الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية **ميدان: الحقوق**

قسم الحقوق **تخصص: قانون اعمال**

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر أكاديمي بعنوان:

التعاون بين القضاء والتحكيم في مجال جمع الأدلة

إعداد الطالبة: **إشراف الأستاذ:**

سفار طبي نوال **د/ العيساوي حسين**

لدغم شيكوش سمية

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
		رئيسا
د/العيساوي حسين		مشرفا ومقررا
		ممتحنا

السنة الجامعية: 2021-2022

ملحق بالقرار رقم .....1082..... المؤرخ في .....2020 - 12 - 17.....

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): سفاري ضحى نوال الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالب

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 206681131 والصادرة بتاريخ 2021-04-28

المسجل(ة) بكلية / معهد: الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).

عنوانها: مذكرة ماستر بعنوان: التحرش في مجال التعليم العالي والبحث العلمي

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2022/06/20

توقيع المعني(ة)

ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 27 ديسمبر 2020

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): لدغم نسرين سميرة الصفة: طالب. أستاذ. باحث الاسم واللقب حسين

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم 1 1 3 7 0 3 5 0 1 0 0 3 والصادرة بتاريخ .....

المسجل(ة) بكلية / معهد حقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج. مذكرة ماستر. مذكرة ماجستير. أطروحة دكتوراه).

عنوانها: مذكرة ماستر الحماية الجنائية للأبناء في التشريع في مجال جرائم الأسرة .

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 2022/06/20

توقيع المعني (ة)

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: سميحة اللقب: لدغم تشكوش

اسم الأب: عبد الحميد اسم ولقب الأم: أحمد مي شناعة

تاريخ الازدياد: 1997/04/03 مكان الازدياد: المسيلة

رقم الهاتف: 06.96.29.26.60

البريد الالكتروني: /

العنوان الشخصي: /

الباكالوريا:

المعدل: 10,44 الشعبة/التخصص: آداب وفلسفة" سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 2017

الليسانس:

تخصص الليسانس: قانون خاص الدفعة/سنة التخرج: 2020

الماستر:

تخصص الماستر: قانون أعمال الدفعة/ سنة التخرج: 2022

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: ☐ عاطل عن العمل: ☑

في حالة موظف:

وظيف عمومي: قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل:

الصيغة:

موظف دائم: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

إمضاء الطالب

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: نوال اللقب: سقار رجلي

اسم الأب: خالد اسم ولقب الأم: نانسي عبلة

تاريخ الازدياد: 1998/10/10 مكان الازدياد: المسيلة

رقم الهاتف: 0675319693

البريد الالكتروني: namelsafer84@gmail.com

العنوان الشخصي:

الباكالوريا:

المعدل: 11,67 الشعبة/التخصص: علوم تجريبية سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 2017

الليسانس:

تخصص الليسانس: قانون خاص الدفعة/سنة التخرج: 2020

الماستر:

تخصص الماستر: قانون اعمال الدفعة/ سنة التخرج: 2022

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: ☐ عاطل عن العمل: ☑

في حالة موظف:

وظيف عمومي: قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل:

الصيغة:

موظف دائم: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

شكر وعرفان

الحمد لله الذي وفقنا لإتمام هذه المذكرة، وأعاننا على إنجازها فله الحمد كله كما يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه. فالله مالك الحمد وحدك دون غيرك والشكر لك قبل غيرك،نحمدك ونشكرك على كل ما انعمت به علينا.

اعترافا بالفضل لأهل الفضل ومن منطلق من لا يشكر الناس لا يشكر الله فإننانقدم خالص الشكر والتقدير لأستاذنا الفاضل الدكتور العيساوي حسين، على تحمله معنا عبء الإشراف على هذا العمل علميا ومنهجيا وعلى ما أفادنا به من نصائح وإرشادات قيمة، فقد كان نعم الناصح والمرشد. كما لا ننسى الأساتذة الأجلاء الذين سيتولون مناقشة هذه المذكرة وتقييمها ، فلهم منا فائق التقدير والاحترام .

كما نتقدم بجزيل الشكر والتقدير لكل من كان له أثر في إنجاز هذا العمل .

إهداء

أهدي ثمرة جهدي هذه إلى أعز وأغلى إنسانة في حياتي ,التي أنارت دربي بنصائحها

وكانت بحرا صافيا يجري بفيض الحب

إلــى أمــي الحبيبة

إلى من منحني القوة والعزيمة، لمواصلة الدرب، إلى من علمني الصبر

والاجتهاد، إلى الغالي على قلبي

أبـــــــــــــي

إلى زوجي الحبيب بسام حفظه الله لي

إلى إخواني وأختي إلى كل العائلة الكريمة

إلى من ساعدني في كتابة هذه المذكرة، إلى كل الأشخاص الذين أحمل لهم المحبة و التقدير

إلى كل من نسيه القلم وحفظه القلب

والى زميلتى لدغم شيكوش سمية و الأستاذ المشرف العيساوي حسين

سفار طبي نوال

إهـــــــــــــــداء

اللهم ان اصبت فبفضلك وان أخطأت فمني ومن الشيطان أما بعد:

الى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة الى نبي الرحمة ونور العالمين

سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

الى الذي علمني ان الحياة صبر وكفاح، الى الذي زرع في روحي حب النجاح

ابي الغالي أطال الله في عمره

الى الذي اقترن اسمها بالجنة، الى التي ارادتني ان اضع بصمتي في الوجود الى سندي وقوتي في الحياة

" **امي الحبيبة اطال الله في عمرها**"

الى من أكبر واعتز وارفع رأسي افتخارا بهم، الى من بوجودهم اكتسب قوة ومحبة لا حدود لها

اخواتي وأخوتي (مصطفى، فاطمة، مريم، محمد، خالد، هاجر)

إلى زوجي ورفيق دربي **بلال** حفظه الله ورعاه وأطال الله في عمره

وإلى صديقتي و زميلتي في العمل **سفار طبي نوال** وإلى أستاذي **العيساوي حسين**

مقدمة:

يعد التحكيم أحد وسائل فض المنازعات الخاصة، التي تثور في المجتمع على المستوى الداخلي أو الدولي،ولعل لتأثير العولمة والمنافسة الاقتصادية الحرة واستجابة لطلب الفاعلين الاقتصاديين،العامل المحفز لمعظم الدول لكي تتبناه كآلية بديلة في حل النزاعات بالنظر لما يتسم به من مزايا عديدة ، على عكس القضاء الذي يشكو من تعقيد وطول الإجراءات المسيرة للدعوى .

إن وضع عقود التجارة الدولية يراعى فيه حقائق الحياة العملية بحثا عن الحلول للمشاكل العملية التي تصادفها اطرافها ، كما يراعى فيها مطابقة هذه الحلول لاحتياجات التجارة الدولية بعكس القاعدة التشريعية بما تتصف به من عمومية، لكنها لا تمكن القضاء الوطني من مواجهة جميع الحالات المتصور وقوعها عملا في هذه العقود،والتي نظرا لصفتها الدولية المستمدة من طبيعة العلاقة التي يحكمها ، وتمتعها بالمرونة اللازمة تجعلها شريعة عامة تمثل إرادة المتعاقدان، إذا تجسد مبدأ حرية التعاقد في جميع القوانين الوطنية في نطاق التجارة الدولية وقبول التحكيم التجاري الدولي وسيلة وحيدة لتسوية الخلافات الناشئة عنها، مع مراعاة جميع الدول شرط التحكيم في المنازعات التحكيمية، والاعتراف بكل الأحكام الصادرة من هيئاتها.

إن التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفض المنازعات يوفر الحماية القانونية بإجراءات ميسرة ومواعيد معقولة، بعيدا عن سوء النية في الخصومة، وبالرغم من أن المحكم يؤدي المهام ذاتها التي يقوم بها القاضي، إلا أنه كشخص عادي لا يتمتع بسلطة الجبر والإكراه التي يتمتع بها القاضي، وعليه فإن ضمان فعالية التحكيم و احترام الآثار المترتبة عليه يقتضي تعاونا وثيقا بين القضاء وهيئات التحكيم.

إن أول دور يقوم به القاضي تمكينا لنظام التحكيم، هو امتناعه عن نظر الدعوى المشمولة باتفاق التحكيم لعدم الاختصاص، ثم تقديم يد المساعدة لأطراف خصومة التحكيم من خلال المساعدة في تعيين المحكمين، أو لهيئة التحكيم أثناء مرحلة سير إجراءات التحكيم، إذ يبقى الأخير في حاجة إلى تدخل الهيئة القضائية لمساعدته في

فض المنازعات حيث يمارس القاضي الوطني دورا هاما في تذليل الصعوبات التي يعرفها نظام التحكيم التجاري الدولي، بداية بتشكيل هيئة التحكيم، ومباشرة المحكمين لمهامهم إلى غاية صدور حكم التحكيم والأمر بتنفيذه، غير أنه سيتم التركيز من خلال هذه الدراسة على أمرين: يتعلق الأول منهما باتخاذ أحد التدابير الوقائية أو التحفظية، سواء كانت صادرة من القاضي أو من هيئة التحكيم، وثانيهما مساعدة القاضي الوطني في مجال الحصول على الأدلة وتحقيقها. وبالتالي تكمن إشكالية البحث في:**مدى تدخل القاضي في الخصومة التحكيمية؟ وماهي مجالات مساعدة القضاء لهيئة التحكيم للحصول على الأدلة؟**

أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية موضوع الدراسة في العناصر التالية:

_ تكمن أهميته في البحث في حقيقة أحكام الدور المساعد للقضاء الوطني في الخصومة التحكيمية في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة.

_ معرفة مدى تدخل القضاء في حل المسائل التي تعيق هيئة التحكيم في القيام بمهامها.

_ بيان أوجه مساعدة القاضي لهيئة التحكيم في مجال الحصول على الأدلة.

_ بيان دور القضاء العادي في التحكيم التجاري الدولي.

أسباب اختيار الموضوع

يستند موضوع البحث إلى مجموعة من الأسباب التي أدت بنا إلى اختياره والمتمثلة في:

الأسباب الذاتية

_ الاهتمام الشخصي بالموضوع الخاص بالتحكيم التجاري الدولي.

_ الاهتمام بمجال القضاء ومحاولة بيان إحدى الموضوعات غير المتداولة كثيرا والتي تخص تدخل القضاء في التحكيم التجاري الدولي.

الأسباب الموضوعية

_ اعتبار التحكيم التجاري الدولي من مواضيع الساعة خاصة بعد توسع وانتشار التجارة الدولية خاصة فيما يتعلق بالمجال القانوني و الاقتصادي.

_ محاولة معرفة حقيقة العلاقة بين القضاء والتحكيم التجاري الدولي والتعرف على مختلف المسائل التي تظهر من خلالها هذه العلاقة.

طبيعة الموضوع في حد ذاته تثير عدة تساؤلات تقترن بمدى أهمية القضاء في معاونة التحكيم التجاري الدولي.

أهداف الدراسة

يتجلى الهدف من هذه الدراسة فيما يلي:

_ بيان مدى انسجام وتوافق واتساق دور القضاء الوطني في التحكيم التجاري الدولي مع طبيعة التحكيم.

_ بيان مختلف صور تدخل ومساعدة القضاء لهيئة التحكيم التجاري الدولي.

الدراسات السابقة:

إن التطرق لدراسة موضوع التعاون بين القضاء والتحكيم في مجال جمع الأدلة وجمع المادة العلمية حوله والاستدلال بها من أجل التوصل إلى الاجابة على إشكالية البحث، تكمن في دراستين والمتمثلتين في:

_ دراسة قام بها الطالب / حفيظ قطاف التي تقدم بها كمذكرة ماجستير في القانون الخاص فرع قانون أعمال بعنوان مجال تدخل القضاء في خصومة التحكيم التجاري الدولي على ضوء قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري (08_09) جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2 لسنة 2014_2015.

_ مقال الاستاذ العمري خالد بعنوان مجال تدخل القاضي الوطني في سير إجراءات خصومة التحكيم التجاري الدولي في عقد الفرنشيز.

بالإضافة إلى بعض الكتب والتي ساعدتنا في التوصل للمعلومات.

صعوبات البحث

من خلال مسار البحث وجمع المعلومات وتنظيم الأفكار المتعلقة بالموضوع، فإننا واجهنا بعض الصعوبات من أجل الإحاطة بموضوع البحث، وذلك بسبب :

_ قلة المراجع الخاصة بهذا الموضوع مما أدى إلى عرقلة دراستنا لهذا الموضوع.

_ عدم وجود أحكام تحكيمية في هذا الخصوص للاستدلال بها .

المنهج المتبع في البحث

تم الاعتماد في هذه الدراسة على المنهج التحليلي الوصفي، لتحديد المفاهيم التي تنطوي عليها الدراسة وبيان شروطها ودراسة بعض النصوص القانونية المتعلقة بهذا الموضوع وتحليلها للوصول إلى النتائج. وعلى هذا الاساس ولطبيعة الدراسة فإننا سنقسم البحث إلى فصلين:

الفصل الأول: خُصِصَ لدراسة دور القاضي في انعقاد وسير الخصومة التحكيمية.

الفصل الثاني: خصصناه لدراسة تدخل القضاء في مساعدة هيئة التحكيم لأجل تحصيل الأدلة وتحقيقها.

الفصل الأول

الفصل الأول

دور القاضي في انعقاد وسير الخصومة التحكيمية

كرس المشرع الجزائري في قانون إجراءات مدنية وإدارية فلسفة جديدة التي يمكن للقضاء تعميق مساعدته في الخصومة التحكيمية من خلال قوانين ونصوص يبرز لنا أن تذليل القاضي للصعوبات ومساعدته للأطراف غير مقصور فقط من مرحلة سير العملية التحكمية بل يسبقه الى تنفيذ إتفاق التحكيم في حال الاختلاف حوله أو محاولة التملص منه، أي التدخل القضائي في انعقاد الخصومة التحكيمية وهذا بتشكيل الهيئة ومباشرتها لمهامها.

وهذا التوجه المساعد للقضاء لا يجد في الحقيقة فكرا أو توجها مستحدثا بموجب القانون الجديد وإنما سبق للمشرع. أن يكرسه في المرسوم التشريعي 09/93 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الملغى.

يقتضي منا بالضرورة بيان أوجه هذا التدخل لانعقاد الخصومة التحكيمية (المبحث الأول) ثم بعدها بيان سير الخصومة التحكيمية (المبحث الثاني). وبيان ما أخذت به بعض التشريعات والاجتهاد القضائي المقارن.

المبحث الأول: دور القاضي في انعقاد الخصومة التحكيمية الدولية

إن القضاء والتحكيم تحكمهما علاقة لابد أن تكون متصلة ويظهر هذا الاتصال خلال كل مراحل التحكيم وإذا كان القضاء يقوم بدور المراقب عن التحكيم عند صدور حكم التحكيم، فإن ذلك لا يعني أبدا أن القضاء يقف دوره عند هذا الحد، بل يلعب دورا هاما في العملية التحكمية منذ بدئها حتى انتهائها.

وانطلاقا من فلسفة التحكيم وأهدافه فإن التشريعات الحديثة تنظم العلاقة بين القضاء والتحكيم لتوضيح من جهة أوجه المساعدة والمؤازرة بينهما ومن جهة أخرى حدود الرقابة والإشراف على التحكيم بهدف إرساء الضوابط والمقومات التي تكفل حسن سير التحكيم وتحقيق أغراضه ويعد هذا الإتجاه دليلا عن أهمية الدور الذي يمكن أن يؤديه القضاء اتجاه التحكيم، فالقضاء له دور هام وفعال لصالح إنجاز التحكيم[1].

وبالإضافة إلى المساعدة الأولية نجد أن القاضي يساهم من زاوية أخرى مساهمة مباشرة في الدفع بعقد الخصومة، في حال وجود مشاكل تتعلق بشكل الهيئة التحكيمية التي بانعقادها تباشر إجراءات الخصومة والفصل في النزاع وهذه المساعدة الأخيرة تعد من بين أهم أوجه المساعدة الإبتدائية والسابقة لانعقاد الخصومة التحكيمية وقد نصعليها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في تنظيم خاص[2].

---

[1] عامر فتحي البطانية، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق–جامعة عمان الأهلية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الإصدار الأول، 2008.

[2] حفيظ قطاف، مجال تدخل القضاء في خصومة التحكيم التجاري الدولي على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري(08_09)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون أعمال، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2 ، سنة 2014_2015، ص13

ومن هنا تكون مساعدة القاضي للأطراف الأولية بتجسيد احترام إرادتهم في اختيارهم للتحكيم كوسيلة بديلة الفصل في النزاع.

ويقتضي منا بالضرورة بيان الدعوى التحكمية والقانون الواجب التطبيق (المطلب الأول) وكيفية رد الدعوى لعدم الإختصاص، ثم بعدها بيان كيفية رد المحكمين وعزلهم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: كيفية رد الدعوى لعدم الإختصاص.

