

الرقابة القضائية على إجراءات التحكيم

في القانون الجزائري الجديد

أحمد الورفلي *

مقدمة:

يقوم التحكيم على مبدأ تعاقدي يتمثل في اتفاقية تبرم قبل نشوب كل نزاع أو حتى بعد نشوبه، ومتى نشأ النزاع، تنطلق الخصومة التحكيمية بتشكيل هيئة تحكيم تتولى تسيير الإجراءات وفق جملة من المبادئ الأساسية والقواعد التفصيلية، متممة في ذلك بهامش هام من الحرية. وتنتهي هذه الإجراءات إن سلمت من البطلان - بإصدار حكم تحكيمى يفصل في أصل النزاع وفق قواعد، يفترض أن تكون قانونا محضا، وقد تكون غير وطنية، عرقية أو غير قانونية أصلا، حين يكلف بمقتضى بعض النزاع طبق قواعد العدل والإنصاف، ويصاغ قرار المحكمين في شكل كتابي، ويتضمن جملة من البيانات، فيسمى حكما تحكيميا، وحتى يندمج هذا الحكم في النظام القانوني الوطني، ينبغي أن يسلم من الطعن بالإبطال، لكن غالبا ما يتطلب الأمر عرضة على قاضي الإكساء بالصيغة التنفيذية لينظر في مدى تناغمه مع الخيارات الأساسية للنظام القانوني الوطني، وذلك إن لم ينعص له المحكوم ضده طوعا، وتنتهي رحلة الحكم التحكيمي الذي ينجز من الإبطال ومن حاجز الإكساء، برحلة التنفيذ التي تتمثل في تسييس ما قضى به المحكم، ما لم تعترضه عائق لا تتعلق بصحته وإنما تتمثل في تمتع المحكوم عليه بوضع قانوني يحصنه من التنفيذ الجبري ضده أو وجوده في وضع صعب يتعذر معه التنفيذ.

التحكيم بين التبسيط والشكلية:

ويتأكد من كل هذه العناصر أن التحكيم، رغم أنه يراود له أن يكون عدالة مبسطة وميسرة، لم ينجح مما أصاب الواقع القانوني من التعقيد وهيمنة الإجراءات processualisation، وأوقع لم يستطع واجب التعاون عن حسن نية بسين أطراف في معاملات التجارية الأولية أن يمنع وجوده، لأن الخصومات أصبح ينسحب ما هو مكتون طبيعيا من مكونات الواقع الاقتصادي والاجتماعي للمؤسسة، ويتحدث الفقه عن ظاهرة مزدوجة تتمثل في غزو القوانين للتحكيم وغرقه في الإجراءات Juridicirisation 1.

خضوع التحكيم إلى قانون مقرر:

لم يتعرض المشرع الجزائري في سوجه صريح إلى مجال تطبيق القانون الجزائي المتعلق في المكان، غير أن ذلك لا ينبغي أن يكون منطبقا على كل تحكيم يجري على إقليم الدولة الجزائرية، ويمكن الاستئناس في ذلك بأحكام المادة الأولى من القانون النموذجي لليونسكو التي كانت تم تعديلها بسنة 2006 والتي تنص على مايلي: The provisions of 2-

this law, except articles 8,9,17 H,17I,17J,35 and 36, apply only if the place of arbitration is in the territory of this State

أساس تطبيق قانون المقرر على التحكيم:

إلا أن مرسوم الحل في ذاته لا يخفي تطور أساسه في نظر الفقه والقضاء، ففي مرحلة أولى، اعتبر الفقيه "نيوبويه" NIBOYET أن التحكيم ليس سوى امتدادا للعدالة الرسمية، ومن ثمة فهو يخضع إلى نفس المبادئ الأساسية التي تسود عمل القضاء العدلي، ومنها مبدأ الفصل إن الفصل الوطني لا يمكن بحال أن يطبق قانونا غير قانونه الوطني LEX FORI، على الأقل فيما يتعلق بالإجراءات والشكليات، ويستند هذا الرأي إلى فكرة مقتضاها أن المحكم إنما هو "مفوض" من السلطة العامة لإقامة العدل في بعض النزاعات التي تستند إليه، وذلك باعتبار التحكيم استثناء من الولاية العامة للقضاء الرسمي، وأن الدولة الديمقراطية تقوم على تقاسم المهام بين سلطات ثلاث هي السلطة التشريعية والسلطة القضائية والسلطة التنفيذية، فلا مكان فيها للتحكيم إلا بغير ما تبيحه القوانين، غير أن هذا الفصل لم يتمكن من الصمود، بالنظر إلى هشاشة فكرة اعتبار أن المحكم منوب من السلطة العمومية لإقامة العدل نيابة عنها، وأنه لا يكون له أن يقضى بسين الناس لو لا وجود قوانين تخول له ذلك، فقد برهن الفقه على أن التحكيم ربما كان أقدم من القضاء الرسمي ومن مؤسسة الدولة نفسها، وبالتالي فإنه لا بد من لهما بوجودة، بل ربما كان العكس هو الصحيح، وهذه الأمسية التاريخية بدعما التطبيق الواقعي حتى في العصور الحديثة، فالتحكيم هو الأصل ولا تدخل السلطة العامة لتنظيمه أو حتى للحد من مجاله، في نزاع الدولة التونسية ضد الجنرال محمود بن عباد3 لم يكن الباي وبن عباد بحاجة إلى نص تشريعي يجيز لها التحكيم، بل وقع التحكيم دون الرجوع إلى أي مرجعية تشريعية كما أن التحكيم في عديد الحالات الأخرى وخاصة منها في النزاعات بسين الدول في شأن المسائل السيادية لا يخضع إلى إطار تشريعي معين، بل هو تكريس لأعراف جرى العمل بها منذ غابر الأزمان ولم ينقطع العمل بها في أي عصر، فالتحكيم لا يحتاج إلى أن يصدر به تشريعا حتى يوجد أو يقوم، بل أوجته الحاجة الإنسانية خارج كل إرادة تشريعية-سياسية.

ومن هذا المنطلق بحث الفقيه السويسري M.G. SAUSER HALL عن سند آخر لهذه القاعدة،

فأنهى إلى أن خضوع التحكيم إلى قانون مقرر إنما يتأسس على فكرة التوطن الموضوعي LOCALISATION OBJECTIVE ونلصق باعتبار أن التحكيم يكون له أوثق الصلات والروابط بمقره أي بالمكان الذي يجري عليه، ولا يتصور أن تكون له صلة أكثر مثانة بمكان أو قانون آخر. وقد استقر العمل على اعتبار التحكيم خاضعا لقوانين المكان الذي يوجد به مقره، وجرى على ذلك التشريع في مختلف أصقاع الدنيا، فاعتمد القانون التونسي هو المختص بالنظر في تعيين المحكمين وعزلهم والتجريح فيهم وإعطاء المساعدة على تنفيذ الإجراءات الوضعية والتصفية التي يتخذها المحكمون وما نهو لاء من سلطة في اتخاذها، كما ينطبق على اختصاصا القضاء التونسي في ما يتعلق بالطنع في قرارات التحكيم، بحيث يكون القضاء التونسي هو المختص بالنظر في إبطل أحكام التحكيم الصادرة بالبلاد التونسية أي كان موضوعها أو أطر أفعالها مع مراعاة الاستثناء الوارد بالفقرة 6 من الفصل 78 من مجلة التحكيم والمتعلق بالتحكيم الذي لا يربطه بالبلد التونسية ولا يربطه بالمقر shore arbitrage الذي لا نجد له نظير في القانون الجزائري الجديد4، كما ينطبق الباب الثالث المذكور أيضا على الإجراءات التي يتخذها المحكمون، فهو الذي ينظم كيفية السير بإجراءات التحكيم في صورة عدم اختيار قانون إجري من قبل الأطراف، كما ينظم صلاحيات المحكمين في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتصفية في ما يتعلق بالمسائل المستعجلة، وكيفية إصدار حكم التحكيم وشكله وأجل النطق به وكيفية إصلاحه أو شرحه أو إتمامه وما يتضمنه من القوانين الوضعية أو الاختيارية وكيفية تحديد القانون المنطبق....

أبعاد قاعدة خضوع التحكيم إلى قانون مقرر:

يترتب عن إقرار خضوع التحكيم إلى قانون سريته بصفة ألية على جميع جوانب المسار التحكيمي، فمقرر التحكيم أهمية كبيرة، خصوصا في النظم التقليدية التي تجعل للقضاء المحلي رقابة واسعة على التحكيم، حيث أن القضاء المختص بذلك هو قضاء البلاد التي يوجد بها مقر التحكيم، وهو ما يجعل لتحديد مقر التحكيم تأثيرا مباشرا على تحديد القاضي المختص لمنح المساعدة للقاضي المحكمين عند وجود عر أقبل وتحديد القاضي المختص أيضا بإبطل أقرار التحكيم أو النظر في الطعون الأخرى الممكن توجيهها ضده. كما أن بعض التشريعات القديمة نسبيا (الصادرة قبل

التحكيم عدالة مختلفة:

يختلف التحكيم عن قضاء الدولة من حيث أن قضاء الدولة تتولاها جهة عمومية، أي أن إقامته العدل بين المتخاصمين ينهض به "أعوان" تابعون للسلطة العامة من حيث تعيينهم وترقيتهم وتدرجهم المهني وتقسيم المهام بينهم، ويصدر القضاء العمومي أحكامه باسم الدولة أي باسم السلطة العامة، بينما يقوم بمهمة التحكيم أشخاص مستقلون عن السلطة العامة ويصدرون أحكامهم باسم العدالة المحضة لا باسم الدولة، وقد كانت لهم في الأصل - وخارج إطار ذلك التحكيم - صفة الأعوان العموميين أو القضاة، وذلك باعتبار أن يجوز قانوناً أن يكون المحكمين عواماً موظفاً عموماً أو غيرهم) أو قاضياً عملاً بالمادتين 1014 و 1016 من القانون الجزائري الجديد 8، وهو مغزى وصف التحكيم في الفصل الأول من مجلة التحكيم بأنه "طريقة خاصة" لغض بعض النزاعات، وقد اعتبر فقهاء القضاء الأردني هذا الاختلاف بين القضاء والتحكيم لا يندى هذا الجانب، إذ جاء بقرار صادر عن محكمة التمييز الأردنية سنة 1968 أنه "إذا لم يكن المحكمون محكمين بالصلح فإن قراراتهم لا تختلف عن قرارات المحكمين إلا من حيث المراجع الذي أصدرها وضرورة تصديقها قبل تنفيذها ولم تمنح المحكمين حصانة أكثر من الحصانة الممنوحة لقرارات التسليم به 9". غير أن هذا الرأي متزعزع فيه ولا يمكن التمسك به في ظل القانون التونسي على الأقل، لأن الفقه ينادي بجمع على أنه العدالة التي يفهمها المحكمين هي "عدالة مختلفة" (une justice différente) عن العدالة التي يفهمها القضاء الرسمي، ويبرز هذا الاختلاف في أن المحكم ليس ملزماً بأن يطبق القانون بنفس الكيفية التي يطبقها بها القاضي، بل إن له مجالاً أرحب للاختيار، خاصة أن القضاء تقتصر رقبته على مدى احترام المحكم لقواعد النظام العام، بحيث لا تمتد الرقابة إلى كيفية تطبيق القواعد التي لا تمهد النظام العام ووجه تأويلها، كما أن المحكم غير ملزم بالقواعد الإلزامية التفصيلية، بل هو ملزم باحترام المبادئ الأساسية لإجراءات العدالة المدنية والتجارية وحسب (المادتين 1056 و 1058 من القانون الجزائري الجديد)، فالفرق بين التحكيم والقضاء يتجلى في الجانب الهيكلي الصرف، وبهم الأساس كيفية السير بالإجراءات وكيفية استنباط القاعدة القانونية وتطبيقها، خاصة أنه من المنظر من المحكم حسب رأي الشراح أن يحصر على استمرارية العلاقة التجارية وروابط الأعمال القائمة بين أطراف الخلاف أكثر من بحثه عن النطق بكلمة القانون بشكل جامد، بخلاف القاضي الذي يحصر بالدرجة الأولى على مطابقة حكمه للقاعدة القانونية الموضوعية العامة والمجردة والفائدة عامة للبعد الفردي الخصوصي.

التشريع الجزائري على درب التوجهات الكونية:

الربع الأخير من القرن العشرين كان يشترط إكساء حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية في البلد الذي صدر فيه وذلك حتى يجوز (إكسار)ه بالصيغة التنفيذية في بلاد أخرى بشرط إكساء المضاعف Double exequatur. وفي صورة تحديد مقر التحكيم بإرادة الأطراف، فإنهم يتحملون نتائج ذلك إما إذا تم تحديده بقرار من المحكمين، فإنه لا ترتب عليه آثار هامة وتبرز أهمية مقر التحكيم في كل المراحل بما فيها المرحلة القضائية، أي مرحلة التنفيذ، ذلك أن بعض التشريعات الصادرة من قبل الربع الأخير من القرن العشرين كان يشترط إكساء حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية في البلد الذي صدر فيه، وذلك حتى يجوز إكساره بالصيغة التنفيذية في بلاد أخرى، كما أن مقر التحكيم هو الذي يحدد كيفية تطبيق قواعد المعاملة بالمثل 5، فيمكن أن يؤدي إلى رفض تنفيذ حكم التحكيم في بلاد معينة غالباً للبلاد التي صدر الحكم على إقليمها على "موة" معاملتها للأحكام التحكيمية الصادرة على إقليم الدولة الأولى في الذكر.

وقد أوضحت محكمة الاستئناف بتونس في قرارها عدد 82 بتاريخ 24 أبريل 2001 أنه لا يجوز أن يقع تقديم الأعراف الدولية على القوانين الوطنية المطبقة بموجبها قانون مقر التحكيم، وذلك في ما يتعلق بتحديد دور مقر التحكيم في سير الإجراءات التحكيمية، إذ جاء به أن "ادعاء طالب التزجيج بوجود قاعدة عرفية في التحكيم الدولي تقتضي تعيين مكتب رئيس هيئة التحكيم مقراً للهيئة المذكورة يبقى ادعاء مجرد لا شيء بالمفرد يؤكد ويعزز فضلاً على أن مثل هذه القاعدة العرفية على فرض صحتها فيها مخالفة لأحكام الفصلين 65 و 66 من مجلة التحكيم وعليه فإنه لا عمل بالقاعدة العرفية المخالفة للنص القانوني".

وقد جاء القرار المذكور على درجة كبيرة من التشدد، إذ أقصى إمكانية تقديم العرف الدولي على القوانين الوطنية (الفصلين 65 و 66 من مجلة التحكيم)، حلل أن الفصلين المذكورين ينصهما قد وردا في الفصل 64 الذي ينص على أن أحكام مجلة التحكيم تكون منطقية في غياب اتفاق مخالف بين الأطراف كما أن الفصلين 65 و 66 نفسهما جاءا بصيغة الجواز مع ترك الحرية للأطراف، وإن جاء بالفصل 543 من مجلة الالتزامات والعقود من أن (إعادة) والعرف لا يخالفان النص الصريح - وقس تأويله من الفقه على أن المقصود به أن العرف لا يخالف النص الأمر، فيمكن أن يقدم على التصوص غير الأمرة أي التكميلية Régles supplétives، أما مسألة وهو ما يتناشئ مع منطق التحكيم الدولي، أما مسألة أولوية العرف الدولي على النص التشريعي غير الأمر فقد كان يمكن التعامل معها بمرئونة أكبر، كالرجوع إلى المبدأ الفقهي القائل إن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً 7.

