مجلة الدراسات القانونية والسياسية

المجلد 08 العدد 02 جوان 2022 | ص ص:183-199

تسبيب الحكم التحكيمي في القانون الجزائري والنظم المقارنة

The reasons for the arbitral award in Algerian law and in comparative systems

حسين العيساوي *

جامعة محمد بوضياف، المسيلة

hocine.laissaoui@univ-msila.dz

- تاريخ الإرسال: 2022/04/21 - تاريخ القبول: 2022/05/30 - تاريخ النشر: 2022/06/05

ملخص:

سنحاول في هذا البحث إلقاء الضوء على موقف المشرع الجزائري من تسبيب الحكم التحكيمي مقارنا بالقوانين العربية والغربية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، كما نتعرف على موقفه من تشتت الرأي أثناء المداولة بين المحكمين أو ما يعرف بالرأي المعارض وهل يسبب هو أيضا وأثره على سرية المداولة .

الكلمات المفتاحية: التحكيم، الحكم التحكيمي، الحكم التحكيمي الجزئي، الحكم ألتحكيمي النهائي، الرأي المعارض، تسبيب الحكم التحكيمي، اتفاقية نيو يورك، اتفاقية واشنطن، غرفة التجارة الدولية.

ABSTRACT:

in this research we try to know about the opinion of Algerian legislator especially the motivation of arbitral award comparing it to Arabic and occidental laws and international conventions. We also know about his opinion about dissenting opinion , is it obliged to motivate it or no , and also his effect on deliberation of arbitrators .

keywords: arbitration-arbitral award- partial arbitral award - final arbitral award - dessenting opinion- the reasons for an arbitral award- New york convention- Washington convention- international chamber of commerce.

* -المؤلف المرسل:

مقدمة:

كما هو معلوم فإن دور المحكم ومهمته الأساسية هي الفصل في النزاعات التي يسندها إليه الخصوم، فهو قاض وإن كان لا ينتمي إلى أي نظام قضائي، ما دامت مهمته حل النزاعات بين الأطراف في مهمة يستمدها من اتفاق الطرفين من خلال شرط تحكيمي وهو بند في العقد الأساسي أو يلحق به قبل نشأة النزاع، أو مشارطة تحكيم وهي عقد يتم بعد ميلاد النزاع .

وإذا كانت الأنظمة القانونية تكاد تجمع على وجوب تسبيب أي حكم يصدره قضاة الدولة على كل المستويات، فإن الحكم التحكيمي – مبدئيا – يجب أن يكون كذلك مسببا حتى يطمئن طرفاه إلى تلك النتيجة التي توصل إليها المحكمون متمثلة في منطوق القرار أو الحكم التحكيمي، فضلا عن تحقيق المحاكمة العادلة المنشودة في كل النظم القانونية المعاصرة باعتبارها ركيزة من ركائز حقوق الإنسان.

إن الفرقاء يميلون إلى هذه الوسيلة البديلة لفض منازعاتهم لا سيما التجارية منها لما يوفره التحكيم لهم من مزايا لا يجدونها في قضاء الدولة، فضلا عن إفلاته من التعرض للإبطال القضائي لهذا العيب وهو انعدام التسبيب أو تناقض الأسباب لا سيما عندما يكون القانون الواجب التطبيق على مسائل الإجراءات لا يشترط التسبيب مع أن هذا الأخير لم يوجد إلا لمنع المحكم أو القاضي من التعسف.

يستمد المحكم سلطاته من اتفاق الأطراف وهو بهذه المثابة يمكن إعفاؤه من تسبيب حكمه باتفاقهما، مع أن جل النظم القانونية المعاصرة تميل إلى التسبيب على اعتباره يحقق المحاكمة العادلة ويحول دون التعسف والانحياز .

إن هذه الحالة لا تطرح إشكالا، بينما يتجلى الإشكال عندما نعرف بأن هنالك أنظمة قانونية تسمح لأحد المحكمين ضمن تشكيلة الهيئة التحكيمية بالخروج عن ذلك الإجماع برأي مخالف (l'opinion dissidente)، **فإلى أي مدى يجب أن يكون ذلك الرأي كذلك مسببا مثله مثل قرار الأغلبية أم أنه لا ضرورة لتسبيبه ما دام يمثل الأقلية ؟ وهل يعد ذلك سببا للبطلان بحجة انعدام الأسباب أو تناقضها؟**

ذلك ما سأحاول الإجابة عنه من خلال هذه الورقة البحثية التي قسمتها إلى قسمين أتناول في الأول مفهوم الحكم التحكيمي وأنواعه وكيفية تحريره، وفي الثاني أتناول إعداد الحكم التحكيمي والتزام المحكم بالتسبيب في القانون الجزائري وفي بعض النظم المقارنة منتهجا المنهج التحليلي للنصوص المستخدمة لا سيما قانون التحكيم الجزائري والمنهج المقارن عند مقارنة هذا القانون بالأنظمة الشبيهة في الأسرتين الرومانية الجرمانية وأسرة القانون الانجلوسكسوني والأنظمة أو اللوائح التي تطبقها هيئات التحكيم، على التفصيل التالي .

لكن وقبل الغوص في مسألة وجوبية التسبيب من عدمه يتعين علي أن أعرف بالحكم التحكيمي أو القرار التحكيمي لما يثيره هذا المصطلح من اختلافات فقهية وحتى تشريعية في مختلف الأنظمة القانونية وما يترتب عليه من آثار قانونية.

المبحث الأول: مفهوم الحكم التحكيمي وأنواعه

المطلب الأول: مفهوم الحكم التحكيمي

أثارت فكرة الحكم التحكيمي جدلا فقهيا واسعا أدى إلى وجود عدة أنواع من القرارات التحكيمية مثل القرار التحكيمي النهائي (La sentence arbitrale définitive) والحكم التحكيمي قبل الفصل في الموضوع (sentence d'avant dire droit) والحكم التحكيمي المختلط والحكم التحكيمي الجزئي (sentence partielle) والحكم التحكيمي التمهيدي (sentence préliminaire) والحكم التحكيمي المؤقت (sentence provisoire) ... وقد انعكس هذا الاختلاف الفقهي على مختلف التشريعات الوطنية ومنها التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي بصفته المصدر التاريخي لهذا الأول. كما امتد هذا الاختلاف إلى النظام الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (CNUDCI) حيث جاء في مادته 32 ما يلي : " لمحكمة التحكيم أن تصدر ليس فقط أحكاما نهائية، إنما لها أن تصدر أحكاما مؤقتة (sentences provisoires) أو جزئية (partielle)أو تمهيدية (sentences interlocutoires)" .

كما انعكس هذا الاختلاف في المفاهيم على تكييف المحكمين أنفسهم لما يصدر عنهم من عمل، فمنهم من يكيف أو يصنف عمله على أنه خلاصة مُصَالِح (conclusion de l'amiable compositeur) والبعض الآخر يسميه تنظيما إداريا بسيطا (une sentence de simple mesure d'organisation administrative) مثل ذلك الصادر عن غرفة التجارة الدولية تحت رقم 3896 سمنة 1982.[1]

كما تتجلى الصعوبة في تعريف الأعمال (les actes) التي تستحق أن تُكيَّف بأنها قرارات أو أحكام تحكيمية، خاصة أن جل النصوص المنطبقة على التحكيم الدولي تمتنع عن تعريف الحكم التحكيمي، ومن هذه النصوص نجد القانون الفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة، مع أنه جرت محاولة لتعريف القرار التحكيمي بمناسبة إعداد هذا النظام والتي جاءت على النحو التالي : " كلمة حكم تحكيمي يقصد بها القرار النهائي الذي يحكم جميع المسائل المعروضة على المحكمة التحكيمية، وكل القرارات الأخرى الصادرة عن هذه المحكمة التي تفصل نهائيا في مسألة تتعلق بالموضوع أيا كانت أو في اختصاصها أو أية مسألة إجرائية أخرى، وفي هذه الحالة وحدها محكمة التحكيم هي من يكيف قرارها بأنه قرار تحكيمي، " ولتعميم الفائدة أوردت التعريف باللغة الأجنبية .[2]

[1] Voir le journal de droit international , 1983 p 914.

