دور القاضي الجزائري في تشكيل هيئة التحكيم

ط.د. محمد قبايلي – جامعة محمد بوضياف المسيلة-

ملخص:

وفقا لغالبية التشريعات الوطنية والدولية للتحكيم، يتوقف تشكيل هيئة التحكيم على إرادة واتفاق الأطراف المتعاقدة على اختيار محكم فرد أو أكثر وذلك ضمن بنود العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق له، لكن قد يحدث أحيانا أن لا تتضمن اتفاقية التحكيم أسماء المحكمين أو كيفيات تعينهم أو أن يمتنع احد الأطراف عن تعيين محكمه أو أن تُثار شبهات حول حياد ونزاهة احد المحكمين، ففي هذه الحالات وغيرها يُلجأ إلى قاضي الدولة الذي يتدخل للمساعدة في تذليل هذه الصعوبات حيث يكون هذا التدخل حسب ما لمسناه من تحليل نصوص قانون التحكيم الجزائري غير ماس لا بفاعلية ولا باستقلالية نظام التحكيم.

الكلمات الدالة: هيئة التحكيم – استقلالية نظام التحكيم

Résumé:

Conformément à la majorité des législations d'arbitrage nationales et internationales, le tribunal d'arbitrage est constitué par la volonté et l'accord des parties contractantes en choisissant un ou plusieurs arbitres mentionnés dans le contrat original ou dans un accord ultérieur, cependant, il peut parfois arriver que la convention d'arbitrage n'inclue pas les noms des arbitres ou les modalités de leur nomination ou que l'une des parties s'abstient de nommer un arbitre ou émet des doutes quant à la neutralité et l'impartialité de l'un d'eux, dans ces cas et dans d'autres, le juge d'état intervient pour aider à surmonter ces difficultés, cette ingérence, comme nous l'avons vu dans l'analyse des textes de la loi arbitrale algérienne, n'influes ni sur l'efficacité ni sur l'indépendance du système d'arbitrage.

Mots-clés: Tribunal arbitral - Indépendance du système d'arbitrage

مقدمة:

تعد مرحلة تشكيل هيئة التحكيم أدق وأهم مرحلة تمر بها الخصومة التحكيمية خاصة في حالة التحكيم الخاص (*ad-hoc*) كون أن جميع قوانين التحكيم الحديثة تَمنح للأطراف حرية تعيين المحكم أو المحكمين، ويحددون عددهم وصفاتهم فقد يكون محكما فردا أو ثلاثة محكمين أو أكثر مع ضرورة أن يكون العدد وترا.

وفي التحكيم الخاص قد يختلف الخصوم حول تعين المحكم أو هيئة التحكيم كما قد يحدث عارض أو مانع لأحد المحكمين، وبالتالي خول المشرع للأطراف طلب تدخل القاضي لتسوية هذه الصعوبات، والسؤال المطروح هنا يتمحور حول مدى تأثير تدخل القاضي على استقلالية نظام التحكيم وعلى هذا سنستعرض في (المطلب الأول) تحديد القاضي المختص في تشكيل هيئة التحكيم وضوابط تدخله أما في (المطلب الثاني) فسنتناول مجال تدخل القاضي في تشكيل هيئة التحكيم.

المطلب الأول: القاضي المختص بالتدخل في تشكيل هيئة التحكيم وضوابط تدخله

يلاقي نظام التحكيم وخاصة التحكيم الخاص أحيانا صعوبات في تشكيل هيئة التحكيم، ونحن نعرف أن الأصل في تشكيل هذه الهيئة يعود للأطراف سواء في تحديد شكل الهيئة فردية أو جماعية، وطريقة تعيين المحكمين، أي الطابع الاتفاقي، غير أنه في بعض الحالات يتعذر التشكيل الاتفاقي، وهنا يجوز لأي طرف أن يطلب من القاضي الوطني التدخل لتجاوز هذه العقبات

لكن من هو القاضي المختص بالتدخل في تشكيل الهيئة التحكيمية؟ (الفرع الأول) وما هي الضوابط التي تحكم تدخله؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القاضي المختص بتشكيل هيئة التحكيم

المتعارف عليه في مختلف القوانين الوطنية الخاصة بالتحكيم التجاري أن تقوم الدولة بتعين القاضي الذي يتدخل لحل النزاعات الناشئة عن تشكيل هيئة التحكيم، فكيف يتم ذلك في القانون الجزائري أي كيف يتم تحديد القاضي المختص بالتدخل؟ (أو لا) وماهي طبيعة تدخله؟ (ثانيا)

أولا: تحديد القاضي المختص

فرق قانون التحكيم الجزائري، فيما يخص تحديد القاضي المختص بالتدخل في تشكيل هيئة التحكيم بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي.