بعد أن صدر المرسوم التشريعي المؤرخ في 25 أبريل 1993 الذي استلهم من أحكامه من القانون الفرنسي 10، والذي أن سبهم بشكل واضح في تطوير التحكيم في التطبيق الجزائري 11، التفتت السلطة العمومية مجدداً إلى هذا المجال بعد أن أحفظت أن جميع الدول المجاورة مرت إلى مرحلة جديدة تتميز بإصدار تشريعات مستمدة من القانون النموذجي لليونسكوتال، ف تونس أصدرت قانون التحكيم في 26 أبريل 1993 وتلتها مصر عام 1994 وموريتانيا والمغرب ديسمبر 2007. فكان صدور القانون 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ليوم 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي نص بمادته 1062 على أن يسري مفعوله بعد سنة (1) من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية 12.

ولم يرد بهذا النص توضيح لكيفية تحديد مجال تطبيقه على المكان، وإنما يمكن أن يستنتج من بعض أحكامه أنه اقتضى بالتوجه العالمية وخاصة نص تلك المعبر عنها بالقانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL) Commission des Nations Unies pour le Droit International Commercial CNUDCI/United Nations' commission for International Trade Law (الصادر في 21 جوان 1985، ففي إطار نفس التوجه القائل بخضوع إجراءات التحكيم إلى قانون مقر التحكيم، اقتضت المادة 1019 من القانون الجزائري الجديد أن "تطبق على الخصومة التحكيمية الأجل والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

وقد اختار هذا النص - الذي ورد في الفصل الثاني (في الخصومة التحكيمية) من الباب الثاني (التحكيم) - تيسير الإجراءات بأن أوجب تطبيق القواعد الإجرائية المطبقة من قبل المحاكم المدنية والإدارية طالما لم يتفق الأطراف على خلافها.

وما تجدر ملاحظته بوجه خاص هو أن المادة 1043 وما يليها هي التي ميزت التحكيم الدولي بأحكام إجرائية تختلف عما هو مقرر بالنسبة للتحكيم الداخلي، ولم تميز المادة 1019 بين التحكيم الحر (تحكيم الصالات الخاصة) arbitrage ad hoc والتحكيم المؤسسي أو المؤسساتي (institutionnel)، بما يستنتج منه أن المشرع الجزائري يعتبر أن أحكام الإجراءات الجزائرية تطبق على التحكيم الداخلي وحده، خلافاً للتحكيم الدولي الذي يتميز بقواعد أكثر مرونة، وتتبع المشرع الجزائري بالنسبة للتحكيم الدولي نهج القانون النموذجي لليونسكوتال وبعض القوانين المجاورة كالقانون التونسي والقانون الموريتاني،

الذين وضعوا قواعد خاصة بيسير الإجراءات في التحكيم الدولي، تقوم للأساس على أمرين:

- وجوب احترام المحكم لقواعد الإجراءية الأساسية التي لا نزول عنها مهما كان نوع التحكيم،
- تخيير المحكم في تطبيق القواعد الإجراءية التفصيلية المنصوص عليها بقانون دولة مقر التحكيم المتعلقة بالإجراءات المدنية، مع تخويله أيضاً تسيير règlement d'arbitrage تضعه هيئة التحكيم حتى ولو تعلق الأمر بتحكيم حر أو يكون سابق الوضع مثل نظام تحكيم اليونسسترال لسنة 1976، أو حتى تسيير الإجراءات دون تطبيق قانون محدد، بحيث يوجد حلولا عملية وبراغماتية للإشكالات الإجراءية التي تطرح عليها من ظهورها، لا تستند بالضرورة إلى قواعد إجرائية سابقة الوضع أو مكرسة بقانون دولة ما، بل تستند إلى المنطق¹³.

وفيما يتعلق بالتحكيم المؤسسي، فمن المعلوم أن كل مؤسسات التحكيم في العالم تضع قواعد إجرائية خاصة بها تسمى "نظام التحكيم" (règlement d'arbitrage/ Arbitration rules) أو نحو ذلك، وهو ما يعني أن الأصل هو أن اختيار التحكيم المؤسسي يعني أيضاً اختيار قواعد تحكيم المؤسسة المعنية، ويمكن القول أن عدم تطرق القائلون الجزائي صراحة إلى هذه الفرضية بالمادة 1019 لا يفتي بتطبيق هذا الحل، إذ أن اللجوء اختياري إلى مؤسسة تحكيم ما ليست ملزمة على اختيار نظامها الإجراءية، فيعتبر نظام التحكيم منمنجا في اتفاق الأطراف incorporate جزءاً منه، وهو ما أدى بجانب كبير من الفقه ومن فقه القضاء الفرنسي إلى الجزم بأن نظام التحكيم المنطبق هو النظام الجاري به العمل ما لم ينص اتفاق الأطراف على تطبيق تعديلاته اللاحقة¹⁴.

ويتم الطعن في كافة الأحكام التحكيمية الصادرة في المادة الإدارية بنقض الكيفية التي يطعن بها في أحكام القضاء الرسمي، فقد نصت المادة 977 من قانون الإجراء المدنية والإدارية الجزائي الجديد على أن "تطبق المحاكم القضائية الإدارية في هذا القائلون المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن فيها على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية".

وبالنسبة للأحكام التحكيمية الصادرة في المادة التجارية، يوضح بالرجوع إلى أحكام المواد 1032 و 1033 و 1034 أن أحكام التحكيم الداخلي لا تقبل المعارضة من الغير¹⁵ وأنها تقبل الاستئناف ما لم يتنازل الأطراف عن حق الطعن بهذه الطريقة¹⁶، وتكون الأحكام الصادرة في إطار الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالاستئناف¹⁷، أما أحكام التحكيم الدولي فاقطعت بنقض المادة 1058 أنه يجوز الطعن فيها بالبطلان في الصور المنصوص عليها بالمادة 1056 المتعلقة بصور رفض طلب منح الصيغة التنفيذية، وهذه الصور هي:

1- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.

2- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

3- إذا لم يراع مبدأ الرواجية.

4- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكماً أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

5- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

ويستنتج من ذلك أن قاضي الاستئناف رقبة شاملة على حكم التحكيم، تشمل الأصل والإجراءات، وتغطي مسائل الإجراءات جميعاً دون استثناء، ويتيح لمحكمة الدرجة الثانية التحقق من صحة جميع الإخلالات الإجراءية في إطار المفهوم الناقل للاستئناف effet dévolutif (الجزء الأول)، وفي حين أن قاضي الإبطال شأنه شأن قاضي التنفيذ في إطار التحكيم الدولي المجري بالجزائر لا يمارس سوى رقابة محدودة تستهدف التحقق من توفير الضمانات الأساسية للمتقاضين وتوفر المقومات الجوهرية التي لا نزول عنها لعدالة المحاكمة التحكيمية (الجزء الثاني).

الجزء الأول: رقابة التصحيح (الاستئناف):

يقضي المفهوم الناقل أو التفلي أو الانتقالي الذي يترتب عن الطعن بالاستئناف أن تزول إلى محكمة الدرجة الثانية جميع صلاحيات محكمة الدرجة الأولى وخصائصها، فهي تعيد النظر في النزاع بجميع مناهبه وأوجه، ولا تهدف قاضيا إلى التصحيح بلإعلاء حكم البداية أو إقراره على حاله، بل يجوز لها أن تصححها مهما كان وجه الخلل الذي يشوبه، وبالنسبة للإجراءات يقضي ذلك أن محكمة الدرجة الثانية لا تقتصر على مراقبة توفر المقومات الأساسية لمحاكمة العادلة بل يمكنها أن ترتب البطلان على كل خلل إجرائي، وتميز في ذلك بين الإخلالات الصادرة عن أحد الخصوم وخاصة المدعي، إذ لا تقتضي بالبطلان إلا إذا تم خرق قاعدة أساسية أو تسبب الخلل في ضرر لتطرف الآخر (المبحث الأول). ولكن إذا كان الخلل صادراً عن المحكمة فتور محكمة الدرجة الثانية هو تصحيحه ولا يمكن أن يترتب عنه بطلان الحكم ومحو الإجراءات فقط (المبحث الثاني).

المبحث الأول: شمولية رقابة قاضي الدرجة الثانية على الإجراءات:

اختار المشرع الجزائي نظاماً يجعل الاستئناف هو الأصل مع جواز الاتفاق على استبعاده بإرادة الأطراف وهو عكس خيار القانون التونسي الذي جعل التحكيم يجري مبدئياً على درجة واحدة وأجاز للأطراف في التحكيم الداخلي أن يتفقوا على أن يجري على درجتين كما هو شأن المحاكمات المدنية العادية، وذلك في ما يخص التحكيم الداخلي فحسب، وبشرط أن لا يكون تحكيميا طبق قواعد العدل والإنصاف (تحكيميا مطلقاً حسب المصطلح

البلناني).

أما في مجال التحكيم الدولي فلم يجعل المشرع الجزائي الطعن بالبطلان طعناً وحيداً وإقصائياً على غرار ما قرره المشرع الدولي والقوانين المتأثرة به، بل جعل منه إمكانية، إذ وردت المادة 1058 (التي نصت على أنه "يمكن أن يكون حكم التحكيم الصادر في الجزائي موضوع طعن بالبطلان...") في الفصل السادس المقتطع بـ "الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي". وليس في خصوصية هذه الأحكام ما يدا على استبعاد الطعن بالاستئناف من مبدان التحكيم الدولي بل يستنتج من هيكله النص أن الطعن بالإبطال طعن إضافي يضاف إلى طعن الشريعة العامة¹⁸ لا recours de droit commun أي الاستئناف، وفي رأينا فإن هيكله القانون تحتث البلية في الأذهان إذ لا يفهم منها ما إذا كان بالبطلان مزارسة الطعنين معاً، مع ما في ذلك من تضارب واختلاف في الإجراء وأدوار "النقض". وبعداً عن هذا النقاش حول الإطار العام للطعن في حكم التحكيم بحسب نوعه (داخلي/دولي)، ألم يكن المشرع الجزائي في حاجة إلى بيان نطاق رقابة محكمة الاستئناف على حكم التحكيم، إذ أن المسألة تخضع إلى القواعد العامة للاستئناف، والتي تجعل لمحكمة الدرجة الثانية رقابة كلية على كافة عناصر النزاع الذي ينتقل إليها برهته فتعيد النظر فيه كما لو لم يقض فيه أبداً، وهي لا تتقيد بالإبطال الطعن، حيث يمكن للطاعن أن يقتصر طعنه على بعض فروع الحكم دون البعض الآخر، فيقتصر المفهوم الناقل على ما تسلط عليه الطعن فحسب.

وتشمل رقابة القاضي الاستئنافي الإجراءات بجميع أحكامها وفروعها، فلا يقتصر على التحقق من احترام القواعد الإجراءية فحسب، بل يمكنه أن يتحقق في مدى احترام القواعد الإجراءية التفصيلية وغير الأساسية، وقد يقع أن يقتصر الطعن على جانب إجرائي معين فلا تجد المحكمة بدا من مراجعة الإجراءات بكاملها لما فيها من ارتباط وتكامل. وفي الواقع يصعب فهم الرقابة على الإجراءات في جانب معين، إذ أن الأمر لا يتعلق بموضوع نزاع مستقلة بل بأرضية للبت في كامل النزاع، لأن الإجراء الواحد يهدف إلى البت في كل فروع النزاع مجتمعة.

المبحث الثاني: صلاحية قاضي الاستئناف لتصحيح الإجراءات:

يمكن موطن الاختلاف الثاني بين رقابة قاضي الإبطال ورقابة قاضي الاستئناف في أن قاضي الدرجة الثانية لا يستهدف من وراء الرقابة التي يجريها تسليط نزاع أو الإخلالات الإجراءية، بل غاية تصحيح ما أخل منها، فيقدر ما تكون رقابة قاضي الدرجة الثانية على الإجراءات واسعة فائدها أقل خطورة من رقابة قاضي الإبطال رغم تضيقها،

ذلك أن الترتيب المشار إليه والذي عوض اتفاقية بروكسل المتعلقة بإحكام الأحكام الصادرة على إقليم دولة عضو بالصيغة التنفيذية، يقوم على مبدأ الثقة المتبادلة بين محاكم البلدان الأعضاء وهو ما أدى إلى التخلي عن المطلق التسلطي للإكساء بالصيغة التنفيذية exequatur وحذف الرقابة التي تجر بها محاكم بلد ما على ما تقر محاكم البلد الآخر، ومن هذا المنطلق فإن إصدار أمر بمنع شخص من القيام لدى محاكم دولة أخرى يعد مخالفا لمبدأ الثقة المتبادلة إذ أنه يقوم ضمنا على أمر موجه لمحاكم الدولة الأخرى لرفض التعهد بذلك الدعوى، بدعوى وجود اتفاقية تحكيم محكمة قانونا، حال أن الثقة تقتضي ترك الكلمة لمحكمة المعنية عندما ترفع إليها الدعوى، حيث يفترض فيها أن ترفض الدعوى كلما تبين لها أن اتفاقية التحكيم المزمومة موجودة وصحيحة قانونا ووقع التمسك بها طبق القانون.

2- مدى جواز التدخل لتوجيه أوامر تعطيل الإجراءات التحكيمية:

يقصد باستقلالية الإجراءات التحكيمية autonomie de la procédure arbitrale عدم امتزاجها بالإجراءات القضائية مع ما يقتضيه ذلك من نأي بالإجراءات التحكيمية عن رقابة المحاكم أو إمكانية تدخلها لتوجيه تعليمات أو أوامر إلى المحكمين¹⁹، فالأمر يقتصر على مراقبة لاحقة يمكن أن تمارسها المحكمة المختصة على حكم التحكيم لا غير²⁰، وفيما ذلك لا تكون المحكمة من علاقة مع التحكيم دعا ما يستوجب الأمر من نظر على وجه الاستثناء في النزاعات المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم (تعيين- عزل- تجريح)، ولا يمكن اعتبار أن هذا التدخل في تشكيل هيئة التحكيم يمكن أن يكون مخلا في ما بعد للتعامل مع الحكم على أنه مساعد للقضاء، فالتحكيم "عدالة أخرى" أو "عدالة مختلفة" أو "عدالة موازية" justice parallèle لها كيانها الخاص شأنها شأن القضاء الرسمي، فلا سلطة لأحدهما على الآخر خارج ما قرره القانون من أوجه التعاون بينهما في مادة الإجراءات الوسيطة والتحكيفية ولا يتعلق بقرارات المساعدة التي تمنحها المحاكم للتحكيم للحصول على الأدلة وتحقيق الدعوى. فلا يحق للمحكمة أن تتخذ أي نوع من الإجراءات التي شأنها أن توحى بنوع من التبعية التي تريد فرضها على الحكم، من ذلك أنه لا يجوز للمحكمة أن تحرر على المحكمين أو أن تستجوبهم²¹.

على أنه يلاحظ أن تتبع القضاء التونسي بمجمل هذه المبادئ لم يمنع وجود توجه نخشى أن يكون قرارا نحو الحد من استقلالية إجراءات التحكيم وتخويل المحاكم التدخل في سير الإجراءات قبل تحكيمها خال أن بإمكان المحكمين ماديا وقانونيا أن يواصلوا السير في الإجراءات على النحو الذي يقدرون أنه الأنسب والأكثر ملائمة لمقتضيات القسانون الإجراني

القضاء في سير إجراءات التحكيم إطلاقا وأن التدخل بأي صيغة كانت يحتاج نصا صريحا يفعله وفي حدود ما يقتضيه النص، ويتضح من مراجعة أحكام القانون الجزائري الجديد أنه يقر قاعدة مقتضاها أن القاضي لا يتدخل في إجراءات التحكيم طالما كانت جارية بل يقتصر على رقابة بعدية ex post في إطار إجراني محدد، وهو طلب الإبطال أو طلب الإكساء بالصيغة التنفيذية.

