

جامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس
كلية الحقوق والعلوم السياسية

التحكيم في منازعات الملكية الفكرية

رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون

إشراف الأستاذ الدكتور
كراجي مصطفى

إعداد الطالب
خليل محمد

لجنة المناقشة

- الأستاذ الدكتور، بوسندة عباس، أستاذ التعليم العالي بجامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس رئيسا
- الأستاذ الدكتور، كراجي مصطفى، أستاذ التعليم العالي بجامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس ... مشرفا ومقررا
- الأستاذ الدكتور، بن سهلة ثاني بن علي، أستاذ التعليم العالي بجامعة تلمسان عضوا
- الأستاذ الدكتور، شربال عبد القادر، أستاذ التعليم العالي بالمدرسة الوطنية للإدارة عضوا

تاريخ المناقشة

.....

جامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس
كلية الحقوق والعلوم السياسية

التحكيم في منازعات الملكية الفكرية

رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون

إشراف الأستاذ الدكتور
كراجي مصطفى

إعداد الطالب
خليل محمد

لجنة المناقشة

- الأستاذ الدكتور، بوسندة عباس، أستاذ التعليم العالي بجامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس رئيسا
- الأستاذ الدكتور، كراجي مصطفى، أستاذ التعليم العالي بجامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس ... مشرفا ومقررا
- الأستاذ الدكتور، بن سهلة ثاني بن علي، أستاذ التعليم العالي بجامعة تلمسان عضوا
- الأستاذ الدكتور، شربال عبد القادر، أستاذ التعليم العالي بالمدرسة الوطنية للإدارة عضوا

تاريخ المناقشة

.....

كلمة شكر

أتقدم بالشكر الجزيل بعد الله عز وجل إلى : الأستاذ الدكتور المشرف كراجي مصطفى المحترم الوقور بتواضعه، والحليم بأخلاقه وعلمه، والذي كان لي منارا أستهدي به في إعداد هذه الرسالة.

الأستاذ الدكتور شربال عبد القادر المحترم صاحب الشأن، أقف أمامه وقفة تقدير وإجلال عما قدمه لي، وعن تواضعه ولطف معاملته ووجهه للعلم وطلبة العلم ، فأنا أكن له كل التقدير والإحترام فجزاه الله خير الجزاء .

- الأستاذ خليل عمرو المحترم الذي كان لي سندا وعونا وقدوة أسير على نهجه .

كما أتقدم بالشكر إلى الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة رسالتي و الذين نستنير بأرائهم .

وإلى كل من علمني حرفا أو مد يد العون لي سواء من قريب أو من بعيد .

إهداء

إلى من أحيا بصالح دعائهما
إلى من أستلهم الصبر والعزيمة منهما إلى ملاذي الذي أستمد منه القوة
والدي .

إلى من شاركتني الحلم وقاسمتني لحظات الأمل وتحملت معي الصعاب إلى رفيقة
دربي زوجتي .
إلى قرة عيني ومهجة فؤادي أبنائي الأعزاء - أريج ملك بلقيس - محمد شكيب -
محمد برهان الدين .

إلى إخوتي وأخواتي نجوم سمائي حيث تضيق الدروب .
إلى كل من علمني حرفا إعترافا بفضلهم وإحتراما لعلمهم وفكرهم إلى كل من
ساعدني في إنجاز هذه الرسالة .

إلى كل مبدع يحاول حماية حقه الفكري في هذا العالم الصغير .

خليل محمد

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

" فلا وربك لا يؤمنون حتى
يحكموك فيما شجر بينهم
ثم لا يجدوا في انفسهم حرجا
مما قضيت ويسلموا تسليما
."

صدق الله العظيم

سورة النساء الآية 65

قائمة أهم المختصرات :

باللغة العربية :

- GATT: الإتفاقيات العامة للتجارة .
- I.C.C: نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية .
- L.C.I.A: نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي .
- ICSID: مركز لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى .
- CNUDCI: القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي للتحكيم التجاري .
- CCI: غرفة التجارة الدولية .
- DSU: إتفاقية التفاهم تسوية المنازعات في المنظمة العالمية للملكية الفكرية .
- RICO: القانون الفيديالي الأمريكي .
- WIPO: المنظمة العالمية للملكية الفكرية .
- IMF: صندوق النقد الدولي .
- IBEd: البنك الدولي للإنشاء والتعمير .
- ق إ م . إ . ج : قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .
- OMPI: المنظمة العالمية لحماية حقوق الملكية الفكرية .
- TRIPS: إتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية .
- WTO: منظمة التجارة الدولية .
- ADHOC: التحكيم الخاص .
- ICSID: مركز تسوية منازعات الإستثمار في واشنطن .
- AAA: قواعد التحكيم للجمعية الأمريكية للتحكيم .

باللغة الفرنسية :

Rev.arb: Revue, de L'arbitrage

مقدمة

إن إرتباط حقوق الملكية الفكرية بالعقل وهو أسمى ما يملكه الإنسان ، يعد مصدر الإبداع والإلهام لأي إنتاج فكري ، ما أدى إلى إعتبار هذه الحقوق من أسمى صور حقوق الملكية على وجه الإطلاق .

و الملكية الفكرية وجدت مع وجود الإنسان وإن اختلفت مفاهيمها وطبيعتها من زمن إلى زمن، ومن جيل إلى جيل، إذ أن التطور الحضاري للأمم يرتبط إرتباطا وثيقا بالتفكير، والبحث في مختلف العلوم، ذلك أنه لا يمكن لأي تنمية اقتصادية أو اجتماعية في أي مكان أن تستغني عن الملكية الفكرية .

والملكية الفكرية تتميز بأنها لصيقة بشخص صاحبها . فمتى تجسدت في شكل مادي ملموس وأصبحت محلا للتداول من قبل الجميع، وعاد مردودها من التطور على كل أفراد المجتمع، فإنها تشكل أحد المعايير لتصنيف الدول إلى نامية ومتقدمة¹ .

ونظرا لأهمية الملكية الفكرية وإسهاماتها في تطوير مختلف مناحي الحياة الأدبية والفنية والتجارية والصناعية والإقتصادية، وتزايد عمليات السطو والإحتكار لعناصر الملكية الفكرية، كان لا بد من إيجاد وسائل حماية مناسبة تضمن الحقوق لأصحابها وتسمح في نفس الوقت للمجتمع الإستفادة منها .

لذا فقد تدرجت الحماية منذ القدم من منح المكافآت التشجيعية للمبدعين للأعمال الفكرية، إلى منحهم بعض حقوق الإحتكار على إبداعاتهم، إلى إصدار قواعد قانونية وأنظمة حمت ونظمت تلك الأعمال . وكان أول قانون في هذا الخصوص هو قانون الملكة "آن" " Anne" في عام 1710، وهو أول قانون حمى حقوق المؤلف² ، تم تلتته عدة قوانين في مختلف

¹ - إن اتفاقيات GAAT"94" والتي تديرها منظمة التجارة العالمية—ومنها إتفاقية (التريس) قسمت بلدان العالم إلى بلدان متقدمة وبلدان نامية و بلدان أقل نمواً — أنظر جلال وفاء محمدين ،الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقا لإتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريس) ،دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر 2004 ص 30.35.

² - أحمد عبد الخالق، حماية حقوق الملكية الفكرية في ظل إتفاقية التريس والتشريعات الإقتصادية، دار الفكر والقانون مصر 2011، ص 6.

الدول حمت المبدعين وأصحاب الفكر مثل المرسوم الخاص بحق المؤلف سنة 1791 بفرنسا¹، حيث تعد هذه الحماية حافزا وتشجيعا على المزيد من الابتكارات والابداع في مختلف المجالات . ولإتسام الملكية الفكرية بالعالمية ، كان من الضروري إيجاد حماية دولية، فكانت أول إتفاقية دولية بشأن الملكية الفكرية الصناعية إتفاقية باريس سنة 1883²، ثم تلتها إتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية 1886³ ثم تلتها العديد من الإتفاقيات الدولية .⁴ توجت بإنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية (ويبو wipo) في سنة 1967 في استكهولم تتولى هذه المنظمة⁵ مهمة إدارة إتفاقية ترس TRIPS وإتفاقية برن، والإتفاقيات الأخرى المتعلقة بالملكية الفكرية والإشراف على تنفيذها .

غير أن بعض الدول الكبرى رأت أن الحماية اللازمة للملكية الفكرية غير كافية، هذا ما جعلها تنظمها في إطار إتفاقية دولية مستقلة ضمن إتفاقيات جات 94⁶، ولقد عرفت باسم إتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (ترس) وهذه الإتفاقية تعد آخر إتفاقية دولية تنظم كافة حقوق الملكية الفكرية، بشقيها الأدبي والصناعي⁷ .

وبذلك أصبحت الملكية الفكرية من ضمن أجندة التجارة الدولية، بل تعد المحرك الرئيسي للتجارة الدولية خاصة بعد بروز النظام العالمي الجديد، الذي يركز بصفة أساسية على ما تملكه الدول من أسباب العلم والتكنولوجيا. ورغم ما للملكية الفكرية من أهمية إقتصادية وتجارية غير أن كثيراً من دول العالم الثالث الذي تنتمي إليه دولنا العربية ، لم تولي لها الإهتمام الواجب .

ولقد زاد التطور التكنولوجي المتسارع إلى إفراز صور جديدة تدخل في مفهوم الملكية الفكرية مما زاد الأمر صعوبة وتعقيدا ، إذ وجدت أعمال القرصنة والغش والتقليد المجال الخصب للنمو على

¹ - هذا القانون خاص بمؤلفي المسرحيات ، فأعطى للمؤلف وحده الحق في نشر مسرحيته ثم لورثته مدة 05 سنوات بعد موته راجع في ذلك فاضلي إدريس المدخل إلى الملكية الفكرية . ع . د الجزائر 2004/2003 ص 52 .

² - <http://www.Wipo.int/treatise/ar/ip/paris/>

³ - <http://homatalhaq.com>

⁴ - أحمد عبد الخالق ، حماية حقوق الملكية الفكرية في ظل إتفاقية الترس، المرجع السابق، ص 07 .

⁵ - WWW.WIPO

⁶ - حميد محمد علي اللهبي -الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية في إطار منظمة التجارة العالمية المركز القومي للإصدارات القوانين طبعة 1- مصر 2011 .

⁷ - رياض عبد الهادي منصور عبد الرحيم ، التنظيم الدولي لحماية الملكية الفكرية في ظل إتفاقيات المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2012، ص 13 .

مستوى الأفراد والشركات، بل حتى على مستوى الدول إذ تقوم بانتاج سلع مقلدة تحت إسم علامات تجارية مشهورة في الأسواق العالمية ، وهذا ما أدى إلى أضرار سواء للأشخاص أو للشركات المالكة لحقوق الملكية الفكرية وهذا ما يثير منازعات بينها وبين منتهكيها على مستوى العالم .

كما يمكن أن تقوم المنازعات بين الدول خاصة فيما يتعلق بتنفيذ الالتزامات الإتفاقية التي تفرضها المعاهدات الدولية في شأن الملكية الفكرية .

إن منازعات الملكية الفكرية تحتاج أكثر من غيرها إلى السرية، لما تنطوي عليه من معلومات سرية ودقيقة لا يجوز إفشائها، كما أنها تحتاج إلى السرعة في الفصل، إذ أن التطورات التكنولوجية الحديثة والتقنيات المتقدمة جعلت ما يعد إبتكاراً أو إبداعاً اليوم، جاوزه الزمن غداً، وحتى يتم تجاوز إختلاف الأحكام الوطنية بين البلدان، والحفاظ على العلاقات التجارية بين الأطراف المتنازعة وعلى سمعتهم، بل وزيادة المبادلات التجارية وحسم النزاع بالسرية والسرعة المطلوبة، فإن الكثير من الأطراف المتنازعة تنجس إلى التحكيم سواء كان تحكيماً حراً أو مؤسساً. وهو ما يجعلنا نتساءل ونطرح إشكالية موضوع الدراسة بالرغم ما تتسم به من تعقيد نتيجة إرتباطها بالتطور التكنولوجي والتجارة ، فهل يعتبر التحكيم الوسيلة المناسبة لتسوية منازعات الملكية الفكرية.....؟ لقد أنصب إختيارنا على هذا الموضوع للأهمية التي أصبحت تمثلها الملكية الفكرية ذاتها، بالنظر إلى مكانة الملكية الفكرية التي صارت تحتلها لدى الشعوب والدول، إذ نجدها قد أصبحت عصب التجارة والاقتصاد العالميين .

كما أنها أصبحت معياراً لتصنيف الدول بالقوة و الضعف من خلال مدى إستثمار الملكية الفكرية . كما يلجأ المستثمرون الأجانب والتي لا تخلو استثماراتهم من عنصر من عناصر الملكية الفكرية إلى تضمين عقودهم شرط التحكيم .

وبالرجوع إلى دولنا العربية والجزائر خاصة فإن الوعي بأهمية الملكية الفكرية أصبح واقعا، وذلك بمصادقة الجزائر على الكثير من الإتفاقيات الدولية ومنها باريس¹ وبرن²، وكذا إنضمامها إلى المنظمة العالمية للملكية الفكرية "wipo"³، وسعيها إلى الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة، التي تسيطر على القطاع الأكبر من التجارة العالمية، تفاديا لفقدانها للمزايا والضمانات التي تكفلها إتفاقيات المنظمة. وهو أمر يلزم الدول بتعديل التشريعات الوطنية المنظمة لحقوق الملكية الفكرية، والتشريعات التي تنظم التحكيم، إذ أن الشركات الأجنبية المستثمرة أو المقدمة للخدمات التكنولوجية عادة ما تجعل شرط اللجوء إلى التحكيم في منازعاتها مع الطرف الآخر للنزاع، وبذلك فلا مفر لدول العالم الثالث، ومنها الجزائر، من الخضوع لشرط التحكيم إذا ما أرادت نفضة شاملة .

إضافة إلى أنه كلما كثرت الدراسات حول الملكية الفكرية وسبل تسوية منازعاتها كلما زاد الوعي لدى أفراد المجتمع وذلك بالحد من الانتهاكات واستمرار الإبتكار والإبداع الفكري كل ذلك وغيره يوضح أهمية دراسة نظام التحكيم وبالتحديد في مجال الملكية الفكرية للإمام بقواعده وإجراءاته .

على هذا الأساس كانت حدود دراستنا منصبة على التشريع الجزائري، وأهم الإتفاقيات الدولية التي أبرمت بشأن حماية الملكية الفكرية . كما شمل موضوع الدراسة قواعد و إجراءات التحكيم وفقا لنظام التحكيم والوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويو)، ووفقا لنظام تسوية المنازعات التابع لمنظمة التجارة العالمية، إذ تعتبر كلا المنظمتين ذات دور هام في الإشراف على الملكية الفكرية .

¹ - الأمر 2/75 المؤرخ في 09 يناير 1975 المتضمن المصادقة على إتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883 والمعدلة جريدة رسمية عدد 10 الصادرة في 04 فبراير 1975.

² - المرسوم الرئاسي رقم : 341/97 المؤرخ في 13 سبتمبر 1997 المتضمن إنضمام الجزائر مع التحفظ إلى إتفاقية برن (BERNE) لحماية المصنفات الأدبية والفنية المؤرخة في 09 سبتمبر 1886 المتممة والمعدلة جريدة رسمية عدد 61 الصادرة في 14/09/1997.

³ - الأمر : 02/75 مكرر المؤرخ في 09 يناير 1975 المؤرخ في 09 يناير المتضمن مصادقة الجزائر على إتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية الموقعة باستكهولم في 14 يوليو 1967 جريدة رسمية عدد 13 الصادرة في 14 فبراير 1975 .

أثناء قيامنا بالبحث واجهتنا عدة صعوبات ومنها قلة المراجع التي تتناول موضوع البحث إن لم نقل ندرتها، إضافة إلى ذلك تعدد التشريعات والإتفاقيات الدولية التي تنظم سواء عناصر الملكية الفكرية أو التحكيم، والتي يجب الرجوع إليها للإمام بجوانب الموضوع .

كما أن حداثة التحكيم بالنسبة للملكية الفكرية وتميزها بالسرية أدى إلى قلة الأحكام التحكيمية المنشورة ، وهذا ما زاد في صعوبة الموضوع .

ورغم ذلك إعتدنا للإجابة على إشكالية البحث وتحليل أبعادها على عدة مناهج منها المنهج التاريخي والمنهج الوصفي ، والمنهج التحليلي كل ذلك للإمام بكل جوانب الموضوع .

لتحقيق هدف الدراسة وفي ظل الحدود الموضوعية لها قمنا بتقسيمها إلى ، ثلاثة أبواب رئيسية وباب تمهيدي ، إذ تناولنا في الباب التمهيدي ماهية التحكيم والملكية الفكرية. ثم تطرقنا في الباب الأول، إلى تنظيم التحكيم في منازعات الملكية الفكرية. أما الباب الثاني، فقد تطرقنا إلى حكم التحكيم وتنفيذه وطرق الطعن فيه وإختتمنا بحثنا هذا بالباب الثالث الذي خصصناه إلى دور المنظمة العالمية للملكية الفكرية " wipo " ومنظمة التجارة العالمية في تسوية منازعات الملكية الفكرية، عن طريق الوسائل البديلة والتحكيم.

باب تمهيدي

ماهية التحكيم والملكية الفكرية

لقد شغل موضوع التحكيم، والملكية الفكرية، حيزا كبيرا من اهتمامات الباحثين والدارسين، فالتحكيم يعد أقدم وسيلة من وسائل فض المنازعات، التي عرفها الإنسان منذ القدم وقد تطور بمرور الزمن عبر الحضارات المتعاقبة، ليصبح ظاهرة من ظواهر العصر الحديث، وطريق خاص للفصل في المنازعات التي تثور بين الأفراد والجماعات سواءً كانت تجارية أو مدنية، عقديّة، أو غير عقديّة، فالتحكيم قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية، طلبا للعدالة في مناخ متميز تتوافر فيه الكثير من الجوانب الإيجابية، ولقد اختلف الفقهاء في طبيعته، فمنهم من أضفى عليه الطبيعة القضائية، ومنهم من أضفى عليه الطبيعة العقدية ومنهم من ذهب إلى أن التحكيم ليس إتفاقا محضا، ولا قضاءً محضاً ومع ذلك ومهما يكن من صفة طبيعته فإن التحكيم يعد عدالة خاصة .

أما الملكية الفكرية فهي تعد الأقدس من بين الملكيات، وذلك لالتصاقها بشخص الإنسان وتعلقها بفكره وإبداعه، ونتاج عقله، ولم تظهر إلى الوجود إلا مع قيام النهضة العلمية وتطور الطباعة والنشر.

فلقد أدركت دول عديدة مما تسمى اليوم بالدول المتقدمة، أن حقيقة نخضتها وتقدمها وإزدهارها إقتصاديًا، وثقافيًا، وسياسيًا، يقوم على نتاج عقولهم من إبداع وإبتكار، هذا ما دفعهم لسن العديد من القوانين، لحماية المبدعين وأصحاب الإبتكارات والإختراعات، في شتى المجالات الصناعية والأدبية والفنية.

وبما أن سن القوانين يكون على مستوى كل بلد على حدى، بحسب المقتضيات الإقتصادية والسياسية، هذا ما جعل من التعدي على الملكية الفكرية سهلا، و دفع بالكثير من الدول إلى السعي لإيجاد إتفاقيات دولية تحدد فيها حدود الحماية الدنيا لحقوق الملكية الفكرية، فكانت إتفاقية باريس، وإتفاقية برن، وتوالت الإتفاقيات وصولا لإتفاقية التجارة العالمية "تريس" .

ولقد أولت الدول أهمية كبيرة للتحكيم كنظام خاص لحل المنازعات التي تطرأ بين الدول أو بين أشخاص طبيعية، وأشخاص معنوية. خاصة في مجال حقوق الملكية الفكرية وما تمثله من لبنة قوية لدفع عجلة النمو الاقتصادي والثقافي .

هذا ما جعلنا نتناول في هذا الباب ماهية التحكيم والملكية الفكرية والذي نتطرق فيهما إلى مفهوم التحكيم وطبيعته ومبررات اللجوء إليه وأنواعه في الفصل الأول وتُخصّص الفصل الثاني لمفهوم الملكية الفكرية وطبيعتها القانونية، وأهم الإتفاقيات التي تضمنتها .

الفصل الأول

ماهية التحكيم

الأصل أن ولاية الفصل في الخصومات معقودة للسلطة القضائية، التي تعد إحدى السلطات الرئيسية في الدولة الحديثة، التي تسهر على أدائها عبر المحاكم المختصة، وفقا لآليات التقاضي المختلفة، والتي يستخدمها المتقاضون بغية الحصول على حكم نهائي في الدعوى قابلا للتنفيذ .

ولكن مقتضيات التجارة بصفة عامة، والملكية الفكرية بصفة خاصة، تطلبت البحث عن وسيلة أخرى تكون قادرة على حل المنازعات الناشئة عنها بطريقة أسرع وأكثر فاعلية، لعل من أكثر هذه الآليات ذيوعا وفاعلية في العصر الحديث "هو نظام التحكيم" ، الذي أصبح أحد الوسائل البديلة عن القضاء لتسوية منازعات الملكية الفكرية .

وإنطلاقا مما سبق سنحاول معالجة التحكيم من حيث مفهومه وطبيعته بين الماضي والحاضر في المبحث الأول، و تميز التحكيم عما يشابهه ومبررات اللجوء إليه في المبحث الثاني ، و أنواع التحكيم في المبحث الثالث .

المبحث الأول

التحكيم من حيث مفهومه وطبيعته بين الماضي والحاضر

للتحكيم مبررات دعت إلى وجوده كآلية لفحص المنازعات بحكم ملزم لأطرافها ، إلا أن له ذاتية خاصة يتميز بها عن سواه من وسائل تسوية المنازعات ، كما أن له العديد من الأنواع التي تختلف بحسب إرادة الأطراف أو بحسب نطاقه الجغرافي أو بحسب الأساس الذي يستند إليه المحكمون في إصدار قرارهم ومنه يطرح التساؤل التالي :

ما تعريف التحكيم وما طبيعته بين الماضي والحاضر ؟

هذا ما يجعلنا نتطرق إلى تاريخ التحكيم في المجتمع العربي في الجاهلية والإسلام في مطلب أول ، ثم إلى تعريف التحكيم لغة وتشريعاً وفقها وقضاءً في مطلب ثاني ثم نخرج على طبيعة التحكيم في مطلب ثالث .

المطلب الأول

لمحة تاريخية عن التحكيم

إن نظام التحكيم ضارب في القدم فهو نظام عتيق، اعتمده البشرية في الفصل في المنازعات بين أفراد متقاربين ، كأفراد عائلة واحدة أو أفراد يعيشون في نطاق جغرافي واحد ، أو بين شركاء في مجموعة من الأموال¹ .

وقد اعتمده الأطراف المتنازعة كخيار للفصل في النزاع لأنه كما يقال، المحكم يرى العدالة بينما القاضي لا يعتد إلا بالتشريع. والتحكيم وإن كان قد عرفه قدماء الإغريق والرومان فقد عرفه أيضاً قدماء المصريين والأشوريين والبابليين ، والعرب قبل الإسلام¹ ثم بعد الإسلام² .

1-Rene David, L'arbitrage dans le commerce international, Economica Paris 1982 n:1 p. 5

- على سالم إبراهيمي، ولاية القضاء على التحكيم دار النهضة العربية، مصر، 1996، ص 3 .

- أبو الوفاء، التحكيم الإختياري، والإجباري طبعة 5 سنة 1988 ، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، ص 15 .

- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص ، دار النهضة العربية، مصر ، 1997 ص 42-43 .

وقد أرتأينا التطرق إلى التحكيم لدى العرب قبل الإسلام وبعد الإسلام نظرا لقلّة المراجع المتناولة لذات الموضوع .

الفرع الأول

التحكيم عند العرب قبل الإسلام.

لقد عرف نظام التحكيم عند العرب وقبل الإسلام كوسيلة بديلة عن اللجوء إلى الإحتكام إلى القوة والإحتكام إلى الإنتقام الفردي والجماعي الذي كان سائدا³. فابذلك فالتحكيم ينم عن مرحلة متطورة وراقية وصلت إليها البشرية، إذ أصبحت عادة أصيلة في نفوسهم⁴، فكان شيخ القبيلة عند العرب يقوم بدور المحكم إذ يتولى الفصل في المنازعات التي كانت تدور بين أفراد القبيلة، الواحدة، وهذا ما يعرف ويتميز به شيخ القبيلة والذي يعد من أنبل وأشرف أفراد القبيلة، ولم يقتصر الأمر على شيوخ القبائل بل تعداه إلى كل من يتصف بزرارة العقل والعلم ورجاحة العقل وسعة المدرك ويقضه الضمير، كأكثم بن صبغى بن رياح، يعمر بن عوف⁵، وعامر بن الظرب العدواني، وصاحب بن زرارة بن عدس التميمي، وقس بن ساعدة⁶، وهاشم بن عبد مناف القرشي، وعبد المطلب بن هاشم جد الرسول صلى الله عليه وسلم⁷ إلى غيرهم من أصحاب الرأي السديد والحكمة ولم يقتصر أمر التحكيم على الرجال

¹ - محمود السقا، تاريخ القانون المصري، مصر 1970 ص، 254- 370 .

² - محمد الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، 1988، ص 120.

³ - خالد عبد العظيم أبو غابة التحكيم وأثره في فض المنازعات دار الفكر الجامعي، طبعة أولى، ص 10 .

⁴ - صوفي أبو طالب -مبادئ تاريخ القانون مكتبة النهضة العربية، طبعة 1957، ص 79 .

⁵ - لقد تحاكت قريش وخزاعة إلى يعمر بن عوف في ولاية البيت .

⁶ - قس بن ساعدة هو أحد المحكمين والذي أطلق عبارته المشهورة "الإثبات على المدعي واليمين على من أنكره" .

⁷ - ولقد تحاكت قريش فيما بينها إلى الرسول صلى الله عليه وسلم قبل بعثته عندما تنازعت، حول شرف وضع الحجر الأسود في مكانة، عند إعادة بناء الكعبة الشريفة .

فقط بل تعداه إلى النساء كفخر بن نعمان التي كانت العرب تحتكم عندها حالما يثور بينهم مشاجرات في الأنساب وغيرها¹.

كما احتكم العرب إلى الكهنة لإعتقادهم بأن الكاهن يعلم الغيب وبإمكانه معرفة الظالم من المظلوم .

كما إحتكم العرب إلى النار لإعتقادهم أن البريء لا تمسه بسوء، أسوة بسيدنا إبراهيم عليه السلام، أما الظالم فتأكله . وهذا ما يزال بقية منه في شمال سيناء بمصر².
برغم أن الله عز وجل قد حرم هذه الوسيلة قبل أربعة عشر قرن من الزمن³.

الفرع الثاني التحكيم في الإسلام

لقد عرف التحكيم قبل الإسلام وكانت قواعده بسيطة وفطرية أساسها عبء الإثبات يقع على المدعي⁴.

¹ - خالد عبد العظيم، أو غابة التحكيم وأثره في فض المنازعات سابق، مرجع سابق، ص 12 .

² - خالد عبد العظيم - التحكيم وأثره في فض المنازعات ، مرجع سابق ، ص 13 .

³ - لقد قال الله عز وجل في سورة المائدة الآية 90 " يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون " .

- ومن بين أشهر القضايا التحكيم ما وقع بين علقمة وعامر بن الطفيل من بني عامر سنة 620م والذين كان يمتنها الشعر وكانا شجاعين وكريمين فزعم كل واحد منهما أنه أحق بالمشيخة فحكما شيخا من عشيرتهما للفصل في نزاعهما فأجل الحكم "بفتح الحاء" الحكم بضم الحاء إلى سنة أظهر فيها شجاعتها وفضائلها ثم أصدر الشيخ حكما ملزما في مجمع حافل بإستحقاق كل منهما الرياسة على العشيرة فإشتركا في الحكم .

⁴ - محمود السيد عمر، التحيوي أنواع التحكيم وتميزه عن غيره الصلح -الوكالة الخيرة، دار نشر المكتب العربي الحديث، 2009، ص 15 .

فجاء الإسلام وأجاز التحكيم فقد نص على ذلك الكتاب والسنة النبوية، وأجمعت على صحته الأمة، إذ أن هناك الكثير من النصوص التي تظهر مشروعية التحكيم¹.

أولاً : مشروعية التحكيم من القرآن الكريم .

لقد ورد التحكيم في عدد من آيات القرآن الكريم منها ما هو خاص بالنزاعات العائلية ومنها ما هو عام، لجميع المنازعات .

فقال تعالى " وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله، وحكماً من أهلها إن يريدان إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً"².

إن الآية الكريمة جاءت صريحة بمشروعية التحكيم، والخلافات الزوجية ما هي إلا صورة من العلاقات الاجتماعية المتعددة، ومنه فجواز التحكيم بين الزوجين يدل على جواز التحكيم في سائر الخصومات³ .

فالتحكيم بين الزوجين عن طريق محكمين يهدف أولاً إلى إيجاد توافق بين الزوجين فإن عجزا عن ذلك، أصدر قراراً يكون ملزماً ولو بفك الرابطة الزوجية، وفي هذه الحالة يجب على القاضي الأخذ بهذا القرار وهذا ما ذهب إليه رأي كثير من الفقهاء كالسادة المالكية والشافعية وغيرهم، كون المحكمان ليس وكيلين على الزوجين، وإنما هما حكمان لهما حق إصدار القرار المناسب وفقاً لشرع الله " فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها " .

وقال تعالى " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً"⁴ .

ففي هذه الآية قد خص الله عز وجل رسولنا الكريم صلى الله عليه وسلم بالتحكيم .

¹ - مسعد عواد الجهني، التحكيم في الشريعة الإسلامية . والنظم الوضعية -دراسة تحليلية وتاصيل - مكتبة الإيمان - المدينة المنورة الطبعة الأولى 1994 ص 19 وما بعدها .

د - عبد محمد القصاص، حكم التحكيم -دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمعارف دار النهضة العربية القاهرة سنة 2003 ص 49 .

² - سورة النساء آية 35 .

³ - أنور على أحمد الطيشي، مبدأ الإختصاص بالإختصاص في مجال التحكيم، دار النهضة العربية الطبعة الأولى مصر 2009 ص 18 .

⁴ - سورة النساء - الآية 65

فهذه الآية صرحت بمشروعية التحكيم ، حتى ولو اختصرته على شخص رسولنا الكريم في حياته وقال تعالى " إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتكم بين الناس أن تحكموا بالعدل"¹.

ونستخلص من مفهوم الآية أن المحكم يمكن أن يفصل في الخصومة بقرار يكون ملزما للمتخاصمين، وتنفيذه لا يتوقف على رضا الطرفين .
وبذلك يمكن القول أن حكم المحكم كحكم القاضي.

ثانيا : مشروعية التحكيم في السنة النبوية :

لقد ثبتت مشروعية التحكيم بأحاديث نبوية كثيرة، ومن بينها ما أخرجه أبو عبد الرحمن النسائي عن شريح بن هانيء عن أبيه هانيء " أنه لما وفد إلى الرسول صلى الله عليه وسلم مع قومه سمعهم وهم يكون هانئا أبا الحكم , فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إن الله هو الحكم وإليه الحكم، فلما تكنى أبا الحكم ؟ قال إن قومي إذا اختلفوا في شيء ،أتوني فحكمت بينهم فرضى كلا الفريقين ،قال ما أحسن هذا ،فمالك من الولد ؟ قال لي شريح وعبد الله ومسلم ،قال فمن أكبرهم ؟ قال شريح ،قال فأنت أبو شريح فدعا له ولولده² .

من هذا الحديث الشريف يتبين لنا أن الرسول الله صلى الله عليه وسلم قد أقر ما عليه أبي شريح من فعل حين قال " ما أحسن هذا " فاستحسان رسولنا الكريم ،لهذا العمل يدل على ثبوت مشروعية التحكيم في السنة المطهرة .

¹ - سورة النساء الآية 57 .

² - سنن الإمام النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، وحاشية السندي .دار الريان للتراث 1987 المجلد الرابع الجزء السابع .كتاب آداب القضاة ص 226 .

ثالثا : مشروعية التحكيم عند فقهاء السنة :

التحكيم ثبت بالكتاب والسنة النبوية ،وبذلك أصبح أصلا من أصول الشرع ،فقد فعله الرسول¹ الله صلى الله عليه وسلم في حياته .

وأقر عمل صحابته على ما فعله في حياته² وعمل به أصحابه رضي الله عنهم جميعا بعد مماته³ فمشروعية التحكيم مجمع عليها من العصر الذهبي إلى يومنا هذا .

ولقد أجمع جمهور الفقهاء إلى جواز التحكيم وإن اختلفوا في القرار الذي يمكن أن يصدر عن المحكم، فالمذهب الشافعي والحنفي، إعتبر التحكيم بمثابة توكيل من الطرفين لإجراء المصالحة وبذلك يمكن الرجوع عن التحكيم قبل صدور الحكم، والحكم يحصل بعد رضا الخصمين أي أن المذهبين يميلان إلى التحكيم بالمصالحة ،خلافًا لحكم القاضي، بخلاف ذلك يذهب فقهاء المالكية والحنابلة أنه إذا ما تم الاتفاق على الهيئة التحكيمية والتي يجب أن يكون قبولها صحيحا وشرعت في التحكيم، فإنه لا يمكن لطرفي النزاع الرجوع عن التحكيم ،فالقرار الذي سيصدره المحكم هو قرار إلزامي .

وقد أجمعت كل المذاهب الفقهية على توافر شروط ومؤهلات خاصة في المحكم⁴.

إن التحكيم وإن كان معروفا في الحضارات القديمة إلا أن الحضارة الإسلامية أولته الإهتمام والعناية الخاصة كنظام خاص، يلجأ إليه لفك المنازعات سواء المالية أو الإجتماعية .

¹ - من سورة النساء الآية رقم 05 " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما " لا يكون إيمانهم كاملا إلا عند ما يختارون التحكيم فيما ينشأ بينهم من خلاف أو نزاع ثم يقبلون ما تقضي به من حكم وينفذونه برضاء تام ،وهذا يدل على مشروعية التحكيم .

فقد تخاصما كل من أن الزبير بن العوام وحاطل بن أبي بلتعة الأنصاري إختصما وإختلفا في السقيا، من ماء يسقي أولا،فاحتكما للنبي صلى الله عليه وسلم فقضى أن يسقي الأعلى ثم الأسفل .

² - فقد رضي رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحكيم سعد ابن معاذ رضي الله عنه في أمر يهود بني قريضة .

³ - كما قد تحاكم عمر بن الخطاب وأبي بن كعب إلى زيد بن ثابت رضي الله عنهم ،حين إختصما في شيء فأتياه في مجلسه قال زيد هلا أرسلت إلي يا أمير المؤمنين قال عمر : في بيته يؤتي الحكم، وتحاكم عثمان و طلحة إلى جبير بن مطعم - رضي الله عنهم -وتنازع علي بن أبي طالب رضي الله عنه مع يهودي فاتفقا على تحكيم شريح .

⁴ - من أهم الشروط أن يكون رجلا قد بلغ سن الرشد .مسلمًا . حرا وأن لا يكون أعمى أو أحرس أو أصم وأن يتميز بالقدرة على حل المشاكل والخلافات إلى غيرها من الصفات .

المطب الثاني تعريف التحكيم

التحكيم هو نظام بديل للقضاء الرسمي، يعتمد على إرادة أطراف العقد، أو الإتفاق، لحل المنازعات التي قد تنشأ بين أطرافه فاختيار هذه الوسيلة القانونية المتميزة بقواعدها الخاصة لا تكون إلا بإرادة حرة وسليمة تتجسد في إتفاق مكتوب .

إن الإتفاق على أن نظام التحكيم وسيلة للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات، يحل فيها حكم التحكيم محل الحكم القضائي، الصادر عن القضاء العادي في الدولة من تحقيق الحماية القانونية للحق، أو المركز القانوني المتنازع عليه، إلا أن الفقه والتشريع وأحكام القضاء المقارن لم يتفقا على تعريف موحد لنظام التحكيم .

وسوف نتناول في هذا المطلب تعريف التحكيم من خلال استعراض المعنى اللغوي وتعريف التحكيم "تشريعاً، وفقها وقضاءً" .

الفرع الأول تعريف التحكيم لغة

كلمة "التحكيم" في اللغة العربية ترد إلى أصل الكلمة هي من مصدر الفعل وهو "حكم" وهي من الحكمة التي تعني معرفة أفضل الأشياء بأفضل العلوم، ومنها كذلك الحكم بمعنى العلم والفقه، وقيل حكموه بينهم، أمره أن يحكم، وحكمه في الأمر فاحتكم جاز فيه حكمه .

والمحكم بفتح الكاف وهو الشيخ المجرب المنسوب إلى الحكمة، والحكمة هي العدل¹، والقول احتكم الخصمان إلى الحاكم (أي جعل أمر الفصل في المنازعة إليه) وحكموه فيما بينهم جعلوه حكماً بينهم، وحكمت بين القوم فصلت بينهم وفي القرآن الكريم قال تعالى " وإن خفتهم

¹ - لزهري سعد - كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي طبعة أولى، مصر

شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدوا إصلاحا بوفق الله بينهما"¹
صدق الله العظيم .

وكلمة تحكيم arbitrage في اللغة الفرنسية من فعل arbitrer وهي كلمة من الأصل اللاتيني من كلمة arbitrare وتعني التدخل والفصل في النزاع والتحكيم في خلاف أو نزاع .

الفرع الثاني التعريف التشريعي

لم تتصد التشريعات الداخلية إلى تعريف التحكيم بصورة مباشرة ، ولعل ذلك يفسره أن معظم هذه التشريعات مستوحاة من القانون النموذجي للتحكيم ، والذي لم يعرف المقصود بالتحكيم إحتراما منه للخلافات الوطنية بشأن تحديد مفهوم التحكيم² .

غير أن بعض التشريعات تعرضت لتعريف التحكيم ومنها المشرع الفرنسي والذي عرفه بأنه " إجراء خاص لتسوية بعض أنواع الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيه بمقتضى اتفاق التحكيم"³ .

أما المشرع المصري فقد عرفه في القانون رقم 27 لسنة 1994م في المادة الرابعة فقرة -1- على أنه " ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى إتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك "⁴ .

¹ - سورة النساء الآية 34.

² - حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكم التجاري الدولي منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 2007، ص 40 .

³ - المادة رقم 01 من قانون التحكيم الفرنسي رقم (42) لسنة 1993 م .

<https://jcia.ucoz.com/injex/qanun-allhkim../0-101>

⁴ - المادة 4 فقرة -1- من قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية الصادر بتاريخ 18 أبريل 1994 م .

<https://groups.google.com/Forum/! Topic/hamdy11/r3 uGnFLPhg>

أما المشرع المغربي فقد أجاز حق اللجوء إلى التحكيم في نص المادة 306 بقوله " يمكن للأشخاص اللذين يتمتعون بالأهلية أن يوافقوا على التحكيم في الحقوق التي يملكون التصرف فيها...."¹.

أما قانون التحكيم اليمني رقم 33 لسنة 1981 فقد عرف التحكيم في مادته الأولى بأنه "اختيار الخصمين برضائهما شخصا أو أكثر للحكم بينهما دون المحكمة المختصة"². أما المشرع الجزائري ففي نص المادة 1011 فقد عرف إتفاق التحكيم على أنه " هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم". الملاحظ من تعريفات المشرع المباشرة للتحكيم أو من إجازته لحق اللجوء إلى التحكيم نجد أنه برغم اختلاف عباراتها ومضامينها فهي تهدف إلى غاية واحدة وهي جواز اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات دون اللجوء إلى القضاء .

الفرع الثالث

تعريف التحكيم فقها

لقد تعددت تعريفات الفقهاء، غير أنها لا تختلف عن بعضها سواء من حيث مضامينها وأهدافها وغاياتها .

فقد عرفه البعض بأنه أهم "وسيلة بمقتضاها يستغني الأطراف عن قضاء الدولة فكما أن الأفراد يستطيعون بإتفاقهم حل منازعاتهم بالصلح فيما بينهم، فإنهم يستطيعون عرض هذه المنازعة على شخص أو أشخاص يختارونهم لكي يتولوا الفصل في هذه المنازعة"³.

¹ - أنظر نص المادة 306 من قانون المسطرة المدنية المغربي الصادر بتاريخ 28 أيلول 1974 في الباب الثامن.

<http://www.startimes.com/?t=31159663>

² - نص المادة المذكورة في كتاب محمد أحمد عبد الرحمان الزرقا، إتفاق التحكيم التجاري دراسة مقارنة بالتشريع الإسلامي دار النهضة العربية الطبعة الأولى، مصر 2004، ص 6 .

³ - فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني دار النهضة 1986 القاهرة، ص 27 .

ويرى البعض¹ بأنه " وسيلة من وسائل فض المنازعات بالطرق السلمية يلجأ إليها أطراف المنازعة بغية الوصول إلى حل لتسوية المنازعة التي قد تثور بينهم في حدود علاقاتهم الاقتصادية أو التعاقدية ، أو بصدد اختلاف المصالح التي تربط بينهم ، وغير ذلك من المنازعات ، وذلك دون اللجوء إلى القضاء المختص " .

ويرى البعض بأنه " الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به ، فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء، مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر، ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم ، وقد يكون هذا الاتفاق تبعاً لعقد معين يذكر في صلبه ويسمى شرط التحكيم " .

وقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم ، ويسمى في هذه الحالة مشاركة التحكيم أو إتفاق التحكيم .

وهناك من عرفه بأنه " نظام بمقتضاه يقوم طرف ثالث بفض نزاع بين طرفين أو أكثر وذلك بممارسة المهمة القضائية التي عهدوا بها إليه " ² .

إذن ومن التعريفات الفقهية نتوصل إلى أن التحكيم وسيلة إتفاقية لفض نزاع قوامها إرادة الأطراف التي تتجه إلى إختيار محكم وظيفته فض النزاع بقرار ملزم³ .

فالتعريفات الفقهية وإن تعددت تكاد يكون لها نفس المفهوم للتحكيم .

ومنه نقول نحن، أن التحكيم هو أسلوب خاص لتسوية النزاعات بعرضها على محكم أو أكثر يختاره الأطراف المتنازعة بمقتضى إتفاق مكتوب ويرضون النزول عند حكمهم دون اللجوء إلى سلطة القضاء المختص .

¹ - مفيد شهاب، التحكيم التجاري الدولي في العالم العربي مقال منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي المجلد (41) سنة 1985، ص 35 .

² - أحمد أو الوفاء، التحكيم الإختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 15 وما بعدها .

³ - الدكتور جورجي شفيق، ساري التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية طبعة 1999 الناشر دار النهضة العربية - القاهرة، ص 20 - .

الفرع الرابع تعريف التحكيم قضاءً

إن وظيفة القضاء هي تطبيق القانون للوصول إلى تحقيق العدل والمساواة، والحكم القضائي هو عنوان الحقيقة، وله الحجية المطلقة اتجاه الكافة .

ومنه فتعريف القضاء للتحكيم يعزز من قوة التحكيم كونه وسيلة أقرها القضاء دون اللجوء إليه وبالإطلاع على تعريفات القضاء، نجد أنها لا تختلف عنها عن التعريف الفقهي وهذا أمر طبيعي، للمتبع للعلاقة القائمة بين الفقه والذي يمثل الجانب النظري، وبين القضاء الذي يمثل الجانب العملي التطبيقي .

فقد عرفته المحكمة الدستورية العليا المصرية بكونه "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأختيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما، أو على ضوء شروط يحددها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع، بقرار نائياً من شبه المولاة ، مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه ، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسي"¹ .

وعرفته المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها : "إن التحكيم يتضمن تكوين قضاء شخصي تنزع بناء عليه المنازعات من جهات القضاء العادية ، ليفصل فيها من قبل أفراد تعطى لهم مهمة القضاء ليقولوا كلمتهم فيها"² .

وعرفه مجلس الدولة الفرنسي بقوله "التحكيم يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكمة"³ .

¹ - حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة، مرجع سابق، ص 41 .

² - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا المصرية ، حكمها الصادر بتاريخ 1996/3/31م السنة القضائية الرابعة صفحة 654 منشور أيضاً في كتاب التحكيم في منازعات العقود الإدارية للدكتور بشار جميل عبد الهادي، دار وائل للنشر الطبعة الأولى 2005 الأردن، ص 13 .

³ - هذا التعريف مذكور في كل من كتاب مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب آخر تقديم لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، دار الهدى مليلة، الجزائر، ص 19 .

وعلى ضوء ما تقدم فإننا نجد كل التعريفات سواء فقهية أو تشريعية أو قضائية، تتمحور حول جوهر أساسي وهو، أن التحكيم أسلوب خاص لحل النزاعات يأذن به المشرع للجهات والأفراد- أو تنصرف إليه إرادة المتعاقدين- يخولهم إمكانية عرض نزاعهم على محكم أو أكثر يختارونهم ويرضون النزول عند حكمهم دون اللجوء إلى سلطة القضاء المختص .

المطلب الثالث

طبيعة التحكيم

إن الحق في اللجوء إلى القضاء هو حق دستوري، يتعلق بالنظام العام غير أن القانون قد أجاز للمتخاصمين حق اللجوء إلى التحكيم بدل القضاء. فإذا حق اللجوء إلى التحكيم كان بإرادة الطرفين الحرة، وبذلك قال بعض الفقهاء على أن التحكيم تغلب عليه الصفة التعاقدية . بينما ذهب رأي آخر إلى اعتبار التحكيم اتفاقاً ذا طبيعة قضائية إستناداً إلى أن أطراف النزاع لا يتنازلون عن حقهم في رفع دعوى قضائية لحماية حقوقهم، وإنما يتنازلون عن حق اللجوء إلى القضاء، هذا إلى أن عمل المحكم يتماثل مع عمل القاضي فيما ذهب فريق آخر إلى إعتباره وسيلة مستقلة لحل النزاعات، فيما يرى فريق آخر على أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة¹ .

إذ أن اختلاف النظر للطبيعة القانونية للتحكيم، أوجد إختلاف في القيمة القانونية للتحكيم فالنظام الأنجلوأمريكي يختلف عن النظام اللاتيني، فنجد الأول يجعل من المحاكم عنصراً مهماً في العملية التحكيمية، فهي تشارك المحكمين في عملهم ولا يحق للمحكمين أن يقرروا في مسائل القانون، كما أن المحكم غير ملزم بتسبيب الحكم إلا إذا أمرته المحكمة العليا، ولكن في النظام اللاتيني لا يجوز للمحكمة التدخل بالرقابة في مسائل القانون ويجب على المحكم تسبيب حكمه² .

¹ - أنظر في ذلك أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري مرجع، سابق، ص 18 .

خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي دار الشروق القاهرة - مصر - الطبعة الأولى 2002، ص 111

² - أنظر في ذلك مناني فراح، التحكيم طرق بديل لحل النزاعات، مرجع سابق، ص 34-35 .

هذا الاختلاف في تحديد الطبيعة القانونية مرده إلى المعنى الإصطلاحي للتحكيم، والذي جمع بين إرادة الأطراف الحرة في إبرام إتفاق التحكيم، وما بين المحكم المعين سواء من طرف الأطراف أو من طرف هيئة التحكيم والذي يفصل في النزاع بحكم ملزم قابل للتنفيذ . ولقد تعددت النظريات القائلة بطبيعة التحكيم، فمنهم من ذهب إلى إعتبار التحكيم ذي صفة قضائية وتطرق إليه في الفرع الأول ، ومن إعتبره ذا صفة تعاقدية نتطرق إليه في الفرع الثاني ، ومن إعتبره ذا صفة إتفاقية نتطرق إليه في الفرع الثالث وهناك من إعتبره على أنه ذو طبيعة خاصة نتطرق إليه في الفرع الرابع.

الفرع الأول

الصفة القضائية للتحكيم

لأطراف النزاع الحرة في اللجوء إلى التحكيم أو عدم اللجوء إليه، ومتى اتفقوا على التحكيم سواء في عقد لاحق أو في العقد الأصلي أصبح قضاءً إجبارياً . فالأطراف قد تنازلت عن حقها باللجوء إلى القضاء الوطني . والمحكم حتى وإن كان يعين من طرف الأطراف أو الهيئة إلا أن عمله عمل قضائي، وحكمه تتوفر فيه جميع خصائص العمل القضائي، بإستثناء أن حكم المحكم يصدر من هيئة خاصة وليس من هيئة عامة، وأنصار هذا الرأي يرون أن إتفاق التحكيم ما هو إلا عنصر عارض فرضته ظروف لا صلة لها بوظيفة التحكيم .

وأنه وبالنظر إلى أن التحكيم قضاء إجباري متى إتفق الأطراف على اتيانه فإنه يحل محل القضاء كما أن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها . هذا ما يجعل الصفة القضائية هي الغالبة على التحكيم¹ ولقد درجت كثير من القوانين ومنها القانون الجزائري على إطلاق إصطلاح الأحكام على أحكام المحكمين¹ ، ولفظ محكمة التحكيم على المحكم أو على عدد من

¹ - أحمد أبو الوفاء، التحكيم الإختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 19 .

- محمود سمير الشرفاوي - التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة دار النهضة مصر 2011، ص 15 .

- عبد المنعم الشرفاوي، شرح المرافعات المدنية والتجارية دار النهضة المصرية مصر 1955، ص 633 .

المحكمين²، هذا إضافة إلى القواعد المنظمة لخصومة التحكيم وإجراءات تسييرها ، والتي تشابه القواعد الموضوعية للخصومة القضائية .

كما أن حكم التحكيم الصادر عن المحكمة التحكيمية سواء كانت تتكون من فرد واحد . أو عدد من المحكمين فإن شأنه شأن الأحكام القضائية فهو يتمتع بالحجية وقوة الأمر المقضى، من تاريخ صدوره ورغم ذلك فهناك من انتقد ذلك بأنه لا يمكن التشبه بنظام القضاء، وذلك لكون أطراف الخصومة لهم الحق في تعيين المحكم بخلاف القاضي الذي يشغل وظيفة عامة وله حصانة وسلطة الأمر والإجبار .

كما أنه يمكن إبطال حكم التحكيم لعيب في عقد التحكيم وهذا يثير الشك في الصفة القضائية للتحكيم³ .

الفرع الثاني

الصفة العقدية للتحكيم

إستند من قال بالصفة العقدية⁴، فهذا الإتجاه لا يعطي الأولوية لمهمة المحكم وإنما إلى من حوله هذه المهمة ، إذ أن أطراف الإتفاق هم من يتولوه ذلك كله ، أو تشريعات التحكيم التي تسنها الدول أو الإتفاقيات الدولية فإنها لا تضع أحكاما آمرة إلا في حدود ضيقة بما يخدم إرادة الأطراف في الإلتجاء الإختياري إلى التحكيم⁵ ، فإرادة أطراف النزاع في تسوية النزاع فيما بينهم تتم بإختيارهم لشخص يختارونه هو أساس التحكيم. هذه الإرادة تعد سلطانا على إختصاص

1- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي دار الفكر العربي، 1981، ص 20 .

2- محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية الجزء الأول إتفاق التحكيم دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والفقهاء الإسلاميين دار الفكر العربي مصر 1990، ص 221 .

3- علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم رسالة دكتوراة كلية الحقوق عين شمس مصر 1995، ص 107 .

1 - أنظر نص المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

2 - أنظر نص المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

3 - منابي فراح، التحكيم طريق بديل، مرجع سابق، ص 43-44 .

4 - أحمد أبو الوفاء - التحكيم بالقضاء والصلح ، دار النهضة 1965 مصر، ص 26 .

5 - محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية القاهرة، مصر 2010، ص 08

المحكم، أو في تطبيقه للقواعد القانونية أو في تحديد المهل، وحتى في تعيين المحكم ذاته، وفي إمكان تنازل المتخاصمين عن حكمه .

إذن ابتداءً من بداية التحكيم وسيره وصولاً إلى صدور الحكم يجد التحكيم أساسه في إتفاق الأطراف ، لكون إرادة الأطراف لها دور هام في العملية التحكيمية .

فحالة ترجيح الصفة العقدية لا يجوز للدولة أن تتدخل إلا لمنع المساس بالنظام العام أو يوضع قواعد تسد ثغرات إتفاق التحكيم . وقد أخذ القضاء المصري بالصفة العقدية للتحكيم ف قضى بعدم دستورية النصوص القانونية المختلفة التي تكرر نظام التحكيم الجبري ، في مجال المنازعات الضريبية¹

غير أن التحكيم ليس إتفاقاً محضاً، فبالنظر إلى حكم التحكيم الصادر عن المحكم نجده يلزم الأطراف بقوة غير القوة الملزمة للعقد، وهذا ما جعل الفقهاء يقولون بغير ذات الصفة للتحكيم وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثالث .

الفرع الثالث

التحكيم ذو طبيعة خاصة

هناك من ذهب إلى أن التحكيم يعد وسيلة مستقلة وقائمة بذاتها، فهو أسبق بالظهور من القضاء واستمر بعد ذلك بوجود القضاء² .

ويجب أن ينظر إلى التحكيم نظرة مستقلة وأن لا نفسره على ضوء المبادئ التقليدية وذلك بمحاولة ربطه بالعقد أو بالحكم القضائي³ ، وإنما ينظر إلى الهدف الذي سعى إليه المتخاصمان، وهو تحقيق العدالة على أسس تختلف عن المفهوم التقليدي للعدالة أمام المحاكم⁴

1 - محمود مختار أحمد بري، التحكيم التجاري ، مرجع سابق، ص 09 .

2 - يسرى محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية والغير عقدية دار النهضة العربية مصر 2001 ، ص 29.

3 - أحمد أبو الوفاء، التحكيم الإختياري، مرجع سابق، ص 19 .

أنظر أيضا في نفس المعنى د - محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 15 .

4 - أحمد أبو الوفاء، التحكيم الإختياري، مرجع سابق، ص 19 .

فإختيار الأطراف لطريق التحكيم دون القضاء يعني رغبتهم في فك النزاع بطريقة ودية على أسس قائمة على العدالة ،فالتحكيم حتى وإن كان يتضمن في حل المنازعات، الإتفاق والقضاء، فإن حكم التحكيم الصادر عن المحكم لا يعد مجرد أثر من آثار الإتفاق ، كما أنه لا يمكن إعتبره حكماً قضائياً صرفاً ، إذ أنه يمكن للأطراف طلب بطلان حكم المحكم .

فهدف المحكم هو الوصول إلى حسم النزاع وفقاً للمبادئ العامة في القانون، كمبدأ المساواة، ومبدأ المواجهة، ومبدأ الحياد، وغيرها من المبادئ القضائية، وعلى ضوء اتفاق التحكيم الذي يحدد له القواعد الإجرائية والموضوعية الواجبة وحدود ولاية المحكم في النزاع ، لينتهي المحكم بحكم ملزم للأطراف . فحكم المحكم يعد عملاً قضائياً ذا طبيعة خاصة ، كونه غير صادر عن سلطة قضائية تتبع فيه نفس الإجراءات القانونية الواجبة لسير الدعوى أمام المحاكم ، وقد تطبق فيه قواعد العدالة والإنصاف أو العرف ، فالتحكيم إذن ذو ذاتية مستقلة يستمدّها سواء من قوانين الدول و أنظمة الهيئات ولوائحها ومراكز التحكيم والمعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم وقرارات المنظمات الدولية والعرف وقواعد العدالة والإنصاف.

الفرع الرابع

الطبيعة المختلطة للتحكيم

القول بالطبيعة المختلطة للتحكيم تهدف إلى المزج ما بين الطبيعة العقدية والطبيعة القضائية للعقد¹ .

فإرادة الأطراف وإتفاقهم يبدأ التحكيم وفقا لقواعد إجرائية وموضوعية غالبا ما يحددها أطراف النزاع وينتهي بحكم صادر عن المحكم يلزم الأطراف بتنفيذه .
فالتحكيم ليس إتفاقا محضا ولا قضاء محضا فهو يبدأ كإتفاق ثم يمر بإجراءات وينتهي بحكم ملزم وبذلك فإن طبيعة التحكيم طبيعة مختلطة² .

إذ لا يمكن النظر إليه كعقد كون إرادة الأطراف المنشئة للعقد كان هدفها الوصول إلى حل النزاع لأنها لا تتفق والتحكيم، كون القضاء يعد إحدى السلطات العامة في الدولة وتتولى تعيين القاضي الذي يتمتع بسلطات واسعة، هذا إضافة إلى أن لكل نزاع إجراءاته المختلفة .
كما أن حجية الحكم النهائي الصادر عن القضاء له قوة تنفيذية جبرية، بخلاف حكم المحكم الذي يجوز لأطراف الخصومة رفع دعوى بطلانه³ .

طبيعة التحكيم وفقا لهذا الإتجاه هي طبيعة مختلطة ما بين العقدية والقضائية .
ولكن هذا الإتجاه انتقد وأعتبر وصف طبيعة التحكيم بالطبيعة المختلطة هو من باب العجز في تحديد الطبيعة الحقيقية، وتحديد العناصر المميزة للطبيعة الخاصة للتحكيم، هذا إضافة إلى الخلط بين حجية حكم التحكيم، والتي يكتسبها بمجرد صدوره من محكمة التحكيم، وبين قوته التنفيذية والتي تتطلب صدور أمر قضائي يقضي بتنفيذه⁴ .

وهذا ما ذهب إليه التشريع الجزائري في نص المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها "تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضى فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع

¹ - علي طاهر البياني ، التحكيم التجاري البحري ، دراسة مقارنة الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان 2006 ص،61

² - محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي دار النهضة العربية مصر طبعة سنة 1997 ص 18 .
أحمد أبو الوفاء، التحكيم الإختياري والإجباري مرجع سابق ص 18 .

عبد المنعم الشرقاوي، شرح المرافعات المدنية والتجارية دار النهضة المصرية طبعة مصر 1995 ص 233 .

³ - جلال محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي دار الشروق -القاهرة مصر الطبعة الأولى 2002 ص: 113 - 115.

⁴ - فارس محمد عمران ، موسوعة الفارس ،الجزء الثاني قوانين ونظم التحكيم بالدول العربية والخليجية ودول أخرى الطبعة الأولى المركز القومي للإصدارات القانونية مصدر 2010 ، ص 58 .

المفصول فيه". كما نصت المادة 1035 من نفس القانون "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلاً للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها". على ضوء ما سبق يتبين لنا أنه يصعب النزول عند تحديد طبيعة معينة للتحكيم، على أنه ذو صفة قضائية، أو صفة عقدية، أو حتى صفة مستقلة .

غير أننا وعلى ضوء ما سبق فإننا نرجح على أن التحكيم ذو طبيعة قضائية، وذلك على كون أن إرادة الأطراف حين ترمي إلى إنشاء حقوق أو التزامات، ترمي مقدماً أن جزاء الإخلال بها هو الإلتجاء إلى القضاء بمفهومه العام، للوصول إلى العدل بين الأطراف وفقاً للمبادئ العامة في القانون .

إذن متى إتفقت الأطراف على اللجوء إلى التحكيم يصبح شأنه شأن القضاء، إجبارياً لحل النزاع، وتستمد سلطة الإلزام من إتفاق الأطراف وإقرار السلطة العامة له.