أ- التحكيم الداخلي (الوطني)

لا يثير التحكيم الوطني أية صعوبة في تحديد مفهومه، فهو ذلك النوع من التحكيم الذي تتصل فيه جميع عناصره بدولة واحدة دون غيرها، وذلك من حيث موضوع النزاع، جنسية الخصوم، جنسية المحكمين، القانون الواجب التطبيق، المكان الذي يجري فيه التحكيم، وهو يخضع للقانون الوطني ولا ينفذ خارج حدود الدولة ولا تُثَار فيه مشكلة بالنسبة لقواعد تنازع القوانين أو كيفية تنفيذ الأحكام الأجنبية.[1]

وقد أو كل المشرع الجزائري الأمر في التحكيم الداخلي إلى رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها إما مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه وفق ما جاء بنص المادة 1009 ق ا م ا، " **إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل احد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم والمحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه.**"

يتضح من خلال هذه المادة أن الاختصاص النوعي ينعقد لرئيس المحكمة أما الاختصاص الإقليمي فستتم المفاضلة فيه بين محكمة مكان إبرام العقد ومكان تنفيذه.

ب- التحكيم الدولي:

لقد حدد التشريع الجزائري القاضي المختص في التدخل لمساعدة هيئة التحكيم في انعقادها في حالة التحكيم الدولي وفق ما نصت عليه المادتان 1041و1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث:

تنص المادة 1041 ق إ م إ، على أنه " يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم. في غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:

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

2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر."

كما تنص المادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ."

يتبين من خلال هاتين المادتين أن الاختصاص النوعي ينعقد أيضا لرئيس المحكمة كما هوالحال بالنسبة للتحكيم الداخلي، أما الاختصاص الإقليمي فيجب نأخذ بعين الاعتبار ما إذا كان التحكيم يجري في الجزائر أو يجري في الخارج.

- **إذا كان التحكيم يجري خارج الجزائر**

قد يحدث وأن يُتفق على انعقاد محكمة التحكيم خارج الحدود الوطنية ويلجأ أطراف الخصومة إلى تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر كونها تتلاءم مع موضوع النزاع أو لأي سبب أخر، فإن حدث وتعذر تشكيل هيئة التحكيم أو استكمالها، فلا يطرح أي إشكال، فان الاختصاص بمد يد المساعدة لتذليل هذه الصعوبات يؤول إلى رئيس محكمة الجزائر.

- **إذا كان التحكيم يجري بالجزائر**

إذا كان التحكيم يجري في الجزائر واعترضه عقبات خلال تشكيل محكمة التحكيم تعذر تشكيل هيئة التحكيم فعلى الخصم الذي يهمه التعجيل رفع الأمر أمام رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، وهنا يجب أن نميز بين حالتين عند تحديد المحكمة المختصة بالتدخل في تشكيل الهيئة.

الحالة الأولى: إذا اشتملت اتفاقية التحكيم على بند يقضي بأنه إذا اعترضت صعوبات في عملية تشكيل المحكمة التحكيمية بسبب أحد الخصوم أو المحكمان المختاران أو لصعوبة في تنفيذ إجراءات التشكيل، يطلب المساعدة القضائية في هذا الصدد من محكمة معينة بذاتها وبالتالي يصبح رئيس هذه المحكمة مختصا بالتدخل وإعطاء المساعدة اللازمة للأطراف أو المحكمان المختاران لتشكيل هيئة التحكيم.

الحالة الثانية: إذا لم يتفق الأطراف على تعين الجهة القضائية المختصة بالتدخل بتعيين المحكمين في اتفاقية التحكيم فان الاختصاص يؤول للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه حسب المادة 1042 ق ا م ا، السالفة الذكر.

ثانيا: طبيعة تدخل القاضي الوطني

بالتدقيق في نصوص المواد 1009 و1041 و1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتبين أن تدخل القاضي في تشكيل محكمة التحكيم هو ذو طبيعة مساعدة (أ) وذو طبيعة احتياطية(ب) وذو طبيعة استعجاليه(ج)

أ- الطبيعة المساعدة:

إن مبدأ عدم اختصاص القاضي الوطني لا يمنع من أن القضاء والتحكيم تجمعهما علاقة لابد أن تكون متصلة ويظهر هذا الاتصال خلال كل مراحل التحكيم وإذا كان المتفق عليه أن القاضي يقوم بدور المراقب لصحة التحكيم عند صدوره فهذا لا يعني أبدا أن القاضي يقف دوره عند هذا الحد بل يلعب دورا هاما في مساعدة الأطراف في مرحلة تشكيل هيئة التحكيم عند حدوث إخلال بالالتزام العقدي من أحد الأطراف أو المحكمين.

