مجال تدخل القاضي الوطني في سير إجراءات خصومة التحكيم التجاري الدولي في عقد الفرنشايز: دراسة حالة التشريع الجزائري

العمري خالد [1]

[1] أستاذ مساعد "أ"، المركز الجامعي إيليزي، 33000 إيليزي، الجزائر.

البريد الإلكتروني: khaled.lamri@univ-sba.dz

الملخص:

تتضمن أغلب عقود التجارة الدولية شرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التجارية، وذلك راجع لما يتمتع به التحكيم من خصائص، وعلى الرغم من أنّ التحكيم التجاري يعتبر بمثابة قضاء خاص يمارس مهامه بشكل مستقل عن قضاء الدولة، إلا أنّه يظل بحاجة إلى القضاء الوطني باعتباره سلطة عامة لها القدرة على إلزام الخصوم بما يصدر عن المُحكّمين، كما قد تعترض خصومة التحكيم بعض المسائل التي لا يمكن للمحكم أن يفصل فيها نظرا لطبيعة مهمته، وعليه يبرز الدور الهام الذي يقوم به القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري، بما في ذلك في عقود الفرانشايز، من خلال سد العجز الذي قد يعترض عملية التحكيم سواء قبل انعقادها أو أثناء سيرها، ولهذا حرصت أغلب التشريعات على تنظيم العلاقة بين القضاء والتحكيم، من خلال تحديد مجال تدخل القاضي في الخصومة التحكيمية بما يكفل تحقيق فاعلية وعدالة التحكيم.

الكلمات المفتاحية:

التحكيم التجاري الدولي، مساعدة القاضي لهيئة التحكيم، جمع الأدلة، التدابير المؤقتة والتحفظية.

تاريخ إرسال المقال: 2019/11/01، **تاريخ قبول المقال:** 2020/03/01، **تاريخ نشر المقال:** 2020/07/31

لتهميش المقال: العمري خالد، "مجال تدخل القاضي الوطني في سير اجراءات خصومة التحكيم التجاري الدولي في عقد الفرنشايز: دراسة حالة التشريع الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 01، 2020، ص ص.420-434.

المقال متوفر على الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72

المؤلف المراسل: العمري خالد، maitrelamrikhaled33@gmail.com

*المقال تم تحريره تحت إشراف الدكتورة حلوش أمال فاطمة

The Intervention Scope of the National Judge, in the Litigation proceedings of International Commercial Arbitration in the Franchise Contract

Abstract:

Most international commercial contracts include the arbitration clause as a means of resolving commercial disputes because of these characteristics. However, commercial arbitration remains as *ad hoc* justice exercised independently of state justice, but the execution of judgments made by the arbitrators remains under the control of the national Judge authority.

Arbitration disputes may also interfere with certain issues that the arbitrator can't resolve because of the nature of his or her task. Nevertheless, the national judge can intervene in the event of a legal vacuum which hinders the intervention of the commercial arbitration, whether before or during the course of the arbitration. This means that most of the laws that govern the relations between the Judicial authority and arbitration their end was determining the scope of intervention of the judge in arbitration litigation so as to ensure that arbitration reaches justice.

Keywords:

International commercial arbitration, assistance of a judge to an arbitral tribunal, collection of evidence, provisional and conservative measures.

Champ d'intervention du juge national dans la procédure de l'arbitrage commercial international résultant du contrat de franchise : cas de la législation algérienne

Résumé :

La plupart des contrats commerciaux internationaux incluent la clause d'arbitrage en tant que moyen de règlement des litiges commerciaux en raison de ces caractéristiques, Toutefois l'arbitrage commercial reste comme justice *ad hoc* qui s'exerce indépendamment de la justice étatique, mais l'exécution des sentences rendues par les arbitres restent sous le contrôle de l'autorité judiciaire nationale.

Les litiges d'arbitrage peuvent également interférer avec certaines questions que l'arbitre ne peut résoudre en raison de la nature de sa tâche. Néanmoins, le juge national peut intervenir en cas de besoin pour lever toute entrave l'intervention de l'arbitrage commercial, que ce soit avant ou pendant le déroulement de l'arbitrage, Cela fait que la plupart des systèmes juridiques règlementent la relation entre l'autorité judiciaire et le tribunal arbitral afin de déterminer le champ d'intervention du juge dans le contentieux de l'arbitrage de manière à assurer l'efficacité et la justice.

Mots clés :

Arbitrage commercial international, assistance d'un juge à un tribunal arbitral, recueil de preuves, mesures provisoires et conservatoires.

مقدمة

ارتبط وجود التحكيم التجاري الدولي بوجود التجارة الدولية ،حيث كانت الأخيرة دافعا لوجوده وتطور قواعده، إذ أصبح التحكيم نظاما لحل المنازعات بديلا عن النظم القضائية الوطنية، كما أنّه تغلب على حالة عدم الثقة الناتجة عن اختلاف النظم الاقتصادية والسياسية للمتعاملين في التجارة، وأصبح أهم وسيلة لفض منازعات التجارة الدولية، نظرا لما تتميز به إجراءاته من خصائص ومقومات، ومن بين أبرز العقود التي يساهم التحكيم في تسوية المنازعات الناشئة عنها عقود نقل التكنولوجيا، التي يعتبر عقد الفرنشايز[1] أحد صورها.

إنّ التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفض المنازعات يُوفّر الحماية القانونية بإجراءات ميسرة ومواعيد معقولة، بعيدا عن سوء النية في الخصومة. وبالرغم من أنّ المحكم يؤدي المهام ذاتها التي يقوم بها القاضي، إلا أنّه كشخص عادي لا يتمتع بسلطة الجبر والإكراه التي يتمتع بها القاضي، وعليه فإنّ ضمان فعالية التحكيم واحترام الاثار المترتبة عليه يقتضي تعاون وثيق بين القضاء وهيئات التحكيم[2] .