يعد تطبيق عدم اختصاص القاضي بنظر النزاع المشمول باتفاقية تحكيم من التطبيقات الضرورية والجوهرية التي تكرس فعالية التحكيم، ولذلك عملت الإتفاقيات الدولية والمراكز الدولية للتحكيم والتشريعات على النص على ذلك، وأهمية هذه القاعدة وما تقتضيه من ضرورة الإلمام بتفاصيلها من القاضي بإعتباره المعني بتطبيقها لاسيما في ظل وجود إستثناءات قد يساء تفسيرها وبالنتيجة الإضرار بوسيلة التحكيم كآلية بديلة للفصل في المنازعات، فإننا سنحدد معالم هذه القاعدة ومصادرها مع كيفيات تطبيقها. مع مراعاة قواعد إجراءات محددة نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وتبنتها معظم التشريعات المقارنة.

و بقراءة نص المادة1045 من القانون المذكور: "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" يتبين لنا أنها تثير مسألتين هامتين وجب مراعاتهما عند التطبيق، الأولى تتعلق بمدى جواز إثارة القاضي لعدم

إختصاصه من تلقاء نفسه أي مدى تعلق القاعدة بالنظام العام. والثانية تتعلق بالشروط الواجب إحترامها من الأطراف لإثارة هذه القاعدة[1].

بالنسبة إلى مدى تعلق قاعدة عدم الإختصاص فإن التحكيم مبني على إرادة الأطراف في حل النزاع المثار بينهم بناء على هذا الطريق الخاص ويمكنهم في كل الأحوال باتفاقهم التراجع عنه واللجوء إلى قضاء الدولة، ولهذا السبب فليس للقاضي أن يثير عدم اختصاصه تلقائيا في ظل وجود اتفاق تحكيم، إذ ذلك يعد تنازلا وتخليا منهما عن الإتفاق، وبالتالي لا يمكنه أن يثير عدم إختصاصه بنظر النزاع ويستدل بعقد تخلى عنه طرفاه.

إذا، فالقاضي يكون مقيدا بالمصلحة الخاصة لأطراف النزاع وليس له مناقشة أو إثارة مسألة قانونية تتعلق بعدم اختصاصه وينطق بها من تلقاء نفسه دون أن يتمسك بها الأطراف، فذلك يجعل من الحكم المنطوق به معيبا ويعرضه للنقض طبقا للمادة 358 من (ق إ.م.إ.ج)

ومقارنته بالتشريعات الأخرى كالتشريع الأردني مثلا نجده أيضا ينص في المادة 12 << على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا ما دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى>>.ومن صريح النص فإنه إذا ما عرض النزاع على المحكمة متفق بشأنه على عرضه على التحكيم فإن على المحكمة أن تحكم برد الدعوى ونقلها إلى هيئة التحكيم ويحدث إتفاق التحكيم هذا الأثر سواء كان سابقا على رفع الدعوى أو لاحقا له، ولا يعني إحجام النزاع عن ولاية القضاء فإن المحكمة المختصة تقصر يدها كليا عن التحكيم

[1] حفيظ قطاف، مجال تدخل القضاء في خصومة التحكيم التجاري الدولي على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري(08_09)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون أعمال، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2 ، سنة 2014_2015، ص13

إذ تظل تقدم له بعض الخدمات اللازمة مع قدر من الرقابة والإشراف حددها قانون التحكيم الجديد[1].فإذا ما عرض على القاضي الأردني نزاع ولم يتمسك أطرافه بوجود شرط التحكيم، فإن عليه أن يفصل في الدعوى وإلا عد منكرا للعدالة، وقد أجمع الفقه على أنه لا يجوز للقاضي أن يمتنع من تلقاء نفسه عن الفصل في الدعوى في غيبة دفع من المدعى عليه بالإتفاق على التحكيم هنا يجب العودة أولا إلى الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية نيويورك وقد جاء في الفقرة الثالثة المادة (2) منها على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل إتفاق بين 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 وغير قابل للتطبيق.

كما تنص الفقرة الأولى من المادة الثانية من إتفاقية نيويورك عن أنه " تعترف كل دولة متعاقدة بإتفاق الأطراف المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم.

ومن النصين السابقين فإن الاتفاقية تلزم محاكم الدول الأعضاء بالاعتراف باتفاق التحكيم، وتمنع محاكمها من نظر النزاع متى اتفق الأطراف على حله بالتحكيم ويكون على القاضي الأردني أن يحكم بإحالة النزاع على التحكيم إذا وجد أن هنالك إتفاق تحكيم بين الأطراف[2]. وفي هذا السياق اخذنا نموذجين للقانون هما النموذج الجزائري والنموذج المصري على التوضيح التالي :

[1] عامر فتحي البطانية، مرجع سابق، ص70.

[2] عامر فتحي، مرجع سابق، ص71.

أولا / موقف المشرع المصري من مبدأ الإختصاص بالإختصاص

لقد إعتنق المشرع المصري مبدأ الإختصاص بالإختصاص على غرار بعض التشريعات الوطنية، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 22 من قانون التحكيم المصري على أن: " تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود إتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه ".لهذا فإنه إذا دفع الطرف الذي قدم ضده طلب التحكيم بعدم إختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع استنادا إلى بطلان اتفاق التحكيم، أو قابليته للإبطال، فإن هيئة التحكيم تختص بالنظر في مسألة اختصاصها.

ويرمي مبدأ الاختصاص بالاختصاص إلى تمكين هيئة التحكيم من الفصل في النزاع دون تعطيل سبب رفع الدعوى أمام محاكم الدولة يتعلق باتفاق التحكيم، مما يفسح المجال لمن يريد إعاقة إعمال هذا الاتفاق، وتطبيقا لهذا المبدأ لا يجوز أن يطلب أي من الطرفين من هيئة التحكيم وقف إجراءات التحكيم، حتى يتم الفصل في دعوى البطلان المرفوعة بشأن إتفاق التحكيم أمام القضاء، فنصت المادة 1/22 من قانون التحكيم المصري على اختصاص هيئة التحكيم بالنظر في مسألة اختصاصها ولو كان الدفع مبنيا على عدم وجود[1]إتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه يعبر عن إرادة المشرع الصريحة في عدم جواز قيام هيئة التحكيم بوقف الخصومة إلى حين الفصل في مسألة وجود أو صحة اتفاق التحكيم من المحكمة المختصة.

وقد أثير أمام محكمة استئناف القاهرة دفع بعدم دستورية المادة 22 من قانون التحكيم، استنادا إلى مخالفتها للمواد (165-166) الخاصة باستقلال السلطة

[1] لزهر بن سعد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، صف 5/408، الإيداع القانوني 2012، 2758/، ص 85-86.

القضائية وكذلك المادة (68) الخاصة بحق المواطن في الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي وذلك على أساس أن ما جاءت به يفقد هيئة التحكيم استقلالها إذ يجعل للمحكمين مصلحة شخصية في رفض الدفع بعدم الاختصاص حرصا منهم في الحصول عن أتعابهم كاملة.

ثانيا/ موقف المشرع الجزائري من مبدأ الإختصاص بالإختصاص:

باستقراء نص المادة 1044 من ق.إ.م.إ الجزائري يظهر جليا اعتراف المشرع الجزائري بمبدأ الاختصاص بالاختصاص حيث نصت على أنه "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعد الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي، إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع". فمن الواضح تبني المشرع الجزائري لمبدأ الاختصاص بالاختصاص ليس مطلقا. حيث أنه اشترط لكي تفصل هيئة التحكيم في اختصاصها بنظر النزاع عدم قيام أي طرف من أطراف التحكيم بإبداء أي وجه من أوجه الدفاع أمامها بشأن اختصاصها في نظر النزاع.وبالتالي فإنه عند مباشرة هيئة التحكيم مهمة الفصل في النزاع فإنه يتحتم على القاضي الذي ترفع أمامه دعوى بطلان أو عدم وجود إتفاق التحكيم، الحكم بعدم الإختصاص أما إذا لم تتصل هيئة التحكيم بالنزاع، فيمكن للقاضي النظر في البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم، ورفض الحكم بعدم الاختصاص، فثبوت البطلان أمام القاضي يجب أن يفتح الباب أمامه لطرح اتفاق التحكيم و استعادة اختصاصه الذي لا يصح أن يفقده إلا بوجود اتفاق تحكيم صحيح، وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي كذلك.

كما وضع المشرع الجزائري قيدا ثانيا على سلطة هيئة التحكيم في البت في اختصاصها حيث اشترط أن يكون الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم[1] فيما يخص تحديد اختصاصها مهما أوليا إلا أنه إستثنى من ذلك الأحكام التي تصدر بشأن الفصل في الدفع بعدم الإختصاص إذا كان مرتبطا بموضوع النزاع فوجب أن يكون الفصل في هذه الدفوع بحكم نهائي.

وخلاصة القول أن تقرر مبدأ الإختصاص بالإختصاص، يهدف إلى عدم إعاقة سير خصومة التحكيم، فالهيئة لا توقف سير الإجراءات لحين فصل القضاء في الأمر، بل لها أن تواصل نظر النزاع إذا ما قدرت أن هذه الدفوع يرجى من ورائها المماطلة و إطالة أمد النزاع.

كما لا يمكن الاحتجاج بهذه المبررات لمنع القاضي من التحقق من صحة، أو بطلان إتفاق التحكيم بل على العكس تبرر تأكيد سلطته لأن رفع الأمر اليه لن يكون سببا لوقف أو منع سير إجراءات التحكيم، إلا إذا تبين للقاضي بطلان إتفاق التحكيم فتصدى للموضوع وأصدر فيه حكما أصبح نهائيا ففي هذه الحالة يتحتم على هيئة التحكيم إنهاء الإجراءات لأن استمرارها سيصبح لا جدوى منه. لأنها لو استمرت وأصدرت حكما في موضوع النزاع فلن يتسنى تنفيذه لتعارضه مع حكم سبق صدوره من القضاء[2].

الفرع الأول: قاعدة عدم الإختصاص القضائي

يعد تطبيق قاعدة عدم إختصاص القاضي بنظر النزاع المشمول بإتفاقية تحكيم من التطبيقات الضرورية والجوهرية التي تكرس فعالية التحكيم، ولذلك عملت الإتفاقيات

[1] لزهر بن سعيد، التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص87

[2] لزهر سعيد، التحكيم التجاري الدولي، نفس المرجع السابق، ص88.

الدولية والمراكز الدولية للتحكيم والتشريعات على النص عليها، ولأهمية هذه القاعدة وما تقتضيه من ضرورة الإلمام بتفاصيلها من القاضي، باعتباره المعني بتطبيقها لا سيما في ظل وجود استثناءات قد يساء تفسيرها، بالنتيجة الإضرار بوسيلة التحكيم كآلية بديلة للفصل في المنازعات.

وبهذا فإننا سنحدد معالم هذه القاعدة ومصادرها مع كيفيات تطبيقها.

أولا: مصادر قاعدة عدم الإختصاص القضائي

عندما كان التحكيم التجاري الدولي آلية فعالة للفصل في المنازعات فإن القاعدة محل التحليل فهي إلتزاما فوضه القانون، فكان مصدر القاعدة ما تعاهدت عليه الدول.

1. المعاهدات الدولية

كرست المعاهدات الدولية قاعدة الإختصاص، وذلك إبتداءمن بروتوكول جنيف لعام 1923، الذي دعا المحاكم الوطنية إلى إحالة النزاع عن التحكيم متى تبين لها أنه مشمول بعقد تحكيمي[1] كما أن إتفاقية نيويورك الموقعة عام 1958 والتي انضمت إليها الجزائر سنة 1988 سدت الباب أمام إمكانية لجوء أحد الأطراف إلى رفع دعوى قضائية لحل النزاع في ظل وجود إتفاق التحكيم فضلا على أن المحاكم الوطنية للدول الأعضاء تكون تحت حظر قاطع بخصوص ذلك، على أن تراعى الاستثناءات المتعلقة باتفاق التحكيم في حد ذاته[2].

[1] عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم (التحكيم الدولي)، الكتاب الأول منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط3، 2008.

[2] قطاف حفيظ، أطروحة الماجستير، المرجع السابق، ص16.

وكذلك الشأن بالنسبة لقانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعتمد من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بتاريخ21-06-1985 في المادة الثامنة منه.

إن هذه النصوص الدولية وأخرى كان لها الأثر المباشر في التزام الدول بها داخل تشريعاتها الداخلية، وهذا تنفيذا لالتزاماتها الدولية الملقاة على عاتقها.

2/التشريعات الوطنية

تعترف غالبية التشريعات الوطنية للدول بقاعدة عدم الاختصاص سواء كان ذلك تنفيذا لالتزاماتها الدولية المصادق عليها أو إيمانا منها بجدواها في تكريس فعالية التحكيم ونجد من ذلك:

في التشريع المصري تم الأخذ بالقاعدة في المادة 13 من القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد التجارية والمدنية في التشريع الفرنسي تم الأخذ بالقاعدة في المادة 1458 من قانون الإجراءات المدنية الجديد. في التشريع التونسي تم الأخذ بالقاعدة في المادة 52 من القانون التونسي للتحكيم لسنة 1993. أما القانون الإنجليزي فإنه يعتبر أن أي اتفاق ينزع الإختصاص عن قضاء الدولة يعد باطلا وأن الاتفاق التحكيمي يؤخر فقط سلطة المحاكم القضائية بالنظر في النزاع لحين نظر الهيئة التحكيمية.

أما قانون الإجراءات الجزائري فقد أسس لهذه القاعدة في المادة 1054 وما يلاحظ مبدئيا أن هذا النص جاء مخالف صياغيا للمادة 485 مكرر8 من ق.إ.م الملغى والتي كانت تنص على أن: "تكون دعوى التحكيم معلقة عندما يرفع أحد الأطراف دعوى أمام المحكم أو المحكمين المعنيين في إتفاقية التحكيم، أو عندما يباشر أحد

الأطراف إجراء في تأسيس محكمة التحكيم في حالة غياب مثل هذا التعيين يكون القاضي غير مختص للفصل في الموضوع متى كانت دعوى التحكيم معلقة".

إن هذا النص بهذه الصياغة كان محل نقد كبير بالنظر إلى كونها لم تحسم المسألة بشكل واضح، فهي توحي بأن القاضي له أن يتمسك باختصاصه رغم وجود إتفاق التحكيم بإستثناء إن تم إخطار الهيئة التحكيمية للسير في الخصومة فإن دعوى التحكيم تكون معلقة إلى حين إستكمال هذه الاجراءات ولا يجوز للقاضي الفصل في النزاع إذا رفع أمامه إذ يكون غير مختص بنظره وماعدا ذلك أي بعد إستكمال تشكيل الهيئة له أن يتصدى للموضوع حتى وإن كان النزاع مشمولا بإتفاق تحكيم وهو ما يفرغ النص من محتواه وفيه تناقض مع نص المادة 2 الفقرة 3 من إتفاقية نيويورك المنوه عنها سلفا، والتي صادقت عليها الجزائر.

ويرى الدكتور نور الدين بن الشيخ أن عدم إختصاص القاضي يعد مطلقا بمجرد إبرام إتفاقية التحكيم، وأن المشرع في هذا النص كان أكثر ليبرالية من إتفاقية نيويورك التي تشرط إثارة عدم الإختصاص من أحد الأطراف (المادة الثانية الفقرة الثالثة منها)

وبالنظر إلى هذا الفراغ القانوني حاول المشرع تدارك الوضع في النص الجديد إلا أننا قد نتساءل فيما إذا كان النص الجديد تطبيق أحكامه من طرف القضاء يتطلب اجتهادا أم إن فيه من الوضوح ما يغني عن ذلك؟

هذا ما سندركه عند تحليلنا لكيفية تطبيق القاعدة[1].

[1] قطاف حفيظ، مذكرة ماجستير، نفس المرجع السابق، ص18 -19.

ثانيا: كيفية تطبيق قاعدة عدم الإختصاص

بقراءة نص المادة 1045 من (ق.إ.م.إ): "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع. إذا كانت الخصومة التحكمية قائمة، أو إذا تبين له وجود إتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف" يتبين لنا أنها تثير مسألتين هامتين وجب مراعاتهما عند التطبيق، الأولى تتعلق باتصال هذه القاعدة بالنظام العام والثانية بمدى جواز إثارة القاضي لعدم إختصاصه من تلقاء نفسه.

1-مدى تعلق قاعدة عدم الإختصاص بالنظام العام

التحكيم مبني أساسا على إرادة الأطراف في حل النزاع المثار بينهم بناء عن هذا الطريق الخاص ويمكنهم في كل الأحوال باتفاقهم التراجع عنه واللجوء إلى القضاء الدولة ولهذا السبب فليس للقاضي أن يثير عدم إختصاصه تلقائيا في ظل وجود إتفاق تحكيم. اذ يعد ذلك تنازلا وتخليا منهما عن الاتفاق، وبالتالي لا يمكنه أن يثير عدم اختصاصه بنظر النزاع ويستبدله بعقد تخلى عنه طرفاه.

