دور المحكم في العملية التحكيمية

طالبة الدكتوراه: مريم بن عبد الكريم

مسجلة دكتوراه ل م د، كلية الحقوق، جامعة عنابة، الجزائر

مـلخـص

التحكيم التجاري الدولي مرن في إجراءاته يخول الأطراف إمكانية الاتفاق على القانون الذي يحكم الإجراءات و موضوع النزاع ، كما أنه يكفل لهم السرعة والسرية التي تقتضيها التجارة الدولية بشكل عام أين صار التحكيم أحد أهم ضمانات الاستثمار إذ لا تكاد تجد عقدا من العقود الدولية إلا وتضمن شرطا تحكيميا .

نظرا لحاجة التحكيم إلى القضاء في جميع مراحله حرص المشرع الجزائري على تنظيم العلاقة بين القضاء والتحكيم من خلال القانون رقم : 08ــــ09المؤرخ في : 18 صفر 1429 الموافق لـ : 25 فيفري 2008 المتضمن : قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفصل السادس : في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي المواد من (1039_ 1059).

كما أن مهمة المحكم تثير الكثير من الغموض سواء كان ذلك في شخصيته أو دوره أو طبيعة مهمته أو مركزه القانوني.

Résumé

L'arbitrage commercial international est flexible dans ses procédures et habilite les parties à s'entendre sur la loi régissant la procédure et l'objet du différend,Il garantit également la rapidité et la confidentialité requises par le commerce international en général.Lorsque l'arbitrage est devenu l'une des garanties les plus importantes de l'investissement, vous pouvez difficilement trouver un contrat de contrats internationaux n'incluant pas une clause d'arbitrage

Compte tenu de la nécessité d'arbitrer le pouvoir judiciaire à tous les stades, le législateur algérien a tenu à réglementer les relations entre eux par le biais de la loi n° 08-09Du 25 février 2008, qui contient le Code de procédure civile et administrative du chapitre VI des dispositions sur l'arbitrage commercial international Articles 1039 à 1059.

La tâche de l'arbitre soulève également beaucoup d'ambiguïté, que ce soit dans son caractère, son rôle, la nature de sa mission ou son statut juridique.

المنارة للاستشارات

مـقدمة

يعد التحكيم من أقدم الوسائل لحل المنازعات فقد ركزا مؤتمرا لاهاي لسنوات 1899 و 1907 على أهمية التحكيم في اطار تسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية.فاذا كان التحكيم ينتمي بجميع عناصره سواء كان ذلك من حيث المنازعات أو الإجراءات أو القانون الواجب التطبيق الى دولة واحدة سمي تحكيما وطنيا ، وعلى العكس لو ارتبط هذا التحكيم في أحد عناصره بعوامل خارجية أو أجنبية سمي بالتحكيم الأجنبي ، وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم يعتمد مصطلح التحكيم الأجنبي من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية الا ان الإشارة اليه كانت من خلال المادة الأولى من اتفاقية نيويورك1958 ، أما التحكيم الدولي حسب ما اعتمده المشرع الجزائري اعمالا للمعيار الاقتصادي حسب ما جاء في المادة 1039:(يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون ،التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل .)

دور المحكم في العملية التحكيمية يعتمد بشكل أساسي على الطبيعة القانونية لنظام التحكيمنظرا لاعتبار المحكم قاضيا اختاره الأطراف فهو يخضع لمجموعة من القيود والضوابط لضمان سريان إجراءات العملية التحكيمية بطريقة صحيحة،وهو ما يثير إشكالية هامة تتجسد فيما تكمن الطبيعة القانونية لعمل المحكم ؟.

نظرا لأهمية موضوع المقالحول: دور المحكم في العملية التحكيمية ارتأينا معالجته من خلال النقاط التالية :

مـقدمـة

المبحث الأول: المركز القانوني للمحكم

المطلب الأول: الطبيعة التعاقدية لعمل المحكم

المطلب الثاني:الطبيعة القضائية لعمل المحكم

المطلب الثالث:الطبيعة المختلطة لعمل المحكم

المطلب الرابع:الطبيعة المستقلة لعمل المحكم

المبحث الثاني:الشروط الواجب توافرها في المحكم

المطلب الأول:الشروط القانونية

المنارة للاستشارات

المطلب الثاني:الشروط الاتفاقية

المبحث الثالث: طرق تشكيل هيئة التحكيم

المطلب الأول: التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم

المطلب الثاني:تعيين المحكم بواسطة القضاء

المبحث الرابع:سلطات المحكم في خصومة التحكيم الدولي

المطلب الأول:سلطات المحكم أثناء سير العملية التحكيمية

المطلب الثاني:سلطات المحكم أثناء انتهاء العملية التحكيمية

خـاتـمـة

المبحث الأول: المركز القانوني للمحكم

سنتناول في هذا الجزء المركز القانوني للمحكم في ضوء النظريات الفقهية المختلفة حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم .

المطلب الأول: الطبيعة التعاقدية لعمل المحكم (1)

التحكيم وفقا لهذه النظرية يقوم على أساس الاتفاق ما بين الأطراف وتمتد حريتهم في الاتفاق على اختيار المحكمين.فالتحكيم وفقا لهذه النظرية ذو طبيعة تعاقدية ،أي يخضع لمبدأ سلطان الإرادة ، فقرار المحكم يتقيد بإرادة الخصوم .كما أن انصار هذا الاتجاه اختلفوا حول تكييف هذا العقد ، فمنهم من كيَّف العلاقة التي تربط المحكم بالخصوم على أنها عقد مقاولة ،على أساس أن هذا العقد يقترب من مهمة المحكم ، واتجه جانب الى تكييفها بأنها عقد وكالة بمعنى أن المحكم وكيل عن المحتكمين أو أحدهم ،كما كيَّفه البعض على أنه عقد غير مسمى لم تنظمه أحكام القانون المدني أو هو عقد ذو طبيعة خاصة (2).

انَّأهم ما يؤخذ على هذه النظرية أنها ركزت على الجانب الارادي في خصومة التحكيم .

المطلب الثاني:الطبيعة القضائية لعمل المحكم (3)

خلافا للنظرية أعلاه فالتحكيم يعتبر طريقا قضائيا يتمتع فيه المحكم بسلطات ذاتية ومستقلة للفصل فيما يطرحه الخصوم عليه من نزاع ،فهو يؤدي مهمة القضاء بين الخصوم بحكم حاسم للنزاع يحوز حجية الأمر المقضي (4).

المنارة للاستشارات

كما أن هذه النظرية تعرضت للنقد ، أنكر جانب من الفقه اكتساب المحكم مركز القاضي ،فالمحكم لا يستند الى ما يدعم القاضي من حصانة ودوام واستقرار،فالتحكيم يتميز بأنه أداة خصوصية للفصل في النزاع تتشكل في كل حالة على حدى حسب المقتضيات الخاصة للنزاع ،أما القضاء هو طريق عام لحماية الحقوق والمراكز القانونية،وتحكمه قواعد عامة ومجردة .

رأينا فيما سبق موقف كل من النظرية التعاقدية والقضائية وأسانيدهم في دعم نظرياتهم لمركز المحكم القانوني والنقد الموجه لكل من النظريتين ، سننتقل الى نقطة أخرى لمعرفة ما يراه الفقه الآخر الذي يعطي المحكم مركزا وسطا بين النظريات السابقة .

المطلب الثالث :الطبيعة المختلطة لعمل المحكم (5)

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التحكيم له صفتان : الصفة التعاقدية والصفة القضائية لتدخل السلطة القضائية ، وذلك بأن قرارات هذا النوع من التحكيم تعد بمثابة الحكم القضائي عندما تخضع للتنفيذ لقواعد التنفيذ القضائية (6).

هذه النظرية لم تسلم من النقد كذلك ، كونها اختارت أيسر الحلول وذلك بالجمع بين النظريتينالتعاقدية والقضائية وربطت ربطا خاطئا بين حجية أحكام التحكيم وقوتها التنفيذية .

وينتهي منتقدوا هذه النظرية الى ان التحكيم ليس نظاما مختلطا ، وانما هو نظام مستقل مختلف في وظيفته وطبيعته، وغايته ،وبنائه الداخلي عن القضاء .

المطلب الرابع :الطبيعة المستقلة لعمل المحكم (7)

يرى أنصار هذه النظرية أن نظام التحكيم له طبيعته الخاصة ،وذاتيته المستقلة التي تختلف عن العقود ،وعن أحكام القضاء العام في الدولة(8).

فالتحكيم نظام أصيل متحرر من العناصر التعاقدية أو القضائية مما يكفل السرعة الضرورية في نظر القضايا ، وأن اتفاق التحكيم لا يعتبر عقدا مدنيا ، لأن العقد المدني لا يرتب بذاته آثارا إجرائية ، كما أن اتفاق التحكيم لا يدخل في مجال الإجراءات طالما أن التحكيم خارج اختصاص قضاء الدولة ، كذلك تختلف عدالة التحكيم عن القضاء لأن عدالة التحكيم طبيعية سبقت ظهورها قضاء الدولة .

المنارة للاستشارات

هذه أيضا لم تسلم من النقد على أساس أن التحكيم يقدم عدالة خاصة تختلف عن القضاء،حيث أنه لا يمكن الوصول لطبيعة التحكيم من خلال الأثر الذي يرتبه ، وانما من خلال الأصل الذي ينتهي اليه .