[2] « Le mot sentence doit s'entendre d'une sentence définitive qui tranche toutes les questions soumises autribunal arbitral et de tout autre décision du tribunal arbitral qui règle définitivement une question de fond quelconque ou la question de sa compétence ou tout autre question de procédure mais , dans le dernier cas , seulem ent si le tribunal arbitral qualifie sa décision de sentence. » voir Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, in le traité de l'arbitrage commercial international , Litec- Delta 1996, p 749.

ومع هذا لم تحقق هذه التعريفات إجماعا لدى مجموعة العمل المكلفة بإعداد النظام الخاص بغرفة التجارة الدولية وخاصة ما يسمى بالأحكام التمهيدية (les sentences interlocutoires)، والأحكام الجزئية .

من جهتها أثارت مسألة فصل المحكمة التحكيمية في اختصاصها بالإجراءات جدلا كبيرا حول ما إن كان هذا العمل هو قرار تحكيمي أم لا ؟ الشيء الذي أدى بواضعي القانون النموذجي للأمم المتحدة لقانون التحكيم إلى هجر كل تعريف للقرار التحكيمي. كما لم تعرف جل أنظمة التحكيم فكرة القرار التحكيمي بقدر ما أشارت إلى كيفية إصداره والبيانات التي يجب أن يحتوي عليها .

ومع هذا يبدو ضروريا تعريف القرارات التحكيمية [1] التي يجب أن تحمل هذه التسمية لتمييزها عن الأوامر الإجرائية (les ordonnances de procédures) أو تلك الأوامر الفاصلة في مسائل مؤقتة.

إن مسألة التكييف تنتج عنها آثار قانونية مهمة منها مثلا حساب الآجال، والقابلية للاعتراف بها وتنفيذها بوصفها قرارات تحكيمية، ومدى قابليتها للطعن فيها بالبطلان [2]. وتفريعا على ذلك واستنادا إلى مفهوم العمل القضائي، فإن تكييف القرار التحكيمي يتوقف على تلك المصطلحات التي يستخدمها المحكم، بل يعد كذلك قرارا تحكيميا بالنظر إلى حقيقة العمل (l'acte) الذي يتضمنه . ونتيجة لهذا التصور يمكن تعريف الحكم التحكيمي أو القرار التحكيمي [3] بأنه : " ذلك العمل الصادر عن محكم، والذي يفصل بصفة كلية أو جزئية في نزاع موكول له سواء في أساسه (موضوعه) أو في الاختصاص أو في سبب إجرائي يؤدي إلى إنهاء الخصومة [4]."

ومما سبق نخلص من هذه الآراء الفقهية والأحكام القضائية بأن للقرار التحكيمي مظاهر تميزه عن غيره، فهو أولا عمل أو نشاط صادر عن شخص يحمل صفة المحكم فعلا، أما ما يصدر عن مؤسسة تحكيمية مثل محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية القاضية برد محكم او برفض طلب رده لا يعد عملا تحكيميا يحمل اسم القرار التحكيمي لأنه لا يقبل الطعن فيه بالبطلان حتى ولو لم يفصل في النزاع بأن رفض المحكم الجلوس للنظر فيه، فيكون هذا الرفض بمثابة القرار التحكيمي وذلك ما قضت به محكمة استئناف باريس في 1987/07/07.[5]

كما يوصف القرار بأنه قرار تحكيمي متى كان يتضمن إلزاما ضد إرادة Hحد أطراف الخصومة (la sentence est une décision contraignante.)

[1] La sentence arbitrale désigne selon Dalloz –lexique des termes juridiques23ème édition : « tout acte juridictionnel par lequel l'arbitre tranche une question litigieuse , ce que soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui conduit à mettre fin à l'instance »

[2] Voir : Andrea Pinna *in* la revue d'arbitrage , n° 4, 2008 , p 616 et s

[3] درج الفقه والتشريع على استخدام الاصطلاحين معا كمترادفين تعبيرا عن ذلك العمل الصادر عن هيئة تحكيمية تفصل في نزاع بين طرفين ويقابله باللغة الفرنسية مصطلح la sentence arbitrale, ou la sentence d'arbitrage والانجليزية arbitration Award .

[4] Voir : Pierre Lalive , Jean Poudret , Claude Raymond , le droit de l'arbitrage interne et international en suisse , 405 et s. Payat , Lausanne , 1989 p

[5] Voir ph Fouchard et autres , op. cit ; p 752

وتعد كذلك قرارات تحكيمية، تلك التي تفصل جزئيا في النزاع بناء على اتفاق الأطراف كأن يتم الفصل في الاختصاص أو في القانون الواجب التطبيق أو في المسؤولية المدنية بموجب حكم منفصل (une sentence séparé) حتى وإن لم تبت في المسائل المتنازع فيها ولا تترجم فورا إلى إدانات مالية.

على عكس ذلك، يرى بعض فقهاء القانون السويسري وعلى رأسهم الأستاذ Lalive بأن الحكم الذي لا يفصل في أحد الطلبات لا يعد حكما تحكيميا جزئيا إلا إذا وضع حدا للخصومة التحكيمية كليا أو جزئيا، وخلافا لهذا تعد مجرد أحكام تمهيدية أو تحضيرية، وبالتبعية لا يمكن الطعن فيها بالبطلان إلا مع الأحكام القطعية الفاصلة في طلبات الخصوم.[1]

نشير إلى أن القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم التابعة لمركز واشنطن للتحكيم في منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في مسائل الاختصاص لا توصف بالأحكام التحكيمية بل هي قرارات لا تقبل الطعن بالبطلان.[2] ولا يفوتنا في هذا المقام أن نشير إلى اتفاقية نيويورك المتعلقة باعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها والتي لم تعرف المقصود بالقرارات التحكيمية الشيء الذي دفع بالفقه التحكيمي للبحث عن نية محرري هذه الاتفاقية لا سيما أن الأعمال التحضيرية لهذه الاتفاقية قد خلت من أية ملامح لذلك، في ظل الجدل الذي كان قائما حول تحديد الطبيعة القانونية لعمل المحكم هل هو من طبيعة قضائية أو اتفاقية أو هما معا.[3]

المطلب الثاني: أنواع القرارات التحكيمية

يميز الفقه التحكيمي بين أنواع عدة من القرارات التحكيمية نتناولها تباعا كالآتي :

1- الأحكام التحكيمية النهائية [4]

استخدمت هذه العبارة من طرف الكتاب في معانٍ متعددةٍ، فتارة تستعمل للتعبير عن ذلك الحكم الفاصل في كل النقاط الخلافية بما يؤدي إلى تخلي المحكمين عن النزاع بشكل كلي . وبهذا تختلف عن تلك الأحكام التحكيمية التحضيرية والجزئية التي لا تنتهي معها مهمة المحكمين . وبعبارة أوضح فإن الأحكام التحكيمية ينتج عنها قفل الإجراءات التحكيمية، ولذلك استخدم كتاب اللغة الانجليزية اصطلاح (final) للتدليل على نفس المعنى للحكم التحكيمي النهائي. وتارة أخرى استخدم هذا الاصطلاح للدلالة على ذلك الحكم التحكيمي الذي يضع حدا للنزاع إما كليا أو جزئيا [5]، ومثاله قيام المحكم بتعيين خبير في النزاع رغم أنه لا ينهيه إلا أنه مع ذلك يأخذ

[1] Fouchard et autres , op. cit ; p752

انظر: حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004 ص 297

[2] Fouchard et autres , op. cit ; p753

[3] Antoine KASIS, in problème de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, tome1, L G D J 1987 ,p364 n°485.