وعمل المحكمة التحكيمية لا يخضع لإرادة الأطراف وحدها، فحالما يحيل الأطراف النزاع إلى منظمة أو مركز تحكيم، دون تحديد القانون الواجب التطبيق، أو أن القانون المختار لا يستوعب كافة المسائل الإجرائية، فإن لهيئة التحكيم دوراً في تعيين القانون الواجب التطبيق .

قد يهدر عقد التحكيم ويظل بدعوى أصلية فيظل معه حكم التحكيم وهو كذلك الحال بالنسبة للأحكام القضائية فقد يكون قابلاً للإبطال بدعوى أصلية إذا كان منعداً ، أو إذا كان قابلاً للإعتراض عليه بطريق إعتراض الغير الخارج عن الخصومة، فتقدم الدعوى أمام نفس الجهة المصدرة للحكم، بالإجراءات المقررة لإقامة الدعوى ودون التقييد بمهلة معينة .

أما من حيث أن حكم محكمة التحكيم لا يتم تنفيذه إلا بأمر صادر عن السلطة القضائية فهو كذلك الحال بالنسبة للأحكام القضائية الأجنبية .

فبوجود إتفاق التحكيم يصبح التحكيم هو الحامي لحقوق الأطراف، شأنه شأن قضاء الدولة يتبع إجراءات تحل محل الإجراءات القضائية، يتبعه حكم له حجية الشيء المقضى فيه، إذن فالتحكيم تغلب عليه الطبيعة القضائية .

المبحث الثاني

تميز التحكيم كنظام خاص عما يشابهه ومبررات اللجوء إليه

برغم أن التحكيم يتميز بذاتية مستقلة إلا أنه قد تختلط به بعض المصطلحات القانونية كالخبرة، والوكالة، والصلح، والوساطة، والتوفيق، إذا كان التحكيم وسيلة رضائية تقوم بإتفاق طرفي الخصومة وإرادتهم على عرض نزاعهم على شخص أو أشخاص يسمون بالمحكمين يختارونهم لحل نزاعهم دون اللجوء إلى قضاء الدولة، فإن هناك من الأنظمة ما تشابه التحكيم في بعض الإجراءات، هذا ما يثير الإعتقاد على أنها لا تختلف عن التحكيم في جوهرها .

وإذا كان هدف قضاء الدولة هو نفس هدف التحكيم ألا وهو حسم النزاع، فما سرتوجه أطراف الخصومة إلى التحكيم؟ من كل ما سبق سنتطرق إلى دراسة تمييز التحكيم عما يشابهه في مطلب أول ، ثم مبررات اللجوء إلى التحكيم في مطلب ثاني .

المطلب الأول

تمييز التحكيم عما يشابهه

يختلط التحكيم كوسيلة من وسائل فض المنازعات مع وسائل الخبرة والصلح والتوفيق لذا سوف نفرّد لكل عنصر أوجه التشابه والاختلاف فتطرق في الفرع الأول إلى التفرقة بين التحكيم والوكالة وفي الفرع الثاني إلى التفرقة بين التحكيم والخبرة ، أما في الفرع الثالث إلى التفرقة بين التحكيم والصلح ، أما في الفرع الرابع إلى التفرقة بين التحكيم والتوفيق .

الفرع الأول

التفرقة بين التحكيم والوكالة

تفوض الصلاحيات في كل من عقد الوكالة¹ ، والتحكيم لشخص من الغير للقيام بمهمة محددة ، غير أن هذا الشبه لا يحول دون وجود فوارق جوهرية، فنجد أن الوكيل في عقد الوكالة يستمد صلاحياته من موكله فهو ينوب عن موكله (الأصيل) في القيام بعمل لحسابه كما يجوز له التخلي عما وكل به متى شاء، ويجوز للموكل عزل وكيله في أي وقت شاء .

كما أن تصرفات الموكل الخارجة عن حدود الوكالة لا تسري على الموكل، في حين أن الهدف من التحكيم هو تحويل شخص مستقل عن أطراف المنازعة للقيام بمهمة الفصل في المنازعة بحكم ملزم ، فهو بمجرد قبوله للمهمة يصبح قاضي النزاع .

ولا يملك الخصوم التدخل في عمله - هيئة التحكيم - بل الحكم الصادر من المحكم - هيئة التحكيم - يكون ملزما لهم² .

كما لا يجوز للمحكم التنحي عن مهمته بعد القبول بغير عذر مقبول³ ، كما لا يجوز عزله إلا بإتفاقهم⁴ .

الفرع الثاني

التفرقة بين التحكيم والخبرة

¹ - تنص نص المادة 571 من القانون المدني الجزائري في تعريفها للوكالة "بأنها عقد بمقتضاه يفوض شخص آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وبإسمه".

² - أحمد أبو الوفاء، عقد التحكيم وإجراءاته منشأة المعارف بالإسكندرية 1974 ص 32 .

- خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم وأثره في فض المنازعات، مرجع سابق، ص 17

³ - نص المادة 1021 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

⁴ - نص المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو عملية محضة¹، أي إعطاء الرأي في مسألة إستنادا إلى خبرة الخبير وإختصاصه، وقد عرفت بأنها المهمة التي يعهد بمقتضاها الخصوم إلى شخص متخصص في مهنة أو مجال معين بمهمة إبداء رأيه في مسألة فنية تدخل في مجال إختصاصه، دون إلزام الخصوم بهذا الرأي².

ويقصر رأي الخبير في مسألة معينة، على إبداء الرأي دون أن يكون ملزما للمتنازعين، أو الهيئة المختصة، بالنظر في النزاع، وبالرغم أن الخبير يشترك مع المحكم في ضرورة توفير النزاهة والحيدة و الموضوعية والإستقلالية، أثناء مباشرتهما للمهام، وبرغم ذلك فإن التحكيم يختلف إختلافاً تاماً عن الخبرة في كون التحكيم ينتهي إلى صدور قرار ملزم وواجب التنفيذ، إذن دور المحكم مشابه لدور القاضي، وبذلك فإن قوام الخبرة هو إبداء الرأي وقوام التحكيم هو الفصل في نزاع أو خصومة³.

كما أن الإختلاف يكمن في أن مهمة المحكم هي فحص إدعاء قانوني بمستندات مقدمة من الطرفين طبقاً لقواعد إجرائية محددة، في حين أن الخبير له حق إبداء الرأي الإستشاري للأطراف في مسألة فنية كأصل عام، والذي ليس له قوة ملزمة فهو " ليس أكثر من دليل من أدلة الإثبات التي تتوقف حجيتها على تقدير من يتولى الفصل في النزاع قاضيا كان أو محكما"⁴.

كما أن القواعد التي تحكم الإتفاق على التحكيم تختلف عن القواعد التي تحكم الخبرة ومنها أن شرط التحكيم يثبت تحت طائلة البطلان بالكتابة⁵، في حين أن الخبرة غير ذلك. وعلى الرغم من الفارق الواضح بين وظيفة كل من المحكم والخبير، إلا أنه في بعض الأحيان تعهد الأطراف لطرف من الغير بمهمة قد لا تتعدى الرأي والمشاورة، ولكن تطلق عليه بالمحكم،

¹ - نص المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

² - علي رمضان بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن بدون دار نشر مصر 1996، ص 42 .

³ - مصطفى جمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية الجزء الأول الطبعة الأولى مصر 1998، ص 28.

لزهر بن سعد، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 40 .

⁴ - خالد ممدوح إبراهيم التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية طبعة 2009 ص

⁵ - نص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

وهذا ما كان في القضية التي فصل فيها القضاء الفرنسي، محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 15 ديسمبر 1997م والتي عين فيه طرفا الخصومة طرفاً ثالثاً لتحديد ثمن التنازل عن الحصص وأسموه محكما إذ جاء منطوقه "قبول الطعن بالبطلان يتوقف عن التكييف الحق للمهمة المخولة من قبل الأطراف إلى الغير" وهي مسألة يفصل فيها قضاة الموضوع بغض النظر عن التكييف الذي يخلعه الأطراف على هذه المهمة ووفقا لطبيعة المهمة المنوط بالغير القيام بها¹. ويفترض التحكيم وجود نزاع يتعين حسمه، كما أنه يتضمن أن الغير يتمتع بالسلطة القضائية في الفصل في هذا النزاع، و من الثابت في القضية السابقة أنه بعد إبرام الإتفاق المنهى للنزاع بين الأطراف فإنه لم يعد هناك نزاعا حقيقيا، وإنما مجرد تعارض في المصالح بخصوص تحديد ثمن التنازل عن الحصص، والذي يتطلب تحديده مجرد تحليل لعناصر مادية لا تثير أعمال أية قاعدة قانونية، ولا تشكل بهذه الحالة عملا قضائيا، فإن الغير المختار للقيام بهذه المهمة من أجل تكملة العقد لا يعد محكما ولا يعد القرار الصادر عنه حكما تحكيميا .

الفرع الثالث

التفرقة بين التحكيم والصلح

الصلح وسيلة لتسوية المنازعات البديلة عن القضاء، شأنه شأن التحكيم، ووجه الشبه بين كل منهما، هو أن كلاهما رضائي يستند إلى إرادة طرفي النزاع، ويقتصر على حجم المنازعات

¹ - حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 66

التي يكون موضوعها حقوقاً مالية لا تتعلق بالنظام العام¹، ورغم أن عقود كل من التحكيم والصلح يؤدي إلى إنهاء المنازعة، إلا أنه يظل الخلاف واضحاً بينهما .

فالصلح عقد من عقود التراضي الملزمة للجانبين، والتي يكون محل العقد فيها تسوية النزاع بتسوية مباشرة، فحواها تنازل كل من طرفي النزاع عن بعض ما يدعيه نزولاً يكتفي به الآخرون². كما أن الصلح لا تكون له قوة تنفيذية ما لم يصدر حكم قضائي يثبت مضمونه ويوليه تلك القوة. في حين أن إرادة طرفي إتفاق التحكيم تتجه إلى سلب الإختصاص من القضاء وإحالة النزاع للتحكيم، بتعيين محكم أو هيئة تحكيم، بحيث تصدر حكماً بحسم النزاع ويكون ملزماً، وهذا دون أن ينطوى على تنازلات متبادلة بين الطرفين.

من حيث الإجراءات فإن القرار التحكيمي يقبل الطعن بالطرق المقررة قانوناً³. في حين أن عقد الصلح الذي يلتزم المتخاصمين به، لا يقبل الطعن بإعتباره عقداً وإنما يقبل الإبطال وفق قواعد القانون المدني .

وتظهر نوعية العقد المبرم بين المتنازعين في حالة إمتناع أحد المتخاصمين، عن التوقيع على العقد الذي سبق الاتفاق فيه على ما ينتهي إليه الشخص المختار فإن كان متعلقاً بتحكيم، فإنه سينتهي بحكم ملزم برغم إمتناع الطرف الآخر، وإن كان الأمر يتعلق بمجرد وساطة للتوصل إلى صلح، فإن نكول أحد الطرفين سيؤدي إلى فشل الصلح، وهذا يفتح المجال أمام الطرفين للإلتجاء إلى القضاء الوطني⁴.

وبناء على ما سبق فإن الصلح يعد نظاماً إتفاقياً صرفاً من بداية الإجراءات إلى نهايتها أما التحكيم فهو عقد رضائي وللأطراف حرية اللجوء أو عدم اللجوء إليه⁵.

¹ - يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية والغير العقدية دار النهضة العربية مصر 2001، ص 43

² - مصطفى محمد الجمال عكاشة د محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى بيروت لبنان 1998، ص 24 .

- أنور علي أحمد الطشي، مبدأ الإختصاص بالإختصاص في مجال التحكيم، مرجع سابق، ص 20 .

³ - أحمد أبو الوفاء عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 19.

⁴ - أحمد أبو الوفاء، عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 19.

- محمود سمير الشرفاوي التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 15 .

⁵ - محسن شفيق التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 15 .

الفرع الرابع

التفرقة بين التحكيم والتوفيق

يعود التوفيق¹ إلى بدء ظهور المجتمعات البشرية المنظمة، فهو أسلوب ودي لتسوية المنازعات، وقد تبلورت فكرة التوفيق كطريقة لحل المنازعات بعد الحرب العالمية الأولى². فهو إذن طريق ودي لفض المنازعات عن طريقه يستطيع الخصوم بأنفسهم أو بمساعدة شخص من الغير الاجتماع والتشاور والوصول إلى حل منهي للخصومة³، فإذا ما تم الوصول إلى حل يُحرر في ذلك محضر رسمي موقع من الطرفين ومن قبل الشخص المختار للتوفيق بين المتخاصمين، إذ أنه لا يكون لقرار التوفيق صيغة الإلزام إلا بقبول طرفي النزاع له⁴. إذن فههدف التوفيق والتحكيم واحد، وهو فض النزاع، فالمحكم والموفق كل منهما يعمل على حل النزاع، وأن المسائل التي يجوز للمحكم النظر فيها وحلها هي نفسها التي يحق للموفق النظر فيها وحلها⁵، ومع ذلك فهما يختلفان عن بعضهما في نقاط جوهرية أهمها، أن الإتفاق على التحكيم لا يمكن الرجوع عنه وينتهي بحكم قابل للتنفيذ وملزم للخصوم. أما التوفيق فلا ينتهي بحكم، ويمكن لأي طرف العدول عنه، ولو قطع الموفق شوطا في نظر النزاع⁶.

¹ - قد يتعدر التفريق بين التسوية الودية والتوفيق -فالتسوية الودية تدل بالأخص على النتيجة التي توصل إليها الفريقان اللذان يواجهان صعوبة ما - أما التوفيق هو الإجراء الذي يؤدي إلى تسهيل وفاقهما -فالتسوية الودية قد تكون موضوع إجراء منظم منهجيا أما التوفيق فيوصل إلى حل بتذليل المشاكل .

² - محمد سلمان مضحي مرزوق الغريب، تسوية المنازعات التجارية وفق إتفاقية منظمة التجارة العالمية رسالة دكتوراة جامعة القاهرة مصر 2007، ص 254 .

³ - لزهى سعيد - كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 40 .

⁴ - محمد سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي دراسة قانونية مقارنة، مرجع سابق، 2011 ص 11 .

⁵ - إبراهيم أحمد إبراهيم إختيار طريق التحكيم ومفهومه، مرجع سابق، ص 15 .

⁶ - محي الدين علم الدين التحكيم الدولي والمحلي ومدى تناسبه لحل منازعات المصارف .مجلة التحكيم اليمنية عدد 2 سنة 2000، ص 40 .

كما أن الموفق يتوصل إلى حل عن طريق تقديم تنازلات من الطرفين، في حين أن المحكم يتوصل إلى حل النزاع بحكم ملزم للطرفين، قد يكون فيه تلبية لطلبات أحد الخصوم متى كانت طلباته مشروعة ورفض لطلبات الآخر .

المطلب الثاني

مبررات اللجوء إلى التحكيم

إذا كان القضاء هو الأصل فإن التحكيم أسبق وجوداً عن القضاء، وهما يشتركان في الهدف ألا وهو حسم النزاع، وحتى وإن كان التحكيم يختلف عن القضاء في أنه يستند إلى إرادة طرفي النزاع كأساس لقيامه .

تتجسد هذه الإرادة في إتفاق التحكيم لحسم منازعة حالية أو مستقبلية بحكم ينهي المنازعة إذن فما هي الأسباب التي تجعل أطراف النزاع يعزفون عن اللجوء إلى القضاء العادي ويفضلون التحكيم، وهل من مزايا تميزه عن القضاء؟ للإجابة عن هذه التساؤلات سنتطرق إلى السرية في الفرع الأول، بساطة الإجراءات وسرعة القرار في الفرع الثاني، حرية أطراف الخصومة في الفرع الثالث، الخبرة والتخصص في الفرع الرابع، ثم الحياد والنزاهة في الفرع الخامس .

الفرع الأول

السرية

كأصل عام إجراءات التقاضي أمام القضاء العادي تكون علانية¹، والتي تعد من الضمانات الأساسية للتقاضي، بل نجد أن العديد من المواثيق الدولية تنص على حق الفرد في محاكمة عادلة وعلانية¹ .

¹ - أنظر المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

إذن العلانية تعد من أحد الخصائص المميزة لقضاء الدولة، في حين أن الأصل في إجراءات التحكيم كوسيلة لفض المنازعات هي السرية، والتي تعد من بين أهم الأسباب الدافعة إلى اختيار قضاء التحكيم. هذه السرية التي يتميز بها قضاء التحكيم تكون على الكافة²، دون أطراف النزاع أو ممثليهم .

وهذا ما ذهبت إليه المنظمة العالمية لحماية حقوق الملكية الفكرية (OMPI) في المادتين 73 و 76 من لائحة المنظمة، وغرفة التجارة الدولية في باريس في لوائحها المادة 20 فقرة 07، إذن فمبدأ سرية جلسات التحكيم تعد من ميزات القضاء بالتحكيم .

هذه السرية التي يتميز بها قضاء التحكيم هي ما دفعت بالكثير إلى اختيار هذه الوسيلة لحل النزاع، وذلك للحفاظ على سرية المعاملات القائمة بين المتنازعين، وعلى أسباب ودوافع النزاع وكذا للحفاظ على المراكز المالية والإقتصادية للمتعاملين .

وبالرغم أن السرية تعد من المزايا الرئيسية للتحكيم إلا أن هناك بعض الأنظمة القانونية لم تنص صراحة على مبدأ السرية المطلقة في قضاء التحكيم وحصرته في مداوات المحكمين فقط³ وهذا ما ذهبت إليه بعض الأنظمة إذ نجد المحكمة العليا في أستراليا بتاريخ 7 أبريل 1995م أصدرت حكماً ذكرت فيه أن "سرية التحكيم لا تعد من أحد الخصائص الرئيسية للتحكيم في أستراليا"⁴ وبخلاف ذلك وإتجاه أن السرية تتماشى مع طبيعة التحكيم، ذهب القضاء الفرنسي⁵ إلى إعتبار السرية إحدى الضمانات الأساسية للتقاضي .

إذن فميزة السرية التي يلتزم بها المحكم إبتداء من وصول الأسرار الأولى إليه، و التي تجعله بناءً عليها يتخذ قرار القبول والرفض للمهمة، هي إلتزام أولاً أخلاقي، ثم إلتزام تعاقدي، بعد إنعقاد عقد التحكيم. فالسرية تعد من الركائز الأساسية لنظام التحكيم .

¹ - المادة 06 من الإتفاقية الأوروبية بشأن حقوق الإنسان

www.UMN.edu/humGnrts/arad/euhrcom.html.

² - أستاذ عصام رجب بيوض التميمي، التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعلامات التجارية دار النهضة العربية مصر 2009م ص 16 .

³ - المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

¹ - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في التحكيم، مرجع سابق، ص 23 .

⁵ - حفيظة السيد الحداد النظرية العامة، المرجع السابق، ص 26 .

ومع ذلك فإن سرية إجراءات التحكيم قد تصبح علانية حالة رفض الطرف المحكوم عليه تنفيذ حكم التحكيم ودياً ، هذا ما يجعل الطرف الآخر يلجأ إلى القضاء العادي والذي تعد فيه علانية الجلسات من المبادئ الأساسية، فيعرض أسماء الأطراف وممثلهم وكل ما يتعلق بالمنازعة على القضاء، والذي بدوره يصدر أحكاماً بشأن القرار التحكيمي سواء من حيث تنفيذه أو عدم تنفيذه

إذن السرية التي تميز بها قضاء التحكيم قد أصبحت علنية بمجرد اللجوء إلى القضاء العادي .

الفرع الثاني

بساطة الإجراءات وسرعة القرار

يتسم التحكيم ببساطة إجراءاته وبالمرونة والسهولة لمواكبة عجلة التطور¹، فهو على درجة واحدة من التقاضي، تصدر خلالها محكمة التحكيم حكماً ملزماً للطرفين، كان قد قبلاً بهذا الحكم سلفاً جراء إتفاقهم على التحكيم .

كما أن هيئة التحكيم تتمتع بجزية فيما يتعلق بإجراءات التقاضي، كالتبليغات، وإدارة الجلسات وتنظيمها، وتقديم البيانات، والاتصال بأطراف النزاع وغيرها من الإجراءات، هذا بخلاف القضاء الوطني الذي يتميز بإجراءات شكلية، يجب على المتقاضين التقيد بها وإلا رفضت دعواهم شكلاً² .

كثير ما تخلو هذه الإجراءات من فائدة جدية والتقيد بها ما هو إلا تقيد بحرفية النص، هذا إضافة إلى احتمال إطالة أمد النزاع بسبب تعدد درجات التقاضي، وكثرة إشكاليات التنفيذ، وهذا كله على حساب جوهر النزاع .

¹ - وجدي راغب فهمي : هل التحكيم نوع من القضاء مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية جامعة الكويت العدد الأول يناير 1975 ص 146 وما بعدها .

-صادق محمد محمد الحيران، التحكيم التجاري الدولي وفقاً لإتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 منشورات الحلبي الحقوقية طبعة أولى 2006 ص 22 .

² - المواد 13، 15، 17، وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

إن العدالة السريعة المجسدة في حكم التحكيم ترجع إلى سهولة الإجراءات، وإلى التزام المحكمة بالفصل في النزاع المعروض عليها في زمن كان قد حدده الأطراف¹ كأصل عام، هذا إضافة إلى أن التحكيم نظام للتقاضي من درجة واحدة .
إن سرعة الفصل في المنازعة لا يعني أن محكمة التحكيم تتجاوز الضمانات الأساسية للتقاضي كاحترام حقوق الدفاع، والمساواة، واحترام مبدأ الوجاهية² .

الفرع الثالث

حرية أطراف الخصومة

يتميز القضاء العادي بإجراءات محددة لسير الخصومة ، قانون واجب التطبيق وقاضي يفصل في الخصومة. في حين أنه في ظل قضاء التحكيم فإن الأطراف لهم كامل الحرية باختيار نوع التحكيم -مؤسسي - حر... الخ وأن يكون تحكيماً مطلقاً أو تحكيماً بالقانون. ولا تتوقف حرية الأطراف عند هذا الحد بل لهم أن يجسدوا في عقد الإتفاق على التحكيم ، مكان إنعقاد التحكيم، وزمانه، والقانون الذي يجب أن يطبق على إجراءات التحكيم، وموضوع المنازعة، والمدة التي يجب على المحكم أن يصدر فيها قرار التحكيم، إذن حرية الأطراف في قضاء التحكيم يفتقدها أطراف النزاع في القضاء العادي .

بل أن بعض الأنظمة القانونية تعترف لأطراف النزاع في القضاء بالتحكيم، بحرية عدم الطعن في حكم التحكيم مثل القانون البلجيكي والسويسري، ورغم وجود حالة من حالات الطعن بالبطلان³ .

الفرع الرابع

¹ - المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص "يكون إتفاق التحكيم صحيحاً ولو لم يحدد أجلاً لإنهائه" بمفهوم المخالفة أن القانون قد أجاز للأطراف تحديد تاريخ قد يكون في وقت قصير لإنهائه .
² - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في التحكيم، مرجع سابق، ص 18- 19 .
³ - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في التحكيم، مرجع سابق، ص 28 .
- عصام رجب بيوض التميمي، التحكيم في المنازعات المتعلقة -بالعلاقات التجارية- مرجع سابق، ص 26 .

الخبرة والتخصص

يكون اختيار أطراف النزاع للمحكم أو لهيئة التحكيم عادة على أساس الثقة في قدرتهم على حل النزاع، وذلك للخبرة التي يتميز بها، خاصة إذا علمنا أن هناك هيئات تحكيم متخصصة في حل المنازعات كمنظمة التحكيم الدولي (WIPO) المتخصصة في حماية الملكية الفكرية . إن توفر الخبرة والتخصص والإحترافية التي يتميز بها المحكمون تحقق العدالة وترسخ الطمأنينة في نفوس أطراف النزاع ، كما أن لجوء أطراف النزاع إلى التحكيم يحافظ على العلاقات الحسنة بينهم، و ينم على إرادة الأطراف في الاستمرار في العلاقة القائمة . في حين أن لجوء الأطراف إلى القضاء العادي هو تعبير ضمني على عدم العودة إلى العلاقة القائمة فكل طرف يسعى إلى الحصول على حكم لصالحه وهذا ما يعبر عنه بالقول " أحتكم ولا تتقاضى " ¹ "Dout litigat arbitre" بل هناك من عبر على أن قضاء التحكيم وما يتميز به من ثقة الأطراف، وما يميزه من خبرة

وتخصص بقوله ،إن المتنازعين يدخلون إلى القضاء العادي وهم ينظرون إلى الخلف بينما في التحكيم ينظرون إلى الأمام ² .

الفرع الخامس

الحياد والنزاهة

¹ - وجدي راغب هل التحكيم نوع من القضاء مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية ، جامعة الكويت عدد 1 1975 ،ص 171 .

² - كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولي الطبعة الأولى . دار الفكر العربي القاهرة مصر 1991 ،ص 68 .

إن الطرف الأجنبي عادة ما يفضل التحكيم عن القضاء العادي للدولة التي يتم فيها استثمار الملكية الفكرية وهذا إما خوفاً من حوب قضاء مكان الاستثمار في استغلال عناصر الملكية الفكرية ، كونها آلية مباشرة لتطوير الإقتصاد لذلك البلد .

أو لكون تعقيد الإجراءات القانونية وما تحويه من مهل قانونية لا يفقهها المتعامل والمتبعة للفصل في النزاع ، ودرءاً للخطر من انحياز قضاء مكان الاستثمار لعناصر الملكية الفكرية بشكل من الأشكال يلجأ عادة الطرف الأجنبي إلى سلب الاختصاص من قضاء دولة الاستثمار ومنحه إلى قضاء آخر محايد هو قضاء التحكيم وما يتميز به من خبرة وتخصص ونزاهة .

المبحث الثالث

أنواع التحكيم

إرادة الأطراف حرة في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاع وتحديد مساره منذ بداية الإتفاق إلى نهايته بصدور حكم ملزم للأطراف، سواء بتعيين المحكمين، أو بتحديد القانون الواجب التطبيق، أو الإجراءات المتبعة، أدى إلى زيادة الإقبال عليه ، كونه يقدم عدالة تستجيب لرغبات الأطراف المتنازعة والذين قد لا يكونون من بلد واحد .

وتبعاً لكل ما سبق فقد تعددت أنواع التحكيم، وذلك بحسب المعيار المتخذ في التفرقة فيمكن تقسيم التحكيم من حيث كيفية إدارته إلى تحكيم خاص أو حر وتحكيم مؤسسي وستتطرق إليه في المطلب الأول . أو وفقاً للنظام القانوني الذي ينتمي إليه ، تحكيم داخلي أو دولي في مطلب ثاني. أو وفقاً لسلطة المحكمين في تطبيق القانون، إلى تحكيم بالقانون وتحكيم بالصلح في مطلب ثالث. أو استناداً إلى مدى حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم، تحكيم اختياري وتحكيم إجباري في مطلب رابع .

المطلب الأول

التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي

إن سلطان إرادة أطراف النزاع حرة في اللجوء إلى التحكيم دون قضاء الدولة وينقسم التحكيم من حيث كيفية سريانه إلى تحكيم مؤسسي وتحكيم حر . لذا سنتطرق إلى التحكيم الحر في الفرع الأول ثم التحكيم المؤسسي في الفرع الثاني .

الفرع الأول التحكيم الحر

يطلق عليه أيضا بالتحكيم الخاص وهو "ذلك التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين للفصل في هذا النزاع ، فيختارون بأنفسهم المحكم أو المحكمين ، كما يتولون في الوقت ذاته تحديد الإجراءات والقواعد التي تطبق بشأنه، بتحديد لها مباشرة أو بالإحالة إلى المصادر التي تستقى منها"¹ .

التحكيم الخاص يعد أول نوع من أنواع التحكيم والذي ما يزال يلقي انتشارا ومكانة في حقل التحكيم خاصة في حل المنازعات التي تقع بين الدول² .
فأطراف النزاع يعينون المحكمين ويقومون بردهم أو عزلهم وتحديد المواعيد والمهل والإجراءات والقواعد التي تحكم النزاع³ .
ويتميز التحكيم الحر بأنه لا يخضع سلفا لإجراءات وقواعد معدة لهيئة أو منظمة تحكيم⁴ .

¹ - مصطفى محمد الجمال - عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة . مرجع سابق، ص 127 . 128 .

² - غير أن بعض الفقهاء يرون أن نجم التحكيم الحر قد أفل، ولم يعد له سوى دور بسيط إلى جانب التحكيم المؤسسي .
أنظر في ذلك :- أبو زيد رضوان الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي دار الفكر العربي 1981 ، ص 21-22

³ - إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، مرجع سابق، 1997 ص 47 .

⁴ - أشرف عبد العليم الرفاعي، إتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 16 .

ولكن إذا ما اتفق الأطراف على قواعد وإجراءات هيئة أو منظمة تحكيمية، كأن يختار القواعد التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة، فإن ذلك لا ينزع عنه صفة التحكيم الحر، طالما أن التحكيم يتم خارج إطار تلك الهيئة أو المنظمة .

ويعد التحكيم الحر، التحكيم الأكثر ملاءمة للعلاقات الاقتصادية التي تتطلب السرعة والسرية¹، خاصة في عقود تراخيص عناصر الملكية الفكرية، وعقود نقل التكنولوجيا التي بواسطتها يتم نقل المعارف التكنولوجية العملية منها، والنظرية فيما بين المشروعات المستقلة .

إذن فالتحكيم الحر يقام على سلطان إرادة أطراف النزاع في تحديدهم للمحكم أو للمحكمن، وفي تحديد الإجراءات والقواعد التي تطبق على النزاع.

الفرع الثاني

التحكيم المؤسسي

نظرا لتشابك العلاقات الاقتصادية الدولية، فرض التحكيم خصوصيته المتميزة هذا ما تولد عنه قيام هيئات ومنظمات ومراكز متخصصة في مجال التحكيم، تميزت بالإمكانيات المادية والفنية والكفاءات العلمية ولوائحها الخاصة بإجراءات التحكيم .

إذا ما جرى التحكيم في ظل هيئة أو مؤسسة أو مراكز، وفقا لقواعد وإجراءات تتضمنها لوائحها سلفا، والتي تحدد كيفية الشروع في إجراءات التحكيم، وفي كيفية إختيار المحكمين ومدى

¹ - حفيظة السيد الحداد النظرية العامة في التحكيم، مرجع سابق، ص 90 .

سلطتهم عند النظر في النزاع والفصل فيه ، وتوفر لأطراف النزاع الأجهزة الإدارية المتخصصة والمدربة تيسيراً لعملية التحكيم ، وحسن سير إجراءاته¹. قلنا أن هذا التحكيم تحكيم مؤسسي². فقد تنشأ هذه الجهات داخل دولة ما، لتباشر التحكيم (الداخلي) والخاص بتلك الدولة ، كما قد تنشأ على مستوى دولي، إما على أساس إتفاقيات دولية تتضمن شروط تنظيمها ومكان تواجدها من أجل القيام بعمليات التحكيم، وإما قد تنشأ كجهات مستقلة لها تنظيمها الخاص. إن تميز هذا النوع من أنواع التحكيم بتضمنه مجموعة من القواعد التي أثبتت نجاحها وللإستقلالية والحياد والنزاهة المنجزة عن ذاتية أطراف النزاع، جعلت كثيراً من الدول والأفراد والجماعات الرسمية وغير الرسمية ينظر إليه نظرة اهتمام وتقدير .

غير أنه يجب على أطراف النزاع قبل اللجوء إلى هذا النوع من التحكيم، الأمام بالإجراءات المتبعة من طرف الجهة التحكيمية سواء أكانت وطنية أو دولية ، كما أنها سوف تطبق تشريعات ترى بأنها واجبة التطبيق دون أن يكون لطرفي النزاع رأي أو دور ، فالتحكيم على مستوى مركز التحكيم والوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية يكون وفق إجراءات وقواعد منصوص عليها في نظام المنظمة التي تحدد كيفية الشروع في إجراءات التحكيم، وكيفية إختيار المحكمين، ومدى سلطتهم عند النظر في النزاع والفصل فيه .

إذن فالتحكيم الحر والتحكيم المؤسسي كل له أهميته ومجاله في فض المنازعات، وقد أقرت الإتفاقيات الدولية التحكيم بنوعيه - المؤسسي والحر - وعلى سبيل المثال فإن إتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام 1985 فقد نصت (م/2/1) على أنه يقصد بأحكام التحكيم ليس فقط الأحكام الصادرة من محكمين معينين للفصل في حالات محددة، بل أيضاً بواسطة محكمين معينين بواسطة هيئات التحكيم الدائمة³.

¹ - أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم العربية الطبعة الثانية 2004، ص 15 .

- أكثر تفصيلاً أرجع إلى فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية 1992 دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، ص 143 وما بعدها - إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 113 وما بعدها .

أنظر أيضاً ، ثروت حبيب ، دراسة في قانون التجارة الدولية منشأة المعارف الإسكندرية 1975، ص 110 .

² - يطلق على التحكيم المؤسسي تسمية التحكيم النظامي institutional .

³ - أحمد مخلوف، إتفاقية التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 458.

المطلب الثاني

التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي

يمكن تقسيم التحكيم من حيث النظام الذي ينتمي إليه، إلى تحكيم دولي وتحكيم داخلي ولذلك سنتطرق في هذا المطلب في الفرع الأول للتحكيم الدولي، وفي الفرع الثاني إلى التحكيم الداخلي .

الفرع الأول

التحكيم الدولي

التحكيم الدولي هو تحكيم واسع النطاق سواء من حيث إجراءاته وموضوعاته، أو من حيث أهدافه وآثاره، والتشريعات التي يمكن أن تطبق على محله، هذا إضافة إلى أطرافه ومحكميه¹ .

وقد عرف القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أن التحكيم يعتبر دوليا إذا كان :

- مقرر عمل طرفي التحكيم واقعيين في دولتين مختلفتين .
- إذا كان أحد الأماكن واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين .
- مكان التحكيم محدد في إتفاق التحكيم .

¹ - بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية "دراسة تحليلية مقارنة دار وائل للنشر الطبعة الأولى 2005 ، ص 26.

— أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الإلتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به .

— إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة .
وقد ذهب جانب من الفقه إلى إعتبار أن التحكيم الدولي يتحقق متى كانت الأطراف المتنازعة من جنسيات مختلفة، أو مكان إبرام العقد أو تنفيذه يقع في دولة لا ينتمي إليها الأطراف المتنازعة، أو أن محل التحكيم يحوي عناصر أجنبية كما ذهب جانب من الفقه على أن التحكيم يكون دوليا متى قامت به هيئة أو مؤسسة دولية ،وقد اختلفت وتعددت المعايير الفقهية ،هذا بإختلاف التشريعات والإتفاقيات الدولية¹.

وقد أخذ المشرع الجزائري بالمعيار الحديث لدولية التحكيم² الذي يجمع بين المعيار الإقتصادي في نطاق التجارة الدولية³ والمعيار القانوني الذي يتعلق سواء بتعدد أماكن الإقامة أو تعدد الجنسيات والذي قال به كثير من الفقهاء والذي كان قد أخذ بهما قانون التحكيم السابق⁴ وهو نفس المعيار الذي أخذت به اتفاقية جنيف الأوربية لعام 1961 والمتعلقة بالتحكيم الدولي و القانون الجزائري وبجمعه للمعيارين يكون قد خرج من دائرة المعيار الأفضل في إعطاء مفهوم

¹ - أنظر في ذلك أبو زيد رضوان، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي القسم الثاني -دولية التحكيم التجاري - مجلة الحقوق والشريعة - الكويت السنة الثانية - العدد الثاني، ص 44 .

محسن شفيق التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 14 .

² - المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل" .

³ - المادة 458 من قانون الإجراءات المدنية السابق على أن "التحكيم يكون دوليا حين يختص بالنزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية شرط أن يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج" .

وهذا المعيار كان قد أخذ به المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية والمعدل سنة 1981 في مادته 1492 والذي إستند فيه إلى الطبيعة الدولية للنزاع .

وهو نفس المعيار الذي أخذت به إتفاقية تسوية المنازعات الخاصة بالإستثمارات إتفاقية واشنطن المؤرخة في 1965 في المادة 25 والتي صادقت عليها الجزائر بالمرسوم الرئاسي رقم 346/95 في 1995/10/30 م الجريدة الرسمية عدد 66 بتاريخ 1995/11/15 م .

⁴ - المادة 458 من قانون الإجراءات المدنية السابق .

التحكيم الدولي . هذا المعيار الذي أخذ به المشرع الجزائري قد تخطى المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية إلى الإستثمارات الدولية¹ متى كان أحد طرفيه ينتمي إلى مصالح إقتصادية لدولة أخرى . ومع ذلك نرى أن صياغة نص المادة 1039 لو كان على الصيغة التالية لكان أجدر " يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية الدولية " إذ أن مفهوم المصالح الإقتصادية الدولية أشمل في مفهومه من المصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل .

إن تشابك العلاقات الإقتصادية، تجارية، استثمارات بشتى أنواعها بين الدول ، جعل من شرط التحكيم الدولي من أهم البنود الواردة في الإتفاقيات الدولية إذ يعد وسيلة لحسم النزاعات الناشئة عن علاقة قانونية ذات طابع إقتصادي دولي .

الفرع الثاني التحكيم الداخلي

نظرا لأهمية التحكيم اختلف الفقهاء حول متى نقول على أن التحكيم دولي ومتى نقول عنه أنه تحكيم داخلي (وطني) .

فمنهم من اعتد بمكان المحكمة المختصة أصلا بموضوع النزاع ، فإذا ما كان اتفاق الأطراف على استبعاد القضاء الوطني وإجراء التحكيم داخل حدود الدولة عد تحكيما وطنيا، أما إذا جرى الإتفاق على إجراء التحكيم خارج حدود الدولة أي في دولة أخرى عد تحكيماً دولياً ، وهناك من إستند إلى مكان وجود المركز الرئيسي للمؤسسة التي تتولى التحكيم، ومنها من إعتد بالقانون الواجب التطبيق ومنه من إعتد بمكان صدور حكم التحكيم إلى غيرها من المعايير التي

¹ - عبد الحميد الأحذب : قانون التحكيم الجزائري الجديد مجلة المحكمة العليا عدد خاص الطرق البديلة لحل النزاعات الصلح الوساطة والتحكيم ، 15- 16 جوان 2008، ص 23-24 .

- عليوش قريوع كمال : التحكيم التجاري الدولي في الجزائر - ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثالثة سنة 2005، ص 30-31-32 .

استند عليها الفقهاء في تبيان نوع التحكيم¹ .

ولقد ذهبت بعض التشريعات إلى وضع نصوص قانونية للتعريف بين نوعي التحكيم كالتشريع الإنجليزي² .

أما التشريع الجزائري فقد خص التحكيم الدولي إبتداءً من الباب الثاني الفصل السادس وما بعدها في حين أن الفصول الأخرى إما خاصة بالتحكيم الداخلي أو أقسام مشتركة .
والتحكيم الداخلي عادة ما يجري بإقليم الدولة، وبين أطراف داخل الدولة الواحدة سواء كانوا مؤسسات رسمية، أو هيئات أو أفراد عاديين، ويوكل له محكمون يسترشدون بالقوانين والأنظمة واللوائح الداخلية، هذا بالإضافة إلى التشريعات التحكيمية على أن لا تتعدى آثاره حدود دولة إجراء التحكيم .

وترجع أهمية التفرقة في عدة نواحي فمثلا نجد أنه متى كان التحكيم وطنيا فإنه وطبقا لنص المادة 1023 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن المحكمين يفصلون وفقا لقواعد القانون الداخلي ، في حين في التحكيم الدولي ووفقا لنص المادة 1050 من نفس القانون ، فإن محكمة التحكيم تفصل في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي حالة عدم الاتفاق على القانون تفصل المحكمة بحسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة .

المطلب الثالث

¹ - لتفصيل أكثر محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 14 .

- هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية منشأة المعارف 1995، ص 52 وما بعدها .

- خالد ممدوح إبراهيم - التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق، ص 33 وما بعدها .

- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 98 وما بعدها .

² - نجد أن القانون الإنجليزي للتحكيم سنة 1979 *united kingdom arbitration* في الفقرة 7 من المادة

الثالثة منه ينص على أن "إتفاق التحكيم يعتبر وطنيا" إذا كان لا ينص صراحة أو ضمنا على أن يتم التحكيم في دولة غير المملكة المتحدة وأن لا يكون من بين أطرافه عند إنعقاده .

أ - شخص من مواطني دولة غير المملكة المتحدة، أو يقيم عادة في دولة غير المملكة المتحدة .

ب - شخص معنوي كشركة تم تأسيسها أو لها مركز أعمال أو يتم الإشراف عليها في دولة غير المملكة المتحدة. هذا النص

مذكور في كتاب - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 100 .

التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح

ينقسم التحكيم من حيث سلطة المحكمين في الفصل في النزاع، إلى تحكيم طبقاً لقواعد القانون وسمي بالتحكيم بالقضاء، وتحكيم طبقاً لقواعد العدل والأنصاف لذا سنخصص لكل حالة من الحالات السابقة فرعاً خاصاً .

الفرع الأول

التحكيم بالقانون

وهو التحكيم الذي يلتزم فيه المحكم بتطبيق أحكام القانون على التحكيم في جميع مراحلها، فقد يطبق قانون واحد في كل المراحل ، كما أنه يمكن إخضاع كل مرحلة لقانون مختلف ، وهذا كله مرده إلى إرادة الأطراف، سواء كانت هذه الإرادة مجسدة في العقد الأساسي أو باتفاق لاحق، كما أنه إذا لم يتفق الأطراف على تفويض المحكم سلطة الفصل وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف، فإن المحكم يلتزم بالفصل وفقاً للقانون .

ومع ذلك سواءً تعلق الأمر بالتحكيم بالقضاء أو بالصلح فإن المحكمين في كلا النوعين يلتزمون بالقواعد الإجرائية التي يحددها الأطراف كما يراعون المبادئ الأساسية للتقاضي .

الفرع الثاني

التحكيم وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف

هذا التحكيم لا يتقيد فيه المحكم بالقانون، بل يفصل في النزاع وفقاً لما يراه حلاً عادلاً¹.
و لا يدعم قراره بأسانيد قانونية تبرر ما إنتهى إليه من قرار، وهذا يحتاج طبعاً إلى أن يحظى المحكم بثقة الطرفين كاملة لأنه قد يصدر حكماً يقضي فيه لأحد الطرفين بكامل طلباته².

¹ - أحمد شرف الدين، المرشد إلى قواعد إرشادات للمحكين والمحامين نادي القضاة طبعة ثانية الأردن، 2010، ص 16

² - عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي دار النشر، طبعة 2003، ص 31 .

والأصل أن التحكيم يكون وفقا لقواعد القانون، أما التحكيم وفقا لقواعد العدالة والانصاف هو الاستثناء ولذلك يجب أن يتفق عليه الأطراف صراحة، ويلتزم التفسير الضيق لهذا الإتفاق¹ ولقد أخذت بكلا النوعين بعض الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، من ذلك الإتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي والتي تم التوقيع عليها في جنيف سنة 1961-3- ومنها كذلك إتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير التي تم التوقيع عليها في واشنطن سنة 1965².

المطلب الرابع التحكيم الاختياري والإلزامي

التحكيم تبعا لحدود إرادة الخصوم نقسمه إلى تحكيم اختياري يخضع لإرادة الأطراف الحرة، وتحكيم إلزامي يلتزم المتنازعين إتباعه، وعلى ضوء ذلك فسوف نتطرق في الفرع الأول للتحكيم الإختياري وفي الفرع الثاني للتحكيم الإلزامي.

الفرع الأول التحكيم الإختياري

هو التحكيم الذي يستند في قيامه إلى إرادة الأطراف الحرة واختيارها المجردة، ورغبتها المطلقة، دون إلزام من تشريع أو أي مصدر مستقل آخر، فلهما حق اختيار المحكمين والقواعد

فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف مصر، 2007، ص 41 .

¹ - نص المادة 07 فقرة 02 من الإتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي .

² - نص المادة 42 فقرة 3-3- على أنه " يجوز لمحكمة التحكيم أن تفصل في النزاع طبقا لقواعد العدالة والإنصاف إذا ما إتفق الأطراف على ذلك "

والإجراءات الواجبة التطبيق، إذ لا يوجد ما يجد من حرية الأطراف في الانصياع لسلطان إرادتهم باللجوء إلى التحكيم بدل القضاء الوطني .

إذ يركز التحكيم الاختياري على دعامين أساسيتين هما الإرادة الحرة لأطراف النزاع وإقرار المشرع لهذه الإرادة¹ . وهذا النوع من التحكيم هو الغالب عموماً، إذ من خلاله يمكن للأطراف التفلت من سلطان قضاء الدولة، وسلطان القانون الذي تشرعه، ونرى بأنه المنبع لنشأة التحكيم بمفهومه الحالي. إذ المجتمعات القديمة قد أخذته كأداة لحسم المنازعات بين أفرادها على أساس أعراف وتقاليد كانت سائدة آنذاك .

فالتحكيم الاختياري يطبع على نفسي الأطراف الراحة والثقة والاطمئنان، لما قد يصدره المحكمون من أحكام .

الفرع الثاني التحكيم الإجباري أو الإلزامي

إذا كان التحكيم الاختياري " الإلزامي"² يخضع لإرادة الأطراف الحرة فإن هذا التحكيم تغيب في شأنه إرادة الأطراف الحرة .

إذا أن المشرع هو من يفرضه على الخصوم لتسوية بعض المنازعات الخاصة ، وبذلك لا يمكن للأطراف اللجوء إلى القضاء الوطني .

1 - أحمد أبو الوفاء، التحكيم الإختياري والإجباري مرجع سابق، ص 16 .

2 - من صور التحكيم الإلزامي ما نصت عليه إتفاقية برن المبرمة سنة 1961 والمتعلقة بنقل البضائع بالسكك الحديدية إذ نجدها أسندت سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بالسكك الحديدية بين رعايا الدولة سواء المتعاقدة وغير المتعاقدة إلى محكمة التحكيم .

كما نجد أن من بين الشروط العامة لدول الكوميكون عام 1968، وفي إطار العلاقات الدولية ما نصت عليه المادة 90 منه بقبولها كل المنازعات التي تنجم عن العقد أو تتولد بمناسبةها يجب عرضها على التحكيم، مع إستبعاد إختصاص المحاكم القضائية العادية بذلك. ويكون عرضها أمام محكمة التحكيم المنشأة للنظر في هذه المنازعات في بلد المدعى عليه، أو في بلد ثالث عضو في مجلس المعونة الإقتصادية المتبادلة، متى إتفق أطراف النزاع على ذلك للإستفادة أكثر راجع مؤلف - سراج حسين محمد أبو زيد، "التحكيم في عقود البترول"، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر 2000، ص 145 .

وفي التحكيم الإجباري قد يكتفي المشرع بفرض التحكيم تاركا لأطراف الخصومة الحرية في اختيار المحكم وتعيين إجراءات التحكيم، وقد لا يكتفي بذلك فيضع تنظيما كاملا لإجراءات التحكيم، وبذلك فإن إرادة الخصوم تنعدم¹.

إن مصدر التحكيم هو الإتفاق بالإرادة الحرة والنزيهة، هذه الحرية تمنحهم حق اللجوء إما إلى القضاء والذي هو حق دستوري أقرته كل العهود والمواثيق الدولية، وإما اللجوء إلى التحكيم دون إكراه وبرضا صحيح ويصبح التحكيم ملزما للطرفين المتعاقدين للفصل في النزاع، وبذلك فإن التحكيم الإجباري يعد تحكيما منافيا للأصل².

أيا كان الأمر فإن هذا النوع من أنواع التحكيم، لم يعد له مكان في إقتصاد عالمي حر تعولت فيه كل القطاعات، وخاصة بعد إنهيار الأنظمة الاشتراكية والتي إنهار معها - الكوميكون³ - وبالتالي إنهيار إتفاقية موسكو المنعقدة بتاريخ 1972 بشأن التحكيم الإجباري للمؤسسات الإقتصادية للدول الأعضاء في المجلس .

¹ - عصمت عبد الله الشيخ. التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 30 .

² - وقد ذهب في هذا الإتجاه حفيظة السيد الحداد بقولها " أيما كانت الأسباب التي تدفع البعض للتوسعة من نطاق فكرة التحكيم بمعناها الفني الدقيق لتشمل التحكيم الإجباري، فإنه من غير المقبول لدينا إعتبار التحكيم، تحكيما بالمعنى الفني الدقيق راجع، حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، ص 55 .

³ - الكوميكون : وهو ما يعرف بمجلس المعونة الإقتصادية المتبادلة بين الدول الاشتراكية الأعضاء .

الفصل الثاني

ماهية الملكية الفكرية

لقد عرفت البشرية أشكالاً متعددة للحقوق والملكيات، فرضتها الطبيعة البشرية كحب التملك وضرورات التعامل، فأوجدت له نواميس لحمايتها، ولعل أقدس ملكية هو ما ينتجه العقل البشري من معرفة وإبداع، سواء أكانت صورة اختراع، كتاب، شعر، رسم، لحن، أداء، علامة تجارية أسماء تجارية، أو تصاميم الدوائر المتكاملة. أي كل ما يتعلق بالمجالات العلمية والفنية والأدبية .

وهذا لصيق بصاحبه وهو يعطي لصاحبه حقاً مزدوجاً، حقاً معنوياً يتمثل في الاعتراف له بالأبوة على ذلك الإنتاج، وحقاً مالياً يتمثل في الاعتراف له بحق استثمار ذلك الإنتاج استثماراً مشروعاً .

برغم أهمية الملكية الفكرية إلا أنه لم تكن لها قوانين حماية، إلا بعد أن أيقنت الدول أن الاستفادة من الإنتاج الفكري إقتصادياً وثقافياً، لا يتحقق بتجاهل المبدعين وحماية حقوقهم

وبذلك اتجهت إلى سن قواعد قانونية حمائية، ومع ذلك فإن التنظيم الدولي للملكية الفكرية بإبرام إتفاقيات دولية ثنائية وجماعية، كان سابقاً لتشريع كثير من الدول¹.

إن عصرنا الحديث يركز إلى حد بعيد على الملكية الفكرية بشتى فروعها سواء في المجال الإقتصادي أو التجاري والثقافي، هذا ما فرض تحديات على رجال القانون والسياسة والإقتصاد، من أجل إيجاد "نظام قانوني قوي ومتكامل يكفل الحماية للمبتكرين على اختراعاتهم وللمؤلفين على مصنفاتهم وحماية المشروعات المتنافسة من خطر التقليد أو السطو على عناصر الملكية الفكرية بوجه عام"².

إن عدم وجود نظام قانوني لحماية الملكية الفكرية وضمن حقوق أصحابها قد يؤدي إلى عدم الحصول على إستثمارات خارجية، وإلى عدم معاينة المقلدين، وإلى خسارة أصحاب المشروعات الكبرى المالكين للتكنولوجيا³.

إن التطور العلمي السريع، والذي أدى إلى وجود هوة واسعة بين الدول النامية والدول المتقدمة أدى بالمجتمع الدولي إلى أن يجعل من ضمن أولوياته الحرص على الاستمرار في حماية الملكية الفكرية، وذلك بإيجاد نظام عالمي يجمع بين كل من الدول النامية والدول المتقدمة، وهذا ما تحقق في خلال الاتفاقيات العامة للتجارة (GATT) والتي كانت آخر جولاتها جولة أرجواي والتي استمرت من عام 1986 إلى عام 1993، والتي تمخضت عن ميلاد منظمة دولية جديدة هي منظمة التجارة الدولية⁴، وعلى ضوء ذلك سنتطرق إلى مفهوم الملكية الفكرية في المبحث

¹ - عبد الكريم محسن أبو دلو، تنازع القوانين في الملكية الفكرية دار وائل للنشر الأردن الطبعة الأولى، الأردن، 2004، ص 14.

² - جلال وفاء محمد، الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لإتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس) دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية دون طبعة، مصر 2004، ص 9.

³ - نبيل حشاد، الجات وإنعكاساتها على إقتصاديات الدول العربية العدد 42 سلسلة رسائل البنك الصناعي بنك الكويت الصناعي 1996، ص 78.

- أسامة المجدوب الجات ومصر والبلدان العربية من هافانا إلى مراكش الدار المصرية اللبنانية 1995، ص 144.

⁴ - سمير محمد عبد العزيز، التجارة العالمية والجات 94، مركز، الإسكندرية للنشر 1996، ص 11-41.

- سميحة القليوبي الملكية الصناعية دار النهضة العربية الطبعة الثانية، مصر 1996، ص 16-17.

الأول ، الطبعة القانونية للملكية الفكرية في المبحث الثاني ، أهم الاتفاقيات التي تنص على حق الملكية الفكرية في المبحث الثالث .

المبحث الأول مفهوم الملكية الفكرية

لا مجال لأن نتصور حقوقاً دون إيجاد أنظمة وقوانين تعنى بحمايتها، وإلا فإن هذه الحقوق لا تعد إلا أن تكون تصورا عقليا .

ولعل أهم حق أولى بالحماية هي حقوق الملكية الفكرية وذلك كونها تتمتع بقدر كبير من السمو و الإجلال لأنها ترتبط بأسمى ما يملكه الإنسان وهو العقل البشري من جهة، وتعتبر أساس التقدم الحضاري والرقي على مستوى الفرد والجماعة¹ بالنظر إلى أهميتها الاقتصادية والسياسية والثقافية ، لذلك سارعت كثير من الدول إلى إيجاد تشريعات لحمايتها .

الملكية الفكرية متميزة عن غيرها من الملكيات بكونها مقيدة بمعايير قانونية محلية ودولية وتنقضي حمايتها بعد مدة لتصبح ملكا عاما .

إن تفاوت الدول في امتلاك الحقوق الفكرية ، أدى إلى تقسيم الدول إلى مجموعات متفاوتة في مضمار التقدم، فهناك دول متقدمة ودول متخلفة ، إذ أن اكتساب هذه الحقوق ينتج عنه تفاوت في درجة الإنتاج وجودته ومستوى الفرد معيشيا، هذا فضلا عن أهمية الدولة في المحافل الدولية² . فأصبحت الملكية الفكرية في عصرنا الحاضر تلعب دورا جوهريا في التنمية الاقتصادية، وحتى السياسية، فمن يملك الفكرة المحتوية على الجدة والحدثة والابتكار، يملك القوة والصوت المسموع في المحافل الدولية على ضوء ما سبق سنتطرق بالدراسة إلى لمحة تاريخية عن نشأة الملكية

¹ - خاطر لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية - ناس للطباعة - عابدين طبعة أولى سنة 2003 ، ص 7 .

² - صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية (براءة الإختراع الرسوم الصناعية النماذج الصناعية العلامات التجارية البيانات التجارية) مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى - عمان ، ص 14 .

الفكرية في المطلب الأول، تعريف الملكية الفكرية ونطاقها في المطلب الثاني ، وأهمية الملكية الفكرية ودورها في المطلب الثالث .

المطلب الأول

لمحة تاريخية عن نشأة الملكية الفكرية وأهميتها

لمعرفة معنى الملكية الفكرية يجب أن نعرض على تاريخ نشأة هذه الملكية، فمعرفة تاريخ شيء يسهل علينا فهمه لإعطاءه التعريف المناسب لذلك سوف نتطرق إلى الملكية الفكرية في العصر القديم في الفرع الأول، العصر الحديث في الفرع الثاني و نعرض على الملكية الفكرية في العصر الإسلامي في الفرع الثالث .

الفرع الأول

العصر القديم

لقد اختلفت وجهات نظر الكثير من الكتاب والفقهاء حول النشأة التاريخية لحق الملكية الفكرية بالنسبة للعصر القديم فمنهم من يذهب إلى نفي وجود الملكية الفكرية¹، ومنهم من

¹ - فاضلي إدريس، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون 2008، ص 13 إذ نجد أنه "سئل فقهاء الرومان عن الوضع القانوني لمن يكتب خطبة أو قصة أو شعرا لغيره على ورق من الجلد أو رسم لوحة لغيره على قطعة من الجلد فأجاب كل من الفقيهين جابوس وبول بأن الملكية تكون لمالك الورق أو قطعة الجلد إذا فلم يكن ثمة فرق بين ملكية الشيء الذي دون عليه، والإنتاج الأدبي والعلمي، وبين الحق الأدبي نفسه .

- شحاتة غريب شلقامي، الملكية الفكرية في القوانين العربية دار الجامعة مصر 2007- ص 1 .
يذكر : مما لا شك فيه أن الإتجاه لحماية حقوق الملكية الفكرية شرعيا وفقهيا قد بدأ متأخرا وذلك كان يرجع إلى عدم وجود التقنيات الحديثة في مجال الاتصالات ونقل المصنفات الفكرية إلى الجمهور مما أدى إلى عدم وجود الحاجة إلى الحماية، ولا سيما وأن محل الحماية غير موجود ، ومنهم من نفي وجود الملكية الفكرية مستندين إلى عدم إكتشاف الطباعة، مما ينفي تحقيق كسب مادي من وراء الفكر هذا إضافة إلى أن القانون الروماني لم يعرف سوى الملكية المادية .

أنظر في ذلك تفصيلا أكثر

ذهب إلى الملكية الأدبية كانت معروفة لدى الرومان، برغم عدم وجود تنظيم قانوني لكون العرف كان وما زال مصدرا من مصادر القاعدة القانونية، لذلك كان على أصحاب الرأي المخالف إثبات أن العرف لم يكن ينظم الملكية الفكرية .

ولقد جاء في مدونة جنسيتان أن من الأشياء ما هو مادي والتي بطبيعتها تدرك بالحس كالمنقول والعقار والذهب، وما هو معنوي لا يمكن حسها ومن أمثلتها الأفكار، وبذلك فالرومان قد قسموا الأشياء التي تكون محلا للحقوق وعرفوا بالملكية الفكرية¹ .

ونجد أن المجتمعات البدائية قد قامت بالنحت على الحجارة وصقلها واختراع بعض الأدوات المنحوتة للتعبير عن ظروف حياتهم، هذا إلى إبتداعها الكتابة المسمارية² .

والحضارة الفرعونية القديمة ما تزال آثارها شاهدة عيان تحكي تاريخ حضارة من أقدم الحضارة التي عرفها الإنسان سواء في الرسم، أو النحت والكتابة على ورق البردي، وفن بناء الأهرامات³ وهذه كلها شواهد تعرف بالأوضاع والنظم الإجتماعية والقانونية .

ولقد كان قدماء المصريين يقدرون صاحب الابتكار بل وصل بهم الأمر إلى أن يرفعونه على مصاف الآلهة، وكانوا يوقرون مهنة الكتابة ويعلي الناس من شأن الكاتب⁴ .

كما عرف في العهد الروماني المتاجرة بالكتب في الأسواق لكتاب مشهورين واستغلال العلامات لتمييز المنتجات، والتي بدورها كانت معروفة لدى الهنود قبل 3000 آلاف سنة كما عرفت الحضارة الإغريقية بدورها في التأليف والعناية بالمكتبات⁵ .

إبراهيم أحمد إبراهيم :الحماية الدولية لحق المؤلف القاهرة 1992.ص 12. 13.

أنظر أيضا .فاضلي إدريس مدخل " الملكية الفكرية" دار هومة للطبع ع.د الجزائر 2004/2003 ،ص 55 .

¹ - محمد علي الصافوري :النظم القانونية القديمة لدى اليهود والإغريق والرومان .الولاء للطبع والتوزيع . سنة 1996 ،ص 455-456 .

² - فاضلي إدريس، مدخل إلى الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 51 .