فان كان الأصل مبدأ سلطان الإرادة فالطبيعة عقدية ، أما اذا كان الأصل هو سلطان القضاء كانت الطبيعة قضائية ،أما اذا كانت غير ذلك فإننا نكون أمام طبيعة مستقلة يجب تأصيلها الأمر الذي لم تفعله تلك النظرية .

مما تقدم النظريات الأربعة المقدمة تجمع على أن التحكيم يمر بأربع مراحل:أولها اتفاق ،وأوسطها اجراء ،وآخرها حكم ملزم .

كما أن المشرع الجزائري قد اعترف بنظام التحكيم،ونظم قضائه كتنظيم القضاء العام في الدولة.فيأخذ المحكم مركزا يتشابه لحد ما مع مركز القاضي القانوني ، مما يتوجب على الأطراف احترامه وتنفيذ حكمه اذا صدر صحيحا ، وتوافرت في محكمهم الذي ارتضوه صفات القاضي المستقل والنزيه ، وكافة الشروط الأخرى الواجب توافرها في المحكم .

المبحث الثاني : الشروط الواجب توافرها في المحكم

المحكم هو شخص يتمتع بثقة الخصوم الذين أولوه عناية الفصل في الخصومة القائمة بينهم ، اذ يجب أن تتوافر فيه جملة من الشروط حتى يكون مؤهلا لإدارة العملية التحكيمية ،فهناك شروط اتفق الفقه ومراكز التحكيم على وجوب توافرها في المحكم ،وهناك شروط مختلف فيها متروكة لتقدير الطرفين .

المطلب الأول : الشروط القانونية (الوجوبية)

اشترط القانون في المحكم عدة شروط قبل اعتلائه منصة التحكيم وتتمثل هذه الشروط في :

أولا: تمتع المحكم بالأهلية المدنية :

نص المشرع الجزائري في المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنَّهُ :(لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي ،اذا كان متمتعا بحقوقه المدنية).

المنارة للاستشارات

كما أنه يشترط في المحكم أن تكون أهليته سليمة ، فلا يعتريه عيب عقلي ، أو نفسي أو جسدي ، ويقدر سن الرشد في القانون الجزائري تسعة عشر سنة كاملة وهذا ما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني.

ثانيا: الحياد والاستقلالية:

يعد حياد المحكم واستقلاله من الضمانات الأساسية في التقاضي ،فهما شرطان لمباشرة العملية التحكيمية أيا كان القائم بها قاضيا أو محكما ، كما يعتبران ركيزتان أساسيتان لنجاح المحكم في مهمته.

كما ان المشرع الجزائري جعل على عاتق المحكم التزام وهذا ما نصت عليه المادة 1015 /2 (اذا علم المحكم بأنه قابل للرد ،يخبر الأطراف بذلك ،ولا يجوز له القيام بالمهمة الا بعد موافقتهم)(9).

وبذلك جعل المشرع الجزائري من الاستقلالية أحد الأسباب التي تسمح لأطراف التحكيم طلب رد المحكم الذي تحوم حوله شبهة عدم الاستقلال حيث نص في الفقرة 3 من المادة 1016 على أنه :(عندما تتبين من الظروف الشبه المشروعة في استقلاليته،لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط)(10).

المطلب الثاني :الشروط الاتفاقية

الشروط الاتفاقية حتى وان نص عليها القانون الا أنها تأتي بصيغة جوازية واعمالها مقيد بعدم اتفاق الأطراف على مخالفتها ، كونها غير متعلقة بالنظام العام . ومن هذه الشروط :

أولا : جنس المحكم وجنسيته :

التشريعات تركت للأطراف الحرية الكاملة في تحديد جنس ، أو جنسية المحكم ،وذلك تأكيدا لمبدأ سلطان الإرادة التي يتميز بها نظام التحكيم عن القضاء.

ثانيا :خبرة وكفاءة المحكم :

من الخيارات المتروكة للأطراف إمكانية اتفاقهم على اشتراط الخبرة والكفاءة في المحكم الذي سوف يختارونه للقيام بإدارة العملية التحكيمية .

المبحث الثالث :طرق تشكيل هيئة التحكيم

المنارة للاستشارات

الأصلأن يقوم الأطراف بتعيين المحكمين وهذا تجسيدا للطابع الاتفاقي للتحكيم خصوصا في التحكيم الحر ، كما يمكن لهم اللجوء الى أحد مؤسسات التحكيم الدائمة مما يستوجب احترام لوائح هذه المراكز في موضوع تشكيل هيئة التحكيم، كما يمكن للقضاء التدخل لمساعدة الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم عند تقاعس أحدهما عن تعيين محكمه أو اختلافهما حول تعيين المحكم الراجح، وعليه سنتعرض لمختلف طرق تشكيل هيئة التحكيم وفقا لما يلي :

المطلب الأول :التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم

يحكم تعيين المحكم وتشكيل هيئة التحكيم مبدأين أساسيين :

المبدأ الأول : أن تكون إرادة الخصوم هي المرجع الأول في اختيار الهيئة، فاذا اتفق الأطراف على طريقة اختيار المحكمين ،فانه يجب الالتزام بما ثم الاتفاق عليه .

