مجلة طبنـــة للدراسات العلمية الأكاديمية ISSN 2661-7633 / EISSN 2716-8883

السنة: 2021 المجلد: 04 العدد: 01 ص.ص: 377-401

الضمانات القانونية للهيئة التحكيمية دراسة مقارنة

Legal guarantees of the arbitral tribunal A comparative study

[1]* زيبار الشاذلي، المركز الجامعي بريكة ، (الجزائر) chadlizibar@ cu-barika.dz

[2]بوهنتالة ياسين ، المركز الجامعي بريكة ، (الجزائر) Yacine bouhentala@gmail.com

تاريخ إرسال المقال: 29-12-2020 تاريخ قبول المقال: 17-02-2021

الملخص :

إذا كان الأثر السلبي لاتفاق التحكيم يتمثل في إبعاد قضاء الدولة عن النظر في النزاع المتفق في شأنه على التحكيم ، فان أثره الايجابي و على العكس من ذلك يتمثل في تقديم ضمانات لهيئة التحكيم للنظر في جميع المنازعات التي تدخل في نطاق اتفاق التحكيم ، لذلك يتعين تجسيد ضمانات قانونية للهيئة التحكيمية حتى يمكن ترتيب الأثار القانونية لاتفاق التحكيم .

ولا يتوقف نجاح القوانين المؤطرة للتحكيم التجاري ، على تفعيل الحرية الممنوحة للأطراف في اللجوء إلى التحكيم أو اختيار محكميهم ، بل يلعب قضاء الدولة دورا هاما في تسهيل مهمة هيئة التحكيم و تمكينها من أداء عملها بالفصل في النزاع المطروح عليها في أقصر وقت و بأبسط الإجراءات .

الكلمات المفتاحية : قضاء الدولة ؛ ضمانات ؛ الهيئة التحكيمية ؛اختيار ؛ الفاعلية .

Abstract:

If the negative effect of the arbitration agreement is to exclude the jurisdiction of the State from the consideration of the dispute agreed upon in arbitration, its positive effect, on the contrary, is to provide guarantees to the arbitral tribunal to consider all disputes within the scope of the arbitration agreement, Of the arbitral tribunal so that the legal effects of the arbitration agreement can be arranged.

The success of the laws under commercial arbitration does not depend on activating the freedom granted to the parties to resort to arbitration or choosing their arbitrators. The state

*زيبار الشادلي

courts play an important role in facilitating the task of the arbitral tribunal and enabling it to perform its duties by adjudicating the dispute in the shortest time.

Key words: State judiciary; guarantees; arbitral tribunal; selection; effectiveness.

مقدمة :

وإذا كان القانون يجيز اللجوء إلى التحكيم فذلك بقصد التيسير على الخصوم ليتم الفصل في النزاع من طرف أشخاص طبيعيين أو معنويين من ذوي المعرفة الفنية ، مع توفير الوقت و الجهد في كل الأحوال ، مما عجل بالمشرع إلى إفراد نصوص قانونية تضبط تشكيل هيئة التحكيم ، و حول كيفية تعيين المحكمين و قبول المحكمين للمهمة التحكيمية و عوارضها كما يمتد هذا التنظيم إلى مرحلة بدء إجراءات التحكيم و إنهائها .

ومن بين المستجدات التي جاء بها القانون الجديد رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري [1]، أن المشرع الجزائري أدرج ضمن الكتاب الخامس من القانون الجديد للطرق البديلة لحل النزاعات و أدرج التحكيم كطريق بديل ضمن هذا الباب إضافة للصلح و الوساطة[2]، بحيث انه نظم فيها الجوانب القانونية التي تؤطر هيئة التحكيم و تشكيلاتها المختلفة ، و طريقة ردها أو تنحيتها

وتبرز أهمية موضوع الهيئة التحكيمية باعتبارها هي القطب الروحي في العملية التحكيمية برمتها و كذا نظرا للمهمة الملقاة على عاتقها و هي إحقاق الحق ، مما جعل معظم التشريعات الحديثة تنظم تشكيل الهيئة التحكيمية و إجراءاتها بما يتناسب و المتغيرات الدولية .

كما يستمد هذا الموضوع أهميته من التحولات العامة التي عرفها التحكيم من خلال القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري ، و ما تضمنه من صلاحيات موسعة للهيئة التحكيمية لم يعرفها قانون الإجراءات المدنية السابق رقم 93-09 مدعما رأينا بالقانون المقارن و الاجتهادات القضائية في هذا الموضوع .

و فيما يخص دوافع اختيار هذا الموضوع هو تنوع و تعدد الدراسات المستفيضة ، و لكنها تحتاج إلى تنظير و تأطير بغية إعطاء نوع من المعارف المركبة للقارئ بصورة عامة ، و للطالب الباحث بصورة خاصة .

وعطفا على ذلك هدفنا من دراسة هذا الموضوع هو إيجاد حلول للإشكالات القانونية حول الضمانات المقدمة للهيئة التحكيمية وفقا للتشريعات المقارنة ، من أجل كل ذلك اعتمدت في بحثي هذا على المنهج

مجلة طبنـــة للدراسات العلمية الأكاديمية ISSN 2661-7633 / EISSN 2716-8883

السنة: 2021 المجلد: 04 العدد: 01 ص.ص: 377-401

التحليلي المقارن الماما بالموضوع حسب ما اقتضته طبيعة كل عنصر لاستخراج مبررات قانونية استدلالية من كل قانون .

ويطرح هذا الموضوع العديد من الإشكالات و التساؤلات التي تتمحور حول كيفية تشكيل هيئة التحكيم في ظل القانون الجديد للإجراءات المدنية و الإدارية و القوانين المقارنة ؟ وما مدى نجاعة سلطة الهيئة التحكيمية في تحقيق الأهداف سواء عن طريق تعيين المحكمين و النتائج المتوخى منها ؟

وقد تمت عملية إعداد هذا المقال باعتماد خطة مقسمة إلى مطلبين ، تناولت تباعا تشكيل هيئة التحكيم ، و قبول المحكمين لمهمة التحكيم و عوارضها .

المطلب الأول : تشكيل هيئة التحكيم

إن الحديث عن تشكيل الهيئة التحكيمية أو اختيار المحكمين يتطلب منا الوقوف على طرق تعيين المحكمين (ثانيا) لكن قبل ذلك لابد من تبيان تلك الشروط التي يجب أن تتوفر في المحكمين (أولا).

أولا : الشروط الواجب توافرها في المحكمين

اشترط القانون في المحكم عدة شروط قبل اعتلائه منصة التحكيم [3]، وذلك بغرض ضمان حياده و استقلاله؛ كي يمكن الاطمئنان إلى قراره في حسم النزاع ، و أساس هذه الشروط أن المحكم يقوم بالقضاء بين الخصوم حتى و إن كان قضاء خاص ، إلا أنه يترتب على حكمه ذات الآثار المترتبة عن الحكم القضائي من حيث استنفاذ ولايته ، و حيازته للحجية ، و مدى قابليته للطعن و الدعوى بالبطلان ، و بالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية السابق رقم 93-09 و خصوصا في شقه المتعلق بالتحكيم نجد أنه لا يتضمن أي نص يحدد الشروط الواجب توافرها في المحكمين [4]، و هو ما حاول القانون الجديد رقم 08-09 [5] تداركه حيث نص في العديد من فصوله على مجموعة الشروط التي يلزم توافرها في المحكمين هذه الأخيرة سنحاول تبيانها كالتالي :

أ- الأهـــــــلية :

لكي يصح تعيين المحكم يجب أن يكون ذا أهلية قانونية [6]، و كما هو معلوم فالمقصود بالأهلية هنا صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات ، فجميع الأنظمة القانونية تشترط أن يكون المحكم كامل الأهلية فلا يجوز أن يكون قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية[7] ، أو من

أهلية ممارسة التجارة و ذلك بسبب حكم نهائي بالإدانة ، من أجل ارتكاب أفعال تخل بالشرف أو الآداب العامة .

و هو ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة 1014 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري :" لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي ،إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية "، و هو ما ذهب إليه أيضا المشرع المصري حيث تشترط المادة 16 فقرة 1 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 الأهلية الكاملة للمحكم ، و ذلك لخطورة مهمته ، و الثقة المفروضة في حكمه ، و أن لا يكون به عارض من عوارض الأهلية كالحجر عليه ، أو الحرمان من الحقوق المدنية نتيجة للحكم عليه بجناية ، أو جنحة مخلة بالشرف .