إذا فالقاضي يكون مقيدا بالمصلحة الخاصة لأطراف النزاع وليس له مناقشة أو إثارة مسألة قانونية تتعلق بعدم إختصاصه وينطق بها من تلقاء نفسه دون أن يتمسك بها الأطراف، فذلك يجعل من الحكم المنطوق به معيبا ويعرضه للنقض طبقا للمادة 358 من ق.إ.م إ وعلى ذلك ولما كانت الإجتهادات الفقهية و القضائية تجعل من المسائل التي يثيرها القاضي من تلقاء نفسه على غرار عدم الإختصاص النوعي مثلا ، أو الصفة....إلخ، تعد من الأحوال و المسائل المتعلقة بالنظام العام سواء

لإجازة النص القانوني في حد ذاته لذلك أو لتعلق المسألة بقاعدة آمرة أو لحسن سير مرفق القضاء.....إلخ[1].

فإنه بالمقابل لا تدخل ضمن النظام العام المسائل المعاكسة لذلك، وبالنتيجة لا يكون للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه ومن مثالها الحالة التي بين أيدينا.

وعليه يمكن القول والجزم أن هذه القاعدة لا تدخل ضمن أحكام النظام العام لتعلقها بالمصالح الخاصة للأطراف كما تم توضيحه.

ويرى الدكتور الأنصاري حسن النيداني: "أن الدفع بعدم الاختصاص هو دفع غير متعلق بالنظام العام ولذلك لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها حتى ولو تبين لها وجود الإتفاق التحكيمي، فإذا لم يتمسك به صاحب المصلحة فيجب على هذه المحكمة أن تنظر الدعوى و تصدر حكمها فيها.

ولما كان تطبيق قاعدة عدم الاختصاص من طرف القاضي لا يكون بصفة آلية وتلقائية، وإنما وجب تمسك أحدهما بالقاعدة، فإنه باستقراء النص التشريعي الجزائري أعلاه بالمقارنة مع ما أخذت به المعاهدات الدولية والتشريعات المقارنة نجد أن هناك بعض الغموض في تطبيق هذا النص وهو ما سنبينه فيما يلي.

2-الدفع بعدم الإختصاص وشرط قبوله

أ-الدفع بعدم الإختصاص

إذا كان الأثر المانع للتحكيم هو رفع يد قضاء الدولة من نظر النزاع محل التحكيم فإن وسيلة تفعيل هذه القاعدة لا تكون إلا بالدفع بالتحكيم الذي يعني الرد المتضمن

[1] قطاف حفيظ، مذكرة ماجستير، نفس المرجع السابق، ص19-20.

تمسك المدعى عليه بعدم قبوله نظر المحكمة للنزاع لوجود إتفاق تحكيم بينه وبين المدعى يوجب عرض هذا النزاع عن المحكمين[1].

بالرجوع إلى نص المادة 1045 من ق.إ.م.إ يتبين لنا أن المشرع ألزم القاضي ليحكم بعدم إختصاصه أن يدفع أحد الأطراف وهو عادة الطرف الذي له مصلحة في ذلك بأن هناك خصومة تحكمية دولية قائمة وموازية للدعوى محل النظر، أو أن هناك إتفاقية تحكيم وجب التنبيه لقبول هذا الدفع مبدئيا أن يكون من يثيره طرفا في الخصومة التحكمية أو إتفاق التحكيم وعلى ذلك فمن لم يكن طرفا في ذلك لا يجوز له التمسك بالدفع لإنعدام مصلحته القانونية فالمشرع لم يعترف بالدفع بالتحكيم إلا لأطرافه.وعليهولما كان أساس هذا الدفع ومضمونه هو وجود خصومة تحكمية قائمة أو وجود إتفاقية تحكيم بين الأطراف، فما معنى ذلك؟

خصومة التحكيم التجاري الدولي تختلف عن إتفاقية من حيث تشكل مجموعة الإجراءات المتتابعة يقوم بها أطراف الخصومة أو ممثليهم، ويساعدهم في ذلك هيئة التحكيم والقضاء وفقا لنظام يختاره الأطراف، سواء من خلال سن اجراءاته بإتفاق التحكيم أو بتبني نظام مؤسسة تحكيمية أو تبيني ما نص عليه القانون[2].

ب/شرط قبول الدفع بعدم الإختصاص القضائي:

إن إثارة الدفع بعدم الاختصاص تحكمه قواعد معينة حتى وإن لم يشر إليها نص المادة 1045 ق إ.م.إ.ج إذا وجب في هذه الحالة الرجوع إلى القواعد العامة المحددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو الاتفاقية الدولية الأمر الذي يحتم علينا قبل ذلك تحديد طبيعة هذا الدفع هل هو من الدفوع الشكلية أم من الدفوع الموضوعية؟ أم

[1] محمودة أحمد مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1999، ص46.

[2] قطاف حفيظ، مذكرة ماجستير، نفس المرجع السابق، ص21.

أنه يدخل في خانة الدفوع بعدم القبول؟في الحقيقة بالرجوع إلى نص المادة أعلاه لا نجد ما يشير إلى طبيعة الدفع محل التحليل، إلا أن هناك إشارة فقط على أن هذا الدفع وجب إثارته من طرف أحد الأطراف وليس للقاضي أن يثير من تلقاء نفسه.

وإسقاطا لهذه العناصر على القواعد التي تحكم الدفوع بأنواعها يثبت فقط على الدفوع الشكلية إذا أنه طبقا للمادة 50 من نفس القانون وجب إبداء الدفوع الشكلية قبل أي دفع في الموضوع أو دفع بعدم القبول، ولا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء ننفسه. وهي تهدف إلى التصريح بعدم صحة الاجراءات أو انقضائها أو وقفها، وكمثال عن ذلك نجد عدم الاختصاص الإقليمي (المادة47) الدفع بارجاء الفصل (المادة59) الدفع ببطلان الاجراءات شكلا (المادة60-61) في حين أن الدفوع الموضوعية يمكن إبدائها في أي مرحلة من مراحل الدعوى المادة 48 وكذا الشأن بالنسبة للدفوع بعدم القبول على أنه في هذه الأخيرة وجب على القاضي إثارة البعض منها من تلقاء نفسه متى تعلقت بالنظام العام كعدم الاختصاص النوعي، انعدام الصفة، حجة الشيء المقضي فيه (المادة 67-68)، ثم إن سمو الاتفاقات الدولية من القانون الداخلي يوجب للتمسك بعدم الاختصاص أن يدفع به قبل أية مناقشة في الموضوع، غير أنه ما يلاحظ بهذا الشأن أن المحكمة العليا ناقضت ذلك في قرارها الصادر بتاريخ 05-12-2007 على أساس أن الدفع بقاعدة الاختصاص لا يتعلق بدفع شكلي بل يتعلق بتطبيق بند من بنود العقد أي وكأنه دفع موضوعي[1].

الفرع الثاني: شروط إحالة القضية إلى التحكيم:

[1]قطاف حفيظ، أطروحة ماجستير، نفس المرجع السابق، ص23.

إن اعتراف القاضي الجزائري بإتفاق التحكيم، وأمره بإحالة القضية إلى التحكيم إذا وجد أن هناك إتفاقا على التحكيم يستلزم تحقيق شروط معينة نصت عليها الاتفاقية فعليه التأكد من توافرها قبل إصداره الأمر بإحالة القضية إلى التحكيم.

أولا: يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا: تشرط القوانين المنظمة للتحكيم عادة ان يكون شرط التحكيم مكتوبا وهو ما يؤكده المشرع الجزائري في المادة 1008 ق.إ.م.إ حيث اشترط أن يكون شرط التحكيم في شكل مكتوب وذلك فيما يلي: "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الإتفاقية الأصلية وفي الوثيقة التي تسند إليها " ولعل الحكمة من وراء هذه الالزامية تكمن في المحافظة والحرص على ما تم الإتفاق عليه من طرف المتعاقدين عند إبرامهم لشرط التحكيم وعدم إنكارهم له، وكذا العمل على إكتساب الشرط نوعا من المصداقية اتجاه المتعاقدين وتجدر المحافظة أن المشرع الجزائري لم يوضح نوع الكتابة إذا كانت رسمية أو عرفية بخلاف المشرع الفرنسي الذي لم يتطلب في الكتابة اللازمة لشرط التحكيم أن تكون رسمية .

وكذلك نص عليها المشرع الأردني في الفقرة الثانية من الاتفاقية حيث جاء فيها أنه "يقصد باتفاق التحكيم شرط التحكيم في عقد أو إتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات".

يتضح من هذا النص أن الدول غير ملزمة بالاعتراف بإتفاق التحكيم إلا إذا كان مفرغا في محرر ولو كان القانون الواجب التطبيق على الاتفاق لا يشرط الكتابة لصحته أو لإثباته واستلزمت الاتفاقية هذا الشرط تأكيدا على ما دل عليه العمل في مجال التحكيم التجاري الدولي حيث يتم الاتفاق عادة في وثائق مكتوبة، قد تكون عقودا مبرمة لهذا الغرض أو مراسلات أو برقيات يتبادلها الخصوم وتحتوي على الاتفاق على التحكيم،وليس من المحتم أن يكون اتفاق التحكيم في عقد مسجل بل

يمكن أن يورد الأطراف شرط تحكيم في عقد أبرموه وقد يكون شرط التحكيم الذي يتضمنه العقد قد أبرم قبل قيام النزاع، أو في شكل مشارطة تحكيم أبرمت بعد اثارة النزاع ولا تفرق الاتفاقية بين اتفاق التحكيم سواء تعلق بعلاقة تعاقدية أو غير تعاقدية.ويبدو أن الموضوع الأكثر أهمية هو تحديد ماهية الوسائل المكتوبة ولم تلزم الاتفاقية أو كتابة اتفاق التحكيم في شكل معين حيث يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة برقيات أو خطابات متبادلة[1].

ثانيا: يجب أن يكون النزاع قابلا للتحكيم

لا تلزم الدولة المتعاقدة بالاعتراف بإتفاق التحكيم إذا كان النزاع يتعلق بمسألة لا يجوز طبقا لقانونها الوطني عرضها على التحكيم، فتشريعات الدولة حينما تنظم التحكيم باعتباره طريقا استثنائيا لحل المنازعات يجعله مقصورا على مسائل معينة أو تمنع الالتجاء إليه في مسائل معينة.

غير أن ذكر هذه القاعدة في الاتفاقية جاء بصورة قاصرة حيث اكتفى بالقول إن النزاع يجب أن يتعلق بمسألة يجوز تسويتها بطريق التحكيم غير أن الفقرة الثانية من المادة الخامسة من إتفاقية نيويورك أشارت إلى قانون الدولة التي يطلب تنفيذ الحكم في إقليمها للتأكيد من قابلية النزاع للحل بالتحكيم، وعليه فإن على القاضي الأردني أن يتأكد من أن القضية المعروضة قابلة للتحكيم قبل أن يحيل النزاع الى التحكيم.

فإذا ما توافر الشرطان السابقان، رتبت الاتفاقية على الدول المتعاقدة الاعتراف بإتفاق التحكيم، وعلى هذا فليس للدولة أن ترفض الاعتراف باتفاق التحكيم إستنادا إلى عدم توافر أي شرط أخر لم تورده الاتفاقية فإذا ما أقيمت دعوى امام محكمة في

[1] عامر فتحي البطانية، نفس المرجع السابق، ص72.

دولة متعاقدة موضوعها نزاع يوجد في شأنه إتفاق تحكيم فمن الواجب أن تأمر المحكمة بإحالة النزاع الى التحكيم إذا طلب أحد الخصوم ذلك.

فالقاضي الوطني لا يلتزم وفقا لأحكام الاتفاقية بإحالة النزاع إلى التحكيم من تلقاء نفسه، وإنما يتعين أن يتمسك أحد الأطراف بوجوب إحالة النزاع إلى التحكيم لسبق الإتفاق عن ذلك فإذا لم يتمسك الطرف المقامة عليه الدعوى باتفاق التحكيم نظرت المحكمة القضية فقد ذهب جانب من الفقه إلى أنه ليس للمحكمة أن تأمر بالإحالة إلى التحكيم من تلقاء ذاتها وإنما يجب أن يطلب منها أحد الخصوم ذلك، فإذا لم يقدم مثل هذا الطلب وجب أن تواصل المحكمة نظر النزاع.

في حين ذهبت جانب من الفقه إلى أن القاضي وإذا لم يكن ملزما بالإحالة إلى التحكيم من تلقاء نفسه إلا انه يجوز له ذلك لأن من شأن إتفاق الأطراف على التحكيم سلب إختصاص القضاء العادي ولا تكون المحكمة ملزمة بنظر النزاع في هذه الحالة إلا إذا كان القانون الوطني يلزمها بذلك. و على المحكمة أن تستمر في نظر النزاع وليس لها أن تحيل الأطراف إلى التحكيم وذلك بحجة وجود إتفاق تحكيم وآية ذلك إن التحكيم قوامه إتفاق الأطراف و تسمية وجوده من إرادتهم وعدم تمسك أحد الأطراف بوجود[1]إتفاق تحكيم يعني تنازله الضمنى عنه، كما أن سير المدعي عليه في القضية دون الدفع بوجود إتفاق يمكن أن يفسر على أنه ينتظر حكم القضاء في القضية فإن لم يعجبه الحكم سار في إجراءات التحكيم من جديد، وهذا ما يؤدي إلى إطالة الاجراءات و التعارض في الأحكام، أي بين أحكام التحكيم و الأحكام القضائية، وهذا ما يجب تلاقيه بالذات في التحكيم التجاري الدولي.

[1] عامر فتحي البطانية، نفس المرجع السابق، ص72.

ويجب على من يتمسك بوجود إتفاق تحكيم أن يقدم أصل إتفاق التحكيم أو نسخة معتمدة منه، حيث نصت المادة (1/4) من إتفاقية نيويورك على انه "على من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليهما في المادة السابقة أن يقدم مع الطلب (ب) أصل الإتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية أو صورة تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند" فإذا ما عرض نزاع كان متفقا بشأنه على التحكيم و تمسك أحد الأطراف بإتفاق التحكيم فإن على المحكمة أن تحيل الأطراف إلى التحكيم ولكن تستطيع المحكمة أن تفحص الإتفاق فإذا تبين لها أن هذا الإتفاق باطل ولا أثر له أو غير قابل للتطبيق فإنه يعود لها الإختصاص و تستمر بنظر الدعوى و تصدر حكمها في النزاع.

ولكن ماذا لو لم يكن الطرف الذي يدفع باتفاق التحكيم بدولة غير منضمة إلى إتفاقية نيويورك ورفعت دعوى أمام المحكمة الأردنية وكان يتعلق بتحكيم تجاري دولي ولا تنطبق أحكام قانون التحكيم الأردني عليه ولا إتفاقية نيويورك.

هنا لابد من العودة إلى القواعد العامة في قانون أصول المحاكمة المدنية والتي تنص في المادة (109).

وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة1011ق.إ.م.إ "إتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"

كما أجاز المشرع في المادة 1013 ق.إ.م.إ للأطراف أن يبرموا إتفاق تحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الحكمة القضائية.

ب/ شروط صحة إتفاقية التحكيم:

يجب لصحته توفر عدة شروط منها ما هو شكلي ومنة ما هو موضوعي[1].

المطلب الثاني: التدخل القضائي في تعيين المحكمين وعزلهم

من الأمور التي يبرز فيها دور القضاء في التحكيم هو تعيين المحكمين وردهم فإذا كان الأصل أن الأطراف هو من يقوم باختيار المحكمين أو الطريقة التي يتم بها اختيارهم إلا أن ذلك لا يعني أنه السبيل الوحيد في الاختيار إذ يمكن اللجوء إلى نظام تحكيم مؤسسي ما، وفي حالة المماطلة أو انعدام التعيين أصلا، فإنه يمكن اللجوء إلى القاضي لتقديم يد المساعدة التي تمتد أيضا عند القيام بالرد، وهو ما يجعلنا نتساءل عن طبيعة هذا التدخل وكيفية ممارسته؟ وما هي القواعد المطبقة من المشرع الجزائري بهذا الشأن في التشريع الجديد؟

الفرع الأول: تعيين المحكمين

أكد المشرع الجزائري في المادة 2/1012 على أنه "يجب أن يتضمن إتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان..... وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم"

إلا أن هذه المادة في الفقرة 03 منها نصت على أنه: إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة المادة1042[2].

أولا: التعيين الإتفاقي لهيئة التحكيم

[1] عاملا فتحي البطانية، نفس المرجع السابق، ص73-74.

[2] بن حليمة ليلى، مقياس التحكيم التجاري الدولي، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر قانون أعمال، جامعة المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2021/2020، ص16

إن الأصل في تكوين المحكمة التحكمية أن المحتكمين هم الذين يختارون محكميهم بعيدا عن القضاء هذا الأخير الذي له دور إحتياطي في تشكيل هيئة التحكيم، فلا يتم اللجوء إليه إلا في حالة اختلاف الأطراف، وعدم اتفاقهم على تشكيل هيئة التحكيم حيث قد يتعذر على الأطراف الاتفاق، وقد لا تتاح الفرصة لمراكز التحكيم في المساعدة لعدم إتجاه الأطراف المتخاصمة إليها في هذا الشأن فيأتي دور المحاكم في التشكيل،كذلك يكون للمحاكم الوطنية الدور الأساسي في حال إتفاق الأطراف على أن المحكمة المختصة هي التي تتولى مهمة تشكيل هيئة التحكيم.