[4] Les sentences définitives

[5] ... أما القرارات التحكيمية النهائية التي تستلزم الصيغة التنفيذية فهي القرارات التي ينتهي بها النزاع أمام المحكم بصورة كلية أو جزئية .انظر جعفر مشيمش التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الاولى، 2009 ص216

هذه التسمية الشيء الذي انتهى إليه بعض التشريع مثل القانون الهولندي[1] ومعه بعض الشراح الذين يرون بأن حكما تحكيميا فاصلا في موضوع المسؤولية لكنه يترك تقدير قيمة الأضرار للنظر فيها لاحقا بموجب حكم آخر، يعتبر حكما تحكيميا نهائيا جزئيا (sentence finale partielle) وهذا ما يساير أنصار التعريف الموسع لحكم التحكيم. نفس الاتجاه ذهبت إليه قوانين سويسرا وبلجيكا [2]؛ أما المشرع الجزائري فقد اكتفى بتعداد هذه الأنواع دون إيضاح معتبرا إياها أحكاما قابلة للتنفيذ.[3]

2- الأحكام التحكيمية الجزئية [4]

أجاز القانون في الدول التي تعترف بالتحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات ولا سيما التجارية الدولية منها للأطراف أن يلتجئوا لهذه الوسيلة بتضمين عقدهما بندا تحكيميا يسمى شرط التحكيم (la clause compromissoire)لعرض نزاعهما المحتمل نشوؤه على التحكيم بدلا من قضاء الدولة أو اتفاق التحكيم (le compromis) الذي يعرضون فيه نزاعهما على محكمة التحكيم بعد نشوء النزاع.[5] كما أجاز القانون أيضا لطرفي النزاع أن يدرجا ضمن الشرط التحكيمي مهمة المحكم التي تقتصر فقط على الفصل في جزء من النزاع كالنظر في الاختصاص أو في القانون الواجب التطبيق أو مبدأ المسؤولية... ويكون هذا الحكم منفصلا[6] (sentence séparé)، يدعى الحكم الجزئي.

نشير أنه في غياب اتفاق بين الخصوم على استصدار حكم تحكيمي جزئي فإن الاختصاص في ذلك يعود لهيئة التحكيم التي تقدر ما إن كانت الضرورة تدعو لذلك؛ وهو ما ذهب إليه كل من المشرع السويسري (م 118) والمشرع الهولندي والجزائري (م 1049) والبلجيكي (م1699)، كما اتجهت إلى نفس الحل بعض أنظمة التحكيم مثلما جاء في المادة 21 من نظام محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس.

---

[1] جاء في المادة 1049 من قانون الإجراءات المدنية الهولندي " يمكن محكمة التحكيم أن تفصل في النزاع بمقتضى حكم نهائي كامل أو جزئي."
Le tribunal arbitral peut trancher le différend par des sentences finales, complètes ou partielles . Voir Ph, Fouchard et autres , op. cit., p 754.

[2] Voir : P Lalive et autres , op. cit., p 412

[3] راجع المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، علما وأن المشرع الجزائري يسمي الحكم التحكيمي النهائي في النسخة العربية وترجمتها إلى الفرنسية باصطلاح sentence arbitrale finale وليس définitive

[4] La sentence partielle se définit comme une décision définitive rendue par les arbitres sur un aspect du litige qui leur est soumis et qui ne les dessaisit que d'une partie du litige , ce qui les amènera a statuer sur le reste. par ce qu'elle ne tranche qu'une partie du litige , la sentence partielle se distingue de la sentence globale qui dessaisit totalement l'arbitre et met fin à sa mission . par ce qu'elle est définitive elle se distingue d'une sentence préjudicielle ou d'une ordonnance de procédure par laquelle l'arbitre statue avant dire droit , ce qui implique celui-ci peut à nouveau se prononcer sur des aspects du litige qui ont fait l'objet de sa sentence préjudicielle ou intérimaire . voir Andrea Pinna *in* la revue d'arbitrage , n° 4, 2008 , p 618

[5] انظر المادتين 1007 و1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري اللتين تعرفان كلا من شرط التحكيم واتفاق التحكيم .

[6] ... إذا فصل القرار التحكيمي في فقرات متعددة بمواضيع مختلفة أو بنقاط متميزة لموضوع واحد فيمكن إعطاء الصيغة التنفيذية لفقرة معينة من القرار ورفضها لفقرة أخرى منه باعتبار أن كل فقرة تستقل عن الأخرى وتعد كقرار مستقل بذاته بحيث يجوز إبطال القرار في فقرة او نقطة منه باعتباره صحيحا بالنسبة إلى فقراته أو نقاطه الأخرى. ولا يختلف الأمر إلا في حالة عدم التجزئة بين مختلف المسائل او الطلبات المفصول بها في القرار وحيث ترفض الصيغة التنفيذية عندئذ للقرار بكامله. انظر جعفر مشيمش، مرجع سابق، ص 216-217.

هذا وتعتبر الأحكام التحكيمية الجزئية ظاهرة إجرائية لا تعرفها الأحكام القضائية وتنفرد بها أحكام المحكمين لما فيها من انقسام غير معهود في الحكم القضائي الصادر عن قضاء الدولة الشيء الذي جلب انتباه الفقه الإجرائي. وبهذه المثابة تتم تجزئة الإجراءات التحكيمية إلى عدة أحكام تدعى الأحكام الجزئية ويترتب عن هذه الظاهرة الإجرائية تعدد دعاوى الطعن بالبطلان ضدها.