سارت أغلب التشريعات المقارنة على هذا النحو كالمشرع المغربي ، فقد أكد ذلك في الفصل 320 من القانون رقم[8] 05-08 حيث جاء فيه :" لا يمكن إسناد مهمة المحكم إلا إلى شخص ذاتي كامل الأهلية لم يسبق أن صدر عليه حكم نهائي بالإدانة من أجل ارتكاب أفعال مخلة بالشرف أو صفات الاستقامة أو الآداب العامة أو بالحرمان من أهلية ممارسة التجارة أو من حق من حقوقه المدنية " ، و هو ما أكده المشرع الفرنسي في الفقرة الأولى من المادة 1451 من قانون الإجراءات المدنية على أنه :" لا يجوز تخويل مهمة التحكيم ....إلا لشخص يتمتع بكافة حقوقه المدنية ".

وقد بني الفقه الفرنسي على ذلك أنه لا يجوز تخويل مهمة التحكيم إلى الأشخاص الممنوعين من مباشرة مهنة تجارية أو صناعية ، لأن هذا المنع يعني حرمانهم من بعض الحقوق المدنية ،و نفس الشيء ينطبق على المشرع المصري ، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 174 من قانون التحكيم على أنه :" لا يجوز للمحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية مفلسا لم يرد إليه اعتباره "، وقد انتقد بعض الفقه المصري منع المحروم من حقوقه المدنية من تولي مهمة التحكيم معللا ذلك بأن هذه المهمة لا صلة لها بحالته المدنية ، و أن أساس اختيار المحكم هو ثقة الأطراف فيه و في خبرته و هنا نستحضر قرار للمجلس الأعلى أكد فيه أن أساس اختيار المحكم هو ثقة الأطراف فيه حيث جاء في هذا القرار :" إن المحكمين مجرد خبراء يمارسون مهنتهم الحرة ...و إنما استمدوا صلاحياتهم من إرادة الطرفين اللذين اتفقا مسبقا على اللجوء إلى التحكيم بدل القضاء "[9].

وجدير بالذكر أن أغلب قواعد التحكيم الاتفاقية و المؤسساتية كقواعد اليونسترال ، قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس ، نظام التحكيم لمركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، الاتفاقية العربية للاستثمار ...،

لم تنص صراحة على شرط أهلية المحكم حيث اعتبرت ذلك أمر بديهي لا يحتاج إلى نص يقرره إذ أنه عادة يتم اختيار المحكمين من كبار المحامين وذوي الخبرات العالية ، فتوفر الأهلية إذن أمر مفترض مسبقا فالقاعدة العامة تقول :" أن أي شخص طبيعي يمكن أن يكون محكما بشرط تمتعه بالأهلية القانونية، و من ثمة لا تقيد حرية الأطراف في اختيار شخصية طبيعية لا يستثنيها القانون".

ب- أن يكون شخصا طبيعيا :

إن الأصل هو أن تسند مهمة التحكيم إلى شخص طبيعي ، لكن التساؤل يثور حول الحالة التي يتم فيها إسناد هذه المهمة إلى شخص معنوي يتولاها من خلال الأشخاص الطبيعيين الذين يعتبرون بمثابة أعضاء[10]، بالطبع هنا لا مانع من إسناد مهمة الإشراف على التحكيم و إدارته إلى شخص معنوي ، لكن هل يجوز الاتفاق على أن يتولى الشخص المعنوي ذاته مهمة الفصل في النزاع و إصدار الحكم فيكون هو محل الاعتبار في الحكم الصادر دون الشخص الطبيعي الذي نظر في الخصومة بالفعل ، في هذا الصدد انقسم الفقه المصري بين مؤيد و بين معارض ، فالبعض يرى أنه لا مانع أن يكون الشخص المعنوي محكما بمعنى أن يتولى مهمة التحكيم من خلال ممثليه بحيث ينسب لهذا الشخص المعنوي في النهاية حكم التحكيم و يكون هو المسؤول عنه ، و في تقديرهم أن اختيار الشخص المعنوي محكما على هذا النحو من شأنه أن يحفظ للقائمين بمهمة التحكيم استقلالهم عن الخصوم في حين ترى الأغلبية عدم جواز أن يكون الشخص المعنوي محكما ، بمعنى أن ينسب إليه حكم التحكيم فيكون بذلك محل الاعتبار في إصدار الحكم هو هذا الشخص لا الشخص الطبيعي الذي قام بتحقيق الخصومة ، فإذا اتفق الطرفان على أن يكون الشخص المعنوي محكما بهذا المعنى كان الاتفاق باطلا ، و هم يستندون في ذلك إلى عنصر الثقة الذي ينبغي أن تتوافر بين المحكم و بين المحتكمين مما لا يتوفر إلا للشخص الطبيعي وحده[11] .

و في هذا الاتجاه يسير المشرع الجزائري حيث نص في المادة 1014 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على[12] :" لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية " ، إذ أنه من المسلم بت أن يكون المحكم شخصا طبيعيا ، و أن يكون متمتعا بالأهلية القانونية ، و أن لا يصيبه عارض من عوارض الأهلية ، سواء كان اختيار المحكم بواسطة أطراف التحكيم أو المحكمة .

في الحقيقة لقد سارت بعض التشريعات المقارنة على هذا الطرح ومنه التشريع المغربي حيث نص في الفصل رقم 320 من القانون رقم 05-08 الجديد على أنه :" لا يمكن إسناد مهمة التحكيم إلا لشخص ذاتي .....إذا عين في الاتفاق شخص معنوي فان هذا الشخص لا يتمتع سوى بصلاحية تنظيم الحكم و ضمان حسن سيره " .

كما أن المشرع الفرنسي يسير في هذا الاتجاه حيث تقضي المادة 1451 من قانون الإجراءات المدنية على أن مهمة التحكيم لا يمكن إسنادها إلا لشخص طبيعي ، فإذا عين اتفاق التحكيم شخصا معنويا فان هذا الشخص لا يكون له سوى سلطة منظم للتحكيم .

و قد اشتركت أغلب الرؤى حول أن تكون أهلية الشخص الطبيعي سليمة فلا يعتريها عيب عقلي ، أو نفسي ، أو جسدي يؤثر على إمكانية تفكيره تفكيرا سويا ، إذ أن لا يعقل أن يسند أطراف عقلاء حريصون على أموالهم منازعاتهم للفصل فيها إلى شخص مجنون ، أو سفيه ، أو مصاب بعاهة عقلية أو جسدية تؤثر في بلوغ تفكيره للمستوى المنتظر صدوره من إنسان عاقل .

ج – جنسية المحكم :

قبل الحديث عن جنسية المحكم لا بأس أن نشير إلى جنسه ، ففي هذا الصدد نجد أن قواعد التحكيم الدولي نصت صراحة على أنه لا فرق بين أن يكون ذكرا أو أنثى كما أكدت أيضا على أن لفظ المحكم يشمل الذكر و الأنثى ؛ أما في الفقه الإسلامي ، و رغم اختلاف الآراء ، إلا أن الأغلبية ترى عدم جواز تحكيم المرأة تأسيسا على أنه لا يجوز لها تولي القضاء ، غير أن الحنفية قد ذهبوا رغم ذلك إلى إجازة توليها القضاء لأنهم قد ربطوا الشهادة بالقضاء فأجازوا قضاء المرأة فيما تصح فيه شهادتها .

ونرى أنه لا مانع من تولي المرأة مهمة التحكيم لاسيما و أنها مؤهلة لتولي مهمة القضاء و أصبحت تتمتع بكافة الحقوق السياسية ، هذا فضلا عن أن فلسفة التحكيم ذاتها تقوم على ثقة الخصوم في شخص المحكم و ليس هناك ما يمنع من أن تحوز امرأة معينة على ثقتهم ، زد على ذلك الحرية التامة التي يتمتع بها الأطراف في اختيار المحكم.