وقد راعى المشرع أن يكون تدخل القضاء بالقدر المطلوب أي لا يتعدى وصف الدور الاحتياطي وضمن أسباب وضوابط يتوجب مراعاتها في تشكيل هيئة التحكيم و موقف وكيفية اللجوء اليها[1].

ثانيا: التدخل القضائي لهيئة التحكيم

إن الطريقة الأخيرة لقهر الصعوبات العملية التي تواجه الخصوم في تشكيل هيئة التحكيم هي بواسطة المحاكم القضائية في الدولة التي يشير إليها القانون الواجب التطبيق على التحكيم أو في الدولة التي يجري على أرضها التحكيم، مما يمكن القول معه بأن اللجوء القضائي لتعيين المحكمين يجعل دوره إحتياطيا يرجع إليه عند تخلف اتفاق الأطراف على إختيار المحكمين، أو اختلافهم حول التعيين.

وعلى ذلك سنتكلم عن شروط وحالات القيام بالتعيين ثم نخرج عن بيان المحكمة أو القاضي المختص طلب التعيين وإجراءات ذلك لنصل إلى بيان أهم الشروط الواجب مراعاتها من القاضي عند تعيين المحكم وكيفية الفصل في الطلب[1].

[1] الزهر بن سعيد، نفس المرجع السابق، ص 123-124.

1-حالات وشروط التدخل القضائي في تعيين المحكمين

يتحصن التحكيم من تدخل القضاء في شؤونه بتطبيق قاعدة عدم الإختصاص إلا أنه برغم ذلك يمكن للقاضي أن يتدخل في تعيين المحكمين وهذا ضمن حالات وشروط محددة.

أ-حالات التدخل للتعيين:

تشتمل بحسب نص المادة 1041 من ق.إ.م.إ

- حالة غياب التعيين للمحكم أو المحكمين أو صعوبته، و المقصود أن يكون هناك غياب في التحديد لكن يوجد الإتفاق على كيفيته و إجراءاته، أما إن كان الأمر متعلق بغياب التعيين فالإتفاق التحكيمي يعد باطلا طبقا للمادتين 1008-1012 من ق.إ.م.إ ، هذا من جهة الغياب أما من جهة الصعوبة فإنه يدخل ضمنها عدة فروض كقيام كل طرف بتعيين محكم، ثم المحكمين المعينين لا يتفقا على المحكم الثالث أو كاتفاق الأطراف على إجراءات معينة كتحديد مدة زمنية معينة يتم فيها إختيار المحكمين أو إشتراط أحدهم أن يكون المحكمون من جنسية معينة، بإتفاق و نظام معين وغيرها من الشروط ثم لا يلتزمون بها ولا يستطيعون توفيرها أو حالة تشكيل الهيئة التحكمية بالمخالفة لأحكام القانون كأن يكون عدد أعضائها زوجيا أو لا تتوفر في المحكم الشروط المطلوبة[2].

- حالة تعيين بعد العزل أو إستبدال وهذه الحالة لها نفس الأحكام الإجرائية .

---

[1]. لزهر بن سعيد، نفس المرجع السابق، ص124.

[2]قطاف حفيظ، مذكرة ماجستير، نفس المرجع السابق، ص39

شروط التدخل للتعيين:

-وجود إتفاق تحكيم تجاري دولي صحيح بين الأطراف أي أن يكون موجودا فعلا وغير مشوب بالبطلان وفي هذا الشرط نصت المادة 1009 من ق.إ.م.إ بالنسبة للتحكيم الداخلي "إذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بالأوجه للتعيين وإذا كان المشرع لم يشير إلى ذلك بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فإن غالب الفقه يرى تطبيقه عليه دون حاجة إلى نص[1].

-أن يكون هناك نزاع أو إختلاف أو تقاعس من الأطراف في تسمية المحكم[2].

-أن يقدم طلب التعيين من أحد الأطراف إلى المحكمة المختصة، وهذا يعتقد البعض أن المادة 1041 من ق.إ.م.إ لم تسمح للمحكم أو المحكمين تقديم مثل هذا الطلب، وفي هذا تضييق لا مبرر له سيما عندما يتعلق الأمر بتعيين المحكم الثالث، فالمحكمين المعينين من قبل الأطراف لهما الحق أصلا وابتداء في تعيين المحكم الثالث فكيف لا يعترف لهم كيف طلب التعيين من المحكمة إذا فشلوا في الاتفاق بينهما.

2-المحكمة المختصة عند التدخل في تعيين المحكمين

عالج القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي القواعد الخاصة بتشكيل محكمة التحكيم في المواد (10-15) وقد ترك الحرية للمحتكمين سواء تولوا ذلك بأنفسهم أو

[1] أمال بدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، جامعة الجزائر، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبان، الطبعة الأولى 2012، ص39.

[2] بوصنبورة خليل، التدخل القضائي في مجال التحكيم الدولي في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2006، ص126.

فوضوا جهة معينة تتولى المهمة، أما إذا لم يوجد هذا الإتفاق أو تعذر التشكيل الإتفاقي تولت المحكمة أو الجهة التي يحددها القانون الوطني لكل دولة تتبنى هذا القانون.

فبالرجوع إلى قانون الاجراءات المدنية والإدارية في المادة 2/1041 نجد أن المشرع في مسألة تعيين المحكمين في إطار خصومة التحكيم التجاري الدولي[1].

أ-حالة ما إذا كان التحكيم التجاري الدولي يجري في الجزائر

الأصل أن يتولى رئيس المحكمة التي يجري التحكيم في دائرة إختصاصها هذه المساعدة، فإذا إتفق مثلا الأطراف على أن يكون إجتماعهم – مقر التحكيم- لمناقشة تنفيذ إتفاق التحكيم المبرم بينهم في مكان ما من تراب الجمهورية فإنه متى تعذر التعيين للمحكم وصعب استكمال تعيين الهيئة للطرف المستعجل أن يطلب المساعدة من رئيس محكمة المنطقة أو المكان الذي يجري فيه إجتماعهم الرسمي.

والإستثناء أن يتولى المساعدة رئيس المحكمة التي يتفق الأطراف عليها وفي هذا تنفيذ لأحكام المادة 46 من ق.إ.م.إ إذ يحقق لهم في إتفاق التحكيم أن يحددوا إختصاص جهة قضائية معينة غير الجهة المحددة كمقر للتحكيم للقيام بالتدخل سواء أثناء تشكيل محكمة التحكيم أو أثناء سير الإجراءات التحكيمية.

وفي حالة التي لا يحدد الأطراف في إتفاقية التحكيم لا المكان الذي يجري فيه الإجتماع ولا المحكمة المختصة بنظر النزاعات التي تثار بشأن تنفيذ الإتفاق

[1] قطاف حفيظ، أطروحة ماجستير، نفس المرجع السابق، ص41.

التحكمي فإن المادة 1042ق.إ.م.إ أعطت الاختصاص للمحكمة التي يقع بدائرتها مكان إبرام العقد أو تنفيذه[1]

ب-حالة ما إذا كان التحكيم الدولي يجري في الخارج

إذا كان مقر التحكيم خارج الجزائر فإنه لا يمكن للقاضي الجزائري أن يتدخل لأجل مد المساعدة في تعيين المحكمين بالنظر إلى قواعد الإختصاص القضائي الدولي التي تفرض إحترام سيادة الدول الا أنه إنشاء يجوز له التدخل متى رضي الأطراف بذلك وإتفقوا على اللجوء الى القاضي وهنا لا يبقى أمامه إلا تطبيق قواعد التحكيم المنصوص عليها في القانون الجزائري وحتى يكون الطلب مقبولا وجب أن يرفع الطلب حصريا إلى رئيس محكمة الجزائر وفق ما تنص عليه الفقرة الأخيرة مادة1041.

ونلاحظ في فرنسا أن المشرع أعطى الاختصاص إلى رئيس محكمة باريس الإبتدائية وقد إتبع هذا الأخير أسلوبا خاصا عند تعيين المحكمين فنحد ما أحد الأطراف تعيين محكم نظرا لعدم قيام الطرف الأخر بالتعيين لا يقوم الرئيس بالتعيين المباشر بل يعطي مهلة للطرف الأخر بغرض تعيين محكمة فإن لم يفعل يقوم بإستدعاء الشخص الذي يريد تعيينه كمحكم ويعرض عليه الأمر لتلاقي تخليه عن المهمة لاحقا قم عودة كل طرف لإبداء رأيه فيه يتجنب رده فيها بعد[2].

[1] أمال بدر، مرجع سابق، ص40.

[2] قطاف حفيظ، مذكرة ماجستير، نفس المرجع السابق، ص42-43.

الفرع الثاني: رد وعزل المحكم

لقد نظم المشرع أحكام رد المحكمين وعزلهم ضمن قسم الأحكام المشرعة بين التحكيم الداخلي والدولي وحتى ذلك نتساءل عن تعريف رد المحكم والأسباب التي يكون فيها وما هي ضوابط تدخل القاضي فيه، والآثار المترتبة على ذلك؟

أولا: أسباب وأحكام رد المحكم

1-أسباب رد المحكم: بالرجوع إلى المادة 1/1016 من قانون إجراءات مدنية و إدارية نجد أن المشرع الجزائري حدد أسباب رد المحكم وهي:

-عدم توافره على مؤهلات المتفق عليها بين الأطراف إذ عادة ما يتم الإتفاق على أن تتوفر في المحكم أو المحكمين صفة أو صفات معينة كأن يكون حاملا لشهادات معينة مثلا أوله خبرة معينة فإن لم يتوفر ذلك يكون للأطراف رفع طلب الرد على أن يبقى للمحكمة السلطة التقديرية في تقدير جدية المؤهل أو صفة المطلوبة من عدمها.

-وجود سبب رد المنصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف أي إذا إتفق الأطراف على إختيار تطبيق قواعد النظام تحكيم مؤسسي ما، فإنه يتم تطبيق القواعد المحددة في هذا النظام لأجل المحكم وتعيينه.

-إظهار الظروف لشبهة مشروعة في إستقلالية لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة إقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط وما يلاحظ على هذه الأسباب أن مسألة عدم الحياد أو عدم الإستقلالية تعد أهمها بل والمحور الذي يدور عليه طلب الرد وجودا وعدما وقد ذكرت المادة 1016 من ق.إ.م.إ إلى بعض المظاهر كمثل أن لا تكون هناك علاقة إقتصادية أو عائلية مع الأمران

مباشرة أو غير مباشرة،أما بالنسبة للقانون الأردني لم يشترط القانون الأردني شروطا خاصة لطلب رد المحكم، بل ترك الأمر للخصوم في الأسباب التي يستندون إليها وإلى مطلق الصلاحية للمحكمة التي يقدم إليها طلب الرد، فالمشرع الأردني في قانون التحكيم الجديد لم يجز رد المحكم الا إذا كانت الظروف تثير شكوكا حول جديته واستقلاله.

وكما يظهر فإن هذا النص واسع مطاط فهل أحسن المشرع الأردني بالأخذ بهذه الصياغة بحيث ترك الأمر لمجرد تقدير المحكمة مقتفيا في ذلك أثر القانون النموذجي الصادر عن لجنة القانون التجاري في الأمم المتحدة، أم كان ينبغي عليه أن يأخذ بما أخذت به قوانين الدول العربية حيث أخذت بإحكام مماثلة لرد القضاة، ومثال ذلك ما جاء في المادة (12) من نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية حيث جاء في المادة(12) منه أنه "يطلب رد المحكم للأسباب ذاتها التي يرد بها القاضي و يرفع طلب الرد إلى الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع خلال خمسة الرد ويحكم في طلب الرد بعد دعوة الخصوم و المحكم المطلوب رده إلى جلسة تعقد لهذا الغرض" وهو نفس الحكم الوارد في قانون المرافعات الصادر في سنة (1969) في المادة (205) ومحلة الإجراءات المدنية و التجارية في قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي لسنة (1954) في المادة (749) وفي الجمهورية التونسية لسنة (1959) في المادة (268).

في حقيقة الأمر أن نص المشرع المصري وكذلك الأردني الذي جاء مطابقا للنص المصري جاء مطلقا والمطلق يجري على إطلاقه مالم يرد نص يقيده، فبالتالي يجوز رد المحكم لسبب من أسباب عدم الصلاحية المنصوص عليها بالمادتين (146و148) من قانون المرافعات المصري.

إلا أن هناك من الفقه من يرى أنه رغم أن المحكم يرد لنفس الأسباب التي يرد بها القاضي فإنه ليس تهمة ما يمنع من أن يكون المحكم في ظروف معينة قريبا لأحد الخصوم حتى يمكن فض النزاع في محيط عائلي بعيدا عن جو المحاكم ومن هنا لا تطابق بين أسباب رد المحكم و أسباب رد القاضي ومن ثم لا تخضع أسباب الرد إلى القوالب جامدة أو نصوص محددة بل يجب منع الجهة المنوط بها الفصل في طلب الرد سلطة تقديرية واسعة لتقييم مدى قوة الشكوك المثارة حول جدية المحكم ومدى نصيبها من القصة عن ضوء الإعتبارات المحيطة بالمحكم والمصالح المشتركة و المتضاربة[1].

2-أحكام رد المحكم

إذا كان رد المحكم إجراء مسلم به، فهل الحالات أو الأسباب الواجب أن يؤسس عليها والواردة في المادة 1016 هي على سبيل الحصر أم المثال وهل طلب الرد من النظام العام أم لا؟

إن القارئ لصياغة المادة 1016 منق.إ.م.إ قد يجد أن الأسباب أو الحالات المحددة فيها لأجل الرد واردة على سبيل الحصر إلا أنه في الحقيقة كما هو الشأن في بعض القوانين المقارنة والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي تعد هذه الأسباب عامة تنطوي صياغتها على عدة أسباب أخرى، حيث أن كل سبب يمكن أن يشكل في حياد المحكم أو إستقلاليته يجوز الأخذ به للرد.

ويرى غالب الفقه أن أحكام الرد ليست من النظام العام طالما أنه يجوز التنازل عنها من الخصم الذي قبل رده، ويمكن نظر ذلك في المادة 1016 إذ علقت الرد على الجواز وليس الوجوب أي أن الأمر منوط بمصلحة الخصوم فمتى توافرت حالات

[1] عامر فتحي البطانية، مرجع سابق، ص100-101.

الرد وصدر حكم التحكيم دون أن يطلب أحد الأطراف ردا لمحكم كان هاذا الحكم صحيحا ولا يجوز لهذا الخصم أن يرفع دعوى ببطلانه إستنادا إلى عدم توافر الإستقلال أو الحياد.

يقصد برد المحكم أن يعبر أحد الأطراف في خصومة التحكيم عن إرادته في عدم المثول أمام محكم معين في قضية معينة لتوفر أحد الأسباب التي حددها القانون وقد تضمنت المادة 3/1015 ق.إ.م.إ ما يلي: "إذا علم المحكم أنه قابل للرد يخبر الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام بالمهمة الا بعد موافقتهم" ولذلك فقد حددت المادة 1016 من نفس القانون أسباب الرد وهي يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:

1-عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.

2-عندما يوجد يبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم[1].

ثانيا: عزل المحكم و إستبداله

إن عزل المحكم هو إقالته وإبعاده عن مهمته بإتفاق الأطراف جميعا إذا توفرت موجبات العزل.

أما بالنسبة لإستبدال المحكم فإنه يعتبر ضروريا عندما لا يتمكن المحكم من الإستمرار في وظيفته أو يفشل في القيام بها بشكل واضح وهو ما اخذ به المشرع الجزائري في المادة 3/1012 من ق.إ.م.إ.ج[2].

[1] عامر فتحي البطانية، نفس المرجع السابق، ص102

[2] بن حليمة ليلى، محاضرات ألقيت على طلبة الماستر سنة ثانية قانون أعمال، نفس المرجع السابق، ص17.

المبحث الثاني: تدخل القضاء في سير الخصومة التحكيمية

أوجه مساعدة القاضي لأطراف الخصومة التحكيمية غير قاصر عن مرحلة تشكيل هيئة التحكيم، ولكنه يمتد أيضا أثناء سريانها أي منذ تاريخ تعيين المحكمين ومباشرتهم لمهامهم إلى غاية صدور حكم التحكيم الدولي.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع كما في القانون القديم عدد جملة من أوجه المساعدة التي يمكن أن يقدمها القاضي في هذا المجال، كرقابته على القيام بالمهمة التحكيمية في آجالها القانونية، وكذا الأمر بالتدابير المؤقتة والتحفظ به والأمر بتنفيذها سواء الصادرة منه أو من الهيئة التحكيمية[1].

وهذا ما سندرسه في المطلب الأول سلطة القضاء الوطني بإتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية قبل بدء النزاع أما في المطلب الثاني المحكمة المختصة بالتدبير والإجراءات التحفظية.

المطلب الأول: سلطة القضاء الوطني بإتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية قبل بدء النزاع:

للمحكمة سلطة إتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، فلمحكمة الإستئناف أن تأمر بناء على طلب المقدم إليها من أحد الأطراف بإتخاذ التدابير الملتمس إتخاذها ويستوي في ذلك أن يكون الأمر بإتخاذ الإجراءات قد تم قبل تشكيل محكمة التحكيم والبدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها.هذا وقد كانت هذه المسألة مثار إهتمام في الفقه الفرنسي وقد ظهرت في هذا الصدد ثلاثة إتجاهات:

[1] قطاف حفيظ، مذكرة ماجستير، نفس المرجع السابق، ص57.