ولا يحد من حرية المحكم في إصدار أحكام جزئية سوى إرادة الخصوم . وتبدو أهمية الوقوف على هذه المسألة في قابلية هذه الأحكام للبطلان من طرف القضاء تأسيسا على أن المحكمين تجاوزوا مهمتهم، [1] وهو ما يتسق مع نص المادتين 1056 و1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، والمادة 1502 /3 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

قد يكون من الضروري الفصل بحكم جزئي عند النظر في المسؤولية عن عمل ضار من جهة لتحديدها ومن جهة أخرى لتقدير قيمة الأضرار الشيء الذي يمكن المحكم من تحديد دقيق لمهمة الخبير. وعلى العكس من ذلك، قد يؤدي هذا الاختيار إلى تأجيل الفصل في النزاع ويجبر المحكمين على اختيار القانون الواجب التطبيق دون التبصر بشكل كامل بالآثار الناجمة عن هذا القرار على حل المنازعة ؛ وبمعنى آخر يتوقف الاختيار على ظروف كل حالة ،[2] وتلعب أحكام التحكيم الجزئية دورا هاما في حل المنازعات العقدية المركبة والمعقدة والتي تتفرع عنها عديد المشاكل المستقلة؛ إذ أنه بصدور هذه الأحكام الجزئية لا سيما من قبل هيئات التحكيم ذات الخبرة، قد يستفيد كل من طرفي المنازعة على المدى البعيد، ولإظهار هذه الميزة التي تتمتع بها أحكام التحكيم الجزئية، أعطى جانب من الفقه المثال التالي والذي فصلت فيه غرفة التجارة الدولية بباريس أين أصدرت هيئة التحكيم 15 حكما تحكيميا جزئيا وسمحت هذه الأحكام للطرف المتضرر من تغطية الأضرار التي لحقت به على نحو مباشر، وبمجرد سماع كل من طرفي المنازعة واتباع المسلك المتقدم سمح بالاستمرار في عقد التشييد محل المنازعة، فمن المعروف أن إمداد المشروع بالأموال يعتبر عماد الحياة بالنسبة للمقاولين المعهود إليهم بالتشييد وبدونه لا يمكن إنجاز ما تم الاتفاق عليه، وقد تحقق هذا الانجاز في واقع الحال بفضل اللجوء إلى أحكام التحكيم الجزئية.[3]

3- الأحكام التحكيمية الغيابيـــة

كما هو الشأن بالنسبة للخصومة القضائية حيث يغيب المدعى عليه عن حضورها فيصدر القاضي حكما غيابيا، فإن الغياب متصور أيضا أمام محكمة التحكيم، إلا أن اللافت للنظر أن هذا الغياب لا يعرقل سير إجراءات

[1] قضت محكمة استئناف باريس ببطلان حكم تحكيمي لأن المحكم تجاوز المهمة المسندة إليه، غير أن محكمة النقض الفرنسية تصدت بنقض القرار بدعوى أنه لكي يبطل الحكم التحكيمي يجب مجلة التحكيم 1989 ص 482 تعليق الأستاذ شارل جاروسون . وانظر أيضا كتاب الأستاذة حفيظة الحداد، مرجع سابق ص 307 وهامش نفس الصفحة .

[2] حفيظة الحداد، مرجع سابق، ص 310

[3] حفيظة الحداد، نفس المرجع، ص 311.

التحكيم ولا يشلها أبدا، نشير كذلك إلى أن قانون التحكيم الجزائري وكذلك الفرنسي لا يتناولان مسألة الغياب أمام هيئة التحكيم .

مبدآن عامان يتعين العمل بهما في هذا الخصوص، الأول أن غياب المدعى عليه لا يمكن تفسيره اعترافا بادعاءات الخصم وتبعا لذلك يتعين على هيئة التحكيم أن تفحص مزاعم المدعي سواء من جهة الوقائع أو القانون ذلك ما كرسته المادة 1/45 من اتفاقية واشنطن [1]التي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى المعروف اختصارا ب (CIRDI)، والمادة (25 –ب) من القانون النموذجي للأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجاري الدولي، والمادة 8 /2 من نظام غرفة التجارة الدولية، والمادة 70 من قانون التحكيم التونسي [2]، كما اتجه القضاء التحكيمي إلى الأخذ بنفس الرأي، أما المبدأ الثاني فيقضي بأن غياب أحد أطراف خصومة التحكيم لا ينبغي أن يشل إجراءات التحكيم أو يعرقل سيرها ويؤدي البطء في سير الخصومة التحكيمية ويكفي أن يحترم مبدأ الوجاهية والحق في الدفاع، ويظهر ذلك من خلال تبليغ الخصم ببدء إجراءات التحكيم وسيرها. وفي حالة تبليغ الخصم بانطلاق إجراءات الخصومة التحكيمية وبقاء الخصم ممتنعا عن حضورها فإن الحكم الذي يصدر في مواجهته يكون حكما غيابيا .

نشير هنا إلى خطورة الإجراءات على مركز الطرف المتغيب الذي لا يمكنه المعارضة بخلاف الوضع لو كان الحكم صادرا عن هيئة قضائية تابعة للدولة حيث طرق الطعن العادية وغير العادية جائزة ضد جميع الأحكام والقرارات إلا ما استثني بنص.

إلى جانب الأنواع المتقدة لأحكام التحكيم يوجد نوع أخر منها يدعى أحكام التحكيم الاتفاقية (les sentences d'accord) فما المقصود بها ؟

4-أحكام التحكيم الاتفاقية

قد يحدث أثناء سير الخصومة التحكيمية أن يتوصل الأطراف إلى صلح أو تسوية بينهما حول المسألة الخلافية تلك، في هذه الفرضية يسعى الفرقاء إلى إفراغ التسوية في شكل عقد ينهون به إجراءات الخصومة التحكيمية، كما يمكنهم تتويج ذلك الصلح بحكم تحكيمي يقرره، وهو ما يطلق عليه اسم الحكم التحكيمي الاتفاقي والذي يعرف في الفقه الفرنسي باسم(sentence d'accord ou sentence d'accord parties)، أي حكم الاتفاق أو حكم اتفاق الأطراف.

وللعلم فقد تأثر المشرع الجزائري بهذا الفقه ونص على هذا النوع من الأحكام في المادة 1049 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري علما أيضا أنه في حالة اتفاق الأطراف على عدم إصداره فلا يجوز للمحكمة

[1] انضمت الجزائر إلى اتفاقية واشنطن المؤرخة في 1965/03/18 بموجب المرسوم الرئاسي 346-95 المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد66 بتاريخ 1995/11/05.

[2] الصادر في 1993/04/26 تحت رقم 93/42.

التحكيمية أن تصدره تلقائيا احتراما لرغبة الأطراف . غير أنه يجب أن نتساءل عن إمكانية تنفيذ هذا النوع من الأحكام، لأن المادة 1035 من نفس القانون وتحت عنوان- تنفيذ أحكام التحكيم - لم تأت على ذكر هذا النوع مقتصرة على الأحكام الجزئية والنهائية والتحضيرية فقط، وما يدعم هذه النزعة هو الخلاف الفقهي حول مدى تمتع هذا النوع من الأحكام بالحجية شأنه شأن الأحكام النهائية لا سيما إذا علمنا وأن المعاهدات الدولية ذات الصلة مثل اتفاقية نيويورك المؤرخة في 1958/06/10 ومعاهدة جنيف الموقعة في 61/04/21 لم تتعرضا لهذا النوع من الأحكام[1]؛ ويزداد الموضوع غموضا بسبب غياب اجتهاد قضائي في المسألة . أما القانون النموذجي للأمم المتحدة فقد اعتبر هذه الأحكام بمثابة الأحكام التحكيمية العادية (م 30) وبهذا تكون قابلة للتنفيذ .

المبحث الثاني: إعداد الحكم التحكيمي والالتزام بتسبيبه

من الطبيعي أن يصدر الحكم التحكيمي من طرف المحكمين تحت الرقابة المحتملة لمؤسسة التحكيم، على أن يصدر في الأجل المتفق عليه من طرف الخصوم أو الذي ينص عليه القانون. تلكم هي النقاط التي نسلط عليها الضوء .