المبدأ الثاني : مراعاة المساواة بين طرفي النزاع من حيث اختيار المحكمين،فلا يكون لأحدهما أفضلية عن الآخر، بمعنى أنه لا يجوز أن يسند لأحدهما اختيار جميع المحكمين دون الآخر .

والتشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم يكون اما عن طريق التحكيم الحر،و بطريق التحكيم المؤسساتي(11).

أولا :**اختيار المحكم في التحكيم الحر**

نص المشرع الجزائري في المادة 1041 على أنه : (يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع الى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم .....)(12).

وهذا يعد تجسيدا للطابع الاتفاقي الذي يقوم عليه نظام التحكيم ، حيث جعل إرادة الأطراف في مركز ارادي فيما يتعلق بالعملية التحكيمية ، كما أعطاهم الحق في اللجوء الى احد الهيئات ومراكز التحكيم الدائمة لتشكيل محكمة التحكيم ،وأعطى الأطراف لاتفاق التحكيم الحرية الكاملة في وضع الشروط الواجب توافرها في المحكم حتى توكل اليه مهمة الفصل في النزاع .

ـــ قاعدة العدد الوتري للمحكمين :نص المشرع الجزائري في المادة 1017على أنه :(تتشكل محكمة التحكيم من محكم واحد أو عدة محكمين بعدد فردي)(13).

المنارة للاستشارات

ـــ **اتفاق الأطراف حول كيفية اختيار المحكم:**نص المشرع الجزائري في المادة 2/1008على أنه:

(يجب أن يتضمنشرط التحكيم ، تحت طائلة البطلان ، تعيين المحكم أو المحكمين ،أو تحديد كيفية تعيينهم).

كما اشترط المشرع الجزائري أن يتضمن اتفاق التحكيم مشارطة التحكيم،أسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم (14).

ـــ **مراعاة مبدأ المساواة بين الأطراف في اختيار المحكمين:**المشرع الجزائري لم ينص صراحة على مبدأ المساواةبين الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم ،فمرجع ذلك أن مبدأ المساواة يعد من المبادئ الأساسية في التقاضي ، مما يعني أنه يجب اعماله عند تشكيل محكمة التحكيم ، والا كان حكم التحكيم عرضة للبطلان لتعلق مبدأ المساواة كباقي مبادئ التقاضي الأساسية بالنظام العام .

ثانيا :**تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم المؤسساتي**(15)

هذه المراكز التحكيمية لا تقوم بنفسها بدور المحكم ،وانما يقتصر دورها على تنظيم الإجراءات الخاصة بالتحكيم ، وقد تخضع العملية التحكيمية برمتها بقواعد المركز،أو تخضع له بعض مراحلهاوهذا مرتبط بإرادة الأطراف .

نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية (16) المادة 1014 على أنه :(اذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا تولى هذا الأخير تعيين عضوا أو أكثر من أعضائه بصفة محكم).

المطلب الثاني :تعيين المحكم بواسطة القضاء

نظم المشرع الجزائري هذا التدخل من خلال المادة 1041 على أنه : (في حالة غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم ، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي :

ـ رفع الأمر الى رئيس المحكمة الي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم ،اذا كان التحكيم يجرى في الجزائر.

ـ رفع الأمر الى رئيس محكمة الجزائر، اذا كان التحكيم يجرى في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر).(17)

المنارة للاستشارات

من خلال النص فان المشرع سمح للطرف الذي يهمه التعجيل بان يطلب المساعدة من القاضي الوطني ،وهذا الأخير لا يمكنه التدخل والتصدي الا في حالة ثبوت عدم قيام الأطراف بتعيين المحكمين بسبب عدم اتفاقهم أو بسبب عدم وجود طريقة لتعيينهم ضمن اتفاقية التحكيم أو شرط التحكيم ،أو عدم وجود طريقة لتعيين المحكمين ضمن النظام القانوني لهيئة التحكيم التي اتفق الأطراف على اللجوء اليها.

المبحث الرابع : سلطات المحكم في خصومة التحكيم الدولي

سنتناول في هذه الجزئية السلطات المخولة للمحكم التي تضيق وتتسع حسب اتفاق الأطراف .