القسم الأول: مبدأ عدم جواز تدخل القضاء خلال الإجراءات التحكيمية:

لا يحق للقضاء الرسمي أن يتدخل لتوجيه إجراءات التحكيم في اتجاه أو آخر، لأن مراد الأطراف إنما هو اللجوء إلى "عدالة مختلفة أو مغايرة"، فلا يجوز للقاضي أن يضعف المحكم لسيطرته ليصدر الأحكام بطريقة غير مباشرة، وتلك فالقاعدة أن تدخل القاضي لإجراء الرقابة لا يقع إلا بعد صدور حكم التحكيم، غير أن الطرف قد تقضي منه التدخل خلال سير التحكيم، فينبغي أن يكون تدخله استثنائيا ومحدودا ومقتصرا على رقابة دنيا.

1- مبدأ عدم جواز التدخل لتوجيه إجراءات التحكيم:

أصبح عالم التحكيم الحديث يشهد تطبيقات وطواهر قانونية معقدة، ويرجع ذلك إلى أسباب متعددة ومتعددة منها على وجه الخصوص مجابهة الأنظمة القانونية بعضها لبعض حيث ظهرت الاختلافات والتباينات، إذ أن أطراف النزاعات التحكيمية أصبحوا يبتغون إلى أفاق حضارية وقانونية مختلفة، شأنهم في ذلك شأن المحكمين المحامين والمستشارين، ومن الطواهر الحديثة، ظاهرة واقعة من اجتازا التمثل في الجوء إلى المحاكم للحصول على أمر بمنع مواصلة إجراءات قضائية لدى محكمة أو هيئة أخرى أو لمنع توصلها.

ففي قضية تتعلق بالأضرار البحرية الناجمة عن اصطدام سفينة بجسم بحري آخر، بين شركة West Tankers Inc ضد شركة Allianz SpA أصدرت محكمة الجليزية أمرا بمنع أحد الأطراف من رفع النزاع إلى المحاكم الإيطالية بشأن هذه القضية. توجد اتفاقية تحكيم ترفع الأمر إلى القضاء الإيطالي بعد خرقا لمبدأ اختصاص هيئة التحكيم في وجود اتفاقية تحكيم لا يثبت بطلانها.

وقد رفعت شركة Allianz SpA الأمر إلى محكمة Cour de Justice des Communautés Européennes في قرارها الصادر بتاريخ 10 فيفري 2009 أن "الأمر الهادف إلى منع شخص من القيام بإجراءات أو بمواصلة أممها محاكم دولة أخرى في عضو في الاتحاد الأوروبي، بدعوى أن تلك الإجراءات منقضة لاتفاقية تحكيم، يعد مخالفا لترتيب بروكسل Règlement de Bruxelles عدد 2001/41 "18.

إذ أن قاضي الإبطال يمكنه تلافي الخلل الذي يعتري أي إجراء أخذه المحكم، فالفعال الانتقالي يجيز له أن يقوم بالإجراء من جديد طبق الأصول القانونية دون أن يرتب عن ذلك البطلان.

لكن يتجه هذا التفسير بين نوعين من الإجراءات: فالإجراء التي يقوم بها الأطراف وخاصة المدعي لا يمكن تصحيحها من قبل المحكمة إلا إذا كان القانون يجيز تصحيحها، وهو أمر مستبعد إذ أن الأصل أن تدارك البطلان وتسويته régularisation ينبغي أن يقع أمام محكمة الدرجة الأولى (هيئة التحكيم)، أما الإجراءات التي تقوم بها هيئة التحكيم أو مساعدوها بموجب إذن مناد (كالخبراء والمترجمين) فهي التي يمكن تدارك إخلالها، لأن محكمة الدرجة الثانية تحل محل محكمة الدرجة الأولى وتقوم بنفس وظائفها في حدود نفس الصلاحيات.

الجزء الثاني: الرقابة الدنيا (رقابة قضاء الإبطال والتفليس):

على الرغم من أن المادة 1060 من القسانون الجزائري الجديد تنص على أن "يوقف تقسيم وأجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055 و1056 و1058 تنفيذ أحكام التحكيم"، مما يجعل للطلعن بالإبطال أثر مشترك مع الاستئناف وهو الأثر التعليلي أو الوقفي effet suspensif فإن ذلك لا ينفي اختلاف جوهر كل واحد منهما وكنهه، فرقابة قاضي الإبطال محددة بما ورد بالمادة 1056 التي بينت الصور التي يمكن فيها الطعن بالإبطال، وهي صور محددة لا يمكن الخروج عنها ولا الزيادة فيها، تشترك الرقابة المجراة عند الطعن بالإبطال اقتضرت إلى الإحالة إلى الحالات التي يجوز فيها الطعن في الأمر بتنفيذ أو قرار رفض منح صيغة التنفيذ، فالرقابة المجراة على حكم التحكيم هي رقابة بعدية الأساس، اختراما لاستقلالية إجراءات التحكيم (المبحث الأول)، وهي رقابة ينبغي أن لا تتجاوز التحقق من احترام مبادئ الإجراءات الأساسية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: رقابة بعدية بالأساس:

من المبادئ التي أصبحت راسخة في التشريعات الحديثة وخاصة منها المتأثرة بالقسانون النموذجي للونستر إلى قاعدة استقلالية الإجراءات التحكيمية، التي عبر عنها القانون النموذجي للونستر إلى لسنة 1985 في أحكام المادة 5 التي مقتضاها أنه لا يجوز للمحكم أن يتدخل في أي مسألة من المسائل المشمولة بالقسانون النموذجي إلا في الأحوال والصور المنصوص عليها بأحكامه:

Article 5. Extent of court intervention
In matters governed by this Law, no court shall intervene except where so provided in this Law.

ويسمى هذا النص أن الأصل هو عدم تدخل

يجريها قاضي الإبطال هي ذاتها التي يمارسها القاضي بمناسبة النظر في مطلب من المصلحة التنفيذية، كما يخلط بل حكم التحكيم برفض به طلب الإكساء بالصيغة التنفيذية، والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى تناقض الأحكام، حيث يقع إبطال حكم بمنح صيغة تنفيذية، أو برفض من المصلحة التنفيذية لحك رفض طلب في التصريح بطلانته، وقد أدى ذلك المشروع التوسسي إلى إقرار قاعدة متضادة أن الحكم برفض الإبطال يعادل الحكم بالإكساء بالصيغة التنفيذية ويغني عنه²⁵.

ويعمار القضاة رقابة محدودة جدا على منهجية تحديد القسطنطين المنطوق على الإجراءات كما هو الشأن بالنسبة للقانون المنطوق على أصل النزاع، وفي ما يتعلق بكيفية تطبيق هذا القانون الجزائي يكرس القسطنطين الجزائي على غرار القسطنطين التوسسي التفرقة بين القواعد الإجرائية الأساسية والقواعد الإجرائية غير الأساسية، بحيث لا تظل رقابة الإبطال وقاضي الإكساء، كيفية تطبيق القواعد الإجرائية غير الأساسية.

الفرع الأول: حدود الرقابة على منهج تحديد القانون المنطوق على الإجراءات:

من المبادئ البديهية في مجال التحكيم أن القضاء بطلان حكم المحكمين لا يقع إلا في الصور المنصوص عليها حصرا بالقانون، وطالما لم ينص القانون بوجه صريح على إبطال حكم المحكم بسبب الخطأ في تطبيق منهج تحديد القانون المنطوق على الإجراءات التحكيمية، لا يمكن أن يكون بطلان الحكم مخالفة إلا في صورة مخالفة الأطراف مخالفة صريحة وواضحة وذلك إذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون جزائي معين بينما طبق المحكمون قانون آخر، ذلك أن احترام إرادة المحكمين تعد من قواعد النظام العام الدولي.

وجدير بالملاحظة أن المادة 1043 من القانون الجزائي الجديد المتعلقة بالتحكيم الدولي تميز لأطراف الاتفاق على تطبيق قانون جزائي أجنبي أو نظام تحكيم، لكامله، تنص على حرية المحكمين أيضا في اختيار تطبيق قانون جزائي أو السير بالإجراءات دون الرجوع إلى قانون أو نظام محدد، غير أن ذلك لا يمكن أن يفهم منه أن قواعد الإجراءات الواردة بالمادة 1019 وما يليها أمرة أو تهم النظام العام، بسبيل جواز اتفاق الأطراف على خلافها.

الفرع الثاني: عدم تسليط رقابة على كيفية تطبيق القواعد الإجرائية غير الأساسية:

أقتضت المادة 1056 من القانون الجزائي الجديد أن منح الصيغة التنفيذية يمكن رفضه في صورتين أحدهما عدم احترام حق الدفاع في صورة تناقض تعيل حكم التحكيم، ويستدل من ذلك على أن خرق القواعد الإجرائية الأخرى لا يرتب عنه البطلان ولا يحق للمحكمة أن تستبسط صورا أخرى بدعوى الاجتهاد

مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو لأطراف بالالتفات مع هذه الأخيرة أو للطرف الذي يهيم التبعيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم أن يطلبوا بموجب عرضة تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي²⁶.

ومن الواضح أن القاضي الذي يتقدم إليه أحد الخصوم أو هيئة التحكيم بطلب من أحد الأنواع المبينة بالأحكام المذكورة أعلاه (والتي سهت عن صورة طلب التراجع/ القسود في محكمكم récusation/challenge) يجري نوعا من الرقابة على الإجراءات التحكيمية، لكن أين تقف حدود هذه الرقابة؟

لا شك أن غياب نص واضح في هذا الشأن في القانون الجزائي وغيره من القوانين كالفقهاء التونسي يجعل مهمة القاضي محفوفة بالمخاطر فالأطراف في الرقابة يهدد توالف التحكيم نفسه، إذ قد يطلق القاضي بده لمرأفة جميع جوانب العملية التحكيمية فيستند إلى أي خلل يبدو له (وقد لا يصيب في تقدير وجود الخلل) للقضاء برفض منح المساعدة للمحكمين أو لأطراف أو فيتوقف التحكيم فعليا ولا يجد الأطراف طريقا لتجاوز ذلك العائق، إذ أن لاجئهم إلى القاضي إما كان لطلب المساعدة على تجاوزه.

2-3 الرقابة على اختصاص المحكم:

تشمل الرقابة على اختصاص المحكم خصوصا التوسس من صحة اتفاقية التحكيم، وقد ذهب القضاء التونسي في ذلك مذهبا بعيدا وخطيرا ينبغي التنبه إلى خطورته والابتعاد عن مساره، إذ أن رفض الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف يتوسس في عدد من القضايا طلب تعيين محكم بسبب وجود منازع في صحة اتفاقية التحكيم أو حتى في صحة العقد الذي يتضمن اتفاقية التحكيم، فقد عثر الرئيس الأول في بعض الأحكام أنه يتدخل كقاض استعجالي، وبالتالي ينبغي عليه أن يتقدم بضوابط الفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية الذي وجب أن لا يتدخل القاضي الاستعجالي إلا إذا توافر عنصران: التاكد (الخطر الملم أو الداهم) وعدم المساس بالحق، واستند إلى المعيار الثاني ليقضي برفض مطالب التعيين كلما وقعت منازع في صحة اتفاقية التحكيم على أساس أن مسائل البطلان إنما تعد من المسائل الأصلية بطبيعتها.

وتتمثل خطورة هذا الحل في أنه يضع حدا لإجراءات التحكيم قبل انطلاقها مع أنه لا يقع البت في مسألة صحة اتفاقية التحكيم، وبالتالي لا يحق لأطراف الرجوع إلى القضاء الرسمي لعرض النزاع عليه، فينتهي الأمر عمليا إلى نوع من إنكار العدالة de juri de justice.

القسم الثاني: رقابة بعيدة مركزة على القواعد الإجرائية الأساسية:

من القواعد البديهية في مجال التحكيم أن الرقابة التي

المنطوق من ذلك أن محكمة الاستئناف يتوسس قد قضت في مناسبتين على الأقل بإبطال هيئة التحكيم بتعلق إجراءات النظر في القضية إلى حين البت قضائيا في مطلب تراجع/ قدح قدمه أحد الخصوم ضد أحد المحكمين أو جميعهم، مع أن الفصل 51 من مجلة التحكيم يعلن بوضوح مبدأ استقلالية إجراءات التحكيم (de la procédure) Autonomie de l'arbitrage) إذ ينص على أنه "لا يجوز لأية محكمة أن تتدخل في المسائل التي هي موضوع اتفاقية تحكيم دولي إلا عملا بأحكام هذه المجلة"، وهو ما يعني بـتجاهل أنه في غياب نص صريح يخلو للمحكمة أن تتدخل في سير التحكيم في مرحلة معينة، لا يجوز لتلك المحكمة أن تتدخل في مسألة تحكيم أصلا، أما إذا وجد النص الخاص فإن التدخل يكون محدودا وخصوصا بذلك الإطار، وهو الأمر المنطوق في ما يتعلق بتطبيق الإجراءات أو لوجود دعوى في التراجع، حيث يفترض أن توقف الهيئة التحكيمية الإجراءات من تلقاء نفسها، ولا يمكن غضبها على ذلك، فإن امتنع عن ذلك جاز طلب إبطال حكمها إثر صدوره وإن ثبت أن خرق القواعد الإجرائية القضائية بموجب تعلق النظر أدى في نفس الوقت إلى خرق قاعدة إجرائية أساسية، كوجوب احترام حق الدفاع وذلك إذا عمد طالب التراجع إلى التخلّف عن الجلسات التي تعقد ها هيئة التحكيم في الفترة الفاصلة بين رفع طلب التراجع والبت فيه، حيث يعتبر القضاء بأعمال إجرائية في تلك الفترة في مغبته خصوصا في الدفاع عن نفسه وخرقا لمبدأ المساواة بينه وبين خصمه، طالما أن تخلّفه عن الحضور مبرر قانونا ولا يمكن أن يؤخذ عليه²⁷.

3- الرقابة الاستثنائية بمناسبة منح المساعدة التحكيم:

يمكن أن يتقدم الأطراف أو المحكمون بطلب إلى القضاء الرسمي خلال سير إجراءات التحكيم للمساعدة على حسن سير الإجراءات، فالأطراف يمكنهم أن يطلبوا من المحكمة مساعدتهم على إتمام تشكيل هيئة التحكيم أو تصحيحه أو على تنفيذ أحد القرارات أو الوصية أو التصحيحة التي اتخذتها هيئة التحكيم، كما يمكن للمحكمين طلب المساعدة على إنفاذ قرار تهديدي اتخذوه يتعلق خصوصا بالإثبات وجمع الأدلة²⁸، وفي هذين الصورتين يمكن للمحكمة أن تجري في رقابتها على صحة تشكيل هيئة التحكيم وعلى اختصاص المحكم.

1-3 الرقابة على صحة إجراءات تشكيل هيئة التحكيم:

يقول القانون الجديد لأطراف الرجوع إلى القضاء لطلب المساعدة على فض الإشكالات لتأجيل الصعوبات المتعلقة بتعيين المحكمين وعز لهم واستبداد²⁹.

وتنص المادة 1048 على أنه "إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد

الاستئناف بتونس ضمنيًا في قرار قضية "هادية" ضد شركة "جات"30، في

1- مرونة الإجراءات التحكيمية:

تتجلى المرونة من خلال أحكام المواد من 1019 إلى 1024 من قسولون الإجراءات المدنية والإدارية، فالمادة 1019 تقر مبدأ حرية اختصار طريقة السير بالإجراءات وتبني لأطراف الاتفاق على تغييرها بطريقة مغايرة لما هو وارد بالمواد الموالية لها، بينما تبين المواد من 1020 إلى 1024 القواعد الإجرائية التي يقع إتباعها إذا لم يختار الأطراف أو المحكمون قواعد إجرائية أخرى، كما تجيز المادة 1043 ضبط الإجراءات بالاستناد إلى قسولون يتم اختياره من الأطراف أو نظام تحكيم، دون ربط ذلك بطبيعة التحكيم من كونه حرا أو مؤسسيا، بما يفيد أنه يمكن تطبيق نظام تحكيم مؤسسة قائمة حتى في صورة التحكيم الحر.