لم تتناول أغلب قوانين التحكيم المختلفة مسألة جنسية المحكم ، و تركت ذلك لاتفاق الأطراف ،أما بالنسبة للمشرع المصري فلم يشترط قانون التحكيم المصري انتماء المحكم لجنسية الطرف الذي عينه [13]، أو لجنسية الطرف الذي عينه ، أو لجنسية مغايرة ، و إنما أعطى لاتفاق الأطراف هذا الخيار ، فيجوز

طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة 16 من قانون التحكيم المصري ألا يكون المحكم مصريا ، فقد يكون عربيا ، أو قد يكون صاحب جنسية ما [14]، و ذلك وفق لإرادة و اختيار الأطراف فالمشرع اشترط في المحكم الأهلية المدنية و لم يتطلب ضرورة أن يتمتع المحكم بالحقوق السياسية و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري كذلك

و بالتدليل على القانون رقم 05-08 المغربي المنظم للتحكيم و الوساطة نجد أنه لا يقيم أي فرق بين الرجل و المرأة في تولي مهمة التحكيم ، و هذا ما يستفاد من قراءة نص الفصل رقم 320 منه إذ أن المشرع نص على أنه :" لا يمكن إسناد مهمة المحكم إلا لشخص ذاتي ...دون أن يبين بشكل صريح جنسية المحكم " ، و نظرا للطبيعة القضائية –حسب بعض الفقه – لمهمة المحكم اشترطت بعض الأنظمة في المحكم أن يكون وطنيا ، اعتبارا بأن التحكيم نوع من القضاء ينبغي أن يتولاه الأجانب ، و لذلك تقضي بعض التشريعات بضرورة أن يكون المحكم من بين مواطنيها كتشريعات أمريكا اللاتينية مثل شيلي و كولومبيا .

و لكون أن التحكيم عبارة عن قضاء خاص[15]، و بالتالي تختلف مهمة المحكم عن وظيفة القاضي الوطني ، وبالتالي فان اختيار المحكم يخضع لاعتبارات شخصية متروك أمر تقديرها للخصوم .

و على العموم فان جل و أغلب التشريعات و من ضمنها التشريع الجزائري لم تنص على شرط الجنسية في المحكم ، بعبارة أخرى أن هذه التشريعات لم تشترط سوى الأهلية المدنية في المحكم و لم تتجاوزها إلى الأهلية السياسية ، و في هذا الصدد انقسم الفقه المصري إلى فئتين الأولى و هي الغالبة تؤيد تولي الأجنبي مهمة التحكيم بعلة أن التحكيم قضاء خاص و ليس قضاء عاما تتولاه الدولة ، أما الفئة الثانية فتفضل أن يكون المحكم وطنيا ذلك لأن التحكيم قد أضحى في مجتمعات اليوم موازيا للقضاء و بالتالي فلا ينبغي أن يتولاه الأجانب ، و نحن نرى أنه لا مانع من تولي الأجنبي مهمة التحكيم إذا توافرت فيه الشروط المتطلبة قانونا على اعتبار أن جعل هذه المهمة قاصرة على الموطنين فقط من شأنه أن يؤثر على إرادة الأطراف خصوصا في التحكيم الدولي التي غالبا ما يختار الأطراف اللجوء إلى محكمين مختلفي الجنسية .

د- كفاءة المحكم و خبرته

رغم أهمية عنصر الكفاءة و الخبرة في الشخص القائم بالعملية التحكيمية إلا أنها لا تعد شرطا لاختياره ، إلا في الحدود التي يقررها الخصوم ؛ و كفاءة و خبرة المحكم هي مبعث الثقة في نفسه أولا و في التحكيم

ثانيا ، و لذلك فقد اشترطت بعض الأنظمة القانونية الخاصة بالتحكيم أن يكون المحكم من ذوي الخبرة في مجال المنازعة المعروضة على التحكيم ، مثل نظام التحكيم السعودي رقم (46/م) بتاريخ 1403/07/12هـ الذي تنص مادته الرابعة على أنه :" يشترط في المحكم أن يكون من ذوي الخبرة حسن السيرة و السلوك " ، إلا أن أغلب الأنظمة و التشريعات قد سكتت عن هذا الشرط، و تركت الأمر لتقدير طرفي التحكيم و منها التشريعين المصري و الجزائري الذين لم يشترطا في المحكم خبرة معينة ، رغم أهمية هذا الشرط في مجال التحكيم لأنه يغني عن الاستعانة بالخبراء كإجراء قد يؤخر الفصل في الدعوى ، و لا يحقق بالتالي الهدف المبتغى من التحكيم و هو سرعة الفصل في المنازعات .

هـ- أخلاق المحكم و استقلاله :

ففيما يتعلق بأخلاق المحكم نجد أن أغلب القواعد الدولية للتحكيم لا تخلو من نص يؤكد على ضرورة و إلزامية توافر الصفات الأخلاقية و السلوكية في المحكم ، و هكذا نجد الاتفاقية العربية بالاستثمار تنص في مادتها 35 على أن المحكمين المقيدين في قوائم التحكيم يجب أن يكونوا من الأشخاص المشهود لهم بحسن الخلق .

وعلى هذا النهج يسير المشرع الجزائري إذ من قراءة نص المادة 1014 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الذي ينص على :" لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي ، إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية " ، و هذا ما ذهب إليه المشرع المصري ، حيث تشترط المادة 16 فقرة 1 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 الأهلية الكاملة في المحكم ، و أن لا يكون به عارض من عوارض الأهلية كالحجر عليه ، أو الحرمان من الحقوق المدنية نتيجة للحكم عليه في جناية ،أو جنحة مخلة للشرف أو نتيجة لشهر إفلاسه طالما لم يرد إليه اعتباره [16].

أما المشرع المغربي فقد كان نصه الرفض على الإطلاق لتحكيم المحكم الذي يكون ذو أخلاق سيئة تستشف من الأحكام القضائية الصادرة بشأنه إذ من قراءة الفصل 320 من قانون التحكيم المغربي رقم 05-08 الذي ينصص على أنه :" لا يمكن إسناد مهمة التحكيم إلا لشخص كامل الأهلية ، لم يسبق أن صدر عليه حكم نهائي بالإدانة من أجل ارتكاب أفعال تدخل بالشرف أو صفات الاستقامة أو الآداب العامة ..." يتبين أن المشرع اشترط مسبقا في المحكم أن يكون ذا أخلاق ، و بالتالي فكل ما من شأنه أن يؤثر على أخلاقه و سلوكه قد يجعل المحكوم فاقدا لصلاحية ممارسة مهمة التحكيم ، و هو ما يستشف أيضا من التشريع السعودي الذي يفرض على المحكم أن يكون ذا سيرة و أخلاق و سلوك حسن[17] .

هذا و قد جعل المشرع الجزائري على عاتق المحكم التزام مهم ألا و هو إخطار الأطراف عن كل الظروف التي من شأنها أن تثير الشكوك حول استقلاله ، و بذلك جعل المشرع الجزائري أحد الأسباب التي تسمح لأطراف التحكيم طلب رد المحكم الذي تحوم حوله شبهة عدم الاستقلال حيث نص في البند الثالث من المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على :" عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط .

كما اشترطت أحكام القانون المصري استقلال المحكم و حياده ، و جعلت إخلال المحكم بهذا الشرط أو الالتزام سببا لرده ، أو لتعريض حكمه للإبطال و ذلك في موضعين الأول بحيث ألزمت المادة 16فقرة 3 المحكم بالإفصاح عن أي ظروف قد تثير شكوكه حول استقلاله أو حياده حيث نصت أن :"يكون قبول المحكم للقيام بمهمته كتابة ، و يجب أن يفصح عن أي ظروف من شأنها إثارة أي شكوك حول استقلاله أو حيدته "، و الثاني في المادة 18فقرة 1 عندما قرر أن فقدان المحكم للحيدة و الاستقلال يجيز رده عند نظر الدعوى ، و هو ما يستفاد من شبه تطابق حرفي في نصوص المشرع المغربي للمصري في نفس الشأن من الفصل رقم 6-227 من القانون رقم 05-08 المتعلق بالتحكيم و الوساطة الاتفاقية .

و خاصة الفقرة الثانية التي تنص على أنه يجب على المحكم الذي قبل مهمته أن يفصح كتابة عند قبوله عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوى حول حياده و استقلاله ، و بالتالي من هذه الفقرة يتبين لنا أن المشرع المغربي افترض في المحكم الاستقلالية و الحياد ، لذلك يجب عليه –أي على المحكم– أن يفصح عن كل من شأنه أن يثير شكوكا عن هذه الاستقلالية و الحياد ، أما بالنسبة لنظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية نجده يتناول هذا الشرط بكيفية صريحة حيث تنص المادة 08 منه على أنه :" يجب على المحكم أن يكون مستقلا عن الأطراف في التحكيم و أن يظل على ذلك كذلك ...." و اشترطته أيضا اتفاقية واشنطن لسنة 1965 في الفقرة الأولى من المادة 14 حيث جاء فيها :" يشترط في المحكمين المدرجين بالجداول أن يكونوا من الأشخاص ذوي الاعتبار ...و أن يتوافر فيهم ضمان الاستقلال في مباشرة مهامهم ، إذن و مهما يكن من أمر ، فإنه يجب على المحكم و نظرا لثقل الأمانة و المهمة المنوطة به أن يتحلى بكل المبادئ التي تستوجبها المهمة، من استقلالية و حياد و احترام لحقوق الدفاع و للنظام العام و ذلك في سبيل إحقاق الحق و إزهاق الباطل .