المطلب الأول :سلطات المحكم أثناء سير العملية التحكيمية

تحدد سلطة المحكم بموجب عاملين رئيسيين وهما:

اتفاق التحكيم والقانون .

فاتفاق التحكيم قد يحد من سلطات المحكم ، أو العكس ، وعلى المحكم قبل القيام بمباشرة مهمته أن يتحقق من السلطة المخولة اليه بمقتضى عقد التحكيم.

وتتضمن مشارطة التحكيم القواعد التي اتفقت الأطراف المعنية تطبيقها على النزاع القائم بينهما (18) وفي الوقت نفسه هناك سلطات منحها القانون للمحكم لتنظيم وتسيير مهمته ، وهو ما سنتناوله في النقاط التالية :

أولا : سلطات المحكم في تحديد القواعد التي تحكم سير إجراءات التحكيم

لا يملك المحكم أو المحكمون سلطة الحكم الا في النزاع المتفق على عرضه عليهم ، وقد أعطى المشرع للأطراف المحتكمة سلطة تخويل المحكم بعض السلطات ، بحيث لا يجوز ممارستها الا اذا اتفق الخصوم على ذلك ، حيث يتمتع المحكم بسلطات إجرائية واسعة في مختلف مراحل الخصومة تبدأ باختيار الأشكال الإجرائية التي يتقرر اتباعها ، وذلك في بدء الإجراءات لحسم النزاع ، وسلطات إجرائية تتعلق بالسلطة الفعلية التي يمارسها أثناء سير الإجراءات .

ـــ سلطة المحكم في التنظيم الاجرائي للخصومة ـ قبل السير في الإجراءات ـ

المنارة للاستشارات

1. البت في وجود اتفاق التحكيم وصحته:هو عمل من صميم اختصاص المحكم يقوم به من تلقاء نفسه، أو حالة ما اذا دفع أحد الخصوم بعدم وجود اتفاق التحكيم ،فيقوم المحكم بتفحص العرض المقدم من الأطراف المتنازعة باختياره ليفصل بينهم عن طريق التحكيم فيقرر المحكم ، ويحدد ما اذا كان هناك شرط تحكيمي أم لا .
2. اختيار مكان التحكيم: الأصل في اختيار التحكيم هو اتفاق الأطراف على مكان التحكيم بتحديده ضمن عقد التحكيم أو في اتفاق لاحق ، ويلتزم المحكم بذلك المكان المتفق عليه بين الأطراف المتخاصمة ، لكن اذا خلا اتفاق التحكيم من تحديد مكان التحكيم أو لم تتفق الأطراف عليه ، كان ذلك من اختصاص هيئة التحكيم ،وتجدر الإشارة الى أن المشرع الجزائري لم يتعرض لمسألة مكان التحكيم .
3. تحديد لغة التحكيم: يتولى المحكم أو هيئة التحكيم تحديد اللغة التي يجرى بها التحكيم ،وذلك في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد لغة التحكيم، أما اذا اتفقوا فان المحكم يلتزم بلغة الأطراف.

ـــ سلطة المحكم الاجرائيةأثناء سير الخصومة التحكيمية

يمارس المحكم سلطات موضوعية أثناء سير الإجراءات ، فيتحقق باعتباره قاضي النزاع من تتابع سير الإجراءات في المواعيد المحددة لاجرائها ، ولا تخضع هيئة التحكيم الا للقواعد التي اتفق عليها الأطراف فاذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق ،تختار الهيئة القواعد والإجراءات الملائمة تبعا لطبيعة النزاع. وسلطة المحكم الإجرائية تظهر على النحو التالي :

1. سلطة المحكم في التأكد من ثبوت اختصاصه بالفصل في النزاع (مبدأ الاختصاص الاختصاص COMPETENCE DE LA COMPETENCE)(19): هيئة التحكيم هي التي تختص بالنظر فيما اذا كانت مختصة بالنزاع المعروض عليها أم لا .
2. سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم(20):لا يملك المحكم في نطاق خصومة التحكيم الا الفصل في موضوع النزاع وفق القانون المتفق عليه بين أطرافه كما لا يملك تطبيق إجراءات غير التي اختارها الأطراف ، وقد جاء في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية في الفصل الخامس منه في المادة 19 في فقرتها الأولى والثانية مايلي :

ـ مع مراعاة أحكام هذا القانون يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها لدى السير في التحكيم .

المنارة للاستشارات

ـ فان لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة وتشمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم سلطة قبول جواز الأدلة المقدمة وصلتها بالموضوع وجداولها وأهميتها.