³ - فاضلي إدريس، مدخل للملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 51 .

⁴ - محرم كمال :الحكم والأمثال والنصائح عند المصريين القدماء سلسلة الألف كتاب الهيئة المصرية العامة للكتاب القاهرة 1998، ص 64 .

⁵ - فاضلي إدريس، مدخل للملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 51 .

من كل الإشارات السابقة يظهر لنا أن الحضارات القديمة قد عرفت حقوق الملكية الفكرية بصورة أخرى، غير أن مفهوم الملكية الفكرية وحمايتها لم تتبلور وتظهر بصورة جلية إلا في عصر النهضة .

الفرع الثاني العصر الحديث

أدى اختراع الطباعة على يد الألماني بوهان جتبرج عام 1451 إلى طباعة الكتب بشتى أنواعها وانتشار تجارتها مما تطلب حمايتها، وكان نظام منح الإمتيازات التي يصدرها الملوك أو هيئاتهم صورة من صور الحماية، ففي الموسيقى والفن التشكيلي، كانت تمنح الحماية من طرف الأكاديمية الملكية للموسيقى¹، وهذا الإمتياز يعد تنازلا من الملك أو البرلمان الذي له حق منحها، أو رفضها، وتقدر لها حماية لمدة محدودة، ولقد كان الإمتياز الأول سنة 1469 في فينسيا و كانت مدته خمس سنوات² " ثم توالى الامتيازات بين مختلف ملوك أوروبا، ويذكر على أن أول تشريع لحماية المؤلفين كان في فينسيا " البندقية عام 1545، والذي كان بموجبه منع أصحاب المطابع من طبع المؤلفات إلا بموافقة أصحابها .

ولقد أصدر ملك فرنسا لويس السادس عشر سنة 1777 ستة مراسيم إحتوت على إعتراف صريح بأن الملكية الأدبية للمؤلف تعد من بين أكثر الملكيات خصوصية³ ثم تلاها سنة 1791 مرسوم خاص بحقوق مؤلفي المسرحيات⁴ .

¹ - فاضلي إدريس، مدخل للملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 51 .

² - إبراهيم أحمد إبراهيم، الحماية الدولية لحق للمؤلف، المرجع السابق، ص 14 .

³ - فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص 52 .

⁴ - هذا القانون صدر بعد قيام الثورة الفرنسية بتاريخ 13 جانفي 1789 خص به مؤلفي المسرحيات إذا منحهم حق نشر مسرحياتهم طوال حياتهم ثم من بعده ورثته لمدة 05، سنوات وقد توالى التشريعات فصدر قانون 19 جويلية 1792، والذي حمى جميع المصنفات الأدبية والفنية، وإلى قانون 85-660 المؤرخ في 03 جويلية 1985 والذي عدل قانون 1957 ثم قانون الملكية الفكرية بتاريخ 1 جويلية 1992 .

وفي إنجلترا فقد بدأ الإهتمام بحق المؤلف بتاريخ 10 أبريل 1710 وسمي آنذاك بقانون "تشجيع التعليم" وعرف بقانون الملكة آن¹، ثم تلاه قانون سنة 1735 والذي أصبح يشمل حماية المؤلفين وفناني الرسم والحفر².

وفي الولايات المتحدة فقد أصدر أول تشريع فيدرالي عام 1790 والذي قرر الحماية لكل المؤلفين سواء كانوا مواطنين أو أجناب متوطنين، وذلك لمدة أربعة عشر عاما قابلة للتجديد

لنفس المدة إذا كان المؤلف ما يزال على قيد الحياة³.

¹ - أحمد جامع، إتفاقيات التجارة العالمية "وشهرتها الجات" دار النهضة العربية، القاهرة مصر 2001 1234 هامش 2. فقد منح المؤلف حق طبع كتبه التي لم يسبق نشرها مدة أربعة عشر عاما، أما الكتب التي سبق طبعتها قبل صدور القانون فقد منحهم حق إعادة طبعتها دون غيرهم مدة واحد وعشرون عاما.

- فاضلي إدريس، مدخل للملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 56.

² - محمد حسام، تشريعات الدول، المرجع السابق، ص 7.

³ - إبراهيم أحمد إبراهيم، الحماية الدولية لحق المؤلف، المرجع السابق، ص 18. ولإشارة فإن كثير من الدول لها السبق في إصدار قوانين لحماية الملكية الأدبية والفنية ومنها قانون 1741 في الدانيمارك والذي أعطى حق ملكية دائمة للمؤلفين وورثتهم. قانون 1862 في إسبانيا والذي منح حق طبع الكتاب للمؤلف وحده. كما نشأة عدة جمعيات دولية أخذت على عاتقها حماية حقوق المؤلفين وناشرى الموسيقى، الجمعية الفرنسية للمؤلفين والملحنين وناشرى الموسيقى 1851 الجمعية الإيطالية للمؤلفين وناشرى الموسيقى. وقد تمخض عن كل ذلك أول مؤتمر دولي إنعقد في سنة 1858. ببروكسل أقر مبدأ الاعتراف بملكية الإنتاج الأدبي، وباشتداد الحركة الدولية المطالبة بالحماية لحق المؤلف في مختلف مجالات الإنتاج الفكري. تأسست بباريس سنة 1878 جمعية الكتاب والتي تمكنت من عقد معاهدة برن بتاريخ 19 سبتمبر 1886 بين عدة دول وتوالت المعاهدات بعد ذلك خاصة بوجود منظمات دولية وإقليمية تهدف إلى محاربة الغش التجاري والسطو على الملكية الفكرية، ومن بين أهم المنظمات، المنظمة العالمية للملكية الفكرية (Wipo) والتي من خلالها أصبحت حقوق الملكية الأدبية والفنية محمية عالميا تفصيلا أكثر أرجع إلى -محمد حسنين - الوجيز في الملكية الفكرية مرجع سابق، ص 15 -

وفي الجزائر المستقلة فقد صدر الأمر 73-14 المؤرخ في 03 أفريل 1973 والذي تضمن حق المؤلف والحقوق المجاورة والذي عدل بالأمر 03-05 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة .

أما على صعيد الملكية الصناعية، فإنها تعد من أحدث فروع القانون كونها لم تظهر إلا في القرنين الرابع عشر والخامس عشر، فيذكر المؤرخون على أن أول قانون لحماية المخترعين كان عام 1472 بمدينة فينيسيا بإيطاليا¹ .

وبعد هذا القانون توالى التشريعات في الدول الأوروبية فكان قانون 1610 المعدل في سنة 1623 والذي جاء متأثرا بنظام الامتياز، ثم تلاه قانون الاحتكار، والذي جسد أحقية المخترع في احتكار استغلال الاختراع القائم وقت صدور التشريع لمدة لا تتجاوز إحدى وعشرين سنة من تاريخ منحها .

أما الإختراعات التي تأتي بعد صدور القانون، لا يمتد احتكارها لأكثر من أربع عشرة سنة وأن تمنح حق الاحتكار للمخترع الحقيقي² .

وقد توالى التشريعات من بلد لآخر فكان أول قانون أمريكي سنة 1790 ثم القانون الفرنسي 1791 وقانون إختراع براتي في تركيا سنة 1879 م .

كما صدر في روسيا أول قانون في 30 جوان 1919 بعد ثورة أكتوبر 1917 ، أما في الجزائر فقط ظلت قوانين المستعمر "فرنسا" سارية ومنها قانون براءة الإختراع الصادر بتاريخ 1844 وقانون العلامات التجارية والصادرة سنة 1957 وقانون حماية الرسوم والنماذج الصادرة سنة 1909 هذا إلى تاريخ صدور قوانين الملكية الصناعية الجزائرية، منها قانون شهادة المخترعين الذي نظمته الأمر 54/66 بتاريخ 8 مارس 1966 ، والعلامات التجارية نظمها الأمر 57/66

¹ - سمير جميل حسن الفتلاوي، الملكية الصناعية وفق القوانين الجزائرية ديوان المطبوعات الجامعية 1988، ص 21 .

إذ أن نص المادة 38 مكرر من أول قانون لحماية المخترعين سنة 1472 تنص على أن "كل من يقوم بأي عمل جديد يحتاج إلى الخدق والمهارة ويكون ملزما بتسجيله بمجرد الإنتهاء من إعداده على الوجه الأكمل بصورة يمكن معها الإستفادة منه وأن يحضر على أي شخص آخر أن يقوم بعمل مماثل أو مشابه من غير موافقة المخترع وترخيصه وذلك لمدة عشر سنوات وإذا قام أي شخص آخر بعمل مماثل أو مشابه فيكون للمخترع حق طلب الحكم على المعتدي بدفع تعويض مع إتلاف ما عمله" .

² - سمير جميل حسن الفتلاوي، الملكية الصناعية ، نفس المرجع السابق، ص 23

الموافق ل 19 مارس 1966 والرسوم والنماذج الصناعية وقد نظمها الأمر 86/66 الموافق 28 أبريل 1966.

وللاشارة لقد ألغيت كل هذه القوانين تماشيا مع التطور الإقتصادي، ومع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها .

إن تطور حركة الإتصالات والنقل والطباعة وسرعة حركة المنتجات التجارية والصناعية حال دون التمكن من حماية المنتجات الذهنية في بلدان غير بلدان المبدعين في كافة المجالات ،هذا ما جعل كثير من الأصوات تتعالى منادية من أجل وضع تقنين يكفل لهم الحماية دوليا،ولقد أثمرت تلك الجهود إلى إنشاء أول جمعية دولية تعني بحق المؤلف وهي الجمعية الأدبية والفنية سنة 1878 ،ثم تليت بإبرام إتفاقية تضم أكبر عدد من دول العام وهي إتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية سنة 1883 وإتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية سنة 1886

الفرع الثالث العصر الإسلامي

الملكية الفكرية بجميع صورها كانت ذات إهتمام كبير عند العرب والمسلمين، بل يمكن القول إن نشأة الملكية الفكرية كانت عربية ثم إسلامية قبل أن تكون أوروبية ،فقد قدر العرب الانتاج الذهني ومنحوه حماية وإن كانت وفق الأعراف وليس تشريعا بالمعنى الحديث، ولكن المعروف عرفا "كالمشروط شرطا " فالعرب والمسلمون وفروا الحماية الكافية لصور الملكية الفكرية .

فالعرب كانت تقيم منافسات شعرية موسمية ينشد كل شاعر بما جادت به قريحته، ومن أشهر الأماكن "سوق عكاظ"، وهي أشبه بإجراءات الإبداع في وقتنا الحاضر¹، وكان كل من يأخذ من غيره أبياتا شعرية أو يقتبس منها وينسبها إلى نفسه، يعد مرتكبا لجريمة الانتحال الأدبي².

بل نجد أن رسولنا الكريم صلى الله عليه وسلم قد وثق هذا المفهوم، بأن العمل الفكري لصيق بذات صاحبه ومنه قوله "من كذب علي متعمداً فليتبوأ مقعده من النار".

وحديثه "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية أو ولد صالح يدعو له أو علم ينتفع به".

ولقد نهج الصحابة نفس المنهج فيما سنوه من قواعد لتوثيق نسبة الحديث النبوي وهو العلم الذي أصبح يعرف فيما بعد بعلم الجرح والتعديل.

وفي ظل إزدهار الحضارة الإسلامية ونبوغ كثير من العرب والمسلمين في شتى العلوم والفنون، طب - فلك - موسيقى.... سادة تقاليد تحضر على أن ينسب أي فكر أو فن إلى غير صاحبه، وإلا يطلق على من يأتي هذا العمل بالمقلد.

ولقد وضع علماء المسلمين أسلوب ضبط، لتداول المعرفة أي كان نوعها، كرواية المصنف عن مؤلفه بسند صحيح، والتمييز بين النقل باللفظ والتلخيص بالمعنى، وبيان بداية الاستشهاد ونهايته³.

ولقد وصل الاجتهاد إلى أن اعتبر بعض الفقهاء أن الإعتداء على حق التأليف يشكل جريمة سرقة تستوجب قطع يد المعتدي⁴، ويرى جمهور الفقهاء على أن الإعتداء على حق التأليف يعد معصية يعاقب عليها الشرع.

إن اهتمام المسلمين بعناصر الملكية الفكرية نابع من عقيدتهم كمسلمين، فقد رفع الله من شأن العلم والعلماء بقوله "يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات"⁵، وحتى تتحقق الأمانة العلمية، يجب أن ينسب كل فعل أو قول إلى صاحبه.

¹ - عامر محمود الكسواني: الملكية الفكرية مفرداتها وطرق حمايتها دار نشر الحبيب للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ص 36

² - عامر محمود الكسواني، الملكية الفكرية، نفس المرجع السابق، ص 32.

³ - جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية دار النهضة العربية القاهرة 2002 لطبعة الأولى ص 163

⁴ - ابن رشيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد. الجزء الثاني طبعة، مصر 1966، ص 446

⁵ - سورة المجادلة رقم 11.

المطلب الثاني

تعريف ونطاق الملكية الفكرية

إلى جانب الملكية المنصبة على الأشياء المادية يوجد نوع آخر ينصب على ما ينتجه العقل البشري يسمى بالملكية الفكرية، وهي ملكية معنوية، وتنقسم إلى ملكية أدبية وفنية وملكوية صناعية وتجارية وعلى ضوء ذلك سنقوم بالتطرق إلى تعريف الملكية الفكرية في الفرع الأول ثم نطاق الملكية الفكرية في الفرع الثاني .

الفرع الأول

تعريف الملكية الفكرية

يقتضي احترام الشخصية الإنسانية الاعتراف للفرد بحقه الذهني، هذا ما يدفعنا للبحث عن تعريف للملكية الفكرية، وبالنظر إلى معظم التشريعات نجد أنها لم تضع تعريفاً محدداً للملكية الفكرية، وإن كانت بعض التشريعات قد عرفت الحق المعنوي كالقانون السويسري والقانون الياباني والقانون الألماني¹ .

¹ - أشرف وفا محمد ، تنازع القوانين في مجال الحقوق الذهنية للمؤلف - دار النهضة العربية القاهرة - الطبعة الأولى 1999 ، ص 16 .

إن الغموض الذي ساد هذه الملكية كمصطلح قانوني جديد، جعل الكثير من الفقهاء يسعون إلى وضع تعريفات لتقريب مفهوم هذا المصطلح الذي فرضته التطورات التكنولوجية والتي تعد أساس كل نهضة وتنمية اقتصادية واجتماعية .

فلقد اتفقت كل التعريفات على أن الملكية الفكرية ترد على أشياء غير ملموسة، تدرك بالفكر ولا تدرك بالحس .

غير أنها اختلفت في مفهومها وتكييفها القانوني في النظم القانونية المختلفة، وسيأتي بيان ذلك عند التطرق إلى الطبيعة القانونية للملكية الفكرية .

فلقد عرفها بعض الفقهاء بأنها¹ الملكية التي ترد على شيء غير مادي والذي لا يدرك بالحس وإنما بالفكر، فهذه الحقوق هي حقوق ذهنية، وحق الفرد عليها ناتج من حقه على نتاج فكره . كما عرفها البعض الآخر بأنها الحقوق التي ترد على أشياء غير مادية أي أشياء غير ملموسة، لا تدرك بالحس وإنما تدرك بالفكر، هذه الأشياء هي نتاج الذهن والفكر ومن هنا كانت تسمية الحقوق التي ترد عليها بحقوق الملكية الفكرية أو الحقوق الذهنية² .

ويرى البعض الآخر³ ، على أنها سلطة مباشرة يعطيها القانون للشخص على كافة منتجات عقله وتفكيره، وتمنحه حق الاستئثار والانتفاع بما تدر عليه هذه الأفكار من مردود مالي للمدة المحددة قانوناً، ودون منازعة أو اعتراض من أحد .

من خلال التعريفات السابقة يظهر لنا أن هؤلاء الفقهاء ينظرون إلى الملكية الفكرية من خلال شخص المؤلف والمبتكر وأحقته في إستيفاء حقه المالي، وحقه في تملك إنتاجه الفكري وحق الإستئثار بإستغلاله وذلك تأسياً بنظرية الحق الطبيعي⁴ .

¹ - عبد الرزاق الشهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، دار النهضة العربية، مصر 1967، ص 275-276

² - فاتن حسين حوى، المواقع الإلكترونية وحقوق الملكية الفكرية - دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى عمان الأردن 2010، ص 27 .

³ - عامر محمود الكسواني، الملكية الفكرية. ماهيتها، مفرداتها، طرق حمايتها، مرجع سابق، ص 68 .

⁴ - نظرية الحق الطبيعي : تنادي بأن حق المخترع والمؤلف و الفنان، هي حقوق لصيقة بالشخص صاحب الحق كإنسان وهو ليس من خلق المشرع، فهو مقرر وفق مبادئ أسمي .

وهذا ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في حكم لها بتاريخ 1853/12/08 إلى القول بأن خلق مصنف أدبي أو فني يرتب للمؤلف ملكية، مصدرها القانون الطبيعي. أما عن كيفية الاستغلال فالقانون المدني هو من ينظمها¹.

اعتبرت المحكمة في هذا الحكم أن المؤلف قد اكتسب حقه على المصنف من نظرية الحق الطبيعي وليس من القانون، وهذا المنحى اتخذته كثير من التشريعات ومنها التشريعات العربية². في حين نجد أن هناك تعريفات أخذت بالمفهوم الإقتصادي على كون، أن وجهة نظر كل من الدول الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية تختلف في الحق بالملكية الفكرية.

الفرع الثاني

نطاق الملكية الفكرية

تقسم الملكية الفكرية إلى ملكية أدبية وفنية وتشمل حق المؤلف والحقوق المجاورة وملكية صناعية وتضم (براءة الاختراع والعلامات والنماذج والرسوم الصناعية وتسميات المنشأ والدوائر المتكاملة).

أولاً : الملكية الأدبية والفنية : فحق المؤلف لم يعترف بالمؤلف في العصور القديمة مثلما هو عليه اليوم مقنن بقواعد قانونية ثابتة، ويقصد به ذلك الحق الذي يكون للمؤلف على مصنفاة

¹ - مشار إليه في كتاب - فاضلي إدريس، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة ديوان المطبوعات الجامعية سنة النشر 2008 الجزائر، ص 14 .

² - محمد حسام لطفي تشريعات الدول العربية المرجع العملي في الملكية الأدبية والفنية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء الكتاب الرابع القاهرة 1999.

- نعيم مغيبغ الملكية الأدبية والفنية والحقوق المجاورة - ملكية فكرية - دراسة في القانون المقارن الطبعة الثانية سنة 2008 دار منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 2008، ص 17 .

الابداعية في الأدب والفنون والعلوم، وتوصف على أنها مصنفات أدبية وعلمية ومصنفات مشتقة من الأصل ، وهو نفس ما تطرقت اليه إتفاقية برن المتعلقة بحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة . وتشمل الحماية القانونية كل المصنفات الأدبية والمصنفات المشتقة من المصنفات الأصلية وفقا لنص المواد 4-5 من الأمر 03-05/2003¹ .

كما يتعدى تقرير الحماية من المصنف نفسه إلى متنه وعنوانه، بشرط أن يتميز بالإبتكار والإبداع²، وهو ما أشارت إليه نص المادة 06 من الأمر 03 بقولها "يحظى عنوان المصنف إذا إتسم بالأصلية، بالحماية الممنوحة للمصنف ذاته" .

فطابع الإبتكار الشخصي الذي يمنحه المؤلف لمصنفه يجب أن يختلف عن سواه من المصنفات الأخرى، بإظهار طابع إبداع تظهر فيه شخصية المؤلف . إذن الحماية تطال انتاجات العقل البشري والتي تتجسد كشكل أو تعبير³ .

ومهما كانت هذه الإنتاجات نابعة عن إبداع متفوق أو دون ذلك، فهي محمية، فالقانون يحمي كل عمل ينبع عن الإبداع والابتكار، مهما كانت قيمته وأهميته⁴ . لكن إذا لم تظهر أي سمة من سمات الإبداع والإبتكار، كجمع معلومات بصفة عشوائية، فإنها تعد ملكا عاما دون إظهار شخصية صاحب الجمع فيها سواء كان ذلك في مضمون العمل، أو في طريقة العرض، أو شكل التعبير عنها، فإن ذلك لا يمنحها الحماية .

¹ - أمر رقم 03-05 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003م يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة

² - فاضلي إدريس، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، مرجع سابق، ص 98-99 .

³ - نعيم مغبغب الملكية الأدبية والفنية والحقوق المجاورة ملكية فكرية، مرجع سابق، ص 28-29 .

⁴ - من ذلك رأيت محكمة التمييز الفرنسية بأن المحكمة الابتدائية قد أخطأت في حكمها عندما إعتبرت ما قدمه المخرج من أفكار ومعرفة غير مشمولة بالحماية، كالمؤلف في تحقيق مشروع المسرح تجعله شريكا للمؤلف ومشمولا بالحماية .

*D qu en L espece:cette personne lait bien coauteur de L oeuvre ayant en plus de l apport d' idees participe a la mise en forme du projet en assitissant ses suggestions de ctoquis

Cass civ 18 dec 1978 d 1980 p. 49

- مذكور في كتاب نعيم مغبغب الملكية الأدبية والفنية والحقوق المجاورة، مرجع سابق، ص 31 .

هذا لا يعني أن يكون الابتكار جديدا يتميز بالجدة، فهذا يشكل عنصرا هاما في الملكية الصناعية، أما في الملكية الأدبية والفنية فيكفي حصول عمل يتميز بالابتكار تظهر فيه سمة شخصية صاحبها، كأن يقوم المؤلف بإستغلال عناصر موجودة سابقا، ولكن وضعها في إطار مغاير وقدمها بصفة تظهر شخصية مقدمها .

إن كان مفهوم الإبتكار يتحقق مع الفرد بذاته وبمزاياه فإنه قد يكون مطلقا أو نسبيا، فيكون العمل مطلقا متى كان العمل يتميز بالجدة لم يسبقه إلى إنتاجه سابق، أما إذا كان العمل المنجز استند في وجوده إلى أعمال سابقة، ولكن المؤلف قام بإضفاء الصفة الشخصية على العمل الجديد، فيكون عندئذ أمام عمل مبتكر نسبيا، وفي حالة عدم إظهار المزايا الشخصية نكون أمام حالة تقليد¹ .

ويتضمن حق المؤلف نوعين من الحقوق، حقوق مالية أو إقتصادية وحقوق معنوية². إذا فللمؤلف حقوق أدبية لصيقة بشخصه، فهي حقوق مؤبدة، بأنها لا تقبل التصرف بالتنازل أو الحجر عليها، أوالتقادم، وهو وحده من له تقرير نشر مصنفه أو سحبه، واشتراط احترام سلامة مصنفه،والإعتراض على أي تعديل أو تشويه للمصنف وذكر اسمه العائلي أو المستعار كما يجوز لورثة المؤلف الكشف عن المصنف بعد وفاة مؤلفه³، بخلاف الحق الأدبي الذي هو حق مؤبد لصيق بشخصية المؤلف، وتتميز الحقوق المالية بأنها حقوق وقتية محددة زمنا وحق المؤلف على مصنفه يكون في حقه المطلق في استغلال الإنتاج الفكري بما يعود عليه من ربح مالي بأية طريقة كانت من طرق الإستغلال، ولا يجوز لأي كان، مباشرة هذا الحق في حياة المؤلف دون إذن منه⁴، كما أن الحقوق المعنوية لا تنتقل مع الحقوق المادية .

كما أن التطور التكنولوجي الذي وصل إليه الفكر البشري فرض وجود ما يسمى بالحقوق المجاورة وهي تلك الحقوق التي تمنح لأشخاص ليس لهم إبداع فكري، بل يقتصر دورهم في نشر

¹ -نعيم مغبب. الملكية الفكرية الأدبية والفنية والحقوق المجاورة، مرجع سابق، ص 39.40 .

² - لقد نصت المادة 21 من التشريع الجزائري 05/03 بقولها "يتمتع المؤلف بحقوق معنوية ومادية على المصنف الذي أبدعه . تكون الحقوق المعنوية غير قابلة للتصرف فيها ولا للتقادم ولا يمكن التخلي عنها .

³ - المادة 25.24.23.22 من الأمر 05/03 السابق الذكر .

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "حق الملكية - مرجع سابق، ص 361

هذه الأعمال وتوصيلها إلى الجمهور وهم الأشخاص المؤدون ومنتجوا التسجيلات الصوتية، وهيئات الإذاعة والتلفزيون¹.

هذا ما جعل الفقهاء محل خلاف حول أحقية أصحاب الحقوق المجاورة بالحماية، وحجة الفريق الأول أن أصحاب الحقوق المجاورة ليس لهم جهد إبداعي أو عمل فكري بخلاف المؤلف فتقرير الحماية لهم لا يكون إلا على أنقاض المؤلف .

في حين ذهب الفريق المؤيد إلى أنه لولا أصحاب الحقوق المجاورة و عملهم المساعد على الإبداع لما وصل مصنف المؤلف إلى الجمهور سواء بنطقه بشفتي فنان مؤدي أو ترجمه يد عازف²

لقد كانت الحقوق المجاورة محل إهتمام دولي مثلها مثل حقوق المؤلف . إذ أن إتفاقية روما المنعقدة بتاريخ 1961/10/26 والتي دخلت حيز التنفيذ في سنة 1964 فرضت الحماية على الحقوق المجاورة وحددت علاقة حق المؤلف بالحقوق المجاورة ، كون كل من حق المؤلف والحقوق المجاورة ترد على ذات المصنف فيتعلق حق المؤلف بإبداعه بينما تتعلق الحقوق المجاورة بأدائه أو تمثيله³.

وفي نفس هذا المعنى ذهب القضاء الفرنسي، محكمة السين بتاريخ: 1937/04/23 بقولها بأن "فنان الأداء لا يستطيع الإدعاء بأن له حق المؤلف على المصنف الدرامي أو الفيلم الذي قام بأدائه، بل أن له حقاً فقط على الأداء الذي يتميز بطابع إبداعي وشخصي في حدود الدور المسند إليه⁴ ."

إن انتشار ما ينتجه المؤلف سواء على المستوى الإقليمي أو العالمي يكون من خلال شخص (طبيعي أو معنوي) يسمى المنتج والذي يقوم بتمويل العملية . ويقوم بدور الموزع ويكون أكثر انتشاراً إذا ما بثت على المحطات التلفزيونية والإذاعية⁵، إن وسائل الاتصال والتقنية الرقمية الحديثة قد أثرت بصفة مباشرة في حقوق الملكية الفكرية .

¹ - المادة 107 من الأمر 05/03 والتي تنص.

² - فاضلي إدريس، المدخل إلى الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 148

³ - فاضلي إدريس، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، مرجع سابق، ص 213 .

⁴ - الحكم المذكور في كتاب .فاضلي إدريس حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، مرجع سابق، ص 217 .

⁵ - عبد الحميد المنشاوي، حماية الملكية الفكرية وأحكام الرقابة على المصنفات دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2001 .

إذ أن ظهور الحاسوب وتطور شبكة المعلومات شبكة الأنترنت، سهل من انتشار عملية العدوان على حقوق المؤلف، هذا ما جعل كثيراً من الدول تطور في منظوماتها القانونية، لضمان حقوق الملكية الفكرية¹.

إن التطور التكنولوجي المتسارع جعل على عاتق الدول ضرورة إيجاد تنظيم دولي عن طريق إتفاقيات دولية تستجيب للتطورات التكنولوجية الحديثة خاصة فيما يتعلق بالمعالجة الآلية للبيانات أو بنقلها²، هذه الحماية الدولية ظهرت أولى بوادرها من خلال المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويو).

حيث تم بتاريخ 20 ديسمبر 1996م إتمام المعاهدة الأولى، المتعلقة بحق المؤلف أو بما تعرف بمعاهدة الأنترنت الأولى، والمعاهدة الثانية الخاصة بشأن الأداء والتسجيل الصوتي أو بما تعرف بمعاهدة الأنترنت الثانية³.

ثانياً: الملكية الصناعية. تعرف الملكية الصناعية على أنها سلطة مباشرة يمنحها القانون للشخص بحيث تعطيه مكنة الاستثارة بكل ما ينتج عن فكره من مردود مالي متعلق بنشاطه الصناعي، كالرسوم والنماذج الصناعية وامتيازات الاختراع⁴، إلى غيرها من التعريفات والتي تنصب كلها على براءة الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية وتسميات المنشآت والتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة.

- لقد حددها المشرع الجزائري في الأمر 03-05 في المادة 108 ذكر فنانون الأداء وفي المادتين 113 و115 ذكر كل من منتجو التسجيلات السمعية، ومنتجو التسجيلات السمعية البصرية (منتجو الفيديوغرام وال fonوغرام) والمادة 117 هيئة البث الإذاعي السمعي البصري.

¹ ففي دراسة للكونجرس الأمريكي مع بداية الألفية الجديدة وجد أن العدوان على برمجيات الحاسوب تشكل 27% من حركة تداول هذه البرمجيات في الولايات المتحدة، وتشكل 90% في الدول الأخرى، وهذا العدوان له تأثير سلبي كبير على الدول المستهلكة، هذا ما جعل الولايات المتحدة تطالب في مارس 2001 "دولة تاوان" بضرورة إصدار تشريع لمكافحة قرصنة البرمجيات للإطلاع أكثر أنظر شمسان ناجي صالح الخيلي، جرائم الإعتداء على الملكية الفكرية بواسطة الأنترنت بدون طبعة - دار النهضة العربية القاهرة 2011، ص 54 وما بعدها.

² - محمد الشوا، ثورة المعلومات وإنعكاساتها على قانون العقوبات طبعة 2 دار النهضة العربية القاهرة 1998 ص 07

³ - فتن حسين حوى، المواقع الإلكترونية وحقوق الملكية الفكرية، المرجع السابق، ص 30.

⁴ - فرحة زواوي صالح الكامل، في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 14.

- عامر محمود الكسواني الملكية الفكرية، ما هيتهها. مفرداتها. طرق حمايتها، مرجع سابق، ص 76.

فالنسبة لبراءة الاختراع فقد عرفها القانون في المادة 02 من الأمر 07/03 على أنها وثيقة تسلم لحماية إختراع. فهي إذن وثيقة ثقة وائتمان بجدة الإختراع وقابليته للصناعة مع عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة .

وعرفها الفقه على أنها الشهادة التي تصدرها الدولة للمخترع اعترافا منها بحقه في ما إخترع . فبراءة الإختراع لا تعدو أن تكون شهادة رسمية. سند تصدرها جهة إدارية مختصة في الدولة إلى صاحب الإختراع أو الإكتشاف، يستطيع هذا الأخير بمقتضى هذه الشهادة احتكار إستغلال إختراعه أو إكتشافه زراعيا أو تجاريا أو صناعيا لمدة محددة وبقيد معينة¹. وهناك من عرفها على أنها عمل كاشف ومقرر²، فالبراءة لا تمنح إلا إذا توفرت عدة شروط³، ومن بين أهم هذه العناصر، عنصر الجدة في الابتكار كون هناك من يقول بالجدة النسبية، وهناك من يقول بالجدة المطلقة، والمشرع الجزائري قد وافق ما ذهب إليه المجتمع الدولي في اتفاقية ترينس والتي أوجبت الجدة المطلقة في الإختراع بقولها " تنطوي على خطوة إبداعية " .

كما ذهب الفقه الفرنسي هذا المنحى بقوله " إن الإختراع هو تحقيق الإبداع الذي ينتج عن عمل إختراعي للإنسان⁴، كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن بساطة الإختراع لا تكون عقبة في جدة الإختراع، فالمعيار الموضوعي هو ضرورة توفير الفكرة الصناعية الجديدة⁵. إذن لا يمكن الحصول على براءة إختراع إلا إذا نتج عن هذا الإختراع تقدم ملموس في الفن الصناعي - فلا يمكن لخبير عادي أن يصل إليه بمجرد إستغلال مهاراته الفنية وخبراته العملية⁶.

¹ - صلاح زين الدين. الملكية الصناعية والتجارية براءة الإختراع الرسوم الصناعية النماذج الصناعية العلامات التجارية البيانات التجارية مكتبة دار الثقافة للنشر الطبعة الأولى، عمان 2000، ص 24 .

² - حمد الله محمد حمد الله، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية دار النهضة العربية طبعة ثانية سنة 1997، ص 12

³ - شروط منح البراءة أربع وهي أن يكون ثمة عنصر إبتكار - وأن يكون جديدا - وأن يكون قابلا للإستغلال الصناعي - وأن لا يكون فيه إخلال بالآداب النظام العام .

⁴ - عامر محمود الكسواني، الملكية الفكرية ماهيتها مفرداتها، طرق حمايتها، مرجع سابق، ص 76

⁵ - سميحة القيلوبي، الوجيز في التشريعات الصناعية القاهرة 1967، ص 43 .

⁶ - وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الأمريكية العليا في حكم لها في قضية إدعاء مدعي بأحقية في الحصول على البراءة لإستعماله الزجاج في صنع مقابض للأبواب والنوافذ بدل مادة البروسيلين التي كان يصنع منها آنذاك الإكسسوارات، إذ أن المحكمة قضت بأن إستخدام مادة مختلفة في صنع تلك الإكسسوارات بدلا مما هو سائد لا يعد إبتكارا فقد أخذت المحكمة بالجدة المطلقة للقول بأحقية المدعي للحصول على براءة إختراع .

فمتى توافرت شروط منح البراءة فعلى الراغب في حماية إختراعه أن يسعى إلى تسجيل الإختراع لدى الهيئة المختصة¹.

أما بالنسبة للعلامات فقد خضعت لعدة تعريفات سواء على الصعيد القانوني أو الفقهي فقد عرفها المشرع الجزائري بنص المادة 02 من الأمر 03-06 المؤرخ في 19 جويلية سنة 2003 كما عرفها بعض الفقهاء بأنها "كل إشارة يتخذها الصانع أو التاجر شعارا لمنتجاته أو بضاعته التي يقوم ببيعها أو صنعها تميزا لها عن غيرها من المنتجات والبضائع والخدمات المماثلة²

كما عرفها آخر بأن العلامة هي "كل إشارة أو دلالة يتخذها التاجر أو الصانع أو صاحب المشروع فردا كان أو شركة، خاصة كانت أو عامة، شعارا لبضائعه أو خدماته التي يؤديها كالنقل والسينما أو منتجاته الصناعية أو الزراعية أو الطبية تميزا لها عن مثيلاتها ، فلا تلتبس بها في السوق³. فالعلامة تعد إحدى أهم حقوق الملكية الصناعية، وأكثر انتشار على مستوى العالم خاصة في التطور الإقتصادي .

ولقد أوجب المشرع الجزائري شروطا يجب توافرها في العلامة سواء كان الشخص معنويا خاضعا للقانون العام أو خاصا .وهي إتخاذ شكلا معينا مميزا، وأن تكون العلامة ذات صفة مبتكرة، وغير مشابهة لغيرها، أو مطابقة لها،فهي تتسم بأنها جديدة ، كما يجب أن تكون مشروعة غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، وأن تكون معبرة عن الحقيقة فلا يجوز أن تكون العلامة مصدر تضليل للجمهور⁴ .

ومتى تم الاعتداء على العلامة من قبل الغير ،فلمالك العلامة الحق في الدفاع عنها حتى لا يستغل الغير سمعة تلك العلامة وشهرتها لتسويق منتجاته أو خدماته، والحق في الحماية يقع حتى ولو استعمل الغير علامة مطابقة أو مشابهة للعلامة المحمية، ولكن على منتجات أو خدمات غير

هذا الحكم مشار إليه في منى جمال الدين محمد محمود -الحماية الدولية لبراءة الإختراع في ضوء إتفاقية التريس والقانون المصري رقم 82 لسنة 2000 دار أبو المجد للطباعة 2004 ،ص 247 .

¹ - الهيئة المختصة :المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية .

² - فاضلي إدريس، مدخل إلى الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 283 .

³ - محمد حسين، الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 198-199 .

⁴ - أنظر في ذلك كل من محمد حسنين الوجيز في الملكية الفكرية ،مرجع سابق، ص 21-202 .

مطابقة طالما أن هناك غش للجمهور. بالرغم أن كلا من العلامة وبراءة الإختراع من عناصر الملكية الفكرية، إلا أن هناك اختلافات فالأولى تتضمن حقا مؤيدا، فلمالكها الإحتفاظ بها عن طريق تجديدها كلما انتهت مدة تسجيلها والمقدرة بـ 10 سنوات في حين أن براءة الإختراع تنقضي بإنقضاء المدة المحددة لها بـ 20 سنة .

أما ما يمكن قوله عن الرسوم والنماذج الصناعية فإنها تتعلق بالمظهر الخارجي للسلعة مما تدركه حاسة البصر، وتتميز بعنصرين أساسيين ألا وهما الجودة والإبتكار¹ .

قد يعتقد البعض أن كلا من النماذج الصناعية والرسوم شيء واحد، غير أنه وبرغم تشابههما في طرق تسجيلهما وحمائتهما إلا أن بينهما فوارق، وهذا ما جعل الفقهاء يقومون بتعريف كل واحد على حدى فتم تعريف الرسوم على أنها " كل ترتيب للخطوط على سطح الإنتاج يكسب السلعة أو المنتجات طابعا مميزا، ورونقا جميلا، أو شكلا يميزها عن نظائرها من المنتجات أو السلع الأخرى"².

أما النموذج الصناعي : فقد عرفه البعض بأنه " الشكل الخارجي للمنتج الصناعي والذي يميزه عن غيره من أقرانه، فالنموذج الصناعي هو شكل السلعة أو المنتج نفسه"³ .
كما عرفه آخر: بأنه القالب الخارجي الجديد الذي تظهر فيه المنتجات فيعطي لها صفة الجاذبية والجمال⁴ .

إذن تتميز النماذج عن الرسوم لكونها لا تتمثل على مساحة مسطحة بل يشترط أن تتضمن حجما فيقصد بالنموذج القالب ذو ثلاثة أبعاد والذي يستعمل لصنع السلعة⁵، وغيرها من أدوات تقنية، إلى ساعات ومجوهرات، إلى أدوات كهرومنزلية، إلى هياكل السيارات إلى زجاج مشروب ما الخ...

¹ - محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 187 .

² - فاضلي إدريس، المدخل إلى الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 262 .

³ - محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري دار النهضة العربية، القاهرة مصر 1971، ص 24 .

⁴ - صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية براءة الإختراع الرسوم الصناعة النماذج العلامات التجارية البيانات التجارية، مرجع سابق، ص 207 .

⁵ - محمد حسنين، الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 188 .

ولا يشترط في النموذج الصناعي أن يكون على درجة عالية من الناحية الفنية فقد يكون مصنوعاً يدوياً ولكنه قابل للاستعمال كوحدة أصلية لصنع وحدات أخرى تميزها عن غيرها من المنتجات المتماثلة .

ولقد كان للمجمع الدولي إهتمام كبير بالرسوم والنماذج الصناعية من خلال الإتفاقيات المبرمة مثل إتفاقية لاهاي وإتفاقية ترينس .

ولقد تطرق المشرع الجزائري إلى تسميات المنشأ في نص المادة 01 من الأمر 76-65 إذ تنص " المنشأ "تعني" الإسم الجغرافي لبلد أو منطقة أو جزء من منطقة أو ناحية أو مكان مسمى ومن شأنه أن يميز منتجاً ناشئاً فيه ،وتكون جودة هذا المنتج أو ميزات منسوبة حصراً أو أساساً لبيئة جغرافية تشتمل على العوامل الطبيعية والبشرية .ويعد كذلك كاسم جغرافي، الإسم الذي يكون متعلقاً بمساحة جغرافية معينة لأغراض بعض المنتجات. " يفهم من نص المادة أن جودة بعض المنتجات مرتبطة ارتباطاً كبيراً بالمنطقة الجغرافية والتي قد تتميز بمناخ وتربة صالحة، تأثر على جودة الإنتاج .

هذا لا يعني أن التشريع منحصر على الإنتاج الزراعي بل يتعداه إلى الإنتاج الصناعي والحرفي بمعنى الصناعة التقليدية¹.

إذن وضع تسمية المنشأ على بضاعة معينة يعني أنها تتميز بخصائص وصفات معينة من الجودة بما كان، وهي متميزة عن غيرها من المنتجات مما تشابهها، من هذا يتضح أن هناك علاقة وطيدة بين المنتجات ومكان نشأتها، أي المكان الذي ولدت فيه هذه المنتجات .

ولقد أطلق بعض الفقهاء على تسمية المنشأ عبارة بيان المصدر الأصلي، وهما معنيان مختلفان إذ أنه يمكن أن يكون مصدر السلعة، مكان صنعها والذي يختلف عن مكان استخراجها في حين أن لتسمية المنشأ علاقة وطيدة بين المنتج ومكان نشوئه . كما أن لكل شخص سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً يمارس نشاطاً منتجاً قام بتسجيل تسمية المنشأ حق ملكيتها بإستغلالها والتصرف فيها، ولكن تصرفاً لا يرقى لمثل عناصر الملكية الأخرى كبراءة الإختراع مثلاً، إذ لا يجوز لصاحب شهادة التسجيل التنازل عن تسمية المنشأ المسجلة سواء كان ذلك بعوض، أو بالجان،

¹ - فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري الحقوق الفكرية، مرجع سابق، ص 350 .

ولا أن يرهنها¹، كما أنها تتميز بعدم التقادم²، كونها قائمة في جهة جغرافية معينة، هذا أيضا ما يمنع إحتكار المسجل لتسمية المنشأ كون كل الممارسين في ذات البقعة شركاء في التسمية. فتسمية المنشأ تسمية جماعية لكونها ترجع إلى كافة المنتجين الموجودين في الناحية الجغرافية المقصودة، إذن تسمية المنشأ من الأهمية بمكان في ترويج السلع، ومنحها قيمتها الغذائية أو النقدية، والشهرة الوطنية والدولية، لذلك فإن المجتمع الدولي منح لها الأهمية بالحماية وأهم إتفاقية هي إتفاقية باريس المؤرخة 20 مارس 1883م والتي ترمى إلى حماية الملكية الصناعية بوجه عام.

أما بالنسبة للتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة فقد تطرق إليها المشرع الجزائري في الأمر 03-08 المؤرخ في 19 يوليو 2003 وقد عرفها بنص المادة 2 من نفس الأمر .

الدوائر المتكاملة، أو ما تسمى برقائق أشباه الموصلات، أو الرقائق أو الشرائح الإلكترونية، تعد القاعدة الأساسية التي تبنى عليها الصناعات الإلكترونية الحديثة والتي تعتبر رافداً من الروافد الأساسية والهامة للإقتصاد الوطني الحديث في عصر ثورة التكنولوجيا والإتصالات وتدفق المعلومات³.

إن الثورة التكنولوجية المتزايدة جعلت من عملية تقليد صناعة الدوائر المتكاملة من الأمور السهلة، برغم أهميتها الصناعة، هذا ما دفع بالدول إلى البحث لها عن الحماية. فأبرمت أول معاهدة دولية لحماية الدوائر المتكاملة وأطلق عليها إسم معاهدة (واشنطن) للدوائر المتكاملة (آييك) والتي أبرمت بتاريخ 26 ماي 1989، هذه المعاهدة لم يصادق عليها⁴، ولم تدخل حيز التنفيذ. وهذا إعتقاد الدول الكبرى، الولايات المتحدة واليابان بأن أحكام هذه المعاهدة لا ترقى إلى مستوى الحماية، التي تطمح لها هذه الدول، غير أن بعض أحكامها تم إنتقاؤها وضمها إلى إتفاقية ترس بشأن الدوائر المتكاملة ومنها المواد من 2 إلى 06 باستثناء الفقرة 3 من المادة 06 .

¹ - فرحة زاوي صالح، الكامل في القانون التجاري والحقوق الفكرية، نفس المرجع، ص 386 .

² - يمكن تجديدها كل 10 سنوات .

³ - أحمد جامع، إتفاقات التجارة الدولية وشهرتها الجات دار النهضة العربية، القاهرة مصر 2001، ص 1273 .

⁴ - أحمد جامع، إتفاقات التجارة الدولية ج 2، المرجع السابق، ص 1274-1275 .

ولقد خصصت اتفاقية تريس قسماً مستقلاً للتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة، وهو القسم السادس من نص المادة 35 إلى 38، غير أنها لم تتطرق إلى تعريفها وأحالت ذلك إلى التعريف المذكور في معاهدة واشنطن لعام 1989 في نص المادة 102¹. ولا يخص التصميم الشكلي بالحماية إلا إذا كان أصلياً سواء أكان بصفة حرة أو من ضمن دائرة متكاملة، وبعد ثمرة لمجهود فكري. فالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة تبدأ حمايتها من تاريخ إيداع طلب التسجيل قبل استغلالها، أو من تاريخ أول إستغلال تجاري له لا يتعدى على الأكثر مدة أقصاها سنتان، وتنتهي الحماية من نهاية السنة العاشرة (10) المدنية التي تلي تاريخ بداية سريان الحماية .

وأي تصرف من الغير بالاستيراد أو بالبيع أو بالتوزيع بأي شكل، وذلك لأغراض تجارية، ودون إذن من صاحب الحق، يعد مخالفة يعاقب عليها القانون²، وانتهاكاً لحقوقه الأساسية الإستثنائية المقررة لصاحب الحق في التصاميم . ويجوز لكل من سجل تصميمه الشكلي، وتسلم شهادة تسجيل المودع، حق التصرف فيه سواء كان ذلك بنقل الملكية، أو التنازل عن حق الاستغلال، أو رهنه، أو رفع الرهن، الحق، كل ذلك يجب أن يكون بالكتابة . وللإشارة فلقد استطاعت الدول الكبرى من فرض نظام حماية من خلال اتفاقية تريس إمتد حتى إلى السلعة أو الصنف، أو المنتج، المتضمن التصميم أو الدائرة المتكاملة³ .

¹ - www.wipo.INT/Traties/ar/ip/washington

² - راجع نص المادة 5 فقرة 2 من الأمر 03-08 وهي توافق نص المادة 36 من إتفاقية تريس والمواد من 35 وما بعدها من نفس الأمر .

- أحمد محمد أحمد حسين، الحماية الدولية للملكية الفكرية في إطار أحكام إتفاقات منظمة التجارة الدولية رسالة دكتوراة جامعة أسيوط 2006، ص 150 .

³ - إتفاقية تريس المادة 36 . أكثر تفصيلاً إرجع إلى -حميد محمد علي اللهبي، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية في إطار منظمة التجارة العالمية . المركز القومي للأصدارات القانونية القاهرة طبعة أولى 2011. ص 362 وما بعدها .

المطلب الثالث

أهمية الملكية الفكرية ودورها

تعد الملكية الفكرية المولود الحديث من بين مختلف القوانين التي تنظم كل ما يوجد به الفكر الإنساني من جديد على الصعيد الأدبي والفني والعلمي والتكنولوجي . إذ أن كل الدول سارعت إلى إيجاد قواعد قانونية لحماية ابداعات الإنسان ومنتجاته الفكرية، كونها تعد حجر الزاوية في نمو المجتمعات، وتنمية الدول إقتصاديا وثقافيا . هذا ما يحفزنا إلى أن نبحت في دور حقوق الملكية الفكرية كأداة للتنمية الاجتماعية من كل نواحيها، ونتطرق في ذلك إلى دور الملكية الفكرية في تطوير التجارة فرع أول ثم إلى دور حماية الملكية الفكرية في جلب الاستثمار في فرع ثاني .

الفرع الأول

دور الملكية الفكرية في تطوير التجارة

تعتمد اقتصاديات العصر الحديث إلى حد بعيد على الابداع والابتكار، ولم تعد التجارة تعتمد كليا على الأموال المادية فقط، بل تعدت ذلك إلى أن أصبحت التجارة تعتمد على القيم المعنوية كالمعرفة الفنية "Know How" والتي أصبحت الصورة الغالبة في عقود نقل التكنولوجيا، من الدول المتقدمة إلى الدول الأقل نمو¹ . وفي ظل الثورة التكنولوجية اتسعت رقعة النشاط التجاري دوليا وأصبح لعناصر الملكية الفكرية دور كبير محليا ودوليا . بل إن استغلالها أدى إلى تقسيم الدول إلى متقدمة ومتخلفة، تبعا لما يجري في ساحتها من اختراعات وابتكارات أدبية وفنية وتكنولوجية .

¹ - جلال وفاء محمد، الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقا لإتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (ترييس)، مرجع سابق، ص 92.

هذا ما دفع بالمجتمع الدولي إلى إيجاد تشريعات داخلية، ومعاهدات دولية، لحماية عناصر الملكية الفكرية كونها تعد أحد الأركان الرئيسية والتي يقوم عليها إقتصاد الدول .
كما أن هذه الحماية تدفع صاحب الحق في الناتج الفكري إلى الإبداع أكثر، مما يرفع إيجابيا قيمة الدول إقتصاديا وسياسيا .

الفرع الثاني

دور حماية الملكية الفكرية في جلب الاستثمار

إن أي مشروع إستثماري في العصر الحاضر، إلا ويحوي عنصر من العناصر التكنولوجية والتي تمثل شكلا من أشكال حقوق الملكية الفكرية، وخاصة مشاريع الإستثمار الأجنبية .
وبذلك فإن العلاقة بين حماية الملكية الفكرية والإستثمار علاقة مترابطة وبما أن الإستثمار سواء الوطني أو الأجنبي يعد أحد الركائز الأساسية للتنمية الإجتماعية والإقتصادية، سارعت الدول إلى إيجاد نظام حماية للملكية الفكرية، إذ أن كلما ضعف نظام الحماية كلما إرتفع احتمال التقليد والتعدي ، مما يجعل تلك الدول أقل جاذبية للإستثمار الأجنبي وللمخترعين والمبدعين وإذا غابت عن دولة ما مظاهر التقدم الصناعي والتجاري، والفني، والأدبي، ووسائل نقل التكنولوجيا قلنا عنها دولة متخلفة¹ .

وفي دراسة قام بها البروفيسور "أدوين ما نسفيلد" من جامعة بنسلفانيا لمركز الأبحاث الوطني في الولايات المتحدة، وجد أن لحماية الملكية الفكرية أثر هام على قرارات الإستثمار المتعلقة بالأبحاث والتطوير في 80 من الشركات الأمريكية الكبرى التي إتخذت كعينة عشوائية²
يعتبر الإستثمار الأجنبي من أهم مصادر التنمية الإقتصادية في الدول النامية وذلك لإستخدامه تكنولوجيا متطورة، ولعل تطلع الدول النامية للوصول إلى مستوى التطور، يتطلب الحصول على

¹ - عامر محمود الكسواني، الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 57 .

² - السيد أحمد عبد الخالق، حماية حقوق الملكية الفكرية في ظل إتفاقيات الترس والتشريعات الإقتصادية دار الفكر طبعة أولى مصر 2011، ص 103 .

هذه التكنولوجيا ،التي تستعمل عناصر الملكية الفكرية والتي تعد أهم عوامل التقدم الإقتصادي إن لم تكن أهمها¹.

إن وجود حماية فعالة لكافة عناصر الملكية الفكرية يدفع مالكو التكنولوجيا على نقلها أو إعطاء تراخيص عليها² بواسطة عقود نقل التكنولوجيا³ ،التي تمكن المتلقي من الحصول على أفضل التطبيقات العلمية . إن مثل هذه العقود والتي تعد عقوداً دولية عادة ما يتم فض نزاعاتها عن طريق التحكيم كون هذه العقود من التعقيد بما كان، كونها لا تشمل نقل معلومات تقنية معينة أو حقوق براءة اختراع بل تتعدى ذلك إلى عدد من الخدمات كحق إستثمار براءة الإختراع .

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للملكية الفكرية

لقد إنقسم الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للحقوق الملكية الفكرية، وإتجه في ذلك إلى ثلاثة إتجاهات فمنهم من كيفها على أنها حقوق شخصية ومنهم من قال أنها حق من الحقوق العينية فيما ذهب آخرون بالجمع بين النظريتين .
وقبل التطرق بالدراسة للإتجاهات الثلاثة يجب أن نعرض على مفهوم الحق وتقسيماته في المطلب الأول ، والطبيعة القانونية لحقوق الملكية الفكرية في المطلب الثاني .

المطلب الأول

¹ - تحديات حماية الملكية الفكرية من منظور عربي ودولي .الجمعية المصرية لحماية الملكية الصناعية بحث مقدم من طرف الأستاذ: توماس بومبكر في أبحاث ندوة الجمعية الدولية لحماية الملكية الصناعية 22 أكتوبر 1998 ،ص 168
² - إبراهيم سيد أحمد ،عقد نقل التكنولوجيا فقها وقضاء طبعة 1 المكتب الجامعي الحديث للنشر الإسكندرية،مصر 2004،ص44.
³ - لقد عرفت المنظمة الدولية للملكية الفكرية الويبو(Wipo)التكنولوجيا بأنها" المعرفة والخبرة المكتسبة ليس فقط للتطبيق العملي لتقنية ما ،بل أيضا للإستغلال الإداري والمالي والتجاري والصناعي لمشروع ما" منقول من كتاب.نداء كاظم محمد المولى الأثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا دار وائل للنشر والتوزيع الأولى عمان الأردن 2003 ،ص 33

مفهوم الحق وتقسيماته

لقد اختلف منظور الفقهاء إلى الحق سواء من حيث تعريفه تقسيماته، لذا سنتطرق إلى مفهوم الحق في الفرع الأول، ثم تقسيماته في الفرع الثاني .

الفرع الأول

مفهوم الحق

الحق لغة هو الأمر الثابت الموجود، وهو ضد الباطل¹، فهو كل موجود ثابت بحكم الشارع وقد كفل له حماية من أجل إثباته لشخص معين أو لعين معينة .

ولقد اختلف فقهاء القانون في تعريف الحق، إذ أن كل فريق يعرفه وفق الزاوية التي ينظر منها

إذ أن الفريق الأول ينظر إلى الحق من ناحية صاحب الحق ويعرفه على أنه سلطة إرادية للفرد يحميها القانون² .

أما الفريق الثاني فينظر إلى الحق من الناحية الموضوعية ويعرفه بأنه "مصلحة يحميها القانون"³ .

فيما ذهب فريق آخر إلى الجمع بين النظريتين وعرفوا الحق بأنه "استثمار بشيء أو بقيمة استثماراً يحميه القانون"⁴ . من هذا التعريف نستخلص أن الإستثمار إما أن يكون على شيء، أو

¹ - ابن منظور: لسان العرب، دار المعارف، الجزء الثاني، الباب الثاني، القاهرة - مصر، بدون تاريخ نشر، ص 939- 940

² - صاحب هذا الإتجاه هو الفقيه صافيني Savigny أنظر في ذلك الدكتور حسن كيرة، المدخل إلى القانون منشأة المعارف الطبعة السادسة مصر، 1993، ص 432 .

- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية الدار الجامعية بيروت الطبعة الأولى لبنان، 1988، ص 445 .

عصام البهجي، حقوق الملكية الفكرية للأصناف النباتية المعدلة وراثيا دار الجامعة الجديدة الإسكندرية سنة 2007، ص 16

³ - هذا التعريف للفقيه الألماني أهرنج، أنظر في ذلك رضا متولى وهدان، حماية الحق المالي للمؤلف دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية مصر، 2001، ص 17- 18 .

⁴ - عصام أحمد البهجي، حقوق الملكية الفكرية للأصناف النباتية مرجع سابق، ص 16 .

على قيمة، ومنه فالأشياء التي يمكن أن تكون موضوعا للحق والاستئثار تكون أشياء مادية، أما الحقوق التي تقع على شيء غير مادي فإنها تكون كحقوق الملكية الأدبية والفنية وحقوق الملكية الصناعية والتجارية¹.

أما الإستئثار الذي يقع على القيم لا يمكن أن يقيم إقتصاديا، كالقيم التي ترتبط بشخصية الإنسان في ذاته كالشرف والإعتبار والسمعة والمعتقدات، هذا إضافة إلى السرية والإسم و إنتاج الفكر²، ولكل إنسان الحق في الدفاع عنه .

ومنه يمكن الوصول إلى نتيجة وهي أن كل شخص له حق الانفراد بملكته انفرادا تاما دون سائر البشر، ودون منازعة أو مضايقة ، بما تخوله له الرابطة القانونية من تسلط . سواء أكانت رابطة إقتضاء أو تسلط³ .

بمعنى إلتزام الغير بالسلطة وحق الاستئثار بالشيء محل الحق الممنوح للمستأثر بموجب القانون، كما للمستأثر الحق في رفع دعاوى لحماية هذا الحق من الإعتداء⁴.

الفرع الثاني

تقسيمات الحق

ولقد جرى الفقه على إجراء العديد من التقسيمات للحقوق وذلك بهدف بيان أنواعها وخصائصها إلا أن من أهم التقسيمات للحقوق الخاصة هي حقوق أسرية وحقوق شخصية وحقوق مالية .

- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 464 .

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 8 .

² - محمد حسنين منصور، مبادئ القانون دار فاطمة الزهراء للطباعة والنشر مصر بدون سنة نشر، ص 66-67 .

³ - عصام أحمد البهجي، حقوق الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 17 .

⁴ - من خلال كل العناصر السالفة يتبين أن للحق أربع مقومات وهي: الاستئثار - التسلط - والإقتضاء، والحماية القانونية للتوسع أكثر أرجع إلى محمد حسين منصور، مبادئ القانون، مرجع سابق، ص 62 وما بعدها .

فالحقوق الأسرية هي الحقوق التي تثبت للأشخاص بإعتبارهم أعضاء في أسرة معينة ناشئة سواء عن رابطة زوجية أو عن قرابة، وهذه الحقوق لا تمنح لتحقيق أغراض شخصية بل لتحقيق أغراض إجتماعية، كتحقيق التماسك والترابط والتعايش، وهي حقوق غير مالية لأنها ترمي إلى حماية قيم وأخلاق إجتماعية وتدخل في صميم مسائل شؤون الأسرة .

أما الحقوق الشخصية فهي الحقوق التي تثبت للشخص منذ ولادته إلى وفاته، فهي تتصل بذات الشخص، وتعتبر حقوقاً عامة تثبت لكل إنسان فهي ترمي إلى حمايته، حماية حقه في الحياة (حق سلامته البدنية) وشرفه وسمعته ومعتقداته ضف إلى السرية، والاسم، وإنتاج الفكر وحرية تنقله وعمله والزواج.... فهذه الحقوق لا تقوم بالمال ولا تقبل التعامل والتنازل عنها أو نقلها إلى أي كان .

أما الحقوق المالية فهي حقوق يمكن تقويمها مالياً، وتدخل في دائرة التعامل فهي تقبل الانتقال والتنازل والميراث، ويمكن الحجز عليها، وهي بدورها تنقسم إلى قسمين حقوق شخصية وحقوق عينية¹ .

ولقد ذهب مجموعة من الفقهاء إلى إضافة قسم آخر أطلقوا عليه الحقوق المعنوية أو الفكرية² .

¹ - الحقوق الشخصية : هو رابطة قانونية بين إنثنين أحدهما دائن والآخر مدين، هذه الرابطة القانونية تعطي للدائن الحق في مطالبة المدين بأداء معين، فقد يكون قيام بعمل أو إمتناع عن عمل .

- أما الحق العيني : فعرف على أنه سلطة مباشرة للشخص على شيء معين بالذات أي أنه سلطة لشخص على شيء مادي هذه السلطة تكون مباشرة ولا تحتاج لطرف آخر بمقتضاها يمكن الإستئثار بقيمة مالية .

- جميل الشرفاوي مبادئ القانون دار النهضة العربية مصر ،ص 195 .

² - عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد -حق الملكية الجزء 8، مرجع سابق، 274- 275

- سميحة القيلوبي -الملكية الصناعية ،مرجع سابق، ص 5 وما بعدها .

- عامر محمود الكسواني -الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 24 .

ولقد عرفها الفقيه M.J.Debin بأنها سلطة على شيء معنوي كعمل فني، براءة - علامة¹ .

فهي إذن عبارة عن سلطة تنصب على شيء تمنح صاحبها حق إحتكار الإستغلال والتصرف فيه، خلال مدة محددة حددها القانون إستجابة للمصلحة العامة .

المطلب الثاني

أهم النظريات في تكييف حق الملكية الفكرية

إن دراسة النظريات لتحديد حقوق الملكية الفكرية لها أهمية في معرفة درجة الحماية التي يمكن أن يوفرها القانون لحقوق الملكية الفكرية،² ولقد انقسم الفقه إلى ثلاثة إتجاهات وسندرسها في نظرية الملكية كفرع أول ، نظرية الحقوق الشخصية في فرع ثاني ، ثم نظرية الإزدواج .

الفرع الأول

نظرية الملكية

لقد ذهب جانب من الفقه إلى أن جعل من حقوق الملكية الفكرية أقدس حقوق الملكية ، إذ أن ملكية الإنسان لنتائج ذهنه وتفكيره ومبتكراته العقلية .وهي الملكية التي تتصل بالصميم من نفسه وتتجسم فيها شخصيته ،وهي أولى بالحماية من الملكية المادية التي تقتضي أن يستحوذ الإنسان على أشياء مادية قد لا تكون من صنع يده ولا نتائج تفكيره³ .

ولقد ذهبت محكمة استئناف باريس سنة 1853 بأن خلق عمل أدبي أو فني بالنسبة إلى مؤلفه يعتبر بمثابة ملكية نجد مبرراتها في القانون الطبيعي ،غير أن استثمارها يتم بواسطة القانون

- محمد حسني عباس، الملكية الصناعية الجزء الأول دار النهضة العربية مصر 1969 ،ص 5 .

3-PouL Roubier, op.cite.tl.pp99-100 et suivant.

² - رمزي رشاد الشيخ الحقوق المجاورة لحق المؤلف رسالة دكتوراه جامعة طنطا مصر سنة 2003 ، ص 67.

³ - عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ،الجزء الثامن، ص 377 .

المدني¹، ويؤكد أنصار هذا الفكر أن العناصر المميزة لحق الملكية متوفرة أيضا في الحقوق الذهنية من استعمال واستغلال وتصرف².

كما أن فكرة الملكية لا تقتصر على الأشياء المادية فقط فهي تشمل الأشياء غير المادية، وفكرة المحل الذي يرد عليه الحق لا ينبغي أن يؤثر في جوهر الحق وبذلك يمكن أن يشمل مفهوم الملكية الأشياء المعنوية³.

وهذا ما ذهب إليه بعض الأنصار، إلى أن مفهوم الملكية الحديث لم يعد قاصرا على الحقوق المالية، بل إتسع ليشمل أشكالاً أخرى، إذ أن القانون قد منح التاجر حق تملكه لإسم محله وشهرته، وثقة عملائه، والتي يطلق عليها بالملكية التجارية وهي ملكية على أشياء معنوية حتى وإن لم تكن من نتاج الذهن⁴.

غير أن هذه النظرية اعترض عليها الكثير من الفقهاء وذلك لتشبيه الحقوق الذهنية بحقوق الملكية، فهم يرون أن الحقوق الذهنية تشمل عنصراً معنوياً له إتصال وثيق بصاحب الإنتاج الذهني أو الفني وهو ما يميزها عن حقوق الملكية على الأشياء المادية⁵، إذ أن الشيء الغير مادي لا يدخل في عالم الحس ولا يدرك إلا بالفكر، وبذلك فهو يختلف في طبيعته عن الشيء المادي الذي يدرك بالحس وله جسم، فهناك عالم واسع ما بين عالم الفكر وعالم المادة⁶.

كما أن الإنتاج الفكري يكون حقاً إحتكارياً مؤقتاً، في حين أن الملكية للأشياء المادية حق استثنائي مؤبد.

الفرع الثاني

نظرية الحقوق الشخصية

¹ - نعيم مغبغب - الملكية الأدبية والفنية والحقوق المجاورة، مرجع سابق، ص 20.

² - للإستفاضة أكثر راجع - نصر أبو الفتوح فريد حسن، حماية الملكية الفكرية في مجال صناعة الدواء رسالة دكتوراه جامعة المنصورة 2006، ص: 96.

³ - أحمد شوقي عبد الرحمان - فتحي عبد الرحيم: نظرية الحق - الكتاب الثاني درا هومة طبعة، 2001، ص 96

⁴ - جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول - حق الملكية - دار النهضة العربية سنة، 1971، ص 80.

⁵ - محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق دار الفكر العربي الطبعة الأولى 1979، ص 104.

⁶ - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني حق الملكية، مرجع سابق، ص 278-279.

انطلق أصحاب هذا الإتجاه الفكري من إعتبار الجانب الأدبي من الحقوق الفكرية فهو أساس الحماية، كون الإبداع والفكر يرتبطان إرتباطاً وثيقاً بصاحب الحق ويعتبران جزءاً من شخصيته، أما الحق المالي فهو لا يعدو أن يكون نتيجة لتصرف صاحب الحق .

ويذكر أنصار هذا الاتجاه الفكري على أن العمل الفكري الجديد يعد جزءاً من شخصية المفكر، فهو بذلك لا يقبل الانفصال عنه، ولا يقبل الحجز عليه، أو التنازل عنه¹ .

ففي ألمانيا يعطي الفقهاء الأفضلية المطلقة للحق المعنوي، وذلك لكون الأفكار والمعطيات المعنوية هي التي تتخلل المؤلف المادي الموضوع أمام الجمهور² .

فالمصنف يحوي أفكار نتاج فكر صاحبها وفق تصوره فأخرجها إلى الجمهور بالشكل الذي أراده وبذلك فهي جزء منه لها حرمة وصيانتها.

ويرى أنصار آخرون أن أساس الحماية هو حماية شخصية صاحب الإبداع، لأن هذه الشخصية تمثل جوهر الحق³، فالشخصية تعتبر أساس الحق وأن أي اعتداء لا يكون على الأموال وإنما على شخص المبدع .

الفرع الثالث

نظرية الإزدواج

لقد ذهب أنصار هذا الرأي إلى المزج بين الرأيين السابقين فهم يرون أن حقوق الملكية الفكرية لها طبة ثنائية⁴، تخول صاحب الحق حقين أحدهما مالي والآخر أدبي، ولكلا العنصرين طبيعته المستقلة .

ويرى البعض أن بداية ظهور هذا الإتجاه يرجع إلى حكم محكمة النقض الفرنسية في دعوى "الكوك" عام 1902 والتي قررت فيه على أن حق المؤلف حق يشمل حقاً مالياً وحقاً آخر ذا

¹ - عبد الرشيد مأمون - محمد سامي عبد الصادق :المؤلف والحقوق المجاورة في ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الجديد 82 سنة 2002 دار النهضة العربية 2004، ص 36 .

² -نعيم مغبغب، الملكية الأدبية والفنية والحقوق المجاورة، مرجع سابق، ص 21 .

³ - إبراهيم أحمد إبراهيم، الحماية الدولية لحق المؤلف، مرجع سابق، ص 38.

⁴ - توفيق حسن فرج، مذكرات في المدخل إلى العلوم القانونية "منشورات منشأة المعارف الإسكندرية 1960 ص 223 وما يليها.

طبيعة مختلفة، وهو الحق الأدبي الذي يخول للمؤلف السلطة في تعديل مصنفه أو سحبه من التداول بشرط عدم الأضرار بالغير عند ممارسة ذلك الحق¹.

إذن فحق الملكية ينقسم إلى حقين أحدهما مالي والآخر أدبي .

ولقد ذهب كثير من الفقهاء إلى إعتبار الحق الأدبي من الحقوق الشخصية، كونه يعبر عن مجموعة الميزات التي تثبت للشخص إنتاجه الفكري والتي تمنحه السلطة الكاملة عليه بإعتباره إنعكاسا لشخصيته².

في حين أن الحق المالي إختلف الفقهاء في تكييفه فمنهم من يرى على أنه حق عيني³، ومنهم من إعتبره إحتكاراً مؤقتاً للإستغلال⁴، ومنهم من إعتبره على أنه شبه ملكية⁵، وفي كل الحالات فإن المبدع له حق الإستفادة من هذا الفكر ماليا .

وقد ذهب فريق آخر إلى أن القول بسمو الحق الأدبي على الحق المالي، خاصة في مجال حقوق المؤلف وحجتهم راجعة إلى هدف كل منهما .

إذ أن الحق الأدبي يهدف إلى حماية إبداع المؤلف الذي له حق سحب مؤلفه من التداول لإضافة أرائه الجديدة، في حين أن الحق المالي مترتب على تلك النتيجة، إذن فالحق الأدبي يحمي مصالح تعلق كثيرا على قيمة مالية لقاء استغلال إبداع⁶، وهو بذلك لا ينكر إزدواجية حقوق الملكية الفكرية، وإنما ينظر إليها من قيمة الابتكار الفكري، والذي هو وثيق الصلة (بخالفه)

¹ - مذكور في كتاب - عبد الرشيد مأمون، الحق الأدبي للمؤلف والنظرية العامة وتطبيقاتها، مرجع سابق، ص 61 وما بعدها

² - غسان رباح، الوجيز في قضايا حماية الملكية الفكرية الفنية مع دراسة مقارنة حول جرائم المعلوماتية منشورات الكلي الحقوقية الطبعة الأولى 2008، ص 40 .

³ - عبد الرزاق السنهوري، الملكية - مرجع سابق، ص 183-208 .

⁴ - عامر محمود الكسواني، الملكية الفكرية مرجع سابق، ص 42-43 .

⁵ - عبد الرشيد مأمون - محمد سامي عبد الصادق، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة طبعة أولى دار النهضة طبعة 2004، ص 83 .

⁶ - عبد الرشيد مأمون - محمد سامي عبد الصادق، حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة، المرجع السابق، ص 81 .
في حين نجد أن المجتمع الدولي من خلال إتفاقية ترينس قد إهتمت كثيرا بالجوانب المالية على إهتمامها بالجوانب الأدبية ويظهر ذلك عند الإحالة إلى إتفاقية برن وإستبعدت من نطاق الإحالة النصوص المتعلقة بالجوانب الأدبية

"حقوق مقدسة" . لا يمكن التنازل عنها حتى من صاحب هذا الحق نفسه، في حين الحقوق المالية قابلة للتصرف بأشكال وألوان مختلفة تعتمد على طبيعة تلك الحقوق، وعلاقة صاحبها مع المستفيدين من ذلك الإبداع الفكري مهما كان نوع وقيمة الإبداع، والذي يعود أمر تقديرهما للمؤلف وحده¹.

المبحث الثالث

حماية الملكية الفكرية في القوانين الوطنية وأهم الإتفاقيات الدولية

تلعب الحقوق الفكرية دوراً معتبراً في دعم التنمية الاقتصادية والاجتماعية إذ أنها تشجع الإبداع والإبتكار على المستوى المحلي وتشجع الإستثمار ونقل التكنولوجيا² على المستوى الدولي، فجاءت الحماية في أول الأمر كضمان لحقوق أصحابها وتشجيعاً لهم على الإستمرار في عملية الإبداع سواء كان صناعياً أو أدبياً أو فنياً، للنهوض بالمجتمعات إقتصادياً وثقافياً، ثم تحولت الحماية إلى سياسة تجارية وإقتصادية تؤثر في نمو المجتمع وديمومة وجوده بين المجتمعات الأخرى. ولقد اهتمت الدول العربية³ والدولة الجزائرية الفتية بعناصر الملكية الفكرية خاصة أن استقلال الجزائر كان في عصر صناعي تجاري زراعي متطور يغذيه العقل وتسييره الآلة وتحكمه التكنولوجيا، لذ أصدرت الجزائر حزمة من التشريعات .

¹ - غسان رباح، الوجيز في قضايا حماية الملكية الفكرية والفنية، مرجع سابق، ص 42 .

² -صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الفكرية دار الثقافة. عمان -الأردن 2004، ص 45 .

³ - إن بعض الدول العربية كان لها دور في الجهد الدولي للملكية الفكرية مثل جمهورية تونس إعتباراً من القرن 19 وكثيراً من

الدول العربية كانت من بين الدول الأساسية في إتفاقيات الملكية الفكرية

ونظراً لنظرة كل دولة من الدول إلى كيفية الحماية لحقوق الملكية الفكرية، كون الحماية كانت مبنية على القانون الطبيعي وقواعد العدالة، أقرها وحكم بها القضاء. فقد إكتفت كل من إتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، ثم إتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية، بالنص فقط على معايير الحماية، وتركت مسألة تطبيقها لتشريعات كل بلد عضو في الإتفاقية ثم توالى الإتفاقيات لحماية عناصر الملكية الفكرية وصولاً لإتفاقية، ترس التي أوجدت معايير حماية تختلف عن سابقتها .

لذا سنتطرق لتوضيح كل ذلك في المطلب الأول إلى الإطار القانوني لحماية الملكية الفكرية، أما في المطلب الثاني نتطرق إلى موقف الإتفاقيات الدولية من حماية الملكية الفكرية .

المطلب الأول

الإطار القانوني لحماية الملكية الفكرية

يعتبر الاهتمام بمواضيع الملكية في الجزائر ظاهر للعيان، فالجزائر ومنذ إعلان إستقلالها سارعت إلى إيجاد حزمة من القوانين وذلك لملاءمة تطورات العصر .
وفي هذا الإطار فقد أصدرت الجزائر عدة تشريعات لحماية الملكية الفكرية لذا سنتطرق إلى الملكية الصناعية في الفرع الأول ثم الملكية الأدبية والفنية في الفرع الثاني .

الفرع الأول

الملكية الصناعية

فقد صدرت عدة تشريعات لحماية الملكية الصناعية عن طريق حماية مدنية، وحماية جنائية ومنها الأمر رقم 66-57 المؤرخ في 05/03/1966 المتعلق بشهادة المخترعين وإجازات الإختراع، والمرسوم التشريعي رقم 93-17 المؤرخ في 7 ديسمبر 1993 والمتعلق بحماية

الإختراعات، والأمر رقم 66 رقم 57 المؤرخ في 19 مارس 1966 الخاص بعلامات المصنع والعلامات التجارية، والأمر رقم 66-86 المؤرخ في 28 أبريل 1966 الخاص بالرسم والنماذج، والأمر رقم 76-65 المؤرخ في 16 يوليو 1976 المتعلق بتسميات المنشأ ولقد كانت الدولة الجزائرية الفتية سابقة في الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية آنذاك فقد صادقت الجزائر على إتفاقية باريس والتي أصبحت جزءا من التشريع الجزائري بموجب الأمر رقم 66-48 المؤرخ في 25 فبراير سنة 1966، ثم أعيد التصديق عليها بموجب الأمر رقم 75-2 المؤرخ في 09/01/1975 وذلك بعد التعديل الذي أجري عليها في استكهولم بتاريخ 14/07/1967 وبذلك فإن الجزائر قد دخلت في الإتحاد الدولي لحماية الملكية الصناعية، إذ أن المادة الأولى من إتفاقية باريس تنص على أنه "تشكل الدول التي تسري عليها هذه الإتفاقية إتحادا لحماية الملكية الصناعية". وتوالت التشريعات¹ سواء بالتعديل أو بالإلغاء إلى غاية آخر التعديلات والتي تتوافق كثيرا مع أحكام إتفاقية تريس.

الفرع الثاني

حماية حقوق الملكية الأدبية والفنية

فيما يخص حقوق المؤلف والحقوق المجاورة فإن المشرع الجزائري أصدر عدة تشريعات تحمي هذه الحقوق مدنيا وجزائيا، ومنها الأمر رقم 73-14 المؤرخ في 3 أبريل 1973 المتعلق بحق المؤلف والأمر رقم 73-46 المؤرخ في 25 يوليو 1973 المتضمن إحداث المكتب الوطني لحق المؤلف والأمر رقم 97-10 المؤرخ في 6 مارس 1977 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة

¹ - أمر 03-07 المؤرخ في 19 يوليو 2003 متعلق ببراءة الإختراع جريدة رسمية عدد 44 .

أمر 05-275 المؤرخ في 02 غشت 2005 يحدد كيفية إبداع البراءة جريدة رسمية عدد 40 .

أمر 03-08 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالتصاميم الشكلية والدوائر المتكاملة جريدة رسمية 44.

أمر 05-276 المؤرخ في 2 غشت 2005 يحدد كيفية إبداع الشكلية والدوائر المتكاملة جريدة رسمية عدد 40 .

أمر 03-06 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالعلامات جريدة رسمية عدد 44 .

أمر 05-577 المؤرخ في 2 غشت 2005 يحدد كيفية إبداع العلامات جريدة رسمية عدد 44.

وصولاً إلى الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وهو المطبق حالياً .

ولقد انضمت الجزائر إلى عدد من الإتفاقيات الدولية لحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة

فإنضمت بموجب الأمر 73-26 المؤرخ في 5 يونيو 1973 إلى الإتفاقية العالمية حول حق المؤلف والمراجعة بباريس في 24 يوليو 1971، كما إنضمت إلى إتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية المؤرخة في 9 سبتمبر 1886¹ ولكن مع التحفظ ، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 97-341 المؤرخ في 13 سبتمبر 1997² .

كما إنضمت الجزائر بمقتضى الأمر 75-2 مكرر المؤرخ في 9 يناير 1975 إلى إتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية الموقعة باستكهولم في 14 يوليو 1967 .

أهم ما جاء في الإتفاقية أن للأطراف المتعاقدة رغبة في دعم حماية الملكية الفكرية في جميع أنحاء العالم وذلك بهدف تشجيع النشاط الابتكاري في تطوير ورفع كفاءة إدارة الإتحادات المنشأة في مجالات حماية الملكية الصناعية ، وحماية المصنفات الأدبية والفنية³ وتتم هذه الاتفاقية بإتفاقية برن وإتفاقية باريس⁴ .

المطلب الثاني

¹ - المتبع لمسار الدولة الجزائرية في الإنضمام إلى الإتفاقيات نجد أن الدولة الجزائرية إنضمت أولاً إلى إتفاقية جنيف المبرمة في 6 سبتمبر 1952 ولم تنظم إلى إتفاقية برن إلا في عام 1997 برغم أن الثانية أقدم وجوداً من الأولى ولقد عدلت عدد من المرات آخرها 28 سبتمبر 1979 .

² - أنظر الجريدة الرسمية 14 سبتمبر 1997 العدد 61 الصفحة 8 .

³ - محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 20-21 .

⁴ - إتفاقية باريس وبرن عدلتا عدد من المرات فعدلت إتفاقية باريس ببروكسل 14 ديسمبر 1900، و بواشنطن في 02 يوليو 1911، ولاهاي 6 نوفمبر 1925، ولندن في 2 يوليو 1934، ولشبونة 31 أكتوبر 1958، وفي ستكهولم في 4 يوليو 1967 .

أما إتفاقية برن فبعد أن تم سننها في 9 أكتوبر 1886 تمت بباريس 4 مايو 1896، و عدلت ببرلين 13 نوفمبر 1908، وتمت برن 20 مارس 1914، و عدلت بروما في 2 يونيو 1928، وبروكسل في 26 يونيو 1948، وبستكهولم في 14 يوليو 1967، وبباريس 24 يوليو 1971، و 28 سبتمبر 1979 .

موقف الإتفاقيات الدولية من حماية الملكية الفكرية

تخضع كثير من التشريعات الداخلية حين تقنينها إلى عوامل سياسية واجتماعية ، مما يجعلها قاصرة عن لعب الدور الكافي لطمأنة أصحاب حقوق الملكية الفكرية ، ليستمروا في إبداعاتهم واختراعاتهم .

إن الخوف من عدم وجود قواعد رادعة يمكن أن تحمي حقوق أصحاب الملكية الفكرية من التعدي، كان سبباً في البحث عن أطر دولية تحمي الملكية الفكرية .

كما أن اتساع العلاقات الدولية التجارية منها خاصة والاجتماعية والاقتصادية ، وانتشار الإبداع الإنساني خارج حدود نشأته، دفع بالدول إلى إيجاد قواعد رادعة تحمي صاحب الحق خارج حدود دولته، وداخل النطاق الإقليمي للدول المتفقة على توفير الحماية لمنتجي تلك الإبداعات¹ عن طرق معاهدات دولية.

لذا سنتطرق إلى معايير الحماية في اتفاقية باريس الفرع الأول ثم إلى معايير الحماية في اتفاقية برن في فرع ثاني ثم إلى معايير الحماية في إتفاقية ترينس في فرع ثالث .

¹ - عايض العتيبي - سظام الطيار، فعالية حماية الملكية الفكرية ودورها في تطوير بيئة الإستثمار، ورقة عمل مقدمة ضمن أعمال المنتدى السعودي الأول لحماية الملكية الفكرية الرياض 08 آذار 2008 موجود على الموقع الإلكتروني للمؤتمر <http://www.saudiipc.com> تاريخ الزيارة 20/07/2010 م .

الفرع الأول

معايير الحماية الدولية للملكية الصناعية إتفاقية باريس

تعد إتفاقية باريس¹ أهم إتفاقية دولية لحماية الملكية الصناعية ولقد تمت المصادقة عليها سنة 1883 .

من طرف إحدى عشرة دولة²، وأقامت معايير الحماية على مبدئين أساسيين وهما مبدأ المعاملة الوطنية ومبدأ الأولوية .

¹ - وقد عقدت عدة معاهدات لحماية الملكية الصناعية ومنها . إتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية والتجارية لسنة 1883 مع تعديلاتها - إتفاقية إستراسبورغ بشأن التصنيف الدولي لبراءات الإختراع عام 1971 .
- إتفاق بوداسيت بشأن الإعترااف الدولي بإيداع الكائنات الدقيقة لأغراض الإجراءات الخاصة بالبراءات عام 1977 "إتحاد بودابست" - إتفاقية التعاون الدولي بشأن البراءات عام 1970 . - إتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات والبروتوكول الملحق به عام 1989 "بروتوكول مدريد" . - إتفاق نيس بشأن التصنيف الدولي للبضائع والخدمات لأغراض تسجيل العلامات عام 1957 "إتحاد نيس" - إتفاق قنيا المنشئ للتصنيف الدولي للعناصر المميزة للعلامات عام 1973 "إتحاد قينا" . - إتفاقية قانون العلامات التجارية عام 1994 . - إتفاق لاهاي بشأن الإبداع الدولي للنماذج الصناعية عام 1925 . - إتفاق لوكارنو المنشئ للتصنيف الدولي للنماذج الصناعية عام 1968 - 11 صياغة جنيف لإتفاق لاهاي بشأن التسجيل الدولي للرسوم والنماذج الصناعية . جنيف عام 1999 . 12- إتفاق مدريد لتجريم النباتات الخاطئة أو المضلة عن منشأ البضائع عام 1991 . 13- إتفاق لشبونة لحماية دلالات المصدر وتسجيلها دوليا عام 1981 (إتحاد لشبونة) . 14- الإتفاقية الدولية لحماية أنواع "الأصناف" الجديدة للنباتات عام 1961 وتم تعديلها 10 نوفمبر 1972 ثم 23 أكتوبر 1978 ثم في 19 مارس 1991 . 15- إتفاقية نيروبي بشأن حماية الشعار الأولمي عام 1981 "إتفاقية نيروبي" . 16- إتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية تريس 1994 "المواد من 15 إلى 40" .
² - لقد تمت المصادقة على إتفاقية باريس سنة 1983 من طرف إحدى عشر "11" دولة وهي فرنسا -إيطاليا - بلجيكا -البرتغال - سويسرا -إسبانيا -صربيا -البرازيل - جوانيمالا -السلفادو - هولندا وبمجرد دخولها حيز التنفيذ في 4 يوليو

إذ أن مبدأ المعاملة الوطنية : وهي أن تمنح كل دولة عضو "مشكلة للاتحاد"¹ للأجانب الممتنمين لدولة من الدول الأعضاء "من الإتحاد" معاملة لا تقل عن تلك التي تمنحها للمواطنين في شأن حماية الملكية الصناعية أي تحقيق المساواة بين كافة الأشخاص الممتنمين إلى الإتحاد² . من حيث الحماية ومن حيث وسائل الطعن القانونية إذا ما تم الإخلال بحقوقهم . كما أن الاتفاقية و لرفع مستوى الحماية المقررة للملكية الصناعية، منحت حق إجراء إتفاقات ثنائية أو جماعية على شرط عدم التعارض مع نصوص هذه الإتفاقية³ . كما نصت المادة 4 من فقرتها أ إلى من الإتفاقية على حق الأسبقية ،وهو يهدف إلى جعل دول الإتحاد كدولة واحدة، يصبح مثلا المخترع المنتمي إلى إحدى الدول معنى من تقدم طلباته إلى كل دولة للحصول على الحماية، بل يكفي أن يودع طلب الحماية على الوجه القانوني في دول من دول الإتحاد ليتمتع بعدها بحماية 12" إثني عشر شهرا ،" في باقي دول الإتحاد الأخرى ويصبح طلبه ذا أسبقية لأي طلب قد يودع في تلك البلدان، سواء من مخترعيها أو من غيرهم ولذلك فلصاحب الاختراع فرصة 12 شهرا⁴ لإجراء الحماية في دول الإتحاد.

1883 إنضمت إليها كل من بريطانيا - تونس - لاكوادور ليصبح العدد 14 دولة ثم توالى الإنضمامات خاصة بعد

الحرب العالمية الثانية أنظر 59-95 -o p -citervol 2 -o p -lodas -stphen .

¹ - المادة 01 من إتفاقية باريس .

² - يقصد هنا بالأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية وتحديد جنسية الشخص المعنوي إما على أساس القانون والاشياء، أو مقره الرئيسي .

- كما أن الحماية في إتفاقية باريس بنيت على الأساس الشخصي، إذ يكفي أن يتجنس شخص بجنسية أحد الدول الأعضاء حتى ولو لم يكن يقيم فيها، بل يكفي أيضا أن يكون له سكن فيها فقط فتقرر له الحماية

³ - المادة 19 من الإتفاقية "من المتفق عليه تحتفظ دول الإتحاد لنفسها بالحق في أن تبرم على أفراد فيما بينها إتفاقات خاصة لحماية الملكية الصناعية، طالما أن هذه الإتفاقات لا تتعارض مع أحكام هذه الإتفاقية .

⁴ - في هذا يرى الأستاذ الدكتور الطيب زروقي أن مدة 12 شهرا طويلة لا تتناسب مع التطور الحديث في وسائل الإتصال ونقل المعارف أنظر كتابه القانون الدولي للملكية الفكرية -مطبعة الكاهنة الجزائر 2004 ،ص 401

الفرع الثاني

معايير الحماية الدولية للملكية الأدبية والفنية-اتفاقية برن -

بالنسبة لمعايير¹ الحماية بالنسبة لحق المؤلف والحقوق المجاورة فتعد اتفاقية برن أهم إتفاقية دولية لحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة والتي تم التوقيع عليها في 9 سبتمبر 1886 حيث صادقت عليها عشر دول وهي -ألمانيا - فرنسا - إسبانيا - بلجيكا - إنجلترا- هايتي - إيطاليا - ليبيريا - سويسرا - تونس على أن يبدأ سريانها في 5 ديسمبر 1886 .
وتم تعديلها عدة مرات كان آخرها 1979 .

وبالرجوع إلى نصوص إتفاقية برن نجد أنها اتخذت نفس منحى إتفاقية باريس في تشكيلها لإتحاد يضم الدول الأعضاء²، وذلك ليتمتع رعايا الدول الأعضاء بنفس الحقوق التي تخولها قوانين

¹ - إتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية المودعة في 1886/11/9 وتعديلاتها .ولالإطلاع على بنود المعاهدة قم بزيارة الرابط الإلكتروني الخاص بالمعاهدة على موقع الملكية الفكرية

<http://www.wipo.int/treaties/ar/ip/berne/index.html>. زيارة الموقع تمت في 2011/03/04

ولقد عقدت عدة إتفاقيات بشأن حماية المؤلف والحقوق المجاورة ومن أهمها :

1 - الإتفاقية العالمية لحقوق المؤلف الموقعة في جنيف 1952/11/6 .2- إتفاقية مدريد لتفادي الإزدواج الضريبي على فوائد حقوق المؤلفين الموقعة في 1979/12/23 .3- إتفاقية التسجيل للمصنفات السمعية والبصرية الموقعة في جنيف في 18/04/1989 . 4- إتفاقية واشنطن لحماية الدوائر المتكاملة الموقعة في 1989/05/26 .5- معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف 1996 .6- إتفاقية روما بشأن حماية فناني الأداء ومنتجات التسجيلات الصوتية وهيئات والإذاعة عام 1961 .7- إتفاقية جنيف بشأن حماية منتجي التسجيلات ضد النسخ غير المشروع عام 1971 . 8- إتفاقية بروكسل بشأن توزيع الإشارات الحاملة للبرامج المرسلة عبر الكوابل الصناعية عام 1974 .9- معاهدة الويبو بشأن الاداء والتسجيل الصوتي عام 1996 .10- إتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة تريس المواد من 9-14 .

² - أنظر المادة 1 من إتفاقية برن .

تلك الدول حاليا أو مستقبلا لرعاياها، عملا بمبدأ المعاملة الوطنية¹، وبالإضافة إلى ذلك فإن المصنفات التي يقع أول نشر لها في دولة من الدول الأعضاء رغم أن بلد المنشأ للمصنف غير عضو، تدخل أيضا في إطار الحماية²، فالحماية تطال وفقا لنص المادة "3" من الإتفاقية، المؤلفين رعايا إحدى دول الإتحاد عن مصنفاتهم سواء كانت منشورة، أو غير منشورة، ولا يعتد بمكان نشرها، ولو كان ذلك في بلد غير عضو.

كما أن الحماية تطال رعايا دول أجنبية ولكن بشرط أن تكون إقامتهم عادية في إحدى دول الإتحاد، ونظرا لتفاوت مستوى الحماية من بلد لآخر فإن إتفاقية برن حددت ضمانات تحدد مستوى معين للحماية، تلتزم به الدول الأعضاء، وهو الحد الأدنى للحماية أعمالا لمبدأ التسوية بين أعضاء الإتحاد .

الفرع الثالث

معايير الحماية في اتفاقية "تريس" TRIPS

شملت الحماية في إتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريس)³ كل عناصر الملكية الفكرية. ولعل أبرز ما يميز هذه الإتفاقية على غيرها من الإتفاقيات الدولية في مجال الملكية الفكرية هو إيجادها لضوابط وقواعد فعالة لإنقاذ تلك الحقوق التي نصت عليها¹.

¹ - المادة 5 من إتفاقية برن .

² - إبراهيم أحمد إبراهيم : الحماية الدولية لحق المؤلف . مرجع سابق ، ص 152 .

- أي لا يعد بجنسية المؤلف إعمالا بالمعيار الإقليمي - كما أن الإتفاقية قد أدرجت المصنفات السنمائية في نطاق الحماية طبقا لنص المادة 4 من الإتفاقية، إذا ما كان مقر المنتج أو محل إقامته في إحدى دول الإتحاد .

³ - نظرا للخسائر التي منيت بها المشروعات المالكة للتكنولوجيا وغيرها من عناصر الملكية الفكرية بسبب الغش والتقليد والقرصنة أدرج المجتمع الدولي من ضمن أولوياته إنشاء نظام عالمي جديد لحماية الملكية الفكرية، وكان رد المجتمع قويا خلال الإتفاقية العامة للتجارة GATT والتي أعقبتها ثمان جولات تفاوضية، كان آخرها جولة أوروهاي وشاركت فيها 117 دولة من بينها 87 دولة نامية، ولقد تمخضت هذه الجولة بميلاد منظمة جديدة هي منظمة التجارة العالمية " world trade organization". أو ما يطلق عليها بالإنجليزية "W.T.O"

ولقد كانت وجهات النظر مختلفة فيما بين الدول النامية والدول المتقدمة فأصرت المجموعة الأولى على أنه لا يجب أن تدرج عناصر الملكية الفكرية في المفاوضات في ظل وجود المنظمة العالمية للملكية الفكرية "الويبو" والتي تقوم بالسهر على تطبيق أحكام الإتفاقية الدولية بشأن الملكية الفكرية، في حين أحتج الطرف الثاني على أن إدراج الملكية الفكرية ناتج من مبررات

وهذه الإتفاقية "إتفاقية ترس" لا تلغي الإتفاقيات الدولية السابقة لها، بل تحيل عليها في معظم القواعد الموضوعية، وبخاصة إتفاقيتي باريس لحماية الملكية الفكرية، وإتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية، وإتفاقية روما لحماية المؤدين ومنتجي التسجيلات الصوتية والهيئات الإذاعية، ومعاهدة واشنطن لحماية الدوائر المتكاملة .

إن الضوابط والإجراءات التي تضمنتها إتفاقية "ترس" تمثل في حقيقة الأمر الشرعية الدولية الجديدة، إذ للحصول على التكنولوجيا تضطر الدول الأقل نمواً مسايرة بنود الإتفاقية بتعديل قوانينها الوطنية، إذ لا يجوز التحفظ على أي بند من بنود الإتفاقية وهذا ما نراه سبباً من أسباب عزوف بعض الدول عن الانضمام إلى الإتفاقية².

ومن المبادئ الأساسية التي قامت عليها الإتفاقية، مبدأ المعاملة الوطنية، ومبدأ الدولة الأولى بالرعاية، فالمبدأ الأول كانت كل من إتفاقية باريس وبرن قد نصت عليه، وهو منح كل دولة عضو للأجانب المتمين إلى دولة أخرى من الدول الأعضاء معاملة يجب أن لا تقل عن التي تمنحها لمواطنيها في شأن حماية الملكية الفكرية³. وهذه المساواة تتحدد من حيث المستفيدين من هذه الحماية، وكيفية الحصول عليها، ونطاقها، ومدتها ونفاذها⁴.

أما المبدأ الثاني فهو يعد مبدأً مكماً للمبدأ الأول، فموجب هذا المبدأ لا يحق لدولة عضو منح دولة أخرى ميزات تفضيلية والتي قد تتجسد نتيجة للعلاقات الخاصة بين الدول، فكل ميزة تمنح من دولة عضو إلى دولة أخرى، يجب تقرير ذات الميزة إلى كل الدول الأعضاء

علمية، كنقل التكنولوجيا، ولا يمكن تأمينها إلا في ظل أنظمة قانونية تكفل الحماية العادلة، وتم الإتفاق بعد ذلك على تداول حقوق الملكية الفكرية من منظور تجاري خالص.

للإستفادة أكثر أنظر - جلال وفاء محمد بن الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لإتفاقية الجوانب المتعلقة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريس) دار الجامعة الجديدة للنشر سنة 2000 .

- نبيل حشاد، الجات ومنظمة التجارة العالمية أهم التحديات في مواجهة الإقتصاد العربي مصرف قطر المركزي 1996 ص

¹ - جلال وفاء محمد بن، الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لإتفاقية الجوانب المتعلقة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريس) دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2000، ص 38 .

² - نرى بأن هذا العزوف التي ترافقه إرادة جادة في بناء إقتصاد قوي لا مبرر له، فكل الدولة سائرة إلى الإنضمام إلى الإتفاقية فهي أحد بنود نظام عالمي جديد .

³ - جلال وفاء محمد بن، الحماية القانونية للملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 23 .

⁴ Daniel Gervais, the trips Agreement , Drafting history and analysis, Sweet and maxwell. London 1998 p 46

ولكن هذا المبدأ استثنيت منه بعض المعاملات الدولية¹ .

كما أن اتفاقية ترينس أوجدت قواعد صارمة لإنفاذ حقوق الملكية الفكرية بخلاف الإتفاقيات السابقة كما أوجدت القواعد والإجراءات التي تحكم المنازعات بين الدول وذلك من خلال جهاز تسوية المنازعات التابع لمنظمة التجارة العالمية، إذ أن حكمه يعتبر ملزماً لكافة الأعضاء ، كما تضمنت مواعيد محددة، لمختلف عمليات التسوية سيأتي بيان ذلك بشكل مفصل حين التطرق إلى التحكيم في إطار منظمة التجارة العالمية .

¹ - إستثنت وفقاً للمادة 04 - المعاملات الدولية النابعة عن إتفاقيات دولية متعلقة بشأن المساعدة القضائية ، ونفاذ القوانين ذات الصبغة العامة، وغير المقتصدة على حماية الملكية الفكرية أو تلك الممنوحة وفقاً لأحكام معاهدة برن معاهدة روما ، والتي تجيز إعتبار المعاملة الممنوحة غير مرتبطة بالمعاملة الوطنية، بل بالمعاملة الممنوحة لبلد آخر، أو تلك المعاملة المتعلقة بحقوق المؤدين ومنتجي التسجيلات الصوتية، وهيئات الإذاعة التي تنص عليها أحكام الإتفاقية .

كما إستثنت أية ميزة منحت ما بين الدول الأعضاء تابعة عن إتفاقيات دولية متعلقة بحماية الملكية الفكرية كانت سارية قبل إتفاق منظمة التجارة بشرط إخطار مجلس الجوانب المتعلقة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية بها، وألا تكون تميزاً عشوائياً أو غير مبرر ضد مواطني البلدان الأعضاء الأخرى .

الباب الأول

تنظيم التحكيم في منازعات الملكية الفكرية

يرتكز تنظيم التحكيم على إرادة الأطراف التي تنصرف إلى إيجاد إتفاق مكتوب بعد حدوث نزاع أو قبله، يعهد إلى هيئة أو محكم أو محكمين للفصل في النزاع، بدل اللجوء إلى القضاء العادي .

فالتحكيم وإن كان نظاما قانونيا له هياكله وإجراءاته وقواعده التي يحددها القانون، إلا أنه بالأساس نظام اتفاقي أساسه إرادة الأطراف الحرة التي على ضوءها يقرر مبدأ اللجوء إلى التحكيم، وتحدد إجراءاته وموضوعه، وكيفية تشكيل هيئة التحكيم والقانون المختص بحكم النزاع .

إذن إرادة الأطراف النزبهة هي المنتجة لإتفاق التحكيم وتحديد إجراءاته، وللتعرف على تنظيم التحكيم ومختلف مشكلاته سوف نقسم هذا الباب إلى ماهية اتفاقية التحكيم في الفصل الأول ثم نعرض على إجراءات التحكيم في الفصل الثاني .

الفصل الأول

ماهية إتفاقية التحكيم

إذا كان إتفاق التحكيم يعد نقطة البداية في نظام التحكيم فإنه لا يعدو أن يكون شأنه شأن أي إتفاق يعبر عن إرادتين حريتين تراضتا على اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات ثارت أو قد تثور .

فإتفاق التحكيم تصرف قانوني لا وجود له إلا بتوفر شروط صحته من شروط موضوعية وشروط شكلية، فإذا ما أتم شروطه أوجب البحث عن القانون الواجب التطبيق ثم عن الآثار التي يترتبها وعلى هدى ذلك سيتم التطرق إلى مفهوم إتفاق التحكيم في المبحث الأول ، وآثار إتفاق التحكيم في مبحث ثاني .

المبحث الأول

مفهوم إتفاق التحكيم

جل التشريعات الحديثة تتقارب في مفهومها لإتفاق التحكيم ، وذلك تأثراً بتعريف إتفاقية نيويورك لعام 1958م بشأن الإعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها¹، والقانون النموذجي للأمم المتحدة الصادر عام 1985م² .

هذا ما يدفعنا للبحث عن تعريف إتفاق التحكيم وصوره في مطلب أول وعن صور شروط صحة إتفاق التحكيم كمطلب ثاني ثم البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذا الإتفاق في مطلب ثالث .

المطلب الأول

تعريف وصور إتفاق التحكيم

تحال إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو تنشأ بين طرفين بشأن علاقة قانونية محددة، عقدية كانت أو غير عقدية، ويجوز أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو صورة إتفاق منفصل .

و إتفاق التحكيم يعبر من جهة عن إرادة أطرافه في طرح النزاع على هيئة أخرى غير المحاكم ومن ناحية يشكل مصدر سلطات هيئة التحكيم ، ولذا فإن فاعليته تعتمد أساساً على اشتماله

¹ - المادة 02 فقرة 1 تنص "الإتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم" .

² - المادة 07 من القانون النموذجي .

على مقوماته الأساسية¹، هذه المقومات قد ترد سواء كبند في العقد أو ترد في عقد مستقل ، كما قد ينص العقد الأصلي على الإحالة إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم. وهذا ما سوف نتناوله في تعريف اتفاق التحكيم في الفرع الأول ثم صورته المختلفة في الفرع الثاني .

الفرع الأول

تعريف إتفاق التحكيم

يعرف إتفاق التحكيم وفقا للقانون النموذجي للأمم المتحدة في المادة 07 منه . أنه " إتفاق بين الطرفين على أن يجيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة عقدية كانت أو غير عقدية ويجوز أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو صورة إتفاق منفصل " . بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الكتاب الخامس الباب الثاني وفي نص المادة 1011 نجدها تعرف إتفاق التحكيم على أنه " الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم " ² . هذا التعريف نجده قاصرا على إعطاء مفهوم وتعريف دقيق لإتفاق التحكيم والذي يجب أن يشمل كل صور الإتفاق .

فهذا التعريف يصلح لأن يكون تعريفا لمشاركة التحكيم وليس لاتفاق التحكيم . ويتفحص محتوى نصوص القواعد القانونية الخاصة بالتحكيم نجد أن المشرع وفي نص المادة 1007 من نفس الباب والتي تعرف شرط التحكيم " شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم

¹ - مصطفى محمود عفيفي ، التحكيم في العقود الإدارية والمناقصات ، بحث مقدم لدورة إعداد المحكمين العرب المنعقدة بالإسماعيلية في الفترة من 2007/07/28م إلى 2008/08/02م ، ص 3 .

² - المشرع الجزائري وفي المرسوم التشريعي 09/93 السابق لم يعرف إتفاق التحكيم وحذا حذوا المشرع الفرنسي في ذلك في القانون الصادر سنة 1981 في مواده 1493 - 1494 .

بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006¹ أعلاه ، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم قد ميز بين شرط التحكيم ومشارطته كوسيلة لاتفاق التحكيم .

ومن هنا نرى أن المشرع الجزائري قد أخفق في إعطاء تعريف جامع لإتفاق التحكيم بالرغم أن الدولة الجزائرية قد صادقت على الكثير من الاتفاقات الدولية² التي أعطت تعاريف تحرت فيها الشمولية لمفهوم الإتفاق . ومنها إتفاقية نيورك لسنة 1957 في نص المادة 02 فقرة 02 إذ نصت " يقصد ((بإتفاق مكتوب)) شرط التحكيم في عقود أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الإتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة والبرقيات "

ومنه يمكن أن نقترح تغييراً لنص المادة 1011 لتصبح " اتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم الأطراف بموجبه اللجوء إلى التحكيم لفض نزاع نشأ أو قد ينشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة تعاقدية، أو غير تعاقدية . " ومن التشريعات التي أعطت تعاريف شملت صور إتفاق التحكيم على سبيل الذكر المشرع المصري في نص المادة 10 فقرة 01 من قانون التحكيم عرف اتفاق التحكيم على أنه " اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الإلتجاء لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية "

يستفاد من التعريفات السابقة أن إتفاق التحكيم يرتكز على عدة عناصر تبين جوهره .

01 - اتجاه إرادة طرفي النزاع على حل النزاع الذي نشأ أو قد ينشأ عن طريق التحكيم بدل القضاء . سواء كان على أساس علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية .

02 - منح هيئة التحكيم أو المحكمة سلطة الفصل في النزاع وفق ما تم تحديده في الإتفاق

03 - قد يكون إتفاق التحكيم لاحقاً لقيام النزاع وهو ما يعرف بمشارطة التحكيم ، وأساساً لقيام النزاع وهو ما يعرف بشرط التحكيم وهو ما سيكون محور دراسة في الفرع الثاني .

¹ - تنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها .

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم .

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية "

إن إتفاق التحكيم وإن كان يخضع لإرادة الأطراف أولاً وأخيراً، غير أن الأمر يحتاج فيما يتعلق بحقوق الملكية الفكرية إلى ضرورة الوقوف على التنظيم الدولي والوطني لحقوق الملكية الفكرية .

فلا يعقل أن يتفق الأطراف على التحكيم فيما إختص به القضاء عادة كالمسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص .

الفرع الثاني صور اتفاق التحكيم

إن توافق إرادتي طرفي النزاع هو أساس التحكيم، ومصدر سلطة المحكمين، وهذا الاتفاق يأخذ صورتين تقليديتين وهما شرط التحكيم، ومشاركة التحكيم، وإلى جانب هذين الصورتين هناك صورة معاصرة حرص على ذكرها الكثير من القوانين وهي شرط التحكيم بالإحالة أو بالإشارة

ولقد عرف شرط التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 1007 بأنه " الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم¹ .

إن كان القانون الجزائري قد وضع تعريفاً لشرط التحكيم فإن كثيراً من الدول العربية لم تقم بتعريفه، و أوردت ما يدل عليه وهذا ما نجده في القانون المصري بنص المادة 10 من القانون

رقم 27 لسنة 1994م² والفقهاء الفرنسيين في مرحلة سابقة قد اعتبر شرط التحكيم مجرد مرحلة تمهيدية سابقة على إبرام إتفاق التحكيم، وهذا أيضاً ما ذهب إليه القضاء الفرنسي، فقد صدر

¹ - ولقد نص على شرط التحكيم في القانون السابق بنص المادة 444 فقرة 2- والتي تنص "إنما يجوز للمتعاقدين أن يتفقوا في كل عقد على عرض المنازعات التي قد تنشأ عند التنفيذ على المحكمين " وبذلك فإن المشرع الجزائري قد فرق بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم في كلا القانونين السابق واللاحق .

² - إذ تنص المادة على أنه يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقبلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين كما يجوز أن يتم إتفاق التحكيم بعد قيام النزاع .

حكم في 1943/07/01م أجاز فيه فقط الاتفاق الذي يكون بعد نشوب نزاع، إذ يمكن الرجوع عن شرط التحكيم وللجوء إلى القضاء.

غير أن التطور الحاصل على المستوى العالمي وجهود المجتمع الدولي عن طريق الإتفاقيات الدولية أعطى لشرط التحكيم القوة الملزمة، وبذلك فقد اتجهت كل التشريعات في هذا الإتجاه وأصبح شرط التحكيم يجد مكانه في العقد الأصلي أو كعقد مستقل عن العقد الأصلي .

ومن التعاريف السابقة والتطور الذي تدرج فيه شرط التحكيم يمكننا أن نستنتج ما يلي :

1 - شرط التحكيم يكون سابقا على نشوء النزاع، أي أن إرادة الأطراف قد اتجهت سلفا إلى تسوية ما قد يثور بينهم من منازعات التحكيم .

2 - وشرط التحكيم قد يرد كبنود من بنود الإتفاق على التحكيم ، كما قد يرد هذا البند في إتفاق مستقل يلحق بالعقد الأصلي¹، ويجرر في ذات توقيت تحرير العقد الأصلي قبل حدوث النزاع، وهذا ما أشارت إليه المادة 7 فقرة 1 من القانون النموذجي لليونيسترال إذ نصت " يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في عقد أو في صورة إتفاق مستقل² .

3 - شرط التحكيم لا يعد من التصرفات الواجب شهرها فهو مجرد إتفاق يكفي التوقيع على العقد الأصلي بما فيه شرط التحكيم .

4- شرط التحكيم سواء ورد كبنود من بنود العقد أو في اتفاق مستقل فإنه يستقل عن العقد الأصلي في صحته وبطلانه .

5 - يجب تحرير شرط التحكيم بدقة وحيطة وحذر بحيث يشمل كل أنواع النزاع الممكن والمتصور إثارته دون الإختصاص الحصري للقضاء³ .

راجع في ذلك، أ. د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري مرجع سابق، ص 117 .

د محمود سمير الشرقاوي التحكيم التجاري الدولي مرجع سابق، ص 63 .

¹ - إذ نجد أن المشرع الجزائري وفي التحكيم الدولي قد في المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص على أن يكون شرط التحكيم وفقا لإتفاقية تسري على النزاعات القائمة والمستقبلية " .

² - إذ نجد أن نص المادة لم يبين ما إذ كان إتفاق التحكيم يتم قبل وقوع النزاع أو بعده ونرى أنه يذهب تفسيره في كلا الحالتين وهذا ما ذهب إليه بعض الشراح ، أنظر د محمد سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي مرجع سابق، ص 64

³ - نادية محمد معوض، التحكيم وحقوق الملكية الفكرية دار النهضة العربية مصر 2009، ص 20 .

وللاشارة فإن شرط التحكيم قد يسند مهمة التحكيم إلى مؤسسة أو مركز تحكيم، والتي تمتلك بدورها أجهزة وقوانين خاصة بتعيين المحكمين وإجراءات التحكيم، كما قد يتم تعيينهم عن طريق القضاء .

إذن يمكن القول أن شرط التحكيم : هو إتفاق بين الأطراف على تسوية ما قد يثور بينهم من نزاع عن طريق التحكيم في حدود ما يسمح به القانون، وقد يرد على أي صورة كبند من بنود العقد الأصلي أو في إتفاق مستقل عن العقد الأصلي .

إما إذا ما وقع نزاع أو خلاف بين أطراف العقد وتم إتفاقهم على تسوية النزاع عن طريق التحكيم يتم ذلك وفقا لوثيقة مستقلة يجررها ويوقعها طرفا التحكيم وتسمى حين ذات مشاركة التحكيم¹.

إذن فالمشاركة تتعلق بنزاع أكيد وقع فعلا بخلاف، شرط التحكيم الذي يتعلق بنزاع مستقبلي.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري فنجد أنه قد عرف مشاركة التحكيم من خلال تعريفه لإتفاق التحكيم في المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ نجد المادة تنص " إتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم" هذا التعريف كما ذكرنا سلفا هو تعريف لمشاركة التحكيم وليس لإتفاق التحكيم .

فمشاركة التحكيم لا تتم إلا بعد نشوب نزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى قضائية². ولكن قد يتساءل البعض على أنه من حق الطرفين المتنازعين إبرام شرط التحكيم وإبرام مشاركة التحكيم في آن واحد ، فأيهما الأحق بالتطبيق.

فإننا نرى أنه إذا ما كان شرط التحكيم متضمنا لكل الشروط والمسائل التي نص عليها القانون ولا ينص الشرط صراحة على إبرام مشاركة تحكيم بعد وقوع نزاع فإن الطرفين المتنازعين غير ملزمين بتحرير مشاركة ، ومع ذلك فإن وجودهما معا، وبطلان أحدهما، لا يؤدي إلى بطلان الآخر كما أن إبرام مشاركة التحكيم لا يلغي شرط التحكيم إلا إذا اتفق الطرفان صراحة على

¹ - وتسمى بالفرنسية *compromis* ، أما القانون الإنجليزي الصادر بتاريخ 1996م لم يعرف إصطلاحا مقابلا للإصطلاح الفرنسي غير أنه إستعمل عبارة *Arbitration Agreement* في المادة 06 من هذا القانون التي تندرج مع صورة شرط التحكيم ، ومع ذلك نجد أن بعض الفقهاء الإنجليزي عبر على مشاركة التحكيم بـ: *Submissions*

² - محمود سمير الشرفاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 65 .

ذلك¹. ومشاركة التحكيم تقترب من عريضة رفع الدعوى إذ يجب أن تتضمن المسائل المتنازع عليها بدقة، وهذا ما ذهبت إليه الكثير من القوانين العربية كمصر وعمان في مشاركة التحكيم، أن تتضمن بيان ماهية المسائل التي يشملها التحكيم تفصيلاً².

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري أيضاً³، إذ أوجب أن يتضمن إتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم، وهذا في التحكيم الداخلي، أما في التحكيم الدولي فمشاركة التحكيم تعد إتفاقية أو معاهدة تخضع في إبرامها للقواعد العامة في إبرام الإتفاقيات الدولية وفقاً لأحكام ومبادئ القانون الدولي، ويحدد في هذه الإتفاقية كافة الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة وذلك إما إسناداً إلى إتفاق يلتزم الأطراف بضرورة تطبيقية وذلك إسناداً لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" أو إسناداً إلى نظام تحكيم مؤسسي .

هذه الإتفاقية يمكن أن تحوي القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم أو تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات مباشرة أو إسناداً إلى نظام تحكيم أو قانون⁴.

وهذه الإتفاقية يجب أن يراعي عند إبرامها ما يجب أن يراعي في إبرام الإتفاقيات الدولية ككيفية وطريقة التحرير، والإبرام، والتفسير، وإنهاء المعاهدة وأسباب بطلانها .
إذن مشاركة التحكيم سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي فإنها تبرم بين الأطراف بعد نشوب النزاع في مستند مستقل عن العقد الأصلي .

ويجب التفرقة بين مشاركة التحكيم وبين وثيقة التفويض والتي يقوم أطراف النزاع والمحكمون بتحريرها عند بدأ إجراءات التحكيم، والهدف منها هو تيسير مهمة المحكمة (المحكمين) في الفصل في الخصومة .

وهذا من خلال بيانات معينة⁵ ووثيقة التفويض قد ينص عليها شرط التحكيم و مشاركة التحكيم، غير أن أهميتها تكون أكبر من خلال شرط التحكيم الذي لا يمكن أن تحدد من خلاله

¹ - فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 94 و 103 .

² - خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم وأثره في فض المنازعات، مرجع سابق، ص 33.

³ - المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

⁴ - المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

⁵ - لقد جرى العمل بهذه الوثيقة أمام هيئات التحكيم الدولية ومنها على الأخص غرفة التجارة الدولية بباريس فقد نصت المادة 1/18 من لائحة الغرفة وفقاً للقانون الصادر بتاريخ: 01جانفي 1998م بشأن الحكم التحكيمي وهي - أ - أسماء وألقاب وصفة الأطراف ب- عناوين الأطراف التي يمكن أن توجه إليهم فيها بطريقة صحيحة الإعلانات والأخطارات أثناء

لا موضوع النزاع، ولا أسماء المحكمين، وغيرها من البيانات اللازمة لإجراء عملية التحكيم، فتعد عند ذلك وثيقة تكملة للنقص¹، هذا لا يعني أن كل مراكز التحكيم تطلب تحرير وثيقة التفويض، فهناك من لا يطلبها أصلاً². وبذلك فهي لا وجود لها إلا بوجود إتفاق تحكيم سابق لوجودها، ووجودها لا يعد مشاركة تحكيم، ولا تغني عن إتفاق تحكيم حتى ولو لم ينازع الطرفان في توقيعها، وأي تنازع قد يحدث بين الطرفين في إختصاص هيئة التحكيم يؤدي إلى عدم الإعتراف بحكم التحكيم، كونه نتج عن عدم وجود إتفاق تحكيم وهو سبب جوهري سواء في الإتفاقيات الدولية أو التشريعات الوطنية³.

ويقصد بهذا الشرط إشارة المتعاقدين في الإتفاق المبرم بينهم على التحكيم إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، وإعتبارها جزءاً لا يتجزأ من العقد، فقد تكون الوثيقة عقداً سابقاً أو عقداً نموذجياً. وهذا ما يسمى بشرط التحكيم بالإحالة.

وقد نصت المادة 8 من القانون النموذجي لسنة 1985 للتحكيم على أنه "وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشمل على شرط تحكيم بمثابة إتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوباً وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد". ولقد ورد شرط التحكيم بالإحالة في الكثير من التشريعات⁴ منها التشريع المصري في المادة 10/10-03- والتشريع الإنجليزي الصادر سنة 1996 في المادة 06 فقرة الثانية⁵.

سير التحكيم- ج- عرض موجز لإدعاءات الأطراف - د- تحديد نقاط النزاع المطلوب الفصل فيها - هـ- إسم ولقب وصفة وعنوان المحكم - و- مكان التحكيم - ز- تحديد القواعد واجبة التطبيق على الإجراءات .

2- Ph : fouchard la Redaction des convention d' arbitrage dans les entreprises tunisiennes et Larbitrage commercial international .Tunise 1983- p99

² - محكمة لندن للتحكيم الدولي - جمعية التحكيم الأمريكية .

³ - إتفاقية نيويورك المادة 5 ، المادة 34 من القانون النموذجي (م 34)، المادة 53 القانون المصري، المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية .

⁴ - أما الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 فقد أكدت في المادة الأولى الفقرة الثانية على أن " إتفاق التحكيم ينصرف إما إلى شرط التحكيم السابق على قيام النزاع والذي يندرج في العقد الأصلي وإما إلى إتفاق التحكيم اللاحق لوقوع النزاع الذي يوقعه الأطراف أو الذي يرد في مراسلات أو برقيات أو تللكسات" .

⁵ - لم يرد شرط التحكيم بالإحالة في التشريع الجزائري بنص صريح ومع ذلك نقول أن الإحالة على التحكيم ترد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم تعد إتفاقاً على التحكيم .

والإحالة تدل على وجود علاقة بين إتفاق التحكيم المتضمن شرط الإحالة والوثيقة المحال عليها، سواء كانت شروط عامة أو عقود نموذجية تنظم مثلاً كيفية إستغلال براءة الإختراع أو نقل التكنولوجيا بصفة عامة .

وهذا ما يعني أن الوثيقة المحال عليها تصبح جزءاً من العقد الأصلي، فلا يجوز الإدعاء بجهلها أو عدم العلم بها أو عدم الإطلاع عليها إلا في حالة ما تكون الإحالة، وثيقة محل تنظيم خاص من طرف أحد طرفي الخصومة، أو إلى عقد لم يحرر بين الطرفين فهنا يشترط إطلاع الطرف الآخر على هذه الوثيقة لحظة إبرام العقد وقبوله بها وبما ورد فيها من أحكام وذلك للإحتجاج بها حالة تسوية النزاع .

فشرط التحكيم بالإحالة له من القوة الإلزامية لما لشرط التحكيم أو مشاركة التحكيم . ولقد ذهب بعض الفقه إلى أن تكون الإحالة مكتوبة وأن تتضمن إشارة صريحة بوجود شرط التحكيم في الوثائق المحال إليها ، أما الإحالة العامة فإنها لا تكتفي حتى ولو كانت مكتوبة¹ . ومنه يمكن أن القول أن شرط التحكيم بالإحالة يحقق السرعة والأمان في الحصول على التكنولوجيا وعلى الإستثمارات التي تتخذ من عناصر الملكية الفكرية مورداً لها، وذلك باللجوء إلى الشروط النموذجية عند إبرام العقود، وهذا ما لا يكون بالضرورة معمولاً به على الصعيد الداخلي .

المطلب الثاني

شروط صحة إتفاق التحكيم

إتفاق التحكيم هو تعبير عن إرادتين تراضياً على إختيار التحكيم وسيلة لتسوية نزاع ثار أو قد يثور بينهم، ولذا يجب توفر الشروط الشكلية المطلوبة لأي إتفاق، وشروط موضوعية لازمة لصحة الإتفاق تتطلبها قوانين التحكيم والإتفاقيات الدولية .

¹ - خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم وأثره في فض المنازعات مرجع سابق ص 35 .

ولقد جرى الفقه والقانون على تعريف العقد بأنه إتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني، وحتى نكون بصدد عقد فلا بد أن تتوافر أركانه، لصحة الإتفاق التي تتطلبها قوانين التحكيم والإتفاقيات الدولية .