المطلب الأول: دور المحكمين في إصدار الحكم التحكيمي

لا شك وأن المهمة الأساسية للمحكمين تتمثل في الفصل في النزاع بجميع تفرعاته بموجب قرار أو عدة قرارات تحكيمية يفصحون بمقتضاها عما انتهت إليه قناعتهم إجماعا وضمن وثيقة تخضع لشروط شكلية نص عليها القانون المتفق على تطبيقه أو ذلك الذي يختاره المحكمون وفقا لشروط يمليها القانون نفسه.

وحتى يصل المحكمون إلى إصدار القرار التحكيمي لا بد من التداول بشأنه فيما بينهم إذا تعددوا . أما المحكم الوحيد فإنه يصدر حكمه بعد الإنفراد بنفسه ودراسة النزاع من مختلف جوانبه وتكوين عقيدته ثم النطق بحكمه[2].

تجدر الملاحظة إلى أن التداول بين أعضاء محكمة التحكيم مسألة جوهرية تجب مراعاتها، وكل مخالفة لها تشكل إخلالا بالنظام العام الدولي ينجر عنها بطلان الحكم التحكيمي،[3] كما يجب أن يصدر الحكم التحكيمي بأغلبية الأصوات وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1026 ق ا م ا، ويجب أن يوقعه جميع المحكمين وعند امتناع الأقلية عن التوقيع يجب الإشارة إلى ذلك في الحكم ويعتبر كأنه موقع من الجميع. ومن جانبه نص القانون التونسي في المادة 75 من مجلة التحكيم على أن توقيع أغلبية هيئة التحكيم يعد كافيا شريطة النص على سبب عدم توقيع المحكمين الآخرين .من جهتها نصت المادة 48 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول

[1] حفيظة الحداد، نفس المرجع، ص 315وكذلك : Philippe Fouchard et autres , op. cit., p 758

[2] تكون المداولة عندما تكون تشكيلة الحكم جماعية سواء تعلق الأمر بقضاء الدولة أة قضاء التحكيم أما في حالة القاضي الفرد فإنه لا يتداول ولا يشاور ولا يشارك أحدا في قراره، بل يكون عقيدته من خلال الملف المنشور بين يديه وعندما يقتنع بما تكون في خلده يصدر حكمه ويكون مسؤولا عنه مسؤولية شخصية . أنظر في هذا المعنى : أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، الطبعة الرابعة، 1989، ص501

[3] Ph . Fouchard et autres , op. cit., p760.

وقد نص المشرع الجزائري على سرية المداولة بين المحكمين في المادة 1025 ق ا م ا، كما اعتبر مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي وجها للطعن فيه بالبطلان طبقا للمادتين 1056 و1058

الأخرى على طريقة الفصل في النزاع باستعمال طريقة أغلبية أصوات المحكمين ووجوب توقيع الأعضاء الموافقين على الحكم مع جواز إلحاق كل عضو لرأيه الخاص سواء بمساندته لرأي الأغلبية منهم أو بعدم مساندتهم مع بيان أسباب الخلاف إن وجد.

في حين تأثر المشرع السويسري بمنطق غرفة التجارة الدولية قائلا بأنه في غياب أغلبية الآراء يصدر الرئيس حكمه بمفرده، وكذلك فعل القانون الاسباني لسنة 1988 في المادة 34 منه، ومشروع القانون السويدي لسنة 1944 في مادته 28.

ولم ينص القانون الجزائري ولا القوانين الأخرى المقارنة عن الكيفية التي يتم بها التداول بين المحكمين، إلا أنه جرى العمل على جواز استخدام كل وسيلة تقنية تمكن المحكمين من التشاور بخصوص الحكم لا سيما الهاتف والمحادثة المرئية[1] (La vidéo conférence) على أن يلتزم المحكم بالفصل في أجل معقول وإذا ما تخلف عن المداولة جاز صرف النظر عنه. ومن نافلة القول وجوب احترام سرية المداولات وعدم إفشائها للأطراف تحت طائلة المسؤولية المدنية للمحكم المخالف لهذا المبدأ.[2]

المطلب الثاني: دور مؤسسة التحكيم

عندما يكون التحكيم حرا (ad-hoc) فإن قرار المحكم الحر هو نشاطه الوحيد، على النقيض من ذلك عندما يختار الخصوم مؤسسة تحكيمية للفصل في نزاعهما فإن هذه الأخيرة مدعوة لممارسة الرقابة على مشروع الحكم التحكيمي الذي سيصدره أعضاء الهيئة التحكيمية أثناء قيامهم بالمداولة بشأنه والهدف من هذه الرقابة هو تأمين تنفيذه مستقبلا تنفيذا جبريا، لذلك تقوم هذه الهيئات عادة بمراقبة الجوانب الشكلية للحكم التحكيمي ويمكنها أيضا أن تسترعي انتباه المحكمين إلى بعض المسائل المتعلقة بموضوع النزاع التي قد تثير إشكالات رغم أن التمييز بين مسائل الشكل والأساس قد تثير صعوبة وحساسية بل قد تمس باستقلالية المحكم ذاته.

عند النظر في القوانين المقارنة لا سيما الفرنسي منها نجده لا يتناول هذه المسالة بالتنصيص عليها وكذلك المشرع الجزائري وعموما التشريعات العربية التي أخذت عن المشرع الفرنسي. لكن عند النظر في أنظمة التحكيم وعلى سبيل المثال نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية فان المادة 21 منه نصت على انه قبل توقيع القرار التحكيمي جزئيا أو نهائيا يجب على المحكم عرض مشروع القرار التحكيمي على محكمة التحكيم التي يمكنها أن تطالب بتعديلات على شكله كما يمكنها استرعى نظره إلى نقاط تخص أساس (موضوع) النزاع ولا يمكن إصدار أي حكم تحكيمي ما لم تصادق عليه المحكمة من ناحية الشكل.

إن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية أعطت لنفسها صلاحية الإشراف على القرار التحكيمي من ناحية الشكل فضلا عن حقها في لفت نظر هيئة التحكيم إلى نقاط تتعلق بالموضوع أيضا. إن هذه الصلاحية

[1] أنظر في هذا المعنى : ناصر محمد الشرمان، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2015، ص 393 وما بعدها.
[2] Fouchard et autres , op. cit., p604

الممنوحة لمؤسسات التحكيم تشكل تدخلا في عمل المحكمين إلا أن القضاء الفرنسي خفف من هذا واعتبر عمل تلك الهيئات مجرد رقابة إدارية (un contrôle administratif) لا تستوجب التسبيب كما أن الرقابة التي تقوم بها محكمة التحكيم الدولي التابعة لغرفة التجارة الدولية لا تعد درجة ثانية للتحكيم.[1]

في آخر المطاف تفصل هيئة التحكيم في النزاع الموكول إليها بموجب حكم يتعين أن تتوفر فيه جملة من الشروط نتناولها في القسم الموالي.