مختلف التشريعات الحديثة في التحكيم نظمت التعاون بين القضاء العام ومحكمة التحكيم كما هو الحال في التشريع الفرنسي والذي عبر بصراحة عن الدور المساعد للقاضي الوطني وذلك باستعماله المصطلح "juge d ʹappuiʺ للتعبير عن القاضي المختص بتذليل صعوبات تعيين المحكمين، ومصطلح القاضي المساعد أخذه المشرع الفرنسي من القانون السويسري للتحكيم.[2]

أما المشرع الجزائري فلم يستعمل صراحة مصطلح القاضي المساعد في تشكيل هيئة التحكيم إلا أن هذه الطبيعة المساعدة يمكن استنباطها من خلال المادة 1009 ق ا م ا، " إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين يعين المحكم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة.[3]

وكذا من خلال المادة1041 ف2، ق ا م ا، "في غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يلي:

رفع الأمر إلى رئيس المحكمة الذي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر".

إذا ومن خلال هتين المادتين يتضح أنه يمكن للأطراف طلب المساعدة من القاضي الوطني الذي تنحصر مهمته في هذه المرحلة في مساعدة الأطراف بعيدا عن أي دور رقابي.

ب–الطبيعة الاحتياطية:

بالإضافة إلى الطبيعة المساعدة لتدخل القاضي في تشكيل هيئة المحكمة سواء في تعيين المحكمين أو ردهم أو عزلهم أو استبدالهم، فهو ذو طبيعة احتياطية لأنه وحسب المادة 1041 ق ا م ا، ف1، والتي تنص صراحة أن هذا التدخل لتعيين ورد المحكمين لا يكون إلا بعد فشل إرادة الأطراف ونظام التحكيم في ذلك " **يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم**".

ولقد كُرست هذه الطبيعة الاحتياطية لتدخل القاضي في التشريع المقارن على غرار التشريع السويسري في نص المادة 179 من القانون الفيدرالي المتعلق بالقانون الدولي الخاص (LDIP) والتي نصت على أنه بإمكان أن يتدخل القاضي السويسري وبصفة احتياطية لمساعدة الأطراف على تعيين المحكمين.[4]

ج– الطبيعة الاستعجالية:

تنص أغلب التشريعات خصوصا منها المتأثرة بنظام القانون النموذجي للتحكيم التجاري على الطابع الاستعجالي، على غرار المشرع الفرنسي الذي أكد في صلب المادة 1460 ف2، على الطابع الاستعجالي للفصل في الطلب المرفوع أمام القاضي المساعد بشأن تسهيل تشكيل المحكمة التحكيمية وأنه غير قابل للطعن.[5]

وبالرجوع إلى القانون الجزائري فان المشرع أكد في المادة 1016 ق ا م ا، أن الحكم القاضي برد المحكم يكون غير قابل للطعن" **إذا لم يتضمن نظام التحكيم كيفيات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمه التعجيل. هذا الأمر غير قابل لأي طعن**".

ويتضح من هذا النص أن المشرع استخدم لفظ الأمر وليس الحكم وبالتالي فان ذلك يفيد أن التدخل يكون بأمر على عريضة، كما أنه استعمل عبارة " التعجيل" وهي دلالة واضحة على الطابع الاستعجالي لتدخل القاضي المساعد.

الفرع الثاني: ضوابط تدخل القاضي في تشكيل هيئة التحكيم

يخضع تدخل القاضي الوطني للمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم سواء في تعيين المحكمين أو ردهم أو استبدالهم إلى توافر مجموعة من الضوابط منها ما يتعلق بالاتفاقية في حد ذاتها ومنها ما يعود على الأطراف:

أولا: ضوابط تعود على الاتفاقية:

- وجوب وجود اتفاقية تحكيم صحيحة:

- ألا تتضمن الاتفاقية اختيار وسيلة أخرى لاختيار المحكمين:

- انقضاء آجال التسوية الممنوحة للأطراف:

ثانيا: ضوابط تعود عل الأطراف:

- نشأة النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم:
- تقديم أحد المحتكمين طلبا إلى القاضي المختص:

كنا وصلنا إلى نتيجة مفادها أن تدخل القاضي هو ذو طبيعة احتياطية فتدخله يكون غير مباشر أي يستوجب تقديم طلب من أحد الأطراف، إلا أنه بتمعننا في المادة 1009 من ق ا م ا، في باب التحكيم الداخلي نلاحظ أنه سكت في هذا الشأن و لم يبين كيفية التدخل رئيس المحكمة في تعيين المحكمين، هل بطلب من أحد الأطراف أو من كليهما أو من قبل المحكمين في حالة تعيين المحكم الثالث، فعلى المشرع تدارك هذا السهو الذي حدث في المادة 1009 السابقة الذكر في التعديلات القادمة.