ثانيا : سلطات المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

المعيار الذي بواسطته يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع الخصومة هو المعيار الموضوعي ، والأصل في تحديد القانون الواجب التطبيق هو اتفاق بين الأطراف ، لكن قد يختلف الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق ، أو عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق أين يلجأ المحكم الى اتخاذ قواعد ليطبقها على النزاع المعروض عليه منها :

1. اختيار قانون دولة معينة (محل العقد أو محل تنفيذ العقد): هو قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم أو قانون الدولة التي جرت فيها وقائع النزاع ، أو أي قواعد قانونية نافذة في دولة أخرى.
2. تطبيق هيئة التحكيم لأعراف التجارة الدولية : يلجأ المحكم الدولي الى تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية حتى يتبين له استحالة تطبيق قانون معين على موضوع النزاع سواء بسبب نقص في العقد أو بسبب تناقض وتعارض موقف أطراف الخصومة .
3. تطبيق هيئة التحكيم لقواعد العدالة والانصاف: ان تخويل المحكم اجراء تسوية للنزاع يحرره من التقيد بأي نصوص تشريعية أو أي قواعد قانونية أيا كان مصدرها، ليجد المحكم نوعا من التسوية للنزاع المعروض عليه، فهو يقوم بعمل بحرية طالما انه حقق مبدأ المساواة، وأتاح للأطراف ابداء أوجه دفاعهم .

ثالثا: سلطات المحكم فيما يتعلق بإصدار التدابير الوقتية والتحفظية (21):

التدابير الوقتية : هي عبارة عن حماية بديلة تحل مؤقتا محل الحماية القضائية والتنفيذية العادية فهدف هذه الأوامر هو منح حماية قضائية تصدر في شكل أحكام تحوز حجية الأمر المقضي به.

أما التدابير التحفظية فتهدف لضمان الحق المستقبلي مثل : الحجز التحفظي الذي يهدف للمحافظة على أموال المدين .

رابعا: سلطات المحكم فيما يتعلق بإصدار أدلة الاثبات (22)

المنارة للاستشارات

تدير هيئة التحكيم وفقا لما تحدده إرادة الأطراف ، فاذا ثم الاتفاق على اخضاع التحكيم لقانون معين فيما يتعلق بقواعد الاثبات تعين مراعاة أحكام هذا القانون ، واذا ترك الاختيار للهيئة فلها أن تختار قانونا معينا أو تضع قواعد يتم الاتفاق عليها من الأطراف لتنظيم كيفية الاثبات وما لا يقبل من أدلة .ومن قواعد الاثبات ما يتعلق بالإجراءات ولا يتعلق بالموضوع .منها :

1. الزام الأطراف بتقديم المستندات: أعطى المشرع الجزائري لهيئة التحكيم إمكانية طلب مساعدة القضاء في تقديم الأدلة(23).
2. مضاهاة الخطوط والتزوير: للمحكم الاختصاص في تحقيق الخطوط عندما ينكر أحد الخصوم نسبة أحد المستندات اليه ، أو التوقيع على أحد المستندات ،أو يدعي أن المحرر مزور من الأصل (24)
3. المعاينة: لهيئة التحكيم الانتقال لمعاينة محل النزاع كأن تقوم بنفسها بمعاينة البضائع،أو الأموال أو غيرها من الأشياء المتعلقة بالنزاع .
4. سماع الشهود(25):الشهادة هي قيام شخص من غير أطراف الخصومة ـ بعد أداء اليمين ـ بالإدلاء في مجلس القضاء بما يعرفه شخصياحول حقيقة تصلح محلا للإثبات .وللمحكم سلطة استجواب الشهود وله سلطة تقديرية في عدم الأخذ بشهاداتهم كلها ، أو بعضها في حالة عدم اتفاق المحتكمين ،اذا رأى أن ما توفر لديه من أدلة اثبات كافية لاصدار الحكم على أن يبدي مبررات مقبولة للرفض.
5. الاستعانة بالخبراء(26): يمكن أن يعهد الخبير بأية مهمة أو حسابية ، أو هندسية ،وللهيئة أن تستعين بخبير قانوني ويباشر الخبير مهمته بحضور الأطراف ، وعليه أن يحترم مبدأ المساواة وحقوق الدفاع .

المطلب الثاني :سلطات المحكم أثناء انتهاء العملية التحكيمية

تنتهي مهمة المحكم بإصدار حكم منهي للخصومة في النزاع محل التحكيم ،وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1030 التي تنص على أنه : (يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه).