مجلة طبنـــة للدراسات العلمية الأكاديمية ISSN 2661-7633 / EISSN 2716-8883

السنة: 2021 المجلد: 04 العدد: 01 ص.ص: 377-401

ثانيا : طرق تعيين المحكمين

يعد اختيار المحكمين من أهم المراحل التي تقطعها إجراءات التحكيم ، و التعيين يكون إما عن طريق الإرادة الحرة للأطراف ، و لا تخضع لأية قيود سوى أن يكون التعيين و تريا و ذلك تحسبا لحالة الاختلاف في وجهات النظر بين المحكمين ، و إما أن يتم هذا الاختيار أو التشكيل من طرف القضاء و ذلك في حالات استثنائية .

أ- وترية التعيين :

لا تثور صعوبة في إصدار الحكم التحكيمي إذا كان المحكم فردا واحدا ، أما عند التعدد فيصدر الحكم التحكيمي بعد مداولة المحكمين و هي مداولة قد لا تنتهي بإجماع أرائهم على الحكم و من ثم تثور صعوبة كبيرة إذا انقسم رأس المحكمين و لم يمكن إصدار الحكم بأغلبية الآراء.

و هو ما يحدث عندما يكون عدد المحكمين زوجيا كاثنين أو أربعة أو ستة فينقسم المحكمون إلى جانبين متساويين عددا ، إذ أنه يقوم هذا التساوي عقبة و عائقا يعرقل صدور الحكم فيتعطل الفصل في النزاع و تفشل المهمة التحكيمية ، و استشعارا من الأنظمة القانونية للدول بخطورة الموقف و بالنهاية الفاشلة التي يمكن أن تترتب على عدم و ترية التشكيل استوجبت بالرغم من الحرية التامة الممنوحة للأطراف في تعيين المحكمين و تحديد عددهم ، أن يكون عدد المحكمين المعنيين وترا.

هنا نشير إلى أن المشرع الجزائري لم يعرج في قانون الإجراءات المدنية السابق على هذا المقتضى و هو ما حاول تداركه في القانون الجديد رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [18]، حيث نص في المادة 1017 من ق.إ.م.إ.ج على :" تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو من عدة محكمين بعدد فردي "، و هذا النص تكريس لقاعدة الوترية في تشكيل هيئة التحكيم ، لتحقيق الأهداف المبتغاة من اللجوء إلى نظام التحكيم بكل سهولة و يسر ، و هو ما أكدته المادة 1453 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي حيث نصت على أنه :" تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو من محكمين عديدين على أن يكون عددهم فرديا "، هذا وقد عالج المشرع الفرنسي كذلك في المادة 1454 من قانون المرافعات ؛ حالة تحديد عدد زوجي ، بأن لمحكمة التحكيم أن تختار محكما ، إذا اتفق الأطراف على ذلك ، أو يتولى الأمر المحكمون الذين تم اختيارهم ، و إذا اختلفوا فيتولى ذلك رئيس المحكمة الابتدائية ، كما تبنى هذه القاعدة أيضا كل من المشرع المصري وفقا المادة 10 من قانون التحكيم المصري ، و كذلك المشرع السعودي بحسب نص المادة 4 من قانون التحكيم السعودي.

وقد رتب المشرع المغربي على غرار باقي التشريعات الأخرى بطلان التحكيم كجزاء على الإخلال بمبدأ الوترية ، و هو ما يتضح بجلاء من الفصل 02-327 من القانون رقم 05-08 :" إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا و إلا كان التحكيم باطلا ، و هكذا فإذا اتفق الأطراف على تشكيل هيئة من عدد زوجي من المحكمين وقع هذا الاتفاق باطلا لمخالفته نص الفصل المذكور .

بالإضافة إلى هذا نلاحظ أن أنظمة و اتفاقيات التحكيم التجاري الدولي تسير في هذا الاتجاه فالمادة الثانية من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية تنص على أنه :" يمكن الفصل في الخلافات بواسطة محكم واحد أو ثلاثة محكمين ....."،، وهو ما يلاحظ أيضا في قواعد الانسترال حيث تنص المادة الخامسة على أنه :" إذا لم يتفق الطرفان مسبقا على عدد المحكمين –واحد أو ثلاثة – و لم يتفقا خلال مدة خمسة عشر (15) يوما ...على تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد وجب تشكيلها من ثلاثة محكمين" .

ب- تعيين المحكمين بواسطة الأطراف

مما لاشك فيه أن قيام أطراف التحكيم بتعيين محكميهم بأنفسهم هو الذي يستقيم مع الفكرة القائلة بأن التحكيم يتميز بطابعه الرضائي المستمد من إرادة أطرافه [19]، و هكذا فالطبيعة الاختيارية التي تسود التحكيم هي التي تعطي للأطراف الحق في اختيار و تعيين المحكم أو المحكمين الذين يفصلون بينهم [20].

و هو الأمر الذي استجابت له مختلف القوانين الوطنية حيث أفسحت مجالا كبيرا لإرادة الأطراف في هذا المجال ، و هكذا و بالرجوع إلى القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث تنص المادة 1041 على أنه :" يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم ، أو المحكمين ، أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم و استبدالهم " ، و بهذا يكون المشرع الجزائري قد أعطى للأطراف الحرية الكاملة في اختيار المحكم أو المحكمين الذين ستوكل إليهم مهمة الفصل في النزاع .

و هو ما أقره كل من المشرع المغربي في القانون رقم 05-08 نجده ينص في الفصل 02-327 على أنه :" تتشكل الهيئة التحكيمية من محكم واحد أو عدة محكمين تكون للأطراف حرية تحديد إجراءات تعيينهم و عددهم إما في الاتفاق التحكيمي و إما بالاستناد إلى نظام التحكيم الموضوع للمؤسسة المختارة ".

و على هذا النهج أيضا يسير المشرع السعودي حيث تنص المادة 06 من قانون التحكيم[21]:" يتم تعيين المحكم أو المحكمين باتفاق المحتكمين في وثيقة تحكيم "، أما عن كيفية تعيين المحكمين من طرف الأفراد ، فإنه و من خلال نص المادة 1041 من قانون رقم[22] 08-09 يتبين لنا أن الأطراف إما أن يقوموا بتعيين الهيئة التحكيمية في الاتفاق التحكيمي أي عن طريق شرط التحكيم أو عقد التحكيم ، أو أن يقوموا بذلك عن استنادا أحد هيئات و مراكز التحكيم الدائمة ، و هذا لا يكون إلا إذا تم اللجوء إلى التحكيم المؤسساتي .

هذا دون إغفال أن حرية الأطراف في تعيين المحكم و المحكمين لا تكون فقط عند اختيار أو تعيين هيئة التحكيم بداية ، و إنما تكون كذلك عند انتهاء صفة المحكم أو المحكمين المعنيين و ذلك بانتفاء شرط من الشروط القانونية الواجب توافرها في المحكم لممارسة مهمته و هذا ما يستشف من 1018 فقرة 3 من القانون رقم 08-09 من ق.إ.م.إ.ج التي اشترطت أن يكون عزل المحكم باتفاق جميع الأطراف ، و هذه قاعدة أمرة لا يجوز مخالفتها

و تجدر الإشارة إلى أن الأنظمة و الاتفاقات الدولية للتحكيم تحتفظ هي الأخرى بحرية الأطراف في تحديد الهيئة التحكيمية ، و هذا ما يتضح مثلا من المادة الثانية من بروتوكول جنيف الخاص بشروط التحكيم لعام 1923 حيث تنص على أن :" إجراءات التحكيم بما فيها تكوين هيئة التحكيم تخضع في تنظيمها لإرادة الطرفين و قانون الدولة التي يجري التحكيم على إقليمها ".