إنّ أول دور يقوم به القاضي تمكينا لنظام التحكيم، هو امتناعه عن نظر الدعوى المشمولة باتفاق تحكيم لعدم الاختصاص، ثم تقديم يد المساعدة لأطراف خصومة التحكيم قبل تشكيل هيئة التحكيم من خلال المساعدة في تعيين المحكمين، أو لهيئة التحكيم أثناء مرحلة سير اجراءات التحكيم[3] ،إذ يبقى الأخير في حاجة الى تدخل الهيئة القضائية لمساعدته في فض المنازعات.

يمارس القاضي الوطني دورا هاما في تذليل الصعوبات التي يعرفها نظام التحكيم التجاري الدولي، بداية بتشكيل هيئة التحكيم ومباشرة المحكمين لمهامهم الى غاية صدور حكم التحكيم والأمر بتنفيذه، غير أنّه سيتم التركيز من خلال هذه الدراسة على أمرين: يتعلق الأول منهما باتخاذ أحد التدابير الوقتية أو التحفظية، سواء كانت صادرة من القاضي أو من هيئة التحكيم، وثانيهما مساعدة القاضي الوطني في مجال الحصول على الأدلة وتحقيقها. وذلك بالتطبيق على عقد الفرانشايز. ومن أجل بيان هتين المسألتين، تُطرح الإشكالية التالية:

في ما تتمثل صور تدخل القاضي الوطني في الخصومة التحكيمية في عقد الفرانشايز؟

---

[1] لا يوجد اتفاق بين فقهاء العرب على ترجمة موحدة لهذا العقد، وعليه من الأنسب إعتماد نفس الكلمة بحروف عربية قياسا على مصطلحات اخرى كالإيديولوجيا، التلفزيون...الخ، كما أنّ كلمة الفرنشايز هي ترجمة لنفس المصطلح باللغة الانجليزية، في حين تكتب باللغة الفرنسية الفرنشيز.

[2] محمد أحمد البديرات، "مدى سلطة القاضي في التدخل في إجراءات التحكيم، دراسة في أحكام قانون التحكيم الأردني"، أعمال المؤتمر السنوي للتحكيم الدولي، كلية الحقوق جامعة الإمارات، الإمارات العربية المتحدة، 2008، ص711.

[3] رضا هميسي، كركوري مباركة حنان، " دور القاضي الوطني في مجال الخصومة التحكيمية"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامة الوادي، عدد 17، جانفي 2018، ص251.

للإجابة على هذه الاشكالية قُسِّمت هذه الدراسة إلى مبحثين، يتناول المبحث الأول الدور المساعد للقاضي الوطني لهيئة التحكيم في مجال تقديم أدلة الإثبات والمسائل العارضة، في حين يتناول المبحث الثاني صلاحية القاضي الوطني في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية، وهذا ما سيتم بيانه كما يلي:

المبحث الأول: تدخل القاضي الوطني في مجال تقديم أدلة الاثبات والمسائل العارضة

تتمثل مهمة هيئة التحكيم في البحث عن الحقيقة بغية الوصول إلى الحل الأمثل للنزاع المطروح أمامها، ولا يتحقق ذلك إلا من خلال الوقوف على وقائع ومعطيات النزاع، وبالرغم مما لهيئة التحكيم من صلاحيات في إصدار ما تراه مناسب من قرارات بهدف الوصول للحقيقة، إلا أنّها تبقى بدون فائدة في حال تعنت أو رفض أحد الأطراف الامتثال لقرارات هيئة التحكيم، خاصة في ظل غياب سلطة الإكراه والجبر على التنفيذ، الأمر الذي يتطلب تدخل القاضي الوطني وذلك لتقديم يد المساعد لهيئة التحكيم في مجال الحصول على الأدلة وتحقيقها، وعليه لا يمكن للأطراف اللجوء للقضاء لطلب أي إجراء، بل ينبغي أن يوجه الطلب الى هيئة التحكيم التي تكون مختصة أصلا، أما دور القضاء فهو احتياطي يرجع اليه المحكمون في حال رفض الأطراف الامتثال لهذه الإجراءات، كما أنّ القاضي يتمتع بسلطة الإجبار على أي شخص غير مرتبط بالعقد التحكيمي[4].

المطلب الأول: تدخل القاضي الوطني لتحصيل الأدلة وتحقيقها

الأصل أنّ القواعد المنظمة لعملية الإثبات تخضع لقواعد موضوعية يتضمنها نظام قانوني معين، سواء تم تحديده بواسطة الأطراف أو تم بواسطة المحكم بناء على كونه الأكثر اتصالا بالنزاع، ولا يمكن الخروج عن هذه القاعدة –قاعدة خضوع المسائل المتعلقة بالإثبات ومحله وقبول الدليل وقوته إلى نظام قانوني موضوعي– إلا في حالة واحدة وهي حالة التحكيم بالصلح، حيث يتم الإثبات بالوسائل التي يقدمها الخصوم أمام المحكمة، كما يمكن للأخيرة أن تطالب الخصوم باتخاذ ما تراه مناسب من إجراءات الإثبات[5]، والأصل أن تتولى هيئة التحكيم مهمة تحصيل أدلة الإثبات بنفسها، هذا ما تقضي به المادة 1047 ق.إ.م.إ. وفي هذا الإطار يرى الأستاذ Gaillard بأنّه لا يمكن تكليف الغير بهذه المهمة (إلا باتفاق الأطراف)، أو تعهد بها إلى عضو واحد.

(Le tribunal arbitrale procède **lui-même** à l'administration de la preuve) [6]

---

[4] Terki Nour-Eddine, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, O.P.U. Alger, 1999, p113-114.

[5] مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص ص688–690.

[6] GAILLARD Emmanuel, LALIVE Pierre, « Le nouveau droit de l'arbitrage international en suisse », Journal de Droit International, n4, 1989, p.941.