المطلب الثالث: في شكل الحكم التحكيمي

تقضي القاعدة العامة بأن يكون الحكم التحكيمي مكتوبا[2] وهو ما نصت عليه بعض التشريعات صراحة مثل التشريع الفرنسي في مادة التحكيم الداخلي (م 1/1471 ق ا م الفرنسي) البلجيكي (م 1701) والهولندي (2/1057) والسويدي (م17) والمادة 31 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والمادة 21 من نظام محكمة التحكيم الدولي التابعة لغرفة التجارة الدولية.[3]

ومن جهته نص المشرع الجزائري في المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على نفس الحكم بقوله : " يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم." وهو ما يفهم منه ضمنيا وجوب كتابته، ذلك أن عرض الادعاءات وأوجه الدفاع لا تكون كذلك إلا إذا كانت مكتوبة فضلا عن وجوب توقيع الحكم التحكيمي ولن يكون كذلك إلا إذا كان مكتوبا، وفضلا عن ذلك اشترط القانون الجزائري لتنفيذ الحكم التحكيمي أن يقدم أصله مرفوقا بالاتفاقية التحكيمية .[4] كما اشترطت اتفاقية نيويورك المؤرخة في 1958/06/10 في مادتها 4 ضرورة تقديم أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند، وبذات المفهوم أخذت المادة 34 /2من قواعد اليونسترال للتحكيم بصيغتها المنقحة لسنة 2010. كما جاء النص صراحة على كتابة حكم المحكمين عندما يصدر عن مركز تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى بقوة المادة 2/48 .

وأخيرا نصت غالبية أنظمة التحكيم على وجوب أن يصدر حكم التحكيم كتابة، كما تذهب قوانين التحكيم لأبعد من هذا عندما تشترط لغة معينة للحكم، وتشترط كذلك تسبيب تلك الأحكام مع قابلية الأخذ بالرأي

---

[1] Fouchard et autres , op. cit., p 765 et s

[2] حكم التحكيم عمل مكتوب والكتابة شرط ضروري لقيام الحكم ذاته بوصفه عملا قضائيا يمارس المحكمون في شانه كل سلطة قضائية. فهو يعتبر حكما في النزاع تتوافر فيه كل عناصر العمل القضائي. ولهذا اشترطت معاهدة نيويورك عند التنفيذ تقديم أصل الحكم مصدقا حسب الأصول أو نسخة منه مصدقا عليها حسب الأصول. وصياغة هذا الحكم تخضع لقواعد شكلية تقترب من تلك التي تفرض على الأحكام الصادرة من جهات القضاء. فيجب أن يتضمن أسماء الخصوم وصفاتهم وأسماء المحكمين وصفاتهم وادعاءات الأطراف ومكان صدور الحكم وتاريخه . والحكم على هذا النحو لا يفترق عن أحكام القضاء إلا من ناحية تنفيذه إذ لا يكون لهذا الحكم قوة تنفيذية إلا بعد الحصول على أمر التنفيذ من القضاء المختص. ولما كان الحكم لا يخضع لسيادة دولة معينة ومن ثم فانه لا يصدر قراره باسم أية دولة ... والراجح أن حكم التحكيم يعتبر قد صدر وقت النطق به أسوة بالأحكام القضائية ولا عبرة بوقت كتابته وتوقيعه من المحكمين طبقا لما ذهب إليه بعض الفقه. انظر منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشاة المعارف الاسكندرية، طبعة سنة 2000، ص 362-363

[3] Fouchard et autres , op. cit., p 773

[4] أنظر المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 09/08.

المعارض (l'opinion dissidente) في حين تشترط قوانين أخرى إيداع القرارات التحكيمية وهو ما نراه في النقاط الموالية .

1- لغة الحكم

لغة الحكم من لغة التحكيم نفسه، وهي اللغة التي يختارها الأطراف واحتياطا تختارها محكمة التحكيم نفسها، وفي غياب ذلك تكون لغة العقد المبينة والمدمجة ضمن الاتفاقية التحكيمية، وقد تبنت هذا الاتجاه محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية من خلال نظام الغرفة (م 3/15) الذي أعطى للمحكمة صلاحية اختيار لغة التحكيم انطلاقا من ظروف وملابسات لا سيما لغة العقد،[1] ومن جهته تبنى نظام الجمعية الأمريكية للتحكيم (AAA) ذات المبدأ اعتمادا على اللغة التي حررت بها الاتفاقية التحكيمية، ما لم يتفق الخصوم على لغة أخرى للتحكيم صراحة، وعموما فإن لغة التحكيم تستمد من خلال لغة العقد أو لغة الاتفاقية أو ما يتفق عليه الأطراف صراحة من أن لغة معينة هي التي تدار بها الخصومة التحكيمية ويصدر بها الحكم، غير أنه لدى تقديم القرار التحكيمي للاعتراف والتنفيذ وعملا بالمادة 2/4 من اتفاقية نيويورك، فإنه يتعين ترجمته إلى لغة المحكمة المطلوب منها الاعتراف والتنفيذ.[2]

2- تسبيب الحكم التحكيمي

نصت المادة 1027 /2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على ضرورة تسبيب الحكم التحكيمي، يلاحظ بداية أن هذا النص ينطبق صراحة على التحكيم الداخلي، بينما نصت المادة 5/1056 من نفس القانون على أن الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ لحكم التحكيم الدولي في الجزائر يكون قابلا للاستئناف إذا لم يكن مسببا تسبيبا كافيا أو كانت الأسباب حتى في وجودها متناقضة، كما يعد ذلك وجها للطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر طبقا لنص المادة 1058 من قانون الإجراءات المنية والإدارية الجزائري، وعليه ومن خلال هذه لنصوص وسواء كان التحكيم دوليا أو داخليا فإن وجوب تسبيب قراراته مسألة تتعلق بالنظام العام بالنظر إلى صياغتها الدالة على وجوبه، أما إذا تفحصنا التشريعات المقارنة ومنها التشريع الفرنسي، فإن هذا الأخير نص على وجوب تسبيب أحكام التحكيم الداخلي فقط وبنص صريح هو نص المادة 1471 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ؛ بينما لم ينص هذا القانون على تسبيب قرارات التحكيم الدولي [3]، وهو ما يعطي

[1] يشير الكتاب إلى أن كلمة الظروف الواردة في هذا النص يمكن أن تعني إضافة إلى لغة العقد، جنسية الطرفين وواقع التنفيذ في حال مباشرته . ومن المألوف تحديد لغة واحدة للإجراءات والقرار التحكيمي مع السماح بتقديم المستندات بلغتها الأصلية إذا كانت لغة شائعة في التجارة الدولية كالانجليزية والفرنسية. أنظر طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى عمان (الأردن) 2001، ص 172

[2] انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي 88-233 المؤرخ في 1988/11/5، جريدة رسمية رقم 48 بتاريخ 1988/11/23

[3] في لبنان سار المشرع على هدي المشرع الفرنسي معتبرا الاستغناء عن التعليل من المبادئ الحديثة ففي التحكيم الداخلي يجب أن يشمل القرار تحت طائلة إبطاله لتعلق الأمر بالنظام العام الداخلي على جميع بياناته الإلزامية المتعلقة بمطالب الخصوم والأسباب والوسائل المؤيدة لها كما وأسباب القرار (المادة 800 أصول مدنية بند5) أما بالنسبة للتحكيم الدولي فان المادة 817 أصول مدنية استعادت قيود المادة 800 دون البند الخامس منها مستغنية عن التعليل واستعاضت عن النظام العام الداخلي بالنظام العام الدول مما يثير التساؤل هل إغفال التعليل

الأطراف حرية النص على وجوب التسبيب أو التنازل عنه، هو المسلك ذاته الذي أخذ به التشريع السويسري (م 182) على خلاف الأمر بالنسبة للمشرع البلجيكي (م 1701) والهولندي (م 1057) . في حين ذهب القضاء الفرنسي إلى القول بأنه في غياب اشتراط صريح من قبل الأطراف بعدم وجوبية التسبيب، فإن التسبيب يصبح لازما[1]، أي الرجوع إلى أصل الأشياء وهو تسبيب الأحكام التحكيمية أسوة بالأحكام القضائية بالنظر إلى أن وظيفة المحكم تماثل وظيفة القاضي، وهذا الأخير مجبر بالتسبيب بقوة النصوص القانونية الإجرائية [2]بل حتى النصوص الدستورية منها .[3]

من جهته نص المشرع التونسي على وجوبية تعليل القرار التحكيمي كأصل عام لكنه استثنى الحالة التي يتفق فيها الأطراف على إعفاء المحكم من تعليل حكمه او في حالة كون الحكم مبنيا على اتفاق الأطراف طبقا لنص المادة (الفصل) 15 من مجلة (قانون) التحكيم التونسية التي تجيز تسوية النزاع أثناء سير خصومة التحكيم والذي يؤدي حتما إلى اختتام إجراءاتها .