وفي صورة التحكيم الحر تتولى هيئة التحكيم تنظيمه بتحديد الإجراءات الواجب إتباعها ما لم يتفق أطراف النزاع على خلاف ذلك أو يفضلوا إتباع نظام تحكيم معين.

وفي صورة التحكيم لدى مؤسسة تحكيم فإن هذه المؤسسة تتولى تنظيمه طبق لنظامها.

وفي جميع الصور تراعي المبادئ الأساسية للمرافعات المدنية والتجارية، خاصة منها المتعلقة بحق الدفاع.

ومن جهة نص الفصل 64 من نص المجلة على أن المبدأ في التحكيم الدولي هو أن ينظم المحكمون الإجراءات على النحو الذي يرونه ملائما مع احترام اتفاق الأطراف، هو عين ما نصت عليه المادة 1036 من قسولون الإجراءات المدنية الهولندي:

"Sous réserve des dispositions du présent Titre, la procédure arbitrale est conduite de la manière convenue par les parties Ou, dans la mesure où les parties n'en sont pas convenues, telle que le tribunal l'a déterminé". غير أن هذه الحرية تبقى هيئة احترام المبادئ الأساسية للإجراءات، وخاصة منها مبادئ المساواة بين الخصوم والموجهة بينهم ومبدأ الحياد الأخلاقي (impartialité) لهيئة التحكيم وحسن النية31.

ويتجلى من ذلك أن المحكم ملزم بقسط باحترام "القواعد الأساسية لتنظيم الإجراءات المدنية والتجارية". أما سائر القواعد ومنها ما يتعلق مثلا بمكان اجتماع المحكمين، فهي اختيارية وجوازية، فيصرف المحكم في شأنها على النحو الذي يراه ملائما ولا تترتب على خرقها أو حرفها32.

1-1 وجوب احترام القواعد الأساسية

وقد أوجب الفصلان 13 و 63 من مجلة التحكيم على المحكم احترام قواعد الإجراءات الأساسية "في كل الحالات" أي سواء كان التحكيم حرا أم مؤسسيا.

العالة أو تصورها27، أما فقه القضاء الأوروبي فاعتبر أنها النظام العام الإجرائي الدولي بينما اعتبرها الفقه المبادئ كونه أو عبر دولية transnationaux لتحتاج إلى أن يقع تكريسها بنص تشريعي28.

ولما كانت هذه القواعد ضرورية لإقامة العدل ولا يمكن تصور قيامه دون احترامها فإن ميدان تطبيقها غير محدد بمكان، بل هي تنطبق أينما وجد مقر التحكيم ومهما كان القانون المنطبق على الإجراءات، وينتج عن ذلك أن القساضي الوطني "مقابل" (مذنيا) على مخالفتها في حضور معياري (المقرة 2 من المادة 102) من القسولون النموذجي للونسولون أ ل في غيبتها، وخصوصا في إطار إجراءات الإكساء بالصيغة التنفيذية، فلا يمكن للمحكم أن يدافع عن حكم تحكيم لا يحترم هذه المبادئ أو بعضها بدعوى أنه صدر وفق قانون بلاد أخرى أو نظام تحكيم مؤسسة ما، بل أن القاضي يرضى رفض الإكساء بالصيغة التنفيذية كلما تبين له خرق أحد تلك المبادئ أي أكان مكان التحكيم أو القسولون المختار، وهو ما يتأكد من الإطلاع على أسباب رفض الإكساء المنصوص عليها بالمادة 1056 من القسولون الجزائي، والتي تتجاهل في هذا الباب محتوى القسولون المنطبق على الإجراءات حتى ولو كان قانونا أجنبيا كما يأتي بيانه.

وقد تبين فقه القضاء في تونس موقفا مرنا وواضحا إزاء ما يسميه المشرع "المبادئ الأساسية للإجراءات" في التحكيم (الفصلان 13 و 42 من مجلة التحكيم)، فقد اعتبرت محكمة الاستئناف بتونس في أكثر من قرار أن المبادئ الأساسية للإجراءات هي تلك التي لا يمكن تصور محاكمة عادلة أن يقع احترامها، وهي مبادئ احترام حقوق الدفاع والمساواة بين الخصوم والموجهة بينهم ومبدأ حياد هيئة الحكم بالمعنى الأخلاقي للحياد (impartialité)، أما القواعد الإجرائية الأخرى فلا تعد من قبيل القواعد الأساسية للإجراءات ولا تترتب عن خرقها البطلان، وقررت المحكمة مثلا أنه لا موجب للنظر في إذا كانت هيئة التحكيم قد سوت لنفسها فعلا الحكم لصالح دعوى معارضة قام بها المطلوب وتجاوزت من حيث مرماها نطاق الدعوى الأصلية، باعتبار أن قساعة أو تباطؤ نطاق الدعوى المعارضة بسنطاق الطلبات الأصلية ليست من القواعد الأساسية للإجراءات المدنية والتجارية29.

ومن ناحية أخرى، فقد كرس فقه القضاء الصيغة الأخلاقية للإجراءات التحكيمية، وتلك من خلال توسيع نطاق العمل بمبدأ عدم جواز التناقض للإضرار بالإجراء المدني (le principe de l'estoppel) الذي أدرجه المشرع في الباب المخصص للتحكيم الدولي، ومع ذلك فقد اعتبرت محكمة التعقيب أنه يجب العمل أيضا في مادة التحكيم الداخلي كما طبقته محكمة

لأن الاجتهاد ينبغي أن يكون إيجابيا أي لفائدة المرونة لا بسرمدة التشدد لأنه لا يجوز أن يكون التأويل مدعاة لمزيد التصديق أبدا.

المبحث الثاني: رقابة لا تطل سوى المبادئ الإجرائية الأساسية:

تميز القواعد الإجرائية الأساسية بأنها أحكام ذات تطبيق كوني فالمشرع الوطني (مستلها أحكاما من القسولون النموذجي للونسولون أ) يميز للقساضي الوطني إجراء رقابة على احترام هذه المبادئ ولا ينزل عن تلك الرقابة حتى إذا أدرج التحكيم وفق قانون إداري أجنبي، فتتحول هذه الرقابة بطريقة غير مباشرة إلى مسيلة لمراقبة القسولون الأجنبي أو نظام الإجراءات التحكيمية المطبق للتحقق من مدى احترامه للضمانات الأساسية لعدالة المحاكمة التحكيمية (القسم الأول)، ويهدف استبعاد الرقابة على قواعد الإجراءات غير الأساسية إلى تحقيق مرونة إجراءات التحكيم (القسم الثاني).

القسم الأول: القواعد الإجرائية الأساسية، أحكام ذات تطبيق كوني:

تنص المادة 2 من القسولون النموذجي للونسولون أ أنه "باستثناء أحكام المواد 9 و 17 (هـ) و 17 (...) و 17 (...) و 35 و 36 من ذات القسولون، لا تنطبق أحكام القسولون النموذجي إلا إذا كان التحكيم واقعا في تراب الدولة المعنية، أو إذا وقع اختيار هذه الأحكام من قبل الأطراف أو من قبل هيئة التحكيم".

ومدلول ذلك أن المواد المشار إليها تنطبق بقطع النظر عن توفر معياري مقرر التحكيم وإرادة الأطراف من عدم ذلك، ونضيف إلى ذلك أن المادة 1019 من القسولون الجزائي الجديد لم يربط تطبيق أحكامها بأي شرط جغرافي بخلاف أن المواد الموالية جاءت جميعها بعبارة "الخصم يرضى جواز اتفاق الأطراف على خلافها، بخلاف المادة 1056 التي تنص على أنه يقع رفض منح الصيغة التنفيذية إذا خرق الحكم التحكيمي مبدأ الوجاهية. ويتبين من ذلك أن الأحكام ذات الطابع الكوني، أي التي لا تنطبق بسجل تطبيق محدد في المكان، تتعلّق بتوزيع الاختصاص بين القضاء الوطني والتحكيم بالمبادئ الأساسية للإجراءات المدنية والتجارية وبالإكساء بالصيغة التنفيذية30.

وتخص المادة 1056 من القسولون الجزائي الجديد بعض القواعد الإجرائية بنظام خصا يمس بها عن درجة القواعد الإجرائية العادية ويربو بها عن كل إمكانية لخرقها دون تدخل القضاء لمجازة ذلك الخرق تلك الخرق بواد حكم التحكيم وإنهاء وجوده أو مفعوله قانونا، وقد سميت هذه القواعد بالقواعد الأساسية للإجراءات المدنية والتجارية ويسمى القضاء التونسي المكانة التي هي بها جديرة فأكده أنه لا يجوز خرقها في أي ظرف بأي علة كانت، لأنها تمثل القواعد التي لا يمكن دون احترامها تحقيق

الشخصي.

ونتيجة لهذا المنطق، فقد اعتبرت محكمة الاستئناف بتونس في قرار آخر (يقتل أيضا بالتحكيم الداخلي) 37 أن الأحكام القانونية المتعلقة بضبط نطاق دعوى المعارضة كما نظمها مجلة المرافعات المدنية والتجارية ليست من القواعد الأساسية للإجراءات، وبالتالي يكون المحكم من أجل من تطبيقها بالأحرى لا رقابة عليه في كيفية تطبيقها ولا لثرب عليه إن أساء العمل بها.

ويلتقي هذا التوجه القضائي مع اتجاه عام في قانون التحكيم في العالم 38، ففي إنجلترا، كتب أحد الفقهاء معلقاً على أحد الأحكام ليس بالضرورية من أهل القانون فقال:

"we must not insist upon a too minute" observance of the regularity of forms persens who naturally by their education or by their opportunities cannot be supposed to be familiar with legal procedure, and may accordingly make slips in what is a mere matter of form without any interference with the substance of their decision. I should be anxious myself, as i have no doubt all your Lordships would, to give every effect to their decisions; on the other hand, there is some principles of justice which it is impossible to disregard, and giving every credit to the desire on the part of the court to do justice, I think it is manifest that they proceeded far too hastily in this case, and apart from imputing to them any prejudice or any desire to do wrong, I think that the mode in which the whole thing arose and was disposed of was so slipshod and irregular that it might lead to "injustice".

2- ضرورة تجنب التشدد:

يلاحظ الدارس أنه ظهر في زمن ما تحول إلى التشدد في فقه قضاء محكمة الاستئناف بتونس، تجلى من خلال تبني مفهوم موسع وهلامي المعالم (nébuleux) للقواعد الأساسية للإجراءات، حيث اعتبرت في قرار حيث صدر عنها في مادة التحكيم الداخلي- أيضاً، بتاريخ: 27 مارس 2001 تحت رقم 40 65 أن "هذه التحكيم لم تتحدد موعد جلسة المناقشة، بل أكثر من ذلك فإنها صرفت القضية للمفاوضة، وفتحت الباب أمام طرفي النزاع لتبادل التقارير والملاحظات إلى حدود ثلاث مرات لكل طرف، ومثل هذا الإجراء يشكل خرقاً صارخاً لمبادئ القواعد الإجرائية ولما جاءت به أحكام

مؤسسة التحكيم، وهي غاية إقامة العدل على أن تكون هذه العدالة متحصرة من بعض التعقيدات الخاصة بالمحكمة المدنية والقضائية، ولو أن الفقه الحديث يلاحظ نزوعاً متواصلاً في مجال التحكيم إلى التماهي بمحاكم القضاء وخصوصاً من حيث كيفية السير بالإجراءات، حيث طغى منطق الإجراءات القضائية على منطق التحكيم (judiciarisation de l'arbitrage) وبالتالي تأثر التحكيم بمنطق القانون العادي وابتعاده عن منطق الخاص به، والذي كان طابعاً مميزاً له (judiciarisation de l'arbitrage).

ولينتظر إلى هذه الغايات فإنه يفتقر في الإجراءات التحكيمية أن تكون:

- ضامنة لعدالة المحاكمة، أي ما يسمى بالـ **due process**.
- مرونة وبعيدة عن التعقيد.
- وينتظر إلى هذه المعطيات، فإن المنطق يقتضي أن تحدد المبادئ الأساسية للإجراءات، وهو ما فعلته محكمة الاستئناف بتونس في قرارها عدد 51 المذكور، وكذلك في قرارات أخرى تتعلق بالتحكيم الداخلي من أهمها على الإطلاق القرار عدد 61134-61133 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 19 أكتوبر 1999 34 الذي بينت فيه المحكمة أن المشرع أعطى كمالاً من القواعد الأساسية للإجراءات قاعدة وجوب احترام حق الدفاع وعليه فإن سائر القواعد الأساسية للإجراءات تنتمي بالضرورة إلى نفس الصنف وبمن وجعها بالمبادئ الأساسية للإجراءات كميبدأ الحياد (impartialité) ومبدأ المساواة بين الخصوم الذي يشير إليه الفصل 63 من مجلة التحكيم ويضعه بمعونة مبدأ احترام حق الدفاع كميبدأين إجرائيين أساسيين في ميدان التحكيم الدولي ومن الضروري أن يكونا كذلك في ميدان التحكيم الداخلي) 35.

وإن قاعدة وجوب تقديم عريضة الدعوى وبينان الطلبات منذ الجلسة الأولى لهيئة القضاء هي قاعدة إجرائية لا محالة، إلا أنه لا يصح وصفها بالأساسية طالما أن لا علاقة لها بمبدأ احترام حق الدفاع والمواجهة بين الخصوم والمساواة بينهم وحياد هيئة التحكيم وأنه وطالما أن القاعدة المذكورة ليست أساسية فإن خرقها لا يترتب عنه بطلان القرار التحكيمي.

وكذلك القرار عدد 42 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 06 جويلية 1999 36 الذي بينت فيه المحكمة أن "الحياد بمعناه الفني" **neutrality** ليس من المبادئ الأساسية للإجراءات، خلافاً للحياد بالمعنى الأخلاقي **"l'impartialité"** وأنه لا يوجد وبالتالي ما يمنع المحكم من السعي في إتمام عناصر الإثبات المقدمة إليه من أحد الخصوم ما لم يؤدي ذلك إلى الحكم بعمله

وهذه القاعدة تسري على التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، سواء بينهما، ولقد كان للقضاء التونسي اجتهاداً مبتدئاً في تحديد هذه القواعد وتطبيقها، إذ تراوحت مواقف محكمة الاستئناف بتونس بين الوضوح المبني على معايير دقيقة، والغموض المبني على تعامل "حالة بحالة" مع المسألة والبحث في "خطورة خرق القاعدة" من قبل المحكم أكثر من البحث في طبيعة القاعدة ذاتها.

1- مفهوم قواعد الإجراءات الأساسية: البحث عن وليد مسعود:

كتب الأديب جبراً إبراهيم قصة سماها "البحث عن وليد مسعود"، وتطور أحداث القصة حول اختفاء شخص اسمه وليد مسعود، وسعي الراوي إلى البحث عنه خلال الاستماع إلى روايات عديد الأشخاص الذين عاشوه ورحلوا من الزمن وأساءه ورحلوا، ويتلقى الراوي من كل واحد من هؤلاء الأشخاص رواية مختلفة عن نفس الشخص دون أن يعني ذلك بالضرورة أن بعضهم لم يقل الحقيقة أو حرفها على حواء، وإنما تلك طبيعة الدنيا: أن الحقائق نسبية وكل يراها من موقعه ويعينه هو.