ج- تعيين المحكمين عن طريق القضاء :

إذا كان المشرع الجزائري قد ترك للطرفين الحرية الكاملة في اختيار هيئة التحكيم و هذا هو الأصل ، فانه لم يجعل عدم اتفاقهما على الاختيار بذاته مانعا من إتمام التحكيم ، وقرر لذلك إحلال القضاء في العملية التحكيمية ، و يكون ذلك بجعل دوره احتياطيا يرجع إليه عند تخلف اتفاق الأطراف على اختيار المحكمين أو اختلافهم حول التعيين ؛ حيث أنه عالج الصعوبات التي تعترض أطراف اتفاق التحكيم في تشكيل محكمة التحكيم ، سواء لسبب يرجع إليهما أو لسبب خارج عن إرادتهم ، ففي مجال التحكيم الداخلي نصت المادة 1009 من ق.إ.م.إ.ج على أنه :" إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم ، بفعل أحد الأطراف ، أو بمناسبة تنفيذ إجراءات المحكم أو المحكمين ، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه [23].

أما على مستوى التحكيم التجاري الدولي فقد واجه المشرع الجزائري الصعوبات التي تواجه الأطراف في تشكيل محكمة التحكيم ، سواء إذا تخلف أحد الأطراف عن تعيين محكمه ، أو إذا صادف الأطراف عقبات في استكمال تشكيل الهيئة كما في حالة اختلافهم في تعيين المحكم الثالث –المرجح– حسب نص[24]الفقرة الثانية من المادة 1041 من قانون رقم 08–09 من ق.إ.م.إ.ج.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد كان يتفق مع المشرع الجزائري في الطابع الإجرائي ، و لكن ما يمتاز به التشريع المغربي أنه لم يفرق بين التحكيم الذي يجري داخل المغرب وفي الخارج و هذا عملا بنص الفصل[25] 5–327 من القانون 05–08المتعلق بالتحكيم و الوساطة القضائية .

المطلب الثاني : قبول المحكمين مهمة التحكيم و عوارضها

جاء القانون رقم 08–09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري ، بإصلاحات مهمة على جهاز الهيئة التحكيمية الذي عمل على توسيع و ضبط صلاحياتها و من بينها قبول المحكمين لمهمة التحكيم (أولا) ، إلا أنه هذا القبول يبقى معلقا على انتفاء أي عوارض قد تعتري مهمة المحكمين (ثانيا) .

أولا : قبول المحكم لمهمة التحكيم

يعد تحديد الأطراف في اتفاق التحكيم على أشخاص المحكمين أو عن طريق رئيس المحكمة إذ أن قبول المحكم لمهمة التحكيم يجب أن تكون كتابة ، و أن يبدي المحكم أو المحكمون قبولهم صراحة و إلا اعتبر تشكيل التحكيم غير صحيح [26]، غير أن المشرع الجزائري لم يحدد الطريقة التي يبدي بها المحكم أو المحكمون قبولهم تولي مهمة التحكيم[27] ، و أن تكون ممهورة بتوقيعه حتى يمكن الاحتجاج بها في موجهته إذا أخل بأحد الالتزامات الملقاة على عاتقه ، و هو ما يؤكده المشرع المغربي [28] ، و كذا ما نصت عليه المادة 16فقرة 3 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 :" يكون قبول المحكم بمهمته كتابة ".

و بالوقوف على هذا المقتضى الذي هو معمول به في جميع قوانين التحكيم ، أثار انتباهنا التساؤل و الاستفسار حول العلة التي جعلت التشريعات القانونية أن تمنح الحرية الإرادية للمحكم قبول مهمة التحكيم إذ استثنينا أحد أسباب التجريح أو عوارض التحكيم .

و إذا حاولنا مقارنته بالقاضي و ما يتعلق بالخصومة القضائية حيث يكون هذا الأخير مجبرا على قبول مهمته ، و إلا تعرض لتهمة " إنكار العدالة " إذا رفض البت في القضية [29]، فلماذا لا يمكن تطبيق هذا المبدأ و قياسه على المحكمين أهو راجع في نظرنا لأنواع المحكمين و اختلافهم سواء من الناحية التكوينية أو في مجال اختصاصهم (موثق، محامي ، أستاذ جامعي) ، أم أن هناك اعتبارات و تجليات أخرى وراء هذه الحرية في قبول المحكم لمهمة التحكيم يعدم قدرته على حسم موضوع النزاع ، بعبارة أخرى ألا يمكن اعتبار قبول المحكم للمهمة المسندة إليه وفقا لأحكام المادة 1015 فقرة 1 من ق إ.م .إ.ج قبول ضمني لمهمة التحكيم التي تناط به مستقبلا و هو ما تؤكده أغلب التشريعات المقارن كالقانون المغربي ، أو المصري كما أسلفنا سابقا .

و على أية حال ، يبقى القول أنه يمكن استخلاص قبول المحكم إما أن يكون هذا القبول صريحا أو ضمنيا كما هو متبع عن التعبير عن الإرادة [30] ، أو من خلال قيام المحكم بأي عمل من الأعمال التي تدخل في نطاق مهمته، كما لو حضر اجتماعا للمحكمين أو استمع إلى أحد الخصوم في الجلسة ، و هو ما يعرف بالقبول الضمني، و بالتالي فالكتابة هنا هي مجرد وسيلة لإثبات قبول المحكم للقيام بمهمته، و لا تعد شرطا لصحة التحكيم أو إجراءاته[31]، وبداهة يمكن القول أن لا تبدأ هذه المدة إلا بتمام تشكيل هيئة التحكيم و يظهر ذلك جليا مما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 1015 من قانون رقم[32] 08-09 السالفة الذكر، و كذا ما نصت عليه الفصل 10-327 الفقرة الرابعة من قانون التحكيم المغربي :" تبتدئ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئته " ، كما يتجلى ذلك أيضا مما نصت عليه المادة 1450 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد من أنه :" إذا لم يتضمن اتفاق التحكيم بيان مدته ، فانه لا يجوز استمرار مهمة المحكمين لأكثر من ستة أشهر تبدأ من تاريخ قبول أخر محكم".

وما يفهم من هذا أنه كلما تراخى إعلان المحكم لقبوله مهمة التحكيم يعني تأخير تشكيل هيئة التحكيم و بالتالي فمتى قبل المحكم مهمة التحكيم وجب عليه الاستمرار في العمل حتى النهاية ، طالما لا يوجد عذر لهذا التنازل و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1021 من ق.إ.م.إ.ج على أنه :" لا يجوز للمحكمين التخلي عن المهمة التحكيمية إذا شرعوا فيها ، و لا يجوز ردهم إلا إذا طرأ سبب من أسباب الرد بعد تعيينهم "، و هو ما أكده أيضا المشرع المغربي في الفصل 6-326 الفقرة الرابعة :" يجب على كل محكم أن يستمر في القيام بمهمته إلى نهايتها و لا يجوز له تحت طائلة دفع التعويضات ، أن يتخلى عنها دون سبب مشروع بعد قبولها ، و ذلك بعد إرساله إشعارا يذكر فيه أسباب تخليه " و عليه

فالمحكم يبقى من وجهة نظر المشرع المغربي مسئولا أمام الأطراف عن تعويض الضرر الذي يكون قد لحقهم بسبب تنازله الغير المشروع ، من أجل هذا يطلب المحكم من الأطراف مهلة للنظر في قبول التحكيم أو رفضه ليراجع فيها موقفه فيما إن كانت هناك جوانب موضوعية لمهمة التحكيم أو جوانب شخصية كوجود قرابة أو علاقة بينه و بين أحد الخصوم و هو ما نصت عليه المادة 1015[33] فقرة 2 من قانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ.ج .

أما المشرع المغربي فقد توسع في طرح الأسباب وفقا للفصل[34] 7-327 ، إذ أن المشرع المغربي وضع افتراض الطرح النفسي و اعتباره مبررا مقبولا لترك النزاع أما المشرع المصري[35] ، يعتبره التزام تفرضه طبيعة عملية التحكيم و الفلسفة التي تقوم عليها ، و يبقى أن نثير التساؤل حول أثار رفض المحكم لمهمته هل يترتب عليه بطلان اتفاق التحكيم ؟هنا حسب التشريع الجزائري لا يترتب على رفض المحكم لمهمته أو التأخير بطلان اتفاق التحكيم ، و إنما يتعلق أثاره إلى حين تمام القبول من قبل المحكم يتفق عليه الطرفان ، و كل ما في الأمر أنه يتعين على الطرفين محكم أخر إذا لم يتم قبول المحكم الأول في مدة معقولة ، على عكس قانون التحكيم المغربي 05-08 الذي اعتبر في هذه الحالة بطلان اتفاق التحكيم ، أما المشرع المصري فقد كانت له نفس وجهة المشرع الجزائري في عدم اعتبار اتفاق التحكيم باطل [36].