ونظرا لما يتمتع به التحكيم التجاري الدولي من مرونة في الإجراءات، فإنّ الأطراف أيضا يتمتعون بسلطة واسعة في اختيار الإجراءات، سواء من حيث القانون الواجب التطبيق، لغة أو اللغات التي تستخدم بها المستندات، ووسائل الإثبات ...الخ، خاصة عندما ينتمي الأطراف إلى ثقافات أو أنظمة قانونية مختلفة، فعادة ما تُختار قواعد الاثبات في التحكيم التجاري الدولي[7]، وتضبط الإجراءات الواجب إتباعها سواء في اتفاقية التحكيم أو استنادا إلى نظام تحكيم، وهذا ما تقضي به المادة 1043 ق.إ.م.إ. كما تنص المادة 1048 ق.إ.م.إ. على مساعدة السلطة القضائية لهيئة التحكيم في مجال تقديم الأدلة، وعليه فقد اشترط المشرع الجزائري موافقة هيئة التحكيم على طلب الطرف الذي يهمه التعجيل ،أو موافقة الطرفين لطلب مساعدة القاضي في مجال جمع الأدلة.

يخضع القاضي في تنفيذه لهذه المهمة لقانونه الوطني في تنفيذه للمهمة المطلوبة منه، كما هو الحال في حال سماع الشهود، الإدعاء بالتزوير مضاهاة الخطوط...الخ على أن تتبقى لهيئة التحكيم لوحدها السلطة التقديرية في تقدير قيمة الأدلة المحصلة[8] ،وتختلف صور المساعدة التي تقدمها الجهة القضائية لهيئة التحكيم، باختلاف الوسيلة التي تطلبها هيئة التحكيم ويمكن تحديدها فيما يلي:

الفرع الأول: الإثبات بالكتابة

يعتبر الإثبات الكتابي في التحكيم التجاري الدولي من أهم وسائل الإثبات، وذلك راجع لطبيعة التحكيم وصعوبة الاجتماع بالأطراف والشهود في مكان واحد لبعدهم الجغرافي، إذ يكون في الغالب أطراف عقد الفرنشايز من دول مختلفة، حيث أنّ هيئة التحكيم لا تملك سلطة إجبار أحد الأطراف بتنفيذ أمر معين، وما على الطرف الذي يهمه الأمر إلا اللجوء للمحكمة –بعد موافقة هيئة التحكيم–،التي وحدها لها صلاحية إلزام الخصم أو الغير بإبراز مستند له أهمية لإصدار الحكم[9] .

والأصل أن يتقدم بالدليل الكتابي صاحب المصلحة فيه، غير أنّ هذا الدليل قد لا يكون بحوزته وإنّما في حيازة خصمه أو شخص من غير، خاصة خلال مرحلة التفاوض لإبرام عقد الفرنشايز، إذ عادة ما يفرض الطرف المانح في عقد الفرنشايز على الطرف المتلقي واجب سرية المعلومات، كما أنّ الطرف المانح عادة ما يكون حذر خلال عملية نقل التكنولوجيا بهدف الحفاظ على تفوقه التكنولوجي، وبالتالي لا يقدم كل المستندات المرتبطة بعقد الفرنشايز الى المتلقي، وأمام هذا الوضع فإنّه يجوز للطرف المتلقي في عقد الفرنشايز الاستعانة

---

[7] حدادن الطاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص80.

[8] لعجال بسمينة، ربيعة رضوان: "حتمية تدخل القاضي الوطني في التحكيم التجاري الدولي"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 09، جوان 2018، ص138.

[9] Terki Nour-Eddine, *Op. cit.*, p. 89.

بالمحكمة، من أجل إلزام هذا الطرف المانح أو الغير بتقديم الدليل الذي هو بحوزته، كما هو الحال بالنسبة للمستندات محل عقد الترخيص، براءة الاختراع، العلامة التجارية... إلخ، أو تقديم المستند المشترك بين الخصوم أو بينهم وبين الغير كلما كان فحص هذا المستند مفيدا في الإثبات[10] ،وهذا ما تقضي به المادة 1048ق.إ.م.إ.

تجدر الإشارة إلى أنّ 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 أنّ الفصل في دعوى التزوير ليس لازما للفصل في موضوع النزاع، أما إذا رأت أنّ المستند المطعون فيه بالتزوير منتج في الدعوى، يترتب على ذلك وقف إجراءات التحكيم إلى حين صدور حكم بخصوص دعوى التزوير، وبديهي أنّ الحكم بتزوير المستند أو صحته تكون له حجّية أمام هيئة التحكيم[11].

الفرع الثاني: شهادة الشهود

يقصد بشهادة الشهود قيام شخص من غير أطراف الخصومة – بعد أداء اليمين– بالإخبار في مجلس القضاء بما يعرفه شخصيا حول وقائع تصلح محلا للإثبات، والشاهد هو شخص من غير يُستدعي أمام القضاء للإفصاح عما يعرفه من وقائع في قضية ما، فمحل الشهادة هو مجرد سرد للوقائع دون إعطاء تكييف لها، ودون استخلاص لنتائج قانونية يمكن أن تترتب على هذا التكييف، وفي هذا تختلف الشهادة عن الخبرة[12]، وباعتبار أنّ هيئة التحكيم ليس لها صلاحية إجبار الشاهد على الحضور أمامها، وهنا تظهر أهمية الدور المساعد للقضاء الوطني لهيئة التحكيم، إذ يقوم كل طرف بتحديد الشهود المراد سماع شهادتهم ،ويتم تقديم طلب بذلك لهيئة التحكيم التي لها صلاحية الاستجابة للطلب من عدمه، كما يمكن لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أن تطلب حضور من تشاء أمامها اذا رأت أنّ حضوره منتج لحل النزاع.

