على الطبيعة الإرادية للتحكيم التجاري
183	الفرع الرابع: دور المحكم والقضاء في أعمال قواعد النظام العام وتطبيق قواعد البوليس
190	المطلب الثاني: مظاهر اتساع تدخل النظام العام في التحكيم التجاري
190	الفرع الأول: أثر وظيفة النظام العام في مرحلة إبرام اتفاق التحكيم
195	الفرع الثاني: أثر وظيفة النظام العام بعد مرحلة إبرام اتفاق التحكيم
201	الفرع الثالث: أثر وظيفة النظام العام بعد نهاية النزاع التحكيمي
203	الفصل الثالث: المستحدث في التحكيم بين تدعيم دور المحكم وتعزيز تدخل القضاء الوطني في التحكيم التجاري الدولي
204	المبحث الأول: تدعيم دور المحكم في التحكيم التجاري الدولي وتوسيع سلطاته
205	المطلب الأول: سلطة المحكم إزاء عقد التجارة الدولي وحكم التحكيم
205	الفرع الأول: سلطة المحكم إزاء عقد التجارة الدولي
224	الفرع الثاني: سلطة المحكم بعد صدور حكم التحكيم
230	المطلب الثاني: سلطة المحكم الأمرية في التحكيم التجاري الدولي
231	الفرع الأول: تعريف السلطة الأمرية للمحكم ومدى الإعتراف بها للمحكم
235	الفرع الثاني: تطبيقات سلطة المحكم الأمرية في التحكيم التجاري الدولي
246	المطلب الثالث: سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق
246	الفرع الأول: سلطة المحكم في إختيار القانون الخاص عند عدم تحديد الأطراف لهذا القانون
253	الفرع الثاني: سلطة المحكم في تطبيق قانون التجارة الدولي (La Lex Mercatoria)
262	الفرع الثالث: سلطة المحكم في إستبعاد ما إختارته إرادة الأطراف من القانون الواجب التطبيق وإتساع سلطاته الإجرائية
266	المبحث الثاني: العلاقة بين التحكيم والقضاء: تطور نحو التوافق والتعاون والتكامل
267	المطلب الأول: دور القضاء في تكريس سلطان الإرادة في التحكيم التجاري

268	الفرع الأول: سلب الاختصاص القضائي ورد الدعوى كأثر للتحكيم: بين النص ومحدودية التطبيق في الواقع
271	الفرع الثاني: تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم
273	الفرع الثالث: حالات أخرى لتدخل القضاء في التحكيم في جانبه المساعد
274	المطلب الثاني: دور القضاء المساعد في إجراءات التحكيم
274	الفرع الأول: مساهمة القضاء في توفير أدلة الإثبات وفي المسائل الأولية
278	الفرع الثاني: تدخل القضاء في مجال التدابير الوقائية والتحفظية
284	المطلب الثالث: دور القضاء الضابط والرقابي على التحكيم
285	الفرع الأول: دور القضاء في رد وعزل المحكم أو إستبداله
295	الفرع الثاني: دور القضاء في الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم
300	الفرع الثالث: دور القضاء الرقابي في طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي
315	الباب الثاني: التوجهات الحديثة للتحكيم في الاتفاقيات الدولية من حيث نظامه الإجرائي
317	الفصل الأول: تطور وتجديد قواعد وإجراءات التحكيم في منازعات التجارة الدولية
317	المبحث الأول: الشفافية في التحكيم التجاري
318	المطلب الأول: مفهوم الشفافية في التحكيم التجاري
319	الفرع الأول: التعريف بالشفافية في التحكيم التجاري
320	الفرع الثاني: أسباب ومبررات الانتقال من مبدأ السرية إلى مبدأ الشفافية في التحكيم التجاري
330	المطلب الثاني: مجالات وأهمية تطبيق مبدأ الشفافية في التحكيم التجاري
331	الفرع الأول: مظاهر الشفافية ومجالات تطبيقها في التحكيم التجاري
332	الفرع الثاني: مزايا وعيوب الشفافية في التحكيم
340	المطلب الثالث: التأطير القانوني والقضائي لمبدأ الشفافية في التحكيم التجاري: نطاق تطبيق الشفافية وإستثناءاتها في التحكيم التجاري
340	الفرع الأول: الشفافية لدى نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وقواعد الأونسيترال
346	الفرع الثاني: الشفافية على مستوى غرفة التجارة الدولية ICC

349	الفرع الثالث: إستخدامات مبدأ الشفافية في مختلف لوائح مؤسسات التحكيم الدولية والإقليمية والوطنية
356	المبحث الثاني: تجديد التحكيم نحو إجراءات سريعة ومبسطة
356	المطلب الأول: إمتداد إتفاق التحكيم من الناحية الإجرائية
358	الفرع الأول: التدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم
377	الفرع الثاني: ضم الخصومات في التحكيم
398	المطلب الثاني: تحكيم الطوارئ
398	الفرع الأول: تعريف تحكيم الطوارئ
401	الفرع الثاني: تحكيم الطوارئ في ظل القواعد القانونية للتحكيم
405	الفرع الثالث: أهمية تحكيم الطوارئ
411	الفرع الرابع: محكم الطوارئ
415	الفصل الثاني: التحكيم الإلكتروني عصنة وتطوير لقضاء التحكيم
416	المبحث الأول: نظام التحكيم الإلكتروني بين الخصوصية والبعد الإجرائي
417	المطلب الأول: التحكيم الإلكتروني بين التقييم ودراسة الفعالية والتكريس القانوني والدولي لها كآلية لتسوية المنازعات
417	الفرع الأول: تعريف التحكيم التجاري الإلكتروني
421	الفرع الثاني: مزايا التحكيم التجاري الإلكتروني في تسوية المنازعات:
427	الفرع الثالث: معوقات وسلبات التحكيم التجاري الإلكتروني في تسوية المنازعات:
430	الفرع الرابع: التكريس القانوني والدولي للتحكيم الإلكتروني كآلية بديلة لتسوية المنازعات
435	الفرع الخامس: الاستخدامات العملية للتكنولوجيا لتسوية المنازعات التجارية في التحكيم الدولي
441	المطلب الثاني: البعد الإجرائي للتحكيم الإلكتروني بين خصوصية هذا النظام ودوره في تسوية فعالة للنزاعات ودحضه للمخاطر المهددة للتحكيم الإلكتروني
442	الفرع الأول: إبرام الاتفاق التحكيم الإلكتروني
458	الفرع الثاني: سير دعوى التحكيم الالكترونية عبر الانترنت

465	الفرع الثالث: صدور حكم التحكيم الإلكتروني وتنفيذه
469	المبحث الثاني: فعالية التحكيم الإلكتروني في تسوية المنازعات في ظل وباء كورونا- كوفيد19-
471	المطلب الأول: التأثير السلبي لفيروس كورونا (كوفيد- 19) على التحكيم
473	المطلب الثاني: دور التحكيم الإلكتروني الإيجابي والفعال في الحد من تأثيرات فيروس كورونا (كوفيد-19) على تسوية المنازعات
488	الخاتمة
497	قائمة المصادر والمراجع
529	الملخص
532	الفهرس