الإتجاه الأول وهو الذي يرجح تمتع القضاء الوطني بشكل قاصر عليه بنظر الإجراءات الوقتية والتحفظية المتصلة بالمنازعات الخاصة الدوليةالمتفق بشأنها على التحكيم، وعلى الرغم من وجود شرط التحكيم، أما الإتجاه الثاني فهو يذهب إلى عكس ما يذهب إليه الإتجاه الأول ويرى أن الإختصاص بنظر المسائل الوقتية والتحفظية مسألة تدخل في إطار إتفاق التحكيم ويختص المحكم وحده دون غيره بالفصل فيها أما الإتجاه الأخير فهو إتجاه وسط بين الإتجاهين السابقين وفقا له فإن توزيع الإختصاص بين قضاء التحكيم و قضاء الدولة يتم وفقا لمبدأ الإختصاص المشترك بينهما[1].

الفرع الأول: مدى إختصاص القضاء بإتخاذ الإجراءات المؤقتة أو التحفظية في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم

بوجود قاعدة عدم الإختصاص القضائي إختلف الفقه في تقديره لمسألة توزيع الإختصاص فيما يخص الإجراءات الوقتية أو التحفظية بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم.

تعريف التدابير المؤقتة والتحفظية

التدابير المؤقتة هي عبارة عن حماية بديلة تحل محل الحماية القضائية وقد عرفها الأستاذ الدكتور عبد العزيز مخمير عبد الهدي لقوله: "هي مجموعة تدابير أو إجراءات مؤقتة تأمر بها المحكمة القضائية أو حقوق طرفي النزاع أو أحدهما أو لمنع تفاقم النزاع أو الإبقاء على الحالة الراهنة له، أو لضمان تنفيذ الحكم النهائي وذلك لحين الفصل في النزاع بحكم يحوز حجية الشئ المقضي به، أو الوصول إلى تسوية نهائية له.

[1] عامر فتحي البطانية، نفس المرجع السابق، ص118.

التدابير المؤقتة هي تدابير تمهيدية تصدر في مرحلة السابقة لصدور القرار النهائي وتدعو الحاجة إليها في حال الإستعجال كما أنها لا تمس بأصل الحق فهي تصدر بقصد ضمان تنفيذ الحكم النهائي، المحافظة على الوضع الراهن في النزاع و منع تفاقم النزاع، وعليه فالتدابير المؤقتة تقرر حماية مؤقتة تنهي بصدور قرار نهائي في النزاع و عليه فإنه يمكن إلغاء أو تعديل هذه التدابير في أي وقت إذا إختلفت الظروف التي بررت إصدارها، غير أنه يطرح التساؤل حول إمكانية منع هيئة التحكيم هذه السلطة باعتبارها أن أغلب التشريعات كانت مترددة حيث أن الأمر بإتخاذ التدابير المؤقتة و يدخل في اختصاص القاضي الوطني[1]،حيث ظهرت ثلاثة اتجاهات حول مدى اختصاص القضاء باتخاذ الإجراءات المؤقتة أو التحفظية في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم.

الاتجاه الأول: يرجح هذا الاتجاه تمتع القضاء الوطني بشكل حصري بنظر الإجراءات الوقتية أو التحفظية المتصلة بالمنازعات المتفق بصددها على التحكيم وهذا من دون أن تشاركه هيئة التحكيم فالأثر السلبي لاتفاق التحكيم يعني الفصل في موضوع النزاع وليس في التدابير التبعية للنزاع الأصلي.ومنه فالاعتراف بالاختصاص القضاء وحده باتخاذ هذه الإجراءات يبدو ضرورة حتمية يجعل من الأطراف يلجؤون إلى القضاء للحصول على أمر التنفيذ وعلى ذلك يكون من الأفضل اللجوء إلى القضاء من البداية.

الإتجاه الثاني: وهو يذهب إلى عكس ما يذهب إليه الإتجاه الأول، إذ يرى أن الإختصاص بنظر المسائل الوقتية أو التحفظية مسألة تدخل في إطار إتفاق التحكيم ويختص المحكم وحده دون غيره بالفصل فيها وهذا خضوعا لإرادة الأطراف ذاتها

[1] العمري خالد، مجال تدخل القاضي الوطني في سير إجراءات خصومة التحكيم التجاري الدولي في عقد الفرنشايز، دراسة حالة التشريع الجزائري، 2020/07/31، ص430.

وان كانت هذه الإرادة هي التي خولت للمحكم سلطة الفصل في النزاع فإنها تخول له أيضا سلطة إتخاذ الإجراءات الوقتية التي لا يلزم فيها تدخل السلطة العامة إذ يكفي خضوع الأطراف لها تلقائيا دون حاجة لتدخل القاضي الإستعجالي، كما أنه من يملك الكل يملك الجزء.

الاتجاه الثالث: وهو اتجاه وسطي بين الاتجاهين السابقين وفيه يتم توزيع الاختصاص بين قضاء التحكيم وقضاء الدولة وفقا لمبدأ الاختصاص المشترك بينهما الذي يتضمن ثلاث عناصر الأول يتعلق بالاعتراف بـ الإختصاص لقضاء الدولة في اتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية رغم وجود اتفاقية التحكيم و الثانيأن هذا الاعتراف لا يعني التنازل عن شرط التحكيم بأصل النزاع و الثالث الاعتراف للمحكم باتخاذ الإجراءات الوقتية.

ومبدأ الاختصاص المشترك تحكمه بعض القيود وهي عن نوعين الأولى تلك المستمدة من إرادة الأطراف أين يتم اتفاقهم على توزيع الاختصاص بشكل واضح ومحدد والثانية تلك المستمدة من طبيعة الإجراء الملتمس إتخاذه وما إذا كان يدخل فقط في إختصاص القضاء بإعتباره يتطلب ممارسته نوعا من الإجبار و الإلتزام على الحجوز التحفظيية و الإجراءات الممهدة لتنفيذ حكم المحكم[1].

[1] قطاف حفيظ، مذكرة ماجستير، نفس المرجع السابق، ص60.

الفرع الثاني: شروط تدخل القضاء في إتخاذ الإجراءات المؤقتة والتحفظية

تدخل القاضي في خصومة التحكيم التجاري الدولي لأجل إتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية مرتبطة بتوافر ثلاث شروط أساسية: وهي الشرطين المطلوبين في القضاء الإستعجالي من توافر الإستعجال وعدم المساس بأصل الحق، والشرط الثالث هو أن يكون الإجراء المطلوب واجب التنفيذ في دولة القاضي المطلوب إصدار الإجراء منه.

أولا: توافر حالة الإستعجال

حالة الإستعجال يصعب تعريفها، ففي كثير من الأحيان تتداخل بعض المسائل التي تشابها كالخطر و الضرورة و السرعة في كل الأحوال فإن المواد التي ينعقد فيها الإختصاص لقاضي الإستعجال للفصل فيها كثيرة ففي بعض الحالات السبب الذي يستدعي تدخل القاضي هو خشية زوال آثار أو معالم الواقعة المطلوب إثباتها أو معاينتها أو رد خطر محدق، وفي بعض الأحيان قد لا يرقى الأمر أي خطر محدق وإنما فقط المحافظة على حقوق ثابتة بات حينها صيانتها بصفة مستعجلة ضروريا وفي البعض الآخر جميع الحالات التي يكون فيها من المستحيل الوصول في الوقت المناسب إلى حل المنازعات بإتباع الإجراءات المادية اذ تضار مصالح الخصوم ضررا بالغا إذا ما انتظروا حتى صدور الحكم، وفي مجال التدخل في خصومة التحكيم نذكر حالتين:

1-الحالة التي لا يكون فيها محكمة التحكيم منعقدة.

2-الحالة التي يكون فيها هيئة التحكيم منعقدة.

ثانيا: عدم المساس بأصل الحق: أصل الحق هو كل ما يتعلق بجوهره فلو رفعت دعوى أمام المحكمة وكان موضوعها يخص وجود الحق موضوع النزاع التحكيمي أو صحته أو تغيير آثاره القانونية الذاتية أو المتفق عليها فإن القاضي يرفض الطلب كون هذه المسألة تمس أصل الحق وللمحكم وحده الفصل فيه[1].

وقد تصدت المحكمة العليا الجزائرية لمثل هذه المسألة التي بالقول أن وجود الشرط التحكمي لا يمنع قاضي الأمور المستعجلة من إتخاذ تدبير تحفظي أو وقتي بالأخص تعيين خبير لإجراء جرد حضوري بين الأطراف بغرض إحصاء الخدمات المنجزة و هذا القرار يصلح للتطبيق في ظل ق. إجراءات مدنية و إدارية طالما أنه لم يأت بأحكام جديدة تختلف عن القانون القديم بهذا الشأن.

ثالثا: أن يكون الإجراء أو التدبير المطلوب من أجل تحديد المحكمة المختصة بإصدار الإجراءات الوقتية أو التحفظية في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم يذهب جانب من الفقه إلى قول بأن قضاء الدولة التي ينعقد التحكيم التجاري الدولي على إقليمها هو المختص وعلى الرغم من وجاهة هذا الرأي إلا أن ذلك يعد ناقصا فقد ينعقد الإختصاص لقضاء دول أخرى على الرغم من عدم انعقاد التحكيم بها وذلك إن كانت بعض الأموال محل الإجراء المطلوب توجد في هذه الدول ومنه لا يكون المحاكم الدولية التي ينعقد التحكيم على إقليمها الاختصاص الملائم لاتخاذ هذه الإجراءات[2].

[1] قطاف حفيظ، مذكرة ماجستير، نفس المرجع السابق، ص62

[2] قطاف حفيظ، نفس المرجع ،ص62

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

يتضح من خلال النص القديم الملغى في المادة 458 مكرر9 أو النص الجديد في المادة 1046 أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ توزيع الاختصاص المفترض وحسم الجدل الفقهي لصالح الإتجاه الثالث بخصوص مدى امكانية تدخل القاضي في اتخاذ اجراءات التحفظية والمؤقتة في نزاع مشمول في اتفاق تحكيمي، وفي هذا الصدد فتح طريقين أمام الأطراف المتحكمين فيجوز لأي منهم أن يطلب من هيئة التحكيم إتخاذ هذه التدابير متى إتفقوا على ذلك صراحة في إتفاق التحكيم فإذا لم يتفقوا على منح الإختصاص بهذه التدابير لهيئة التحكيم جاز لأي منهم كذلك أن يطلب إتخاذها من القضاء وحتى يكون هناك تطبيق سليم لهذا النص وجب التنبيه لبعض الضوابط التي يمكن إجمالها في أنه لا وجود لفكرة الاختصاص المشترك في اتخاذ التدابير التحفظية أو المؤقتة قبل إنعقاد الهيئة التحكمية بل القاضي بصفة عامة هو من يختص لوحده باتخاذ هذه التدابير، أما إذا انعقدت الهيئة واتصلت بالنزاع فيكمن القول بالتوزيع المشترك[1].

حيث نصت المادة 1046 على ما يلي:" يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو التحفظية".

المطلب الثاني: المحكمة المختصة بالتدابير والإجراءات التحفظية

بالرجوع إلى المادة 1046من (ق.إ.م.إ) نجد أن المشرع أشار بالنسبة إلى المحكمة المختصة بنظر طلب الأمر بالتنفيذ للتدبير إلى القاضي المختص من دون تحديد هويته على عكس مسألة تعيين المحكمين في المادة 1041 التي تنص على ما يلي:

[1] قطاف حفيظ، مذكرة الماجستير، نفس المرجع السابق، ص64.

" يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم في غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يلي:

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 وإختيار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

للمحكمة سلطة إتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية بحيث سنتطرق إلى المحكمة المختصة والإجراءات أمام رئيس المحكمة[1].

الفرع الأول: المحكمة المختصة

التدابير سواء المؤقتة أو التحفظية في اختصاص قضاء الإستعجال، وبالرجوع إلى المواد من 299 – 305 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، نجد أن أي تدبير تحفظي أو أي إجراء مؤقت يتم طلبه أمام قاضي الإستعجال لدى المحكمة الواقع دائرة إختصاصها التدبير المطلوب وهذا في شكل دعوى عادية يتم الفصل فيها في أقرب الآجال كما يمكن طلب التدبير المؤقت عن طريق أمر على ذيل عريضة من دون تكليف للطرف الآخر بالحضور أو سماعه.

[1] قمر عبد الوهاب، مقال بعنوان لا أثر لشرط التحكيم على إختصاص القضاء المستعجل بإصدار الإجراءات المؤقتة والتحفظية في النزاع موضوع إتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، تعليق على قرار المحكمة العليا الصادرة بتاريخ 23-03-1985، مجلة التحكيم العدد السابع، يوليو 2010، ص286.

وبعدما كان قضاء الإستعجال يختص به رئيس المحكمة أصبح يمكن للقضاة على مستوى كل قسم بالمحكمة، وبموجب الأوامر على ذيل العرائض إتخاذ التدابير الإستعجالية من دون وجاهية ولا مناقشة، كما هوا الشأن بالنسبة للقاضي العقاري و قاضي شؤون الأسرة.

ولكن السؤال المطروح هل هذا الإختصاص يسري على التدبير المطلوب في إطار خصومة التحكيم التجاري الدولي؟

حفاظا على فعالية التحكيم التجاري الدولي وتكامله، بدءا من تشكيل هيئة التحكيم إلى غاية الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي لا يبق أمامنا إلا القول بعقد الإختصاص لرئيس المحكمة باعتباره قاض إستعجال وليس لرؤساء أقسام الإستعجال الأخرى بالمحكمة، وإن تم ذلك يمكن تطبيق أحكام المادة 32من(ق. إ.م.إ) والأمر بالإحالة الداخلية.

الفرع الثاني: الإجراءات أمام رئيس المحكمة

وجب التمييز هنا بين ما إذا كان التحكيم ينعقد في الجزائر أو خارجه.

1-إذا كان التحكيم يجري بالجزائر: فإن الدعوى ترفع أمام رئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها التحكيم إن كان محددا في إتفاقية التحكيم، أما في حالة عدم تحديد مكان التحكيم في الإتفاقية فإن الإختصاص يؤول للمحكمة التي يقع في دائرتها مكان إبرام العقد أو تنفيذه، والدعوى ترفع وفق الإجراءات العادية للدعوى الإستعدالية.

2-إذا كان التحكيم يدري بالخارج: واختار الأطراف تطبيق الإجراءات المعمول بها في الجزائر فإن العريضة ترفع أمام رئيس محكمة الجزائر(سيدي أمحمد)والذي يفصل فيها وفق القانون الجزائري[1].

يبقى فقط التنبيه على أن نص المادة 1046 من (ق.إ.م.إ) في ترتيب أو تنفيذ أمر التدبير المؤقت و التحفظي يطبق فيه القاضي القانون الجزائري مهما كان صفة الأطراف.

كما يجب الإشارة إلى حالة التدبير المتعلق بالحجز التحفظي الذي يكون الهدف منه تسهيل تنفيذ الحكم التحكيمي التجاري الدولي المحتمل صدوره، من خلال فرض الحظر على المدين في التصرف بأمواله التي يمكن التنفيذ عليها، فهنا المفروض أن يختص القاضي بها حصريا دون المحكم بالنظر إلى طبيعة الإجراءات المتعلقة به، إلا أن المحكمة العليا ذهبت عكس ذلك عندما قررت أنه عندما يوجد بند في العقد يحيل الأطراف بشأن أي نزاع يتعلق بتنفيذه إلى التحكيم وجب إحترام هذا البند مهما كانت طبيعة الإجراء المطلوب احتراما لقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين"

ويرى الدكتور مصطفى تراري في تعليقه على هذا القرار أن الحل الذي توصل اليه القضاة لا يعود إلا أن يكون نتيجة منطقية للتمسك بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين على إطلاقها على الرغم ما أنها فقدت الكثير من بريقها في كل أصناف المعاملات. فصحة شرط التحكيم مرتبطة اليوم أكثر بالعادات التجارية والبحرية الوطنية والدولية أكثر من تبريرها بالقوة الملزمة للعقد ناهيك عن أن شرط التحكيم أصبح يتمتع بالاستقلالية عن العقد الأصلي[2].

[1] قطاف حفيظ، مذكرة ماجستير، نفس المرجع السابق، ص67.

[2] قطاف حفيظ، ، نفس المرجع ،ص67.

الفصل الثاني

الفصل الثاني

تدخل القضاء في مساعدة هيئة التحكيم لأجل تحصيل الأدلة وتحقيقها.

تقتضي مهمة التحكيم للوصول على الحقيقة، إدارة الخصومة على الوجه الأمثل ولا يكن ذلك إلا إذا تم الوقوف على واقع ومعطيات النزاع.