نظرا لكون المحكّمين أشخاص عاديين لا يتمتعون بامتيازات السلطة كما هو الحال بالنسبة للقضاة، فإنّهم بذلك لا يملكون سلطة إرغام الشهود للمثول أمامهم، أو إرغامهم على الادلاء بشهاداتهم في حال الامتناع عن الإجابة على الاسئلة الموجهة إليهم. وأمام هذا الوضع لا يكون أمام هيئة التحكيم إلا اللجوء للقضاء من أجل إجبار الشاهد على المثول والإدلاء بشهادته أمامهم، ولنفس الاعتبار فإنّه لا يحق لهيئة التحكيم إجبار الشاهد على أداء اليمين القانونية قبل الإدلاء بشهادته[13]، ويتحدد دور القاضي الوطني في هذا المجال بتقديم المساعدة ،حيث يمكن للخصم أو هيئة التحكيم من تلقاء نفسها اللجوء إلى القضاء من أجل إلزام الشاهد على الحضور، وبالرجوع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية ،لا نجد ما يشير الى إمكانية توقيع القاضي لعقوبة على الشاهد

[10] مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص696.

[11] المرجع نفسه، ص ص697-698.

[12] المرجع نفسه، ص699.

[13] حدادن الطاهر، مرجع سابق، ص86.

المتخلف عن الحضور دون مبرر شرعي للإدلاء بشاهدته، إذا ثبت تبليغه بشكل رسمي، وهو ما يعدّ فراغا، ففي ظل غياب الجزاء لا نجد محفزا للجوء هيئة التحكيم للقضاء للمطالبة بتنفيذ أمر سماع الشهود[14] ،خاصة أنّه في ظل قانون الاجراءات المدنية القديم كان ينص في المادة 67 فقرة 2،3 على هذا الأمر، :" يجوز الحكم على الشهود المتخلفين عن الحضور بغرامة مدنية لا تتجاوز 50دج مع النفاذ المعجل... ويجوز إعادة تكليفهم وتحميلهم المصاريف، فإذا تخلفوا حكم عليهم بغرامة لا تتجاوز 100دج.

الفرع الثالث: الخبرة

تعرف الخبرة بأنّها ذلك الإجراء الذي يوكل فيه إلى شخص فني إبداء الرأي إزاء مسألة ترتبط باختصاصه، والتي لا يستطيع المحكمون البتّ فيها من غير رأي الخبير، إذ أنّ للمحكمين الحرية الكاملة في تعيين الخبير الذي من شأنه مساعدتهم سواء باتفاق مع الاطراف أو من تلقاء أنفسهم، وعليه يتحدد دور الخبير في بيان أوجه الاخلال بالالتزامات التعاقدية للأطراف في عقد الفرنشايز، سواء في مرحلة ما قبل التعاقد كما هو الحال بالنسبة لإخلال المانح في عقد الفرنشايز بالتزامه بتقديم المعلومات، أو إخلال المتلقي بالتزاماته، وذلك بالكشف غير المبرر لسرية المعارف الفنية، أو الإخلال بالالتزام المشترك للأطراف الذي يتحقق بالقطع التعسفي للمفاوضات.

كما يتحدد دور الخبير في بيان أوجه الإخلال بالالتزامات التعاقدية للأطراف، الناشئة عن إبرام عقد الفرنشايز، سواء تلك الملقاة على عاتق المرخص أو على عاتق المتلقي. فبالنسبة للإخلال من جانب المرخص، قد يتعلق بالالتزامات التي تتضمن النصائح العلمية لمباشرة استغلال المعرفة والمساعدة الفنية بخصوص لوازم المصنع وتقديم المستشارين وتدريب العاملين، المستندات والخرائط، الإرشادات والتركيبات ...الخ والتي تبين المنهج الواجب اتباعه من المتلقي للاكتساب المعرفة الفنية، بالإضافة إلى الالتزام بالضمان سواء ما تعلق بضمان التعرض والاستحقاق أو ضمان العيوب الخفية، أو ضمان تحقيق نتيجة. أما فيما يخص الالتزامات التي يختص بها المتلقي فمن بينها الالتزام بأداء مقابل التكنولوجيا، والالتزام بالمحافظة على سريتها. ويتحدد دور الخبير في بيان أوجه الإخلال بالتزامات الأطراف في عقد الفرنشايز. والسؤال الذي يطرح هل يسمح للقاضي الوطني بالتدخل في هذا المجال؟ وللإجابة على هذا السؤال نميز بين حالتين:

[14] قطاف حفيظ، مجال تدخل القضاء في خصومة التحكيم التجاري الدولي على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير، جامعة محمد الأمين دباغين، سطيف، 2014-2015، ص73.

إذا لم يتم بعد تشكيل هيئة التحكيم، فإنّه يمكن للقاضي الوطني في حال الاستعجال أن يأمر بندب خبير لمعاينة السلع والمعدات القابلة للتلف مثلا، لكن الحل غير مؤكّد في حال إخطار المحكمة التحكيمية، فإنّ تدخل القاضي الوطني لا يبرر إلا في حالة الاستعجال المتبوعة بالاستحالة العملية لتدخل المحكم على وجه السرعة[15].

الفرع الرابع: الإنابة القضائية

تتولى المحكمة المختصة النظر في الدعوى المرفوعة أمامها واتخاذ كافة الإجراءات القضائية المتعلقة بها، غير أنّه قد تحدث موانع معينة تمنع القاضي المختص من مباشرة مثل هذه الإجراءات بنفسه، كأن يكون الشاهد المراد سماعه أو الأشياء المراد معاينتها في مكان بعيد عن مقر المحكمة، إذ يعطي المشرع في مثل هذه الظروف للقاضي المختص باتخاذ الإجراء الحق في إنابة غيره من القضاة، الذين يقع المال المراد معاينته أو موطن الشاهد المراد سماعه في دائرة اختصاصه، وهذا ما يعبر عنه بالإنابة القضائية، وعليه فإنّ طلب هيئة التحكيم الإنابة القضائية يعدّ مثالا واضح عن صور المساعدة التي يمكن للقضاء أن يقدمها لهيئة التحكيم، إذا يمكن لها الاستفادة من الإنابة القضائية الدولية للحصول على أدلة الاثبات التي توجد خارج الدولة التي يجري فيها التحكيم.