المطلب الثاني: مجال تدخل القاضي في تشكيل هيئة التحكيم

لكي تنعقد الخصومة التحكيمية يجب على أطراف النزاع الاتفاق على تعيين المحكم أو المحكمين أو تبيان كيفية اختيارهم، وتتباين كيفية تعيين المحكمين وفقا لنوعية التحكيم الذي حدده أطراف الخصومة، فإذا التجئوا إلى التحكيم المؤسسي فَلِهَذَا الأخير قواعد خاصة من بينها كيفية تعيين المحكمين والتي غالبا ما تكن عن طريق قوائم تَشْتَمِل على أسماء مجموعة من أشخاص متخصصين وللخصوم اختيار المحكمين منها. أما إذا رغبوا في اختيار النظام الحر فهنا يقوم الأطراف بتعيين المحكمين مباشرة بأنفسهم، وتحديد عددهم، ويتم التشكيل الصحيح لهيئة التحكيم بعد انقضاء مرحلة التعيين للمحكين وانقضاء مرحلة ردهم إذا شابتهم حالات الرد المنصوص عليه في المادة 1016 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

قد تتشكل الهيئة من محكم فرد أو من ثلاثة محكمين أو أكثر حسب اتفاق الأطراف مع مراعاة ضرورة أن يكون عدد المحكمين وترا وإلا كان التحكيم باطلا عملا بنص المادة 1017 من نفس القانون والإدارية، [6] وينبغي أن يتوافر في هؤلاء المحكمين شروطا معينه تدور حول ضرورة الحياد والاستقلال بما يضمن نزاهتهم، كل هذه الأمور على القاضي مراعاتها في تدخله في تسوية صعوبات تعيين المحكمين (الفرع الأول).

كما قد يفقد المحكم أحد الشروط اللازمة لتولية التحكيم كشرط الحيدة والنزاهة والاستقلالية، أو مؤهلا معينا، فيتدخل القاضي لتسوية هذه الصعوبات التي تطرأ على المحكمين بعد تعيينهم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تسوية صعوبات تعيين المحكمين

تفاديا لأي إعاقة تحدث في عملية تعيين المحكم أو هيئة التحكيم أجاز المشرع الجزائري تدخل قاضي الدولة لمساعدة الأطراف بأي عمل أو إجراء عند تقاعس أحدهم في اختيار محكمه أو لخلاف في إجراءات التعيين أو لاختلاف المحكمان المختاران على اختيار المحكم الثالث أو لأي سبب آخر.[7]

حيث تنص المادة 1041 ق ا م ا، المتعلقة بالتحكيم الدولي على أنه "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم.

في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي: رفع الأمر إلى رئيس المحكمة...".[8]

نستخلص من هذه المادة أن الدور الرئيسي في تعيين هيئة التحكيم يعود للأطراف بالدرجة الأو لى عكس ما هو عليه في القضاء العادي وأن تدخل القاضي يكون احتياطيا وفي حالات معينة، ووفق إجراءات خاصة، كما أن المحكم المعين ينبغي أن تتوافر فيه الشروط اللازمة.

فما هي هذه الحالات والإجراءات والشروط المتبعة في تسمية المحكمين؟

أولا: الحالات التي يتدخل فيها القاضي لتعيين المحكمين

لقد أشار المشرع الجزائري إلى الحالات التي تستدعي تدخل القاضي في تعيين المحكمين وذلك في الفقرة 1 من المادة 1009 من ق ا م ا، في باب التحكيم الداخلي والفقرة 2 من المادة 1041 في باب التحكيم الدولي، والتي كانت تدور في مجملها حول: غياب التعيين وصعوبة التعيين، إلا أنه لم يفصل في هذه الحالات كما هو عليه الأمر في المواد الثامنة والتاسعة والعاشرة من القانون النموذجي للتحكيم الدولي، والكثير من قوانين التحكيم الحديثة على غرار المشرع الفرنسي في المواد من 1451 إلى 1454 ق ا م ف، والمشرع المصري في المادة 17 من قانون التحكيم المصري[9]، والملاحظ من هذه المواد السابقة أنها تكاد تتطابق في توضيح هذه الحالات والتي جاءت في مجملها على النحو التالي:

1- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم فرد وفق اتفاقية التحكيم وحصل أن اختلف الأطراف على تسميته أو على طريقة اختياره في هذه الحالة يتم التقدم إلى رئيس المحكمة المختصة بطلب تعيين المحكم وهذا الطلب لا يكون مقبولا إذا كان الاتفاق على التحكيم يأخذ شكل "شرط التحكيم" إلا بعد قيام النزاع، أما في حالة مشارطة التحكيم فإن هذه الأخيرة لا تنشأ إلا بعد قيام النزاع.[10]