وتجدر الإشارة إلى أنه بالنسبة لقبول المحكم لمهمته في إطار التحكيم الدولي ، و لقراءتنا للفصول الجديدة لقانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري أنه لم يتعرض إلى وجوب قبول المحكم لمهمة التحكيم ، إلا أنه يبقى من المبادئ المسلمة في التحكيم أنه يمكن أن ينطبق على ما هو معمول به بالتحكيم الداخلي فيما يخص قبول المحكم لمهمته و إفصاحه عند عرض هذه المهمة عليه .

ثانيا : عوارض مهمة المحكمين

يمكن تقسيم عوارض مهمة المحكمين إلى أسباب إرادية أو إلى أسباب غير إرادية ، فأما الأسباب الإرادية فقد ترجع على إرادة الأطراف كتجريح المحكم ورده أو عزله أو أنها ترجع إلى إرادة المحكم نفسه كالتنحي أو الاعتزال ، أما الأسباب غير الإرادية فتتمثل في وفاة المحكم أو فقدانه للأهلية القانونية ، و سواء كانت عوارض مهمة المحكمين إرادية أو غير إرادية فإنها تؤثر في تشكيل هيئة التحكيم و قد تحتاج إلى

تعيين محكمين بدلاء للمحكمين اللذين ألم بهم بسبب من الأسباب الإرادية أو غير الإرادية ، و هو ما سنتناوله مع مراعاة في ذلك كل من التحكيم الوطني و التحكيم الدولي .

أ- الأسباب الإرادية :

1- التجريح أو الرد

كقاعدة عامة لا يجوز تجريح المحكمين إلا لسبب نشأ أو اكتشف بعد تعيينهم ، و هو ما تطرق إليه المشرع الجزائري عملا بنص المادة 1016 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [37]، لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه أو شارك في تعيينه إلا لسبب علم به بعد التعيين"، هذا وقد أكدت القوانين المقارنة الخاصة بالتحكيم على ضرورة توفر سبب مقنع لرد المحكم وإن لم تحدد بعض القوانين كل أسباب الرد فإنها أشارت إلى ما يوحي شك في استقلاليته أو نزاهته أو حياده أو عدم توفر الشرط أو الشروط المتفق عليها في اتفاق التحكيم.

وعليه نصت المادة 1463من ق. إ.م، ف على أنه: " يكون رد المحكم عندما يكون هناك خرق للمبادئ القانونية المتعلقة بالنزاهة بين المحكم و بين الأطراف " ،كما نصت المادة 18فقرة 1من القانون المصري الجديد على أنه [38]:" لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حيدته واستقلاله " إذا يظهر بأن اتخاذ إجراء الرد ضد أي محكم يخضع لشرط توفر سبب من أسباب الرد سواء المعقولة أو المنصوص عليها قانونا في اتفاق التحكيم".

كما أجاز القانون المغربي ذلك في الفصل 323 من قانون 05-08 المتعلق بالتحكيم و الوساطة الاتفاقية تجريح المحكمين لأسباب طرأت بعد عقد التحكيم[39] ، فإذا تقدم أحد الخصوم بطلب تجريح محكم و استجابت المحكمة طلبه فان ذلك يؤول إلى وقف مسطرة التحكيم ، و هذا ما جاءت بت الفصل 8-327 الذي تضمن على أنه :" إذا قدم طلب تجريح أو عزل أحد المحكمين وجب وقف مسطرة التحكيم إلى أن يتم البت في هذا الطلب ماعدا إذا قبل المحكم المعني بالتخلي عن مهمته "

وبما أن رد المحكم ضمانة هامة للخصوم فلا يجوز أن تدفع الرغبة في تشجيع نظام التحكيم أو عند وجود صلة له بأحد الخصوم، فتقرير إمكانية رد المحكم يعكس احترام مبدأ إجرائي أصلا هو حق الدفاع، فمن حق كل طرف أن يمثل أمام قاض محايد هذا أمر طبيعي لا يكون إلا إذا كان اتفاق التحكيم صحيحا و قانونيا

ثم أنه لابد من التوضيح إلا أن رد المحكم يتم في أي مرحلة من مراحل إجراءات التحكيم، إلا أنه يوجد هناك اختلاف في مسألة استمرار أو وقف إجراءات التحكيم أثناء البت في طلب الرد وكذلك في المهل الممنوحة للطرف الذي يرغب في تقديم هذا الطلب، نظم المشرع المصري إجراءات الرد في المادة(19)من قانون التحكيم التي كانت تنص في فقرتها الأولى على: "إن طلب الرد يقدم إلى هيئة التحكيم التي تنظر النزاع سواء كان محكما واحدا أو تعدد المحكمون، وهو بذلك كان يتطابق مع المادة 13فقرة 02 من القانون النموذجي التي تقضي بأن تفصل هيئة التحكيم بنفسها في طلب الرد المقدم إليها[40].

إلا أن المحكمة الدستورية العليا قد قضت بعدم دستورية هذا النص[41]، لذا اشترط المشرع المصري على أن يكون الطلب مكتوبا، ومحتويا على اسم المحكم المطلوب رده ومتضمنا الأسباب التي يستند إليها طالب الرد، وأن لا يكون طالب الرد قد سبق له تقديم طلب برد ذات المحكم في ذات القضية وتتلقى هيئة التحكيم طلب الرد من صاحبه دون أن تفصل فيه بقرار، وإذا حكم برده من المحكمة عند نظر الطعن[42]، ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم كأن لم تكن ويعود الخصوم إلى الحالة السابقة لخصومة التحكيم (م19فقرة4)من قانون التحكيم المصري.

وفي حالة ما لم يتنحى المحكم المطلوب رده أو لم يوافق الطرف الأخر على طلب الرد، يجب على هيئة التحكيم أن تبت في هذا الطلب، وفي حالة عدم قبول طلب الرد يجوز للطرف المعني أن يلتمس من المحكمة أو الجهة القضائية المختصة خلال (30) يوما من تاريخ تسلمه إشعارا بالرفض أن تبت في طلب الرد وقرارها يكون غير قابل لأي طعن، وأعطى مهلة خمسة عشر (15)يوما للطرف الراغب في رد المحكم من تاريخ تشكيل المحكمة أو من تاريخ العلم بالظروف التي يؤسس عليها طلبه وإذا لم يتنحى المحكم المطلوب رده خلال خمسة عشر يوما (15)من تاريخ تقديم الطلب، يحال الأمر إلى محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الأطراف على اختصاص محكمة أخرى في مصر[43].

أما في حالة قبول الهيئة التحكيمية طلب الرد، أو في حالة قبول الطعن من طرف الجهة القضائية المختصة، أعتبر ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم، بما في ذلك حكم المحكمين كأن لم يكن طبقا للمادة 19فقرة4 من القانون المصري السابق الذكر.

أما على مستوى التشريع الوطني الجزائري، فإنه لابد من التأكيد أن المشرع الوطني الذي عدد أسباب الرد كما تطرقنا سابقا إلا أنه لم يتطرق إلى المهل الزمنية بل أنه حاول إحالة الأطراف إلى نظام التحكيم الذي اختاروه، وإذا لم يتضمن هذا النظام كيفيات تسوية إجراءات الرد ولم يستطيعوا تحديد هذه

الإجراءات بالاتفاق فيما بينهم، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمه التعجيل، ويكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن[44].

2- عزل المحكمين:

لقد اختلفت الآراء في عزل المحكم عند الفقهاء المسلمين فالأول ذهب إليه بعض الفقهاء المالكية و قالوا أن لأي من الخصوم عزل المحكم بالرجوع قبل الترافع إليه ، أما بعد الترافع عليه فلا عبرة بعزله من أحد الأطراف أما بالنسبة للرأي الثاني يجيز لأحد الخصوم عزل المحكم و الرجوع أثناء المرافعة أو قبلها أمام المحكم و لا يجيز عزل المحكم قبل قفل باب المرافعة ، الرأي الثالث في الفقه الإسلامي هو الرأي الذي لا يجيز لأحد الخصوم بمفرده عزل المحكم بعد الاتفاق على التحكيم و حتى صدور الحكم .