المطلب الثاني: تدخل القضاء في المسائل العارضة أو الأولية

قد تواجه الخصومة التحكيمية التجارية الدولية مسائل تخرج عن ولاية هيئة التحكيم، وذلك راجع لكونها غير قابلة للتحكيم أصلا أو أنّ اتفاق التحكيم لا يشملها، ويترتب على ذلك إرجاء الفصل في الدعوى من قبل هيئة التحكيم وإحالة الأمر امام القاضي المختص للفصل فيها، وفي هذه الحالة يجب وقف السير في إجراءات التحكيم إلى غاية الفصل في هذه المسائل من قبل القاضي المختص.

الفرع الأول: مفهوم المسائل الأولية

تعرف المسألة العارضة أو الأولية بأنّها تلك المسألة التي تؤدي إلى تعطيل الخصومة القضائية بعدم الفصل فيها من قبل الجهة القضائية الناظرة في الدعوى[16]، وقد اعتبر المشرع الجزائري أنّ إرجاء الفصل في القضية ووقفها بسبب مسألة أولية ،من العوارض التي قد تواجه الخصومة فتمنعها من السير على حالتها بصفة مؤقتة، فالمسألة العارضة يكون الفصل فيها أوليا وسابقا على الفصل في الطلب الأصلي، بالنظر إلى أنّ الحكم

[15] حدادن الطاهر، مرجع سابق، ص87.

[16] قطاف حفيظ، مرجع سابق، ص77.

فيها له أثر في الدعوى الأصلية سلبا أو إيجابا[17] ،ويعتبر الحكم الصادر بوقف الفصل في موضوع الدعوى إلى حين الفصل في المسألة الأولية حكما قطعيا، مقررا عدم صلاحية الفصل في الموضوع بحالته إلا بعد حسم المسألة الأولية[18] .

وما يلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد تطرق إلى المسائل الأولية فيما يخص التحكيم الداخلي فقط، وذلك من خلال نص المادة 1021 ،حيث حصر المسائل الأولية التي يتوقف الفصل في الدعوى على الفصل فيها أولا في حالة الطعن بالتزوير في ورقة، أو إذا حصل عارض جنائي، في حين أنّ هذه المسائل متعددة من بينها: ظهور الحاجة إلى إحضار الشاهد أو توقيع الجزاء عليه إذا تخلف أو امتنع عن الحضور، والحالة التي يفرض فيها القانون الواجب التطبيق على النزاع ضرورة أداء الشاهد لليمين قبل الإدلاء بشهادته، وحالات فترة الريبة في الإفلاس، والنظر في صحة أو بطلان عقد براءة الاختراع...الخ.

بما أنّ لهيئة التحكيم سلطة قبول أو عدم قبول الدفع بالمسألة الأولية وفق سلطتها التقديرية، فإنّ هذا الأمر يدعو للتساؤل عن مصير الحكم في حالة ما إذا كان تقديرها خاطئا، واستمرت في الفصل دون مراعاة لجديتها، هذا من جهة ومن جهة أخرى كيف يكون موقف القاضي الذي أثير أمامه عدم اختصاصه، بدعوى أنّ المسألة المعروضة أمامه لا تعدّ مسألة أولية، وإنّما تدخل في إطار اتفاق التحكيم ومنه اختصاص هيئة التحكيم؟

بالنسبة للتساؤل الأول فإنّ هيئة التحكيم التي تخطئ في تقدير الدفع بالمسألة المثارة أمامها، وتستمر في نظر الدعوى دون توقف بحجة اختصاصها بالفصل فيها، أو تقديرها بعدم جديتها وعدم لزومها للفصل في النزاع، وجب عليها تسبيب رفضها إرجاء الفصل، والتوقف فيه لتمكين القضاء من الرقابة على الحكم في حالة الطعن بالبطلان، وفي حالة عدم التسبيب يكون حكمها معرضا للبطلان طبقا لنص المادة 1056 ق.إ.م.إ، أما إذا ذكرت التسبيب وقدّرت المحكمة أنّ الأسباب المستند عليها لرفض الدفع غير مؤسسة، وأنّه كان على هيئة التحكيم إرجاء الفصل في النزاع إلى حين الفصل في المسالة الأولية، فإنّ الحكم التحكيمي يكون عرضة للطعن بالبطلان لكون المحكم فصل فيما لا يختص به، وللفصل في مسألة أولية أمام القضاء نميز بين ما إذا كان الأمر مطروحا كمسألة مدينة أو جنائية.

فإذا طرحت المسألة الأولية أمام القاضي المدني، فإنّه لابد من مراعاة الاختصاص النوعي (مدني، عقاري، تجاري...الخ) حيث يفصل القاضي في الأمر وفقا للأحكام القانون، غير أنّه في حالة أثير أمام القاضي المدني مسألة عدم اختصاصه لوجود اتفاق تحكيم، في هذه الحالة يجب على القاضي الوطني أن لا يحكم بعدم اختصاصه حتى لا نكون أمام فراغ، وبالتالي تعطيل الإجراءات، متى قررت هيئة التحكيم عدم اختصاصها، بل يكفي هنا للقاضي أن يرفض الدفع بعدم الاختصاص ويستمر في نظر النزاع على أساس أنّ إرادة الأطراف قد

[17] بركات محمد، "عوارض الخصومة في ظل القانون 08-09"، مجلة الفكر، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، العدد08، ص50.
[18] قطاف حفيظ، مرجع سابق، ص78.

اختارت التحكيم، وأنّ هيئة التحكيم اختارت القضاء للنظر في مسألة تخرج عن اختصاصها، أو لا يشملها اتفاق التحكيم، فيكون الأمر وكأنّ الأطراف قد اتفقوا على اللجوء للقضاء[19] .