وهناك استثناءات ترد على مسألة استنفاذ هيئة التحكيم لولايتها وفق ما نص عليه المشرع الجزائري:

المنارة للاستشارات

1. سلطة المحكم في تفسير حكم التحكيم (26): ويقصد بتفسير الحكم توضيح ما قد يكتنف الحكم من غموض ، حيث يقوم المحكم بتوضيح حقيقة ، اذا شاب منطوق الحكم غموض أو ابهام من شأنه أن يجعل الحقيقة المقصود منها مثارا للبس والاختلاف .
2. سلطة المحكم في تصحيح حكم التحكيم (27): يصدر حكم التحكيم في شكل مكتوب واحتمال انطوائه على أخطاء مادية كالخطأ في أسماء الخصوم أو الخطأ الحسابي ، فتمتد مهمة هيئة التحكيم لتشمل تصحيح حكم التحكيم ، ويجب أن تكون الأخطاء المادية المطلوب تصحيحها واردة في طلبات التحكيم أو مذكرات ،أو تقارير الخبراء أو محاضر الجلسات ، ويتم التصحيح خلال الثلاثين يوما التالية لصدور الحكم ويمكن للمحكم مد الميعاد اذا رأى ضرورة لذلك واذا انقضت تلك المدة فلا يمكن مدها الا باتفاق الأطراف .
3. سلطة المحكم في اصدار حكم إضافي في الطلبات التي أغفلها(28).:يقصد بسلطة المحكم في اصدار حكم إضافي في الطلبات التي أغفلها ، استكمال هيئة التحكيم الفصل في المسائل المعروضة عليها أثناء النزاع ، الا أنها عند الفصل في النزاع لم تتعرض لها في حكمها بالفصل فيها ، مما يترتب على المحكم أو هيئة التحكيم اصدار حكم تكميلي يشمل ما أغفله من مسائل في حكم التحكيم الأصلي.

خـــــاتـــــمـــــة

خصومة التحكيم قوامها الرئيس المحكم ، وبقدر كفاءة المحكم تكون سلامة التحكيم واجراءاته فالمحكم يستمد سلطاته من إرادة أطراف اتفاق التحكيم ، ومن إرادة المشرع الذي أجاز له ممارسة مهمة التحكيم ، ومنحه سلطة اصدار الحكم ، ومما لا شك فيه أن النشأة الاتفاقية لسلطة المحكم تقيد المحكم وتحد دوره في خصومة التحكيم، ومن ناحية أخرى وبموجب الطبيعة القضائية لمهمة المحكم أعطاه المشرع بعض السلطات التي تمكنه من القيام بالعملية التحكيمية في النزاع محل التحكيم .

وعليه من خلال الدراسة توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات .

أولاـ النتائج:

1. أدى اختلاف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للمحكم الى صعوبة تحديد المركز القانوني الذي يتمتع به المحكم وطبيعة الدور الذي يقوم به.

المنارة للاستشارات

2. بالرغم من تنظيم المشرع الجزائري كيفية اختيار المحكم أو المحكمين تنظيما تفصيليا الا أننا نجد أن هذا التنظيم يأخذ الطابع الارشادي في مواضع عديدة والذي لا يلائم طبيعة المحكم ، ولم ينظم أبعاد مهمة المحكم وممارسته لها.
3. التحكيم قضاء خاص يلعب فيه مبدأ سلطان الإرادة دور مهم .
4. قيد المشرع الجزائري كمعظم تشريعات التحكيم من يعتلي منصة التحكيم ببعض الشروط حتى نخلص الى حكم عادل .
5. حياد المحكم ضرورة لنجاح التحكيم الداخلي والدولي على حد سواء وهو التزام على عاتق المحكم
6. اعمال مبدأ الوترية عند تشكيل الهيئة التحكيمية يعتبر أساسا لتفعيل ميزة التحكيم ،والتي من أهمها السرعة في عملية الفصل في الخصومة التحكيمية .
7. تأكيد المشرع الجزائري وحرصه على تدعيم النظام المؤسساتي وصحة الالتجاء اليه كنظام قانوني معترفا به لتسوية المنازعات التي يوجد بشأنها اتفاق التحكيم .
8. القاضي الوطني بتدخله في تعيين المحكم يلعب دور القاضي المساعد ، وهذا مفهوم جديد لوظيفة القاضي الوطني إزاء خصومة التحكيم .
9. المشرع الجزائري كغيره من الأنظمة خول المحتكمين الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم .
10. تلعب إرادة الأطراف دور هام في تحديد سلطات المحكم حتى لا يتعسف المحكم في تحديده لهذه السلطات .

<u>ثانياـ التوصيات :</u>

1. على اطراف الخصومة القيام بتحديد أهم المسائل التي تحكم سير العملية التحكيمية كتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع وعدم ترك أمر تحديده للمحكم حتى لا تطبق هيئة التحكيم قانون يتعارض وتوقعاتهم .
2. عدم ترك الحرية المطلقة و مبدأ سلطان الإرادة في تسيير العملية التحكيمية .
3. وضع نظام دقيق ينظم ويحدد أهم السلطات التي يتمتع بها المحكم أثناء قيامه بدوره.
4. انشاء مؤسسات ومراكز تقوم بتدريب المحكمين وضمان كفاءتهم لهذا النوع من القضاء.