وفي المغرب نصت المادة 327-23 من قانون الإجراءات المدنية على وجوب تسبيب القرارات التحكيمية باستثناء حالة الاتفاق على إعفاء المحكم من التسبيب من طرف الخصوم أو عندما يكون القانون واجب التطبيق على الإجراءات لا يلزمه بتسبيب تلك القرارات. وتجدر الملاحظة إلى أن القرارات التحكيمية التي يكون أحد أطرافها شخصا من أشخاص القانون العام يجب أن تكون دوما مسببة،[4] ومن هذا المنطلق يرى جانب من الفقه أن التسبيب لا يتعلق بالنظام العام ما دام يجوز الاتفاق على مخالفة القاعدة القانونية الناصة عليه.[5]إلا أن محكمة النقض الفرنسية في قرار حديث لها نسبيا ترى أن التسبيب يمكن قاضي الصيغة التنفيذية من مراقبة الحكم القضائي الأجنبي وهو يتعلق بالنظام العام الدولي. [6]

ومن وجهة نظر الاتفاقيات الدولية بخصوص وجوبية التسبيب -وعلى سبيل المثال اتفاقية جنيف لسنة 1961-، فإنها تسلم مبدئيا بوجوبيته ويفترض أن الأطراف متفقون على ذلك، وفي الحالة العكسية إذا اشترطوا صراحة عدم التسبيب فلهم ذلك، وهذا ما يتفق مع القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون

معناه الاستغناء عن تعليل القرار الدولي أم لأن عدم التعليل يجري بحثه من ضمن النظام العام الدولي وما إذا كان يتعارض مع هذا النظام العام الدولي .؟ أنظر جعفر مشيمش، نفس المرجع، ص 241

[1] Voir Philippe Fouchard et autres , op. cit., p 775

[2] نصت المادة 277 ق ا م ا جزائري على الآتي : لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسبيبه ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون وأن يشار إلى النصوص المطبقة.

[3] نصت المادة 169 من الدستور الجزائري الصادر في 20/11/01 على وجوب تعليل الأحكام القضائية .

[4] Mohamed Amine Sorhami, motivation des sentences arbitrales en droit marocain, perspectives d'une conciliation entre la liberté contractuelle et les exigences du procès équitable (https : // hal.archives-ouvertes.fr/hal-02547079 le19/04/2020 , p.7

[5] Ibid, p.8

[6] Cour de cassation , première chambre civile, 28/11/2006 , pourvoi n°04-14.646 publié au bulletin , cité dans (https://www.legifrance.gouv.fr/)

التجاري الدولي الذي ترك الحرية للأطراف لاشتراط التسبيب أو التنازل عنه، وفي حالة عدم النص على ذلك في اتفاقية التحكيم يفترض أنهم يشترطون التسبيب على المحكمين.

كما نصت اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري في المادة 32 منها على وجوب تسبيب القرارات التحكيمية بقولها " يجب أن يكون القرار مسببا وأن يتضمن أسماء المحكمين والطرفين وتاريخ القرار ومكان صدوره وعرضا مجملا لوقائع الدعوى وطلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفوعهم وودفاعهم والرد عليها ...أما المشرع المصري فقد أورد في المادة 2/43 من قانون التحكيم ما يفيد وجوبية التسبيب ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك أو عندما يكون القانون الواجب التطبيق على الإجراءات لا يشترط التسبيب، حينذاك يعفى المحكم من تسبيب حكمه.[1]

وفي البلاد الأنجلوسكسونية فيكون تسبيب قرارات التحكيم إلزاميا سواء ومن اثلة ذلك قانون التحكيم البريطاني الصادر في 1979 وكذلك قضاء هذه الدولة الذي أصبح يصر على التسبيب.

أمام هذا الاجتهاد القضائي فإن القرارات التحكيمية غير المسببة الصادرة في بلدان لا تعتبر التسبيب من النظام العام وتعطي الأطراف حق التخلي عنه يجعل من القرار التحكيمي عرضة للرفض إذا كان سينفذ في دولة مثل فرنسا – أو متأثرة بالمنهج الفرنسي – ترى التسبيب متعلقا بالنظام العام لذلك فإن المشرع الجزائري كان على صواب عندما اشترط التسبيب .

بعد استعراضنا لأحكام التسبيب في بعض النظم القانونية المتاحة، نمر إلى معرفة مدى قابلية الرأي المعارض للتسبيب من عدمه ؟ وقبله لا بد من نظرة على المقصود من الرأي المعارض(l'opinion dissidente) في مجال القرارات التحكيمية، فعندما تكون تشكيلة محكمة التحكيم جماعية، يمكن أن تصدر حكما يحضى بأغلبية الآراء مع جواز أن يكون من بينهم محكم معارض له رأي آخر غير ما انتهت إليه تلك الأغلبية ذلك ما يعرف بالرأي المعارض تقليدا لاصطلاح معروف في القانون الانجليزي ب (dissenting opinion) أو ما يعرف برأي الأقلية (l'avis minoritaire) والذي يعبر عن وجهة نظرها للنزاع ضمن مبدأ حرية التعبير . وهنا يطرح السؤال عن مدى جواز تضمين رأي المحكم المعارض في وثيقة مستقلة عن الحكم الصادر بالأغلبية والتي تسلم للأطراف .

يذهب رأي فقهي في فرنسا إلى عدم الأخذ بالفكرة لما في ذلك من مساس بمبدأ سرية المداولات استنتاجا من نص المادة 1469 إجراءات فرنسية، غير أن هذا الرأي لم يكن مقنعا لأن النص المذكور لا يطبق إلا حين يكون القانون الفرنسي هو القانون الواجب التطبيق بعد اختياره من الخصوم، فضلا عن أن تسريب سرية المداولات لا يعد سببا لبطلان حكم التحكيم.

[1] ناصر محمد الشرمان، مرجع سابق، ص 403 وما بعدها .