الفرع الثاني: اختصاص القاضي الوطني بالفصل في المسائل الأولية

لتحقق اختصاص القاضي بالنظر في المسائل الاولية لابد من توافر ثلاثة شروط تتمثل في:

أولا: الدفع بالمسألة الأولية في الدعوى: لابد لاختصاص القاضي بالفصل في المسألة الأولية أن يتم إثارة هذا الدفع من أحد الأطراف أمام هيئة التحكيم، وفي هذه الحالة يتعين على هيئة التحكيم أن تفصل في هذا الدفع، فتقرر ما إذا كان الفصل في الدفع ضروريا من أجل الفصل في النزاع، بحيث تتحقق هيئة التحكيم من وجود صلة قوية بين المسألة الأولية المطروحة والدعوى الأصلية، بحيث يجعل الفصل في المسألة الأولية ضروريا ومنتجا للفصل في الدعوى الأصلية.

ثانيا: ألا تكون المسألة الأولية من اختصاص الهيئة: ومعنى ذلك أنّه في حال كانت المسالة الأولية داخلة في اختصاص هيئة التحكيم التي تنظر الدعوى، فإنّه لا يجوز وقف الدعوى وإنّما يجب على المحكمة أن تفصل في تلك المسألة لاختصاصها بها، ولا تلتزم في تلك الحالة بإجابة طلب الوقف.

ثالثا: تقرر هيئة التحكيم وجود ارتباط قوي بين الفصل في المسالة الأولية والفصل في النزاع: وهذا الأمر يرجع للسلطة التقديرية لهيئة التحكيم، التي لها صلاحية تقدير مدى ارتباط المسالة الأولية المطروحة بالنزاع الأصلي، وذلك وفقا لظروف وملابسات كل نزاع على حدا، فإذا قدّر المحكّم أنّ الفصل في المسألة الأولية غير لازم للفصل في النزاع، ففي هذه الحالة يجوز له الاستمرار في الإجراءات دون انتظار الفصل فيها من قبل القاضي المختص، وفي المقابل إذا قدّر القاضي أنّ جديّة المسألة الأوليّة وإلزاميتها للفصل في موضوع النزاع ،وأن تكون من بين المسائل الأولية التي تخرج عن ولاية هيئة التحكيم، في هذه الحالة يتوقف سير الإجراءات والمواعيد لحين الفصل في المسالة الأولية بحكم نهائي، ويختص بالنظر فيها القاضي دون غيره وذلك في أقرب الآجال ،حتى لا يؤدي إلى تعطيل سير الإجراءات[20].

المبحث الثاني: تدخل القاضي الوطني في مجال اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية

قد تقتضي طبيعة وظروف النزاع المعروض على هيئة التحكيم ضرورة اتخاذ بعض الإجراءات الوقتية والتحفظية، سواء قبل تشكيل هيئة التحكيم أو أثناء سير الخصومة التحكيمية، كسماع شهادة شاهد على وشك الموت أو الرحيل، أو تعيين حارس على موجودات الشركة في حال عدم وفاء الطرف المتلقي لعقد الفرنشايز

[19] قطاف حفيظ، مرجع سابق، ص79-80.

[20] رضا هميسي، كركوري مباركة حنان، مرجع سابق، ص267.

بالتزاماته التعاقدية، خاصة تلك المتعلقة بواجب المحافظة على سرية المعرفة الفنية، أو طلب أحد أطراف عقد الفرنشايز إجراء معاينة لإثبات حالة معينة تمثل محل النزاع...الخ،[21] وبما أنّ المحكم لا يملك سلطة الإكراه أو الإجبار على أطراف الخصومة باتخاذ أحد هاته الإجراءات، يكون ملزما باللجوء الى الجهات القضائية من أجل المساعدة في اتخاذ أحد الإجراءات الوقتية.

في هذا الإطار يجدر التنويه إلى أنّه على الرغم من محاولة إخضاع المعاملات الخاصة الاقتصادية والتجارية ،التي تتضمن عنصرا أجنبيا للتحكيم التجاري، إلا أنّ المعالجة القانونية لموضوع التدابير المؤقتة تكاد تنسف كل التبريرات والحجج المقدمة لإبراز مزايا التحكيم التجاري الدولي، حيث يبقى موضوع التدابير المؤقتة بشكل أو بآخر، يربط عملية التحكيم التجاري بالأنظمة القانونية والقضائية الوطنية، حتى في الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص بإصدار التدابير الوقتية لهيئة أو مؤسسة التحكيم الدولية المعينة، ولم تفلح الأنظمة المؤسسية للتحكيم التجاري الدولي أو حتى القوانين الوطنية في سد هذه الثغرة، الأمر الذي اعتبر معه التحكيم التجاري جهة اختصاص استثنائية للسلطات القضائية في الدولة[22]. مما سبق سيتم التطرق لتعريف التدابير المؤقتة وعرض مختلف الاتجاهات الفقهية حول منح هيئة التحكيم هذه السلطة، وبيان موقف المشرع الجزائري منها.

المطلب الأول: تعريف التدابير المؤقتة والتحفظية

التدابير المؤقتة هي عبارة عن حماية بديلة تحل مؤقتا محل الحماية القضائية، وقد عرفها الأستاذ الدكتور عبد العزيز مخيمر عبد الهادي بقوله:" هي مجموعة تدابير أو إجراءات مؤقتة تأمر بها المحكمة القضائية أو التحكيمية الدولية أو هيئة أو مركز للتحكيم التجاري، وذلك بصدد نزاع مطروح أمامها بهدف المحافظة على 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 حجيّة الشيء المقضي به، أو الوصول إلى تسوية نهائية له"[23].

التدابير المؤقتة هي تدابير تمهيدية تصدر في المرحلة السابقة لصدور القرار النهائي وتدعو الحاجة إليها في **حال الإستعجال**[24] ،كما أنّها **لا تمس بأصل الحق**، فهي تصدر بقصد ضمان تنفيذ الحكم النهائي، المحافظة على الوضع الراهن في النزاع ومنع تفاقم النزاع. وعليه فالتدابير المؤقتة تقرر حماية مؤقتة تنتهي بصدور قرار

---

[21] خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، مصر، 2002، ص430.