وعلى الرغم مما لها من صلاحيات في إصدار ما تراه مناسبا من قرارات لتحقيق ذلك،إلا أنها تبقى حبرا على ورق في غياب سلطة الجبر على التنفيذ. فقد يحتاج المحكمون لسماع شاهد أو خبير أو وجود بعض المستندات التي هي في حوزة الغير لها أهمية بالغة لحل النزاع أو قد تعترضها مسائل تخرج عن اختصاصها، إلا أن الحكم فيها ضروري لإصدار الحكم التحكيمي التجاري الدولي، فكيف يكون الحل؟

في هذه الحالة يتدخل القاضي لأجل مساعدة هيئة التحكيم في تحصيل الأدلة وتحقيقها.

المبحث الأول: سلطة هيئة التحكيم في تحصيل الأدلة وإجراءات طلب المساعدة.

إن القاعدة العامة تعطي لمحاكم الدولة صلاحية تولي الوظيفة القضائية ولكن هنالك إستثناء على هذه القاعدة، وهو لجوء أطراف النزاع لحل ما قد ينشأ بينهم من منازعات دون اللجوء إلى القضاء، نظرا لما يوفره لهم من مزايا لا يستطيع توفيرها القضاء ومنها: السرعة وبساطة الإجراءات ومرونتها، وإشاعة الثقة والمحافظة على السرية، وكفاءة المحكمين، وحياد وعدالة التحكيم، وحرية المحكمين في تعيين وإختيار القانون واجب التطبيق [1]، وبالتالي لهيئة التحكيم سلطة في تحصيل الأدلة إلا أنه في بعض الأحيان قد تتطلب هيئة التحكيم مساعدة من القضاء من أجل البحث عن الأدلة وتحصيلها.

[1] منير يوسف المناصير، إلتزامات وسلطات المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، الطبعة 1، 2016 ،صفحة 64.

المطلب الأول: سلطة هيئة التحكيم في تحصيل الأدلة.

إذا كان قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قد كرس للقاضي الدور الإيجابي في تحصيل أدلة الاثبات، وتحقيقها في الدعوى المعروضة عليه، على عكس القانون القديم الذي كان يقيد القاضي بناء على ما يطلبه ويقدمه الخصوم من أدلة في الدعوى، فإنه منح نفس هذا الدور للهيئة التحكيمية بشأن النزاع المعروض عليها، وهو ما نستشفه من نص المادة 1047 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية << تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة >>.

وعملية البحث عن الأدلة وقبولها تخضع إلى القانون الموضوعي المحدد لتطبيقه على النزاع، وفي حالة غياب التحديد للقانون فإن هيئة التحكيم الكائن مقرها بالجزائر تطبق القانون الجزائري بشأن تسيير إجراءات أدلة الإثبات.

والملاحظ أن المشرع لم يقرر أي حد لسلطة المحكمين في البحث عن الأدلة المرتبطة بموضوع النزاع، فهم يتمتعون بالحرية الكاملة، والأكثر من ذلك أن صياغة المادة 1047 باللغة الفرنسية تؤكد أن محكمة التحكيم بجميع أعضائها هي من تتولى بنفسها البحث عن الأدلة، ولا يمكن أن تعهدها للغير أو لأحد من أعضائها فقط إلا إذا خول لها ذلك القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، أو يخولها الأطراف هذه السلطة سواء في إتفاقهم أو أثناء سريان الخصومة.

والهيئة التحكيمية لها أن تطلب القيام بأي إجراء،والهيئة التحكيمية لها أن تطلب القيام بأي إجراء، إلا أنه ولما كانت لا تتمتع بسلطة الإلزام والجبر التي للقاضي فإنه لا يكون لها إلا اللجوء إلى هذا الأخير من أجل التدخل لإلزام الخصم بتقديم الدليل، وهذا وفق أحكام القانون الجزائري إن كان هو الواجب التطبيق[1].

[1] حفيظ قطاف، نفس المرجع السابق، ص70، 71.

المطلب الثاني:إجراءات طلب المساعدة في تحصيل الأدلة.

لا يوجد في المادة 1047 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما يحدد ذلك، بل المشرع إكتفى بالقول << بموجب عريضة أمام القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي >>، وأعتقد أن القاضي الجزائري عند فصله في الطلب المرفوع إليه لا يبحث صحة أو سلامة الطلب الذي من المفروض أن محكمة التحكيم قد ناقشت حيثياته مع الخصوم، وإنما يصدر أمره للتنفيذ دون مناقشة ولا مواجهة من الخصم ،وهذا ما يحققه الأمر على ذيل عريضة بإعتباره الأكثر تسريعا للإجراءات، فضلا عن أن الأوامر على ذيل العرائض تعد سندات تنفيذية طبقا للمادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومنه يجوز الجبر على تنفيذها.

هذا فيما يخص أطراف النزاع، أما الغير فإنه لا يجوز للمحكم إجباره على تقديم دليل معين أو مستند تحت يده، كونه يعد غريبا عن الخصومة تطبيقا لقاعدة الأثر النسبي في العقود، بل يمكن اللجوء إلى القضاء مباشرة لطلب المستند من تحت يده بطريق دعوى عادية مع إدخال الخصم – في التحكيم- فيها، وهنالك إمكانية لوقف الخصومة التحكيمية من طرف المحكم إلى حين الفصل في الدعوى على إعتبار أنها مسألة عارضة تخرج عن اختصاصها[1].

المبحث الثاني: مجال مساعدة القضاء لهيئة التحكيم في تحقيق الأدلة.

رغم أن الهدف والحكمة من اللجوء إلى التحكيم هو إقصاء القضاء عن النزاع محل التحكيم، إلا أن هيئة التحكيم قد تضطر إلى الإستعانة به في سبيل الحصول على الأدلة، حيث تقتضي مهمة المحكم أو هيئة التحكيم بإدارة النزاع المتعهد به وتسييره على الوجه الأمثل لضمان سلامة الإجراءات، والحيلولة دون قيام أطراف النزاع بمناورات بهدف المماطلة وضمان إحترام جملة من المبادئ الأساسية لحقوق الدفاع،

[1] حفيظ قطاف، مجال تدخل القضاء في خصومة التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، صفحة 75_76.

إلى جانب هذا يتعهد المحكم أو هيئة التحكيم بالبحث عن الحقيقة، ولا يأتي ذلك إلا إذا تمكنت هيئة التحكيم من الوقوف على واقع ومعطيات النزاع[1].

فالتعاون بين القضاء والمحكمة التحكيمية في مجال البحث عن الأدلة يتجسد عموما في العناصر التالية:

المطلب الأول: الدليل الكتابي وسماع الشهود.

يخضع القاضي لقانونه الوطني في تنفيذه للمهمة المطلوبة منه، كما هو الحال في حال سماع الشهود أو الإثبات بالكتابة ،الإدعاء بالتزوير.....إلخ، على أن تبقى لهيئة التحكيم لوحدها السلطة التقديرية في تقدير قيمة الأدلة المحصلة.

الفرع الأول: الدليل الكتابي(الإثبات بالكتابة).

تعتبر الكتابة من اهم وسائل أو طرق الإثبات جميعا، لما توفره للخصوم من ضمانات لا توفرها لهم غيرها من الأدلة. فبينما تنطوي الشهادة مثلا، على خطر ان ينسى الشاهد تفاصيل الواقعة التي يشهد عليها، أو حتى أن يخالف الشاهد ضميره فيما يباعد بين الشهادة والحقيقة فإن الكتابة كدليل لإثبات تصرف قانوني إنما تحرر متعاصرة مع قيام هذا التصرف، وفي وقت لاتكون فيه للخصوم مصلحة في تحوير الإثبات بغية تحقيق مصلحة شخصية. ومقارنة بالقرائن القضائية فإن الأخيرة تفتقر إلى التأكيد الذي تتميز به الكتابة.

لذلك فقد جعل المشرع من الكتابة وسيلة الإثبات الأساسية فيما يتعلق بالتصرفات القانونية، معترفا لها في ذات الوقت بقوة إثبات مطلقة، حيث يمكن أن تثبت عن طريقها جميع الوقائع القانونية، بينما لا يكونللشهادة أو القرائن القضائية إلا قوة محددة في الإثبات.

[1] منير يوسف المناصير، إلتزامات وسلطات المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، صفحة 65.

هذا و يلاحظ أنه رغم هذه الأهمية للكتابة إلا أنها ليست حجة مطلقة في الاثبات، ذلك أنها على إختلاف أنواعها إنما يجوز إثبات عكسها وإن تم ذلك بطرق مختلفة بحسب نوع الورقة أو المحرر[1].

الإثبات الكتابي في التحكيم التجاري الدولي من أهم وسائل الإثبات، وذلك راجع لطبيعة التحكيم وصعوبة الإجتماع بالأطراف والشهود في مكان واحد لبعدهم الجغرافي، إذ يكون في الغالب أطراف عقد الفرنشايز من دول مختلفة، حيث أن هيئة التحكيم لا تملك سلطة إجبار أحد الأطراف بتنفيذ أمر معين، وما على الطرف الذي يهمه الأمر إلا اللجوء إلى المحكمة بعد موافقة هيئة التحكيم التي وحدها لها صلاحية إلزام الخصم أو الغير بإبراز مستند له أهمية لإصدار الحكم.

والأصل أن يتقدم بالدليل الكتابي صاحب المصلحة فيه، غير أن هذا الدليل قد لايكون بحوزته وإنما في حيازة خصمه أو شخص من الغير، خاصة خلال مرحلة التفاوض لإبرام عقد الفرنشايز، إذ عادة ما يفرض الطرف المانح في عقد الفرنشايز على الطرف المتلقي واجب سرية المعلومات، كما أن الطرف المانح عادة ما يكون حذر خلال عملية نقل التكنولوجيا بهدف الحفاظ على تفوقه التكنولوجي، وبالتالي لا يقدم كل المستندات المرتبطة بعقد الفرنشايز إلى المتلقي، وأمام هذا الوضع فإنه يجوز للطرف المتلقي في عقد الفرنشايز الإستعانة بالمحكمة، من أجل إلزام هذا الطرف المانح أو الغير بتقديم الدليل الذي هو بحوزته كما هو الحال بالنسبة للمستندات محل عقد الترخيص، براءة الإختراع، العلامة التجارية.....إلخ، أو تقديم المستند المشترك بين الخصوم أو بينهم وبين الغير كلما كان فحص هذا المستند مفيدا في الإثبات[2] وهذا ما تقتضي به المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على << إذا إقتضت 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 يهمه

[1] محمد حسين قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، صفحة 139.
[2] العمري خالد، مرجع سابق، ص 424.

التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي [1]>>.

تجدر الإشارة إلى أن دفع أحد الخصوم بالتزوير لمستند قدمه خصمه أو أنكر توقيعه على مستند معين يتطلب رفع دعوى أصلية جزائية تتعلق بالتزوير وجاز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر الدعوى إذا رأت أن الفصل في دعوى التزوير ليس لازما للفصل في موضوع النزاع، أما إذا رأت أن المستند المطعون فيه بالتزوير منتج في الدعوى، يترتب على ذلك وقف إجراءات التحكيم إلى حين صدور حكم بخصوص دعوى التزوير، وبديهي أن الحكم بتزوير المستند أو صحته تكون له حجية أمام هيئة التحكيم[2].

يأخذ الدليل الكتابي شكل محرر رسمي أو شكل محرر عرفي، وتعرف الإسناد الرسمية بأنها:

_ الأسناد التي ينظمها الموظفون الذي من إختصاصهم تنظيمها طبقا للأوضاع القانونية، ويحكم دون أن يكلف مبرزها إثبات ما نص عليه فيها، ويعمل بهام الم يثبت تزويرها.

_الأسناد التي ينظمها أصحابها ويصادقها الموظفون الذي من إختصاصهم تصديقها طبقا للقانون، وينحصر العمل بها في التاريخ والتوقيع فقط.

ولقد عرف قانون الإثبات المصريفي مادته العاشرة المحررات الرسمية بأنها: << هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته وإختصاصه>>.

[1] قانون رقم 08_09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2] العمري خالد، مجال تدخل القاضي الوطني في سير إجراءات خصومة التحكيم التجاري الدولي في عقد الفرنشايز، المرجع السابق، صفحة 425.

أما السند العادي(المحرر العرفي) فيعرف بأنه هو الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه أو على خاتمه او بصمة إصبعه وليست له صفة السند الرسمي.

وبصدد المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 1316 من القانون المدني على الإثبات عن طريق المحررات الكتابية، ولقد توسع في مفهوم المحرر الكتابي، حيث إعتبر أن المحررات الإلكترونية لها قوة إثبات المحرر المكتوب، كما نص على ذلك في المادة 1316 الفقرة 1 من ذات القانون،ثم تناول في المادة 1314 الفقرة 4 والمادة 1316 الفقرة 4 المحررات الرسمية التي يتم تحريرها أمام موثقي الشهر العقاري، حيث يعتبر توقيع الموظف المختص مانحا هذا المستند صفة الرسمية، وأعتبر أن المحرر الإلكتروني له قوة طالما كان حاملا التوقيع الإلكتروني لمصدره، ما لم يتم الإعتراض عليه[1]، كما تنص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري << يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها [2]>>.

الفرع الثاني: الإثبات بشهادة الشهود.

إن الإثبات عن طريق شهادة الشهود، وكما يسمى بالبينة، هو الإثبات الذي يتم بسماع الشهود الذين يدلون أمام القضاء بتصريحاتهم عما شاهدوه أو إستمعوا إليه. هذا وأن سماع الشهود إلى شهادتهم، ولو لم تكن له نفس القوة أو الضمانات التي هي للإثبات بالكتابة، فهو يستعمل كثيرا، وخاصة عندما يتعين إثبات وقائع مادية.

وقد خصص القانون المدني الجزائري الإثبات بشهادة الشهود في المواد 333، 334، 335، 336[3].

[1] منير يوسف المناصير، المرجع السابق، صفحة 312،313.

[2] القانون رقم 05_10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20يونيو 2005 ، المعدل والمتتم للأمر رقم 75_58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني .

[3]الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولى، 2001، صفحة 66.

أولا: الأشكال المختلفة لشهادة الشهود,

الشهادة الشفاهية والشهادة المكتوبة: في الغالب يتم الإدلاء بالشهادة بواسطة التصريح الشفوي، بحيث أن الشهود يصرحون شخصيا للقاضي عما أبصروه أو سمعوه.

وممارسة إجراء الإثبات بشهادة الشهود أمام القضاء، ترجع في تنظيمها على القانون القضائي الذي بين وضوح الإجراءات المتبعة عند التحقيق في الدعوى القضائية، وهذا بالنسبة لكيفية السماع إلى الشهود والشروط التي يجب أن تتوفر فيهم شخصيا.

والحديث فيما سبق يتعلق بالشهادة الشفاهية.

وقد تتم الشهادة بطريق الكتابة، وهذا أمر نادر، ومثال ذلك التصريحات الواردة فيما يسمى في الجزائر بالتقارير، أي الأوراق الإعترافية أو اللفيف، أو في الرسائل، وزيادة على ذلك فإن الوسائل السمعية البصرية الحديثة قد أظهرت نوعا آخرا من الشهادة، تتمثل في التسجيلات والأشرطة.

الشهادة المباشرة والشهادة الغير مباشرة:إن شهادة الشاهد ليس لها قيمة، ما لم تنصب على واقعة التي إطلع عليها أوسمع عنها شخصيا، وأما إذا إدعى الشاهد بأنه سمع عن فلان ما حصل في الواقعة، من دون أن يحضرها شخصيا، فشهادته أتت في الدرجة الثانية، ففي هذه الحالة كانت الشهادة غير مباشرة[1].

ثانيا: خصائص الشهادة.

تتسم الشهادة بالخصائص التالية:

1. حجيتها غير قاطعة تجاه الخصوم، بمعنى أن ما ثبت بالشهادة يصح نفيه بشهادة مقابلة أو بأي طريق آخر من طرق الإثبات.

[1]الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، صفحة 67.

2. غير ملزمة للمحكمة، بحيث أن إستنادها إليها يظل مرده قناعة المحكمة بها كدليل على إستظهار الحقيقة، وتحتفظ محكمة الموضوع بالسلطة التقديرية في تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية بصرف النظر عن عددهم أو صفاتهم بغير أن تكون ملزمة ببيان بأسباب ترجيحها أو طرحها للشهادة، كما تحتفظ بسلطتها التقديرية في تفسيرها ما دامت لم تنحرف فيما إستخلصته عما تحتمله عبارات الشهود.
3. الشهادة دليل مقيد، بمعنى انه لا يجوز الإستعانة بها إلا في إثبات الوقائع القانونية المحددة تشريعيا، مقابلة بالدليل الكتابي الذي يعد دليلا مطلقا لإثبات جميع التصرفات القانونية المدنية مالم يرتض الخصوم الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة، ومرد هذه التفرقة يرجع لمثالب الشهادة فيها يرد عليه من إحتمالات التحريف والتلفيق وفي حال حسن النية فإنه لا يؤمن من سهو ونسيان الشاهد.
4. الشهادة حجة متعدية أي أن ما يثبت بها يعد حجة قبل الكافة، على إعتبار صدورها من شاهد عدل ولم يوجد ما ينفي دلالتها، على عكس الإقرار الذي يعد حجة قاصرة على المقر تجاه المقر لصالحه[1].