ويلاحظ في حالة عدم اتفاق الأطراف على المحكم فإن هيئة التحكيم يكون عددها ثلاثة بحكم القانون.[11]

2- في الحالة التي تكون فيها هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين أو أكثر وذلك دون تحديد سلطة أو إجراءات اختيار أي محكم، فعندئذ يقوم كل واحد من الأطراف اختيار محكمه الخاص والمحكمان المختاران يتفقان على اختيار المحكم المرجح، فإذا لم يعين أحد الأطراف محكمه أو محكميه فيجوز للطرف الأخر أن يلجأ إلى القاضي المختص، وهذا بعد انقضاء الآجال المحددة لذلك.[12]

أما في حالة اختيار الأطراف لمحكميهم واختلف المحكمان المعينان في تسمية المحكم المرجح جاز لكل طرف أن يطلب من المحكمة تسمية المحكم المرجح مع احترام المواعيد المحددة لذلك أما إذا كانت

هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من ثلاثة بشرط أن يكون وتريا مثال ذلك، خمسة، سبعة، تسعة، فيكون لكل طرف اختيار نصف العدد باعتبار عددا زوجيا أي باعتباره أربعة، ستة، ثمانية على التوالي مثلا. والمحكمين المختارين يقومون باختيار المحكم المرجح، وفي حالة تعدد المحكمين فإذا لم يعين أحد الأطراف محكمة أو محكميه إذا كان العدد أكثر من ثلاثة، فيجوز للطرف الأخر أن يطلب منه التعيين، فإذ فات الميعاد المحدد على تسليم الطلب دون تعيين، كان للطرف الأخر اللجوء القاضي المختص بالتعيين.[13]

3- إذا اتفق الطرفان على إجراءات معينة لاختيار المحكمين أو المحكم أو اتفقا على أن يختار كل طرف محكما ويختار المحكمان أو الطرفان أو شخص أو جهة معينة المحكم الثالث أو المحكم الفرد، واختلفوا في مرحلة تنفيذ هذه الإجراءات أو لم يلتزم بها أحدهم جاز للطرف الأخر طلب تدخل القاضي لتسوية هذا الخلاف وتشكيل هيئة التحكيم بما يتوافق وما جاء في الاتفاقية من إجراءات.[14]

ثانيا: إجراءات طلب تعيين المحكم من القاضي الوطني

نتطرق فيها إلى مسألتين اثنتين هما:

كيفية تعيين القاضي للمحكمين ومدى خضوع الأمر الصادر للمحكم للطعن.

1- كيفية تعيين القاضي للمحكمين:

اشترط المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لكي يتدخل القاضي في تعيين المحكم أو المحكمين أن يتم ذلك بناء على طلب أحد الطرفين المتنازعين، أي أن طلب تعيين المحكم يقدم من الطرف ذي مصلحة، فلا صفة لمن ليس طرفا في اتفاق التحكيم في طلب تعيين المحكم، وليس لأي من المحكمين الذين يكون قد تم اختيارهما تقديم هذا الطلب، إذ لا مصلحة لأي منها فيه، ويجب أن يوجه الطلب إلى الطرف الأخر في اتفاق التحكيم.[15] وفي هذا الخصوص قضت محكمة استئناف عمان في قرارها رقم 2008/224 والذي جاء فيه " وحيث أن المادة 2/16 وبدلالة المادة 2 من قانون التحكيم 2001 قد أعطت محكمتنا صلاحية تعيين محكم الطرف الذي لم يعين محكمه خلال 15 يوما التالية لتسليمه طلبا بذلك من الطرف الأخر وحيث أن المستدعي ضدها " دائرة الشؤون الفلسطينية " قد تلقت طلبا بذلك من المستدعية بتاريخ 2008/8/4 لتعيين محكمها و لم تقم بتعيين المحكم فإننا وعملا بالمادة 2/16 من قانون التحكيم نقرر تعيين

المهندس (إبراهيم محمد يعقوب العواملة) محكما عن دائرة الشؤون الفلسطينية بالإضافة إلى محكم المستدعية المعين من قبلها، على أن يقوم المحكمان المذكوران بتعيين المحكم الثالث وفي حالة عدم اتفاقهما يكون المهندس (سالم أبو حسان) هو المحكم الثالث".[16]

ولم يحدد المشرع الجزائري إجراءات طلب تعيين المحكم من قبل القاضي المختص[17] ولم يوضح الصفة التي يفصل فيها رئيس المحكمة في الطلب، هل يفصل فيه بصفته قاضي موضوع أو قاضي استعجالي؟