الفرع الأول

الشروط الموضوعة لإتفاق التحكيم

وتتمثل هذه الشروط في رضا صحيح ومحل ممكن ومشروع ومسبب . يتحقق الرضا في حالة الشخص الطبيعي بتلاقي إرادتين حرتين خاليتين من عيوب الإرادة، كالغلط، والتدليس والإكراه، والإستغلال، على حل النزاع الذي ينشأ أو نشأ عن طريق التحكيم، وفي هذا يجب أن يتلاقا إيجاب وقبول بصفة حرة لإيجاد إتفاق التحكيم والذي تترتب عليه آثار قانونية .

وإتفاق التحكيم سواء كان شرطا أو مشاركة أو شرط إحالة، فإنه يخضع لقانون يختلف عن قانون الإتفاق الأصلي.

وهذا ما يجعلنا نقول على أن عيوب الإرادة من إكراه وتدليس وغلط وإستغلال يخضع للقانون الذي سيخضع له إتفاق التحكيم¹، وسيأتي التطرق إلى القانون الذي يخضع له إتفاق التحكيم في المطلب الثالث .

وقد سبق و تطرقنا إلى أنه إذا ما تعلق الأمر بشرط التحكيم أو بمشاركة التحكيم يجب أن تتطابق إرادة الأطراف لإحداث أثر قانوني، فإن الإتفاق على التحكيم لا يكون صحيحا ما لم تتوفر أهلية التصرف لدى طرفي الإتفاق .

وتقضي المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والتي تنص " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها وهو أيضا ما ذهب إليه

¹ -لزهر سعد-كرم محمد، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 56 .
محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة، مصر 2010، ص 45 .

التشريع المصري إذ تنص المادة 11 الفقرة الأولى على أنه " لا يجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التعدي في حقوقه ...".

من كلا النصين سواء الجزائري أو المصري نجد أن إتفاق التحكيم للأشخاص الطبيعية يجب أن يكون أطرافه متمتعين بأهلية الأداء كاملة في مباشرة التصرفات القانونية¹ وغالبا ما يكون أطراف الإتفاق مختلفي الجنسية لذا فإنه يجب تحديد القانون الذي يمكن الرجوع إليه للتحقق من توافر الأهلية .

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري في نص الواد 40 - 41 نجده قد حدد الأهلية القانونية لمباشرة التصرفات القانونية بسن الرشد والمحدد بـ 19 سنة كاملة ، وهذا فضلا عن أحكام الولاية الواردة في قانون الأسرة.

لذلك فليس لعدم الأهلية كالمجنون والمعتوه والسفيه أن يبرم إتفاق التحكيم، وكذا المحجور عليه و المحروم من حقوقه المدنية ومن أشهر إفلاسه² ، والقاصر، غير أن هذا الأخير وبالرجوع إلى نص المادة 05 من القانون التجاري فإن القاصر متى بلغ سن 18 سنة يمكن أن يبرم إتفاق التحكيم في حدود الإذن المأذون له به بالنسبة للنشاط التجاري المسموح بممارسته.

ووفقا للقانون الدولي الخاص فإن الأهلية في دول العالم تخضع لقانون الجنسية للطرف المتعاقد، هذا يعني أن القانون الواجب التطبيق على الجنسية لا يغير مختلف العقود وإن كان هناك إختلافاً بين الدول في تحديد القانون الشخصي³.

إذ أن بعض الدول تميل إلى تطبيق قانون الموطن مثل دول الإنجلو أمريكية، ومعظم الدول الإسكندنافية، في حين نجد أن الإتجاه الغالب لدى دول العالم هو تطبيق قانون الجنسية وتمثله التشريعات اللاتينية واليابان⁴، كما أنه ظهر إتجاه ثالث¹ يأخذ في تحديد أهلية الشخص الطبيعي القانون الواجب التطبيق على التصرف القانوني والإتفاق ووفقا لإتفاقية نيويورك المتعلقة بشأن

¹ - إن مصطلح أهلية التصرف تعبر عنه التشريعات المقارنة بإصطلاحات مختلفة كأهلية الإلتزام (copacite des

bliger) والأهلية المدنية (capacite civile) وأهلية التصرف في الحقوق (copacite de disposer) وأهلية التصالح (copacite de transiger)

² - مصطفى جمال وعكاشة عبد العال - التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية مرجع سابق ص 417 أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري مرجع سابق ص 61 .

³ - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص مرجع سابق ص 117 .

⁴ - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي نفس المرجع ص 117 .

الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فقد نصت في المادة 05 فقرة 01 على أنه " لا يجوز الإعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الإعتراف والتنفيذ الدليل على أن أطراف الإتفاق كانوا يطبقون القانون² " بإستقراء نص المادة نجدها حقيقة لا توضح القانون الذي

يطبق مباشرة على الأهلية³، وبذلك فلا مشكلة حالة ما يكون طرفي النزاع من جنسية واحدة جزائرية كون القانون الجزائري هو الذي سيطبق، ولكن إذا ما اختلفت جنسية أحد الأطراف كأن

- فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد"، الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي " دار النهضة العربية 1981ص 183 .

3-Van Den BERG(G),The new york arbitration of 1958, kluwer, 1981, p 272.
2 - هذه المادة متطابقة مع نص المادة -6- فقرة-2- الواردة في الإتفاقية الأوروبية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي .
3 - غير أن الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، يؤكد على أن إتفاقية نيويورك قد أخضعت أهلية الأطراف للقانون الشخصي وعبرت عنه بعبارة بحسبة القانون الواجب التطبيق حينما تطلبت إكتمال أهلية أطراف إتفاق التحكيم وفقا للفقرة الأولى من المادة الخامسة من الإتفاقية " .

في حين أن عدمي الاهلية أو ناقضها لا يمكن له إبرام إتفاق التحكيم هذا ما ذهب إليه التشريع والفقهاء الجزائري في حين نجد أن الفقه الفرنسي ذهب إلى أبعد من ذلك حين ذكر الفقيه Gaillard على أن كل فرد يمارس نشاطا إقتصاديا على سبيل الأحتراز يفترض أن له أهلية إبرام إتفاقات التحكيم في ممارسته لهذا النشاط " وبما أن إتفاق التحكيم الدولي لا يوجد به غبن للقاصر على أساس وجود ضمانات قانونية تكفل سير إجراءات التحكيم .

PH=fouclrand E Gaillard .B,Gold man traité de L'arbitrage commercial international litce 1996.op. cite p .269 et 270 .

أنظر أيضا أحمد مخلوف، قد ذكر هذا الرأي في كتابة إتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 83 .
ومن جانبنا نرى ولتحقيق فاعلية إتفاق التحكيم في حالة نقص الأهلية في أحد أطراف طرفي النزاع أن نأخذ بالقواعد المادية، وبالمادة 10 من القانون المدني وتطبيق حكمها على إتفاق التحكيم. أي إذا كان أحد أطراف الإتفاق ناقص الأهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، لأن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة إتفاق التحكيم، ولعلم أن هذه القاعدة أخذت بما إتفاق روما في المادة 11 - بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية .

يكون أحدهم إنجليزياً أو فرنسياً وكان متوطناً في بلد آخر كمصر مثلاً مع العلم أن القانون الإنجليزي يشترط أهلية الأداء ثمانية عشر عاماً ولكن توطنه في مصر يجعل من القانون المصري هو الواجب التطبيق وبذلك سترفع أهلية الأداء إلى 21 عاماً¹ .

وفي هذا فإن المحكم ما عليه إلا تطبيق القانون الشخصي لكل طرف ولا شأن له فيما تقرره قواعد الإسناد² .

ولكن ليس دائماً المحكم يطبق القانون الشخصي لكل طرف في الإتفاق فقد يستند إلى تطبيق قانون الموطن مثلاً على أهلية أحد أطراف النزاع يكون قانونه الوطني يأخذ بقانون الجنسية وفي هذه الحالة فإن الحكم التحكيمي قد يجد الرفض من القاضي حال القيام بتنفيذه ، وقد يقضى بطلانه إذا لم تتوفر الأهلية المطلوبة³ .

وهذا ما جعل بعض الفقه ينادي بإستبعاد قواعد تنازع القوانين وجعل أهلية أطراف النزاع ينطبق عليها القانون الذي يطبق على الشروط الموضوعية لصحة الإتفاق⁴ .

أما بالنسبة للشخص المعنوي⁵ فإنه لا يجوز له إبرام إتفاق التحكيم إلا إذا كان يملك مطلق التصرف ولقد نصت المادة 1006 من التشريع الجزائري قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرة 2-3 على ما يلي "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، أو حالة الأشخاص وأهليتهم" .

1 - أنظر نص المادة 44 من القانون المدني المصري .

2 - القانون الجزائري يأخذ في أهلية الأجانب بقانون الجنسية وهذا ما حددته نص المادة 10 من القانون المدني ، - أنظر تفصيلاً في ذلك ، عراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين الزيتونة للإعلام والنشر بدون سنة طبع ص 196 - 204 .

3 - أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كاسلوب لتسوية عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 81 .

4 - نحن نساند هذا الرأي وبذلك تستبعد قواعد تنازع القوانين كونها غير ملائمة في مجال التحكيم التجاري لإستثمار عناصر الملكية الفكرية .

5 - وعند حديثنا عن الأهلية بالنسبة للأشخاص المعنوية فإننا نفترضها على سبيل المجاز ويعبر عن الشخص المعنوي ممثله القانوني سواء كان مديراً، أو رئيس مجلس الإدارة، أو عضو منتدب مثلاً شركة الأموال، أو المصفي في حالة حل الشركة وهذا الممثل يتصرف في حدود المهام المسموحة له وفي حدود عقد الإنشاء لهذا الشخص المعنوي وإلا عد الإتفاق باطلاً .

"ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ما عدا في علاقاتها الإقتصادية والدولية أو في إطار الصفقات العمومية" .

إذن من هذا النص يمكن أن نستخلص بمفهوم المخالفة، أن الأشخاص المعنوية الخاصة كالشركات التجارية سواء كانت مالية أو شركات أشخاص فإنه متى تم قيدها في السجل التجاري¹، وكانت تمارس نشاطها في الجزائر لها الحق في اللجوء إلى التحكيم بدل اللجوء إلى القضاء الوطني .

إذن فأهلية الأشخاص المعنوية الخاصة تحدد وفقا للضابطان اللذان تأخذ بهم الأنظمة القانونية، فالمرجع الجزائري والمرجع المصري مثلا يأخذان بمكان ممارسة نشاطه حتى ولو كان المقر الرئيسي الفعلي خارج حدود الدولة² . وبالرجوع إلى نص المادة السابقة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وما حوته نجد أن المرجع الجزائري قد وضع للأشخاص المعنوية العامة شرطين حتى يمكن لها إبرام إتفاق التحكيم .

أ – الحالة الأولى : حالة العلاقات الدولية الإقتصادية: إذ يمكن المرجع الجزائري الاشخاص المعنوية العامة سواء كانت شركات، ومؤسسات عامة، أو مؤسسات إقتصادية عامة، بتسوية نزاعاتها عن طريق التحكيم .

¹ - وفقا لنص المادة 549 من القانون التجاري، فإن الشركة لا تكسب الشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري .

² - نص المادة 10 فقرة 3 من القانون المدني .

بخلاف ذلك نجد أن التشريعات الأنجلو أمريكية تأخذ بقانون مكان التأسيس - أنظر في ذلك فؤاد عبد المنعم رياض " مبادئ القانون الدولي الخاص - الجنسية ومركز الأجانب دار النهضة العربية 1996 ص 251 .

ب - الحالة الثانية : الصفقات العمومية¹ : فمتى أبرمت الأشخاص المعنوية العامة لصفقات سواءاً مع أطراف وطنية أو دولية كان لها الحق في أن تتفق على تسوية نزاعاتها عن طريق التحكيم بدل القضاء .

ونجد أن المشرع الجزائري قد خطا خطوة إلى الأمام وأوضح وضعيتها كانت غامضة، فبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية فإن نص المادة 442 قبل تعديلها بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993م فإنها كانت تمنع صراحة اللجوء إلى التحكيم الدولي وذلك بنصها " لا يجوز للدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم"² برغم

ذلك فإن الحياة العملية كانت تعج بإتفاقات التحكيم³ هذا ما جعل المشرع الجزائري لإزاحة التناقض الذي كان سائدا بين النصوص القانونية وبين الإتفاقات الثنائية التي كانت سارية تم تعديل نص المادة 442 لتنص على أنه " لا يجوز للأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية" .

ولكن مفهوم التجارة لا يشمل كل التعاملات التي قد تكون بين الدول أو بين المؤسسات كإستثمار عناصر الملكية الفكرية براءة الإختراع مثلا ، فهذا ما جعل المشرع يعيد تعديل نص المادة السالفة الذكر بنص المادة 1006 فقرة -2- السالفة الذكر والتي ذكرت العلاقات

¹ - المشرع الجزائري نظم قانون الصفقات العمومية بالمرسوم الرئاسي رقم 10-236/ المؤرخ بتاريخ 2010/10/07 م .

وللعلم أن موقف قانون الصفقات العمومية إبتداء من الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 17/06/1967 إلى المرسوم الرئاسي رقم 236/10 السالف الذكر قد تباينت نصوصه بخصوص التحكيم .

² - ففي فرنسا فقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية سنة 1932 حكما قضت بأن أشخاص القانون العام لا يحق لهم الإتفاق في عقودهم على شرط التحكيم في المعاملات الدولية وهو إجتهااد قضائي ساندته الفقه .

أنظر في ذلك أكثر تفصيلا سامية راشد التحكيم في إطار المركز الإقليمي المرجع السابق، ص 328 وما يليها .

³ - فقد أبرمت الجزائر إتفاقات ثنائية مع كثير من الدول، كان التحكيم هو شرط فض أي نزاع قد يقع .منها شرط

التحكيم الذي إبرم بين الجزائر وأمريكا بتاريخ 19/10/1968 . وشرط التحكيم الذي أبرم بين الجزائر وفرنسا في إتفاقية

التعاون الإقتصادي المبرمة بتاريخ 27/03/1983 والذي عد بمثابة عقد دولي أنظر في ذلك MeBroukine ali

lerglement d'arbitrage algero - fançais du 27/03/1933 op cit

الإقتصادية وهذا حتى يشمل التحكيم كل المعاملات التي قد تكون سواء بين المؤسسات العامة أو الدول وحتى البلديات، كما أضاف المشرع مادة الصفقات العمومية .

وبذلك فكل المعاملات سواء كانت ناشئة عن تعامل تجاري أو إستثماري أو إتفاقي يجوز منازعته عن طريق اللجوء إلى التحكيم .

ومن المستقر عليه قانوننا أن الوكيل ومتى كان حاصلًا على توكيل خاص جاز له أن يبرم إتفاق التحكيم بشرط أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني ، وأن لا تكون الوكالة واردة بألفاظ عامة بل محددة لأنواع الأعمال القانونية .

وبالرجوع إلى نص المادة 574 من القانون المدني والتي تقابل في فحواها نص المادة 1/702 من القانون المصري بأنه لا بد من وكالة خاصة في كل عمل لا يعد من أعمال الإدارة ومن بين هذه الأعمال هو التحكيم، إذن فالتوكيل بإبرام إتفاق التحكيم، يجب أن يكون مزودًا بوكالة خاصة بإبرام إتفاق التحكيم وأن يكون ذلك صريحًا لا ضمنيًا، وأن تكون الوكالة مكتوبة كونها يجب أن يتوفر فيها الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة، ولما كان إتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوبًا فإن الوكالة يجب أن تكون على ذات الشكل .

وتخضع الوكالة بإبرام إتفاق التحكيم لقانون محل الإبرام كونها عقد، وقد تخضع إلى القانون الذي إتفق الطرفان على تطبيقه على إتفاق التحكيم¹ سواء تم هذا الإتفاق في الجزائر أو خارجها .

ومما سبق يتبين لنا أن الموكل بتوكيل خاص لإجراء الصلح وحده، لا يجوز له أن يبرم إتفاق التحكيم، وكذا المحامي الموكل لرفع دعوى، كونه وكيل في الخصومة ولا تتسع وكالته لإبرام إتفاق التحكيم²، ولكن لا يمنع ذلك بأن يقوم المحامي بتمثيل موكله أمام هيئات التحكيم فالوكالة العامة كافية في ذلك إذ أن الموكل بالوكالة الخاصة بإتفاق التحكيم ليس له حق مباشرة خصومة التحكيم وأي خروج عن حدود الوكالة، يتحمل مسؤوليته الوكيل ما عدا ما تقتضيه طبيعة الأمر

¹ - سامي راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي، مرجع سابق، ص 274 .

² - محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي دار النهضة، 1997، ص 178 .

- الدكتور محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 82 .

الموكل إلى الوكيل من توابع ضرورة وفقا للعرف الجاري أو لطبيعة الأمر، وظروف تنفيذ الوكالة ولكن مع إخطار الموكل حالا بتجاوزه لحدود الوكالة¹ .

و بمقتضى نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت " لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم " .
من نص المادة نجد أن محل إتفاق التحكيم والذي يقصد به موضوع النزاع، يشترط فيه إلى جانب ألا يكون مخالف للنظام العام، ألا يكون ناشئا عن أحد الأمور التي إستبعدها المشرع من نطاق التحكيم كالجرائم الجنائية التي يمكن أن تكون في الملكية الفكرية كجريمة التقليد أو الإغتصاب أو دعوى المنافسة الغير مشروعة

وفي مجال الإتفاقيات الدولية فإن إتفاقية جنيف لسنة 1961 والتي تعرف بإسم الإتفاقية الأوروبية تشترط أن يكون النزاع ناشئا عن عمليات تجارية كعقد ترخيص لإستغلال براءة الإختراع أو علامة تجارية، وأخل أحد أطراف العقد بتنفيذ العقد .

وهذا ما ذهب إليه أيضا التشريع المصري في المادة 11 من قانون التحكيم المصري إذ نصت على أنه "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح " ونصت المادة 551 من القانون المدني المصري على أنه " لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام "2

في حين أن بروتوكول جنيف لعام 1923 فقد شمل نطاق تطبيقه على العقود التي تتعلق بالمسائل التجارية أو بأية مسائل أخرى غير تجارية يجوز فيها التحكيم .
في حين أن إتفاقية نيويورك قد حصرت في المادة 05 فقرة 2 /أ. على ترك المسائل التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم للسيادة التشريعية لكل دولة .

و المشرع الجزائري في نص المادة 1006 السالفة الذكر نجد أنه لا يبيح التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام وبذلك فإن إتفاق التحكيم يعد باطلا بدعوى أن موضوع النزاع غير مشروع. وتعد فكرة النظام العام فكرة مرنة ليس لها ضابط معين فهي فكرة نسبية تختلف من دولة إلى أخرى بل قد تتغير من زمن إلى زمن داخل نفس الدولة فهي تقترن بالنسبة للقانون الداخلي

¹ - أنظر نص المواد من 571 إلى 589 من القانون المدني .

² - محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 203. 204 .

بكافة فروعها المتعلقة بالقواعد القانونية الآمرة التي لا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها، إذ أن النظام العام يعد قيذا على سلطان الإرادة¹.

كما يرى جانب من الفقه على أن القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد ذات مصلحة عامة إجتماعية وإقتصادية وسياسية تتعلق بنظام المجتمع، وهي تسمو على مصلحة الفرد الواحد².

وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه "يشمل القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الإجتماعية أو الإقتصادية، والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع وتعلو فيه على مصلحة الأفراد"³.

من هذه التعاريف نجد أن مفهوم النظام العام الداخلي يهتم بحماية المصالح العليا للمجتمع سواء تعلقت بالناحية السياسية أو الإجتماعية أو الإقتصادية، فمصلحة الأفراد تعلو على مصلحة الفرد ويأخذ بهذه النظرة من فترة إلى أخرى، وهذا ما يمكن أن يؤدي إلى إبطال الكثير من إتفاقات التحكيم ولهذا ظهر بما يسمى بمفهوم النظام العام الدولي والذي يتعلق بالتجارة الدولية فحماية التضامن الدولي يتطلب من الدولة أن تساهم في تنشيط العلاقات الخاصة بينها وبين الدول الأخرى بتطبيق مثلا قانون الدولة الأجنبية كونها تتفق ومصلحة التجارة الدولية⁴، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية، بتقريرها على أن النظام العام الدولي هو من يأخذ به حين تقدير صحة إتفاق التحكيم⁵.

إذن فالنظام العام الدولي يعطي فاعلية كبيرة في تسوية منازعات عديدة والتي لو طبق عليها مفهوم النظام العام الداخلي لكانت وفقا لهذا المفهوم غير قابلة للتحكيم. ومع ذلك فإن الأخذ بمفهوم النظام العام في المجال الدولي يتوقف على حماية الحد الأدنى الذي لا يمكن التنازل عنه لحماية المصالح الوطنية حتى وإن كان يتعارض مع قاعدة واجبة التطبيق، فالمصلحة الوطنية الكبيرة أولى بالرعاية والحماية.

1 - أحمد عبد الكريم سلامة، المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية دار النهضة العربية . الطبعة الأولى بدون سند نشر، ص 225 .

2 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع سابق، ص 399 .

3 - سليمان مرقص الوافي، في شرح القانون المدني مطبعة السلام الطبعة السادسة 1987، ص 139 .

4 - محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 85 .

2-cass civ 1 re ch 20 Des .1993 . Aff .DALICO. JDI.1994.P432 .

ومما سبق نجد أن النظام العام هو مفهوم سواء بمفهومه الداخلي أو الدولي مفهوم مرن وما يعيننا في هذه الدراسة هو متى يكون النظام العام عائقا أمام التحكيم في منازعات الملكية الفكرية لتوضيح الإطار الذي تعمل فيه هذه الفكرة سنورد بعض القضايا التي تتعلق ببعض عناصر الملكية الفكرية .

إذا كان كلا من الفقه والقانون قد إتفقا على تسوية أي نزاع يتعلق بصحة براءة الإختراع أو العلامة التجارية مثلا يكون عن طريق قضاء الدولة، كأن ينازع أحد الأطراف الآخر على أن البراءة أو العلامة التجارية مفتقرة لشرط الجدة كون اللجوء إلى التحكيم يعد إعتداء على سيادة الدولة المانحة لحق البراءة أو العلامة¹.

غير أن النزاع الذي يكون حول العقد الدولي المبرم بين الطرفين والذي من خلاله يمكن أن يرخص بإستغلال البراءة أو العلامة التجارية فهو لا يمس النظام العام الدولي، وبذلك يمكن اللجوء إلى التحكيم بشأنه، ومن ذلك نورد القضية والتي كانت تتعلق بإستغلال براءتي إختراع إذ أن إحدى الشركات الألمانية (MEVO) قامت بالتعاقد مع شركة فرنسية وذلك بتسويق منتج صناعي لها بفرنسا ، ومنحها حق إستغلال براءتي إختراع والتين تم تسجيلهما وفقا للقانون الفرنسي .

وعلى إثر إخلال الشركة الفرنسية بالتزاماتها التعاقدية وذلك بعدم دفع المستحقات الواجبة عليها منذ فبراير 1986 لجأت الشركة الألمانية إلى إتخاذ إجراءات التحكيم ، غير أن الشركة الفرنسية دفعت بأن الإتفاق المبرم بين الشركتين باطل كونه يمس النظام العام في دولة فرنسا إذ أن الإختصاص في مثل هذه المسائل ينعقد إلى المحاكم الفرنسية وحدها، وبذلك طلبت من المحكمين إرجاء الفصل إلى حين الفصل في موضوع النزاع من طرف محكمة مارسيليا الابتدائية بحكم في شأن بطلان إتفاق التحكم في براءة الإختراع .

غير أن محكمة التحكيم المنعقدة في غرفة التجارة الدولية بباريس وفي حكم جزئي صادر بتاريخ 29 مارس 1991 رفضت الدفع بعدم الإختصاص بنظر النزاع بحجة أنه يتعلق بعقد ترخيص براءة إختراع على أساس أن النزاع الذي يتعلق بإستغلال البراءة يخضع للتحكيم وعلى إثر

¹ - هو ما ذهبت إليه إتفاقية بروكسل الصادرة في 27 سبتمبر 1968 والتي أعطت الحق لكل دولة بأن تفصل وفق قضائها الوطني في المنازعات المتعلقة بصحة أو بطلان براءة الإختراع.

طعن أمام محكمة الإستئناف بباريس من طرف الشركة الفرنسية، قضت المحكمة برفض الطعن والتأكيد على أن المنازعات التي تتعلق بتفسير أو تنفيذ عقود إستغلال براءة الإختراع تخضع للتحكيم¹.

وبذلك فإن إتفاق التحكيم الذي يرد على عقود تراخيص إستغلال براءة الإختراع أو علامة تجارية يعد صحيحا، كون التحكيم في مثل هذه العقود يتعلق بتنفيذ العقد محل الترخيص بإستغلال البراءة أو العلامة ولا يتعلق بصحة البراءة التي تعد مجال خاص بالقضاء الوطني لكل دولة على حدى.

وفي قضية أخرى كانت بين شركتين فرنسيتين² هما (أبلكس) "وما وراء البحر" والتي كانت تعرف بـ: (knhow) وقد إتفقتا مع شركة سويسرية هي (فيلكرو) وذلك لمنحها ترخيصا بإستغلال براءة الإختراع والتي كانت مسجلة بإسم (الشركة فيلكرو) وتتعلق بإستغلال تكنولوجيا وسائل اللصق والتوصيل لمختلف المواد ومنها المنتجات وكان مصرحا للشركتين ببيع المنتجات داخل فرنسا وحتى إلى الدول التي تمنح لها الشركة صاحبة البراءة (فيلكرو) تراخيص إستغلال، وقد إتزمت الشركة السويسرية (فيلكرو) بواسطة عقد التراخيص بإستغلال البراءة بأن تقدم كل المعلومات اللازمة بالبراءة، وكل تطوير فيها يتم أيضا وضعه تحت تصرف هاتين الشركتين عن طريق البيع تحت إسم (فيلكرو).

هذا الإتفاق تخلله شرط تحكيم لفض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين، وفعلا حدث وأن ظهرت مشكلات بشأن تقديم التحسينات التي طرأت على البراءة، وإعتبرت أن عقود الإستغلال تنتهي بإنتهاء مدة كل براءة، وأن إستخدام تلك الإختراعات يصبح قاصرا عليها وأبلغت الشركتين بهذا القرار وطلبت اللجوء إلى التحكيم معهما.

إذ تقدمت شركة (فيلكرو) بطلب إلى لجنة السوق الأوروبية بأنها تعتبر عقود الإستغلال عقود مخالفة لمعاهدة روما في مادتها 1/85 والمتعلقة بقواعد المنافسة وقد قضت لجنة السوق الأوروبية بذلك.

¹ - هذه القضية مذكورة في كتاب أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 102- 103.

² - مذكورة في كتاب محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي الجزء الرابع (بدون ناشر) ص 279- 283.

وفي عام 1991م بدأ التحكيم من جديد بعد أن توقف بسبب بلاغ لجنة السوق الأوروبية وقد حكم المحكمون لصالح (فيلكرو) بمنحها تعويضات كانت أكبر من التعويضات التي منحت لـ (أبلكس) عن طلبات مختلفة، كما قضاوا بإجراء المقاصة بين الشركتين وسريان القواعد على الرصيد النهائي .

غير أن شركة (أبلكس) رفضت الحكم الصادر عن المحكمين وطعنت فيه أمام محكمة إستئناف باريس بالبطلان، وأثارت دفعات ببطلان إتفاق التحكيم أصلا كون الإتفاق إنصب على مسائل تتعلق بالنظام العام للجماعة الأوروبية .

فأصدرت محكمة إستئناف باريس بأن النزاع لا يمكن إستبعاد خضوعه للتحكيم لمجرد وجود تنظيم قانوني متعلق بالنظام العام للعلاقة القانونية موضوع النزاع، إذ أن المحكم في التحكيم الدولي هو من يقرر مدى إختصاصه من عدمه وذلك على ضوء النظام العام الدولي .
وأضافت المحكمة على أنه وإن كان حق المنافسة قد أضيفت عليه صفة لوائح البوليس في الجماعة الأوروبية المشتركة وبذلك فليس للمحكمين حق حظر التصرفات المخالفة للمادة 1/85 من معاهدة روما الخاصة بالسوق أو بتطبيق الجزاءات المالية .

غير أن من حق المحكمين أن يرتبوا على التصرفات الغير المشروعة النتائج المدنية كما يقرها النظام العام، وذلك لتطبيقها على علاقات الأفراد في النزاع القائم .

إذن من القضيتين السابقتين يتبين لنا أنه إذا ما تعلقت مسألة ما بالنظام العام وكان الإختصاص معقودا لجهة قضائية معينة كما هو الحال مثلا في الجزائر و مصر، فيما يتعلق بمسائل براءة الإختراع والعلامات التجارية، فإن هذا لا يمنع من التحكيم في شأن التعويض المستحق للمضرور، أو من التحكيم في النزاع القائم على مدى تطبيق بنود عقود الملكية الفكرية .

ولقد أثير موضوع القابلية للتحكيم في مؤتمر الأمم المتحدة والذي أضفى إلى إيجاد إتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وذلك للحد من تدخل المحاكم الوطنية بإبطال إتفاق التحكيم بدعوى مخالفة للنظام العام¹.

¹ - كوثر عبد الله محمد أحمد بيومي، التحكيم في منازعات الملكية الفكرية، دار النهضة العربية، مصر 2007، ص 118.

ومع ذلك فإن الإتفاقية لم تصل إلى قاعدة عامة وموضوعية تحدد المسائل التي يجوز التحكيم فيها وتلك التي لا يجوز التحكيم فيها وإكتفتا بالإشارة إلى المبدأ العام¹، مع وضع ضمانات تكفل عدم التوسع في تطبيقه .

إذن فكرة النظام العام تعد من الأمور المعقدة التي تواجه قابلية النزاع للتحكيم كونها تتعلق بعدة قوانين. ومنه يمكن القول أن كل منازعات الملكية الفكرية والتي هي إما ذات طابع جنائي، أو مدني، والتي غالبا ما تتعلق بالتقليد، والإغتصاب، والتزوير، وسرقة الإختراع أو العلامة التجارية، لا يجوز التحكيم فيها كونها تدور حول شرعية الحقوق أو بطلانها، كما أنه لا يمكن أن نتصور تحكيم بين صاحب الحق ومغتصبه² .

ومع ذلك فإن الفقه قد إتجه إلى أنه إذا ما كان نزاع لا يتعلق بصحة براءة الإختراع وإنما بتنفيذ عقد إستثمار البراءة فإنه يخضع للتحكيم كونه لا يتعلق بالنظام العام³، وعلى هذا الأساس سار القضاء الفرنسي ففي حكم صادر بتاريخ: 1994/03/24م في قضية **DeKO/ Dingler et SOCite Neva Baygerate** قضت المحكمة الإستئنافية بأن المبدأ العام الذي يمنح الإختصاص لقضاء الدولة لا يشكل أي عقبة أمام اللجوء إلى التحكيم إلا في المسائل القانونية المتعلقة بالنظام العام ، وبذلك فإن المنازعات المتعلقة بعقود إستثمار البراءات سواء تعلق الأمر بتنفيذها أو تفسيرها، قابلة للتحكيم .

وفي نفس السياق وفي نزاع بين طرفين منظور أمام محكمة التحكيم لجأ أحد أطراف النزاع إلى رفع دعوى أمام المحكمة الابتدائية طالبا بإبطال البراءة ومتقدما أمام محكمة التحكيم بطلب إرجاء الفصل في الدعوى لحين صدور حكم المحكمة الابتدائية، غير أن المحكمون رفضوا تعليق الفصل لكون موضوع النزاع مختلف عن موضوع نزاع الدعوى المنظورة أمام المحكمة الابتدائية وهذا ما ذهبت إليه أيضا محكمة إستئناف باريس فتقرير بطلان البراءة من المحكمة الابتدائية لا يعني نفي

¹ - عبد الحميد الأحذب، منازعات الملكية الفكرية مقدم للندوة الدولية عن التراخيص في مجال الملكية الفكرية وتسوية المنازعات الناشئة عنها نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) ومركز القاهرة الأقليمي للتحكيم التجاري الدولي 9-10 مارس 2002 القاهرة، ص 10 .

² - عبد الحميد الأحذب، منازعات الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 13 .

³ - عبد الحميد الأحذب، منازعات الملكية الفكرية ، مرجع سابق ، ص 14 .

العلاقة التعاقدية التي كانت قائمة بين الطرفين والتي يمكن أن تنظر فيها محكمة أخرى، وبذلك فإن محكمة التحكيم لم تخالف القاعدة العامة المتعلقة بالبراءة .

وهذا أيضا ما ذهبت إليه القضاء الفرنسي¹ في دعوى أقامها أحد أطراف النزاع مالك البراءة ضد الطرف الثاني وهو مستثمر البراءة والذي لم يتم بتسديد الرسوم السنوية المترتبة على البراءة ، الأمر الذي أدى إلى سقوط الحق في البراءة ، هذا ما دفع المستثمر بأن يدفع على أن النزاع يدور حول صحة الاختراع وأن الفقه والإجتهد قد أجمعوا على أنه من إختصاص القضاء الوطني، وعلى هذا الأساس قام المستثمر برفع دعوى أمام المحكمة الابتدائية بباريس مدعيا إختصاصها، غير أن المحكمة أصدرت حكما بعدم الإختصاص وأقرت أن النزاع من إختصاص التحكيم وفقا للشرط التحكيمي وليس متعلقا بصحة براءة الإختراع بل هو بإستثمارها .

ومنه نجد أن التطور القانوني الوضعي في شتى البلدان يسير إلى منح إمكانية أكبر وأشمل للتحكيم في منازعات الملكية الفكرية².

بل إن المجموعة الدولية ونظرا الأهمية الملكية الفكرية قامت بإدراج الملكية الفكرية ضمن آليات التجارة الدولية والتي تعتبر التحكيم الطريق الأمثل لتسوية المنازعات التي قد تنشأ عن عقود الإستثمار، وفي الحقوق المتعلقة بها، وبذلك أوجدت منظمة التجارة العالمية والتي تشرف على الجوانب التجارية المتصلة بحقوق الملكية الفكرية نظام لتسوية المنازعات التي تنشأ عن تطبيق النصوص والتي يعتبر التحكيم أحد آلياته الأساسية، ومنه يمكن القول أن منازعات الملكية الفكرية تخضع للتحكيم سواء في عقود إستثمارها أو في تطبيق أو تفسير تلك النصوص الإتفاقية المتعلقة بالملكية الفكرية .

إن إرادة أطراف النزاع على إستبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الامر إلى المحكمين هو سبب الإتفاق الذي أبرمه طرفي النزاع ويعد هذا السبب مشروعاً ولا يمكن القول بعدم مشروعية السبب إلا إذا ثبت أن المقصود بالتحكيم التهرب من تطبيق قواعد القانون التي كانت ستطبق لو طرح النزاع على القضاء، وهذا نظرا لما تتضمنه القواعد القانونية من قيود وإلتزامات يراد التحلل

1-Bulletin cauv internationale d'arbitrage CCI.ocT.1993 vol 4 N 2 .

مشار إليه - عبد الحميد الأحذب، منازعات الملكية الفكرية البحث السابق، ص 12 .

- كوثر عبد الله، التحكيم في منازعات الملكية، مرجع سابق، ص 123 .

2 - مشار إليه - عبد الحميد الأحذب، منازعات الملكية مرجع سابق، ص 15 - 16 .

منها ، وهذا ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون وبذلك يعد التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الإستفادة من حرية الأطراف في إبرام إتفاق التحكيم أو حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق ، ويجب أن نفرق بين السبب غير المشروع، والذي يقتضي فيه البحث عن إجابة للسؤال لماذا لجأ الأطراف للتحكيم ؟ وبين المحل غير المشروع والذي يتعلق بتحديد الموضوع المراد تسويته عن طريق التحكيم، وهل هو ممكن ومشروع أم لا¹ .

الفرع الثاني الشروط الشكلية

لا يكفي لصحة إتفاق التحكيم أن تتوفر الأهلية لدى أطرافه وأن يأتي على نحو سبق عرضه، وإنما يتطلب إتفاق التحكيم إضافة إلى ما سبق أن تتوفر فيه الشكلية المطلوبة . ولقد أجمعت الكثير من التشريعات والإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم على أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً، هذا سواء في العقد الأصلي أو في وثيقة أخرى يشير إليها العقد . هذا وبالنسبة للتشريع الجزائري فقد إنتهج نهج الكثر من الدول في أن يكون شرط إتفاق التحكيم سواء أكان تحكيم داخلي أو دولي كتابة، وهو شرطاً للإنعقاد وليس للإثبات، ويستوي

¹ - أبو زيد رضوان الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي القسم الثاني ، دولية التحكيم التجاري - مجلة الحقوق والشريعة الكويت العدد الثاني 1980، مرجع سابق ،ص 13 .
- محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ، ص 58 .
-أنظر لزهري بن سعد - كرم محمد زيدان النجار - التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ،ص 60 .

في ذلك أن ترد كتابة شرط التحكيم في العقد الأصلي أو في الإتفاق اللاحق المبرم في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي، كما إشتراط المشرع الجزائري في نص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن يتضمن إتفاق التحكيم، على تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم وإلا كان باطلا، وهذا يعني أن شرط التحكيم يعد إتفاقا شكليا تلزم الكتابة لصحته .

أما المشاركة والذي تم التطرق إليها على كونها محرر يتم الإتفاق عليه بعد قيام النزاع فإن القانون الجزائري قد إشتراط أيضا فيها الكتابة وهذا وفقا لنص المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما إشتراط أن تتضمن المشاركة تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين وكيفية تعيينهم، من هذا أيضا نستخلص أن الكتابة في مشاركة التحكيم هي شرط لصحة المشاركة ووجودها، وليست شرطا لإثباتها.

هذا بخلاف أن المشرع الفرنسي قد جعل من الكتابة في مشاركة التحكيم شرطا لإثباتها وليس لوجودها، فبذلك يمكن إثباتها بواسطة محضر يوقعه كلا من المحكم والأطراف¹ .

أما بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فقد إشتراط المشرع الجزائري على أن يبرم إتفاق التحكيم الدولي كتابتا، وتحقق الكتابة إذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو بقيات متبادلة بين الطرفين بل ويمتد ذلك إلى كل وسائل الإتصال المكتوبة بشرط تحقق تبادل الإيجاب والقبول فإذا ما تم إرسال رسالة -أو تلكس يتضمن عرض اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي يمكن أن تنور بمناسبة العقد الذي يجري التفاوض لإبرامه، فيجب حينذاك القول بتوفر شرط الكتابة، على أن يصدر قبول من الطرف الثاني مع علم الطرف الاول بهذا القبول، غير أن السكوت عن الإيجاب يعد قبولا إذا ما كانت هناك معاملات تجارية بين الأطراف وكان التحكيم شرطا فيها²،

¹ - أنظر المادة 1949 مدني فرنسي والتي تنص "Le compromis est constgte par ecrit il peut Letre dons un prdces – verpal signe par L'arbitre et les partes"

² - سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي، مرجع سابق، ص 237 وما بعدها .
- محمود مختار أحمد بريوي التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 59 .
- لزهري بن سعد كرم محمد زيدان، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 62 .

كما أن إبرام عقد جديد يحيل إلى عقد سبق وأن تضمن شرط التحكيم أو تجديد عقد يتضمن شرط التحكيم فالكتابة تعد متحققة¹ .

ومن خلال مراجعة القواعد القانونية الخاصة بالتحكيم فإن المشرع الجزائري حذا حذو الكثير من التشريعات، ومنها التشريع الفرنسي والمصري، إذ أنهم لم يستلزموا تحديد بيانات إلزامية بالنسبة لشرط التحكيم أو لمشاركة التحكيم، ما عدا في تحديد موضوع النزاع بالنسبة لمشاركة التحكيم² ، أما القانون الجزائري فقد زاد على ذلك بوجوب تحديد أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم تحت طائلة البطلان في التحكيم الداخلي في حين أن الإتفاقيات الدولية قد تباينت قواعدها بشأن الكتابة فطبقا للقانون الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة " الأنسيترال " في مادتها 07 فقرة 2 فقد كانت تشترط أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا " يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا " غير أنه وفقا للتعديل الذي جرى سنة 2006م فإن هذا التعديل قد منح الحق للدول خيارين أولهما حق إشتراط الكتابة في إتفاق التحكيم أما ثانيتهما عدم إشتراط الكتابة حالة ما يكون إتفاق الطرفين يتضمن قبولهما إحالة النزاع على التحكيم .

وبالرجوع إلى إتفاقية نيويورك نجدها قد أخذت بمبدأ الكتابة³ وفقا للحكم الذي أقرته بكونها واجبة التطبيق عند تنفيذ حكم التحكيم ، وهذا يعني أن يتوفر الشكل المكتوب في إتفاق التحكيم الدولي وفقا لما نصت عليه المادة الثانية من الإتفاقية ، ولقد ذهب القضاء في عدة دول هذا المنحي ففي سويسرا أكدت المحكمة الفيدرالية في حكمها الصادر بتاريخ 07 فيفري 1974م (قضية TRADAX) على أن أحكام إتفاقية نيويورك لا تتعلق فقط بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وإنما يعمل بها كذلك في شكل إتفاق التحكيم والذي يجب أن

¹ - حيث أن القضاء الهولندي قضى في إحدى أحكامه إلى أن عدم الإعتراض على شرط التحكيم بعد تلقيه قبولا -محكمة روتردام 1990/06/26 مجلة التحكيم - 1991م ص 291 حيث إعتبر السكوت قبولا لوجود تعامل سابق . هذا الحكم مذكور في كتاب سامية راشد، المرجع السابق ص 3000 ومشار إليه في كتابة محمود مختار بري -التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق، ص 59 .

² - نص المادة 2 فقرة 3- من القانون المصري . نص المادة 1445 من القانون الفرنسي للتحكيم 2011 .

³ - محمود سمير الشرفاوي، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 91 .

يكون مكتوباً¹ ، كما أخذ القضاء الإيطالي بما ورد في المادة الثانية من إتفاقية نيويورك كونها قاعدة دولية تسمو على التشريعات الداخلية² .

وبما أن أغلبية دول العالم منظمة إلى الإتفاقية³ ، فإن قواعد إتفاقية نيويورك تعد قواعد ذات طبيعة دولية تستبعد من خلالها التشريعات الداخلية، والكتابة في إتفاقية نيويورك تعد شرط للإثبات وليست شرطاً للإنعقاد، فالنص وفقاً لما يراه الفقه لا يرتب البطلان، أو الإنعدام جراء تخلف الكتابة، فالكتابة أساس إقرار الدول بإتفاق التحكيم، في حين أن عدم كتابة إتفاق التحكيم برغم صحته فهو لا يلزم الدول الأعضاء في الإتفاقية الإقرار به، والكتابة لا يقصد

بها فقط الشكل المحرر التقليدي فهو يشمل كافة وسائل الإتصال الحديثة⁴ ، وهذا ما ذهب إليه القانون النموذجي في المادة 07 فقرة -2 بأن ذكر " أو غيرها من وسائل الإتصال السلبي واللاسلكي " . وبذلك فالكتابة الإلكترونية من خلال إستخدامها للرسائل الإلكترونية (ELECTRONIQUE MAIL) بين الطرفين تعد من أهم الصور الحديثة في الكتابة

¹ - Trib. féd. 'cour civil 7Fér 1984 – Rev Arb 1986 p 589 Note Budin مذکور في كتاب أحمد مخلوف إتفاق التحكيم مرجع سابق ص 108 .

كما قضت هيئة التحكيم بمركز القاهرة بتاريخ : 2000/12/19 في الدعوى رقم 155 لسنة 2000 . حيث إعتبرت إتفاق التحكيم مكتوباً متى تضمنه أي محرر موقع من طرفي التحكيم بل يكفي لذلك ورود الشرط في رسائل متبادلة بين الطرفين .

² - 15.03.1986 yearbook no xII.p.497 corto di cassiane مذکور في كتاب أحمد مخلوف إتفاق التحكيم .

³ - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي ، المرجع السابق، ص 83 .

⁴ - ووفقاً للمنظمة الدولية للمواصفات والمقاييس (أيزو - ISO) فقد حدد المقصود بالمحرر الكتابي بأنه " مجموعة من المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية بشكل دائم بحيث يسهل قرائتها مباشرة عن طريق الإنسان أو بإستخدام آلة مخصصة لذلك " .

هذا التعريف مذکور في كتاب، حسن عبد الباسط جمعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت دار النهضة العربية القاهرة مصر 2000 ، ص 18 هامش 18 .

ولقد ساعدت هذه التقنية الحديثة والمتمثلة في الأنترنت على إبرام الكثير من عقود التراخيص لإستغلال عناصر الملكية الفكرية .

و الإتفاقيات الدولية الأخرى والتي تنتهج التحكيم كأسلوب لفض النزاعات بنجدها كلها تشترط الكتابة لإثبات الإتفاق على التحكيم وهذا ما قالت به إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول المضيفة للإستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى والمقررة بموجب قرار مجلس الوحدة الإقتصادية بتاريخ: 2000/12/06م إذ نصت في المادة 10 منه على أن "المحكمة تشكل بقرار من الأمين العام بناء على طلب كتابي يقدم من أطراف النزاع إلى الأمين العام تعرض فيه موضوع المنازعة وتطلب حلها عن طريق التحكيم" .

إذن فالكتابة تعد شرطاً شكلياً لإنعقاد إتفاق التحكيم سواء كان ذلك في القانون النموذجي أو في القانون الفرنسي أو المصري، فالإتفاق لا يوجد قانوناً إلا إذا كان مكتوباً بمعنى أن عدم كتابة إتفاق التحكيم سيؤدي إلى بطلانه .

وعلة إشتراط الكتابة لصحة إتفاق التحكيم هو الحرص على توقي المنازعات الثانوية حول وجود إتفاق التحكيم مضمون هذا الإتفاق .

أما التشريع الجزائري وبالرغم أنه قد إشتراط في إتفاق التحكيم الذي يحكمه شرط الكتابة لإنعقاد إتفاق التحكيم، إلا أنه لم يتطلب أن يفرغ هذا الإتفاق في شكل رسمي، فيكفي أن يكون الإتفاق في ورقة عرفية، هذا حتى ولو لم يتم التصديق عليها. فبالرجوع إلى إتفاقية نيويورك فقد إشتراطت على أن يتم التوقيع على المحرر التقليدي الوارد فيه شرط التحكيم أو المشاركة التي يجرها الأطراف عقب حدوث النزاع .

وبخلاف ذلك فإن القضاء الفرنسي قد حكم شرط التحكيم الذي يبرم بين الأطراف دون التوقيع عليه، لا يعد باطلاً وهذا وفقاً لمبدأ الرضائية الذي يتمتع به إتفاق التحكيم الدولي¹ . وبالرجوع إلى التشريع الجزائري في التحكيم الداخلي برغم أنه لم يشر صراحة على توقيع الإتفاق، غير أنه يستدل على ذلك من نصوص المواد، ففي مشاركة التحكيم تعتبر الكتابة شرطاً لوجودها، حيث يمكن إثباتها بمحضر يوقعه المحكم والأطراف، فتوقيع الأطراف شرط لصحة المحضر، وهذا ما نستدل به على أن إتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوباً وموقعاً . ولكن في

¹ - أنظر أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 112 .

التحكيم الدولي للملكية الفكرية حالة ما يكون هناك تبادل للمستندات مثل الرسائل والبرقيات والتي يورد فيها شرط التحكيم، ويتحقق فيها تبادل الإيجاب والقبول بشرط التحكيم، فإن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى التوقيع، وذلك على أساس وجود العلم الكافي بوجود إتفاق التحكيم وهذا ما ذهبت إليه إتفاقية نيويورك في المادة الثانية منها، بل نجد أن الكثير من أحكام الدول قد قضت بصحة إتفاق التحكيم الناشئ عن تبادل مستندات لم تتضمن توقيعاً لأطراف النزاع¹.

فمن كل ما سبق نرى أن إتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوباً ليحقق الفاعلية من وجوده وحسماً لكل نزاع حول وجوده في المستقبل، سواء كان بخط اليد أو بالطباعة أو غيرها من الوسائل الإلكترونية الأخرى سواء كان بلغة إحدى طرفي النزاع أو بلغة أخرى، في حين أن شرط التوقيع لا يعد ضرورياً، إذ أن إتفاق التحكيم يخضع في أصله لمبدأ الرضاية بين الأطراف

المطلب الثالث

القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم

إن إتفاق التحكيم يتميز بإستقلالية تامة عن العقد الأصلي، مما يستبعد إمكان تأثره بعدم الصحة للعقد الأصلي، وهذا المبدأ أول من قال به القضاء الهولندي في حكم صدر في 27 ديسمبر 1935 قضى بأنه في حالة توفر شرط تحكيم فإنه لا يمنع المحكم من الفصل في نزاع برغم تنازع أطراف النزاع حول صحة أو بطلان العقد الذي ورد به شرط التحكيم². وهذا المبدأ أخذ بعد ذلك صفة العالمية، وقد تبناه القانون النموذجي في نص المادة 16 فقرة 1 بقوله " ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان إتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد

¹ - سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة دار النهضة العربية، مصر 1984، ص 291 ص 301 .

² - مشار إليه في كتاب أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 118 .

الأخرى" وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم" وقررت عدة أحكام صادرة عن هيئات تحكيمية دولية كغرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1968م .

إذن صحة الإتفاق ونفاذه لا تتوقف على مصير العقد الأصلي، وبذلك يمكن التساؤل عن القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم وعلى أي أساس يتم إختياره وماذا لو كان القانون يجعل الإتفاق باطلا وهذا ما سنقوم بدراسته من خلال التطرق إلى قانون الإرادة في الفرع الأول ثم القانون الواجب التطبيق حالة عدم الإتفاق في الفرع الثاني .

الفرع الأول قانون الإرادة

إن إستغلال عناصر الملكية الفكرية عن طريق عقد الترخيص مثلا، يجعل من المرخص عادة يميل إلى إستبعاد القانون الوطني للطرف المتعاقد والذي قد يتغير أو يلغى من طرف دولة المتعاقد وبما أن إتفاق التحكيم له ذاتية إستقلالية عن موضوع النزاع، فإن الإرادة هي شريعة المتعاقدين وهي المصدر الوحيد للإلتزامات التي يتضمنها إتفاق التحكيم، فلا قيود على إرادة المتعاقدين في إخضاع إتفاق التحكيم إلى القانون الذي يختارونه بأنفسهم¹ ، ولكن دون مخالفة للنظام العام الدولي، بخلاف النظام العام الداخلي ، إلا إذا تعلق التحكيم بالتحكيم الداخلي ويمكن لأطراف النزاع أن يتفقوا على تطبيق القانون الذي يرونه صالحا لهم على العقد الأصلي وإتفاق التحكيم وحتى على إجراءات التحكيم² .

وتعزى دوافع أطراف العقد لمبدأ سلطان الإرادة إلى عدة إعتبرات، وعلى رأسها العقود الدولية عموما، الرغبة في إختيار أفضل القواعد التي يمكن أن تحكم عقد إتفاقهم دون التقييد

¹ - محسن شفيق التحكيم التجاري، المرجع السابق، ص 210 وما يليها .

² - فوزي سامي التحكيم التجاري، المرجع السابق، ص 209 .

بقوانين دولة معنية بذاتها¹ .

وهكذا كله من أجل أن يخضع الطرفين لقانون يروونه الأصلح على قدم المساواة وإن لم تكن له صلة بالعقد الأصلي .

وهذا يسوقنا إلى الحديث عن مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، هذا المبدأ الذي أخذت به الكثير من التشريعات، بينما نجد بعض الدول تركت إقرار هذا المبدأ للقضاء كما فعل التشريع الفرنسي.

وقد حسم المشرع الجزائري في نص المادة 1040 فقرة -4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم، إذ نصت المادة على أنه "لا يمكن الإحتجاج بعدم صحة إتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي" . هذا المفهوم أخذ به المشرع الجزائري في التحكيم الدولي، في حين أنه لم يتطرق إلى هذا المفهوم في التحكيم الداخلي . وهذا ما يجعل للقضاء دورا هاما في إقرار هذا المبدأ أو رفضه، والذي من خلاله يمكن إعمال مبدأ الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، أو تطبيق قانون العقد الأصلي على إتفاق التحكيم .

في حين أن المشرع المصري أخذ موقفا إيجابيا بتأكيدده على إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في نص المادة 23 من قانون التحكيم رقم 28 لسنة 1994 والتي نصت " يعتبر شرط التحكيم إتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته" وأخذ به المشرع الفرنسي في قانون التحكيم المعدل بموجب المرسوم رقم : 43 لسنة 2011 في نص المادة 1447 إذ نص على "يستقل اتفاق التحكيم عن العقد الذي يحتويه ولا يتأثر بعدم صحة هذا العقد. فإذا وقع هذا العقد".

¹ - وفاء مزير فلهوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية. منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2008، ص 739 .

إذن حالة ما يكون إتفاق التحكيم مستقلا يمكن إعمال مبدأ الإرادة وهذا ما ذهب إليه
المشرع بجعل إتفاقية التحكيم تكون صحيحة من حيث الموضوع متى إستجابت للشروط التي
يضعها القانون الذي يتفق الأطراف على إختياره، أو القانون المنظم لموضوع النزاع، أو القانون
الذي يراه المحكم ملائما .

الفرع الثاني

حالة عدم الإتفاق على القانون الواجب التطبيق

فإذا كان لإرادة الأطراف دورا فعالا في تحديد مدى صحة الإتفاق من عدمه حالة إختيار
القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، فإن سكوت الأطراف عن ذلك يجعل من القانون
المنظم لموضوع النزاع دورا في ذلك .

وهذا ما ذهبت إليه إتفاقية نيويورك في المادة الخامسة فقرة (1) (أ)2، والتي يستخلص من
فحواها أن إتفاقية نيويورك تحدد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم بأنه قانون الإرادة
للمتعاقدين، وحالما لا يتفق طرفي النزاع على قانون معين فإن قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم
هو القانون الذي يجب أن يطبق على إتفاق التحكيم، وهذا ما ذهب إليه القانون الجزائري في
نص المادة 1040 السالفة الذكر .

وقد أخذ المشرع المصري بهذا المعيار في المادة 01، إذ نجده يذكر على أنه إذا كان التحكيم
يجري في مصر فإن إتفاق التحكيم يخضع لقانون التحكيم المصري بإعتباره قانون محل التحكيم¹،
ولكن هذه النص مقيد بعدم وجود إتفاق على تطبيق قانون أجنبي آخر على إتفاق التحكيم ما
دام أن حكم التحكيم المطلوب تنفيذه يخضع لإتفاقية نيويورك سنة 1957م. أي أن القانون
المصري يطبق حالة عدم وجود إتفاق على تحديد قانون أجنبي يحكم إتفاق التحكيم² .

¹ - محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 94 .

² - مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص 310.

ولكن برغم مما سبق فإنه قد يحصل أن لا يتفقا طرفي النزاع على قانون معين فيطبق قانون الإرادة، ويتفقا على عدم تطبيق قواعد قانون حسم النزاع على إتفاق التحكيم، ففي هذه الحالة فإن القانون المطبق على إتفاق التحكيم، وفقا للقانون الجزائري يعود إلى المحكم الذي له الحق في تحديد القانون المطبق لتحديد صحة الشرط التحكيمي.

إذن يمكن أن تثار مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم وذلك حالة عدم إتفاق الأطراف على قانون معين قبل صدور حكم التحكيم، وبذلك فإننا لا نكون في الإطار الذي حددته إتفاقية نيويورك¹ ونعود بعد ذلك إلى الإتفاقية الأوربية (جنيف 1961 م). وفي ما دتها 06 والتي عاجلت هذه الحالة بأن أحالت على تطبيق قانون الدولة التي يجب أن يصدر فيها حكم التحكيم فإذا لم يمكن تحديد الدولة التي سيصدر فيها حكم التحكيم يتم الرجوع بعد ذلك إلى قواعد تنازع القوانين طبقا لقانون الدولة التي تقع فيها المحكمة المختصة التي تنظر في صحة أو بطلان إتفاق التحكيم .

ومنه وفرضاً أن إتفاق التحكيم معروض على محكمة جزائرية فهنا نعود إلى قواعد القانون المدني الجزائري، ففي نص المادة 19 منه شكل العقد يخضع في جانبه الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أن تخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته ويسري بالنسبة للأشخاص الاعتبارية قانون الدولة التي يوجد فيها مركز الإدارة الرئيسي الفعلي، وإذا مارست نشاطا في الجزائر فإنها ستخضع للقانون الجزائري وهذا ما أشارت إليه نص المادة 10 فقرة - 03- من القانون المدني، أما بالنسبة لشروط صحة إتفاق التحكيم، فإن نص المادة 18 من القانون المدني تقضي بأن يسري القانون المختار بين المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وإلا طبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وإن اختلفا موطناً وجنسية يطبق قانون محل إبرام العقد .

ولكن إذا ما شاب إتفاق التحكيم غموض وإحتمل عدة تأويلات وتفسيرات وأن ظاهر الإتفاق قد يفسر بخلاف إرادة المتعاقدين²، ففي هذه الحالة فإن نص المادة 111 من القانون المدني، لا تجيز الإنحراف عن عبارات العقد الواضحة، هذا إذا لم يكن هناك محل للتأويل وإلا

¹ - ووفقا لإتفاقية نيويورك فإن حالة تنفيذ حكم تحكيمي أجنبي في إحدى الدول المتعاقدة وفي حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم فإن قانون محل التحكيم هو الذي يجب تطبيقه على إتفاق التحكيم .

² - محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 97 .

فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وذلك دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ وفقا لمعايير حددتها المادة السالفة الذكر¹ ولذلك فالمنظمات الدولية ومراكز التحكيم تضع ضمن قواعدها شروطا نموذجية لإتفاق التحكيم، وهذا ما إتجه إليه المشرع الجزائري في نص المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " في التحكيم الداخلي " بأن أوجب بأن يتضمن إتفاق التحكيم بعض الشروط حتى لا يقع إتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان .

غير أنه وكما ذكرنا سلفا² ، إتفاق التحكيم المعتل أو المريض *La clause d arbitrage rathologique* يمكن إنقاذه من البطلان وذلك بالتعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين عن طريق تفسيره .

إذن لا يجب الوقوف دائما عند مفردات الإتفاق، فقد تكون إرادة المتعاقدين متجهة إلى تطبيق قانون ما، أو الإحتكام إلى مركز ما، دون أن تظهر في مفردات الإتفاق .

¹ - نص المادة 111 من قانون المدني تنص " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين .

أما إذا كانت هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الإعتداد في ذلك بطبيعة التعامل بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات "

² - فوزي سامي ، التحكيم التجاري الدولي مرجع سابق ص 220-202 ومن الأمثلة التي ذكرها الدكتور والتي تم معالجتها عن طريق تفسير إتفاق التحكيم بالبحث عن الإدارة المشتركة في مؤلفه في إحدى القضايا نص شرط التحكيم على أنه " في حالة عدم الإتفاق الودي تحسم جميع المنازعات المحتملة وفقا لقواعد التحكيم والتوفيق للغرفة التجارية الدولية في زيورخ" فحين ما نشب نزاع بين الطرفين طلب أحدهما من الغرفة التجارية في زيورخ بإجراء عملية التحكيم غير أن الغرفة أفادت بأنها غير مختصة وفقا لإتفاق التحكيم كونها غير دولية وحالت الملف على غرفة التجارة الدولية بباريس "ICC" والتي قامت بتفسير العقد وإعتبار أن النص كان المقصود منه غرفة التجارو الدولية بباريس على أن يكون مكان التحكيم مدينة زيورخ بسويسرا .