المنارة للاستشارات

5. وضع حملات تحسيسية للتعريف بهذا النوع من القضاء الخاص ، لما له من أهمية في المعاملات التجارية والحياة الاقتصادية والمعاملات المالية ، فضلا عن السمات التي يتمتع بها وهي سرعة الفصل في المنازعات على عكس القضاء العادي .

الـــــهوامش:

---

1. مقال :فيصل عبد الحافظ الشوابكة ،محمد خلف بني سلامة ، الطبيعة القانونية للتحكيم ،مجلة دفاتر السياسة والقانون ،جامعة ورقلة ، العدد 12 ، 2015، ص 17.
2. أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الاتجاه في حكمها الصادر عام 1812 أيدت فيه الصفة التعاقدية للتحكيم برمته منذ ابرام وثيقة التحكيم الى صدور القرار .
3. محمود السيد عمر التحيوي ، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، الطبعة الأولى ،منشأة المعارف مصر ، 2003 ،ص 50.
4. وان أسندت مهمة المحكم في وجودها لاتفاق التحكيم.
5. مقال :فيصل عبد الحافظ الشوابكة ،محمد خلف بني سلامة، المرجع السابق ، ص 18.
6. يبدأ باتفاق ثم ينتهي بقضاء حكم المحكم .
7. محمود السيد عمر التحيوي،المرجع السابق ، ص 60.
8. يقول الدكتور أحمد أبو الوفاء :(أن التحكيم لا يعتبر بمثابة وكالة أو صلح أو خبرة ، وانما هو عقد له ذاتيته المستقلة تماما عن سائر العقود المتقدمة ، ويختلف عنها من ناحية أركانه وانعقاده وآثاره على الخصوم جميعا ، وهم لا يملكون التدخل في عمله ، وقد يحكم على أحد طرفي الخصومة بكل ما طلبه الآخر ، ولهذا يختلف تمام الاختلاف عن الوكيل والخبير والمصالح).
9. قانون رقم :08-09 المؤرخ في : 25 فيفري 2008 ،المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جريدة رسمية رقم 21 .
10. قانون رقم :08-09 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع نفسه .
11. أساس التفرقة هو اتفاق التحكيم ذاته فحيث يشير الاتفاق الى تسوية النزاع عن طريق تحكيم مؤسسة تحكيمية ما ، نكون أمام تحكيم مؤسسي والا كان التحكيم حرا ، فمعيار التفرقة هو شكلي من حيث وجود مثل تلك الإشارة أو عدم وجودها في اتفاق التحكيم .
12. قانون رقم :08-09 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق .
13. أعطى المشرع الجزائري للأطراف المتخاصمة مكنة الاتفاق على اختيار محكم واحد ، أو أكثر بشرط أن يكون العدد وترا .
14. قانون رقم :08-09 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق .
15. التحكيم المؤسسي هو منح المتخاصمين مهمة الفصل في النزاع الى مراكز التحكيم ، كمركز لاهاي ،أو غرفة التجارة الدولية بباريس ،أو محكمة التحكيم لندن ،أو مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، او غيرها

المنارة للاستشارات

من مراكز التحكيم الدائمة. أنظر : معوض عبد التواب ، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى ،دار الفكر الجامعي ، مصر ، 1997 ، ص ص 205 وما بعدها .

16. قانون رقم :09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق .
17. قانون رقم :09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق .
18. أحمد بلقاسم ، التحكيم الدولي ، الطبعة الأولى،دار هومه، الجزائر، 2005 ، ص103.
19. المادة 1044 من القانون رقم :09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق .
20. المادة 1043 من القانون رقم :09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق ،للمزيد أنظر مقال :فؤاد ديب،المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية ،المجلد 24 ،العدد الثاني ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ،2008 ، ص 40 وما بعدها .
21. المادة 1046 من القانون رقم :09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق.،لزهر بن سعيد ،كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة ، الطبعة الأولى ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ،2010 ،ص 202.
22. المادة 1047 من القانون رقم :09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق .
23. المادة 1048 من القانون رقم :09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق .
24. المادة 1021 من القانون رقم :09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق
25. المادة 1048 من القانون رقم :09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق،لزهر بن سعيد ، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق ، ص 187 وما بعدها .
26. المادة 1030 من القانون رقم :09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق .
27. المادة 2/1030 من القانون رقم :09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق .
28. ـــــــــــــــــــ، المرجع السابق،لزهر بن سعيد ، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق ، ص ص(304. 305) .

المنارة للاستشارات