لكن القانون لا يمكن أن يأتس إلى هذا المنطق "النسبي" الذي يلتقي مع طبيعة القانون كعلم ومع طبيعة القاعدة القانونية كقاعدة عامة ومجردة وموضوعية فالماهيات القانونية ينبغي أن لا تبقى "سريّة" أو هلامية، بل ينبغي أن تكون واضحة وموحدة، وهو ما لا يتحقق إلا إذا تم اعتماد معايير دقيقة لتعريف كل مفهوم، وهذا هو شأن المفاهيم الإجرائية الأساسية التي ظلت كالروح الهائمة تتسها أحياناً قريبة منك حتى أنك تتوهم أنه يمكنك أن تمسكها بقبضة اليد لكنها ما تفتأ أن تهرب منك مع تفاصيل الدنيا وخصوصيات كل قضية، حتى تنسى وحدة المفهوم وتنساب في مسيرة البحث عن الحلول البراغمية حالة بحالة.

2. المرونة المحاطة بالضمانات:

جاء بقرار محكمة الاستئناف بتونس الصادر تحت عدد 51 بتاريخ 15 فيفري 2000 37 أن "القواعد الأساسية للإجراءات هي صفة القواعد الإجرائية وهي القواعد التي يمكن احترامها إصدار قرار عادل أو ضمان أحد أدنى من العدالة، وأهمها احترام حق الدفاع، وغنى بربط النص المذكور بأحكام الفصل 63 من مجلة التحكيم، يتضح من القواعد الأساسية للإجراءات احترام مبدأ المساواة بين الخصوم". وبذلك اعتبرت أن القواعد المتعلقة بكيفية سماع الشهود ليست ذاتها من القواعد الأساسية لكنها محاطة بالمبادئ الأساسية المبينة أعلاه.

وقد ساهم هذا القرار في تعريف مفهوم القواعد الأساسية للإجراءات، وذلك عبر وضع معيار عام لها يمكن من خلاله إيجاد الحلول للمسائل الخصوصية ويقوم هذا التعريف على العنصر الغائي، أي أنه ينطلق من الغاية من الاعتراض بوجود

التقيد بإرادة الأطراف في شأنها.
القسم الثاني: استبعاد الرقابة على قواعد الإجراءات الجزائية الأساسية:

يتميز النظام العام الإلزامي بأنه يهدف بالأساس إلى ضمن احترام الحقوق الفردية للصوم ولا بهم مصلحة المجتمع إلا بصفة ثانوية، يعكس النظام العام موضوعه على، وبموجب ذلك يمارس القاضي رقابة دنيا على تشكيلات هيئة التحكيم.

1- خصوصية النظام العام الإلزامي

على خلاف قواعد النظام العام الأصلي أو الموضوعي *ordre public de fond* تتميز قواعد النظام العام الإلزامي *ordre public procédural* بأنه لا يمكن أن يترتبها القاضي من تلقاء نفسه ولا يجوز أن تثار أمام محكمة القانون لأول مرة وذلك أنه لا يجوز للأطراف التنازل عن التمسك بخبر قراره أو ضمنا وباعتبار مبدأ حسن النية في سير الإجراءات البعدا الأساسي الذي بإمكانه أن يبرر "محو" *formatage* الإخلالات الإجرائية بمجرد السكوت عن إثارتها في الإنسان مهما كان نوع القساعة المتروكة للخرق، وها ما يعبر عنه بالـ *estoppel principle*

1-1 تجليات الخصوصية: عدم جواز إثارة خرق النظام العام الإلزامي دون طلب من الأطراف:

لا يهم النظام العام الإلزامي سوى مصالح الخصوم الفردية، خالفا للنظام العام الموضوعي الذي يهم مصالح تتجاوز مصالح الخصوم، فالخمس الذي يسكت عن ضمنه حق في الدفاع أو عن طريقة غير معقولة في معاملته بما يشكل انتهاكا لمبدأ المساواة، كان يقع تمكينه من أجل قضية الدفاع عن نفسه مقابل الخصم لا يمكنه أن يأمُر في أن تقصد المحكمة من يتنازل عن حقه في الإطلاع على وثائق يقدمها الخصم لا يمكنه أن يأمُر في أن تقصد المحكمة من تلقاء نفسها لمقرر بطلان حكم التحكيم أو عدم منحه صيغة التنفيذ بسبب خرق قاعدة إجرائية أساسية.

ويسوي في ذلك أن يكون التنازل عن حق التمسك بمبادئ الإلزامية الأساسية سابقا للإجراء الممثل أو لاحقا، ذلك أنه يمكن مثلا أن يوافق أحد الأطراف مسبقا قبل بدء الإجراءات أصلا أو خلال سير الخصومة التحكيمية ولكن قبل وقوع الإجراء محل الاعتراض، على التنازل عن حقه في الإطلاع على ما سبقه خصمه من وثائق وربما كان مراده من ذلك الإصرار بالطلب في النزاع وإلقائه في أحججه دامغة لا يمكن للخصم أن ينقضها بأي حجة، فهذا التنازل المسبق جائز، ويختلف حكمه بحسب الحالة: فإذا كان التنازل سابقا لبدء التحكيم أصلا فالأصل أنه باطل لأن فيه جهالة كلية مما يجعل من شرط ما شرط وطأ لغير الشيء لا عمل عليها، فالتنازل عن حق قبل نشوئه يعتبر باطلا ولا عمل عليه، لأنه لا يجوز التنازل عن حق غير معلوم المضمون والملاحق، فإن وقع التحكيم وسكت الطرف المعني عن التمسك

جميعا إلى حين البت نهائيا في طلب التراجع وعدم انصياعها لمقرر قضائي ألزمها بتعليق النظر بعد خرق القاعدة إجرائية أساسية.

وفي اعتقادنا لا يمكن القول إن مجرد خرق قاعدة وجوب تعليق النظر لوقوع طلب التراجع هو خرق قاعدة إجرائية أساسية، وذلك باعتبار أن هذه القاعدة لا تفتأ إلى مساس لها بالضمانات الأساسية للمقاتلين التي تكفل له محاكمة عادلة خصوصا أن عددا من القوانين المقارنة لا يعتمدها أصلا، ويبين لهئية التحكيم المتأدي في نظرها في النزاع بينما تفتقر المحكمة المدنية في دعوى التراجع 44.

فقصود المشرع هو إلزام المحكمة بأحكامها هي مجموعة من المبادئ أي القواعد التوجيهية العامة *principes directeurs* للقواعد الأساسية للإجراءات مبادئ التفصيلية، فالقواعد الأساسية للإجراءات مبادئ عامة وليست قواعد فنية محددة، فرغم أن المشرع يستعمل مصطلح "قواعد" للإجراءات فإن الأوصاف هو أنها مبادئ عامة فهي أطر توجيهية لسلك القاضي وتعامله مع الأطراف ومعطيات القضية وأطرافها، ولكيفية السير بالإجراءات التحكيمية فالسواء مثلا ليست قاعدة إجرائية، بل هي منيح في تطبيق الإجراءات وهي قاعدة عامة تستري على جميع مراحل الإجراءات (تسليم عرضة الدعوى إلى الخصم والرد عليها وجواب المدعي الأصلي وتلقي حجج الأطراف وسماع الشهود والتدخل والإخلال والترفيع وتقديم الطلبات وتحويرها وتأخير الجلسة...) ففي مجال التحكيم لا يوجد إجراء وجوبي بصيغته، بل يمكن السير بإحكام إلى على النحو الذي يقرره الأطراف والمحكمة مع وجوب احترام المبادئ الأساسية في جميع الحالات ومنها كالتصنيف الصيغة الإجرائية المختارة أو المقررة 45.

فالمقصود في نهاية الأمر هو ضمان محاكمة تحكيمية عادلة ومنصفة وعدم إهراق الأطراف بإجراءات أو تكاليف لا طائل من ورائها، فيكون ذلك عنوانا حرية المحكم لكنها حرية مسؤولية، لأنه مطالب بتحقيق نتيجة واحدة، وهي المحاكمة العادلة مع احترام إرادة الأطراف، إلى على محاكمة الإبطال أن تتجنب خصوصا إبطال أحكام التحكيم بسبب إخلالات لا يترتب عنها نقض الأحكام القضائية المطعون فيها 46، لأن منطق قانون التحكيم يقتضي أن تكون الرقابة على أحكام التحكيم أقل شدة من الرقابة على أحكام المحاكم الرسمية، لا العكس. ومن جهة أخرى إذا تعارضت إرادة الأطراف مع ضمانات عدالة المحاكمة التحكيمية فإن المحكم ملزم بتسديد المبادئ الإجرائية الأساسية على إرادة الأطراف، لا العكس فله أن يستبعد كل بند بالشرط التحكيمى يودي إلى المساس بحق الدفاع أو المواجهة أو المساواة بين الخصوم، بخلاف التنازل اللاحق عن حق الدفاع أو حق الإطلاع، أما القواعد الجزئية والتفصيلية فالمحكم حر في تطبيقها أو استبعادها، مع

الفصل 119 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، إذ تخصص أحكام هذا الفصل تعيين موعد جلسة المرافعة وتنوع على الهيئة القضائية فيقول ملاحظات أو حجج من الخصوم إلا في بعض الحالات الاستثنائية، وإن ما قامت به هيئة التحكيم لا يدخل في إطار الحالات الاستثنائية بل يعد تجاوزا للمبادئ الأساسية للإجراءات، إذ ثبتت من خلال محضر الجلسة المذكور أن طرفي النزاع لم يسموا فيها ملاحظاتهم وتقريرهما وكان من المفروض أن تمدد على الأقل في جلسة المرافعة حتى يستكمل ما لديهم من ملحوظات ثم يقع تأخير القضية للمرافعة جلسة معينة ومحددة وينهت عليه فإنه يتجه قبول هذا الطعن والاعتداد عليه 47.

ويذكر فقد اتسع مفهوم القواعد الأساسية للإجراءات المدنية والتجارية حسب هذا المقرر أن ليسملى حتى قاعدة عدم قبول المودات والتنازل في أثناء فترة المرافعة، والتي وضعت لها بعد المرافعة المدنية والتجارية نفسها استثناءات التي تليينها، علما بأنه لا يوجد في قوانين التحكيم ما يوجب على هيئة التحكيم أن تتبع نفس المسار الذي تتبعه المحاكم المدنية، وذلك بمرور القضية بطور تحضيري ثم بطور مفاوضة (مداولة)، بل إن بعض القوانين المقارنة قد استغنت عن بعض هذه الأطوار وأدمجتها بعضها منها في بعض آخر، كما أنه من المستقر أن هيئة التحكيم بإمكانها أن لا تجري أي جلسة مطلقا وأن تسمح للأطراف بتبادل التنازل في الملحة وطور المودات وتقديم الملف إليها كاملا عن الانتهاء من ذلك لتفرضي في دون سماح أي مرافعة 48.

وفي القانون الجزائري الجديد تقتضي المادة 1019 أن هيئة التحكيم تطبق قواعد القانون ما لم يتفق الأطراف على خلافها، أما القانون النموذجي فينص على أنه حصتي في غياب اتفاق الأطراف، يجوز للأطراف ما لم يتفقوا على خلاف ذلك. أن يحوروا وأن يتموا طلبهم أو دفاعهم خلال سير الإجراءات إلا إذا رأت هيئة التحكيم أن شيء يحملها على السماح بل مثل ذلك التحوير لتأخر وقت تقديمه، أما ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فإن هيئة التحكيم تقرر ما إذا كانت ستعقد جلسة أو جلسات تسمع فيها إلى الأطراف أو تستعصر على النظر في الموضوع استناد إلى ما يقدمه من وثائق وأوراق، كما أن القاعدة الأساسية تقتضي أنه يجوز لهئية التحكيم أن "تسير في التحكيم حسب الطريقة التي تراها مناسبة" 42.

وتواصل نفس المنهج المتشدد عبر إصدار قرار جديد في مجال التحكيم الدولي، وهو القرار عدد 101 الصادر عن محكمة الاستئناف بطنس بتاريخ 23 أكتوبر 2001 43، الذي اعتبرت فيه المحكمة أن مخالفة هيئة التحكيم لقاعدة وجوب تعليق نظرها في صورة التراجع في بعض أعضائها أو في الأعضاء

القواعد خلافا لما يقتضيه الفصل 42 من مجلة التحكيم المتعلق بالتحكيم الداخلي - كما سيأتي بيانه، بل تتسلم هذه الرقابة جميع القواعد الإجرائية المنطبقة عملاً بأحكام الفصل 78 من مجلة التحكيم الذي يجوز إبطال القرار التحكيمي". إذا قدم طالب الإبطال دليلاً ثابتاً...

د- أن تشكيل هيئة التحكيم أو ما وقع إتباعه في إجراءات التحكيم كان مخالفاً لمقتضيات اتفاقية تحكيم بصفة عامة أو لنظام تحكيم مختار أو لقانون دولة وقع اعتماده أو لقواعد أحكام هذا الباب والمعلقة بتشكيل هيئة التحكيم".

وفي مطلق الأحوال فإن القرار عدد 101 المذكور لا يعتمد المعيار المنصوص عليه بالفقرة عدد 51 سالف الذكر وإنما يركز مفهوم ما ضابطها للقواعد الإجرائية الأساسية، يبدو أن المحكمة قصدت أن ألا تعتمد فيه أي تعريف وأن تقتصر على الجزم بأن قاعدة ما هي قاعدة أساسية، وذلك بحسب الحالات أو بمناسبة طرح كل إشكالية على حدة، ما يترك المجال فيضاً للاجتهاد حول هذا المفهوم، توسعاً أو تضيقاً، وبما لا يسمح باستقرار أفعاله القضائية في هذا المجال وبشكل مساس بحق المقتضي في الأمان القانوني الذي يستمد من وجود مبادئ واضحة ورأسخة لا من وجود حلول "مبراغية" (solutions pragmatiques) لكل حالة على حدة، لا يمكن للمقتضي أن ينتابها بفكر كاف من الدقة بما قد يجعله يقدم على المغامرة برفع الطعون أمامه أو أن تتفتح الهيئة القضائية بوجهه موقفه من خلال عناصر الملف ومعطيات القضية على غرار ما وقع في القضية الحالية حيث يرجح أن ما جعل المحكمة تحسم بذاخرة خرق قاعدة وجوب تعليق النظر عند وجود طعن في التزجيج هو تجرأ هيئة التحكيم - عدداً وتعتاقاً منها - على تجاهل قرار قضائي قضى بإلزامها بتعليق النظر.

هل تهم قاعدة تعليق الإجراءات لوجود نزاع جزائي النظام العام الإجرائي؟

لا توجد نشر بحدوث كثرية نظرت بوجه خاص إلى مسألة تأثير النزاعات الجزائية على سير الخصومة التحكيمية وقد تركت أغلبية التشرعات هذه المسألة للقانونين الإجرائية العامة (التي كثيراً ما تستبعد بعض المحاكم جانباً من أحكامها بدعوى عدم تلازمها مع خصوصية التحكيم) وإما لحكمة الفصل 47. أما القانون الجزائري في الجديد فاختار حل الإشكال بنص تشريعي صريح، فقط اقتضت المادة 1021 في فقرتها الثانية أنه إذا "طعن بالزور منبها في المحكمة أو إذا حصل عرض جنائي بحسب الوصوم الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، ويستأنف سير أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة".

وتجدر الإشارة إلا أن فقه القضاء في بعض البلدان كفرنسا وروسيا اعتبر بوجه عام أن وجود عارض

التحكيم في أثناءه ولا على ما يترتب عن مواصلة النظر حال تعهد القاضي المختص بطلب الرد.