ولكن نحن نرى أن عدم تحرير إتفاق التحكيم بدقة وحيطة وحذر، وفقا للقانون المطبق على الإتفاق، بحيث يشمل كل أنواع النزاع الممكن والمتصور إثارته، فقد يترتب على ذلك حدوث مخاطرة باللجوء للتحكيم، إذ قد يكون حكم التحكيم محل إلغاء من قبل القضاء المختص بالفصل في النزاع .

المبحث الثاني

آثار الإتفاق على التحكيم

يترتب على إتفاق التحكيم متى توفرت أركانه، والشروط الواجبة التطبيق وفقا لقانون إبرام التصرفات القانونية آثار قانونية، إذ يتم الفصل في المنازعات الناشئة بين طرفي الإتفاق أوالتي قد تنشأ بينهم بواسطة المحكمين، في حين أن قضاء الدولة يحجب عن الفصل في النزاع، ويترتب على ذلك آثار موضوعية و متى كان عقد الإتفاق صحيحا خاليا من أسباب بطلانه ، يمنح طرفي الدعوى الحق في إلزام الطرف الثاني باللجوء إلى التحكيم، كما يترتب أثر إجرائي وهو ما يعرف أيضا بالآثر السليبي، ووفقا له يمنع على الأطراف من اللجوء إلى القضاء الوطني لأجل الفصل في النزاع المتفق على حله بواسطة التحكيم، كما يخول لهيئة التحكيم سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم إختصاصها، وهو ما يعرف بمبدأ الإختصاص ، وعلى هذا الأساس سوف نتناول هذا المبحث في مطلبين المطلب الأول الآثار الموضوعية لإتفاق التحكيم والمطلب الثاني آثار إتفاق التحكيم الإجرائية .

المطلب الأول

الآثار الموضوعية لإتفاق التحكيم

يلزم إتفاق التحكيم الأطراف بأن تطرح المنازعة موضوع الإتفاق على التحكيم، وبذلك يتم تطبيق مبدأ القوة الملزمة للإتفاق، وبما أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين من المبادئ المستقرة في

القانون الدولي للعقود¹ ، فإننا سوف نتناول في هذا المطلب إلتزام الأطراف بطرح النزاع على المحكم أو إمتناع قضاء الدولة عن نظر الدعوى في الفرع الأول ثم إلى إستقلال إتفاق التحكيم في الفرع الثاني .

الفرع الأول

إمتناع قضاء الدولة عن نظر الدعوى

يعد مبدأ القوة الملزمة لأي إتفاق من المبادئ المستقرة في القانون الدولي، إذن هذا الإلتزام يقع على عاتق طرفي النزاع بأن يقوم كلا منهما بالإمتناع على عرض النزاع على قضاء الدولة وإتخاذ الإجراءات اللازمة لعرض النزاع على التحكيم ، وإلا عد من خالف الإتفاق قد أحل بمبدأ حسن النية في تنفيذ الإتفاق .

ويذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول أن مبدأ القوة الملزمة لإتفاق التحكيم لم يعد من الصعوبة في الإعتراف به، كونها قاعدة مادية من قواعد القانون الفرنسي² .

بل نجد أن مبدأ القوة الملزمة لإتفاق التحكيم يعد قاعدة من قواعد القانون الدولي بشأن التحكيم في مجالات الإستثمارات الدولية في عناصر الملكية الفكرية .

وبذلك فإن مبدأ القوة الملزمة للإتفاق التحكيم، يجعل من طرفي النزاع ملتزمين بما ورد فيه ، فلا يحق لأحد طرفي الإتفاق التنصل منه بإرادته، أو تعديله أو نقضه، وإن سعى إلى ذلك كان للطرف الآخر حق إجباره على تنفيذ إلتزاماته وذلك باللجوء إلى القضاء، أو إلى سلطة التعيين المختصة بذلك للقيام بالإجراءات اللازمة لإجراء عملية التحكيم ، وهذا يعد مقتضى التنفيذ العيني للإلتزام الناشئ عن القوة الملزمة لإتفاق التحكيم³ .

ولقد عالج المشرع الجزائري جزاء الإخلال بالقوة الملزمة لإتفاق التحكيم الداخلي، في نص المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،على أنه إذا إعتضت صعوبة في تشكيل

¹ - حفيظة السيد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم ، مرجع سابق ،ص 214 .

² - حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم ،مرجع سابق ،ص 215 .

³ - سلامة أحمد عبد الكريم، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والإدارية والجمركية والضريبة - دراسة مقارنة الطبعة الأولى دار النهضة العربية القاهرة 2006 ، ص 245 .

محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكومين يعين المحكم أو المحكومون من قبل رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه¹ .

إذا منح المشرع حق اللجوء إلى القضاء من أجل تنفيذ الإتفاق، فإنه لا يمكن لأحد الطرفين التنصل بإرادته المنفردة من تنفيذ الإتفاق بتعيين المحكم ، فالقضاء بعد اللجوء إليه يقوم مقام الخصم المتقاعس وهذا هو مقتضى التنفيذ العيني للإلتزام الناشئ عن القوة الملزمة لإتفاق التحكيم .

كما عالج المشرع الجزائري التحكيم الدولي على أنه في غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو إستبدالهم يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يلي :

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

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

إذا سواء كان التحكيم داخلي أو دولي، فإن تقاعس أحد الأطراف لا يمنع حق الطرف الثاني من اللجوء إلى القضاء من أجل التعجيل بتعيين المحكم أو المحكمين وبالبدأ في إجراءات التحكيم، وإتفاق التحكيم وإن كان أثره نسبي يقتصر على موضوع الإتفاق وعلى الموقعين دون غيرهم، غير أنه لا ضيم في إنتقال أثر الإتفاق إلى الخلف العام أو الخلف الخاص وإلى الشريك أو المدين المتضامن² ، فلهم حق التمسك بإتفاق التحكيم .

وعلى كون إتفاق التحكيم في القانون الداخلي يعد طريق إستثنائي لفض المنازعات يؤدي إلى حرمان أطرافه من قاضيهم الطبيعي ، فإن هيئة التحكيم يجب أن تتقيد بما ورد في الإتفاق مثلا إذا ورد إتفاق تحكيم على منازعة خاصة بتفسير ترخيص إستغلال براءة إختراع فإن سلطات هيئة التحكيم لا يمكن لها أن تمدها إلى موضوع تنفيذ العقد³ .

¹ - هذا النص مشار إليه في نص المادة 444 من قانون الإجراءات المدنية السابق .

² - سامية راشد، التحكيم في إطار المركز، مرجع سابق، ص 237 .

³ - التحكيم الأستاذ - لزهرة سعيد - كرم محمد زيدان النجار، التجاري الدولي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 68 .

محمود سمير الشرفاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 148 .

في حين أن إتفاق التحكيم في مجال التحكيم الدولي يفسر تفسيراً أوسع من تفسيره في القانون الداخلي، وذلك حرصاً على فعاليته في إنتاج آثاره، فقد يمتد إلى غير أطرافه، ممن تدخلوا في تنفيذ العقد المدرج به شرط التحكيم إذ يفترض علمهم بوجود الشرط .

غير أن هذا لا يعني أن يفسر إتفاق التحكيم بطريقة متحررة إنما يجب أن يفسر بطريقة تؤدي إلى إحترام النية المشتركة للأطراف وتلك المنهجية في التفسير ليست إلا تطبيق لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، وهو المبدأ الأساسي المشترك بين كل نظم القانون الداخلي والقانون الدولي¹ .

ومن ذلك لو أن دعوى التحكيم رفعت من طرفين لم يكونا طرفاً في العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم كأن تكون الشركة الأم وإحدى الشركات الفرعية التابعة لها، وذلك بالرغم أن شرط التحكيم كان قد وقعته شركة أخرى تابعة للشركة الأم ، وهذا متى ثبت بأن تلك الشركات كان في نيتها أن تبرم شرط التحكيم مع مجموعة الشركات، والتي تعد الشركة المنعقد معها شرط التحكيم إحداها ، وهذا فعلاً ما أخذت به إحدى هيئات التحكيم المشكلة للنظر في نزاع تحت مظلة غرفة التجارة الدولية في قضية عرفت بإسم قضية **Daw chemical** إذ أن الشركة الفرنسية المرفوع ضدها دعوى التحكيم من الشركة الأمريكية الأم، والشركة الفرنسية التابعة لها، بالرغم أنهما ليست أطراف في شرط التحكيم، دفعت بعدم قبول دعوى التحكيم على كون عقد شرط التحكيم كان بين الشركة المحكّم ضدها والشركة **Daw chemical** السويسرية التابعة للشركة الأم "الشركة الأمريكية" فقضت هيئة التحكيم برفض الدفع وقبول دعوى التحكيم المقامة من الشركة الأمريكية **Daw chemical** الأم والشركة الفرنسية **Daw chemical** التابعة لها، وإستند على إعتبارهما طرفان في دعوى التحكيم لأن نية أطراف العقد والعادات التجارية الدولية، تقضي بذلك وأسست هيئة التحكيم حكمها بناء على النتيجة التي توصلت إليها من خلال ما ثبت لها من تبادل المراسلات بين المحكّم ضدها وبين الشركة الأمريكية الأم والشركة الفرنسية التابعة لها وذلك في شأن تنفيذ العقد المبرم من الشركة الفرنسية المحكّم ضدها مع الشركة السويسرية .

¹ - حكم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى الصادر في 25 سبتمبر في قضية **AMCO** أنظر في ذلك أحمد عبد الكريم سلامة، المقتصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 252 .

والمبدأ السابق قد أخذت به هيئات التحكيم المصرية، وذلك في قضية عرضت على مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي، إذ أن وكيل تجاري مصري قام برفع دعوى ضد الشركة الأم (شركة أمريكية) والشركة التابعة لها (شركة قبرصية) طالبا إلزام الشركتين متضامنين بدفع تعويض للمحتكم، وللعلم أن الشركة الأم لم تكن طرفا في عقد الوكالة والذي كان أصلا بين الوكيل التجاري المصري والشركة القبرصية التابعة للشركة الأمريكية وقد ثبت لهيئة التحكيم أن شرط التحكيم يتعدى أثره إلى الشركة الأم، وذلك تأسيسا على ما تم من مستندات

الدعوى ووقائعها بأن الشركة الأمريكية الأم قد شاركت في تكوين العقد وتنفيذه، كما أنها هي من قامت بإنهاء العقد¹.

كما قد يتعدى أثر إتفاق التحكيم المبرم بواسطة إحدى الهيئات العامة إلى الدولة نفسها التي تتبعها على الرغم أن الدولة لم توقع عليه، ولقد ثار هذا التساؤل في عدة قضايا شهيرة منها قضية **Bridas**².

وتتعلق القضية بقيام بعض شركات هذه المجموعة **Bridas** بإبرام عدة عقود بشأن إستخراج البترول (oil concessions) وإستغلالها في دولة تركمستان ومن ضمن هذه العقود قامت الدولة بتوقيع عقد واحد "بروتوكول" وهذا البروتوكول لم يتضمن شرط التحكيم بينما

1- وهذا الحكم صدر بتاريخ 23 سبتمبر 1982 في الدعوى رقم 4131 وكانت الهيئة برئاسة الأستاذ الهولندي sanders وعضوية الأساتدين الفرنسيين coldman و vasseur
- أنظر مجلة التحكيم العربي مجلة متخصصة تصدرها الأمانة العامة للإتحاد العربي للتحكيم الدولي ، العدد الثاني، 1998، ص 224 .

وقد صدر هذا الحكم عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي بتاريخ: 11 مارس 1998م تحت رقم 109 وقد كانت هيئة التحكيم متكونة من محمود سمير الشرقاوي رئيس وعضوية كل من المحرمين الدكتور أبو زيد رضوان والمستشار الدكتور حسن رضا .

وهذا الحكم مذكور أيضا في كتاب محمود سمير الشرقاوي التحكيم التجاري الدولي مرجع سابق ص 152 .

² - أنظر في ذلك أكثر تفصيلا - داليا عبد المعطي حسين علي - التراضي كأساس الإتفاق التحكيم - رسالة دكتوراة في الحقوق جامعة القاهرة سنة 2008 ص 356- 358 .

وقعت شركة مملوكة للدولة (حلت محلها فيما بعد إحدى الهيئات العامة التابعة للدولة) عقد شركة مشتركة مع شركات **Bridas** ونص عقد الشركة المشتركة على أن يخضع للقانون الإنجليزي، كما تضمن شرط تحكيم أمام غرفة التجارة الدولية، ويكون مقرا التحكيم مدينة أستوكهولم .

وعلى إثر نشوب نزاع بين الأطراف وشكوى الشركة من منعها من إستغلال الموارد محل العقد لجأت تلك الأخيرة إلى التحكيم مخاصمتا دولة تركمستان، ولقد كان على هيئة التحكيم أن تفصل في مدى سريان إتفاق التحكيم، في مواجهة المدعى عليها دولة تركمستان ، ولقد توصلت هيئة التحكيم على أن دولة تركمستان برغم أنها لم تكن طرفا في أي عقد يتضمن إتفاق التحكيم، ولكن قامت بالإعلان عن المشروع من خلال مناقصة دولية، ولما كانت هذه المناقصة تتعلق بأحد مواردها الطبيعية فقد شاركت في المفاوضات وفي الشروط التي ستفرض على مقدمي العطاءات ، كما إنتقلت هيئة التحكيم إلى دراسة عقد الشركة المشتركة، والظروف المحيطة بإبرامه وتنفيذه ، إذ توصلت هيئة التحكيم إلى أن العقد قد تضمن ثلاثة وعشرين إلتراما لا يمكن تنفيذها إلا بواسطة الدولة نفسها، وأن هذه الإلتزامات أساسية لإتمام المشروع محل التعاقد ، وهذا خلف لدى الشركة المتعاقدة "توقعا مشروععا" بأن ماتم الإتفاق عليه في العقد سيتم تنفيذه، والحكومة وحدها من تستطيع تنفيذه، هذا فضلا على ما صدر عن رئيس الجمهورية بإصداره للموافقات اللازمة على المشروع بما تضمنه عقد الشركة المشتركة وبذلك توصلت هيئة التحكيم إلى أن إتفاق التحكيم الوارد في العقد يسرى على الدولة، إذ أن نية الأطراف الذين قاموا بالتفاوض قد إتجهت إلى إلزام الحكومة بنصوص العقد والتي لا يمكن تنفيذها إلا بواسطتها .

و هذا يجعلنا نبحث عن مدى التوسع في تفسير إتفاق التحكيم وإمتداد آثاره إلى الغير، ولقد إنتقد الفقهاء مقاضاة الدولة، وذلك بما تتمتع به من حصانة . حتى وإن كان تنازلها ضمنيا إلا أن يكون مؤكدا لا شك فيه¹ ، أي يجب أن تكون إرادة ونية واضحة للدولة لإبرام إتفاق التحكيم للقول بإلتزاماتها بالإتفاق ، وأن الرقابة الصارمة التي قد تمارسها الدولة على الهيئات التابعة لها ، والتي قامت بإبرام الإتفاق لا تؤكد على أن للدولة نية في إبرام الإتفاق .

¹ - داليا عبد المعطى حسين علي، التراضي كأساس لإتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 342 .

وهذا فعلا ما توصل إليه القضاء الفرنسي في حكم عن محكمة إستئناف باريس في قضية هضبة الأهرام والقضاء السويسري في قضية وستلاند¹ في أن تنازل الدولة عن حصانتها يجب أن يكون بشرط صريح يقطع عنها تنازلها عن الحصانة، وأن إشتراك الدولة بشكل غير مباشر وعن طريق هيئة تابعة لها لا يجعل الدولة طرفا في الإتفاق .

ولكن هذه النتيجة المتوصل إليها تكون في حالة ما لم تكن الدولة قد صادقت على إتفاقية واشنطن وبعض الإتفاقيات متعددة لأطراف المتعلقة بالإستثمار، والتي تضمنت صور أخرى من رضاء الدولة بالتحكيم يختلف في شروطه ونتائجه عن قيام الدولة بالتحكيم من خلال تشريعها الداخلي .

الفرع الثاني

مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم

يعد مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم - في معناه التقليدي - مبدأ عاما من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعترف بها عالميا ، وفي الواقع هناك صعوبة في تعريف مفهوم إستقلال إتفاق التحكيم والذي يعرف في المقام الأول بنتائجه ، كما نجد أن الفقه في الغرب قد تنوع في إستخدام المصطلحات للتدليل عليه، فنجد مثلا الفقه الفرنسي إستخدم مصطلح Avtononce وكذلك مصطلح *detachment ,independance separabilite* ,² .

وهناك من الفقهاء من يرى أن المصطلح الثاني والرابع هما الأصح أما الفقه الإنجليزي فإنه إستخدم مصطلحي *severability* و *separability* ويعني إستقلال إتفاق التحكيم بوجه عام - وبالقدر الذي يتفق عليه الفقه، وفقهاء التحكيم الدولي - وقابلية إتفاق التحكيم بالإنفصال عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، أو إستقلاله عن ذلك العقد³ ، ويعني ذلك أن

¹ - للتوسع أكثر راجع داليا عبد المعطي التراضي كأساس لإتفاق التحكيم نفس، المرجع السابق، ص 342 - 348 .

1-J-P ancle, L' actualité de L antonomie de la clause compromissoire
TCFDIP1991 -1992 p 75 et s .

³ - زهير نجم الدين مختار - القانون الواجب التطبيق، على المنازعات التي تحل بالتحكيم - رسالة ما جستير - جامعة الدول العربية المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية قسم البحوث والدراسات

القانونية سنة 2002 ص 126

مصير إتفاق التحكيم مستقل عن العقد الأصلي . أي أن إستقلال شرط التحكيم الوارد في أحد العقود عن العقد موضوع النزاع والذي يتضمن شرط التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تنشأ إما عن تنفيذ العقد المبرم لإستثمار عناصر الملكية الفكرية أو عن تفسيره أو إنهائه فإن إتفاق التحكيم يظل منتجاً لآثاره في حسم المنازعات ، فلا يتأثر بما يعتري العقد الأصلي من بطلان أو فسخ .

إذاً فهذا المبدأ يعد من أكبر الضمانات لفاعلية إتفاق التحكيم سواء كان ذلك بين أطرافه أو في مواجهة الأشخاص الذين يراد إلزامهم به، رغم أنهم لم يكونوا أطرافاً فيه في وقت إبرامه . ولذلك نجد الفقه يبرر هذا المبدأ بعدة مبررات فهو أداة لإحترام إرادة الأطراف، إذ أن الأطراف عادة ما يدرجون إتفاق التحكيم ضمن العقد الأصلي بطريقة واسعة ويقصدون منه عرض كافة منازعاتهم على المحكمين بما في ذلك حول صحة أو بطلان العقد الأصلي فإن عدم إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ينتج عنه تضيق في نطاق التحكيم ، وهذا على نقيض ما أراده الأطراف¹ .

كما أن من أهم المبررات هو إختلاف موضوع كل من العقد الأصلي وإتفاق التحكيم، فالعقد الأصلي قد يتعلق ببيع أو شراء أو إستغلال مثلاً لبراءة إختراع في حين أن إتفاق التحكيم فهو يتعلق بالمنازعات التي قد تنشأ بسبب تنفيذ العقد الأصلي كما أن مبررات إستقلال إتفاق التحكيم هو أن إتفاق التحكيم عقد إجرائي يختلف محله وطبيعته وسببه عن العقد الأصلي حتى وإن تضمن إتفاق التحكيم والعقد الأصلي وثيقة واحدة ، إذ أن محل إتفاق التحكيم هو إستبعاد المحاكم الوطنية من أن تنظر في المنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف وتعلق بالشروط الموضوعية الواردة في العقد وذلك بتنظيم وسيلة أخرى لحل المنازعات، ألا وهو التحكيم ، أمر إجرائي بينما يتعلق العقد الأصلي بتنظيم حقوق الأطراف ومراكزهم القانونية وهو أمر موضوعي² .

¹ - عاطف - محمد الفقهي - التحكيم في المنازعات البحرية - ط 1 دار النهضة العربية القاهرة - مصر 1997 ، ص 125 .

² - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي مرجع سابق ص 471 .

كما أن سبب إتفاق التحكيم فهو تعهد كل طرف فيه بأن لا يلجأ إلى القضاء لحسم المنازعات التي قد تنشأ عن العقد الأصلي¹ .

إذ أن إرادة اطراف العقد التي تلجأ إلى التحكيم وخاصة التحكيم الدولي، تعكس رغبتهم في إستقلالية إتفاق التحكيم على كون أن التحكيم الدولي مستقل عن القضاء الوطني .

ولقد ظهر هذا المبدأ في عدة دول ، غير أنه تجسد أكثر في القضاء الفرنسي في عدة قضايا منها قضية جوسي² ، والقضية المعروفة بإسم Menicucci والتي صدر فيها حكم عن محكمة إستئناف باريس بتاريخ 13 ديسمبر 1975 والتي ألغت فيها محكمة الإستئناف الحكم الصادر من محكمة أول درجة بإختصاصها وببطلان شرط التحكيم لوروده في عقد مختلط ، وبذلك قررت محكمة الإستئناف ان العقد له صفة الدولي، ويتمتع فيه شرط التحكيم بإستقلالية تامة .

كما أن هذا المبدأ تضمنه "الإجتهد القضائي" بتاريخ 25 جانفي 1972 أكد ذلك قرار مجلس الإستئناف لباريس والذي قرر بأن تنفيذ الشرط التحكيمي لا يجب أن يخضع حتما للقانون الذي ينظم العقد الذي ينص عليه، وعلى إثرها قررت العديد من التشريعات الوطنية ومراكز التحكيم مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم .

غير أن الصيغ التي ورد بها هذا المبدأ في هذه التشريعات ليست واحدة ، فمنها ما إقتصر على القول بأن إتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي الذي تضمنه، أو بإغثائه، أو فسخه، ومنها ما أضاف على هذا الحكم إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بوجه عام أما التشريع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 تحت رقم 66-154 لم ينص صراحة أو ضمناً على مبدأ الإستقلال وهذا يرجع على أساس أن القواعد الخاصة بالتحكيم كانت تخص التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي، هذا إضافة إلى التحفظ الذي كان سائداً خلال صدور القانون السالف الذكر إتجاه التحكيم الدولي بصفة عامة، فما بالك بمبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، كما أن هذه القاعدة آنذاك كانت ما تزال في بدايتها ولم تقتنع بها كل القوانين والتنظيمات كما أنه لم تكن ذات تطبيق واسع، وبصدور التعديل

¹ - فتحي والي " قانون التحكيم في النظرية والتطبيق " ص 95 .

² - أول ما ظهر بصورة مباشرة في القضاء الهولندي قرر في حكم صدر في: 27 ديسمبر 1935 . وقضية جوسي GOSSET حكمها منشور في دالوز 1963 ص 545 .

لقانون الإجراءات المدنية سنة 1993م¹ ، فإن هذا التعديل قد ساير تطور الفكر القانوني فنجد في القسم الثاني منه تحت عنوان " تنظيم التحكيم الدولي نصت المادة 458 مكرر 1 فقرة 04 على ما يلي " لا يمكن الإحتجاج بعدم حجة إتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح " هذه الفقرة نجدها تؤكد بكل وضوح وصراحة على أن القانون الجزائري يكرس مبدأ الإستقلالية. وفي المادة 1040 من التعديل الجديد قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي فقرتها الأخيرة بعد أن ذكرت في بدايتها سريان إتفاقية التحكيم والشكل الذي يجب أن تكون عليه. "نصت على أنه لا يمكن الإحتجاج بعدم صحة إتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي " وبذلك فإن نص المادة أتى عاما وصریحا بإستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي .

وبما أن مبدأ الإستقلالية يعتبر قاعدة مادية دولية وتستمد مشروعيتها بإعتبارها مبدأ قانوني للتحكيم الدولي، يكفي في ذلك توفر المعيار الإقتصادي² . وهذا ما نصت عليه نص المادة 1039 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بأن التحكيم يعد دوليا إذا كان يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل، وبذلك نجد ان المشرع الجزائري قد ساير الفقه والقضاء الدوليين و التشريعات الحديثة في الأخذ بمبدأ الإستقلالية .

و بمقتضى نص المادة 1040 فقرة -2- والتي نصت على أن تكون إتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا إستجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي إتفق الأطراف على إختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما " يتبين من هذا النص أن المشرع الجزائري أكد مبدأ الإستقلالية، من خلال تقريره لحرية الأطراف في تطبيق قانون يكون مخالفا للقانون المطبق على العقد الأصلي. و هذا ما إتجهت إليه أغلب الأنظمة التحكيمية الدولية .

و بمقارنة نص المادة 458 من القانون السابق ونص المادة 1040 من قانون الحالي خاصة في خاصية مبدأ الإستقلال، فإن المشرع لم يغير من الفقرة إلا عبارة " أن العقد الأسمى قد يكون

¹ - المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 م يعدل ويتمم الأمر رقم 66/154 المؤرخ في 1966/06/08 .

² - نور الدين بكلي، إتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري مذكرة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية جامعة الجزائر معهد الحقوق والعلوم الإدارية السنة الجامعية 1995-1996 ص 86

غير صحيح " لتصبح "عدم صحة العقد الأصلي " ونقول أن المشرع يكون قد وفق في تصحيح العبارة لتكون شاملة ودقيقة ، إذن مبدأ الإستقلالية قد كرسه المشرع الجزائري إبتداءً من المرسوم التشريعي رقم 93-09 أما المشرع المصري في نص المادة 23 قد سلك نفس إتجاه القانون النموذجي في مادته 16 والذي بدوره تضمن نصاً مطابقاً لنص المادة 23 من قواعد الاونسيترال بصيغتها المنقحة لعام 2010 فنصت المادة 23 قانون مصري على أن شرط التحكيم "يعتبر شرطاً مستقلاً عن شرط العقد الآخر على بطلان العقد أو فسخه أو إنتهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته " .

وكذلك هو الحال في الولايات المتحدة إذا أقرت المحكمة العليا وإبتداءً من سنة 1967 م في قضية *prima print* ضد *floodand conkin* إستقلال شرط التحكيم إذ قضت أنه وتبعاً للقانون الفيدرالي ، فإن مصير إتفاق التحكم (شرط التحكيم) يعد مستقلاً عن مصير العقد المدرج فيه هذا الإتفاق¹ .

وإذا كانت القوانين الوطنية لكثير من الدول قد نصت على إستقلال شرط التحكيم، وخاصة الدول الأوروبية كفرنسا وإنجلترا وغيرها، فإن مراكز التحكيم قد قررت العديد من القواعد لمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فنجد مثلاً غرفة التجارة الدولية قد نصت في الفقرة 4- من المادة 6²، على مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم، ولو أن هذا النص لم ينص صراحة على ذلك إلا أنها قررت إختصاص المحكم للفصل في الدفع ببطلان عقد أو إنعدامه، وفي تحديد حقوق الأطراف حالة الإنعدام أو تقرير البطلان .

كما نجد أن قواعد محكمة لندن للتحكيم التجاري السارية منذ أول جانفي 1998م قد أقرت مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم بحيث لا يتأثر مصير إتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي في المادة 23 فقرة 1- منه .

وهذا ما ذهبت إليه أيضا قواعد الجمعية الأمريكية للتحكيم والسارية بعد تعديلها منذ سبتمبر 2005 فقد نصت في الفقرة الثانية من المادة السابعة على إختصاص هيئة التحكيم

¹ - حفيظة السيد الحداد - الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم - مرجع سابق ص 31 .

² - والتي نصت على أنه " ما لم يتفق على خلاف ذلك لا يترتب على الإدعاء ببطلان العقد أو إنعدامه عدم إختصاص المحكم ما دام قد إنتهى إلى صحة إتفاق التحكم وبطل المحكم مختصاً حتى في حالة إنعدام العقد أو بطلانه بهدف تحديد حقوق الأطراف والنظر في طلباتهم".

بالفصل في صحة ووجود العقد المتضمن شرط التحكيم، وأن شرط التحكيم، لا يبطل ببطان العقد الأصلي¹، كما نصت صراحة بقولها يعامل شرط التحكيم كإتفاق مستقل عن بقية شروط العقد.

وهذا أيضا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في حكمين صدر أولهما في 25 أكتوبر 2005 وثانيهما في 11 جويلية 2006م، إذ نص على أن "تطبيقا لمبدأ صحة شرط التحكيم وإستقلاليته في المجال الدولي فإن بطلان العقد الأصلي أو إنعدامه لا يؤثران فيه².

وإن كنا قد تطرقنا إلى القوانين الوطنية والقضاء فإن المعاهدات الدولية كان لها أيضا رؤية في ذلك إذ أن المعاهدات الدولية الرئيسية المنظمة للتحكيم لم تنص صراحة على هذا المبدأ وبذلك فإن تبنى الدول لهذا المبدأ لم يكن وليد المصادفة على الإتفاقية³ فمثلا بتفحص نصوص إتفاقية نيويورك لعام 1958م بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، وفي نص المادة -2- نجد أنها تنص على أن محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل إتفاق من الاطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة تحيل الخصوم، بناءً على طلب أحدهم، إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الإتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق"

هذه المادة لم تشر صراحة لمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم، غير أنها تثبت هذا المبدأ بصورة غير مباشرة، وبذلك فقد أعطته قوة لم تكن له من قبل⁴، أما بالنسبة لمعاهدة واشنطن الموقع عليها بتاريخ 18 مارس 1965م والتي أنشأت المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن

¹ - حفيظة السيد الحداد - الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 27.

² - يتعلق الحكم الأول بأن إحدى الشركات طالبت بإبطال حكم التحكيم كون العقد الأصلي منعدم ورفعت محكمة النقض هذا الدفع وقررت عدم تأثر الشرط بإنعدام العقد الأصلي.

CASS.lere civ 25 octobre 2005 .JDI 2006 .p. 996,note fxtrain

CASS.lere civ .11 juillet 2006 Rev .aRb .2006 .p981.

أما الحكم الثاني فهو يتعلق بدعوى التعويض إذ نقضت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة الإستئناف قضى بحق النظر في الدعوى وذلك إستنادا إلى صحة شرط التحكيم وإستقلاله وعدم تأثره ببطان أو إنعدام العقد الأصلي.

³ - حفيظة السيد الحداد - الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 27.

⁴ - ناريمان عبد القادر - مرجع سابق ص 314. د سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة -

دار النهضة العربية - القاهرة طبعة الأولى، 1984، ص 164.

- ناصر ناجي محمد جمعان - شرط التحكيم في العقود التجارية دراسة مقارنة - رسالة الماجستير 2008 جامعة عدن كلية الحقوق ص 115.

الإستثمار فإننا وبتفحص نص المادة 41 فقرة 1 تنص على أن "محكمة التحكيم هي القاضي بالنسبة لمسألة إختصاصها " هذا النص قد أشار إلى مبدأ يتصل إتصال وثيق بمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم وهو مبدأ إختصاص بالإختصاص .

أما قواعد لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري عام 1976 فقد أقرت مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم، وذلك وفقا لما ورد في نص المادة 21 فقرة-2- إذ نصت على أنه "تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزء منه" ومن نص المادة 21 يكون إتفاق التحكيم إتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى .وبذلك فإن كل قرار يصدر بطلان العقد الأصلي فإنه لا يترتب عليه بطلان إتفاق التحكيم¹ .

هذا وقد أثبتت مراكز التحكيم الدائمة في لوائحها مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم ف نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية وما جاء في نص المادة (08 فقرة -4) والتي نصت على أنه "الإدعاء ببطلان العقد الاصيلي أو إنعدامه لا ينفي إختصاص المحكم إذا .. أن صحة إتفاق التحكيم يبقى مختصا حتى في حالة إنعدام أو بطلان العقد" .

من هذا النص يتضح جليا الإقرار بالمبدأ، ليس فقط في حالة الإدعاء ببطلان العقد الأصلي ولكن حتى في حالة الإدعاء بعدم وجود العقد .

كما أقر هذا المبدأ نظام الهيئة الأمريكية للتحكيم لعام 1992 إذ نصت المادة 15 فقرة -2- على أنه "المحكمة التحكيمية صالحة للبت في مسألة وجود أو صحة العقد الذي يتضمن الشرط التحكيمي ، ويعتبر الشرط التحكيمي كشرط مستقل عن شروط العقد الأخرى"² .
إذن من كل النصوص القانونية الواردة سواء في القوانين الدولية، أو في الإتفاقيات وكذا التطبيقات القضائية نجد أن مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم قد أصبح من المبادئ المستقرة .

¹ - سامية راشد - التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة، مرجع سابق، ص 70 .

وهذا أيضا ما تبناه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة (اليونسترال) في نص المادة 23 لسنة 2010 / 1 .

و إتفاقية عمان للتحكيم التجاري 1987 في نص المادة 24 -27 منه أنظر أكثر توسعا - عبد الحميد الأحذب - موسوعة التحكيم في البلاد العربية ، مرجع سابق، ص 1132 -فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 219 .

² - عبد الحميد الأحذب - موسوعة التحكيم في البلاد العربية، مرجع سابق، ص 572 .

المطلب الثاني

الآثار الإجرائية لإتفاق التحكيم

يترتب على إتفاق التحكيم الصحيح المستوفي لجميع الشروط الشكلية والموضوعية بعض الآثار سواء كانت بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ولعل أهم هذه الآثار التي تبنتها غالبية التشريعات الوطنية، ولوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة، الأثر المانع لإتفاق التحكيم ومبدأ الإختصاص بالإختصاص وعليه سنتناول في الفرع الأول مبدأ الإختصاص بالإختصاص وفي الفرع الثاني الأثر المانع لإتفاق التحكيم .

الفرع الأول

مبدأ الإختصاص بالإختصاص

وهو المبدأ الذي يمنح للمحكمن سلطة الفصل في إختصاصهم بنظر النزاع المعروض عليهم وذلك بتحديد مدى إختصاصهم أو عدم إختصاصهم، إذن هيئة التحكيم تستمد إختصاصها من إتفاق التحكيم¹ .

وهناك من الفقهاء من عرفه بأن "المحكم يختص بتحديد إختصاصه، فهو الذي يقرر ما إذا كان هناك إتفاق التحكيم أم لا، فهو لن يختص إلا ببناء على وجود إتفاق تحكيم صحيح² " .

¹ - أنظر لزهر بن سعيد - كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 75.

- أنظر نور الدين بكلي - إتفاق التحكيم التجاري الدولي - رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص 97 .

- محمود سمير الشرفاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 110.

² - إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولي الخاص " دار النهضة العربية الطبعة الثالثة لسنة 2000 - ص 98 .

وهناك من عرفه على أنه "أن هيئة التحكيم تستمر في إجراءات التحكيم وهي التي تقر كونها مختصة بالنظر في الموضوع أم لا"¹

نلاحظ من هذه التعريفات أنها تتقارب في مفهومها لمبدأ الإختصاص غير أن هناك من الكتاب من قدم تعريفا ويرى بأنه الأصوب، على أساس قد جمع فيه كل عناصر الإختصاص وهو " أنه حق المحكم في تكوين عقيدته حول تحديد إختصاصه وتأكيد ذلك بحكم مع أعمال رقابة القضاء على هذا الحكم لاحقا"² .

إذن ينقل الإختصاص من قضاء الدولة إلى قضاء خاص، أنشأه أطراف إتفاق التحكيم ليصبح القضاء الجديد هو صاحب الولاية في تسوية أي نزاع يطرأ بعد ذلك .

إذن هيئة التحكيم وأول إجراء تقوم به هو التأكد من صحة إتفاق التحكيم قبل الشروع في إجراءات التحكيم.

وهذا هو مناط سلطة المحكم فهو قاضي يحسم لا النزاع إلا بعد أن يحسم مسألة إختصاصه ، وهذا وفقا للأساس الفني³ .

وذلك لأنه في كثير من الحالات وللتنصل من الإلتزامات التي قد تنشأ عن إتفاق التحكيم فإنه يمكن لأحد طرفي العقد إثارة مسألة غموض أو بطلان الإتفاق أو تنازلهما عن الإتفاق، أو باللجوء إلى القضاء لنظر النزاع وبذلك نفي إختصاص هيئة التحكيم، هذا إضافة إلى الدفوع التي قد يدفع بها أحد الأطراف بعدم وجود إتفاق أو سقوطه أو بطلانه⁴ .

¹ - حسين الماجي، التحكيم النظامي في التجارة الدولية الطبعة الثانية سنة 2003 بند 75، ص 142 .

² - للإطلاع أكثر أنظر أنور علي أحمد الطشي، مبدأ الإختصاص بالإختصاص في مجال التحكيم دار النهضة العربية طبعة الأولى 2009، ص 28 .

بالرجوع إلى التشريع الفرنسي نجده قد عبر عن مبدأ الإختصاص بلفظ الولاية (investiture) وليست بلفظ (competence) وهما وجهان لعلمة واحدة ، ويتحدان في صورة واحدة طبعا دون إعمال للتفرقة التي توجد في

النظام القضائي لمزيد من التفصيل أكثر راجع أنور علي أحمد الطشي مبدأ الإختصاص بالإختصاص، مرجع سابق، ص 41

³ - فهناك من قال بوجود المبدأ وفقا لأساس إتفاقي وهناك من قال على أساس تشريعي .
وهناك من ذكر على أنه على أساس فني ونحن نؤيد ما ذهب إليه الكاتب على أساس أن الطبيعة القضائية لمهمة المحكم هي أساس مبدأ الإختصاص .

أنور علي أحمد الطشي، مبدأ الإختصاص بالإختصاص في مجال التحكيم، مرجع سابق، ص 74.

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري، المرجع السابق، ص 293 .

إذن هذا المبدأ يعطي لهيئة التحكيم سلطة الفصل في كل الدفوع التي قد تطرح وذلك من أجل أن يفصل في إختصاصه أولاً ، وفي هذه الحالة فإنه على المحكم أن ينظر في مدى مشروعية العقد المتضمن لشرط التحكيم، وذلك من خلال كونه مخالفاً أو مطابقاً للنظام العام . وكذلك مدى مخالفة أو مطابقة إتفاق التحكيم للنظام العام فإذا ما تحققت المطابقة في كلا الحالتين قام مبدأ الإختصاص¹ .

إن مبدأ الإختصاص يذهب في آثاره إلى إقرار المحكم لإختصاصه في الدفع الذي قد يتقدم به أحد الأطراف، فإذا رأي عدم الجدوية في الدفع فإنه يجب عليه إعلان إختصاصه ، وهذا الأثر يعمل به حتى في القضاء العادي وليس خاص بالتحكيم فقط ، بل أن من آثار هذا المبدأ أنه يسمح بتبرير سلطة المحكم في التصريح بعدم صحة العقد *invalidité* دون إمتداد عدم صحة العقد إلى إتفاق التحكيم، وذلك بتحريك مبدأ الإستقلالية ومبدأ إختصاص الإختصاص . هذا لا يعني أن المحكم يعلن إختصاصه دون تحقق إتفاق تحكيم مكتوب، أو حضور الأطراف بين يديه، إذ أن الحضور يعتبر حالة أبلغ صحة من حالة الإتفاق المكتوب² ، فالمحكم يبحث أولاً في ما إذا كان الإتفاق موجوداً وناظراً وصحيحاً في ذاته، ثم يبحث بعد ذلك فيما إذا كان النزاع المعروض عليه يدخل في نطاق إتفاق التحكيم، إذ يترتب على مبدأ إختصاص هيئة التحكيم بعد الفصل في إختصاصها بنظر النزاع أن يصبح الحكم الصادر عنها متمتع بحجية الشيء المقضى به، ويصبح هذا الحكم واجب النفاذ وذلك بعد صدور أمر القضاء بتنفيذه .

وهذا المبدأ قد كرس في مختلف القوانين الداخلية وفي الأنظمة التحكيمية والإتفاقيات الدولية. منها نظام محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، إذ نجد نص المادة 13 منه تنص على "...أن بطلان أو إنعدام العقد لا يؤدي إلى عدم إختصاص المحكم وإذا حكم بصحة شرط التحكيم يبقى مختصاً حتى عند إنعدام أو بطلان العقد لتحديد الحقوق المترتبة للطرفين والبت حول طلباتهم....." أما في القانون النموذجي للإسترتال المعدل سنة 2010 فقد قررت المادة

¹ - أنور علي أحمد الطشي، مبدأ الإختصاص بالإختصاص، مرجع سابق، ص 80 .

² - مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم التجاري في العلاقات الدولية - مرجع سابق ص 281 . د فتحي والي الوسيط مرجع سابق ص 941 و ص 937

- أشرف الرفاعي، النظام العام، مرجع سابق، ص 252 خالد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ، ص 215 .

23 على أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تثبت في إختصاصها وفي كل الإعتراضات التي تتعلق بوجود إتفاق التحكيم أو بصحة التحكيم. أما المادة 5 و 6 من إتفاقية جنيف فهي لا تقتصر على الإعتراف بحق المحكم بنظر النزاع بل تتضمنان شرط أن يكون الإحتجاج على هذا الإختصاص في بداية المنازعة .

كما قضت في نص المادة 44 فقرة -2- إتفاقية التحكيم لواشنطن لسنة 1965 على أن المحاكم التحكيمية تكون قاضيا حول إختصاصها، كما قررت قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA مبدأ الإختصاص بالإختصاص في المادة 23 فقرة 1، وقد نعى نفس المنحى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في نص المادة 21 فقرة 1 .

كما نجد أن التشريعات الوطنية في كثير من الدول قد تبنت هذا المبدأ . حيث نجد أن المشرع المصري وفي نص المادة 22 فقرة 01 نصت " تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم إختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود إتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه " .

هذا النص يكرس مبدأ إختصاص هيئة التحكم من الفصل في إختصاصها، متى كان الدفع متعلق بإتفاق التحكيم، كالتمسك بعدم وجود إتفاق على مدة معينة لسريانه وإنتهت المدة ، أو ببطلانه بسبب أن موضوع النزاع خارج عن نطاق إتفاق التحكيم ، أو أحد الشروط الموضوعية أو الشكلية غير متوفرة¹ .

بل ويمتد نطاق مبدأ الإختصاص وفقا لنص المادة السالفة والتي ذكرت " بما في ذلك الدفوع " كافة الدفوع التي قد يدفع بها أحد طرفي النزاع والمتعلقة بإختصاص هيئة التحكيم كالدفع بعدم صحة العقد الأصلي .

وهذا المبدأ أصيل في التشريعات الوطنية، إذ من خلاله تتمكن هيئة التحكيم من الفصل في النزاع دون النظر في ما يقوم به أحد الأطراف من رفع دعوى موازية ببطلان إتفاق التحكيم أمام القضاء العادي، فهئة التحكيم لا يجوز لها إيقاف الفصل في النزاع إلى حين فصل القضاء في مسألة وجود أو صحة إتفاق التحكيم مثلا .

¹ - محمود سمير الشرفاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 113 .

كما كان للمشرع المصري موقف، فإن للمشرع الجزائري أيضا موقف بالنسبة لمبدأ الإختصاص بالإختصاص، إذ أن قانون الإجراءات المدنية السابق الصادر بالأمر 154-66 المؤرخ في جوان 1966 لم نجد في أحكامه نص مادة تنص على مبدأ الإختصاص بالإختصاص وذلك لكون قواعد التحكيم كانت مختصرة على التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي ، غير أنه وبعد التعديل ما قبل الأخير لقانون الإجراءات المدنية وبالرجوع إلى نص المادة 458 مكرر 7 حيث نصت " تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها ، ويجب إثارة الدفع بعدم الإختصاص قبل أي دفاع يتعلق بالموضوع " .

"تفصل محكمة التحكيم في إختصاصها بقرار أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الإختصاص مرتبطا بموضوع النزاع " .

وهذا النص أعيد تقريبا حرفيا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹ ، ما عدا تغيير طفيف في العبارات كتغيير عبارة "يتعلق بالموضوع" بعبارة "في الموضوع" وكلمة قرار "بعبارة" حكم "في الفقرة الثانية"².

إذن المشرع الجزائري قد قرر مبدأ الإختصاص بالإختصاص بنص صريح ، وأشار إلى أن الدفع بعدم الإختصاص يكون قبل أي دفاع يتعلق بموضوع النزاع، ويكون الشكل الذي يتخذ للفصل في محكمة الإختصاص بحكم أولى يفصل في مسألة الدفع المقام من طرف أحد طرفي الإتفاق، غير أنه يمكن للمحكم أن يدرجه ضمن منطوق الحكم الفاصل في الموضوع إذا كان الدفع بعدم الإختصاص مرتبطا إرتباط بموضوع النزاع .فمحكمة التحكيم في كل الأحوال تفصل في الإختصاص الخاص بها سواء تم الدفع بعدم الإختصاص من طرف إحدى طرفي العقد الأصلي أولا. إذن هو إختصاص أصيل يكسبه المحكم في جميع الأحوال.

ومنه فإنه وبمجرد مباشرة هيئة التحكيم مهمة الفصل في النزاع فإنه يتحتم على القاضي الوطني الذي ترفع أمامه دعوى بعدم وجود إتفاق التحكيم أو بطلانه، الحكم بعدم الإختصاص ، غير أنه وفي حالة عدم إتصال هيئة التحكيم بالنزاع فإن للقاضي الحق في النظر في مدى صحة إتفاق التحكيم أو بطلانه، وبذلك فله حق إستعادة إختصاصه حال بطلان إتفاق التحكيم ،

¹ - المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

² - إن هذا التغيير يتماشى والتغييرات الواردة في الإتفاقيات الدولية والتي تذكر عبارة حكم فهو يصدر عن محكم، له ميزات القاضي أما التعبير الأول فحرف الجر "في" تعطي مفهوم أوسع من كلمة يتعلق .

وهذا أيضا ما أخذ به المشرع الفرنسي¹ .

إذن المشرع الجزائري أعطى أقصى حد من الفاعلية في تفصيل طريقة حل النزاعات عن طريق التحكيم، وهذا بأن منح المحكم الحرية الكاملة في مدى شرعية وصلاحيه مضمون إتفاق التحكيم، إذ أن ما تضمنته هذه النصوص يدخل ضمن الحركة العامة للفقهاء والإجتهد التحكيمي²

فمبدأ الإختصاص بالإختصاص يعد من أهم المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم الدولي، فهو كما سبق وأن رأينا يحتل مكانة كبيرة في قوانين التحكيم والإتفاقيات الدولية هذا فضلا عن قواعد مؤسسات التحكيم ، فهذا المبدأ يحقق السرعة في الفصل في دعاوي التحكيم ، فهئية التحكيم لا توقف سير إجراءات التحكيم كون هناك دعوى مرفوعة لذات الأمر أمام قضاء الدولة، ما لم يكن قاضي الدولة قد اصدر حكما يبطلان إتفاق التحكيم وتصدى بعدها للموضوع، وأصدر حكما نهائيا. ففي هذه الحالة فإن السير في إجراءات التحكيم يعد بدون جدوى، إذ الحكم الذي سيصدر عن هئية التحكيم إذا كان مخالفا لحكم قضاء الدولة لا يمكن تنفيذه، كونه يتعارض مع حكم قضائي نهائي سابق .

الفرع الثاني

الأثر المانع لإتفاق التحكيم

¹ - حيث أن القانون الفرنسي بين حالة أن يتصل النزاع بهئية التحكيم، فيمتنع حينها قضاء الدولة عن تقرير إختصاصه (1/1448) ولكن في نص المادة (2/1448) من قانون التحكيم 2011 نصت على أن قضاء الدولة يكون مختص في حالة عدم تشكيل هئية التحكيم، وهو نفس إتجاه التشريع الجزائري، إلا أننا نرى بأنه كان من الافضل في التشريع الجزائري أن يفصل قضاء الدولة بعدم الإختصاص في الحالتين وخاصة أن تشكيل هئية التحكيم يعد سهلا إما وفقا لما ينص عليه إتفاق التحكيم نفسه، أو وفق قانون إجراءات التحكيم أو وفق قواعد المؤسسات التحكيمية .

2-Bedjaoui M.et A.Mebrokiné, le nouveau droit de L'arbitrage International en Algerie, JDI, 1994, P75.

إن إتفاق التحكيم يمنح حق اللجوء إلى التحكيم. وحالة تمسك أحد طرفي النزاع بذلك، فإن على محاكم الدولة أن تمتنع عن نظر الدعوى .

وإعمالاً لهذا الأثر، فإذا كان إتفاق التحكيم صحيحاً يجب على الطرفين عدم عرقله أي منهما في إستعمال حقه في اللجوء إلى التحكيم ، هذا ما يجعل قضاء الدولة غير مختص في نظر النزاع، وأول من نص على هذا الأثر هو بروتوكول جنيف والذي صدر عام 1923¹، ثم تبعه بعد ذلك بنفس الحكم إتفاقية نيويورك في نص المادة 2 فقرة 03 حيث أنها ألزمت محاكم الدول المتعاقدة والتي يطرح أمامها النزاع كان قد تم إبرام إتفاق تحكيم بشأنه،

بأن تحيل الخصوم في حالة طلب أحدهم اللجوء إلى التحكيم² . كما أن نص المادة 02 فقرة 02 يعد من أهم إنجازات إتفاقية نيويورك بأن وضعت حد للآثار السلبية التي قد ترتبت عن اللجوء إلى محاكم الدول، برغم وجود إتفاق تحكيم وتمسك أحدهم به³ ولكن بالرجوع إلى بروتوكول جنيف الصادرة 1923 وإتفاقية جنيف الصادرة سنة 1961 فإن نصوصها تحفظ عن من يراقب وجود وصحة إتفاق التحكيم، إذا نجدها تحيل ذلك إلى القضاء الداخلي⁴ .

وفي التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية فإن المشرع قد تبنى أيضاً المبدأ، في نص المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ نصت "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع ، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة ، أو إذا تبين وجود إتفاقية تحكيم ، على أن تثار من أحد الأطراف "إذن المشرع الجزائري أخذ بنفس مبدأ إتفاقية نيويورك إذ أن مبادئها

تعد من القانون بعد المصادقة عليها ، وبذلك فإذا ما ترتبت على وجود إتفاق تحكيم سليم شكلاً وموضوعاً بحسب الأحكام الواردة في القانون فإن على القاضي المطروح أمامه النزاع أن ينظر، إذا إجراءات التحكيم قد بدأت، أو أن أحد الأطراف قد دفع بوجود إتفاق تحكيم. وبذلك يكون على القاضي الحكم بعدم قبول الدعوى، فقضاء الدولة يحجب عن النظر في النزاع كون النزاع يوجد بشأنه إتفاق تحكيم .

¹ - المادة 4 فقرة 01 من بروتوكول جنيف الصادرة سنة 1923 م .

² - أحمد - مخلوف - إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 154-155

³ - سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 434 .

⁴ - بها جيرات إفاقات منظمة التجارة العالمية، مرجع سابق، ص 12 .

كما أن لجوء أحد أطراف إتفاق التحكيم للقضاء ، لا يمنع الطرف الآخر من بدء إجراءات التحكيم ، وإذا كانت إجراءات التحكيم قد بدأت فإن رفع الدعوى لا يعوق إستمرار المحكمين في نظر النزاع وإصدار أحكامهم سواء في ما يخص مسألة الإختصاص بحكم أولي أو في الموضوع بعد ذلك .

ولكن لو أن أحد الأطراف إلتجأ إلى قضاء الدولة ، وحضر الطرف الآخر وسائر خصمه وبدأ في تقديم طلباته التي لا تحوي التمسك بالدفع بوجود إتفاق تحكيم ، ومناقشة موضوع النزاع فهذا إنما يدل على أنه قد تخلى هو أيضا عن إتفاق التحكيم، وبذلك فعلى القاضي أن يتصدى للنزاع حتى ولو تبين للقاضي وجود إتفاق تحكيم فعليه مباشرة إختصاصه والتصدي للموضوع .

وقد ذهب المشرع الفرنسي في نص المادة (1448) من القانون التحكيم 2011 إلى أحكام متشابهة لموقف المشرع الجزائري، فلقد أقر المشرع الفرنسي على أن القضاء ملزوم بالحكم بعدم إختصاصه في نظر النزاع في حالة رفع الدعوى بعد إتصال هيئة التحكيم بالنزاع، ومع ذلك فإنه يخول للقاضي إمكانية عدم الحكم بعدم الإختصاص والتصدي للموضوع، إذا ما تبين له البطلان الظاهر لإتفاق التحكيم، وذلك مثلا كخلو شرط التحكيم من تحديد موضوع النزاع. إذا القضاء الفرنسي لا يحكم بعدم الإختصاص بمجرد تمسك أحد الأطراف بوجود إتفاق أو يبدأ إجراءات التحكيم، بخلاف المشرع الجزائري والذي لا يفرق بين، قبل أو بعد، إتصال هيئة التحكيم بالنزاع موضوع إتفاق التحكيم، وبذلك نرى أن موقف المشرع الجزائري أكثر دقة .

إذ أن الحكم بعدم الإختصاص من طرف القاضي الوطني يحقق القوة الملزمة لإتفاق التحكيم، وبغلق باب التحلل من إتفاقية التحكيم وإهدار لقيمتها وأن ما نجده في نصوص القانون من تدخل قضاء الدولة في بعض الحالات كصعوبة تشكيل هيئة التحكيم أو إتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية¹ فهو لا يتعتبر من قبيل إختصاص قضاء الدولة بحكم النزاع إنما هو ضمان لحسن سير عملية التحكيم .

ولكن قد يثور تساؤل حول موقف القاضي الجزائري الذي يدفع أمامه من طرف احد الخصوم بوجود إتفاقية تحكيم من أجل إصدار حكم بعدم الإختصاص، في حين يتبين للقاضي المطروح عليه النزاع أن إتفاقية التحكيم باطلة كأن تكون غير مكتوبة، أو أنها لا تستجيب

¹ - نص المادة 1046 فقرة 02 والمادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

للشروط التي يضعها القانون الذي إتفق الأطراف على إختياره، وليكن مثلا القانون الجزائري ،فهل يتخلى القاضي عن إختصاصه والتصدي للموضوع بمجرد وجود محرر مادي يتضمن إتفاقية تحكيم ، أو مجرد القول بوجود إتفاق تحكيم. فهنا نعود إلى الإتفاقية الدولية، إتفاقية نيويورك التي صادقت عليها الجزائر وفي نص المادة 02 فقرة 03 نجدتها تنص على أن القاضي يكون مختص بالنظر في النزاع إذا كان إتفاق التحكيم باطلا أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق فإن القاضي حينها لا ينظر في دفع أحدهم بوجود إتفاق تحكيم وله أن يصدر حكما في موضوع النزاع .

وعمقتضى نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن المشرع قد إشتراط تحت طائلة البطلان أن تكون إتفاقية التحكيم بالنسبة للتحكيم الدولي مكتوبة أو بأية وسيلة إتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة، وأن تستجيب للشروط التي يضعها إما القانون الذي إتفق الأطراف على إختياره ،أو القانون المنظم لموضوع النزاع، أو القانون الذي يراه المحكم ملائما، فالقاضي لا يحكم بعدم الإختصاص بمجرد الدفع بوجود إتفاق تحكيم ،فإذا ما تبين له أنه أمام إتفاق باطل فإن له رفض الدفع بعدم الإختصاص والتصدي للموضوع وفقا للقواعد العامة ، وفضلا عن ذلك فإن صدور حكم تحكيم بناء على إتفاق باطل سيجعل هذا الحكم محلا لطلب بطلانه وفقا لنص المادة 1056 – 1057 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تورد أسباب الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي ومن أهمها فصل محكمة التحكيم بدون إتفاقية تحكيم، أو بناء على إتفاقية، باطلة أو إنقضاء مدة الإتفاقية وبخلاف ذلك نكون قد أهدرنا وقتا ومالا في غير محله¹ .

الفصل الثاني

إجراءات التحكيم في منازعات الملكية الفكرية

¹ - ومع ذلك فنحن نؤيد الرأي القائل بأن لا يتدخل القاضي الوطني في صحة إتفاق التحكيم وأن يترك للمحكم النظر في ذلك والفصل فيه وهذا لا يعني إحتكار لسلطة الفصل، أو سلب الإختصاص من سلطان القاضي، إنما حتى لا تقع تحت طائلة مفهوم النظام العام للدولة وتفعيل إرادة الأفراد والتي يفترض أنها قصدت من وراء هذا الإتفاق إلى ان تقيم آلية فعالة لتسوية المنازعات .

تعد إجراءات التحكيم¹ بمثابة العمود الفقري الذي يقيم نظام التحكيم ، و في ذات الوقت السياج الذي يضمن شرعيته ، وذلك بالنظر إلى أن تيسير إجراءات التحكيم أو إعاقته يسهم إلى حد كبير في تحديد مستقبل حكم التحكيم في النزاع المطروح.

فنجاح نظام التحكيم مسألة في منتهى الدقة إذ يمكن أن ينهار التحكيم لخطأ في الإجراءات وتبدو أهمية المسائل الإجرائية بما تقرره النظم الوطنية والإتفاقيات الدولية ولوائح مراكز التحكيم الدائمة من ضرورة مراعاة المسائل الإجرائية ، وإلا ترتب على مخالفتها بطلان الحكم أو رفض الإعتراف به أو تنفيذه² .

وبناء على الأهمية السابقة تعين علينا أن نحدد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في منازعات الملكية الفكرية في المبحث الأول ومجال تطبيقه في مبحث ثاني .

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في منازعات

الملكية الفكرية

¹ - يقصد بإجراءات التحكيم مجموعة القواعد والإجراءات التي يتبعها المحكمون منذ تشكيل هيئتهم حتى إصدار حكمهم بشأن النزاع .

² - حفيظة السيد الحداد. الطعن بالبطلان على احكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية دار الفكر العربي مصر

الأصل أن تسيير العملية التحكيمية تكون وفقا للإجراءات التي وضعت سواء من قبل الأطراف أو المحكمين، أو وفقا للاتحة المنظمة المشرفة على التحكيم، ولكنها غالبا ما تكون قاصرة عن الإحاطة بجميع المسائل الإجرائية، إذ أن هناك الكثير من الاختلافات المتعددة فيما بين الأنظمة الوطنية فيما يتعلق بالعديد من المسائل الإجرائية وهذا ما يثير التساؤل حول القانون الذي سيعتد به .

فقد تحدد إجراءات التحكيم من خلال إرادة الطرفين، ولكن قد يشوب هذه الإرادة قصور، فيجب حين ذلك البحث عن الضوابط التي يمكن من خلالها تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ، ومن كل ذلك يثار تساؤل حول القانون الواجب التطبيق على الإجراءات حالة الإتفاق وعدم الإتفاق .

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على الإجراءات حالة إتفاق الأطراف

إن إرادة الأطراف المتنازعة هي المنشأة للتحكيم وبذلك لا بد من إيجاد قانون يتم الرجوع إليه ، وكون التحكيم يعتمد في جوهره على الإتفاق المبرم بين الخصوم فإن لإرادة الطرفين دور كبير في تحديد إجراءات التحكيم بما يروونه مناسبا لحسم نزاعهم فقد يتفقون على تطبيق قانون إجرائي لدولة ما، أو ترك المهمة لهيئة تحكيم أو تطبيق لا ئحة مركز كما يمكنهم وضع قواعد إجرائية بأنفسهم .