إن الرأي المهيمن لدى غالبية دول القانون المدني تميل إلى قبول ما يسمى برأي الأقلية [1] وإن كانت لاتشجع عليه، وهذا في اعتقادي ما أخذ به المشرع الجزائري عندما سمح للأقلية بالامتناع عن التوقيع مع الإشارة إلى ذلك في الحكم، غير أن هذه المعارضة لا تؤثر على الحكم ككل إذ منحه المشرع القوة التنفيذية بصفته موقعا من جميع المحكمين بمن فيهم المعترضون عليه.[2] كما نشير هنا إلى أن واضعي القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للأمم المتحدة عزفوا عن مناقشة هذه المسألة[3]غير أن اتفاقية واشنطن الموقعة في 1965/03/18 اعترفت بالرأي المعارض بالنص عليه في المادة 5/48. ومن جهتها اعترفت اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري بالرأي المعارض وسمحت للعضو المخالف أن يدون رأيه على ورقة مستقلة ويرفق مع القرار. كما وجدت حلا لما يسمى بتشتت الآراء وذلك بصدور القرار التحكيمي من طرف الرئيس مع ضرورة إثبات ذلك التشتت في القرار.[4]

أخيرا يحق لنا أن نتساءل عن الطبيعة القانونية للرأي المعارض أو ما يسمى برأي الأقلية ؟ وجوابا على ذلك انتهى الفقه إلى استبعاده من مكونات الحكم، فبمجرد نطق الأغلبية بقرارها يفقد رأي الأقلية كل قيمة قانونية إلا إذا نص القانون الواجب التطبيق المختار من الأطراف على خلاف ذلك، أو إذا كان النظام التحكيمي محل الاتفاق بين الفرقاء يقضي خلاف ذلك، ففي نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية لا تقوم محكمة التحكيم بفحص الرأي المعارض عملا بالمادة 21 من نظامها ولا تأخذ به إلا على سبيل المعلومات[5] أي أنه لا يعد عنصرا مكونا للحكم وهو ما قضت به المحكمة الفدرالية السويسرية في حكمها الصادر في 1992/05/11.[6]

الخاتمة:

لا يوجد إجماع فقهي ولا قضائي حول تعريف الحكم التحكيمي رغم أهمية ذلك وانعكاسه عمليا، وفضلا عن ذلك تعددت أنواع القرارات التحكيمية تنجم عنها آثار قانونية من ناحية القابلية للطعن عليها بالبطلان خاصة مع وجود ما يسمى بالأحكام الجزئية التي تؤدي إلى تجزئة الإجراءات التحكيمية فيصدر في النزاع الواحد عدد من القرارات التحكيمية تمكن الأطراف من معالجة مسائل هامة في النزاع الواحدة تلو الأخرى قبل المرور إلى الجزئية الموالية وهكذا ...، وهو ما جعل الفقه التحكيمي يصف هذا النوع من العمل التحكيمي بموضة العصر (c'est une mode) ومدى قابلية هذه الأحكام للطعن فيها بالبطلان، كما تعرفنا إلى حالة لا يعرفها القضاء ونقصد بها الرأي المعارض ومدى وجوب خضوعه

[1] إذا صدر الحكم بأغلبية آراء المحكمين ودون فيه رأي أقليتهم فإنه لا يبطل بينما حكم القضاء يبطل . أنظر أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف الاسكندرية، الطبعة الخامسة، دون سنة نشر، ص 264

[2] أنظر المادة 1029 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وكذلك المادة 3/30 والمادة 75 /1 من مجلة التحكيم التونسية .

[3] Ph. Fouchard et autres , op. cit., p778

[4] نصت المادة5/31و6 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم على ما يلي : .....

5) في حالة تشتت الآراء يصدر القرار برأي الرئيس وتوقيعه على أن يثبت في القرار تشتت الآراء.

6) يدون العضو المخالف رأيه على ورقة مستقلة ويرفق مع القرار.

[5]La cour ne prenant en compte l'opinion dissidente que comme élément d'information. Fouchard et autres , p 781 et s .

[6] « L'opinion dissidente ne fait pas partie de la sentence sauf si la convention le prévoit ou si la majorité y consent , l'arbitre minoritaire ne peut pas exiger qu'elle soit annexée à la sentence , ni qu'elle soit communiquée avec elle aux parties …l'opinion dissidente est étrangère à la sentence , elle n'ont touche ni les considérants ni le dispositif… » ibid , p 782.

للتسبيب من عدمه وأثره على وحدة الحكم التحكيمي ومدى مساسه بسرية المداولة بين المحكمين وهل يبلغ للأطراف وما الفائدة العملية له إذا كان لا يؤثر على الحكم مع أنه قد يكون الأصوب والأقرب للعدل، فرأي الأغلبية ليس دائما هو الصواب .

إن المشرع الجزائري ومن خلال قانون التحكيم يقر بالأحكام الجزئية وأحكام اتفاق الأطراف إلا إذا رفض الأطراف ذلك فضلا عن بقية الأنواع الأخرى وهي النهائية والتحضيرية كما يجعل من التسبيب مسألة وجوبية وتتعلق بالنظام العام ولا يعترف للأطراف بحق التنازل عنه كما فعلت بعض التشريعات المقارنة، كما يقر بحق الأقلية من المحكمين في عدم التوقيع، لكن من دون أثر على رأي الأغلبية وعلى صحة الحكم التحكيمي وقابليته للتنفيذ كأثر من آثاره، غير أنه لم يأخذ موقفا صريحا بالنص على تسبيب رأي الأقلية المعارضة للحكم أو عدم تسبيبه وبهذا يكون قد ساير أغلبية الفقه والتشريعات الحديثة التي وإن اعترفت بإمكانية وجود أقلية ضمن هيئة التحكيم تعارض في رأيها الأغلبية لكن ذلك يبقى مجرد رأي فقهي ليس إلا ولا يعتد به إذ رأي الأغلبية هو الذي يشكل في النهاية حكم التحكيم المعتد به والقابل للتنفيذ. فضلا عن أن رقابة قاضي الصيغة التنفيذية أو قاضي البطلان لا يمتدان إلى أساس الحكم التحكيمي.

قائمة المصادر والمراجع:

باللغة العربية :

1- أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، الطبعة الرابعة، 1989، ص501

2- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف الاسكندرية، الطبعة الخامسة، دون سنة نشر .

3-حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2004.

4 - جعفر مشيمش التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الاولى، 2009 ص216

5-منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشاة المعارف الاسكندرية، طبعة سنة 2000

6-ناصر محمد الشرمان، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2015

7-طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى عمان (الأردن) 2001 .

باللغة الفرنسية :

8- 1-Antoine Kasis , problème de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, tome1, L G D J 1987

9- 2- Andrea Pinna , la revue d'arbitrage , n° 4, 2008

10- 3- Cour de cassation , première chambre civile, 28/11/2006 , pourvoi n°04-14.646 publié au bulletin , cité dans (https://www.legifrance.gouv.fr/)

11- 4-journal de droit international(le clunet) , 1983

12- 5- Mohamed Amine Sorhami, motivation des sentences arbitrales en droit marocain, perspectives d'une conciliation entre la liberté contractuelle et les exigences du procès équitable (https : // hal.archives-ouvertes.fr/hal-02547079 le19/04/2020

13- 6-Pierre Lalive , Jean Poudret , Claude Raymond , le droit de l'arbitrage interne et international en suisse , Payat , Lausanne , 1989

14- 7- Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard , Berthold Goldman , traité de l'arbitrage commercial international , LITEC- DELTA, 1996

الاتفاقيات الدولية والقوانين

1- القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري منشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية في 08/04/23عدد 21

2 - المرسوم الرئاسي 88-233 المؤرخ في 1988/11/5 المتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية نيويورك، جريدة رسمية رقم 48 بتاريخ 1988/11/23

3- اتفاقية عمان العربية للتحكيم المؤرخة في 1987المصادق عليها من طرف الحكومة الجزائرية

4- اتفاقية واشنطن المؤرخة في 1965/03/18 بموجب المرسوم الرئاسي 346-95 المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد66 بتاريخ 1995/11/05.