أما في تونس: "لا جدال" أنه إذا كان التحكيم دولياً فإن التزجيج يتم منبها وفقاً للإجراءات المتفق عليها بسين الأطراف وإذا لم يوجد مثل ذلك الاتفاق فإن الطرف الذي يعتزم التزجيج في محكمة ما ينبغي عليه أن يعلل أسباب التزجيج كتابة على هيئة التحكيم خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بتأليفها أو من تاريخ علمه بالقوادح وإذا لم يتخل المحكم المجرى فيه أو لم يوافق الطرف الآخر على طلب التزجيج فللقسام بالتزجيج عندئذ أن يلتجئ للقضاء في أجل خمسة وأربعين يوماً من العرض المذكور سلفاً وطلب من محكمة الاستئناف النظر في التزجيج، وقد اقتضى الفصل 58 من مجلة التحكيم أن حكمها الصادر في الموضوع يكون غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن وفي انتظار الحكم المذكور توقف إجراءات التحكيم.

وإن هذا الفصل قد أقر أمرين، أولهما القيام بطلب التزجيج لدى المحكمة المختصة، وثانيهما وقف إجراءات التحكيم من قبل الهيئة المتعمدة من تاريخ الإدلاء بما يفيد القسام بدعوى التزجيج في أحد أعضاء الهيئة وعليه فإن هيئة التحكيم ملزمة بموجب القانون بوقف إجراءات التحكيم من تاريخ إعلامها بنشر الدعوى في التزجيج ولا يمكنها متابعة الإجراءات إلا من تاريخ صدور الحكم. ويتضح حينئذ أن إلزام المحكمين بإيقاف إجراءات التحكيم عند نشر قضية في التزجيج هو التزام قانوني يوجب الإجراءات الأساسية التي لا يمكن مخالفتها، علاوة على ذلك فقد صدر القرار الاستعجالي عدد 8648 في 21 ديسمبر 2000 والقاضي بإيقاف إجراءات التحكيم إلى حين البت في دعوى التزجيج.. وطالما كان الأمر يمثل ما تقدم فإن مواصلة الهيئة لإجراءات التحكيم رغم عارض قضائي في التزجيج، رغم عارض صدور قرار في إيقاف إجراءات التحكيم إلى أن يتم النظر في دعوى التزجيج وسبباً موجباً لإبطال قرار صدرت الأحكام اللاحقة لتقرر هيئة التحكيم والتي قضت بصحة التزجيج وإلزام المحكمين بالتخلي عن مهمة التحكيم وهو ما يوجب قبول هذا الطعن".

وبقدر ما كان هذا القرار صائباً في النتيجة التي انتهى إليها فإن التفتيش الذي اعتمدته لتأسيها كان غير واضح ومثيراً للجدال، ذلك أن المحكمة تعتمد مفهوم "الإجراءات الأساسية التي لا يمكن خرقها" دون تعريفها ودون أن يوجد في قرارها ما من شأنه أن يدل على التعلل بالضماني الذي انطلقست منه المحكمة لتقرر باتساقه قاعدة الفصل 58 من مجلة التحكيم إلى هذا الصنف من القواعد الإجرائية، هذا علاوة على أن رقابة المحكمة على إجراءات التحكيم ليست مفيدة في مجال الدولي بالصيغة الأساسية لهذه

ببطلان الشروط لم يطلب من هيئة التحكيم تمكينه من الإطلاع على الوثائق أو التفتاير وراد عليها فهو يعتبر متنازلاً عن حقه، وبعد التنازل لاحقاً للإجراءات لأنه لا يجوز للشخص التمسك بأنه كان يجعل القاعدة القانونية القائلة ببطلان الالتزام المبني على الجهالة الفاضحة، لأن جعل القانون لا يعتد به وهو حجة على صاحبه، لا حجة له.

وإذا حصل التنازل خلال إجراءات التحكيم، فإنه ينبغي النظر حالة بحالة، الفحص الذي يحضر جلسة معينة (شخصياً أو بواسطة محاميه) له أن يعان تقديم حجة أو مزيدات أو تقرير من قبل خصمه ويتنازل عن حقه في الإطلاع والتعليق عليها يعد متحكماً عن الحق في ذلك، وكذا بما سبق له تقديمه، ومعلوم أن الجهالة في هذه الصورة تكون نسبية ومحدودة، غير أن ذلك لا يمنع المحكمين من تقدير الأمور بحالة بحالة، إذا يجب عليهم أن يتفطنوا إلى ألا يعيب بعض الخصوم وخصوصاً المدعى عليهم، الذين يظنون بعض الوثائق الحاسمة في أطوار متقدمة جداً من النزاع، وبعد أن يعيل صبر الطالب الذي يذامه الوقت فيسعى إلى وضع حد لمول النزاع بالتخلي عن حق الدفاع أو يصبح المحكوم مهددين باتهائه أجال التحكيم، فإذا بدأ المحكم أن الوثائق المهمة جديدة تماماً ولا يسبق للمدعى عليه أن أشار إليها سابقاً، تصرحاً أو تلميحاً فليعلم أن يتخذ الوسائل اللازمة لمنع ترميز هذه الألاعيب، بأن يمكن الطالب من حق الدفاع رغم تنازله عنه، وقد تبلغ الأمور حداً من الخطورة يجعل المحكم يشك في أن الوثائق التي تقدمت في تلك الظروف مفعلة أو منسدة فليعلم أن يعد فتح المرافعات les débats لتمكين الطرف الآخر من اكتشاف حقيقة تلك الوثائق فلا يخفى أن يكون طرف ما قد تنازل عن حقه في التعليق على حجة سيقدمها خصمه حتى يعتد بها المحكم دون تمحيص، ويجوز لقاضي الإبطال أو الإكساء أن يعتبر الإجراءات مختلفة إذا كان من الواضح أن الخصم الذي قدم تلك الوثيقة تعتمد الخديعة والمكر وذلك بناء على الخديعة تعد مناقضة لمبدأ حسن النية.

2.1 هل يعد خرق تعليق النظر من أسباب إبطال حكم التحكيم:

نص القساؤون الجزائري صراحة على تعليق إجراءات التحكيم في صورة وجود عارض جزائي، أما أحكام المادة 1016 من القانون الجزائري الجديد فنصت على صور التقدير في المحكم، ونظامه الإجرائي دون التخصيص بوجه واضح على تعليق إجراءات التحكيم في أثناءه ولا على ما يترتب عن مواصلة النظر.

2.1.1 تعليق النظر في صورة رد المحكم:
نصت المادة 1016 من القساؤون الجزائري على صور التقدير في المحكم ونظامه الإجرائي دون التخصيص بوجه واضح على تعليق إجراءات

أحكام التحكيم"، وتتنص المادة 1027 على أنه "يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضاً موجزاً لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم". ويجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة".

1.2.2 ذكر مقالات الخصوم:

أوجب المشرع على الجزائي على المحكمين أن يضعوا بأحكامهم "عرضاً موجزاً لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم"، وهذا البيان هو المنخل إلى التعليل (أذناه) باعتبار أن دور المحكم يمكن تلخيصه في استعراض مقالات الخصوم وما قدموه من وسائل للإثبات وبيان رأيه بشأنها، ويظهر في هذا الإطرار إشكالات:

ـ هل يجب على المحكم أن يورد مقالات الخصوم بحذافيرها أم يمكنه أن يكتفي بتلخيصها؟

بين المشرع الجزائي بوضوح أن المحكم مطالب بأن يورد ملخصاً موجزاً للمقالات الخصوم، ويفهم من ذلك أنه يقتضي أن يذكر مقالات الخصوم على وجه لا يستخرج من مجمل أقوال الخصوم أهم الأسانيد والدفع التي يتسمك بها كل واحد منهم على أنه لا يمكن أن يفهم من ذلك أن التلخيص وجوبي وحتمي، فالمحكم يمكنه تجنب التشدد القضائي في التحقق من احترام كل الدفاع أن يذكر مقالات الخصوم على حالتها دون أي اجتهاد، وقد أصبحت تكنولوجيا الحديثة تشجع المحكمين على انتاج هذه الطريقة إذ أصبح المحكمون يطالبون الخصوم بدمهم بمذكراتهم على حامل الكتروني (قرص مضغوط أو بواسطة البريد الإلكتروني أو نحوه) ويقتصر دور المحكم على مجرد تفتيش على فقرة الكمبيوتر لنقلها كاملة دون تغيير وعلاوة على ما تمسبب فيه هذه الطريقة من طول في أحكام التحكيم التي أصبحت تمتد على عشرات الصفحات (خاصة أن المحامين أصبحوا يبدور بهم بمتعدون الطرق الإلكترونية في عملهم فيقوم بعضهم بنقل حجتها طولاً جداً من أحكام قضائية أو تحكيمية أو مقالات فقهية للاستشهاد بها)، فإنها (أي الطريقة) ربما أدت للمحكمين إلى التعامل مع مقالات الأطراف بسطحية، إذ أن عملية التلخيص عملية ذهنية تتطلب في مرحلة أولى قراءة مقالات صوم بكثير من التركيز والتدقيق حتى يتمكن المحكم من فهمها واستيعاب ما تتضمنه وتمييز الأساسي منها من الثانوي أو ما هو مكرر بصيغ مختلفة دون إضافة حقيقية.

غير أن كل ذلك لا يمكن أن يستنتج منه أن اقتصار المحكم على نقل مقالات الخصوم بحذافيرها يعد دليلاً على تهاونه في دراسة مقالات الخصوم أو خطأ منهياً أو فيما يتجه مجازاته من أجله.

ـ هل يمكن إبطال حكم تحكيم أو رفض منحه صيغة التنفيذ بسبب المسهو عن ذكر بعض مقالات الخصوم؟

نتيجة لما سبق بيانه من أن المحكم ملزم بذكر ملخص مقالات الخصوم، يتجه التعرض على أمرين: فمن

الدولة الجزائية أو طبق قانونها، لكنها لا يمكن أن تكون من قواعد النظام العام، وبالتالي فلا مانع من الاتفاق على مخالفتها كما لا يوجد ما يحصل دون إصدار حكم مخالف إذا كان التحكيم مؤسساتياً ونص نظام التحكيم على إصدار رأي مخالف.

صنوع حكم التحكيم بأغلبية الأصوات:

نصت المادة 1026 من القانون الجزائي على أن "تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات". وواضح أن هذه القاعدة تم نقلها عن المبادئ العامة المتعلقة بإصدار الأحكام القضائية، ويخضع تطبيق هذه القاعدة إلى رقابة قاضي الإبطال والإسداء فلا يكون لحكم صادر برأي أقلية المحكمين أي أثر قانوني، لكن الإشكال الذي لم يطرأ في إليه هذا النص هو المتعلق بصورة عدم تحقق أي أغلبية فيمكن أن يكون المحكمون في وصية شقاق كلي بأن يكون لكل واحد منهم رأي مخالف لآراء الباقين حول وجه القضاء، ويؤدي هذا الوضع إلى استحالة الفصل النزاع، وإذا لم يكن التحكيم مقيداً بأجل فإن ذلك يؤدي إلى بقاء النزاع مفتوحاً إلى أجل غير مسمى، وقد اختارت عدة تشريعات مقارنة السكوت عن هذه المسألة لحمل المحكمين على التخلي عن تبصيرهم في الرأي والمضي إلى التوصل إلى صيغة وسطى، بخلاف المشرع التونسي وبعض القوانين الأخرى التي اختارت وضع حل خاص بالتحكيم يتمثل في تحويل رئيس هيئة التحكيم إصدار حكم التحكيم طبقاً لرأيه، ومعلوم أن ما يتعلق بالقاضي الرسمي، توجد قواعد توجب على القاضي الأقل سناً أو أقدمية أن ينظم إلى رأي أحد القاضيين الأكبر سناً أو الأكثر أقدمية، وهو ما يؤدي في كل الأحوال إلى توفر أغلبية وهي قاعدة لا يمكن بحال من الأحوال تطبيقها على المحكمين إذ لا يمكن حمل حكم على الانضمام إلى رأي محكم آخر لمجرد أنه أكبر سناً، كما لا يمكن أصلاً تطبيق قاعدة الأقدمية على المحكمين، إذ لا وجود لعلاقة ناسية من أي نوع بين المحكمين، وحتى رئيس هيئة التحكيم فإن رئاسته للهيئة غايته تيسير إجراءات لا غير.

وما يمكن من أمر فإن الحكم التحكيمي الصادر في ظل القانون الجزائي دون توفر الأغلبية يعد باطلاً ويقضي ببطلانه، لكن إذا رفض المحكم الذي لا ينتمي إلى الأغلبية التوقيع عليه فلا بد من المبطلات بل يمكن لرئيس هيئة التحكيم أن يقتصر على الإشارة بأخر الحكم إلى سبب عدم توقيعه أو رفضه التوقيع على الحكم.

2.2 التحقق من توفر البيانات الأساسية بحث:

تطرق القانون الجزائي الجديد بوجه خاص إلى البيانات التي يجب أن يتضمنها حكم التحكيم ومدى الرقابة القضائية عليها بالفصل الثالث من الباب الثاني من الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو الفصل الذي عنوانه "في

جزائي لا يؤدي بصفة آلية إلى وجوب تعليق إجراءات التحكيم، واختلف الرأي بين قائل بعدم تعليق الإجراءات أصلاً، 48، وقائل باستحباب هيئة التحكيم بين التعليق وعدمه بحسب ظروف الحال وبحسب ما يبدو للمحكمين من تأثير العارض على الخصومة التحكيمية وعلى وجه الفصل فيها، 49، ونتيجة لذلك يمكن الجزم بوجود تيار عالمي يعتبر أن حكم التحكيم لا يمكن إبطاله بسبب عدم تعليق الإجراءات في وجود دفع جزائي 50.

2- الرقابة على شكليات حكم التحكيم:

ترقب المحكمة ظروف إصدار حكم تحكيم وكيفية تحرير حكم التحكيم، غير أن هذه الرقابة تنظر في حدودها الدنيا وينبغي أن لا تمس باستقلال المحكم.

1.2 الرقابة على ظروف إصدار حكم التحكيم:

تجوز في مدونات المحكمين سراً وبصفة غير علنية، ويصدر حكم التحكيم بأغلبية آراء المحكمين، وينبغي أن يورد حكم التحكيم ملخصاً لمقالات الخصوم وأسباب الحكم.

سرية التحكيم:

تقتضي المادة 1025 من القانون الجزائي أن "تكون مدونات المحكمين سرية".

وتطرح هذه العبارة المقتضية التساؤل حول القيمة القانونية لهذه القاعدة وما إذا كانت تعزير من القواعد الأساسية التي لا يجوز خرقها وتعتبر من النظام العام الجزائي أم هي قاعدة توجيهية لا يترتب عن خرقها أثر، ولأن كل من الثابت من كل تشريع بالنظام العام (المداولة) المفروضة deliberé ينبغي أن تكون سرية ومغلقة ولا يحضرها من غير المحكمين أحد فإن الإشكال يتعلق بما بعد المداولة وخصوصاً بمدى جواز تحرير الرأي المخالف opinion

dissenting opinion أو dissident في المحكم الذي يوافق الأغلبية الرأي، فمن المعلوم أن المحكمين اعتادوا حتى في ظل التشريعات القديمة التي لم تكن صريحة في هذا الشأن أن يحرروا رأيهم المخالف لاجتهاد الأغلبية في شكل مسائل لشكل حكم التحكيم لبيان ما يعتقدون كان ينبغي أن يكون عليه حكم التحكيم 51، كما أن أنظمة التحكيم Arbitrations Rules لدى عدة مؤسسات تحكيمية تنص على ذلك صراحة، فإن اعتبار قاعدة المادة 1025 تهم النظام العام فإن المحكم الذي يصرح برأيه المخالف يكون قد خرق قاعدة تهم النظام العام ولن يكون بإمكانه أن يحتج وراءه قاعدة مترددة في اتفاقية التحكيم أو حتى في نظام تحكيم مؤسساتي لخرق هذه القاعدة، وسيعود مسؤلاً منادياً أمام الأطراف على ذلك الخرق بل ربما أمكن أيضاً أن يقع بتتبع جزائياً من أجل خرق سرية المداولة أو بوجه عام من أجل إفساد السر المهني.