إذن وفقا لمبدأ سلطان الإرادة لطرفي النزاع يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وقبل أن نخوض في ذلك فإنه يجب أن نحدد المقصود بالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات في فرع أول ثم نتطرق إلى إجراءات التحكيم في منازعات الملكية الفكرية لقانون الإرادة في فرع ثاني .

الفرع الأول

المقصود بالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات

قد يتفق الأطراف على قانون ما، أو لائحة مركز على إجراءات التحكيم من خلاله يتم حكم سير جلسات العملية التحكيمية، وينظم كل ما يتعلق بالجوانب الإجرائية فيها مثل كيفية إدارة الجلسات، وهل تكون سرية أو علنية، واللغة المستخدمة، وكيفية تقديم الطلبات والدفع، وتحديد قواعد الحضور والغياب وتنظيم تقديم الطلبات العارضة، والمواعيد المتعلقة بعوارض الخصومة¹، ومكان التحكيم..... وغيرها من المسائل الإجرائية .

ومن كل ما سبق عرفه بعض الكتاب على أنه "القواعد التي تحكم كافة المسائل الإجرائية التي تنشأ أثناء سير المنازعة"² .

ويمكن تعريفه على أنه مجموعة القواعد التي يصل المحكم إلى انها المناسبة للتطبيق على كافة المسائل الإجرائية، التي نشأت أثناء سير المنازعة سواء كان مصدرها قانونا وطنيا ما ، أو كانت مشتقة من مجموعة من القوانين الوطنية، أو أنها قواعد متعارف عليها دوليا بعيدا عن القوانين الوطنية للدول .

من التعريف السابق نرى أن القانون الواجب التطبيق على الإجراءات هو عبارة عن قواعد تعمل في حل المسائل الإجرائية التي قد تثور أثناء سير حل المنازعة عن طريق التحكيم .

ودراسة هذه القواعد يعد من المسائل الجوهرية في مجال التحكيم في منازعات الملكية الفكرية ، والتي تقوم على أساس تحقيق قدر من السرعة والمرونة، كما أنها تؤكد فعلا إستقلالية نظام التحكيم ومدى فاعليته في إيجاد الحلول للعديد من المعوقات .

إذن فكرة القانون الواجب التطبيق تدعم فكرة إستقلال التحكيم بكونه لا يرتبط بأي شكلية كما هو الحال في القضاء الوطني .

¹ - منير عبد المجيد ، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، دار الكتاب الجامعي، مصر 2005 ،ص 218 .

- هشام خالد - مبادئ القانون الدولي الخاص، بدون نشر، مصر 1999-2000.

² - سامي محسن حسين السري - القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة رسالة لنيل درجة الدكتوراة جامعة عين شمس كلية الحقوق مصر 2004 ،ص 100.

كما أن فكرة القانون الواجب التطبيق تؤدي إلى تشجيع إستغلال وإستثمار حقوق الملكية الفكرية، والتي تأتي غالبا على شكل عقود إستثمارية، كإستغلال علامة تجارية أو براءة إختراع أو غيرها من عناصر الملكية الفكرية. هذه العقود الإستثمارية الأجنبية يحرص أصحابها سواء كانوا أفراد أو شركات عادة على عدم الخضوع للقوانين الوطنية لتلك الدول، خاصة إذا كانت من الدول النامية، هذا ما أدى إلى البحث عن نظام قانوني يلقي القبول من الجميع¹ هذه القواعد تنظم سير العملية وتعمل على إيجاد حلول للمسائل الإجرائية.

كما أن القانون الواجب التطبيق وفي بعض الحالات يتم من خلاله تحديد جنسية التحكيم² هذا، ما سيؤدي إلى تطبيق طرق الطعن في حكم التحكيم بناءً على القانون المطبق على الإجراءات، من كل ما سبق تظهر جلية أهمية دراسة القانون الواجب التطبيق على الإجراءات. قد يتبادر إلى الذهن أن القانون الذي يحكم الإجراءات هو القانون الذي يحكم الموضوع، فعلا لو أن ذلك أصبح واقعا لما كان هناك مشكلة لتثور. إذ أن إستقلالية عقد التحكيم يسمح بأن يكون هناك قانون للإجراءات وقانون يحكم الموضوع مختلفان تماما. ومن أهم الأسباب التي من أجلها يتم إختيار قانونين مختلفين من طرف طرفي النزاع أسباب وقائية. فقد يختار الطرفان مثلا قانون الأنظمة الإنجلوا الأمريكية للإجراءات، وذلك لأن الإثبات من خلاله لا يتحقق إلا بكشف كافة المستندات في حين قد يختار طرفي النزاع القانون المرتبط بالموضوع بالقوانين المدنية المرتبطة بظروف العقد ومكان تنفيذه.

وإن كان إستقلالية إتفاق التحكيم تسمح بإيجاد قانونين وفقا لبعض الفقهاء، غير أن غيرهم من قال أن محاولة وضع معيار للتفرقة بين القانون الذي يحكم الإجراءات، والذي يحكم الموضوع يعد أمرا صعبا، وذلك ان هناك من القواعد القانونية التي قد تتصل بالموضوع والإجراءات في ذات الوقت مثل قواعد طرق الطعن، فهل ينطبق عليها قانون الإجراءات أم قانون الموضوع³ غير أنه هناك من الفقهاء من يرى خلاف ذلك إذ بالإمكان إيجاد تمييز على ضوء

¹ - صلاح الدين جمال الدين محمد - نظرات في القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الإقتصادية.

مجلة الشريعة والقانون بطنطا العدد الثامن مصر 1997م، ص 607.

² - عاطف الفقهي، التحكيم في المنازعات مصر، مرجع سابق، ص 46.

³ - هدى محمد . مجدي عبد الرحمان ، دور المحكم في خصومة التحكيم دار النهضة العربية مصر 1997، ص 279 وما بعدها.

تكييف من خلاله تتحدد ما إذا كانت القواعد يحكمها قانون الإجراءات أم قانون الموضوع ، هذا لا يمنع من أن يتخذ طرفي النزاع وبارادة حرة منهما قانون وطني ما ليحكم كلا من الإجراءات والموضوع في وقت واحد .

وإعتبار التحكيم يعتمد في جوهره على إتفاق التحكيم فلا يمكن إنكار دور إرادة الأطراف في تحديد إجراءاته، ولكن هذه الإرادة قد تكون مشوبة بالقصور، لذا كان يجب البحث عن ضوابط فنية أخرى يمكن من خلالها تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وغالبا ما يتم الإستعانة في هذا الشأن بهيئة التحكيم أو بقانون مقر التحكيم¹ ، وهذا ما سندرسه في المطلب الثاني .

الفرع الثاني

خضوع إجراءات التحكيم في منازعات الملكية الفكرية لقانون الإرادة

- أبو العلاء النمر القانون الواجب للتطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم الطبعة الأولى دار النهضة العربية سنة ،ص 06 .

- جمال محمود الكردي القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم دار النهضة العربية الطبعة الأولى 2000،ص 18 .
¹ - ومن أمثلة قواعد الإسناد الموحدة في مجال إجراءات التحكيم ما نصت عليه المادة الثانية من بروتوكول جنيف لسنة 1923 إذ أنها نصت على ترك الحرية لطرفي النزاع في الإتفاق على القانون الواجب التطبيق، و إجراءات النزاع وتطبيق قانون الدولة التي يجري التحكيم فيها عند عدم وجود الإتفاق .

لقد إستقر الفقه والقضاء وكافة المعاهدات الدولية ولوائح مراكز التحكيم الدائمة على مبدأ خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة¹ .

إذ أن لطرفي النزاع حرية إختيار القانون الذي يروونه مناسباً لسير المنازعة سواء يقومون بوضعه بأنفسهم، أو يتفقوا على إتباع لائحة مركز دائم للتحكيم، أو إتباع إجراءات قانون وطني معين، فهذا يمثل تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القواعد التي تحكم الإجراءات ، فإرادة الأطراف يوجد التحكيم، وبها ينقضي ولهم حق تحديد الإجراءات والقواعد التي تحكمه²، وبالتالي فالقانون المطبق على الإجراءات يختلف عن القانون المطبق لحسم النزاع، أو قانون مكان التحكيم، إلا إذا إستثنى أطراف النزاع ذلك بمحض إرادتهم الحرة، ولقد سارت جل التشريعات نحو هذا المنحى بالقول بخضوع قانون إجراءات التحكيم لقانون الإرادة مستقلاً بذلك عن أي قانون آخر حتى ولو كان قانون مقر التحكيم.

إذ أن نص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أنه "يمكن أن نضبط في إتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو إستناداً على نظام تحكيم كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في إتفاقية التحكيم" .

من هذا النص يتضح جلياً أن المشرع الجزائري أكد على ضرورة احترام إرادة أطراف النزاع في تحديدها لقانون الإجراءات الواجب التطبيق في مجال التحكيم الدولي، فقد منحت للأطراف حرية وإستقلالية كاملة في شأن تحديد القواعد والمبادئ الإجرائية الواجب تطبيقها على التحكيم فلهم حق وضع قواعد إجرائية من إبتكارهم . ولهم حق إختيار أي قانون إجرائي لدولة ما، ولهم حق إختيار القواعد المنصوص عليها في لوائح المراكز و مؤسسات التحكيم الدائمة .

وبالرجوع إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبإستقراءها نجد أن المشرع الجزائري فرق بين التحكيم الداخلي والدولي فلقد نصت المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية

¹ - أشرف عبد العليم ، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2003، ص 5 .

² - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي ، الطبعة الأولى مصر 2004 ، ص 556 .
- سحر عبد الستار إمام ، دور القاضي في الإثبات رسالة دكتوراة مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس 2001 ص 50

والإدارية على أنه " تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك "

إذن وبرغم أن المشرع أعطى الأولوية لإتفاق التحكيم في تحديد القانون الذي يجب أن يحكم إجراءات التحكيم، غير أنه وفي حالة تخلف ذلك فإن المشرع الجزائري لم يمنح هيئة التحكيم سلطة تحديد قانون إجراءات التحكيم، كما هو الحال في التحكيم الدولي، فقانون الإجراءات المدنية والإدارية هو من سيكون محل تطبيق من طرف المحكم على إجراءات التحكيم .

ومن أوضح الصور للدور الذي تلعبه الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات هي تلك التي تسري على تحكيم الحالات الخاصة (ADHOC)، إذ أن أطراف النزاع يقومون بوضع كل القواعد التي تنظم العملية التحكيمية ابتداءً من المحكمين وكيفية مباشرة إجراءات التحكيم، وإختيار مكان التحكيم، ولغته، وقواعد الإثبات¹ .

وذلك إما بوضع القواعد الإجرائية بأنفسهم، أو أن يختاروا قانونا وطنيا، أولائحة تحكيم، أو أن يتفقوا فيما بينهم على مزيج، أو أن يعهدوا بكل ذلك لهيئة التحكيم .

ومع ذلك ونظرا لعدم الأمام الكافي لطرفي النزاع بالجوانب القانونية، فقد وضعت الأمم المتحدة في عام 1976² قواعد يتم الإسترشاد بها أحاطت بالمسائل المتعلقة بالعملية التحكيمية، إذ أن هذا النوع من التحكيم ما يزال يلقي رواجاً في منازعات الملكية الفكرية وخاصة في المنازعات المتعلقة ببراءة الإختراع وعقود نقل التكنولوجيا أو عقود الترخيص لعناصر الملكية الفكرية، كون هذه العقود تتطلب نوعاً من الخصوصية والخبرة .

فتحكيم الحالات الخاصة وإن كان يوصف بأنه تحكيم تعاقدية، فإن التحكيم المؤسسي، يكون أقرب إلى "التحكيم القضائي"³ لأن المركز أو الهيئة المشرفة على التحكيم لها لوائح منظمة للعملية التحكيمية، وهي إلزامية التطبيق إذ أن أطراف النزاع لا دخل لهم في تحديد هذه القواعد إلا إذا كانت لائحة المركز أو الهيئة تخول لهم ذلك.

و الغالب أن أطراف النزاع وحالة إخضاع نزاعهم لهيئة أو مركز تحكيم، فإن إتفاقهم يكون حالياً من قواعد الإجراءات الواجبة التطبيق وذلك اعتماداً على أن لائحة الهيئة أو المركز ستكون

¹ - أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم، مرجع سابق، ص 91 .

² - أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص 113 .

³ - أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص 113 .

واجبة التطبيق¹ وأن أي قصور في لائحة الهيئة أو المركز فإن هيئة التحكيم تتولي النقص بتطبيق ما تقرره لائحة كل مركز .

وبذلك فإن الإقبال على هذا التحكيم هو في تزايد مستمر، كون لوائح وأنظمة هيئات التحكيم محددة وواضحة، وطرفي النزاع لا يتفاجأون بإجراءات قد تكون غير متوقعة. هذا إضافة إلى أن أغلب العقود الدولية ذات الشكل النموذجي أصبحت تتضمن بنداً إلزامياً بضرورة اللجوء إلى إحدى هيئات التحكيم الدائمة . و هذا لا ينقص من إرادة الأطراف، إذا أن إرادة الأطراف هي السيدة في التوجه إلى التحكيم المؤسساتي أو إلى التحكيم الحر ، كما أن الكثير من لوائح هيئات التحكيم ما تزال تعطي لإرادة الأطراف شأنًا وقدرًا كبيراً من الأهمية، وذلك حين ما تتضمن لوائحها على أن تكون مواد لائحة التحكيم واجبة التطبيق ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، أي أن كثير من مراكز وهيئات التحكيم أعطت الأولوية لإرادة أطراف النزاع، إذ تكون مقدمة على بنود لائحة هيئة التحكيم، هذا الإتجاه كان بناءً على أن التحكيم ذو طابع رضائي ويقوم على أساس إتفاق التحكيم، ومبدأ سلطان الإرادة يحتل مكانة كبيرة فيه² ، هذا المبدأ، مبدأ سلطان الإرادة والذي يعتبر شريعة المتعاقدين له الحق في الإستبعاد والتعديل والإستثناء للحقوق والإلتزامات.

كما أن من آثار إتفاق التحكيم، قواعد إجراءات العملية التحكيمية، وبناءً عليه فإنها يجب أن تكون محكمة بالقانون أو بالقواعد المختارة من طرف طرفي النزاع³ .
وإذا كانت إجراءات التحكيم تخضع لإرادة الأطراف، فهل يلزم الإعتداد بهذه الإرادة بأن تكون صريحة أم يكفي أن تكون ضمنية ؟ .

2- Fouchard (ph) : L'arbitrage ,1965 ,op cit.,p.304.No .472.

² - هذا المعنى تأكد في أحكام محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 840 جلسة 1980/05/18 والتي قررت فيها أن "إرادة الخصوم هي التي تخلق التحكيم" .

2-Fouchard (ph) : L'arbitrage op cit 1965 , p322, No .500 .

حيث أن أغلبية الفقهاء يرون أن الأفضلية تكون للقانون الذي يختاره الأطراف ليحكم سير المنازعة

- أكثر تفصيل - فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 171 .

هدى محمد مجدي - دور المحكم ،مرجع سابق ص 264.

في هذا الشأن فإن الفقه إنقسم، فمنهم من يقول بضرورة أن تكون الإرادة صريحة وواضحة وذلك للقيام بوظيفتها في تحديد القواعد الإجرائية، إذ أنه إذا كان من الممكن البحث عن الإرادة الضمنية في العقود، فإن الأمر يختلف في مجال التحكيم¹ .

في حين يرى جانب آخر من الفقه على أن المحكم لا يقتصر دوره على تطبيق قانون الإرادة على المسائل الإجرائية فقط، بل يخوله تطبيق قانون الإرادة بالبحث عن القانون الذي عينته الأرادة الضمنية لطرفي النزاع حال غياب إختيارهم الصريح، وهذا بالفعل ما إنتهت إليه هيئة التحكيم في النزاع الذي نشب بين الحكومة الليبية وشركة البترول الإنجليزية عندما طبقت القانون الدنماركي على إجراءات التحكيم، بإعتباره القانون الذي إتجهت إليه إرادة الطرفين الضمنية²، برغم ما قال به الفقهاء عن دور سلطان الإرادة، إلا أن البعض منهم شكك وقلل من أهمية هذا المبدأ في دوره في تنظيم سير الإجراءات بشكل سليم ، إذ يرون أنه لا يمكن للقانون الذي يحدده الأطراف أن يحكم كل أوجه الإجراءات فقد لا يتوقعون ما يثيره النزاع من مسائل ، كما أن هناك من القواعد والسوابق القضائية ما يجعل نظام التحكيم يقوم على أساس هش . كما أنه غالباً ما يكون أطراف النزاع لا علم لهم بالقوانين والأعراف الدولية فيضعون قواعد متناقضة تبتعد عن تحقيق العدالة، كما قد تتعارض مع قواعد أمرة أو بالنظام العام في دولة التنفيذ ، كما قد لا يقوم الأطراف بوضع أو إختيار القواعد التي تنظم الإجراءات، كما أنه لا يمكن التسليم بسلامة الإرادة.... الخ³ .

أما المعاهدات الدولية فقد أخذت بمبدأ سلطان الإرادة في تقرير قانون الإجراءات للعملية التحكيمية، فنجد أن إتفاقية نيويورك لسنة 1958 قد إتجهت إلى وجوب الرجوع إلى قانون الإرادة الخاص بطرفي النزاع في شأن إجراءات التحكيم وبمقتضى نص المادة 05 فقرة 01 نجد أن الإتفاقية قد وضعت قاعدة إستناد إحتياطية تنص على أنه لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم إلا إذا كانت الإجراءات تمت وفقاً لقانون الإرادة .

إذن لإرادة الأطراف الأولية في التطبيق، وإلا عد الحكم الصادر عن هيئة التحكيم باطلاً.

¹ - أبو العلا على النمر ، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية، مرجع سابق، ص 15 .

² - إبراهيم أحمد إبراهيم، الحماية الدولية لحق المؤلف، مرجع سابق، ص 136 - 137 .

³ - ونحن نرى أنه كان من السليم التوقف عند الإرادة الصريحة مع تقرير عدم صلاحية الإرادة الضمنية .

أما إتفاقية جنيف الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 م فإنها أيضا قد أخذت بمبدأ خضوع الإجراءات التحكيمية لقانون الإرادة، وذلك في التحكيم الخاص إذ للأطراف كامل الحرية في تحديد قانون الإجراءات الذي يطبقه المحكمون، غير أنه إذا إتجهت الأطراف إلى إجراء عملية التحكيم في مركز التحكيم فإن قواعد إجراءات المركز هي التي ستطبق .

أما إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار لسنة 1965م فقد أخذت بمبدأ سلطان الارادة في تحديد قانون إجراءات التحكيم إذ نصت في المادة 44، على أن إجراءات التحكيم تخضع لهذه المعاهدة، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فإذا ووفقا لهذا النص فإن الأولوية لسلطان الإرادة في تحديد قانون الإجراءات التحكيمية .

ولالإشارة فإنه بمجرد إتفاق طرفي النزاع على إتباع إجراءات منصوص عليها في مركز دائم يعني ضمنا على إتباع لائحة هذا المركز بما إشتمل عليه من قواعد تتعلق بالإجراءات¹ .

وقد ذهبت إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987م هذا المنحى، إذ إختيار طرفي النزاع التحكيم في للمركز العربي للتحكيم يعني تطبيق القانون الإجرائي للمركز، غير أنه وفي حالة خلو الإتفاقية من بعض القواعد الإجرائية فهنا نعود إلى تطبيق القواعد التي يختارها طرفي النزاع² . وهذا إتجاه صريح نحو الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة .

إذن نجد الفقه والتشريعات والمعاهدات الدولية متفقة على مبدأ سلطان الإرادة، أي خضوع الإجراءات للقانون الذي يحدده الأطراف ويجب على هيئة التحكيم الإلتزام بهذا المبدأ أو عدم مخالفته .

المطلب الثاني

¹ - إبراهيم العناني، تطبيق القانون الداخلي على التحكيم الدولي مجلة العلوم القانونية والإقتصادية العدد الثاني سنة 1996 ص 6

² - مظفر جابر إبراهيم الراوي، إتفاقية العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 م مطبوعة وائل الطبعة الأولى سنة 2012 ص

تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات عند عدم إتفاق الأطراف

المبدأ العام هو إستقلال إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق، غير أنه وفي حالة عدم إتفاق الأطراف تظهر مشكلة التحديد، حينها يثار تساؤل ينطلق من فرضيتين أولها حالة عدم إتفاق الأطراف على أية قواعد، أو الإشارة إلى أي قانون يتم تطبيقه على الإجراءات، والحالة الثانية إختيار الأطراف للقواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات ولكن هذه القواعد غير كافية لتحكيم جميع المسائل التي قد يثيرها النزاع أثناء سير الإجراءات .
إذن في كلا الحالتين هناك بعض المسائل التي يثيرها النزاع يجب البحث لها عن قواعد أو قانون مناسب ليحكم إجراءات التحكيم .

وفي هذا الشأن ظهر إتجاه يرجح إعمال قانون مقر التحكيم بإعتباره قانون الإرادة الضمنية حيث أن إتجاه إرادة الأطراف إلى إختيار مقر التحكيم يشير ضمناً إلى تطبيق قانونه ، وظهر إتجاه فقهي آخر يرى الحل في إعطاء هيئة التحكيم سلطة تحديد إجراءات التحكيم وظهر إتجاه آخر يرى بأن الحل في تطبيق لائحة المنظمة المشرفة على التحكيم لذا سنتطرق في الفرع الأول إلى خضوع إجراءات التحكيم لقانون مقر التحكيم وفي الفرع الثاني إلى منح هيئة التحكيم سلطة تحديد إجراءات التحكيم وفي الفرع الثالث تطبيق لائحة المنظمة المشرفة على التحكيم .

الفرع الأول

خضوع الإجراءات لقانون مقر التحكيم

ويذهب هذا الإتجاه إلى أنه في حالة تخلف إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات او عدم كفاية القواعد المتفق عليها فإن إجراءات التحكيم تخضع لتطبيق قانون مقر التحكيم¹ .

وهذا الإتجاه ينطلق من قاعدة الإسناد العامة، التي تنص على خضوع الدعوى وإجراءاتها لقانون الدولة التي ترفع الدعوى أمام محاكمها، أو تتخذ الإجراءات على إقليمها. هذا الإتجاه أخذ على أساس أطراف النزاع، وحين إختيارهم لمكان إجراء عملية التحكيم يكونون قد إختاروا ضمناً قبول تطبيق قانون ذلك البلد على إجراءات التحكيم، كما أنه لا يمكن للمحكم أن يقوم بوضع تقنين كامل ينظم فيه إجراءات التحكيم، وذلك في حالة تخلف إرادة الأطراف أو تناقضها في وضع هذا القانون .

كما وأن التحكيم يجري على إقليم دولة ما، فمن باب أولى يجب إحترام قانون الدولة، إذ أنه لا يمكن إنكار الروابط العضوية بين دولة مقر التحكيم، وعملية التحكيم ذاتها إذ أنه في بداية العملية التحكيمية، نجد دولة مقر التحكيم تمد المساعدة عن طريق قضائها في تشكيل هيئة التحكيم وذلك في حالة صعوبة تعيين المحكمين مثلاً، كما تتدخل للأمر بإتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية .

كما أن إخضاع إجراءات التحكيم لدولة مقر التحكيم يتماشى وقاعدة التنازع المعروفة في كل النظم القانونية بشأن مسألة الإجراءات وهي " يسرى على قواعد الإختصاص ، وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات " ² .
والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يأخذ بهذا المعيار في تحديد القانون الواجب التطبيق، حيث أنه ووفقاً لنص المادة 1043 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ تنص " إذا لم تنص الإتفاقية على ذلك ، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو إستناداً إلى قانون أو نظام تحكيم " .

إذن المشرع الجزائري ترك الأمر لهيئة التحكيم، وهو نفس الإتجاه الذي أخذ به المشرع المصري في نص المادة 25 من قانون التحكيم المصري على أنه " في حالة تخلف إرادة الأطراف عن تحديد

¹ - سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري دار المعارف بالإسكندرية 1986 ص 156- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 135 .

² -زهرة بن سعيد كرم محمد زيدان، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 214 .

القانون الواجب التطبيق يترك لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون، في إختيار الإجراءات التي تراها مناسبة". بخلاف ما ذهب إليه المشرع الجزائري والمصري نجد أن إتفاقية نيويورك لسنة 1958 وفي نص المادة 05 فقرة 01 تضمنت النص على قانون مقر التحكيم إذ نصت على أنه "لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم إلا إذا كانت الإجراءات قد تمت وفقا لقانون الإرادة وعند تخلف الإرادة الصريحة وفقا لقانون المكان الذي جرى فيه التحكيم".

غير أن هناك رأي آخر للفقهاء يرى خلاف ذلك وهو الرأي الذي نرجحه خاصة في ظل التطور التكنولوجي الرهيب، وفي وجود التحكيم الإلكتروني والذي يصعب فيه تحديد مقر التحكيم¹ ولذلك لا يجب فرض تطبيق قانون مقر التحكيم كقاعدة عامة ولكن إذا ما قررت هيئة التحكيم تطبيق قانون دولة المقر فلا مانع من ذلك .

الفرع الثاني

منح هيئة التحكيم سلطة تحديد إجراءات التحكيم

يذهب أنصار هذا الرأي إلى إستبعاد أي دور قد يكون لقواعد الإجراءات الواردة في قانون مقر التحكيم، ويرون تخويل هيئة التحكيم الحرية التامة في إختيار الإجراءات الواجبة التطبيق على خصومة التحكيم، طبعاً هذا في حالة عدم إتفاق الأطراف على خلاف ذلك² .
فهيئة التحكيم لا تتقيد إلا بالقيود التي إتفق عليها الأطراف، أو بما تفرضه المبادئ العامة في القانون الدولي .

¹ - قد يثار تساؤل عن المقصود بقانون مقر التحكيم فقد ذكر الأستاذ الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم في كتابة التحكيم الدولي الخاص ص 136 بأن يتعين تحديد مكان التحكيم منذ بدأ إجراءات التحكيم إما على أساس إتفاق التحكيم أو المكان الذي تعينه هيئة التحكيم عند عدم الإتفاق .

1- Fouchard (ph) : Gaillard (E)et Goldman (B): op .cit .,pp658 No.1190.664 et Gald man (B):la volonté des parties et le role de L'arbiter dans L'arbitrage international ,Rev ,arb,1981,p.476.

ولقد إتبع القانون الجزائري في نص المادة 1043 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدراية هذا المنهج، وكذلك فعل المشرع المصري في نص المادة 25 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994¹ ، وكذلك فعل المشرع الفرنسي في الفقرة الثانية من نص المادة 1494 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1981² والمادة 1464 من قانون التحكيم 2011 . وهذا فعلا أيضا ما ذهبت إليه قواعد التحكيم للقانون النموذجي في المادة 19 منه والذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985م، والتي نصت على أنه " مع مراعاة أحكام هذا القانون يكون للطرفين حرية الإتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم ، فإن لم يوجد مثل هذا الإتفاق ، كان لهيئة التحكيم مع مراعاة احكام هذا القانون ، أن تسيّر في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة"، وهو نفس المنهج المنصوص عنه في المادة 01/17 من قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لسنة 2010³ .

إذن هيئة التحكيم تتمتع بالحرية في تعيين القانون الواجب الإتباع في الإجراءات، هذه الحرية مستمدة من حرية الأطراف في إختيار قانون الإجراءات . وفي هذا الشأن نجد أن بعض الفقه ، يتجه إلى تطبيق احكام القانون الدولي كون التحكيم يتعلق بالمعاملات الدولية ، وهذا لا يعني إستبعاد المحكم من أن يختار قانون وطني، ولكن عليه أن يختار القانون الوطني الأكثر إتفاقا مع أحكام القانون الدولي⁴ .

¹ - نص المادة 25 من قانون التحكيم المصري ، " إذ لم يوجد إتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة " .

² - ونصت المادة 1494 " إجراءات ينظمها إتفاق التحكيم ، وفي حالة سكوت الإتفاق فإن المحكم هو الذي يتولى تحديدها وإتفاق الأطراف يكون له الصدارة، أما تحديد المحكم للقانون الإجرائي فلا يكون إلا بصفة إحتياطية أو تكميلية" - ونصت المادة 1464 على " ما لم يتفق الأطراف على ذلك ، فلهيئة التحكيم أن تحدد إجراءاتها من دون الالتزام بالإجراءات المتبعة امام المحاكم الوطنية " .

³ - إذ نصت المادة 1/17 على أنه "لهيئة التحكيم ممارسة التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة شريطة تعامل الطرفين على قدم المساواة وأن تهيئ لكل منهما في جميع مراحل الإجراءات فرصة كاملة لعرض قضيته" .

⁴ - لقد إنقسم الفقهاء فمنهم من قال بتطبيق القانون الدولي العام، ومنهم من قال بتطبيق القانون الدولي الخاص، كون قواعد القانون الدولي العام يجب أن تبقى محجوزة للعلاقات بين الدول . للتوسع أكثر راجع إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي المرجع السابق ص 141 . محمد علوان، النظام القانوني للإستغلال النفط في الإقطار العربية مرجع سابق ص 411 .

وفي هذا الصدد فإن لجوء هيئة التحكيم إلى إختيار القانون الدولي العام، نراه غير مجدي وذلك لعدة أسباب، من بينها أن القانون الدولي العام لا يتضمن أية قواعد يمكن لهيئة التحكيم تطبيقها على إجراءات التحكيم في حالة ما يكون هناك نزاع بين دولة وشخص عادي ، إذ أن الإتفاقيات الدولية كإتفاقية جنيف 1968 وإتفاقية نيويورك 1958 وبروتوكول جنيف 1923 ، وما حوته من قواعد إجرائية فإنها تخص النزاعات التي تكون بين رعايا دول مختلفة، لذا فإنه وفي حالة ما تكون دولة ما طرف في النزاع، فإنه يتعين على أن تحدد في إتفاقياتها القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ، حتى لا تخضع لعقوبات في حالة عدم تنفيذ الحكم كونه يخالف النظام العام .

الفرع الثالث

تطبيق لائحة المنظمة المشرفة على التحكيم

يرى أصحاب هذا الرأي بأنه وفي حالة غياب إرادة الطرفين في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فإن الحل الأمثل يكون في تطبيق لوائح الهيئة المشرفة على التحكيم وذلك على كون أن إرادة الطرفين قد إتجهت ضمناً إلى قبول تطبيق إجراءات الهيئة بمجرد إختيار هذه الهيئة للتحكيم .

ولكن السؤال الذي يمكن طرحه، هو في حالة عدم كفاية قواعد لائحة هيئة التحكيم، فأبي قواعد يمكن لهيئة التحكيم تطبيقها ؟ كما أنه وفي كثير من الحالات يتجه أطراف النزاع إلى التحكيم الحر "تحكيم الحالات الخاصة " والتي لا يكون فيها الإشراف لأي من هيئات التحكيم.

إذن نرى أن هذا الرأي غير مجدي ونرجح الرأي القائل بإعطاء هيئة التحكيم سلطة وضع أو إختيار قواعد الإجراءات التي يمكن تطبيقها على التحكيم، إذ أنها الأقدر على إختيار القواعد الأنسب والأكثر ملائمة للنزاع، وذلك بحكم مكانتها وخبرتها العلمية ومعرفتها لطبيعة النزاع، خاصة إذا علمنا أن منازعات الملكية الفكرية تتميز بخصوصية خاصة وأهمية كبيرة سواء كان ذلك للأشخاص أو للدول .

ومع ذلك وإن كانت سلطة هيئة التحكيم بارزة في ظل تحكيم الحالات الخاصة، فإنها تتراجع في ظل التحكيم المؤسسي، خاصة إذا كانت لائحة الهيئة تنص صراحة على تطبيق قواعد الإجراءات الواردة فيها على إجراءات التحكيم. ولكن إذا لم تنص على ذلك، فلهيئة التحكيم الحرية في إختيار القواعد الملائمة بشرط عدم مخالفة قواعد النظام العام الدولي ومراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي¹، وإلا فإن أحكامها تكون معرضة للبطلان، كما قد لا يتم الإقرار بها أو تنفيذها، إذ أن هناك رقابة تكون في دولة تنفيذ حكم التحكيم في حالة الإخلال بالقواعد الإجرائية الآمرة.

إذن وبرغم ما خول لهيئة التحكيم من حرية في تحديد القواعد إلا أنه من الأفضل أن تضع هيئة التحكيم أحد قوانين التحكيم الدولية، أو إحدى لوائح منظمات التحكيم²، وذلك لضمان أن تكون القواعد الموضوعية من طرفها شاملة وغير مخالفة للنظام العام الدولي، كون أي قاعدة تضعها هيئة التحكيم وتكون مخالفة له يكون حكمها باطلاً، ويجوز رفع دعوى ببطلان حكم التحكيم .

أما إذا رأت هيئة التحكيم تطبيق قانون وطني ما، على إجراءات التحكيم، يتعين إختيار قانون له صلة بالنزاع، كأن يكون قانون مكان التحكيم أو قانون دولة التنفيذ، أو على الأقل الأقرب لطبيعة النزاع. وخاصة إذا علمنا أن حكم التحكيم سيخضع إلى مراقبة قبل القيام بتنفيذه، إذ يمكن أن يطعن فيه ويتم إبطاله .

¹ - من أهم المبادئ الأساسية للتقاضي إحترام حقوق الدفاع - مبدأ المواجهة - مبدأ المساواة وهذا ما سنقوم بالتطرق إليه في مبحث 2، مطلب 3.

2-Fouchard (ph): l' arbitrage international en France après le decret du 12 mai 1981 ,clu net 1982.

-cohen (D) : la soumission de l'arbitrage international a la loi Francaise .rev ..arab ,1991,p.175,No.781

إلا أن هناك من يرى أنه لا يجب التقيد إلا بالمبادئ الأساسية للتقاضي وقواعد النظام العام، دون أن نأخذ في الحسبان القواعد الآمرة في أي قانون وطني مهما كانت صلته بالتحكيم وذلك أنه في معظم الأحيان يصعب تحديد مكان التحكيم ، وتوقع البلد الذي سينفذ فيها حكم التحكيم.

ومن الجدير بالذكر أن لبعض الإتفاقيات الدولية موقف من كل ما سبق، إذ نجد أن إتفاقية نيويورك لسنة 1958 وبرغم تبنيتها لمبدأ حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم كأصل، إلا أنه في حالة تخلف الإرادة فإنه وبالرجوع إلى نص المادة 05 فقرة 1- من نفس الإتفاقية¹، فإنه إذا كان تنفيذ الحكم في بلد منظم للإتفاقية فإنه على هيئة التحكيم تطبيق قانون محل التحكيم ضمانا لتنفيذ الحكم هذا طبعاً دون تجاوز هيئة التحكيم لحدود السلطة المخولة لها في إتفاقية التحكيم في تنظيم إجراءات التحكيم، وإلا جاز للطرف الصادر ضده الحكم بالطعن في حكم التحكيم لإبطاله .

وكذلك هو الحال بالنسبة لإتفاقية تسوية منازعات الإستثمار العربية 1974 إذ أشارت إلى أن قواعد الإجراءات يحكمها إتفاق الأطراف، وأن أي مسألة إجرائية لم يتطرق إليها الأطراف تكون الصلاحية فيها لهيئة التحكيم للبت فيها ، غير أنها لم تتطرق إلى قانون مكان التحكيم أو أي قانون وطني، وبذلك تركت لهيئة التحكيم الصلاحية في تعيين قانون الإجراءات المناسب لحكم المنازعة .

أما بالنسبة للقانون النموذجي الصادر بتاريخ 1985 فإن قواعده منها المواد 19 ، 34 ، 37 من هذا القانون فإنها منحت للأطراف حرية تحديد القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق على أن لا تكون مخالفة للقواعد الآمرة في القانون النموذجي ، غير أنها أعطت لقانون دولة التحكيم دوراً إحتياطياً في حالة عدم وجود إتفاق للأطراف .

إذن مما سبق يتبين لنا أن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، قد اختلفت حوله الإتفاقيات الدولية ولوائح هيئات ومراكز التحكيم والتشريعات الوطنية، وتباينت فيه آراء الفقهاء .

¹ - إذ نصت المادة 5 فقرة 1- على أنه " لا يجوز رفض تنفيذ الحكم إلا إذا كانت الإجراءات التي أتت في شأن مخالفة الإرادة لطرفي التحكيم أو مخالفة لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم " .

غير أن الإتجاه الأكثر حداثة هو الأخذ بالقانون الذي يختاره الأطراف سواء كان وضعه بأنفسهم مع تقيده بالمبادئ الأساسية للتقاضي، أو إختيارهم لقانون وطني أو للائحة تحكيم . كما أن الخلاف حول القانون الذي يطبق في حالة عدم إختيار الأطراف للقانون، فترى أن يترك لهيئة التحكيم في تقدير القانون المناسب، حتى لا يصطدم الحكم بالطعن ببطالانه إذ أن لهيئة التحكيم الكفاءة والخبرة العملية ما يضمن حسن وسلامة الإختيار .

المبحث الثاني

مجال تطبيق القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في منازعات الملكية الفكرية

إن القانون الواجب تطبيقه على إجراءات التحكيم في منازعات الملكية الفكرية يحكم من حيث الأصل جميع إجراءات التحكيم من بدايتها إلى نهايتها . فهو ينظم قواعد سير الخصومة و مواعيد تقديم المستندات ، وسماع الشهود ، والخبرة وتنظيم حقوق الدفاع، وكيفية مراعاة مبدأ الوجاهية ومبدأ المساواة . كما أنه يحكم مسألة تشكيل هيئة التحكيم التي تعد أولى الدعائم التي يقوم عليها نظام التحكيم عمليا ، كما تعد الخطوة الرئيسية لبدأ إجراءات خصومة التحكيم و هذه المسألة تشر عدة تساؤلات، كمكان الإنعقاد، كيفية رد المحكم أو عزله في حالة عدم قيامه بمهمته على أحسن وجه. وهل يمكن للمحكم أن يتنحى عن نظر النزاع و كيفية إنتهاء مهمة المحكم بشكل عام، إضافة إلى العوارض التي تؤدي إلى إنقطاع سير خصومة التحكيم ، كل هذه التساؤلات تخضع في تطبيقها إلى القانون الواجب التطبيق .

وعلى ضوء ذلك سنتطرق إلى طرق تشكيل هيئة التحكيم في مطلب أول ثم سير إجراءات التحكيم في مطلب ثاني .

المطلب الأول

طرق تشكيل هيئة التحكيم

إن بدأ إجراءات التحكيم تُحدد وفقاً لإتفاق الأطراف، أو ابتداءً من تسليم المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي لبدأ إجراءات التحكيم .

ويعد تعيين هيئة التحكيم والتي تشكل بصدد كل نزاع وتتولى الفصل في منازعات الملكية الفكرية، الخطوة الأولى في إجراءات التحكيم وهي هيئة مؤقتة وتنقضي بإنقضاء المهمة التي تشكلت من أجلها¹ .

ومن أهم المسائل التي يمكن بحثها في هذا الإطار تشكيل هيئة التحكيم سواء كان ذلك بواسطة الأطراف، أو بواسطة مراكز التحكيم، أو بواسطة سلطة معدة سلفاً، أو عن طريق القضاء، أو بين المحكم الفرد وتعدد المحكمين نتطرق إلى كل حالة في فرع مستقل .

الفرع الأول

تشكيل هيئة التحكيم بواسطة الأطراف

الأصل أن أطراف النزاع أحرار في إختيار من يحكمهم فلهم الحرية الكاملة في تحديد هيئة التحكيم في إتفاق التحكيم، هو ما نجد عادة في التحكيم الخاص ADHOC، ويكون هذا التعيين سواء بالإسم صراحة أو بالصفة، بشرط أن تكون الصفة قاطعة الدلالة على الشخص كمدير معهد الحقوق بجامعة بلعباس .

¹ - علي رمضان بركات، خصومة التحكيم، المرجع السابق، ص 61 .

وأن لا يكون للمعهد أكثر من مدير، وإلا كان التعيين باطلا ، بل قد يؤدي إلى بطلان الإتفاق¹ وذلك في التشريعات التي تشترط أن يكون المحكم معين في الإتفاق. وقد يؤدي ذلك إلى رفض تنفيذ حكم التحكيم² .

وتكون عادة هيئة التحكيم متكونة من محكم وحيد، أو عدد من المحكمين ولكن بعدد فردي وغالبا ما يكون العدد ثلاثة محكمين يعين كل طرف حكما، ويقوم محكما الطرفين بتعيين المحكم الثالث والذي يطلق عليه بالمرجح³ .

إن حرية الأطراف في الإختيار تطمئن بالنتيجة كون طرفي النزاع قد إختاروا المحكمين بعناية سواء ذلك لنزاهتهم وعدالتهم أو لثقتهم بهم .

ولكن ماذا لو لم يقد أحد طرفي النزاع بتعيين المحكم من جانبه، أو عدم إتفاق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم ، وهو ما يعد من سلبيات حرية الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم، إذ قد يعرقل أحد طرفي النزاع إجراءات التحكيم ويأخر البدء فيها، كمامتناعه عن تسمية محكمه وفي هذه الحالة ، فإن الحل يكون اللجوء إلى القضاء⁴ الذي قد يؤدي إلى إطالة مدة التحكيم ، عما إذا تم تحديد هيئة التحكيم بإتفاق الطرفين فيوفرون بذلك الجهد والوقت والمال ، وعدم إتفاقهم قد يؤدي إلى بطلان إتفاق التحكيم خاصة أن بعض التشريعات تشترط تعيين المحكم في إتفاق التحكيم .
و بالرغم الإيجابيات في حالة تشكيل هيئة التحكيم بواسطة الأطراف إلا أن هناك نقائص و عيوب يمكن أن تثار ، إذ عادة ما يكونوا الأطراف غير ملمين بالجوانب الفنية والإجرائية لعملية التحكيم .

ومع ذلك، فإنه يحق لطرفي النزاع أن يختاروا في عقد الإتفاق على التحكيم طرف آخر، تكون له الخبرة والنزاهة تعهد إليه في حالة تخلف أحد الطرفين عن تعيين محكمه تعيين المحكم الناقص لإجراء عملية التحكيم .

¹ - محسن شفيق، التحكيم التجاري، المرجع السابق، ص 223 .

² - عزت محمد البحيري، المرجع سابق، ص 287 .

³ - في التشريع الجزائري يمكن ان تكون هيئة التحكيم متكونة من حكم وحيد أو أكثر ولكن بعدد فردي راجع المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ نصت "تتشكل محكمة التحكيم من حكم أو عدة محكمين بعدد فردي .

⁴ - وقد عالج المشرع الجزائري مثل هذه الحالات في نص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

الفرع الثاني

تشكيل هيئة التحكيم عن طريق مراكز التحكيم ، عن طريق

القضاء.

أولاً: تشكيل هيئة التحكيم عن طريق مراكز التحكيم :

قد يلجأ طرفي النزاع إلى تحويل مراكز أو منظمة تحكيم للفصل في النزاع، وذلك لما تتميز به هذه المنظمات والمراكز من نظام متبع معروف تم وضعه بعناية شديدة من قبل متخصصين، وبذلك فإن الأطراف المتنازعة تتجنب فشل التحكيم .

وبرغم أن لكل منظمة أو مركز تحكيم طريقة في تشكيل هيئة التحكيم، غير أن ذلك لا يعد مانعاً، فإرادة الأطراف قد إتجهت إلى تطبيق تلك اللائحة .

ولكن قد يثور تساؤل حول إذا ما تعارضت إرادة الأطراف مع لائحة منظمة أو مركز مختار يتولى الإشراف على عملية التحكيم ، كأن يختار الأطراف هيئة التحكيم ويختارون منظمة أو مركز لا تسمح لوائحها بتشكيل هيئة التحكيم وهي من تتولى تشكيل هيئة التحكيم، لقد إنقسم الفقه إلى رأيين، الرأي الأول يرى أن مبدأ سلطان الإرادة الذي يملكه طرفي النزاع في

إختيار هيئة التحكيم لا يمكن سلبه حالة لجوء الأطراف إلى نظام تحكيم مؤسسي¹ . أما الإتجاه الثاني فيرى خلاف ذلك على أن إرادة الأطراف وحالة إختيارها لنظام تحكيم مؤسسي يعد تفويضاً لتلك المنظمة أو المركز في تطبيق لوائحه² . وبذلك فتطبيق القواعد الإجرائية للمنظمة، أو المركز في تشكيل هيئة التحكيم لا يعد إنتقاصاً من إرادة الأطراف .

غير أننا نرى إختيار الأطراف لنظام تحكيم مؤسسي، منظمة أو مركز تحكيم، بالإشراف على التحكيم، لا يسلب إرادة الأطراف في إختيار محكميهم إذ أن جوهر فكرة التحكيم في ذاتها تتمثل في إعطاء الخصوم حرية إختيار قضائهم .

¹ - هدى محمد مجدي عبد الرحمان، دور المحكم، المرجع السابق، ص 131 .

² - على رمضان بركات، خصومة التحكيم، المرجع السابق، ص 127 .

ولقد أخذت بهذا الرأي محكمة إستئناف باريس حال حكمها في النزاع الذي نشأ بين شركة DUTCO الإماراتية وشركتي B.K.M.T و Simens فيما يتعلق بتسمية المحكمين إذا أعطت الأولوية لتطبيق لوائح مركز التحكيم الذي إختاره الأطراف (غرفة التجارة الدولية) راجع أيضاً هدى محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 131 .

كما نجد أن غالبية التشريعات الحديثة، ومنهما التشريع الجزائري لم يقيد في مجال التحكيم أطراف التحكيم بأي قيود فيما يتعلق بشكل هيئة التحكيم ولا بنجدها تتدخل إلا في حالة عدم إتفاقهم على تشكيل هيئة التحكيم أو حالة إمتناع أحدهم عن تعيين المحكم . وبذلك كان على المنظمة أو المركز المنظم للتحكيم إحترام إرادة الأطراف. ولا يتم اللجوء إلى لائحة المركز إلا في حالات عدم الإتفاق، أو إمتناع أحد الأطراف عن تقديم محكم، أي إعطاء الأولوية لما يتفق عليه الأطراف، وهذا يوافق الغرض و الدور الذي أنشأت من أجله المنظمات والمراكز وهو دور مساعد في عملية تنظيم وتسيير عملية التحكيم .

مهما يكن، فإن على أطراف النزاع ولتفادي الوقوع في مشاكل، يجب عليهم أن يكون عقد الإتفاق على التحكيم محرر من طرف مختصين لتبنيه الأطراف بما قد يعترضهم من مشاكل

ثانيا- تشكيل هيئة التحكيم بواسطة القضاء :

قد يتفق أطراف النزاع على التحكيم دون تعيين هيئة التحكيم أو الطريقة التي من خلالها يتم تعيين هيئة التحكيم¹ أو حالة صعوبة تعيين المحكمين و بإمتناع أحد الأطراف عن القيام بدوره في تشكيل هيئة التحكيم يأتي دور القضاء² ليتولى مسألة تشكيل هيئة التحكيم، ويكون ذلك بناء على طلب الطرف الذي يهمله التعجيل وعادة ما تحدد قوانين التحكيم الوطنية تحدد المحكمة المختصة والتي تتولى القيام بهذه المهمة، ففي قانون التحكيم الجزائري ، تكون المحكمة المختصة هي المحكمة التي يجري في دائرة إختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم الدولي يجري في الجزائر ، أما إذا كان التحكيم يجري في الخارج . وأختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر فإن المحكمة المختصة هي محكمة الجزائر العاصمة³ .

ولا يكون هذا التدخل للقضاء إلا بعد رفع الأمر من الطرف الذي يهمله التعجيل إلى القضاء ، و بعد نشوء نزاع حقيقي بين الطرفين .وعلى المحاكم القضائية حين ذاك أن تقوم بتشكيل هيئة التحكيم على وجه السرعة ما لم يتبين لها أن إتفاق التحكيم ظاهر البطلان⁴ .

¹ - كأن يكون عن طريق سلطة معدة سلفا أو مركز أو هيئة تحكيم .

² - أنظر نص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

³ - المحكمة المختصة في مصر هي محكمة الإستئناف بالقاهرة.

⁴ - فتحي والي : في قانون القضاء المدني، مرجع السابق، ص 951 .

هنا يثور التساؤل حول الطريقة التي يتم التقدم بها إلى المحكمة المختصة وذلك لتشكيل هيئة التحكيم، فهل يكفي بناء على نص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري إيداع أمر على عريضة لدى السيد رئيس المحكمة أو أن الأمر يتطلب رفع دعوى . إنقسم الفقه في هذا الأمر إلى قسمين إذ يرى الفريق الأول، وجوب رفع دعوى ليصدر من خلالها حكما . ويبرر ذلك على أنه على المحكمة أن تنظر في ما إشتهرته القانون من شروط وما إتفق عليه الطرفان، ولا يمكن لها ذلك إلا بتداعي الطرفان أمامها¹ . أما الفريق الثاني فيرى أنه يكفي تقديم أمر على ذيل عريضة إلى السيد رئيس المحكمة المختصة إذ أن الغرض هو التدخل لضمان تشكيل سريع لهيئة التحكيم وهذا لا يمكن في حالة دعوى² عادية. أي المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بنجدها تقرر صراحة إلى أن الأمر يرفع إلى رئيس المحكمة بموجب أمر على عريضة والذي يدخل في إطار صلاحياته.

وبالرجوع إلى نص المادة 312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن الأمر الصادر عن رئيس المحكمة في حالة الرفض يكون قابلا للإستئناف أمام رئيس المجلس القضائي ويكون ذلك خلال خمسة عشر (15) يوما من تاريخ أمر الرفض والذي قد يكون بسبب البطلان الظاهر أو عدم كتابة بنود إتفاق التحكيم، ويفصل رئيس المجلس في الإستئناف في أقرب أجل ، أما في حالة الإستجابة إلى الطلب فإنه يمكن الرجوع إلى القاضي الذي أصدر الأمر للتراجع عنه أو تعديله . ويجب تنفيذ الأمر خلال أجل ثلاثة (03) أشهر من تاريخ صدوره وإلا سقط وأصبح بدون أثر³ .

ويجب على القاضي حال إصداره للأمر على عريضة مراعاة الشروط والمواصفات التي إتفق عليها أطراف النزاع، والتي لا تخالف القانون أو النظام العام كأن يكون المحكمون من مهنة معينة أو حاصلين على مؤهل محدد أو خبرات خاصة

ثالثا - تشكيل هيئة التحكيم بين "المحكم الفرد وتعدد المحكمين"

¹ - فتحي والي، في قانون القضاء المدني نفس، المرجع السابق، ص 950 .

² - على رمضان بركات، خصومة التحكيم، المرجع السابق، من 170.

³ - راجع المادة 311 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

تجيز كل التشريعات وترية المحكم أو تعددهم ويخضع ذلك لإرادة طرفي النزاع¹.
وقد ذهب المشرع الجزائري في نص المادة 1017 إلى نفس المنهج ، غير أنه لم يحدد عدد معين من المحكمين، في حين إشتراط العدد الفردي . حرصت كثير من التشريعات على الترية

إذ أن تساوي الأصوات يجعل الوصول إلى حكم فاصل في النزاع صعبا، إن لم نقل مستحيلا²
فينتهي التحكيم دون الفصل فيه .

ومع هذا أو برغم الترية فإنها لا تعد حلا كافيا لمشكلة تساوي الأصوات، إذ قد ينقسم كل حكم برأيه في حالة ثلاثة محكمين .

لذلك لجأت بعض التشريعات إلى إيجاد حل لهذه المعضلة بترجيح رأي رئيس هيئة التحكيم

3.

ومما سبق قد يتبادر إلى الذهن أن تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد أفضل حل، خاصة إذا علمنا أن نفقاته تكون أقل، وأن حكمه سيكون سريعا وأنه سيتحرى الحياد والمساواة كونه معين من الطرفين وليس من طرف واحد، بخلاف أنه في حالة التعدد يكون المحكمون معينين كل منهم من طرف، مما يجعل بعض المحكمين يحرص على مراعاة مصالح الطرف الذي عينه .
ولكن ومهما بلغت درجة وكفاءة المحكم إلا أن إمكانية وقوعه في الخطأ واردة وكذا صعوبة إتفاق الطرفين على محكم واحد. هذا ما يجعل أحد الطرفين يلتجأ وفقا للتشريع الجزائري وكثير من التشريعات إلى القضاء الوطني لتعيين المحكم او إلى المؤسسة المعنية بعملية التحكيم في حالة تعيين الهيئة في عقد الإتفاق على التحكيم .

¹ - قانون التحكيم الفرنسي 2011 نص المادة 1451 "تتألف محكمة التحكيم من محكمة أو أكثر " .

² - إذ نجد أن قانون المسطرة المغربي الصادر في 1984 في الفصل (312) نص على أنه "ينتهي التحكيم متساوي الأصوات إذ لم تكن للمحكمين صلاحية إختيارهم محكم من الغير " .
وفي نفس المنحى وفي قانون الإجراءات المدنية السابق و المادة 447 فقرة 03 على أن "ينتهي التحكيم إذا تساوت أصوات المحكمين ولم تكن لهم سلطة ضم محكم مرجح لهم " .

³ - ومنها القانون التونسي في نص المادة 74 قانون 43 لسنة 1993 إذ نصت على " وفي حالة عدم تحقق الأغلبية وهذا برغم وجود الترية في عدد المحكمين فإنه يؤخذ برأي رئيس التحكيم "هيئة التحكيم .

وهذا ما يجعل القول من جديد على أن ميزة التعدد أفضل كون العناية بملف التحكيم من حيث الفحص والتدقيق في محتواه وإستخراج وإسباط أنجع الحلول من خلال المناقشات التي تكون بين المحكمين، هذا ما يجعل إحتمال وقوع الاخطاء قليل جدا .

ومع ذلك فإن هناك أيضا الكثير من العيوب في حالة تعدد المحكمين، إذ أن عدم إتفاقهم سيؤدي حتما إلى التأخر في إيجاد الحل المناسب، هذا إلى كثرة المصاريف التي يدفعها طرفي النزاع

هذا ما يدفعنا للقول أنه لا وجود لأفضلية لنظام على آخر، إذ أن حرية الأطراف في تعيين محكم واحد أو عدد من المحكمين مطلقة، والغالب أن نظام التحكيم الفرد يكون عادة في ظل حالات التحكيم الخاص، أما نظام التعدد فغالبا ما نجده في ظل نظام التحكيم المؤسسي، إذن نجد منظمات ومراكز التحكيم تنص عليه في لوائحها بل حتى الكثير من الإتفاقيات الدولية¹ .
والتشريعات الوطنية² .

¹- إذ نجد أن إتفاقية واشنطن 1965 نصت في المادة 37 فقرة 12 أوضحت على أنه في حالة عدم إتفاق الأطراف على عدد المحكمين أو طريقة تعيينهم فإن هيئة التحكيم تتشكل من ثلاثة محكمين بحيث يقوم كل طرف بتعيين محكم واحد أما المحكم الثالث فيتم تعيينه بموافقة الطرفين .

أما قواعد الأمم المتحدة (uncitral) 1976 فقد أوضحت في المادة الخامسة على أنه في حالة عدم إتفاق الطرفين على عدد المحكمين وجب أن تشكل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين .

أما قواعد نظام غرفة التجارة الدولية بباريس 1998م فقد نصت المادة 08 من نظامها تقضي على أن يقوم بالفصل في النزاعات محكم أو ثلاثة محكمين بناء على إتفاق الأطراف أما إذ لم يتفقوا فإن المحكمة تقوم بتعيين محكم منفرد إلا إذا تبين أن النزاع يستدعي تعيين ثلاثة محكمين .

كما أن قواعد مركز واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار في المادة 36 منه فإنه يتم تشكيل محكمة التحكيم من محكم واحد أو عدد فردي وذلك في حالة التعدد ويتولى ذلك الأطراف وفقا لإتفاقهم ، وإلا كان العدد ثلاثة .

² - وهذا ما نصت عليه المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية . إذ نجد أن جانب من الفقه يرى أنه إذا لم يكن عدد المحكمين وترا فإن، تشكيل هيئة التحكيم يكون باطلا وهو من النظام العام ويجوز للطرفين التمسك به بإعتبار أن الإجازة اللاحقة لا تصحح هذا النوع من البطلان - أنظر في ذلك أحمد عبد الكريم سلامة المقتصر في قانون العلاقات الخاصة ، مرجع سابق ص 362 مصطفى الجمال و عكاشة عبد العال التحكيم في العلاقات الخاصة ، مرجع سابق ص 578 .

وغير أن هناك رأي آخر للفقهاء يرى أنه إذا صدر الحكم بالإجماع فلا محل لبطلان حكم التحكيم، وذلك أن الغاية من اللجوء إلى التحكيم ومصلحة الخصوم قد تحققت. راجع أحمد أبو الوفا :التحكيم الإختباري والإجباري مرجع سابق ص 172 .

الفرع الثالث

الشروط الواجب توافرها في المحكمين

إن حسن إختيار المحكم يعود أثره على عملية التحكيم لذا يجب أن يكون المحكم مؤهلاً قانوناً لتولي منصبه التحكيم¹. هذا ما جعل معظم تشريعات التحكيم تشترط أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً وأن يتمتع بأهلية مدنية كاملة وأن يقوم بعمله بصورة محايدة ومستقلة .

إذاً يجب على من يتولى مهمة التحكيم أن يكون شخصاً طبيعياً² - أي إنسان - وقد نصت المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على " لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي ، إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية " وحالة الإتفاق على شخص معنوي كمركز تحكيم فليس لهذا الأخير إلا تنظيم عملية التحكيم .

هذا المحكم يجب أن يكون كامل الأهلية المدنية ليعتد بعد ذلك بتصرفاته . بأن يكون شخصاً عاقلاً فلا يعتريه عيب عقلي أو نفسي أو جسدي يؤثر على إمكانية تفكيره³ . إذ أن تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه لا تصح ، كما أنه لا يعقل أن يستند أطراف عقلاء نزاعاتهم لأشخاص مفتقدين للإدراك السليم .

كما أن شخص المحكم يجب أن يكون قد بلغ سن الرشد، وإلا قلنا عنه أنه قاصر، وبالرجوع إلى تشريعات التحكيم نجد أنها تختلف من بلد لآخر في تحديد سن الرشد⁴ وبذلك فإن سن رشد

¹ - أبو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص 11 .

² - فقد نصت المادة 1450 من قانون التحكيم الفرنسي على " تقتصر ممارسة التحكيم على الأشخاص الطبيعية ولا يتم ممارسة المحكم إلا من قبل شخص يتمتع بكامل الحقوق " .

³ - محمود السيد التحوي : التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازها في منازعات العقود الإدارية - دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 1999 ، ص 151 .

⁴ - أنظر المادة 40 من قانون المدني المحددة لسن الرشد 19 سنة .

المحكم سيتغير وفقا للقانون الواجب التطبيق على أهلية المحكم¹، وأن لا يكون محجورا عليه إذ أن الحجر يعد عارضا من عوارض الأهلية فالمحجور عليه لا يملك زمام نفسه، ولا إدارة شؤونه بنفسه ومن باب أولى أن لا يتولى إدارة شؤون غيره .