يرى بعض الفقه أن الطلب يقدم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، وينظره القاضي بالإجراءات المعتادة لنظر الدعوى، ويفصل فيه بحكم قضائي ويجب أن تتضمن صحيفة الدعوى كل البيانات اللازمة، وحجتهم في ذلك أن هذا الطلب يقتضي تحقق القاضي من أن نزاعا قد نشأ بالفعل بين الطرفين، وأن الاتفاق بينهما على التحكيم ليس باطلا بطلانا ظاهرا، وأن الطرفين لم يتفقا على اختيار المحكم مباشرة أو بطريق غير مباشر بواسطة الغير، وهذا كله يتطلب فترة زمنية كافية قد تطول عن ما هو عليه في الدعاوي الاستعجالية، [18] وعلى القاضي أيضا التحقق في توافر الشروط في المحكم المراد تعيينه، وهذا لا يتأتى إلا إذا مكن القاضي الأطراف من المثول أمامه لإبداء دفاعهما بشأنها وهوما لا يتيحه نظام الأمر على عريضة.

أما من وجهة نظرنا وما فهمناه من نص المادتين 1009 و1041 ق ا م ا، اللتين تنصان على أن الأمر القاضي بتعيين المحكم يرفع إلى رئيس المحكمة أنه يكون عن طريق أمر على عريضة وذلك لما يلي:

1- بالقياس على المادة 458 مكرر 4من قانون الإجراءات المدنية الملغى التي كانت تنص على أنه: "إذا دعي قاض إلى تعيين محكم حسب الشروط المذكورة في المواد السابقة، فإنه يستجيب لطلب التعيين بموجب أمر يصدر بناء على مجرد عريضة، إلا إذا بينت دراسة موجزة عدم وجود أية اتفاقية تحكيم بين الأطراف".

2- كان رئيس المحكمة يختص بالدعاوى الاستعجالية.

3- لأن المادتان تخولان الاختصاص لرئيس المحكمة وليس للمحكمة ولو أراد المشرع أن يكون التعيين بواسطة دعوى عادية لأعطى الاختصاص إلى المحكمة وليس لرئيسها.

4- أن الطلب الذي يرفعه الأطراف لتسمية المحكم لا يمكن اعتباره دعوى عادية لطول الإجراءات التي تتطلبها هذه الأخيرة مما يؤثر على ميزة السرعة التي يمتاز بها التحكيم التجاري.

5- معظم التشريعات المقارنة بينت أن الطلب المرفوع للقاضي المساعد لتسوية صعوبات تعيين المحكمين يفصل فيه قاضي استعجالي كما سبق وأن اشرنا إليه في المبحث السابق، من جانب أخر نجد أن المشرع لم يحدد المدة الزمنية التي يتم خلالها تقديم طلب تعيين المحكم المطلوب إلى رئيس المحكمة كما لم يحدد مدة معينة للفصل في طلب التعيين كما هو الحال في الأوامر على ذيل العرائض مثل عريضة إثبات حالة أو توجيه إنذار التي يفصل فيها القاضي خلال فترة أقصاها ثلاثة أيام حسب ما تنص عليه المادة 310 منق ا م ا، فلذا يُستحب أن يتدارك المشرع الجزائري هذه النقطة تماشيا والقانون النموذجي للتحكيم التجاري وقوانين التحكيم المقارنة.

ومهما يكن حول طريقة وكيفية رفع طلب التعيين للقاضي الوطني، فدور هذا الأخير هودور إجرائي بحت، الغرض منه الحيلولة دون توقف التحكيم بسبب عدم التوصل إلى اختيار المحكمين، وينبغي على القاضي المختص أن يتبع فيه أسلوبا خاصا ومرنا.[19]

2- مدى خضوع الأمر الصادر بتعيين المحكم للطعن

إن إقرار المشرع الجزائري للتدخل القضائي كما سبق وأن ذكرناه هو بغاية مد يد المساعدة لانعقاد محكمة التحكيم، فلا يجب أن يكون ذلك سببا في تعطيلها أو إطالة أمدها، لذا كان عليه ضمان نجاعة هذا التدخل، وهو أمر أغفله المشرع حيث لم يتعرض قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي ولا قانون الإجراءات المدينة الملغى لمسألة قابلية الأمر الصادر بتعيين المحكمين للطعن فيه، وهذا أمر يجب تداركه تماشيا مع ما جاء في التشريعات المقارنة للتحكيم والتي جعلت تدخل القاضي المختص يكون بموجب قرار استعجالي والأمر القاضي بتعيين المحكم يكون غير قابل للطعن، أما الأمر القاضي بأن لا وجه للتعيين يمكن استئنافه، في حالات معينة.[20]