والرأي لدينا أن قاعدة الفصل 1025 إنما هي قاعدة ملزمة وتطبيق على كل تحكيم يجري على إقليم

إلى الجدية والحد الأدنى من الوجهة، أم يجوز له أن يتقاضى عن الدفع على التقي من الجولي evident أنها غير جدية وغير جديرة بالانقضاء أصلاً؟

هـ - هل يجب تعليل حكم التحكيم طبق قواعد العدل والإنصاف؟ وهل يمكن إبطال حكم تحكيم من هذا النوع من أجل تناقض التعليل؟

وفي خصوص ميدان الرقابة على التعليل، من الواضح أن المشرع الجزائري يبتني المبدأ القائل "تناقض تهادم"، أي أن الأسانيد المتناقضة المتعارضة يهدم بعضها بعضاً فيزيل الواحد وجود الآخر وبالتالي يعد حكم التحكيم فاقد التعليل ويتجه لذلك لإبطاله لعدم احترام حق الدفاع، وفي هذا الإطار تطرح التساؤلات التالية:

هـ - هل يأخذ قاضي الإبطال بالأسانيد الضمنية التي يفترض أن حكم التحكيم قائم عليها للنضاء بالبطان؟ هل ينبغي على القاضي أن يتحقق في تحليل أسانيد حكم التحكيم للبحث في سلامة التعليل أم يقتصر على صورة التناقض المصاخر الذي يصدم

القارئ *qui saute aux yeux*؟

جميع هذه المسائل لم يتعرض لها المشرع الجزائري، وربما كان ذلك اختياراً منه، لكن غرض النص وتذكره في أغات في إطار الرقابة على التعليل عليه ينبغي تأويله في إطار الرؤية العامة للمسألة انطلاقاً من الرجوع إلى المصادر المادية للقانون الجديد وخصوصاً أحكامه المتعلقة بالتحكيم الدولي والتذكير بما جاء به المادة (2) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري التي تنص على أنه عند التأويل ينبغي أن يراعى المصدر الدولي للقانون (52)، كما لا بأس من الرجوع إلى أنجح التجارب العالمية في الميدان.

ونشير على وجه الخصوص إلى قرار حديث صدر عن المحكمة الاتحادية البوسنية في 09 فيفري 2009 جاء به أنه ينبغي إبطال حكم التحكيم إذا تبين أن المحكمين أثاروا من تلقاء أنفسهم حجة قانونية لم يتناولوها أو يترها أي طرف وكانت تلك الحجة "مباغعة" وغير قابلة للتوقع *imprévisible* وخصوصاً إذا تبين على ما بعد أن الأمر يتعلق بتطبيق نص لا علاقة له بالوقائع المتنازع فيها (53).

كما نشير إلى أن التعليل المقبول هو التعليل الجدي أي الذي يتناول المسألة المتنازع فيها بتعمق كاف. فالتعليل الأجوف أو "التعليل - الوجهة" *motivation de façade* أي التعليل لكل جديته من نوع "حيث كانت الدعوى وجبة واتجه المحكم لصالحها" أو "حيث كانت الدعوى غير مؤسسة قانوناً واتجه الحكم برفضها" (لا عبرة به، ويعد بمثابة عدم التماس (54).

الخصم:

تهدف رقابة القاضي على إجراءات التحكيم إلى التحقق من مدى احترام المقومات والضمانات الأساسية للمحاكمة العادلة، فالغاية لا تتمثل في

خضوع حكمه إلى رقابة تتسلط على اجتهاده في استنباط الحل الذي يعتقد أنه مطابق للقانون أو للإلتزام بحسب الحالة) تقتضي أن لا يخضع هذا الاجتهاد إلى رقابة القضاء الرسمي حتى لا تتمتع المحاكم بسلطة إعادة النظر في حكم التحكيم وبالتالي إلى مسح اجتهاد المحكم *formatage* ومن ناحية أخرى فإن من الغاية التعليل يمكن أن تقع ممارستها في حدود مفهوم الرقابة الشكلية متى تعامل القاضي مع هذه الرقابة بحذر شديد وبأدب مرتعشة.

فالرقابة التي تمس باستقلالية التحكيم هي التي تقتصر على التحقق من وجود تعليل، أي التثبت من أن المحكم فحص حجج الخصوم ومقالاتهم وانقضاها وأبرز ذلك في حكمه، فالغاية من رقابة التعليل لا تتمثل بوجه من الأوجه في تقييم مدى فلاح المحكم أو التوصل إلى الحل الصحيح أي المطابق للقانون أو للإلتزام بحسب الحالة، بل تهدف إلى ضمان جدية المحكم في عمله وهو ما يبرز من خلال تعليله في دراسة المسائل المطروحة في النزاع وأحدة بواحدة وتحميص مقال كل خصم وحججه بشأنها وإبداء رأي بشأنها بشكل يدل على أنه وقعت دراستها بجدية وبما تستحق من العناية والتركيز.

فالرقابة على التعليل تهدف إلى توسيع العمل بمبدأ *extension du principe du contradictoire* بحيث لا يقتصر على مواجهة بين الخصوم بل يشمل أيضاً المواجهة بين الخصوم والمحكم، وهو عنوان احترام حقوق الدفاع، ذلك أنه من البين أن تمكين الخصوم من مراقبة حق الدفاع بعضهم في مواجهة البعض الآخر دون إضرار المحكم بدراسة جميع ما عرضه الأطراف بكل جدية وتعمق يجعل المحكمات تروا احترام فيها حق الدفاع. مجرد مسرحية جوفاء باهتة يودي فيها الأطراف دور الشخص الأبله الذي يلقى الكلام إلى من لا يصغي ولا يستنكه.

لكن الإشكال يبقى متعلقاً بنطاق واجب التعليل وكيفية مراقبته.

اقصر جواب المشرع الجزائري على التتبعين بالمادة 1056 من القانون الجديد على أن الأمر بالتفتيش يقع نقضه إذا تبين أن حكم التحكيم يعثر به تناقض في التعليل *contradiction des motifs*، وتطبق نفس القاعدة على قاضي الإبطال بموجب الإحالة الواردة بالمادة 1058 ويختلف التشريع الجزائري في ذلك عن القوانين الفرنسية والموريتانية والمغربية وغيرها من التشريعات الأوروبية التي لا تذكر تناقض التعليل كصورة من صور الإبطال، لكن الإشكال يتعلق بتحديد مجال التعليل وميدان الرقابة.

ففي خصوص ميدان واجب التعليل، يطرح إشكالان: هـ - هل ينبغي على المحكم أن يعلن قضاءه في خصوص جميع المسائل والحجج والدفع والمعروض عليه حتى ولو كان من الواضح أنها تفكر

جهة أولى لا يصح القول إن الإقتصار على ذكر مقالات الخصوم على حالها يمكن أن يكون من أسباب بطلان حكم التحكيم، فلا شيء يمكن أن يحسم المحكم على أن يعتبر أنه يوجد في مقالات الخصوم شيء من الثرثرة يمكن التخلص منه دون مساس بشفاافية الإجراءات *transparence de procédure* أو بقاعدة الجدية في التعامل مع مقالات الخصوم.

ومن جهة ثانية يعد التلخيص الذي يلغي بعض الحجج والدفع الهامة أو الجوهرية التي يتسكن بها الخصوم إخلالاً بما هو يستوجب الإبطال، غير أنه يتجه للتنبية إلى أن المحكم ليس مطالباً بذكر مقالات الخصوم بطريقة محددة أو في موضع معين، فالمرونة التي يتسم بها قانون التحكيم تتيح للمحكم أن يورد مقالات الخصوم في باب معين من حكمه، أو أن يوزعها على ما وضعه من فقرات، كما أن المحكم غير مطالب بأن يحافظ على تنويع الأطراف لدفع دعوى، يمكنه تغييرها على النحو الذي يريته، فيجوز للمحكم أن يجمع دفعات فصلها الأطراف تحت أبواب أو عناوين مفصلة، كما أنه لا يفصل دفعات وردت مجملة أو متكئة، ويلاحظ أن المحكمين في القضايا الكبرى كثيراً ما يعتمدون طريقة تعتمد على تفصيل المسائل المطروحة والتعرض إلى رأي كل طرف في شأن كل نقطة ثم بيان موقف هيئة التحكيم من تلك النقطة قبل المرور إلى النقطة التالية.

كما لا يمكن لمحكمة أن تتحول إلى "مرشد يبدأ عوجي" المحكمين وذلك بأن يتصل حكمهم إذا كان يربط مقالات الأطراف أو المسائل بوجه عام سينا أو غير سليم، فالمعتبر هو إدراج أسانيد الخصوم ودفع دعوى جوهرية وعدم إهمالها، ولا يمكن إبطال حكم التحكيم غلاً إذا وقع إغفال أحد الدفع الجوهرية إغفالاً كلياً ويمكن حتى أن يتدارك المحكمون السهو عن ذكر حجج جوهرية في باب ذكر مقالات الخصوم وذلك بأن يعود إليها في باب الأسانيد القانونية، أما سوء التنبؤ فلا جزء عليه، كما لا جزء على سوء التعليل، فالمحكمة ليس لها تقييم *évaluation* مستوى المحكم العلمي أو المنهجي.

2.2.2 معضلة الرقابة على تسبيب/تعليل motivation حكم التحكيم:

"عندما تدخل ميدان تعليل حكم التحكيم فاعلم أنك تطأ أرضاً ينبغي أن تكون للمحكم عليها السيادة المطلقة" يمكن أن تكون هذه العبارة المدخل الأساسي والحكمة الأولى التي يجب أن يتسلح بها القاضي لدى ولوجه باب الرقابة على تعليل حكم التحكيم (تسبيبه *motivation*).

سواء سمكت المشرع عن مسألة التعليل أو تناولها بوجه صريح فهي تغفل من المعضلات التي يفسر التعامل معها في مجال التحكيم، فمن جهة أولى شك أن استقلالية المحكم (التي تتجلى من خلال عدم

الثالث المتعلق بالتحكيم الدولي، مبنية بالأساس على الأعراف والتطبيق الدوليين.

(8) ويلاحظ أن بعض القوانين الأجنبية لا تجوز للقضاة تولي التحكيم، أما القانون الجزائري في فسكت عن هذه المسألة.

(9) تميز حقوق رقم 64/68 لسنة 1968 (ص 705)، ذكره أمين محمد أحمد المومني في كتابه "التحكيم بين القضاء والقانون"، طردار الثقافة، عمان 2003، ص 40.

(10) يراجع خصوصاً، كمال إغويش قروبو: "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر"، طردان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر 2005.

(11) Ahmed MAHIOU note que l'Algérie (11) pris une position méfiante à l'égard de l'arbitrage puis a connu une évolution ambiguë entre le rejet et la pratique de l'arbitrage. Voir, A.MAHIOU : " Quelques remarques sur les positions de l'Algérie en matière d'arbitrage international ", in ,mélanges offerts au doyen Sadok Belaid .éd.

(12) نشر هذا القانون بالريدة الرسمية (10/04/2008/23 (17 ربيع الثاني 1429 هجرية) وبذلك يدخل حيز التنفيذ 24/04/2009.

(13) حصل في بعض القضايا أن نص اتفاق الطرفين على وجوب المرور بمرحلة صلحيه قبل الشروع في إجراءات التحكيم، ولدى نشر القضاة التحكيمية لمسك المدعى عليه، باسقاط الإجراءات المتعلّقة بالمرور وبالطور الصلحي، وعرض الرجوع إلى قواعد قبولية سابقة الوضع، استتبّط المحكمون وكان منهم القضاة الابتدائي الشهير حمزة حداد (رئيس اللعن السابق) خلا عليها بطلان في اقتراح عقد جلسات صلحيه فور ائثار الخل، وعندا تخلص ذلك الطرف نفسه فوراً عن التمسك بالصلح وطلب من هيئة التحكيم المرور إلى البت في أصل النزاع.

(14) أثارت هذه المسألة جدلاً واسعاً في صفوف الفقه والقضاء في فرنسا في السنتين الأخيرتين، حيث أن نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية CCI لسنة 1998 نص مادته 34 على حصانة مؤسسة التحكيم والمحكمين و دعاة محاكم مواخذتهم أو تتهبهم منادياً من أجل الأعمال المتصلة بجهة التحكيم، ووقع أن شركة SNF كانت أيرت اتفاقية تحكيم مع شركة cytec سنة 1993، ثم نشب نزاع عرض على الغرفة التحكيمية بعد سنة 1998، وتطلب البت في النزاع التحكيمي زمناً طويلاً مما أدى إلى تضخم تكاليفه، وعلى إثر إبطال حكم التحكيم من قبل القضاء اللوبيجي، قامت شركة SNF بدعوى في المسؤولية لغرفة التجارة الدولية لمواجهة الفصل 34 من نظام تصممي الغرفة، فاعتبرت محكمة التعقيب الفرنسية أن الأصل هو تطبيق نظام التحكيم الجاري به العمل زمن إبرام اتفاقية التحكيم، غير أنه بالنسبة لتلك القضية تضمنت اتفاقية التحكيم اتفاقاً على العمل بنظام التحكيم الذي سيكون سارياً من بدء التحكيم، أنظر:

Appel Paris, 22/01/2009, SNF SAS c/Chambre de commerce international rep.Gen.n°07/19492 infirmant TGI Paris ,Revue de l'arbitrage 2007 ,10/10/2007

d'appel de Paris 14/12/1893 journal des Tribunaux 1894 p 38 jurisprudence administrative tunisienne II Tribunaux judiciaires 1er fascicule 1884-1905(éd CERP Tunis1983 p 149)n°62(Tribunal de Tunis 29/01/1913, revue de l'arbitrage ; II 296, note Marcel MOROND 1913 jurisprudence administrative tunisienne II Tribunaux judiciaires 2eme fascicule 1906-1928(éd CERP Tunis1985 p 289 et ss (1928)n°320(cour d'appel d'Alger,22/01/1914) Journal des Tribunaux 1914,326 et Revue de l'arbitrage 1914 II, 204 jurisprudence administrative tunisienne II Tribunaux judiciaires 2eme fascicule 1906-1928(éd CERP 1985.p317 et ss)n°334

(4) أوضحت محكمة الاستئناف بتونس في قرارها عدد 57 بتاريخ 11/04/2000 (غير منشور) "... من الجلي أن التحكيم المراد إقامته في قضية الحال بين طلبة التجريب والمطالبة الأولى ينتمي إلى صنف التحكيم الدولي، من ثمة فهو خاضع إلى أحكام الفصل 58 من مجلة التحكيم التونسية، وهو النص الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ويوجه خاص إلى أحكام المساعدة القضائية على تشكيل هيئة التحكيم وسهر محاكم الدولة على سلامة تركزيتها عملاً بأحكام الفصل 2-47 من مجلة التحكيم الذي يقتضي أن أحكام هذه المجلة هي المتطابقة طالما كان مقر التحكيم موجوداً بتونس علاوة على أن المبدأ العام يقتضي أن المحاكم الوطنية التابعة للدولة لا تطبق على الإجراءات المتخذة أمامها سوى قانونها الوطني، احتراً من سيادة الدولة، حيث لا يعقل أن تخضع محاكم الدولة من جهة كقضية إقامتها للعمل إلى أحكام قانون أجنبي، وعليه فإن إشكالية القيام بطلب التجريب في المحكم الدولي وأجل ذلك يضبطها القانون التونسي...

(5) Lotfi CHEDLY : " L'incidence du siège (5) sur le contentieux post-arbitral 14incohérence du Code Tunisien ", Revue de la jurisprudence et de la législation ,Avril 2002, spécial arbitrage.p.71 (6) فرار غير منشور.