يمكن لهيئة التحكيم أن تطلب سماع شهادة شاهد معين من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من يقدم من أحد طرفي التحكيم، ولها سلطة في قبول هذا الطلب أو رفضه فمن إختصاص المحكم إجراء إستجواب للشهود يحدد فيه أسماءهم وعناوينهم وموعد الإستماع إليهم واللغة التي يستخدمونها، ويبلغ الأطراف بهذا الإجراء وما تضمنه قبل إنعقاد الجلسة على أن يتقيد بأحكام القانون الواجب التطبيق بشأن النزاع من حيث حالات الأخذ بالشهادة وقواعدها.

ولا يملك المحكم الإمتناع عن سماع الشهود الذين يتفق الأطراف على الإستعانة بهم إلا أن له السلطة التقديرية في عدم الأخذ بشهادتهمكلها أو بعضها، وفي

[1] همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر،2002، صفحة 438، 439.

حالة رفض هيئة التحكيم طلب سماع شاهد معين مقدم من أحد الأطراف، فليس لمقدم الطلب في هذه الحاة أن يلجأ إلى رئيس المحكمة المختصة، وليس من سبيل أمامه سوى اللجوء إلى دعوى البطلان بحكم التحكيم بصفة لاحقة.

وإذا كان لهيئة التحكيم هذه الصلاحيات في سماع الشهود، إلا أنها قد لا تحقق الغاية التي تريدها _متى إمتنع شاهد عن الحضور_ لعدم إمتلاكها سلطة إجباره على ذلك فما هو الحل؟

يظهر هنا دور القاضي في تقديم يد المساعدة للهيئة التحكيمية، بحيث يمكن لصاحب الطلب أو للهيئة من تلقاء نفسها، الرجوع إليه لإستصدار أمر بالحضور قابلا للتنفيذ مع إمكانية توقيع العقوبات عليه عند التخلف إذا كلفته المحكمة صحيحا بالحضور وتخلف دون مبرر شرعي أو إذا امتنع بعد الحضور عن أداء الشهادة.

في المواد المتعلقة بالشهود في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا نجد ما يفيد أن للقاضي مكنة توقيع عقوبة عن التخلف، وهو ما يعد فعلا فراغا لا ندري لماذا لم ينتبه إليه المشرع، سيما وأن القانون القديم في المادة 67 الفقرة 2، 3 منه كان ينص على ذلك بالقول<< يجوز الحكم على الشهود الذين يتخلفون عن الحضور بغرامة مدنية لا تتجاوز 50 دج مع النفاذ المعجل..... ويجوز إعادة تكليفهم وتحميلهم المصاريف فإذا تخلفوا يحكم عليهم بغرامة لا تتجاوز 100 دج....>>.

ولذلك فإنه في ظل غياب الجزاء في القانون الجديد لا نجد محفزا في لجوء الهيئة التحكيمية إلى القضاء للمطالبة بتنفيذ أمر سماع الشهود[1].

المطلب الثاني: الإثبات بالخبرة والمعاينة.

إن كثيرا مما يعرض على المحكم من وقائع يعجز عن إثباتها، نظرا لتعلقها بعلم أو فن يخرج عن حدود إدراكه وعلمه كما لو تعلقت الواقعة بعلوم الطب أو

[1] حفيظ قطاف، المرجع السابق، صفحة72، 73.

الهندسة أو الزراعة أو المحاسبة أو غيرها من العلوم، والتي لايستطيع المحكم التأكد من صحتها دون اللجوء إلى الخبرة التي مكنه المشرع من اللجوء إليها في النزاعات التي تحتوي على وقائع من هذا القبيل، متى كان إجراء هذه الخبرة للفصل في النزاع بما يتفق ومقتضيات الدولة التي يسعى المحكم إلى تحقيقها.وقد تعترض هيئة التحكيم واقعة أو نزاع لا تستطيع التثبت من صحتها إلا بإنتقال الهيئة إلى محل النزاع ورؤيته على الطبيعة، وذلك لتكوين فهم واقعي وصحيح للواقعة محل النزاع ورؤيته رأى العين.

الفرع الأول: الخبرة

تعرف الخبرة بأنها وسيلة إثبات مباشرة ولكنها إستثنائية يلجأ إليها المحكم إما من تلقاء نفسه أو بناء على طب من أحد أطراف الخصومة التحكيمية بإحدى الصورتين: إما على شكل إستشارة مقدمة من الخبير إلى الأطراف، أو أن يأتي كل طرف بخبير ليناقش شهادة تقرير الخبير الذي سبق وأن كلفته هيئة التحكيم ببحث في مسألة معينة.

قد يقال أنه لا أهمية للخبرة في مجال التحكيم على عكس قضاء الدولة بحسب أن تشكيل هيئة التحكيم يرى فيه أن يكون بعض أعضائها من ذوي الخبرة الفنية في مجال المنازعة المعروضة، كأن يكون على سبيل المثال طبيبا أو مهندسا أو مدقق حسابات غير أن هذا قول مردود ليس فقط لأن عضو هيئة التحكيم قد يمنع من القضاء بعلمه الشخصي ولكن تكون هناك جوانب فنية أخرى قد تستعصي على ذلك العضو الإحاطة والإلمام بها، ولذلك لا بد من الاستعانة بخبراء يعبرون عن وجهة نظرهم و يشرحون وقائعها وتفاصيلها في محاولة لإثباتها تمهيدا لكسب القضية، وكذلك لا يمكننا أن ننكر على هيئة التحكيم حقها في الاستعانة بخبير يساعدها في استيعاب ما يخرج عن نطاق تخصصها تحقيقا للهدف الأسمى من التحكيم والذي يسعى إلى تحقيقه كل من أطراف الخصومة

التحكيمية والمحكم وهو حل النزاع بطريقة عادلة، حيث تعد الخبرة الدليل الأكثر إستعمالا من الناحية العملية من جانب هيئة التحكيم أو أطراف الخصومة[1].

تتنوع الخبرة من حيث ما يقوم به الخبير إلى عدة أنواع، يمكننا ردها إلى ثلاثة أنواع نوضحها من حيث وظيفة الخبير فيها على النحو التالي:

1. الخبير الاستشاري

هو شخص يستعين به أحد الأطراف المتنازعة في خصومة التحكيم و يستند إلى رأيه الفني بالنسبة لبعض وقائع النزاع، ويكون لأي من أطراف الخصومة التحكيمية ذلك، سواء قررت الهيئة الاستعانة بخبير أم لا، وكذلك يجوز لأي من الأطراف إذا قررت هيئة التحكيم الإستعانة برأي خبير، بحيث حددت جلسة لسماع ومناقشة تقريره، أن يقدم في هذه الجلسة خبيرا أو أكثر من طرفه لإبداء الرأي في المسائل التي تناولها تقرير الخبير الذي عينته هيئة التحكيم، وقد أوردت المادة 34 من قانون التحكيم الأردني والمادة 36 من قانون التحكيم المصري قيدا على حق الخصوم وهو ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك، ودور الخبير في هذة الحالة يقتصر على مجرد تقديم إستشارة فنية، ولهيئة التحكيم الخيار ما بين الأخذ بها أو عدم الأخذ بها وذلك دون الحاجة للرد على التقرير، إذ يجوز لأي من أطراف الخصومة التحكيمية أن يستعين بخبير إستشاري يستند إلى رأيه الفني بالنسبة لبعض وقائع النزاع، ويكون له هذا سواء قررت الهيئة الإستعانة بخبير أم لم تقرر ذلك، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى إذا كانت الهيئة قد قررت الإستعانة بخبير وحددت جلسة لسماعه ومناقشة تقريره [2].

[1] منير يوسف المناصير، المرجع السابق، صفحة 372،373.
[2] منير يوسف المناصير، المرجع السابق،صفحة 376،377.

2. الخبير المعاين:

وهو الذي تستعين به هيئة التحكيم أو المحكمة حينما تقرر الإنتقال للمعاينة من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم، وذلك لإثبات حالة الواقعة محل النزاع وفقا للمادة 131، 132 من قانون الإثبات المصري والمادة 83 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، ودون إبداء الرأي شفاهة أو كتابة، وتحرير هيئة التحكيم محضرا تبين فيه جميع الأعمال التي قام بها الخبير ويوقع على المحضر هو وأعضاء هيئة التحكيم أو المحكمة.

3. الخبير الشاهد:

ويعتبر الخبير شاهدا، والأصل في الشاهد أن يشهد بالنسبة لما يعرفه من الوقائع المادية، وبالتالي فليس له أن يبدي رأيا فنيا فيما يتعلق بهذه الوقائع، ولكن هنالك إستثناء على هذه القاعدة جرى العمل عليه في التحكيم على أن يدعي شخص يتمتع بخبرة فنية لإعطاء شهادته في مسألة فنية بإعتباره خبيرا فنيا يخضع لما ينظمه قانون التحكيم بالنسبة للخبير من قواعد و إجراءات و مثل هذا الشخص و إن سمي شاهدا إلا أنه يعتبر خبيرا[1].

يجب على الأطراف تيسير مهمة الخبير المعين من الهيئة بالسماح له بالمعاينة والفحص للوثائق، وبالنظر إلى كون إجراء الخبرة أمر منوط به وأي إشكال بشأن تنفيذها يرجع إلى الهيئة التحكيمية فإننا نتساءل عن دور القاضي فيها؟

تنفيذ الحكم الآمر بالخبرة المنوط بأطراف النزاع، فكلما كان هناك تعنت من أي طرف في تمكين الخبير من القيام بمهمته بأي سلوك من شأنه إعاقته في إنجاز المهمة المنوطة به يمكن لمن له المصلحة أو للخبير إخطار هيئة التحكيم، وهذه الأخيرة لها أن تطلب تدخل القاضي بغرض الإلزام وتنفيذ الأمر الصادر منها.

[1] منير يوسف المناصير، المرجع السابق، صفحة 380.

كما يمكن أن نجد تدخل القاضي في تحصيل الدليل لهيئة التحكيمية وتحقيقه عندما يؤمر بتعيين خبير قبل إنعقادها إذا تطلبت ذلك حالة الإستعجال، على أنه ليس ذلك بعدها إلا وفق الشروط التي تقتضيها حالة الضرورة القصوى ووفق ما تم ذكره عند التكلم عن التدابير التحفظية والمؤقتة[1].

الفرع الثاني: المعاينة.

هي طريق مباشر من طرق إثبات الدعوى أمام هيئة التحكيم، بحيث تقوم هيئة التحكيم بمشاهدة ومعاينة موضوع النزاع بنفسها، وتتحقق المعاينة عندما تعتقد هيئة التحكيم بملامستها على أرض الواقع للوقائع محل النزاع ما بين أطراف الخصومة التحكيمية وإستخلاص الدليل عن طريق مشاهدتها وليس بما يقدمه أطراف الخصومة من أقوال وبيانات[2].

تتمتع هيئة التحكيم بسلطة الإنتقال إلى مكان غير مكان التحكيم لمعاينة محل النزاع وذلك سواء لإجراء معاينات أو تقييمات أو إعادة تمثيل للوقائع، ولها أن تستعين بأحد التقنين أو الخبراء إذا ما رأت موجبا لذلك، ويجوز لها ندب أحد أعضائها للقيام بذلك سواء بطلب من أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها، متى خولها القانون الواجب التطبيق ذلك أو خولها الأطراف مثل هذا الندب لأن الأصل أن تنتقل المحكمة بهيئتها.

وإذا حصل أن قام أحد أطراف النزاع أو عماله أو من هم تحت سلطة بالإعتراض عليها عند قيامها بالمعاينة (كأن يقوم بغلق المخزن الموجود به البضاعة محل المعاينة).

فهنا ليس للهيئة سلطة تنفيذ أمرها جبرا بالمعاينة المادية للبضاعة، إلا باللجوء إلى القاضي سواء بنفسها أو من الطرف الذي له مصلحة بعد الترخيص له منها طبقا للمادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لأجل إستصدار أمر

[1] حفيظ قطاف، المرجع السابق، صفحة 74.
[2] منير يوسف المناصير، المرجع السابق، صفحة 414.

على ذيل العريضة بدخول الأمكنة تحت طائلة تنفيذه عن طريق القوة العمومية، كما يمكن فضلا عن ذلك للطرف المستعجل رفع دعوى إستعجالية بغرض إتخاذ تدبير تحفظي أو مؤقت على البضاعة مثلا محل النزاع[1].

المطلب الثالث: اليمين كوسيلة غير مباشرة للإثبات.

من أوجه التعاون بين القضاء والتحكيم الحصول على أدلة، فإذا تعذر على المحكمين تنفيذ مهامهم، تتدخل المحكمة للحصول على إفادات الشهود و الإحتفاظ بالأدلة، فاليمين من بين العناصر التي تجسد التعاون بين القضاء والتحكيم.

الفرع الأول: تعريف اليمين.

اليمين بالمفهوم الشرعي هي إشهاد الله سبحانه وتعالى على صدق ما يقوله الحالف وتعد من طرق الإثبات الغير مباشرة، وهو قسم يؤديه الشخص ليبرهن به على حدوث أمر ما أو ينفي حدوثه، ولهذا فهو مرتبط بديانة الشخص وخلقه ويصطبغ لذلك بالصبغة الدينية، أما الفقه فقد عرف اليمين على أنها هي الحلف الذي يصدر من أحد الخصمين على صحة ما يدعيه، أو عدم صحة ما يدعيه الخصم، واليمين تقوم مقام الدليل كطريق من طرق الإثبات غير المباشرة وهي طريق من طرق التحقيق بصدد الدعوى التحكيمية[2].

فاليمين هو إحتكام الخصم في شأن الواقعة المتنازع عليها إلى قول خصمه تحت وطأة القسم.

الفرع الثاني: أنواع اليمين.

اليمين إما أن تكون قضائية أو غير قضائية، فتكون قضائية إذا أديت في مجلس القضاء، وتكون غير قضائية إذا أديت خارج مجلس القضاء.

[1] حفيظ قطاف، المرجع السابق، صفحة 73،74.
[2] منير يوسف المناصير، المرجع السابق، صفحة 428.

أولا: اليمين غير القضائية.

اليمين الغير قضائية ليس لها أحكام تشريعية خاصة، فإن الإتفاق عليها يخضع للقواعد العامة في العقود، ووسيلة إثبات الإتفاق على الإحتكام لليمين في شأن الحق المتنازع عليه يخضع للقواعد العامة للإثبات التي تتحدد بحسب قيمة الحق المدعى به، فإذا تجاوزت قيمته نصاب الإثبات بالبينة، كانت الكتابة هي وسيلة إثبات هذا الإتفاق ما لم يتفق على غير ذلك.

أما إثبات واقعة حلف اليمين ذاتها فيتم بكافة طرق الإثبات بإعتبارها واقعة مادية، ومتى تم حلفها ترتب عليها جميع آثار اليمين القضائية، بحيث إن الحالف يكون محقا في دعواه وخصمه مبطلا فيها، وبالعكس فإن الناكل عنها يعد مبطلا في دعواه وخصمه محقا. وإذا اضطر أحدهما بعد ذلك للالتجاء إلى القضاء[1] فلا يكون ذلك إلا لإثبات حصول الحلف أو النكول.

ثانيا: اليمين القضائية.

فيميز في إطارها نوعين :

اليمين الحاسمة: وهي تلك التي يوجهها الخصم إلى خصمه محتكما فيها إلى ضميره تحت وطأة القسم في شأن الواقعة المتنازع فيما يعوزه الدليل عليها[2].حيث تعد اليمين الحاسمة من الطرق المعفية من الإثبات بشأن أية واقعة مادية أو أي تصرف قانوني مهما بلغت قيمته، فهي من هذه الناحية كالكتابة قوتها مطلقة على أن حجيتها تقتصر على الخصمين دون أن تتعداهما إلى الغير، وقد نظمها القانون المدني في المواد من 343 إلى 347 وقانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد من 189 إلى 193.

ومتى كان القانون الجزائري هو الواجب التطبيق، فإن الأحكام المتعلقة باليمين الحاسمة المنصوص عليها هي التي تطبق إلا إن كان هناك إتفاق بين الأطراف

[1] همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، صفحة 363.
[2] نفس المرجع ، ص 364.

على عدم قبولها كدليل في الإثبات، ولو في الحالات التي يجوز فيها أصلا توجيهها. ويمكن للمحكم أن يوجهها بعد طلب الخصم ذلك _ دون الحاجة إلى القول أن المحكم لا يمكن أن يوجهها لافتقاده سلطة الجبر عليها_ كالقاضي وذلك لإعتبار أن الممتنع عن أدائها يعد ناكلا ويخسر دعواه [1].

اليمين المتممة: هي تلك التي يوجهها القاضي لأي من الخصمين إستيثاقا للأدلة المقدمة في الدعوى[2]، فإنه ولما كانت هذه اليمين لا توجه من الخصم فلا يجوز للمحكم أن يوجهها إلى خصوم الدعوى التحكيمية، على إعتبار أنه قد يمتنع من وجهت إليه عن أدائها دون أن يكون لذلك أي أثر على الدعوى[3].

المطلب الرابع: الإنابة القضائية كوسيلة لتحصيل الأدلة.