وهوما تبناه المشرع الفرنسي والذي حسم هذه النقطة في صلب المادة 1460 ف3 بتأكيده على أن القاضي المساعد يفصل في الطلب بموجب أمر غير قابل لأي طعن غير أنه في حالة رفض الطلب بسبب معاينة القاضي المساعد لعدم وجود اتفاقية تحكيم أو بطلانها، فإن أمر الرفض يكون قابلا للطعن.[21]

- **امتناع القاضي عن التعيين للبطلان الظاهر لاتفاقية التحكيم:**

إذا تبين للقاضي الوطني أن الاتفاق على التحكيم الذي يستند إليه الطرف المتقدم بطلب تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم باطلا، فإنه يكون عليه عندئذ أن يمتنع عن إجابة الطرف المحتكم إلى طلبه شرط أن يكون بطلان الاتفاق على التحكيم ظاهرا أي واضحا جليا لا نزاع فيه كما نصت عليه اتفاقيات وقوانين التحكيم الحديثة، كما لو لم يدرج شرط التحكيم مثلا في مستند مكتوب كما نص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة1008ف1، المتعلقة بالتحكيم الداخلي والمادة 1040 ف2، المتعلقة بالتحكيم الدولي، أو كأن يصدر الاتفاق على التحكيم شرطا كان أم مشارطة من شخص غير مسموح له بالاتفاق على التحكيم أو في مسالة من المسائل التي لا يجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم كالأحوال الشخصية والأهلية والمسائل الجنائية.[22]

- **امتناع القاضي عن التعيين لعدم كفاية اتفاقية التحكيم:**

إذا تبين للقاضي الوطني أن بنود الاتفاق على التحكيم غير كافية لإمكان تعيين أعضاء محكمة التحكيم المناط بها الفصل في الخصومة موضوع الاتفاق على التحكيم شرط كان أم مشارطة فإنه يجب عليه عندئذ أن يمتنع عن الفصل في الطلب المرفوع إليه ويعلن ذلك مصرحا بأن لا وجه للتعيين، ويكون أيضا الاتفاق على التحكيم غير كاف لتشكيل هيئة التحكيم لإمكان تعيين الأعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم شرط كان أم مشارطة إذا كان أطراف الاتفاق على التحكيم قد ذكروا فيه طريقة غير واضحة المعالم[23] لتعيين المحكمين المكلفين بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم بحيث لا يتيح للقاضي العام في الدولة أعمالها، وأيضا إذا حدد الأطراف المحتكمون أطراف الاتفاق على التحكيم في الاتفاق على التحكيم طريقة تعيين واضحة للأعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم ولكنها غير قابلة للتطبيق العملي لسبب أخر غير الصياغة المعبر بها عن طريقة تعيينهم.[24]

ثالثا: تحقق القاضي من الشروط الواجب توافرها في المحكم

غالبا ما يكون أساس التحكيم وأهدافه هو وضع النزاع في يد شخص أمين حريص على علاقته بالطرفين، فالمحكم يجب أن يكون محل ثقة الخصوم وإلا فلا يكون أهلا لتولي المهمة، لأن المحكم يعد في حد ذاته العنصر الأهم في العملية التحكيمية وإن صحة حكم التحكيم وعدم إبطاله يتوقف عليه وعلى كفاءته

وعدالته، ومن هنا فإن مسألة تعيين المحكم من قبل القاضي من العناصر الأساسية والمهمة لنجاح عملية التحكيم، وعلى اعتبار أنه قاضيا يجب أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط منها ما هو قانوني ومن ما هو اتفاقي.

تحقق القاضي من توافر الشروط القانونية في المحكم:

تطلبت الأنظمة القانونية الوضعية وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها ومنها القانون الجزائري على وجوب توافر مجموعة من الشروط القانونية في من يتولى مهمة التحكيم والتي سوف نستعرضها كما يلي:

- أن يكون المحكم شخصا طبيعيا:
- أن يكون المحكم متمتعا بالأهلية:
- أن لا يكون للمحكم مصلحة في النزاع
- أن يكون عدد المحكمين وتريا:
- قبول المحكم لمهمته:

تحقق القاضي من توافر الشروط الاتفاقية لاختيار المحكم:

يرتكز التحكيم أساسا على اتفاق وإرادة الأطراف المتنازعة فقد يتفق الأطراف على وجوب تحقق بعض الشروط في تعين المحكم والتي غالبا ما تنحصر في بعض المؤهلات والصفات التي على قاض الدولة أن يأخذها بعين الاعتبار عند تعينه للمحكم، ومن بين هذه الشروط مثلا: الاتفاق على جنس المحكم أو أن يكون المحكم من جنسية دولة بذاتها أو أن يكون متقنا للغة معينة تسهل على الأطراف التواصل معه، وسنستعرض في ما يلي بعض هذه الشروط بإيجاز:

- جنس المحكم
- جنسية المحكم
- ممارسة المحكم لمهنة معينة
- ثقافة المحكم

الخاتمة:

يعد التحكيم طريقا خاصا لحل النزاعات، قوامه الخروج عن طريق التقاضي للبلد الذي ينعقد فيه التحكيم، فهو يعتمد أساسا على اتفاق أطراف النزاع، فالأصل أن مسألة اختيار المحكمين وتحديد شروط تعيينهم وعزلهم واستبدالهم هي من المسائل التي تعُود إلى الأطراف، فإرادة الأطراف هي التي تُنشأ التحكيم ومنها يستمد سلطاته وشرعيته، إلا أن هذه الإرادة وحدها قد تكون غير كافية، ويلزمها مساعدة ومساندة من قضاء الدولة خاصة في مرحلة تشكيل هيئة التحكيم.

ومن خلال دراستنا هذه، وجدنا أن دور القاضي جاء مساندا وداعما لفاعلية واستقلالية نظام كون أن المشرع الجزائري وُفق إلى حد كبير في سَنِ نصوص نظرية متكاملة ومنظمة لتدخل القاضي في تشكيل هيئة التحكيم حيث لم يخرج عن ما هو مقرر في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي واتفاقية نيويورك، وما يعاب عنها فقط أنها تفتقد إلى بعض التفصيلات الطفيفة كما هو الحال بالنسبة لموقف المشرع الجزائري في مسألة الطعن في الأمر الفاصل في طلب تعيين المحكم، لذاك يستوجب على المشرع إدراج نص يوضح فيه هذه المسألة.

أما بخصوص تطبيق وترجمة هذه النصوص والإجراءات والتدخلات المساعدة للقاضي الوطني الجزائري لنظام التحكيم فلا يمكن تقييم فعاليتها ونجاعتها عمليا لشح وقلة القضايا التحكيمية الصادرة في الجزائر وخاصة الدولية منها التي يمكن القول أنها منعدمة تماما.

الهوامش:

1- اسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 98.

2- *Lara chaouachi, le juged'appuifrancais et l'arbitrage international, Master 2,université de Montpellier1, 2010/2011, p 13.*

" La notion de juge d'appui a été, d'un point de vue terminologique, empruntée à la doctrine suisse de l'arbitrage puis consacrée par la doctrine et la jurisprudence française".

3- *Lara chaouachi, Op.cit., p 13.*

4- نور الدين زرقون، الدور المساعد للقاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 12، 2015، ص 68.

5- *Art 1460 alé 02 du cpcfrancais" La demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé."*

6- سايح سنوقه، المرجع السابق، ص 1203

7- هاني محمد كمال المنايلي، المرجع السابق، ص 357.

انظر كذلك: بوصنبورةخليل، التدخلالقضائيفيمجالالتحكيمالدوليفيالتشريعالجزائري، مجلةالمحكمةالعليا، العددالثاني، 2006، ص 126.

8- بلعروسي احمد التيجاني، المرجع السابق، ص 179.

9- أمال يدر، المرجع السابق، ص 35.

10-أمال يدر، المرجع نفسه، ص 36.

11-نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص137.

12-نبيل إسماعيل عمر، المرجع نفسه، ص 137- 138.

13-فتحي والي، المرجع السابق، ص 212.

14-نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 138.

15-نبيل إسماعيل عمر، المرجع نفسه، ص 136.

16-محكمة استئناف عمان، قرار رقم 2008/224، بتاريخ 2009/5/20، مجلة التحكيم، العدد السادس، ص 248.

17-لقد اشرنا إلى القاضي المختص في ما تقدم من البحث.

18-فتحي والي، المرجع السابق، ص 216.

19-أمال يدر، المرجع السابق، ص 46.

20-يستعمل القاضي أسلوبا مرنا وسلسا لأن دوره ذو طبيعة مساعدة فقط.

بالنسبة لتشكيل هيئة التحكيم نجد أن المشرع الجزائري لم يبين موقفه من مسألة الطعن في الأمر الفاصل في طلب تعيين المحكم، لذاك يستوجب على المشرع إدراج نص يوضح فيه هذه المسألة.

21- *Art 1460 alé 03 du cpc français " Le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours. Toutefois, cette ordonnance peut être frappée d'appel lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article1455. ".*

22-فتحي والي، المرجع السابق، ص 218.

23-فتحي والي، المرجع السابق، ص 218 – 219.

24-فتحي والي، المرجع السابق، ص 370.