[22] عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، "إشكالية التدابير المؤقتة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة مع القضاء الدولي"، أعمال المؤتمر الدولي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق جامعة الإمارات، الإمارات العربية المتحدة، 2008، ص741.

[23] المرجع نفسه، ص744.

24 قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، الملف رقم 36982 صادر بتاريخ 29-06-1985، المجلة القضائية، العدد03، سنة 1989.

نهائي في النزاع، وعليه فإنّه يمكن إلغاء أو تعديل هذه التدابير في أي وقت إذا اختلفت الظروف التي بررت إصدارها[25] ،غير أنّه يطرح التساؤل حول إمكانية منح هيئة التحكيم هذه السلطة باعتبار أنّ أغلب التشريعات كانت مترددة، حيث أنّ الأمر باتخاذ التدابير الوقتية يدخل في الاختصاص الحصري للقاضي الوطني، حيث ظهرت ثلاث تيارات فقيهة نستعرضها فيما يلي[26]:

الفرع الاول: الاختصاص الإقصائي لقضاء الدولة

يذهب أنصار هذا الاتجاه من بينهم الأستاذ ايريك لوكان إلى قصر اختصاص باتخاذ الاجراءات الوقتية والتحفظية على قضاء الدولة دون هيئة التحكيم، وذلك راجع لكون أنّ الفصل في هذه الاجراءات لا يمس أصل الموضوع، وعليه فإنّ اتفاق التحكيم له أثر نسبي لا يمتد للمسائل المتعلقة بالنظام العام، كما أنّ منح المحكّم سلطة اتخاذ مثل هذه الاجراءات غير أنّه يفتقر إلى قوة النفاذ الجبري التي يتمتع بها القاضي، وهو ما يدفع بالمحكم بالاعتماد على قضاء الدولة في مثل هذه المسائل.

الفرع ثاني: خضوع التدابير الوقتية والتحفظية لاختصاص القضاء التحكيمي

يستند أنصار هذا الاتجاه على حرية الإرادة التحكيمية للأطراف، وعليه فإذا اتفق الأطراف صراحة في اتفاقية التحكيم على استبعاد قضاء الدولة من نظر الإجراءات الوقتية والتحفظية، بل إنّه يمكن اعتباره اختصاص اقصائي ضمني لقضاء الدولة ،حتى في حالة الاحالة على نظام تحكيم مؤسسي يكفل القيام بهذه الإجراءات، وأمام افتقار المحكم لسلطة الإجبار، فإنّه يمكن لهيئة التحكيم أن تأمر بالغرامة التهديدية، أو تأخذ بعين الاعتبار موقف الطرف المتصدي للإجراء الوقتي عند إصدارها للحكم النهائي، وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الاتجاه في بعض أحكامها ،فقضت مثلا أنّه لا يجوز للدائن بعد تشكيل محكمة التحكيم اللجوء إلى القضاء طلبا لنفقة وقتية، وإنّما تملك هيئة التحكيم وحدها الفصل في هذا الطلب.

الفرع الثالث: الاختصاص المشترك باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية

يرى أنصار هذا الاتجاه بوجوب خضوع التدابير الوقتية للاختصاص المشترك بين القضاء وهيئة التحكيم، أي أنّ العلاقة بينهما هي علاقة إشتراك لا إقصاء، فيجوز للأطراف اتخاذها في اتفاق التحكيم، وفي حالة عدم الاتفاق على اللجوء لهيئة التحكيم ،جاز لأحد الاطراف اللجوء للقضاء لاتخاذ هذه التدابير وفقا للاختصاص المشترك بين التحكيم والقضاء، من أجل اعطاء فعالية أكبر لنظام التحكيم، وهذا الموقف الأخير اعتمدته أغلب

[25] قطاف حفيظ، مرجع سابق، ص58.

[26] حدادن الطاهر، مرجع سابق، ص71.

التشريعات الحديثة، بل إنّ هناك بعض القوانين ذهبت الى أبعد من ذلك، حين خولت لهيئة التحكيم مخاطبة الجهة القضائية الوطنية من أجل ضمان تنفيذ ما يصدر عنها[27] ،وهو ما اعتمده المشرع الجزائري في نص المادة 1046 من ق.إ.م.إ. متأثرا بالقانون النموذجي للتحكيم الذي أقر الاختصاص المشترك للجهتين، ونفس الموقف أيضا اعتمدته أغلب أنظمة التحكيم مثل الجمعية الأمريكية للتحكيم، وغرفة التجارة الدولية.

المطلب الثاني: إجراءات تدخل القاضي الوطني في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية

إنّ تدخل القاضي في مسألة الإجراءات الوقتية أو التحفظية، ينحصر في حدود تقديم المساعد لهيئة التحكيم دون أن يتعدى ذلك إلى المسائل المرتبطة بحسم النزاع ،الذي هو من اختصاص هيئة التحكيم، وفي كل الأحوال فإنّ تدخل القاضي الوطني في اتخاذ الاجراءات الوقتية مرتبط بتوفر شرطين، هما حالة الاستعجال كما في الحالة التي ينشأ فيها النزاع بين الأطراف قبل تشكل هيئة التحكيم، مما يتطلب اللجوء للقضاء لإثبات حالة الشيء محل النزاع طالما أنّها لا تمس بأصل الحق، أو في حالة ما إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة، غير أنّها لم تشرع بعد في نظر النزاع ،وبالتالي عدم قدرة الهيئة التدخل بالسرعة الكافية لحفظ حقوق الخصوم، وفي كل الأحوال يتعين على القاضي عدم التعرض لموضوع النزاع لأنّه من اختصاص المحكّم دون غيره[28] .