تعتبر الإنابة القضائية وسيلة قانونية يتم اللجوء إليها من طرف القاضي من أجل إجراء تحقيق خارج دائرة إختصاصه كسماع شاهد أو الإنتقال للمعاينة، بسبب تعذر إنتقاله أو لتكلفة المصاريف. وقد نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد 108 وما يليها. وقد تكون الإنابة القضائية دولية يتم اللجوء إليها للحصول على أدلة موجودة في الخارج ، حيث يصدرها القاضي الوطني للقاضي الأجنبي المختص أو للسلطات القنصلية أو الدبلوماسية لدولته .

الفرع الأول: تعريف الإنابة القضائية.

تعرف الإنابة القضائية بالتفويض أو أنها تكليف بالمهمة التي تصدرها سلطة مختصة بالتحقيق إلى سلطة أخرى لتنفيذ جزء من إجراءات التحقيق.

حسب المادة 138 من قانون الإجراءات الجزائية فإن الإنابة القضائية هي تفويض قاضي التحقيق لقاضي من قضاة محكمته أو أي ضابط من ضباط الشرطة

[1] حفيظ قطاف، المرجع السابق، صفحة 74،75.
[2] همم محمد محمد زهران، المرجع السابق، صفحة 364.
[3] حفيظ قطاف، المرجع السابق، صفحة 75.

القضائية المختصة للقيام بإجراء واحد أو بعض من إجراءات التحقيق الإبتدائي ما عدا الإستجواب والمواجهة[1].

موضوع الإنابة القضائية:

يتم اللجوء إلى الإنابة القضاية من أجل طلب إتخاذ أي إجراء قضائي أو إجراء تحقيق، وهذا ما ورد في نص المادة 108 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية << ....للقيام بالإجراءات المأمور بها >> فعبارة الإجراءات جاءت عامة، وكذلك نص المادة 124 التي حددت موضوع الإنابة الدولية بأنه أي إجراء من إجراءات التحقيق أو أي إجراء قضائي آخر، وبالتالي يمكن القول أن طلب الإنابة يتضمن أي إجراء منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية من ذلك تبليغ الخصم أو إستجوابه، اللجوء إلى الخبرة وما يليها، معاينة الأماكن، سماع شاهد، أداء اليمين، لكن لا يمكن تصور اللجوء غلى الإنابة القضائية من أجل إصدار الحكم الذي هو من إختصاص القاضي الذي رفعت أمامه الدعوى، ويخضع الإجراء القضائي المطلوب اللجوء بصدده للإنابة للسلطة التقديرية للقاضي المنيب الذي يحدد أهميته وكذا مجال المهمة المطلوبة من القاضي المناب، وقد يكون موضوع الإنابة القضائية الدولية إلزام شخص موجود في الخارج على تقديم مالديه من مستندات، الأمر بسماع شهادة شهود موجودين في الخارج، الأمر بتعيين خبير، الأمر بإجراء معاينة المال الموجود في الخارج عقارا كان أو منقولا أو معاينة مكان الحادث أو مكان وقوع الكارثة[2].

الفرع الثاني: إجراءات تنفيذ الإنابة

أولا/إجراءات تنفيذ الإنابة الداخلية

بعد إصدار الحكم بإتخاذ الإنابة القضائية يتم إرساله عن طريق كتابة الضبط من الجهة القضائية المنابة مرفقا بالوثائق الضرورية، وبمجرد تسلمه تقوم هذه الأخيرة

[1] كمال بوشليق، النظام القانوني للإنابة القضائية في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات والأبحاث، مجلد 12، العدد 03، 2020، صفحة 465.

[2] سمية كمال، الإنابة القضائية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 02،2015، صفحة 286.

بمباشرة الإجراءات المطلوبة منها أو يقوم رئيسها بتعيين قاضي من بين قضاة الجهة القضائية لتنفيذ الإجراء المطلوب، وهذا ما ورد في نص المادة 109 من قانون الإجراءات المدنية والادارية التي لم تحدد أجلا للتنفيذ، فبمجرد تنفيذ الإنابة القضائية يتم تحرير محضر مثبت لإجراء التحقيق الذي تم سواء كان محضر معاينة أو محضر سماع شهود وفقا للقواعد المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية والادارية، ويتم إرساله إلى الجهة القضائية المنيبة عن طريق أمانة الضبط مرفقا بالوثائق والمستندات ونسخة الحكم الذي تضمن إصدار الإنابة[1].

ثانيا: إجراءات تنفيذ الإنابة الدولية.

فور صدور الحكم الآمر بالإنابة الدولية من محكمة وطنية باللغة العربية، تتم ترجمته إلى اللغة الأجنبية بسعي من الخصوم وعلى نفقتهم (المادة 113 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية) . لكن يلاحظ أن النص جاء غامضا أولا من جهة اللغة الأجنبية المقصودة هل هي الفرنسية أم اللغة العالمية وهي الإنجليزية ومن هو الطرف الذي يتحمل نفقات الترجمة إذ القاضي ملزم بتكليفه لكي تترتب عن ذلك جزاءات إجرائية في حالة التخلف عن السعي في التنفيذ وسيكون الأمر سهلا إذا طالب به الخصم إذ يجوز تكليفه بالترجمة، لكن إذا أمرت يها المحكمة تلقائيا فمن يسعى للتنفيذ ومن يدفع مصاريف الترجمة؟ الأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي ليكلف أحد الخصوم بذلك وعادة ما يكون المدعي في الخصام، أما اللغة ففي تقديري إذا كانت الإنابة موجهة لإحدى الدول الفرنكوفونية يترجم الحكم إلى الفرنسية أما ما عداها فاعتقد أن اللغة الأنسب هي الإنجليزية بالنظر لصلاحيتها العالمية.

بمجرد إعتبار الملف مكتملا يقوم أمين ضبط القسم الذي أصدر الحكم بإرساله إلى النائب العامبالمجلس القضائي الذي يرسله بدوره إلى وزير العدل قصد تحويله إلى الجهة المطلوب منها تنفيذ الإنابة الدولية.

[1] سمية كمال، المرجع السابق، صفحة 288.

تجدر الإشارة إلى أنه في وجود اتفاقية دولية انضمت إليها الجزائر يجب الاحتكام إليها، وإذا كانت ثنائية من باب أولى، ونذكر مثلا تلك المبرمة بين الجزائر وفرنسا أو الجزائر ودول المغرب العربي أو دول الجامعة العربية حيث ترسل الإنابة مباشرة ورأسا إلى الجهة المنابة دون المرور بوزير العدل ولا بالنائب العام[1].

الفرع الثالث: الإنابة القضائية كوسيلة للتعاون بين القضاء والتحكيم.

متى كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري، يجوز أن تستفيد هيئة التحكيم من الإنابة القضائية الدولية،للحصول على أدلة الإثبات الموجودة خارج الدولة التي يجري فيها التحكيم، متى كانت هذه الدولة مرتبطة مع الدولة التي يطلب منها تنفيذ الإنابة القضائية بإتفاقية دولية في هذا الشأن، وبالنظر إلى كون قرار التحكيم لا يملك سلطة الجبر فإنه لا حرج من رفع الأمر إلى القضاء للتأشير على ذلك. أب أن المحكمة التحكيمية تستعين بالقضاء المتواجد به مقرها لالتماس طلب مساعدة تنفيذ إنابة دولية من الخارج فتصدر الإنابة باسم قضاء الدولة المتواجد بها مقر التحكيم.

وفي الأخير وبالرجوع إلى نص المادة 1047 من قانون الاجراءات المدنية والادارية فإن تقديم طلب التدخل من القضاء يكون سواء من المحكمة التحكيمية بأعضائها أو من طرف الأطراف معا بعد الإتفاق مع المحكمة التحكيمية أو من الطرف المستعجل بعد ترخيص هذه الأخيرة[2].

[1] د/ حسين العيساوي، الإنابة القضائية في القانون الدولي الخاص الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية ، مجلة محكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة المسيلة ، صفحة 8.
[2] حفيظ قطاف، المرجع السابق، صفحة 75.

الخاتمة:

إن التحكيم التجاري الدولي قضاء مستقل بذاته إلا أن تدخل القضاء الوطني بالمساعدة في إجراءاته أمر ضروري والذي يستمد سلطته من الدولة في تنظيم العدالة وإحتكارها وتقديم خدمة التقاضي للأفراد بينما يستمد المحكم سلطته من اتفاق الأطراف لذا فهو لا يجبر إلا أطرافه وحتى هؤلاء قد لا يتمكن المحكم من مباشرة سلطة الجبر عليهم فيظل عدم وجود سلطة عليها تمنح وتضفي على أوامره قوة تنفيذية مما يستدعي تدخل القضاء لضمان تحقيق ذلك الإلتزام.

وهذه أهم النتائج التي توصلت إليها:

1- لقد حاولت السلطات الجزائرية جلب المتعامل الاقتصادي الأجنبي ودعوته إلى الإستثمار فشرعت حزمة من القوانين من بينها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في الجزئية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي وقد تم إعتماد الطابع الاقتصادي المنازعة المباشرة بين الدولتين لإضفاء صفة الدولية التجارية عن التحكيم وقد رأينا أن هذا المعيار يشمل رعايا كل دولة وليس فقط الأشخاص المعنوية العامة كما أنه ليس قاصرا فقط على الأمور التجارية بل كل ماله علاقة بالإقتصاد في هذا التحويل إستراتيجي للسلطات الجزائرية في تعاملها مع ملف الإستثمار على اعتبار أن التحكيم أصبح من بين أهم البنود التي يراعي لها المستثمر الأجنبي اهتمامه لما تحققه له من أمن قانوني و قضائي.

2- زيادة على المعيار الاقتصادي في تكريس ليبرالية قواعد التحكيم التجاري الدولي على شكل موسع تعكس أيضا هذه القواعد نظرة المشرع في تكريس حرية الأطراف في إختيار القانون والإجراءات الأنسب لهما لتسير الخصومة التحكمية الدولية وجعل تدخل القاضي الجزائري فيها هو إستثناء إستلزمه تنشيط وتفعيل

إجراءات هذه الخصومة كلما وجد مقتضى لذلك، وهذا من دون أن يكون هناك بالمقابل إخلال بضمانات التقاضي الواجب إحترامها والتي تفرض بالضرورة رقابة يغلب عليها الطابع التشكيلي أكثر.

3- أما بخصوص فعالية نصوص المساعدة الأولية فإنه في الجزائر وبالنظر إلى قلة أو بالأخرى إنعدام القضايا التحكيمية الدولية المحتكم فيها هنا بالجزائر (مقر التحكيم) فإن بيان مدى فعاليتها من إنعدامه لا يمكن الحكم عليه الآن.

4- الرقابة اللاحقة والنهاية التي يمارسها القاضي الجزائري على خصومة التحكيم بمناسبة التنفيذ للحكم التحكيمي وجدنا أن هناك -وعلى عكس المساعدة الأولية- ممارسة لها من طرف القضاء الجزائري حتى وإن كان أغلبها كان في ظل القانون القديم إلا أنها تصلح للتطبيق في القانون الجديد كون النصوص تكاد تكون نفسها.

5- أما بخصوص مدى ملاءمة نصوص التدخل القضائي كما نوعا مع ما توصل إليه الفكر القانوني التحكيمي فإنه يمكننا إلى حد ما، القول أنها جاءت موافقة في أغلبها لذلك، إذ كثيرا من النصوص الدولية.

-إن سطحية النصوص لتدخل القاضي من الناحية الإجرائية كما رأيناها في ثنايا هذا البحث إنعكس ذلك على التطبيق السليم لها من طرف القضاء الجزائري وهو ما يجعلها بالضرورة تتعارض حتما مع الإنفتاح الاقتصادي الذي سطرته السلطات العمومية .

التوصيات:

– إغفال المشرع الجزائري لتحديد الميعاد المتعلق بتقديم طلب تعيين المحكمين والمستحب الجزم في الأمر حتى لا يبقى دائما نقطة تساءل ومعرضة للتأويلات.

– فيما يخص موضوع رد المحكم لم يوضح المشرع باقي الإجراءات المتعلقة بطلب الرد وكذا لم يبين الأثار المترتبة على هذا الطلب وهذه ثغرة تفتح باب أمام التأويلات وكان عليه تجنبها.

– إن طلب إتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية من القضاء في مرحلة ما قبل تشكيل الهيئة التحكيمية حتى لو أسند إتفاق التحكيم الإختصاص بإصدارها لهذه الهيئة هو أمر ضروري لا مفر منه و يحتاج إلى نص خاص حاسم بشأنه.

من خلال ما تم دراسته لابد من التأكد على أن ما احتواه هذا البحث من نقاط و تحليلات و مناقشات هي إجتهادات منا تشكل و جهة نظر قانونية تحتمل الخطأ و الصواب وفي كل الأحوال أرجو أن نكون قد وفقنا ولو قليلا في الإجابة على أهم الإشكالات التي تدور حول هذا الموضوع و إعطاء الطريق لغيري لإجرائه و الإستفاضة فيه.

قائمة المصادر والمراجع

المراجع

1-سمية كمال، الإنابة القضائية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 02،2015

2-عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم (التحكيم الدولي)، الكتاب الأول منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط3، 2008.

3-العمري خالد، مجال تدخل القاضي الوطني في سير إجراءات خصومة التحكيم التجاري الدولي في عقد الفرنشايز، دراسة حالة التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد01 ،2020.

3-الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولى، 2001.

4-كمال بوشليق، النظام القانوني للإنابة القضائية في التشريع الجزائري،مجلة الدراسات والأبحاث، مجلد 12، العدد 03، 2020.

5-لزهر بن سعد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، صف 5/408، الإبداع القانوني 2012، /2758.

6-المحامي الدكتور عامر فتحي البطانية، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق-جامعة عمان الأهلية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الإصدار الأول، 2008.

7-محمد حسين قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية.

8-محمود أحمد المختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1999.

9-منير يوسف المناصير، إلتزامات وسلطات المحكم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، الطبعة 1، 2016.

10–همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر،2002.

11–حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

القوانين

1–قانون رقم 08_09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2–القانون رقم 05_10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20يونيو 2005 ، المعدل والمتمم للأمر رقم 75_58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني .

الرسائل الجامعية

1– حفيظ قطاف، مجال تدخل القضاء في خصومة التحكيم التجاري الدولي على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري(08_09)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون أعمال، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2 ، سنة 2014_2015.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

العنوان	الصفحة
مقدمة	**1**
الفصل الأول: دور القاضي في انعقاد وسير الخصومة التحكيمية	**6**
المبحث الأول: دور القاضي في انعقاد الخصومة التحكيمية الدولية	**7**
المطلب الأول: كيفية رد الدعوى لعدم الاختصاص	**8**
المطلب الثاني: التدخل القضائي في تعيين المحكمين وعزلهم	**25**
المبحث الثاني: سلطة القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية قبل النزاع	**35**
المطلب الأول: شروط تدخل القضاء في اتخاذ الإجراءات المؤقتة والتحفظية	**25**
المطلب الثاني: المحكمة المختصة بالتدبير والإجراءات التحفظية	**41**
الفصل الثاني:تدخل القضاء في مساعدة هيئة التحكيم لأجل تحصيل الأدلة وتحقيقها	**46**
المبحث الأول: سلطة هيئة التحكيم في تحصيل الأدلة وإجراءات طلب المساعدة	**46**
المطلب الأول: سلطة هيئة التحكيم في تحصيل الأدلة	**47**
المطلب الثاني: إجراءات طلب المساعدة	**48**
المبحث الثاني: مجال مساعدة القضاء لهيئة التحكيم في تحقيق الأدلة	**48**
المطلب الأول: الدليل الكتابي وسماع الشهود	**49**
المطلب الثاني: الإثبات بالخبرة والمعاينة	**55**
المطلب الثالث: اليمين كوسيلة غير مباشرة للإثبات	**60**
المطلب الرابع: الإنابة القضائية كوسيلة لتحصيل الأدلة	**62**
خاتمة	**66**
قائمة المصادر والمراجع	**73**

الملخص:

تتضمن أغلب العقود التجارية الدولية شرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التجارية دون اللجوء إلى القضاء، وذلك لما يتمتع به التحكيم من مزايا لا يتوفر عليها القضاء كالسرعة والمرونة ، السرية والمحافظة على علاقة الطرفين، حيث كرس المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية والادارية التحكيم كطريق خاص أو وسيلة بديلة لحل المنازعات أساسه الخروج عن التقاضي، كما وسع في مجاله بالاعتماد على المعيار الاقتصادي في تحديد دوليته و ذلك بهدف استقطاب الإستثمار الأجنبي، ولهذا تعرضت أغلب التشريعات الى تنظيم العلاقة بين القضاء والتحكيم والتي بدورها يتدخل القضاء في انعقاد وسير الخصومة التحكيمية وكذلك لجوء هيئة التحكيم إلى القضاء من أجل مساعدتها في تحصيل الأدلة وتحقيقها.

Summary:

Most international commercial contracts include the arbitration clause as a means of resolving commercial disputes without resorting to the judiciary, because arbitration has advantages that the judiciary does not have, such as speed and flexibility, confidentiality and maintaining the relationship of the parties, where the Algerian legislator enshrined in the civil and Administrative Procedure Law arbitration as a special way or means of resolving disputes based on arbitration, as well as the recourse of the arbitral tribunal to the judiciary In order to assist her in the collection and investigation of evidence.