أما بالنسبة إلى العزل أجازته معظم القوانين بشرط تراضي الأطراف، وسواء كان التعيين قد تم أصلا من قبل المحكمة أو من قبل الطرفين، أو من قبل سلطة التعيين التي حددها مسبقا ولابد من الإشارة إلى أن العزل نوعان اتفاقي وقضائي،فالعزل الاتفاقي يعني أنه لا يجوز عزل المحكم إلا باتفاق جميع الأطراف بحسب نصالمادة20 من قانون التحكيم المصري[45]، إذن نستخلص أنه لا يستطيع أي طرف وحده بإرادته المنفردة عزل محكمه بعد اختياره ولو كان هذا المحكم قد تم تعيينه بواسطة هذا الطرف إعمالا لاتفاق التحكيم[46]، و بطبيعة الحال لا يكون هناك عزل إلا إذا كان قد سبقه قبوله لمهمته، أما إذا كان المحكم قد اعتذر عن القبول، واشترط أجلا لتحديد موقفه فلا يتصور ثمة عزل،أما إذا كان قد أصدر حكمه فلا مجال للقول هنا بإمكانية عزل المحكم، ويكون للخصوم في هذه الحالة عدم الاعتداد بالحكم الصادر منه، واعتباره كأن لم يصدر في مواجهة بعضهم البعض، أما إذا لم يتفق الخصوم على عدم الاعتداد بالحكم فإن هذا الحكم يعتبر صحيحا وواجب النفاذ[47].

أما بالنسبة للعزل بواسطة القضاء فيرى الفقه أنه يختص بإصدار الأمر بالعزل رئيس الدائرة أو القاضي المختص بإصدار الأمر بالمحكمة المختصة وفقا للمادة 09 من قانون التحكيم المصري، وللقاضي قبل إصدار أمر العزل أن يكلف الطالب بإعلانهم أو إعلان أحدهما لسماع أقواله قبل إصدار الأمر بالعزل، وللمحكم المعزول أن يلجأ للقضاء للمطالبة بالتعويض إذا ما كان العزل مبنيا على أسباب غير صحيحة.

مجلة طبنـــة للدراسات العلمية الأكاديمية ISSN 2661-7633 / EISSN 2716-8883

السنة: 2021 المجلد: 04 العدد: 01 ص.ص: 377-401

ب- الأسباب الغير الإرادية

1- وفاة المحكم

لا ريب أن وفاة المحكم تؤدي إلى استحالة استرداده في مهمة التحكيم استحالة مطلقة ، و بالتالي يلزم اتفاق الطرفين على تعيين المحكم بديلا للمحكم المتوفي [48]، و إلا انتهت هيأة التحكيم و ذلك سواء كان هذا الأخير معينا مكن قبل الطرفين أو من قبل أحدهما و يرجع انقضاء هيئة التحكيم إثر وفاة أحد المحكمين و عدم تعيين محكم بدلا منه إلى أن اتفاق التحكيم يولد علاقات بديلة بين الطرفين ، من جهة أخرى فإذا ارتضى الطرفان تعيين المحكم أو المحكمين الذين تتألف منهم هيأة التحكيم فإنهم يقبلون المثول للحكم الذي يصدر من هذه الهيئة ، و إذا قبل المحكمون مهمة التحكيم فإنهم ملتزمون قبل الطرفين بمواصلة مهمتهم إلى نهايتها بإصدار حكم التحكيم ، كما يثور الإشكال في نظرنا في حالة عين أحد الأطراف اسم محكم في شرط التحكيم ، و توفي هذا المحكم قبل البدء في إجراءات التحكيم ، فهل يجوز لأحد الأطراف الدفع بعدم اللجوء إلى عرض النزاع إلى التحكيم بدليل وفاة المحكم الذي تم تعيينه ، بعبارة أخرى هل يجوز عندئذ اللجوء إلى المحكمة المختصة لتنظر في النزاع بدلا من التحكيم دون أن يتعرض بوجود شرط التحكيم ؟

لم يتطرق المشرع المصري إلى واقعة وفاة المحكم كسبب لانقضاء مهمته[49] ، إلا أنها تندرج ضمن الأسباب الأخرى التي تحول دون قيام المحكم بمباشرة مهمته و أداء عمله[50] ، أما المشرع المغربي في قانون التحكيم و الوساطة الاتفاقية فقد نص في الفصل 312 منه على أنه :" ينتهي التحكيم بوفاة أحد المحكمين أو رفضه أو استقالته أو حدوث عائق له إلا إذا نص العقد على استمرار التحكيم "، و بالنظر إلى شبه حداثة المشرع الجزائري في الأحكام الإجرائية المدنية فقد كانت له وجهة نظر مختلفة تماما عن التشريعات المقارنة الأخرى بحيث أنه اعتبر أنه يمكن للأطراف الاتفاق على استبدال المحكم المتوفى و الاستمرار أو إعادة الإجراءات بتشكيلها الجديد [51].

2- فقدان الأهلية القانونية :

هنا يؤدي نفس أثار الوفاة من حيث انقضاء هيئة التحكيم ما لم يتم تعيين محكم أخر لابد منه ، حيث يلزم في المحكم أن يكون كامل الأهلية ، و أن يكون متمتعا بكامل حقوقه المدنية ، لذا لا يسأل المحكم الذي ألم به عارض من هذه العوارض عن تعويض الطرفين عن الضرر الذي يصيبها من جراء عدم مواصلته لمهمة التحكيم و هو ما جسده المشرع الجزائري في نص المادة[52]1024 من ق.إ.م.إ.ج ،إذ أن

المشرع قد توسع في مدلول انتهاء التحكيم في الفقرة 1 من نفس المادة السالفة الذكر في التشريع الجزائري باستعمال " أو حصول مانع له " و هو في الأغلب يستنبط من فقدان الأهلية القانونية للتصرف و يمكن أن يقصد بها الأسباب التي تتعلق بصحته ،أو وجود عاهة أو الإبعاد كعقبة قانونية كعدم الأهلية التي تطرأ أثناء سير الخصومة التحكيمية و هو ما نص عليه المشرع المغربي في القانون رقم 05-08المتعلق بالتحكيم و الوساطة القضائية بالنص في الفصل 7-373 :" إذا انتهت مهمة المحكم لارتباطات موانع صحية ، أو طرأت حالة عاهة معينة أو لأي سبب أخر وجب تعيين بديل طبقا للإجراءات التي تتبع في اختيار المحكم ".

خاتمة :

نصل ختاما ، إلى أنه للضمانات القانونية المقدمة للهيئة التحكيمية ، تعد كحافز أقرته مختلف التشريعات المقارنة للوصول إلى النتيجة المتوقعة من اللجوء إلى التحكيم ، ألا و هو صدور حكم تحكيمي ، و يمكن القول أن الأحكام الإجرائية التي جاءت بها أغالب التشريعات ، و منها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري رقم 08-09 جاءت بمقتضى هام يمكن الهيئة التحكيمية من إتباع ما تراه أو يتفق عليه الأطراف في اتفاق التحكيم ، إلا إذا أراد الأطراف اللجوء إلى ما ورد في اتفاق التحكيم مالم يتفق الأطراف على قواعد أخرى . و عليه توصلنا إلى جملة من النتائج كما يأتي :

-الضمانات المقدمة للهيئة التحكيمية بالنسبة للتشكيل المركب و المكون للجنة يعطي الانطباع ، بالشروط الصارمة التي أقرتها جل التشريعات و منها التشريع الجزائري في اختيار المحكمين .

-توسع أغلب القوانين في تكريس مبدأ أهلية المحكم بين الشخص الطبيعي و بين إعطائها الطابع المؤسساتي لتوسع النشاط التجاري الدولي .

-حسنا فعلت أغلب المحاكم التحكيمية في تحوير و طلب تحديد و ضبط مدلول عام و خاص أخلاقيات المحكم و استقلاله و حيدته لوظيفته ذات الطابع شبه القضائي .

-يعد مبدأ سلطان الإرادة من أهم المبادئ التي أقرتها جل التشريعات في عملية سير الضمانة القانونية القضائية التشكيلية للهيئة التحكيمية ، و هو الأمر الذي نثمن عليه تطور الفكر التحكيمي البديل للقضاء

و ترتيبا على ما تقدم نقترح ما يأتي :

-نهيب بالمشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أو المشرع المغربي في القانون المتعلق بالتحكيم و الوساطة القضائية أو المشرع المصري في تكريس الضمانات المقدمة للهيئة التحكيمية عن طريق تجسيد مبدأ سلطان الإرادة و لكن لابد من التوسع في عملية الطرح بالاستعانة بخبراء و جامعيين ذوي خبرة .