إن طلب الامر باتخاذ أحد التدابير الوقتية يستدعي اللجوء الى الجهة القضائية ،ومن ثم تطرح مسألة الاختصاص القضائي للفصل في هذا الطلب، إذ أنّ المشرع الجزائري لم يبيّن على وجه التحديد المحكمة المختصة، غير أنّه بالرجوع للقواعد العامة في المادة 299 من ق.إ.م.إ. يمكن القول بأنّ القاضي الذي ينظر الدعوى المرفوعة أمامه بخصوص إجبار الطرف الممتنع عن تنفيذ ما صدر عن هيئة التحكيم من أوامر تحفظية أو وقتية ،يطبق القانون الوطني و يرجع الاختصاص بنظر التدابير المؤقتة إلى رئيس المحكمة، في حين أنّه بالرجوع للمواد والمواد 1041، 1046، 1048 ق.إ.م.إ.، فإنّ الأمر يتطلب التفرقة بين حالة التحكيم الذي يجري في الجزائر، فإنّ الاختصاص يرجع برئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، وإذا لم يتم تحديد مكان التحكيم ،فإنّ الاختصاص يرجع للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه وهذا ما تقضي به المادة 1042 ق.إ.م.إ.

فإذا كان التحكيم يجري خارج الجزائر واختار الأطراف تطبيق أحكام القانون الجزائري، فإنّ طلب التدخل يوجه إلى رئيس محكمة الجزائر، أما إذا كان الأمر يتعلق بتثبيت الحجز ،فإنّ القاضي المختص هو الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان توقيع الحجز، وهذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا[29]، وفي كل الأحوال يقدم

---

[27] حدادن الطاهر، مرجع سابق، ص72.

[28] رضا هميسي، كركوري مباركة حنان، مرجع سابق، ص263.

[29] قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم الملف 404566 بتاريخ 16-01-2008، مجلة التحكيم، العدد 04 أكتوبر 2009، ص255.

طلب التدخل إلى رئيس المحكمة المختصة بموجب عريضة بعد أداء الرسم القضائي، ويفصل رئيس المحكمة بموجب أمر على عريضة دون مواجهة بين الخصوم، وبما أنّ القانون لم يحدد مدة معينة للفصل في الطلب، فإنّ الأمر يقتضي سرعة الفصل في الطلب بما يقتضي ومتطلبات التحكيم، وبما أنّ الطلب في بعض الأحيان يتخذ كوسيلة بغرض المماطلة أو التأثير على الخصم، فإنّ لهيئة التحكيم أن تطلب ضمانا كافيا لتغطية تكاليف هذه التدابير وتحمل هذه النفقات الطرف الذي طلب باتخاذها[30]، وهذا ما تقضي به المادة 1046 فقرة 03 ق.إ.م.إ.

خاتمة

مما سبق يمكن القول أنّ تدخل القاضي الوطني لمساعدة هيئة التحكيم في القيام بمهامها للفصل في النزاع، ينفي إدعاء البعض بوجود نظام قانوني متكامل فعال ومستقل للتحكيم التجاري الدولي، حيث أنّه لا فائدة لهذا النظام الاستثنائي لحل المنازعات خاصة في ظل غياب سلطة الإجبار والإكراه ،التي يتمتع بها القاضي الوطني باعتبارها من امتيازات السلطة العامة، إلا من خلال ما تقدمه الأنظمة القانونية والقضائية للدول من مساندة للتحكيم التجاري الدولي، وعليه فلا يمكن الحديث عن جدوى نظام التحكيم بشكل مستقل تماما عن الأنظمة القانونية والقضائية للدول، ومما سبق تتمثل النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة في:

- بالرغم مما يتميز به التحكيم باعتباره نظام بديل عن القضاء لحل المنازعات ،إلا أنّه من خلال الممارسة العملية يتبين بأنّه لا يمكن الاستغناء عن القضاء الذي يلعب دور مساعد للمحكّم.
- بالرغم من عدم اختصاص القاضي الوطني في حل النزاع المطروح أمام التحكيم ،إلا أنّ القاضي الوطني يستمر في تقديم المساعد لهيئة التحكيم في عدة أوجه أخرى، وضمن شروط معينة، منها على سبيل المثال لا الحصر دور القاضي الوطني في تمديد أجل التحكيم عند الحاجة إلى ذلك، ودوره أيضا في تحديد أتعاب المحكمين، كما يلعب القاضي كذلك دورا هاما في تفسير وتصحيح الحكم التحكيمي...الخ.
- يبرز دور القضاء في مجال التحكيم بشكل كبير خاصة في حالة المنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكام المحكمين.

[30] خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص431.

مما سبق يمكن القول بأنّ نظام التحكيم التجاري الدولي يستجيب بشكل كبير لما تتطلبه التجارة العالمية وما يقابلها من منازعات، باعتباره آلية فعّالة لفض منازعات التجارة الدولية ويستجيب لمقتضيات التجارة الدولية من سرعة وائتمان ، غير أنّ نظام التحكيم التجاري الدولي لوحده قد لا يحقق هذه الغاية على أكمل وجه إلا بالاستعانة بالقاضي الوطني، كما أنّه وبالرجوع لقانون الاجراءات المدنية والإدارية ،لا نجد ما يشير إلى إمكانية توقيع القاضي لعقوبة على الشاهد المتخلف عن الحضور دون مبرر شرعي للإدلاء بشاهدته، إذا ثبت تبليغه بشكل رسمي، وهو ما يعدّ فراغا، ففي ظل غياب الجزاء لا نجد محفزا للجوء هيئة التحكيم للقضاء للمطالبة بتنفيذ أمر سماع الشهود[31] ،خاصة أنّه في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم كان ينص في المادة 67 فقرة 2،3 على هذا الأمر، :" يجوز الحكم على الشهود المتخلفين عن الحضور بغرامة مدنية لا تتجاوز 50دج مع النفاذ المعجل... ويجوز إعادة تكلفيهم وتحميلهم المصاريف، فإذا تخلفوا حكم عليهم بغرامة لا تتجاوز 100دج، لذا يقترح مضاعفة العقوبة أي تكون رادعة حتى تحقق الهدف المطلوب.

[31] قطاف حفيظ، مرجع سابق، ص73.