(7) المادة 43 من مجلة الأحكام العدلية: "العادة محكمة، يعني أن العادة عامة أو كانت أو خاصة تتجلى كملايات حكم شرعي"، وأيضاً المادة 37 من ذات المجلة: " استعمال الناس حجة يجب العمل بها"، ويلاحظ الشراح سليم رستم بـمذايبي أن مصدر هذه القاعدة هو تكريس الاستصحاب كمصدر من مصادر القانون الإسلامي لقوله صلى الله عليه وسلم: "ما استحسنه المسلمون فهو عند الله حسن"، والقاعدة حسب الشراح أن تجعل العادة حكماً في الأمور التي لا نص لها (شرح المجلة بمذايبي إجماع التراث العربي، وبيروت 1986، طبيعة ثلاثة من 34) لكن أباً يوسف يرى أنه إذا كان النص مبني على العادة والعرف فالقاعدة للعرف والعادة، لأن النص المبني على العادة والعرف يتبدل بتبدلهما، فقال في ذلك أن الصبي العرف الطارئ لأنه لا يخالف النص بل يوافقه"، ويصح ذلك بالنسبة للتحكيم، لأن أحكامه، وخصوصاً أحكام الساب

إعطاء المحكم إحساساً بأنه مجرد مساعد للقضاء بل منح الأطراف إحساساً بالأمان والأطمئنان ضد خطر العشوائية والحيث من احترام استقلالية إجراءات التحكيم وحرية المحكم في الاجتهاد وفي تسيير الخصومة التحكيمية.

* قضائي- رئيس فريق عمل بمركز الدراسات القانونية والقضائية - مدرس قانون بالجامعة الفرنسية

الهاوش:

(1) يراجع مثلاً:

Thomas CLAY " L'arbitre " éd Dalloz Paris Nouvelle bibliothèque des thèses 2001 p169 et surtout les références qui y sont citées, notamment les écrits de Bruno .OPPETIT et de PHILPPE FOUCHARD Un auteur canadien a inventé la terminologie " juridiciarisation de " l'arbitrage "pour y fusionner " juridiciarisation " et " juridicisation R.BLUOIN : " La juridicisation de l'arbitrage de grief au Québec ", thèse de l'université d'Ottawa,1995,citée par CLAY, op.cit,p170.(Pierre LALIVE, quant à lui, préfère parler de " processualisation " de l'arbitrage ."

(2) يراجع بالخصوص الحسين السالمي بعنوان: "التحكيم وقضاء الدولة"، نشر مجد ومركز الدراسات القانونية والقضائية بتونس سنة 25 وما يليها.

(3) Tribunal de Tunis 17 (3) Décembre1884,Revue de l'arbitrage 1885 II.84 ;jurisprudence administrative tunisienne II Tribunaux judiciaires 1er fascicule 1884-1905(éd Centre de recherches et d'Etude Administrative CERP(Tunis 1983,p16 n°2(.Cour) d'appel d'Alger,20/07/1887,Revue de l'arbitrage 1887.II.409 jurisprudence administrative tunisienne II Tribunaux judiciaires 1er fascicule 1884-1905(éd CERP Tunis1983 p 44)n°15(, Cass Req Fr Hamida Ben Ayed ,27/03/1891 c/Gouvernement Tunisien Revue de l'arbitrage 1891 II 474 jurisprudence administrative tunisienne II Tribunaux judiciaires 1er fascicule 1884-1905(éd CERP Tunis1983 p 96)n°38(, Tribunal de la seine)Fr(30/06/1891, Héritiers Ben Ayed c/Bey de Tunis, journal des Tribunaux 1891,p226 jurisprudence administrative tunisienne II Tribunaux judiciaires 1er fascicule 1884-1905(éd CERP Tunis1983 p 106)n°43(; Cour

l'arbitrage 2000.n°2, p 257
(30) محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 39 بتاريخ 15/06/1999، مجلة القضاء والتشريع أفريل 2001، عدد خاص بالتحكيم ص 129.
": Great Britain, arbitration ACT 1966 (31)
The arbitral proceedings
General duty of the tribunal 33
-The tribunal shall-1
a- act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent, and
b- adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair means for the resolution of the matters falling to be determined
the tribunal shall comply with that 2-
general duty in conducting the arbitral proceedings, in its decisions on matters of procedure and evidence and in the exercise of all other powers conferred on it".
(32) أحمد الورفلي: "التحكيم الدولي..."، مرجع سابق ص 454.
(33) قرار غير منشور
(34) قرار منشور بمجلة القضاء والتشريع أفريل 2001، عدد خاص بالتحكيم ص 171.
(35) في نفس المعنى، عبد الحميد الأحديب: "المبادئ التي ترعى سير المحاكمة التحكيمية وقواعد الإثبات"، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 9 ص 26، وخصوصاً ص 29 حيث أعتبر أن القواعد الأممية لإجراءات المحاكمة التحكيمية ثلاثة هي: الوجاهية (الواجهية) واحترام حقوق الدفاع والمساواة بين أطراف النزاع.
(36) قرار غير منشور،
(37) محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 39 بتاريخ 15/06/1999، مجلة القضاء والتشريع أفريل 2001، عدد خاص بالتحكيم ص 129.
(38) "The contribution (38)
" of English and American legislation
p104
Lord Halsbury L C, Andrews v (39)
Mitchell)1905(AC78 at p 80 See Anthony WALTON and Mary VICTORIA, PH D LLB: "Russel on the Law of arbitration" 20th edition, Steven & Sans
Lonvdon 1982, p214
(40) قرار غير منشور.
(41) يتأكد من صحة المقارن ومن كتابات أهل التطبيق التحكيمي أن الأصل في التحكيم هو عدم إجراء جملات إلا إذا وجد طلب في ذلك من الأطراف أو من أحدهم على الأقل. (راجع مثلاً:
Alan REDFERN et Martin HUNTER, avec le concours de Murray SMITH : " Droit de l'arbitrage commercial international

مع أن الأمر يتعلق بوقائع لا يعلمها سوى المحكمين ولا يمكن للباقيين أن يسماعهم، وهذا الحل استثنائي ولا يمكن التوسع في أو القياس عليه في حالات أخرى.
(22) مقالنا بعنوان "استقلالية الإجراءات التحكيمية"، مجلة القضاء والتشريع، أفريل 2002 (عدد خاص بالتحكيم)، ص 63.
(23) المادة 1048 من القانون الجزائري الجديد.
(24) تنص المادة 1041 من فصول الإجراءات المدنية الجزائية الجديدة 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 يهيم 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 الجزر.
المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ".
(25) الفصل 78 من مجلة التحكيم التونسية، لكن نلاحظ أن لم يقع تركيز القاعدة العكسية، أي اعتبار رفض الإكساء بمثابة حكم بالإبطال.
(26) أحمد الورفلي: "التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن"، ط 2 جميع الأشرطة للكتاب المختص، تونس 2006 ص 290، وكذلك للنائب المؤلف "مجلة التحكيم معق عليها"، ط 2 مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2006، ص 397.
(27) Jean-François POUDRET et Sébastien BESSON : " Droit comparé de l'arbitrage -LGDI -international", éd. Bruylant -schulthess, 2002, p 498 et ss n°545 et ss, Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN Traité de l'arbitrage commercial international "éd Litec, Paris 1996, p 651 et ss ; lotfi chedly " Arbitrage commercial international et ordre public transnational préface Kaltoum Meziou, éd CPU, Tunis : p 210 et ss ; catherine KESSEDJAN, 2002 " Principe de contradiction et arbitrage " Rêvue de l'arbitrage 1995 ; n°3, p 380 où elle s'interroge si le principe de la contradiction se confond avec celui du respect des droits de la défense.
(28) وفي الفقه العربي يراجع مثلاً: عبد الحميد الأحديب: "موسوعة التحكيم"، الكتاب الثاني: "التحكيم الدولي"، ط 1 منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت 2008، ص 379 وما يليها.
(29) Voir notre chronique de jurisprudence (29) tunisienne en matière d'arbitrage in Bulletin de l'association Suisse de

p847, note Charles JARROSSON, petites Affiches 2008, n°60-61, p 32, note Eric LOQUIN, Dalloz 2007, p2916, note Thomas CLAY, Dalloz 2008, Panorama de jurisprudence 190, obs, Thomas CLAY (15) المادة 1032 بقرتها الأولى، والثانية،
(16) المادة 1033 ومنطقاً يكون حكم التحكيم في هذه الصورة قابلاً للنقض بالإبطال،
(17) المادة 1034
Cour de Justice des communautés (18)
Européennes, Grande chambre, Alliaz SpA c/West Tankers Inc
-http://curia.europa.eu/juris/cgi in/gettext.pl?where=&lang=fr&num=799 09789C190701858=T&ouvert=T&seance=ARRET=
(19) لطفي الشاذلي: "التصديق للمماثلة والتعطيل في التحكيم الدولي (دراسة مقارنة مع التحكيم الداخلي)"، المجلة القانونية التونسية 2004، ص 101، أحمد الورفلي: "استقلالية الإجراءات التحكيمية"، مجلة القضاء والتشريع، أفريل 2002، عدد خاص "تحكيم" ص 63.
(20) Appel Paris 18/11/1987, Revue de l'arbitrage 1988p371 3è espèce infirmant le jugement du Tribunal de Grande instance de Paris du 30/05/1986, Revue de l'arbitrage 1988, p 371 ; 1ere espèce, dans lequel le tribunal a affirmé qu'il était autorisé à suspendre la procédure d'arbitrage organisée par la chambre Arbitrale de Paris au motif qu' " il existe sérieuse que ne puissent être données à chacune des parties les garanties essentielles, destinées à assurer un procès équitable ". La cour d'Appel de Paris a " affirmé qu'il appartient aux arbitres d'assurer eux-mêmes " les conditions d'un procès équitable " Cf, Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN : " Traité de l'arbitrage commercial international " 2d n°790 Litec Paris 1996 p 482-483 n°790.
(21) اعتبرت محكمة الاستئناف بتونس في إحدى القضايا أنه يجوز لها التحرير على المحكمين أو على الأقل على أي رئيس هيئة التحكيم لاستيضاحه حول كيفية إجراءات التحكيم بعد أن اتضح لها من مراجعة حكم التحكيم والوقائع المعقدة أن أحد المحكمين لم يتوقع على حكم التحكيم ونسكت بأنه لم يقل مهمة التحكيم أبداً ولم يشارك في أي عمل من أعمال التحكيم، وهو لم يتبن إجابته ونفيه لعدم تحرير أي محضر جلسة لتكوين موقع في جلسات التحكيم، ولم يتسن للمحكمة التوصل إلى تكوين قناعة حول حقيقة هذا الأمر من خلال ما توفر لديها باعتبار أن حكم التحكيم اقتصر على عبارة "وبعد المفاوضات التجارية" لم تكن باخراً من شأن المحكمين المعني "رفض الإضاء"، ولم تلجأ المحكمة إلى الحل المبين أعلاه إلا لتخفيف البت في النزاع بما توفر لديها من حجج

arbitraux appréciant librement la portée juridique des faits et ils peuvent statuer aussi sur la base de règles de droit autres que celles invoquées par les parties. En conséquence, pour autant que la convention d'arbitrage ne restreigne pas la mission du tribunal arbitral aux seuls moyens juridiques soulevés par les parties, celles-ci n'ont pas été entendues du tribunal arbitral aux seuls moyens juridiques soulevés par les parties, celles-ci n'ont pas été entendues de façon spécifique sur la portée à reconnaître aux règles de droit. A titre exceptionnel, il convient de les interpeller lorsque le juge ou le tribunal arbitral envisage de fonder sa décision sur une norme ou une considération juridique qui n'a pas été évoquée au cours de la procédure et dont les parties ne pouvaient pas supputer la pertinence) ... (Au demeurant, savoir ce qui est imprévisible est une question d'appréciation. Aussi le tribunal fédéral se montre-t-il restrictif dans l'application de ladite règle pour ce motif et parce qu'il convient d'avoir égard aux particularités de ce type de procédure en évitant que l'argument de la surprise ne soit utilisé en vue d'obtenir un examen matériel de la sentence par l'autorité de recours (consid.3.1(. 54)."

Ahmed OUERFELLI, note sous cass. Tun n° 73..... du 23/02/2000, Revue de l'arbitrage 2000.n°3,p 597

خاص "التحكيم"ض.107.

cf, Ahmed OUERFELLI : " Le..... (50) pénal, tient-il l'arbitral en l'état ? ".Revue de la jurisprudence et de la Législation,.....2005,p (51) يمكن أن تعد الأمثلة بسلا آلاف، لكن يمكن مراجعة الرأي المخالف الذي صدر سنة 1958 عن المحكمة الحينسي في قضية شركة أرامكو ARAMCO الأمريكية ضد المملكة العربية السعودية.

Article 2 A . international origin and (52) general principles)As adopted by the commission at its thirty-ninth session, in :2006

,in the interpretation of this Law (1) " regard is to be had to its international origin and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good .faith

Questions concerning matters governed (2) by this Law which are not expressly settled in it to be settled in conformity with the general principles on which this Law is .based

,Tribunal fédéral Suisse 9/02/2009 (53) arrêt dont les considérants viennent d'être publiés sur Internet -http://jumcgi.bger.ch/cgi-ch/cgi bin/jumpCGI?id=09.02.2009 4A rédigé en français, non destiné à .400/2008 la publication : " En Suisse, le droit d'être entendu se rapporte surtout à la constatation des faits. Le droit des parties d'être interpellées sur des questions juridiques n'est reconnu que de manière restreinte. En règle générale, selon l'adage jura novit curia, les tribunaux étatiques ou

traduit de l'anglais par Eric ROBINE, éd .LGDJ,Paris 1994 2ème édition,p280 (42) وهو عين رأي الفقه الجزائري قبل قانون سنة 2008، انظر مثلاً: كمال إعلوش قروبوع، مرجع سابق ص 49 وفي القانون المقارن، يراجع الفصل 64 من مجلة التحكيم التونسية.

(43) قرار غير منشور

(44) يراجع، حول مجمل هذه المسألة، مقالاً بعنوان "انفسالالية الاجراءات التحكيمية"، مجلة القضاء والتشريع، أبريل 2002، عدد خاص بالتحكيم، ص 63.

(45) محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 51 بتاريخ 15/02/2000، غير منشور.

(46) حول معضلة الموقف "السلي" الذي يتبناه المحاكم العربية أحياناً من التحكيم، يراجع مثلاً: Jalal El AHDAB : " Arab Arbitration v.international Arbitration? The Case for a Reconciliation "Journal of international arbitration, volume 25/11/2008. 275

(47) اعتبرت محكمة التعقيب التونسية أن قاعدة إحالة الملف إلى النيابة العمومية عند إثارة دفع جزائي لا تنطبق على المحكمين، محكمة التعقيب، قرار عدد 10965/2001 بتاريخ 22/01/2001، غير منشور: "خلافا لما دافع به الطاعة فإنه ليس من المفروض على محكمة الحكم المعقب عرض الملف على النيابة العمومية لمجرد الدفع بضرورة الكشف المورخ في 15/08/1999 دون أن تقوم بإثارة تنبذات جزائية ضد المعقب ضد ما تستلزم توقيف النظر في النزاع، وطالما لم يتعد التمسك بالضرورة نطق الدفع الجرد فإن تعليق الحكم المعقب في رده وعدم الأخذ به طريقه وأفعاله وقانونا بما يبرر رد هذا المطعن لعدم وجاهته".

(48) في محاولة لتكوين مبادئ القانون التجاري الدولي (lex mercatoria) أكثر المشرفون على موقع وأب جامعة كولونيا..... أنه يوجد مبدأً No suspension of..... arbitration

(49) مصطفى صخرى: "عوارض الخصومة التحكيمية"، مجلة القضاء والتشريع، أبريل 2002، عدد

La saa votre meilleur assureur



SAA

Au service
du développement