-إزاء النتائج المترتبة عن قبول المحكمين مهمة التحكيم ، نوصي بضرورة تكوين ملتقيات دولية ووطنية ، و أيام دراسية تتوج بنتائج تعد كقوانين مستقبلية تعطى و تدمج في شكل تنظيمات و قوانين مشتركة دولة

-نوصي أغلب الدارسين و الباحثين و رجال القانون بالتوسع في البحث القانوني الدقيق لضبط المعايير الإجرائية و الموضوعية لتركيبة و تشكيلة محكمة التحكيم و ضبط علاقتها بالقضاء في إطارها العام .

-ننبه السادة المشرعين و ورجال القانون ، إلى ضرورة إعطاء المحكم صفة القاضي لجميع الاعتبارات مراعاة لصرامة و جدية الحكم التحكيمي من جهة ، و من ناحية أخرى توفير و إعطاء المحكم نفس الامتيازات المادية للمحكم حتى نصل إلى عدالة قائمة على روح القانون الموضوعي لأنه لا يعقل أن يكون لدينا محكم في قضايا تعد بالملايير في حين أن مبلغ أتعابه زهيد .

الهوامش :

1- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ج ر، عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أفريل سنة 2008.

2- بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (قانون رقم08-09 مؤرخ في 23 فيفري2008) ، منشورات بغدادي ، الطبعة الثانية ، الجزائر ، 2009، ص 516.

3- حسين المصري ، التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة –، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2006.، ص73.

4- بربارة عبد الرحمان ، مرجع سابق ، ص 519.

5- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري،السالف الذكر

6- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة،منشاة المعارف بالإسكندرية، مصر ،2001، ص 68.

7- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 35.

8- قانون رقم 05-08 مؤرخ في 06 ديسمبر 2007، يقتضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية المتعلق بالتحكيم و الوساطة الاتفاقية ، ج ر عدد 5584 للمملكة المغربية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية العدد 7 لسنة 2008.

9- عكاشة محمد عبد العالي و مصطفى محمد جمال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية ، مصر ، 1998، ص 606.

10- حسن المصري ، مرجع سابق ، ص 82.

11-Philippe Fauchard , Gaillard , Traité de L'arbitrage commercial international , édition , L.I.T.E.C , PARIS 1997.

12- بربارة عبد الرحمان ، مرجع سابق ، ص 520.

13- حسن المصري ، مرجع سابق ، ص87.

14- عكاشة محمد عبد العالي و مصطفى محمد جمال ،مرجع سابق ، ص 113.

15- أحمد أبو الوفا، مرجع سابق ، ص73

16- حسن المصري ، مرجع سابق ، 93.

17- لزهر بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 325.

18- بربارة عبد الرحمان ،مرجع سابق ، ص522.

19- عكاشة محمد عبد العالي و مصطفى محمد جمال ،مرجع سابق ، ص 115.

20- أحمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص95.

21- محمد ناصر البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، مركز البحوث والدراسات الإدارية السعودية ، السعودية ، 1999 ص 157.

22- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري،السالف الذكر .

23- لزهر بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 363.

24- تنص الفقرة الثانية من المادة 1041 من ق.إ.م.إ.ج على أنه :" في غياب التعيين ، و في حالة وجود صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي :

1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم ،إذا كان التحكيم يقع في الجزائر.

2-رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر ، إذا كان التحكيم يجري في الخارج و اختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر

3-رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر ، إذا كان التحكيم يجري في الخارج و اختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

25- ينص الفصل 5-327 من القانون 05-08 المتعلق بالتحكيم و الوساطة القضائية على أنه :" إذا لم يتم تعيين الهيئة التحكيمية مسبقا و كيفية و تاريخ اختيار المحكمين سواء في المنازعات الناجمة داخل إقليم المملكة أو خارجها ، و في حالة لم يتفق الأطراف تتبع الإجراءات التالية :1- إذا كانت هيئة التحكيم تتكون من محكم واحد يتولى رئيس المحكمة المختصة تعيين المحكم بناء على طلب أحد الطرفين .

2-إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين يعين كل طرف محكما و يتفق المحكمان على تعيين المحكم الثالث ، فإذا لم يعين أحد الطرفين خلال مدة خمسة عشر (15) يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك تولى رئيس المحكمة المختصة تعيينه بناء على طلب أحد الأطراف .

26- تنص المادة 1015 فقرة 1 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ.ج على :" لا يعد تشكيل محكمة التحكيم غير صحيحا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون المهمة المسندة إليهم "

27- محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي للطباعة والنشر، الجزائر، 2008، ص 165.

28- نص الفصل 6-327 و التي تنص على أنه :" يجب على المحكم الذي قبل مهمته أن يفصح كتابة عن قبوله عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حياده و استقلاله ، يثبت قبول المهمة كتابة بالتوقيع على اتفاق التحكيم أو بتحرير عقد ينص على الشروع في القيام بالمهمة "

29- حسن المصري ، مرجع سابق ، ص 96

30- نجيب أحمد ، التحكيم في القوانين العربية – دراسة مقارنة- المكتب الجامعي دار الكتب القانونية مصر 2006، ص 264.

31- خالد محمد القاضي ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع اثارة خاصة لأحكام القضاء المصري ، دار الشروق 2016، ص 203.

32- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، السالف الذكر .

33- تنص المادة 1015 فقرة 2 من قانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ.ج و التي تنص على :"...إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك ، و لا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم ".

34- تنص المادة 7-327 من قانون رقم 05-08 المتعلق بالتحكيم و الوساطة القضائية المغربي على ::" يتعين على المحكم الذي يعلم بوجود أحد أسباب التجريح في نفسه أن يشعر الأطراف ، بذلك و في هذه الحالة لا يجوز له قبول مهمته إلا بعد موافقة الأطراف " .

35- تنص المادة 17 فقرة 1من القانون رقم 27 الصادر سنة 1994 المتعلق بالتحكيم التجاري المصري على:" الالتزام بمباشرة المهمة التحكيمية ، يعتبر من الالتزامات المفروضة على المحكم ، في غير حاجة إلى النص عليها "

36- محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 73.

37- تنص المادة 1016 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على :" يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم في الحالات الآتية:

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

2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.

3- عندما يتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

38- أسامة أحمد شتات، قانون المرافعات والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الكتب القانونية، مصر 2003، ص 206 أو في الموقع الالكتروني: wwww.mts.gov/ législations

39- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 33.

40- أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الكتب القانونية، مصر 2007،ص 62.

41- ليصبح نص المادة 19 المعدل بالقانون رقم 8 لسنة 2000 ينص على: " يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مبينا فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبررة للرد فإذا لم يتنحى المحكم المطلوب رده خلال 15 يوما من تاريخ طلب الرد يحال بغير رسوم إلى المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون للفصل فيه بحكم غير قابل للطعن".

- لا يقبل طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب برد المحكم نفسه في ذات التحكيم.

-لا يترتب على تقديم الطلب الرد وقف إجراءات التحكيم وإذا حكم برد المحكم يترتب على ذلك اعتبار ما قد يكون قد تم من إجراءات بما في ذلك حكم المحكم كأن لم يكن "، ينظر إلى: د أحمد شتات، مرجع سابق، ص 207.

42- أحمد محمد حشيش، مرجع سابق ، ص83

43- ينظر إلى المادة التاسعة من قانون المرافعات والتحكيم في المواد المدنية والتجارية لجمهورية مصر العربية، مرجع سابق، ص108.

44- لم يحدد المشرع الجزائري المهلة التي يجب فيها تقديم طلب الرد ولا المدة اللازمة للفصل في الطلب من طرف هيئة التحكيم قبل اللجوء إلى القضاء:

ينظر في ذلك إلى المادة 1016 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر .

45- وهو ما أكده المشرع الجزائري أيضا وفقا لأحكام المادة 1018 فقرة 3 التي تنص على: "لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف".

46- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، دار المعارف بالإسكندرية، مصر 2006، ص 283.

47- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 236.

48- Philippe Fouchard , Gaillard ,op, cit , p133.

49-عكاشة محمد عبد العالي و مصطفى محمد جمال ،مرجع سابق ، ص 133.

50- أحمد محمد حشيش،مرجع سابق ، ص 93.

51- تنص المادة 1009 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على :" إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم ، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين ، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو تنفيذه ".