وأن لا يكون مفلسا، إذ أن من أشهر إفلاسه بالفعل تكون تصرفاته غير معتبرة ، فهو لا يصلح لأن يكون محكما ما لم يرد إليه إعتبراره، وهذا يعني أن الشخص المتوقف عن دفع ديونه ما دام لم يشهر إفلاسه بعد برغم توفر حالة الإفلاس²، لا مانع من أن يكون محكما .

غير أن هناك من الفقه من تشدد في قبول التاجر المفلس الذي رد إليه إعتبراره على كون أن أساس التحكيم هو الثقة في حسن القضاء³ .

وأن لا يكون قد حكم عليه في جناية أو جنحة وجرى من حقوقه المدنية، ما لم يرد إليه إعتبراره.

إذن وبشكل عام نستطيع أن نقرر أن المحكم يجب أن يكون كامل الأهلية وغير محروم من ممارسة حقوقه المدنية إما لكونه عديم الأهلية كالصبي والمجنون، أو من إعتراه عارض ينقص من أهليته كالفلسفة وذو الغفلة أو المفلس والمحجور عليه أو المحكوم عليه جنائيا، إذ أن الشخص الذي به إحدى هذه الحالات يصبح من المحرومين من حقوقهم المدنية وليس الحقوق السياسية . كما يجب أن لا يكون للمحكم مصلحة من أي نوع في النزاع وذلك ضامنا لحيدة وعدالة المحكم .

ونرى أن عبارة المصلحة هنا تأخذ بالمفهوم الواسع سواء كانت مصالح إقتصادية حالة ، أو المستقبلية، المؤكدة منها أو المحتملة، بل تشمل حتى المصالح السياسية .

ويشترط أن يكون المحكم متمتعا بالأمانة والحياد والإستقلالية عن الخصوم، وهذا بموجب الثقة الممنوحة له من طرف طرفي النزاع فالمحكم يتعامل مع طرفي النزاع بأمانة ودون إبداء اي تعاطف أو كراهية لأحد طرفي النزاع، وأن لا تكون له أي مصلحة من أي نوع كانت سواء مادية

¹ - المشرع الجزائري لم يشترط ضرورة تطبيق القانون الوطني على أهلية المحكم وهو ما ذهب إليه التشريع المصري راجع في ذلك أبو العلا على أبو العلا النمر، أحمد قسمت الجداوي المحكمون دراسة تحليلية . مرجع سابق ص 24 .

² - سيد أحمد محمود ، نظام التحكيم - الإيمان للطباعة (د.ت) ، ص 96.

³ - هدى محمد مجدي عبد الرحمان، دور المحكم، مرجع سابق، ص 93 .

أو معنوية ، أو علاقة مع أحد الأطراف سواء كانت هذه العلاقة مباشرة أو عن طريق وسيط¹ ، أي "خلو ذهن المحكم من أي ميل أو تعاطف مسبق مع وجهة نظر أحد الخصوم"² .
فيجب أن تكون نفسية المحكم لا تميل إلا لإتباع الحق والعدل³ ، إذ أن الحياد يعد حالة نفسية لا يمكن إثباته إلا من خلال الممارسة العملية، وذلك بتتبع تصرفات ومواقف المحكم مع الأطراف .

أما مفهوم الإستقلال فهو من المبادئ الأساسية لنجاح المحكم في مهمته، إذ يبعث الطمأنينة والرضا في نفوس طرفي النزاع ويتمثل هذا المبدأ في عدم إرتباط المحكم بأي علاقة سواء كانت إقتصادية أو عائلية كمصاهرة أو قرابة دم، أو حتى علاقة عمل بحيث تجعله خاضعا وتابعا لمن يعمل لمصلحته، وبذلك فإن عملية إثبات الإستقلال مسألة موضوعية من السهل إثبات وجودها من عدمها ، ويعد المبدأين معا الحياد والإستقلالية حجر الزاوية في فكرة القضاء سواء كان هذا القضاء دولة أم قضاء خاص (التحكيم)، وأن عدم وجودهما يؤدي إلى إنكار العدالة.⁴

ولذلك فإن المشرع الجزائري في نص المادة 1015 من ق . إ م ألزم المحكم بالتزام مهم وهو إخطار طرفي النزاع بكل الظروف التي من شأنها أن تثير الشكوك حول حيده وإستقلاله وتؤدي إلى أن يطلب طرفي النزاع رده وهذا من تلقاء نفسه ، إذ أن إفصاحه عن هذه الظروف لطرفي النزاع قد تزيد في قيمته وثقة طرفي النزاع فيه، كما أنها تدل على نزاهة وحيدة وإستقلالية هذا المحكم .

وبعد إعلانه لطرفي النزاع يتوقف عن مباشرة عملية التحكيم إلى حين القبول الصريح من قبل طرفي النزاع وذلك لقطع كل مجال للتشكيك في عدم الإستقلالية، إذ أن إستقلالية المحكم يعد قرينة على الحياد⁵ .

¹ - وفي ذلك نصت المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

² - علي رمضان بركات، خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص 211 .

³ - أحمد عبد الكريم ، المقتصر في قانون العلاقات الخاصة، المرجع السابق، ص 705 .

⁴ - محمد سليم العواء - سلوك المحكمين مجلة التحكيم العربي - العدد الثالث أكتوبر 2000 م، ص 43 .

⁵ - ولقد جمعت محكمة النقض الفرنسية بين معنى الإستقلال والحياد في عبارة واحدة "بقولها أن الإستقلال المعنوي أو الذهني شرط لا غنى عنه لإمكان ممارسة الوظيفة القضائية" راجع علي رمضان بركات، المرجع السابق ص 211 .

غير أننا نرى أن الأصل في العملية التحكيمية هو حياد المحكم كون العملية النفسية للمحكم تعد من الأهمية بما كان، إذ يتطلب منه ضميراً نبيلاً مدعماً بالتدريب العلمي الذي يمنحه قدرة ممارسة مهامه بحيادية ، بعيداً عن التعصب والانتماءات العرقية أو الدينية وغيرها، في حين أنه يمكن أن لا يكون مستقلاً ويخطر أطراف النزاع بذلك ويقبلون قيامه بالمهمة ، إذن نستنتج أن شرط الإستقلال وجد للوصول إلى تحقيق الحياد الكامل للمحكم لإجراء العملية التحكيمية .

ولقد إتجهت بنود الإتفاقيات الدولية إلى تكريس المبدأين، ومنها تشريعات قواعد لجنة الأمم المتحدة¹ 1976 والقانون النموذجي² 2010 وقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم³ . كما نجد أن بعض التشريعات إشتطت مبدأ الإستقلال فقط كونه يعد قرينة على توفر الحياد في المحكم، إتفاقية واشنطن⁴ 1965، ولائحة غرفة التجارة الدولية بباريس⁵ 1998، وإتفاقية تسوية منازعات الإستثمار العربية⁶ .

إن كانت تشريعات التحكيم قد وضعت بعض الضوابط ، إلا أن إرادة طرفي النزاع هي المحددة لشروط ومواصفات المحكم فقد يكون رجلاً وقد تكون امرأة ونحن نؤيد ذلك خاصة أن المرأة قد خاضت الآن في كل المجالات العملية والمهنية وأصبحت منافسة للرجل في الكفاءة والإخلاص ، فمن حازت على ثقة طرفي النزاع فلا مانع من أن تكون محكماً⁷ .

¹ - المادة 06 فقرة 04 والتي نصت " ...يرجع أن تكفل تعيين محكم مستقل ومحيد"

² - المادة 06 فقرة 07 والتي نصت على "ضمان تعيين محكم مستقل ومحيد "

³ - المادة 04 قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم والتي نصت "على المحكم أن يوفر للأطراف ، وللباقين المشتركين في التحكيم الظروف الملائمة للفصل في التحكيم بعدل ، وبدون تحيز أو تأثير بضغط تاريخية أو خشية الإنتقاد أو تأثير أي مصلحة شخصية ، مع الأخذ في الإعتبار مختلف الظروف المحيطة بالموضوع "

⁴ - المادة 14 فقرة 1 والمادة 40د1 فقرة 2 وقد أشار إلى أنه ينبغي أن يكون المحكم مستقلاً .

⁵ - المادة 7 فقرة 1 حيث نصت " على كل محكم أن يكون ويبقى مستقلاً عن الأطراف المعنية " .

⁶ - إذ أشارت المادة 35 من الإتفاقية إلى أنه يتم إختيار المحكمين المعروفين بإستقلالهم .

⁷ - فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق ، ص 443 .

كما أن غالبية التشريعات لا تشترط توفر الخبرة والكفاءة في المحكم ، و لا تشترط أن يكون المحكم وطني بخلاف تشريعات أمريكا اللاتينية مثل شيلي وكولومبيا¹، التي تشترط أن يكون وطني كون المحكم محكوم بثقافته وبيئته القانونية والإقتصادية في مفهوم العدالة .

غير أننا نرى كان يجب تقييد هذه الحرية في عنصر الكفاءة والخبرة، لأنه يجب على المحكم على الأقل يمكنه تكوين رأي عن مراكز الخصوم القانونية وأن يكون ذو نزاهة وإستقلال لشخصيته إذ لا يعقل أن يحكم شخص لا يحسن حتى الكتابة، ويبحث لنا عن القانون الواجب التطبيق لإجراءات التحكيم .

ولذلك يتجه بعض الفقه إلى أن الخبرة شرطا مفترض في المحكم بداية، وإلا كيف يمكن لهذا المحكم أن يقوم بتسييب الحكم² .

ومن أهم الشروط التي نرى الأطراف يطلبونها في المحكم، أن يكون من رجال القانون، وخبيراً مختصاً في موضوع التحكيم، ذكياً، قوي الشخصية، ذو كفاءة وسمعة حسنة ، وحتى من ديانة معينة .

وحتى نصل إلى محكم أكثر نزاهة وخبرة وحياد ،فقد ظهرت بمرور الزمن أعرف وعادات جديدة تجسدت في بعض الجهات كقواعد تمثل سلوكيات المحكم المهنية، والتي يجب أن تتوفر في كل من يختار، سواء من طرفي النزاع أو من أية جهة إذ نجد أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) أصدرت مجموعة من المبادئ أطلقت عليها إسم سلوكيات المحكم، كما أن مركز القاهرة الإقليمي سن قواعد أطلق عليها إسم قواعد السلوك المهني للمحكم وهي قواعد مشابهة لقواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي³

ومن بين القواعد التي أصدرها مركز القاهرة الإقليمي والتي أطلق عليها إسم السلوك المهني للمحكم والمعمول بها من أول مارس 2011م والتي نجدها قد إشتملت على عدد من القواعد تذكر منها ما يلي⁴ :

¹ - خالد محمد القاضي - موسوعة التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص 212 .

² - أحمد قسمت الجداوي - أبو العلا النمر ، المحكمون دراسة تحليلية، مرجع سابق، ص 37 .

³ - محمد سليم العواد، سلوك المحكمين، مرجع سابق، ص 44 .

⁴ - المواد 7-8-18-11-40-45 من قواعد مركز القاهرة .

- 1- لا يجوز للمحكم السعي من أجل تعيينه، أن يعين من طرف أحد طرفي النزاع أو من كليهما أو من المركز.
- 2- يجب على المحكم أن يتميز بالإستقلالية والحياد وأن يصرح بكل ما قد يشوب عمله كمحكم أو يثير شكوك حوله إلا إذا سبق إحاطتهم بها.
- 3- على المحكم أن يوفر الظروف الملائمة لعملية التحكيم والحيلة بالموضوع جيدا والسرعة في الفصل في الخصومة .
- 4- لا يجوز للمحكم إجراء أي إتصالات منفردة مع أي الأطراف بشأن التحكيم، وفي حالة حدوث ذلك يتعين على المحكم إبلاغ باقي الأطراف والمحكمين بمضمون ما تم من إتصالات
- 5- يلتزم المحكم بالمحافظة على سرية كافة المسائل المتعلقة بإجراءات التحكيم بما في ذلك المداولات وقرار التحكيم بإستثناء في حدود ما قد يكون مطلوب الإفصاح عنه بموجب قرار من سلطة قضائية .
- 6- لا يجوز للمحكم قبول أي مزية سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة من أحد أطراف التحكيم، أو ممن ينوب عنهم قبل بدأ إجراءات التحكيم أو أثناءها أو بعد إنتهائها. ومن خلال ما ذكرناه من قواعد نجد أن الهدف منها هو البحث عن النزاهة والحياد والمصدقية الكاملة في إدارة العملية التحكيمية وبعث الثقة والطمأنينة في نفوس طرفي النزاع . وفي هذا الشأن نقول أنه ورغم أن كل القوانين والتشريعات والإتفاقيات الدولية ومراكز التحكيم، لم تنص ماعدا البعض منها على منع رجل جاهل حتى بالكتابة من أن يتولى مهمة التحكيم في حالة تعيينه من طرفي النزاع ، غير أن أن نصل إليه هو أن التحكيم في عناصر الملكية الفكرية يعد من المواضيع الحساسة والتي تتطلب فهما للقوانين وللقواعد العامة الدولية.

المطلب الثاني

إنهاء مهمة التحكيم والمسؤولية الملقاة على عاتق المحكم

الأصل من أن من يختار للقيام بمهمة التحكيم تتوفر فيه النزاهة والإخلاص والحيادة والإستقلالية وهذا طوال فترة التحكيم وحتى صدور حكم عادل بين طرفي النزاع .
ولكن قد تنتهي مهمة التحكيم سواء كان ذلك عن طريق الرد، أو العزل، أو التنحي، أو حتى الإنهاء، وهذا ما قد يتسبب في ضرر لطرفي النزاع مما يلقي بالمسؤولية على عاتق المحكم ، ولو أن مسؤولية المحكم كانت محل جدل فقهي وقضائي ، بسبب عدم تنظيمها من طرف تشريعات الدول ، هذا ما يدعونا إلى البحث عن حالات إنتهاء مهمة التحكيم ومدى مسؤولية المحكم في كل ذلك، وهذا بالتطرق إلى -الرد - والعزل - والتنحي للمحكم كلا منهم في فرع مستقل .

الفرع الأول رد المحكم

وهو في حقيقته دفع ببطلان تشكيل هيئة التحكيم¹ .
إذ أن منع المحكم من مواصلة إجراءات التحكيم يعد ضمانا هامة لطرفي النزاع حالة شعور أحدهم بعدم الثقة في المحكم، بتحيزه، أو وجود صلة بأحد الخصوم، مما يعدم نزاهة المحكم في قضائه ، إذن من خلال الرد يتم تنقية تشكيل هيئة التحكيم من كل ما قد يشوب سمعتها وحيدتها وإستقلالها، فهو إذن إجراء وقائي لجعل الحكم الصادر عن هيئة التحكيم حكما عادلا.
لذا فإن المشرع الجزائري وفي نص المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه نص على ثلاث حالات ومن خلال تفحصها يتبين أن أسباب الرد كلها تصب في خانة واحدة ، وهي الوصول إلى محكم مستقل ونزيه وعادل، كما أنه قد يظهر على أن المشرع الجزائري قد حدد حالات الرد غير أنه وبتفحصها نجد أن كل ما قد يثير شكوك جدية حول حيادة المحكم أو إستقلاليته يدخل في ضمن الحالات الثلاث وبذلك فإن المشرع الجزائري لم يخالف بعض التشريعات والإتفاقيات الدولية والأنظمة التحكيمية والتي لم تورد أسبابا محددة للرد¹ .

¹ - منير عبد المجيد ، الأسس العامة للتحكيم، مرجع سابق، ص 169.

إذن أسباب الرد غير محصورة ومحددة في تصرفات أو أفعال يقوم بها أو يتصرف بها المحكم، بل أن الجهة المنوط بها الفصل في طلب الرد تتمتع بسلطة واسعة في تقدير وتقييم مدى جدية الشكوك المثارة حول حيادة المحكم وإستقلاليته في أن تكون سببا لرده .

و يجب على المحكم إذا ما شك أن هناك من الوقائع والظروف ما يمس بحيادته وإستقلاله أن يفصح عن وجودها²، وذلك حتى لا تستخدم ضده كدليل عدم نزاهته وحيادته .

ولكن إذ كان أطراف النزاع يعلمون بالظروف والوقائع التي عليها المحكم وقاموا بتعيينه، فإنه لا يمكن لهم رد المحكم بناء على ذلك السبب، غير أنه بظهور سبب جديد أثناء نظر النزاع يؤثر على إستقلالية المحكم، فإنه يحق لأي طرف طلب رد المحكم ولو كان المحكم معين من طرف طالب الرد ، دون الإخلال بإجراءات التحكيم، وإلا أصبح المحكم محاميا عن مصالح الذي عينه³، هذا حالة ما يكون التحكيم خاص، أما في حالة التحكيم المؤسسي فإن المحكم المعين من القوائم تفرض عليه المراكز التحكيمية أن يكون محايدا ومستقلا ، وهذا لا يعني أن يصبح المحكم المعين من أحد طرفي النزاع محاميا عن مصالح الذي عينه ، إذ أنه وحتى وإن لم يكن المحكم قاضيا، فإنه أخلاقيا يجب أن يكون على قدر كبير من الأمانة والنزاهة والعلم والمسؤولية وحسن السلوك .

ولقد حاول المشرع في تعديله الأخير إلى تنقية تشكيل الهيئة التحكيمية من كل قرينة على عدم الحياد والإستقلالية، فأوكل سلطة الفصل في طلب الرد بعد تبليغ محكمة التحكيم والطرف

¹ - فمثلا لذلك لقد نصت المادة 18 فقرة 01 من إتفاقية البنك الدولي بواشنطن سنة 1965 على أنه "لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حيادته وإستقلاله" .

كما نصت المادة 11 فقرة 1- من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس 1998م على أن طلب الرد يكون "على أساس الزعم بإنتفاء الإستقلال أو لأي سبب آخر" .

² - إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق ص 151 ، عبد المجيد موسوعة التحكيم الدولي ، مرجع سابق، ص 156 .

³ - وهذا ما جعل بعض القوانين والأنظمة مثل قانون ولاية نيويورك، ونظام الهيئة الأمريكية للتحكيم، ونظام نقابة المحامين الأمريكية، تستبعد الرد في حالة ما يظهر المحكم المعين من طرف أحد طرفي النزاع ميل بسيط نحو ترجيح مصلحة من عينه، راجع ذلك، محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 243 ، عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم - التحكيم الدولي، مرجع سابق ص 176 .

الآخر ودون تأخير بسبب الرد أولاً إلى نظام التحكيم الذي إتخذه أطراف النزاع كنظام لحل النزاع¹، فإذا لم يعالج هذا النظام كيفية تسويته فإن لأطراف النزاع الحق في تسوية إجراءات الرد وديا، ولكن في حالة عدم التمكن من التسوية فإنه يعود الإختصاص إلى القضاء، وهذا ما إتجهت إليه غالبية التشريعات² وبذلك فإنه يقتضي معه توقف هيئة التحكيم عن نظر النزاع³ إلى حين الفصل في طلب الرد وذلك بأمر غير قابل لأي طعن .

فإذا ما إقتنعت الجهة المخول إليها الفصل في طلب الرد بالأسباب المقدمة إليها تقضي برد المحكم وعندها يقتضي إستبداله بمحكم آخر، وتتبع في تعيينه نفس الإجراءات التي تمت في تعيين المحكم المردود⁴ .

ولقد إختلفت التشريعات في تحديد إختصاص هيئة التحكيم في الفصل في طلب الرد فهناك منفضل منح هيئة التحكيم حق الفصل في طلب الرد لما له من سرعة للفصل⁵ . غير أن هذا الرأي أنتقد على كون أنه لا يمكن أن تكون هيئة التحكيم خصما وحكما⁶ . ولذلك إتجه رأي آخر إلى أن أحسن ناظر لطلب الرد هو القضاء⁷، كونه بعيد عن كل تأثير وسينظر بنزاهة وموضوعية .

¹ - فقد تبني القانون النموذجي لسنة 1985 في المادة 13 منه وكذلك إتفاقية واشنطن لسنة 1965 في المادة 58 منه على أن "تتولى هيئة التحكيم الفصل في طلب الرد" - كما أن لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس "1998 في المادة 11 نصت على أن "تتولى هيئة غرفة التجارة مسألة الفصل في طلب رد المحكمين" .

² - قانون التحكيم اليمني رقم 32 لسنة 1997 م إذ نصت المادة 24 منه على أنه "يقدم طلب رد المحكم إلى المحكمة المختصة..."

³ - محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 236 .

غير أن هناك من يرى أن طلب الرد لا يوقف إجراءات التحكيم بل يجب أن تستمر وذلك تفاديا لعرقلة إجراءات التحكيم فإذا قضى برد المحكم عدت إجراءات التحكيم التي تمت بعد تقديم طلب الرد كأن لم تكن - راجع في ذلك منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم، مرجع سابق، ص 172 .

ولكن جبدا لو أن المشرع حدد أقل مدة ممكنة وأن تكون بدعوى إستعجالية من ساعة إلى ساعة وذلك حتى لا نجعل من طلب الرد طريقا للمماطلة .

⁴ - ولقد أشار إلى ذلك القانون النموذجي 1985 في المادة 26 وإتفاقية عمان العربية في المادة 19 فقرة 03 .

⁵ - تبنت هذا الإتجاه إتفاقية واشنطن 1965 في المادة 58 والقانون النموذجي سنة 1985 في المادة 13 .

⁶ - محسن شفيق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 237 .

⁷ - قانون التحكيم اليمني رقم 22 لسنة 1997م حيث نصت المادة 24 على أنه "يقدم طلب رد المحكم إلى المحكمة المختصة..."

غير أنه أخذ عنه إطالة أمد النزاع وعدم السرية، هذا ما جعل بعض التشريعات توكل مهمة النظر إلى جهة مستقلة فقد تكون إدارة المركز أو المنظمة المشرفة على التحكيم، أو جهة

تحددها لوائح وأنظمة التحكيم التي تتم عملية التحكيم وفقا لها¹.

بعد تطرقنا لمن يمكنه القيام بالفصل في طلب الرد بحسب توجهات التشريعات والانتقادات الموجهة لها، فإننا نرى أن الرأي الثاني وهو تحويل القضاء للفصل في الرد هو الأنسب، كون القضاء أكبر ضمانا لتحقيق مبادئ العدالة ومراعاة الحيطة والإستقلالية، ولكن هذا يتوقف أيضا على شرطين وهما .

1 - أن لا يكون طلب الرد موقف لإجراءات التحكيم .

2 - أن يبت في طلب الرد بحكم في مدة قياسية تحدد سلفا ويكون الحكم نافذا برغم اللجوء إلى طرق الطعن العادية والغير عادية .

وهذا حتى لا يكون طلب الرد طريقة وحيلة للمماطلة والعرقلة، خاصة إذا علمنا أن لرد المحكم آثار على ما تم من إجراءات تمت قبل الفصل في الرد إذ تعتبر تلك الإجراءات كأن لم تكن² بما في ذلك حكم التحكيم إن كان قد صدر قبل البت في طلب الرد .

الفرع الثاني

العزل

إذا ما أحل المحكم المعين بعد قبوله للتعين بواجباته وإلتزاماته المفروضة عليه فإنه يحق للخصوم سحب سلطة الفصل في النزاع الذي تم تحديده في إتفاق التحكيم، وبعد هذا الإجراء

¹ - أنظر إتفاقية عمان العربية 1987 والتي نصت في فحواها على أن يفصل مكتب المركز العربي للتحكيم ، الذي ينشأ بموجب الإتفاقية - في طلب الرد .

² - عاطف الفقى التحكيم في المنازعات البحرية : المرجع السابق ص 348 - علي سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص

بمثابة فسخ العقد للضرر¹، ولقد تطرق المشرع الجزائري إلى موضوع العزل في نص المادة 1018 فقرة -03- وذلك بقولها "ولا يجوز عزل المحكمين خلال هذا لأجل إلا بإتفاق جميع الأطراف"، وهو نفس المعنى الذي أتت به نص المادة 445 من قانون الإجراءات المدنية السابق بقولها "لا يجوز عزل المحكمين خلال الميعاد المنصوص عليه في المادة 444 إلا بإتفاق جميع الأطراف" ولقد حددت المدة في النص القديم بـ 03 أشهر تبدأ من تاريخ تعيين المحكمين بمعرفة أطراف العقد، أو من تاريخ صدور الأمر عن رئيس الجهة القضائية بتعيين المحكم ويمكن تمديد هذا الميعاد بإتفاق أطراف العقد، في حين وفي القانون الجديد الساري فإن المدة أصبحت 4 أشهر تبدأ من تاريخ تعيين المحكمين، أو من تاريخ إخطار محكم التحكيم، ويمكن تمديده إما بموافقة الأطراف، أو وفقا لنظام التحكيم أو من طرف رئيس المحكمة المختصة، ولا يمكن عزل محكم من أحد طرفي الخصومة ولو كان المحكم قد تم تعيينه من طرفه، إذ أن شرط إتفاق جميع أطراف النزاع شرط واجب لعزل محكم وهذا ما يسمى بالعزل الإتفاقي .

وقرار العزل الصادر عن إتفاق طرفي النزاع لا يستوجب شكلا معيناً بالذات فقد يكون قرار العزل شفاهة، أو بعقد عرفي، أو ضمناً وذلك بتعيين محكم جديد بدله². وبطبيعة الحال فإن فترة العزل تكون خلال مرحلة التحكيم، ولا يتصور أن يكون بعد صدور التحكيم لأننا حينها نكون أمام طلب إلغاء الحكم متى توفرت أسباب الإلغاء³. ولكن قد يتقاعس أحد المحكمين عن أداء مهامه التحكيمية أو ينقطع عن أدائها. وهذا ما يؤدي إلى إطالة أمد النزاع، فالمشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه النقطة مباشرة بخلاف المشرع المصري في نص المادة 20 لسنة 1994⁴.

¹ - أبو العلا النمر. المحكمون، مرجع سابق، ص 180 .

أحمد عبد الكريم سلامة المقتصر في قانون العلاقات الخاصة، مرجع سابق، ص 757 .

Fouchard (p h).Gaillard (E.)et Goldman (B): op cite.p-631.

² - أحمد أبو الوفاء : التحكيم الإختياري، مرجع سابق، ص 165 - عاطف بيومي شهاب المرجع السابق ص 267

³ - وهذا هو الفرق الجوهرى بين الرد والعزل إذ أن الرد له أسباب يحددها القانون ويشترط توافرها، بينما العزل ليست له أسباب محددة بل قد يتفق الأطراف على عزل محكم دون إبداء للأسباب الدافعة للعزل .

⁴ - إذ نصت المادة 20 من القانون المصري على "إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشِر أو إنقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير لا مبرر له في إجراءات التحكيم، ولم يتفق الطرفان على عزله، جاز للمحكمة المشار إليها في المادة (09) من هذا القانون الأمر بإنهاء مهمته بناء على طلب أى من الطرفين".

وبذلك نرى بأن نتبع نفس الإجراءات المتبعة في تعيين المحكمين والمحددة في نص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبذلك يكون للقضاء دور في عزل المحكم الذي يؤدي بتصرفاته إلى عرقلة إستمرارية إجراءات التحكيم، كما له دور في تعيين المحكم بعد عزله متبعين في ذلك إجراءات الدعاوى الإستعجالية والتي من شأنها تمكين المحكم من إعلامه ومن سماع أقواله، ليتم إصدار الأمر، إما بالعزل أو بالرفض.

وهنا قد يثور تساؤل حول إذ ما رفع طلب إلى القضاء بعزل المحكم وقبل صدور حكم العزل كان حكم التحكيم قد تم صدوره.

أثيرت هذه الإشكالية في إحدى القضايا والتي تتلخص وقائعها أنه تم تعيين محكم للفصل في نزاع في ديسمبر 1995م ولم يصدر حكمه في النزاع حتى 08 أوت 1995م، فقدم طلب من طرف محامي المدعي إلى المحكمة المختصة لتأمر بعزل المحكم، وطلب من المحكم عدم إصدار حكم في النزاع، غير أن المحكم رأى أنه لا يوجد ما يمنعه من الإستمرار في نظر النزاع وإصدار حكما إذ لم يصدر الأمر بعزله بعد، وهذا بالفعل ما حدث، إذ أن المحكم أصدر حكمه بتاريخ 12 أوت 1995م أي 4 أيام قبل إعلامه بطلب العزل، ورد على طلب العزل بأن المحكمة لا تملك عزله لأن صلته بالنزاع قد إنقطع والمحكمة لا تملك عزل شخص لم يعد محكما.

غير أن المحكمة قضت بعزله وأن الحكم الذي أصدره في 12/08/1995م كأنه لم يكن وسببت أمرها على أن العزل لا ينظر فيه إلى وقت صدور أمر العزل وإنما إلى وقت تقديم طلب العزل في 08/08/1995م¹، وفي حالة صدور حكم برفض طلبات طالب العزل كون طلب العزل كان مبنيا على أسباب غير صحيحة من شأنها المساس² بالمحكم، فإنه وفقا للقواعد العامة يجوز للمحكم رفع دعوى المسؤولية ضد الطرف طالب العزل، وطلب التعويض عما أصابه من ضرر مادي ومعنوي.

¹ - أكثر تفصيلا راجع القضية ونص الحكم في مجلة *Asion Disupta Revien* عدد سبتمبر 1999. مذكور في كتاب . محي الدين علم الدين مختارات من أحكام التحكيم الصادرة خارج المنطقة العربية منظمة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 229.

² - مصطفى الجمال . عكاشة عبد العال التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 763.

إذا كان من حق المحكم أن يطلب التعويض عن الضرر فإنه من باب أولى يحق لأطراف الخصومة في حالة العزل، أو الرد، أو إنهاء مهمته، أو حالة إبطال الحكم نتيجة لخطأ جسيم من المحكم، طلب التعويض عن الأضرار التي أصابتهم عن طريق دعوى المسؤولية¹.

الفرع الثالث التنحي

هو تخلي المحكم بإرادة منفردة عن نظر النزاع وقد يكون قبل البدء في إجراءات التحكيم، وقد يكون بعد مباشرة إجراءات التحكيم²، والأصل أنه متى قبل المحكم بالمهمة قبولاً صحيحاً عليه الإستمرار في نظر النزاع إلى صدور حكم، ما لم يقرر سبب جدي يدعو إلى التنحي وإلا طُوب بالتعويض من طرف أطراف النزاع.

ولقد عالجَت هذه الحالة كل من قواعد لجنة الأمم المتحدة 1976 في المادة 11 فقرة 3 – حيث تضمنت على أنه يجوز للمحكم الذي طلب رده التنحي عن نظر الدعوى، ولا تعد هذه الموافقة أو التنحي إقراراً ضمناً بصحة الأسباب التي يستند إليها طلب الرد، وكذلك قواعد القانون النموذجي لسنة 1985 في المادة 13 فقرة 2- والمادة 14 فقرة 3- بنفس المضمون تقريباً.

إذن نستخلص أن للمحكم حق التنحي متى وجد سبب جدي، كطلب أطراف النزاع لرده أو وجود سبب مادي، أو قوة قاهرة تحول دون تمكن المحكم من إتمام مهمة النظر في النزاع³

3- Fouchard (ph.) ,Gailard (E.) et Galdman (B):op cite .p.632

² - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 757 -أبو الوفاء، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 43 .

³ - إتفاقية عمان في المادة 18 فقرة 6- .

1- أكثر تفصيلاً عاطف بيومي شهاب، إتفاق التحكيم التجاري الدولي والإختصاص التحكيمي دار النهضة العربية مصر بدون تاريخ نشر، ص 247 .

وإصدار حكم عادل كحدوث كوارث أو حروب في مكان تواجد المحكم، أو المرض المقعد والمشل
لقدره الحركة .

فإذا ما تم تنحي المحكم فإنه يحق للخصوم اللجوء إلى القضاء طبقاً لنص المادة 1041 من
قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، لتعيين محكم آخر .

غير أنه إذا ثبت أن تنحي المحكم لم يكن بسبب جدي كالقوة القاهرة، أو تأكد المحكم على
أنه لن يكون نزيهاً ومحايداً بسبب وجود علاقة ما مع أحد الأطراف ، ومع ذلك لم يتنحي فإن
ذلك يعد إضراراً بمصالح طرفي النزاع ، مما يمنح لهم حق اللجوء إلى القضاء من أجل إلزام المحكم
بالتعويض .

المطلب الثالث

سير إجراءات التحكيم

بعد تحديد وقت بدأ إجراءات التحكيم والتي تعد من الأهمية بما كان، والتي تحدد بناء على
ما يتفق عليه الأطراف وحينها يشرع كل طرف في تقديم طلباته ودفعاته ، وما يصاحبها من
إيداع المستندات والوثائق وسماع الشهود ، والإستعانة بالخبراء وإتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية
... الخ . وهنا يثور عدة تساؤلات حول تاريخ بدأ الإجراءات - كفالة حقوق الدفاع، ومكان سير
الإجراءات، والقواعد المتبعة في الحضور والغياب ، وكيفية إدارة جلسات التحكيم ، وسلطات
هيئة التحكيم في إتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية ، وأثر تغيير تشكيل هيئة التحكيم على
الإجراءات .

هذا بالإضافة إلى العوارض التي تواجه سير إجراءات التحكيم والتي تؤدي إلى وقفها أو
إنقطاع سيرها أو إنهاؤها .

وعليه سنحاول التطرق إلى كل ذلك من خلال بدأ إجراءات التحكيم في الفرع الأول ،
وبيان إجراءات الدعوى في الفرع الثاني والمبادئ الأساسية للعدالة في الفرع الثالث ، وأدلة
الإثبات في الفرع الرابع ، والتدابير الوقائية والتحفظية في الفرع الخامس ، وعوارض إجراءات
التحكيم في الفرع السادس .

الفرع الأول

بدء إجراءات التحكيم

والمقصود بها الخطوة الأولى التي يتم إتخاذها بتحديد الوقت الذي تنطلق فيه إجراءات التحكيم.

فقد يتم تحديد بداية الإجراءات من طرفي النزاع في إتفاقهم ، فإذا لم يتم تحديده فيجب الرجوع إلى ما يقره القانون الذي يحكم الإجراءات .

بالرجوع إلى التشريع الجزائري، لم يورد نصا صريحا فيما يخص بدء إجراءات التحكيم ، ولكن نص المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نستخلص منها أن بدأ إجراءات التحكيم تبدأ من تاريخ تعيين المحكمين أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم .

و بإستقراء نص المادة 1015 من نفس القانون نجد أنها تشترط للقول بتشكيل هيئة التحكيم قبول المحكمين بالمهمة المسندة إليهم .

من نص المادتين نصل إلى أن بدأ إجراءات التحكيم تبدأ من وقت قبول المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم ، على إعتبار ان تعيين المحكم دون إبداء لقبوله يجعل من تشكيل هيئة التحكيم تشكيلا غير صحيح .

وبذلك فالمشروع الجزائري وفق في ربط بدأ الإجراءات بإعلان موافقة آخر محكم¹، وتفادي بذلك النقص الذي كان في نص المادة 458 من قانون الإجراءات المدنية الملغى والتي تجعل دعوى التحكيم معلقة (قائمة)² من وقت عرض أحد الأطراف الدعوى أمام المحكم أو المحكمين،

¹ - لزهري بن سعيد - كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص 227 .

² - المادة 458 مكرر قانون الإجراءات المدنية السابق كانت تستعمل مصطلح "معلقة" وهو مصطلح لا يؤدي إلى المعنى الصحيح لكلمة (pendonte) (الموجودة في النص الفرنسي) والأصوب هو قائمة .

أو من الوقت الذي يبدأ فيه الأطراف إجراء تشكيل محكمة التحكيم سواء بتعيين محكميها مباشرة أو باللجوء إلى مؤسسة تحكيم .

أي أنه وفي حالة التحكيم الحر فإن بدأ إجراءات التحكيم تبدأ من تاريخ قيام أطراف النزاع بتشكيل هيئة التحكيم، وإعلان المحكم أو المحكمون بقبول المهمة، أما حالة لجوء طرفي النزاع إلى التحكيم المؤسسي فإن بدأ إجراءات التحكيم تبدأ من تاريخ إخطار محكمة التحكيم المشكلة من طرف الهيئة أو المركز.

ولقد اختلفت الإتفاقيات الدولية حول زمن بدأ الإجراءات .

نصت المادة 21 من القانون النموذجي 1985 بقولها "تبدأ إجراءات التحكيم في نزاع، ما في اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلبا بإحالة ذلك النزاع إلى التحكيم ، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك ."

كما أقرت غرفة التجارة الدولية بباريس 1998 أن تاريخ إستلام الأمانة العامة طلب التحكيم هو تاريخ بدأ الإجراءات ، كما إعتمدت لجنة الأمم المتحدة 1976 بداية إجراءات التحكيم من التاريخ الذي يستلم فيه المدعى عليه إخطار التحكيم .

مما سبق نستشف أن تاريخ بدأ إجراءات التحكيم تدور حول ، إما بموجب إتفاق طرفي النزاع ، وإما تسليم الطلب إلى الجهة المشرفة على التحكيم وإما من تاريخ تسليم المدعى ما يفيد تقديم طلب التحكيم إلى المدعى عليه ، وإما تاريخ قبول آخر محكم لمهمة التحكيم .

ونحن نؤيد ما ذهب إليه التشريع الجزائري بأن جعل تاريخ بدأ إجراءات التحكيم، و قبول آخر محكم بالمهمة¹ ، ومع ذلك نقترح أن يكون هذا القبول مكتوبا تفاديا لأي إشكال خاصة أنه يمكن أن يكون القبول شفاهيا أو ضمنيا. وبعد تحديد تاريخ بدأ الإجراءات فإنه هناك من يرى أنه يجب على هيئة التحكيم أن تعقد جلسة تمهيدية بحضور جميع الأطراف للتوصل إلى تفاهم ينظم الطريقة و الإجراءات التي سيسير عليها التحكيم² والتي تعد جلسة غير رسمية بين

¹ - وهذا ما أخذ به كل من مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري 1993 في المادة 35 فقرة 05 راجع في ذلك

أحمد عبد الكريم سلامة المقتصر ، مرجع سابق ، ص 794 .

² - عبد الحميد الأحذب - موسوعة التحكيم - التحكيم الدولي ، مرجع سابق، ص 278 .

طرفي النزاع أو من يمثلهم وبين هيئة التحكيم في مكان يحدد سلفا بإتفاق الأطراف أو هيئة التحكيم¹.

وتبدأ هذه بأن يتعرف كلا من أطراف الدعوى أو ممثلهم بالمحكمين ، ويعلن المحكم عن الطريقة التي تم تعيينه بها، فقد تكون عن طريق أحد أطراف الدعوى خاصة في التحكيم الحر، أو عن طريق المنظمة إذا أحال الأطراف أمر تعيين المحكم إلى المنظمة .

وهنا يبدأ إستعداده وقبوله للمهمة ويتم الإشارة إلى إتفاق التحكيم وما يحتويه من خطوات رئيسية للنزاع . كميعد تقديم الدعوى والجلسات والمستندات، وتحديد ممثل كل طرف، وتحديد القانون الواجب التطبيق² .

إذن في هذه الجلسة يناقش فيها الكثير من المسائل الإجرائية، وعلى هيئة التحكيم أن ترسل إلى الطرفين قبل يوم الإجتماع جدول أعمال الجلسة، وذلك حتى يكون طرفي النزاع على بينة بالمسائل التي سيتم مناقشتها ومن أهم هذه النقاط ، اللغة التي تتم بها المرافعات الشفوية والمذكرات المكتوبة والبيانات والمستندات المتداولة واللغة التي تقدم بها تقارير الخبراء وشهادة الشهود ، واللغة التي يصدر بها حكم التحكيم .وهي عادة المتفق عليها الأطراف ،وفي حالة عدم الإتفاق فإن هيئة التحكيم تتولى تحديد اللغة ما لم يكن القانون واجب التطبيق على الإجراءات قد حسم بشكل واضح في مسألة اللغة³ .

أما بالنسبة لمكان التحكيم الذي تتم فيه معظم الإجراءات فغالبا ما يتم الإتفاق عليه في وثيقة التحكيم وذلك لأهميته⁴ فإذا لم يتفق الأطراف على مكان التحكيم فإن هيئة التحكيم هي التي تتولى تحديده مراعية في ذلك محل إقامة الأطراف، ولكل من له علاقة بالتحكيم، ضمانا لنجاح العملية التحكيمية⁵ . ولتحديد مكان التحكيم لا يشترط أن تعقد هيئة التحكيم جميع

¹ - سيد أحمد محمود - نظام التحكيم ، مرجع سابق ،ص 327 .

² - أحمد أبو الوفاء ، التحكيم الإختياري ،مرجع سابق، ص 214 .

³ - ولقد تم معالجة هذه النقطة في كثير من الإتفاقيات والشريعات الوطنية ، ففي إتفاقية واشنطن 1965 قضى نص المادة 33 من الإتفاقية على أنه "إذا لم يشير إتفاق الأطراف إلى اللغة المتبعة في الحكم فإن هيئة التحكيم هي التي تتولى تحديد اللغة" أما القانون النموذجي يونسترال 2010 في نص المادة 1/18 فقد إتجهت نفس المنحى بأنه في حالة عدم إتفاق الأطراف فإن على هيئة التحكيم تحديد اللغة وترجمة الوثائق والمستندات.

⁴ - أبو الوفاء، التحكيم الإختياري، مرجع سابق، ص 214 .

⁵ - مصطفى الجمال - عكاشة عبد العال - التحكيم في العلاقات الخاصة ،مرجع سابق ،ص 656 .

جلساتها في مكان واحد، فقد تدعو الحاجة إلى الانتقال لسماع شاهد أو للمعاينة وحتى لإجراء مداولة، وذلك مراعاة لظروف المحكمين ، ما لم ينص إتفاق الطرفين على خلاف ذلك .
وقد تتم عملية التحكيم دون أن تنعقد في مكان واحد ، حالة وجود مبررات قوية لتغيير المكان حفاظا على سلامة العملية التحكيمية¹ .

ولقد كان لمكان التحكيم حظ في المعالجة من طرف الكثير من الإتفاقيات الدولية وبعض القوانين الوطنية ، فقد تناوله القانون النموذجي لسنة 1976 في المادة 16، وهي تتفق مع نص المادة 1/18 من القانون النموذجي 2010 بأنه يعتبر قرار التحكيم صادرا في مكان التحكيم ، كما تناولته غرفة التجارة الدولية في المادة 14 بنفس الأسس، وإتفاقية عمان في المادة 22 والتي إشتطت على أن يجري التحكيم في مقر المركز ، غير أنه يجوز إجرائها في دولة أخرى بعد موافقة الأطراف وهيئة التحكيم ، كما نجد المشرع المصري قد تناولها في المادة 28 والتي جاءت بنفس المضمون للمادة 20 للقانون النموذجي .

وبعد الإنتهاء يفرغ ما ينتهي إليه في هذا الإجتماع التمهيدي في محضر جلسة أو في وثيقة توقع من الأطراف أو من يمثلهم كالمحامي ومن المحكمين .
وهذه الجلسة التمهيدية لم ينص عليها التشريع الجزائري غير أن العمل بها لا يتناقض مع القانون وقد علمت به الكثير من المراكز ومنها مركز القاهرة الإقليمي² .

الفرع الثاني

بيان الدعوى

وهو إرادة أحد طرفي إتفاق التحكيم في اللجوء إلى التحكيم تتجسد بمذكرة مكتوبة والتي تبلغ إلى المدعى عليه وأعضاء هيئة، التحكيم والتي تتضمن البيانات الشخصية، أسماء الأطراف وعناوينهم، وتفصيل وقائع الدعوى، وتبيان المسائل موضوع النزاع والأسس القانونية والحجج التي

¹ - أحمد أبو الوفاء، التحكيم الإختياري، مرجع سابق، ص 214

² - نص المادة 17 فقرة 2- من لائحة مركز القاهرة الإقليمي .

تخدم طلباته، مستندا في تبرير طلباته إلى المستندات وأدلة الإثبات، ويختتم المدعي بيانه بتحديد طلباته¹.

و بيان الدعوى يبلغ² إلى المدعى عليه والذي بدوره وخلال الميعاد المتفق عليه، أو بقرار الهيئة، يقوم بإعداد مذكرة مكتوبة تحوي رده³ على بيان الدعوى المبلغة له، وبأن يعرض كافة أوجه دفاعه سواء كانت في الموضوع أو في الشكل⁴، وإن كانت له طلبات مقابلة فعلية أن يورد المعلومات الكافية المتعلقة بهذه الطلبات، ويحق للمدعي الرد على طلبات ودفعات المدعى عليه ولكل منهما الحق في أن يرفقا ما يشاءان من وثائق ومستندات تدل على صدق إدعاءهما، أو أن يشير إلى ذلك في مذكراتهما على أن تقدم لا حقا .

ولكن قد يبلغ بيان الدعوى إلى المدعى عليه ويمتنع عن الحضور والرد على بيان الدعوى فهنا يجب على هيئة التحكيم الإستمرار في إجراءات التحكيم حتى إصدار الحكم⁵ ولكن يجب

¹ - لقد نصت المادة 20 من قواعد غرفة التجارة على أن يشمل بيان الدعوى أ -أسماء الأطراف وبيانات الإتصال بهم ب - بيان الوقائع وبيانات الإتصال بهم - بيان بالوقائع المؤيدة للدعوى ج- المسائل موضوع النزاع د- الطلبات - هـ الأسس القانونية أو الحجج المؤيدة للدعوى - و - يجب كلما كان ممكنا أن يتضمن بيان الدعوى أو يشير إلى كل المستندات وأدلة الإثبات الأخرى التي يعتمد عليها المدعي .

² - لقد اختلفت الإتفاقيات الدولية والتشريعات بكيفية تبليغ المدعى عليه فنجد أن قواعد غرفة التجارة الدولية المعمول بها من أول يناير 1998 في المادة 04 "أن طلب التحكيم، ببيان الدعوى يودع لدى أمانة المحكمة الدولية للتحكيم بغرفة التجارة الدولية وهي التي تقوم بإخطار المدعى عليه بالطلب " في حين نجد أن قواعد مركز القاهرة الإقليمي تلزم المدعي بتبليغ المدعى عليه ببيان الدعوى .

³ - زهر كرم - التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 234 .

⁴ - الدفوع الموضوعية : وسيلة تهدف إلى دحض إدعاءات الخصم ، نص المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الدفوع الشكلية : "وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو إنقضائها أو وقفها" نص المادة 49 من نفس القانون .

⁵ - وجدى راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص 525 .

وهذا ما ذهب إليه القانون النموذجي 1985 في نص المادة 25 فقر ب- المضمون الذي أوردته قواعد الأمم المتحدة 1976 في المادة 28 - أن تخلف المدعى عليه دون تقديم بيان دفاعه وفقا للمادة 23 (1) تواصل هيئة التحكيم الإجراءات دون أن تعد هذا التخلف في حد ذاته قبولا لإدعاءات المدعي، وهو نفس الرأي ذهبت إليه نظام غرفة التجارة الدولية في الفقرة 03 من المادة 6 على أنه " إذ رفض أحد الأطراف أو إمتنع عن المشاركة بالتحكيم أو بأي مرحلة من مراحلها فإن التحكيم يعقد بالرغم من هذا الرفض أو الإمتناع " .

التأكد من -إعلان المدعى عليه إعلان صحيح بمكان وميعاد الجلسات¹ - عدم وجود قوة قاهرة أ حالت عدم حضوره أو رده -إشعار المدعى عليه من طرف الهيئة بالإستمرار في الإجراءات وإصدار الحكم بعد مدة محددة² - ويكفي أن يحضر المدعى عليه مرة واحدة خلال مراحل الإجراءات ليكون الحكم حضوريا بدل غيابيا .

ولكن قد يبادر المدعي بتقديم طلب التحكيم ويتخلف بعد ذلك سواء بتبليغ المدعى عليه إن كان هو المسؤول عن التبليغ، أو عن الحضور فيعد عندئذ متنازلا ، وهيئة التحكيم الحق في إنهاء الإجراءات بعد إنتهاء المواعيد المقررة في القانون الذي يحكم التحكيم³ .
ونظرا لأهمية ما تطرقنا إليه فإنه كان على المشرع الجزائري أن يتطرق إليه بنوع من التفصيل وفقا للإتفاقيات الدولية المصادق عليها .

الفرع الثالث

ضرورة مراعاة المبادئ الأساسية للعدالة

إن طبيعة التحكيم الخاصة تقضي عدم التقييد بكل القيود والإجراءات الخاصة بمحاكم الدولة، ولكنها تظل ملزمة بإحترام ومراعاة مجموعة من المبادئ الأساسية للعدالة ،هذه المبادئ والقواعد لا يمكن أن نربطها بتشريع معين كونها قواعد عالمية، وتتسع لتشمل كل ما يضمن للأطراف حكم عادل فهي إذن تراثا إنسانيا لجميع الشعوب ، ولا يمكن لأي قضاء سواء كان

¹ - وهذا ما ذهبت إليه إتفاقية نيويورك في المادة 02 فقرة 1- على أنه " يجوز رفض الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا ثبت أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم " .

² -مصطفى الجمال -عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة ، مرجع سابق ،ص 662 .

³ - لقد حدد المشرع الجزائري في المادة 1018 مدة 4 أشهر كمدة لإتمام مهمة المحكمين ، ويتم تمديدها بشرط مواصلة السير في دعواه التحكيمية ، في حين أن القضاء الإنجليزي خالف ذلك مستندا على أن مهمة المحكمين هي الفصل في النزاع وأن الإنهاء يكون عن رغبة من الطرفين لا أن يستشف من التقصير والإهمال ، أكثر تفصيل راجع - عاطف محمد الفقى ، التحكيم في المنازعات البحرية ،مرجع سابق ،ص 255 وما بعدها .

حرا أو تحكيما مؤسسا أن يتجاوزها، حتى ولو لم ينص عليها قانون سير الإجراءات ومن أهم هذه المبادئ مبدأ المواجهة - مبدأ المساواة - إحترام حقوق الدفاع .

بالنسبة لمبدأ المواجهة يعد من المبادئ التي إستقر العمل به على صعيد النزاعات المحلية والدولية و يعد أهم تطبيق لحق الدفاع في أن كل طرف يجب أن يعلم بما قدم من طلبات ودفعات، وأدلة إثبات، والإجراءات المتخذة. كل ذلك ليتمكن من الرد عليها ومناقشتها والإعتراض عليها وتقديم ما يدحض به طلبات الخصم، إذن مبدأ المواجهة غايته إحترام حقوق الدفاع، فلا يجوز مخالفته حتى وإن كان المحكم مفوضا بالصلح ولم ينص عليه¹، وبذلك فإن هيئة التحكيم ليس لها حق الإتصال بطرف ومقابلته دون علم الطرف الثاني، أو أن تستلم وثائق دون علم الطرف الثاني وتمكنه من الإطلاع عليها.

إذن مبدأ المواجهة هو الوسيلة العملية التي من خلالها يتجسد حق الدفاع، والذي يصاحب كل عمل إجرائي يتخذ من طرف هيئة التحكيم في النزاع، سواء كان متصلا بالوقائع أو بالقانون منذ رفع الدعوى إلى قفل باب المرافعة .

ولقد حرص المشرع الجزائري في نص المادة 1056 فقرة 4- بالنص على هذا المبدأ بقولها " إذا لم يراع مبدأ المواجهة "، بل نجد أن جل تشريعات التحكيم الوطنية والإتفاقيات الدولية ولوائح المراكز تنص على مبدأ المواجهة² .

أما مبدأ المساواة فبإعماله تتحقق العدالة بعد إعمال مبدأ المواجهة فأسس العدالة كتلة مترابطة، بل أن هناك من عد مبدأ المساواة ضمن مبدأ المواجهة وأنه أحد المبادئ المتفرعة عنه، ومن ذلك المشرع الجزائري، يذكر مبدأ المواجهة فقط فهو بذلك يعده المبدأ الشامل لكل المبادئ كحق الدفاع ومبدأ المساواة، وكل ما يحقق حكم عادل يفصل في النزاع.

و يمكن أن نعرف مبدأ المساواة في هذا الإطار، بأنها المعاملة المتكافئة أمام هيئة التحكيم بمنح طرفي التحكيم، الفرصة لكلا منهما بأن يعرض قضية وأن يتمتع كل طرف بنفس الحقوق

¹ - علي رمضان بركات، خصومة التحكيم، مرجع السابق، ص 303-عبد الحميد الأحمد، الأسس العامة للتحكيم مرجع سابق، ص 190 .

² - المادة 35 فقرة 01 إتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الإستثمار 1965 .
المادة 18 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري .

والسلطات كتوكيل محامي، تقديم مستندات، تقديم شهود... الخ. ولهذا المبدأ أهمية كبيرة لذا نصت عليه الكثير من الإتفاقيات¹.

كما أن من حق طرفي النزاع في عرض قضيته، فحق المدعى يتمثل في الدفاع عن بيان دعواه بكافة الوسائل الإجرائية لإثبات ما يدعيه، وحق المدعى عليه في تقديم ردوده على إدعاءات خصمه قبل النطق بالحكم مستعينا في ذلك أيضا بكافة وسائل الإثبات لدحض إدعاءات المدعي.

ولإحترام حقوق الدفاع تطبيقات كثيرة إذ يجب دعوة الخصم بموجب إعلان صحيح وفقا للقانون الواجب التطبيق، إذ لا يجوز الحكم دون سماع دفاع الخصم² إلا إذا رفض الخصم إستعمال هذا الحق فيحق للمحكم الحكم في غيبته.

كما يحق للخصم التمسك بالدفع المتعلقة بالإجراءات³، أو الموضوع، وتقديم الأدلة والإستعانة بمحام⁴، وبطلب أجل للإستعداد لتحضير دفاعه ومن تقديم طلبات جديدة، و مناقشة كل طرف لأدلة الآخر، ومناقشة الشهود - ونتائج الخبراء المتدين والمرافعة بمخاطبة هيئة المحكمة التحكيمية شارحا وقائع القضية أو القانون شفاهة أو كتابة، إذ لا يمكن إقفال باب المرافعة دون الإستماع إلى إدعاءات طرفي النزاع ودفاعهم ودراسة أدلتهما، بل أنه حتى بعد إقفالها فيجوز فتحها⁵.

¹ - قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) 1976 في المادة 15 فقرة 01 - " لهيئة التحكيم ممارسة التحكيم.... شريطة أن تعامل الطرفين على قدم المساواة....".

² - ورد في السنة النبوية أن الرسول صلى الله وسلم قال للإمام على أبي طالب " إذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء " وقد حرص فقهاء المسلمين بعد ذلك على ترسيخ هذا المبدأ.

³ - إذ أن نص المادة 1020 من التشريع الجزائري ق إ م إ تنص " تنجز أعمال التحقيق والمحاضر من قبل جميع المحكمين إلا إذا أجاز إتفاق التحكيم سلطة نذب احدهم للقيام بها ".

⁴ - أشرف الرفاعي - النظام العام والتحكيم العام والعلاقات الدولية، مرجع سابق، ص 255.

⁵ - نص المادة 29 فقرة 1-2 من قواعد الأمم المتحدة 1976 " لهيئة التحكيم أن تستفسر عن الطرفين عما إذا كان لديها أدلة أخرى لتقديمها أو شهود آخرين لسماعهم أو أقوال أخرى للإدلاء بها، فإذا كان الجواب نفيا، جاز لهيئة التحكيم أن تعلن إنهاء المرافعة.

الفرع الرابع أدلة الإثبات

إن عرض طرف لوقائع مؤيدة لإدعائه أو دفاعه وجب عليه إثباتها، وهو ما يطلق عليه بأدلة الإثبات .

ويمكن لطرفي النزاع أن ينظما في إتفاقيهما القواعد التي يتم إتباعها في أدلة الإثبات و يؤخذ بها - فإذا لم يحدد في إتفاقيهما ذلك فلهما أن يحددا القانون الذي ينظمهما، وإلا فلهيئة التحكيم أن تختار القانون الذي تراه مناسبا فعلى من يدعي واقعة معينة عليه عبء إثباتها، وهيئة التحكيم حق تقدير الدليل، كما لها حق إعمال إجراءات الإثبات التي تراها مناسبة للفصل في الدعوى .

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 1047 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على أنه " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة " .
وهو تقريبا نفس الحكم الذي أتت به نص المادة 458 مكرر 10 من المرسوم 09/93 السابق إذ نصت على أن " تباشر محكمة التحكيم بنفسها تقديم الأدلة " بخلاف بعض المفردات ونرى أن المشرع وفق في التعبير المنصوص عليه في نص المادة 1047 .

- لهيئة التحكيم أن تقرر ، من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الطرفين، إعادة فتح باب المرافعة في أي وقت قبل صدور قرار التحكيم ، إذا رأت ضرورة ذلك نظرا لوجود ظروف إستثنائية " .

- في نفس المعنى المادة 18 من قانون النموذجي 2010 .

وبذلك فإن المشرع الجزائري لم يضع أي قيد على سلطة هيئة التحكيم في التحقيق في موضوع النزاع، وذلك بإستعمالها كافة الوسائل المتاحة والممكنة التي تراها مناسبة ما لم تخالف النظام العام الإجرائي¹ .

ومن أدلة الإثبات، تعدد المستندات والوثائق من أكثر وسائل الإثبات التي يتم الفصل بناءً عليها أمام هيئة التحكيم² ، إذن يمكن دراستها والتحقق من صحتها وسلامتها.

وعمقتضى نص المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية والتي نصت على ذات حكم المادة 458 مكرر 11 من المرسوم التشريعي 09/93 السابق نصت على إمكانية طلب مساعدة القاضي المختص سواء لتقديم الأدلة، أو تثبيت الإجراءات، أو لإجراء الإنابة القضائية، أو حتى لإجبار الطرف الآخر على تقديم مستند تحت يده يفيد إثبات ما يدعيه طالب المستند.

ونص المادة السالفة الذكر جاء على سبيل المثال لا الحصر إذ ما نصت عليه يسمى بـ " بند مظلة " أي أنها نصت على بعض حالات التعاون القضائي فقط، وبذلك فإن هذه القاعدة ذات أهمية كبيرة في ضمان حسن سير الإجراءات التحكيمية³.

ولقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 1021 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " تحكيم داخلي " على الطعن بالتزوير فإذا ما تم الطعن بالتزوير مدنيا في ورقة (بالمفهوم الواسع) أو إتخذت إجراءات جنائية بتزويرها او عن فعل جنائي آخر، فإنه على المحكمون إحالة الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة .

ويتم وقف إجراءات التحكيم متى كان المستند المطعون في صحته أثر حاسم في الفصل في النزاع ، وبذلك فعلى هيئة التحكيم أن تقدر قيمة المستند المزور في النزاع، وذلك حتى نقطع الطريق أمام أي طرف يريد من وراء الإدعاء إطالة أمد النزاع⁴ .

¹ - كمال معروف، التحكيم التجاري الدولي في ظل المرسوم التشريعي 09/93 السابق المؤرخ في 25 أبريل 1993 -رسالة ماجستير - كلية الحقوق جامعة الجزائر ،سنة 2000 ص 74 .

² - المادة 34 فقرة 01 من إتفاقية واشنطن، المادة 23 فقرة 01 من القانون النموذجي - المادة 20 من غرفة التجارة الدولية بباريس

³ - مونييه جمعي، التحكيم كنظام لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل القانونين الجزائري والمصري مع إلقاء الضوء على إتفاقية واشنطن لسنة 1965 - رسالة ماجستير في القانون الخاص جامعة القاهرة - كلية الحقوق سنة 2009 ص 187 .

⁴ - فقد تحول الدعوى إلى التحقيق والذي قد يطول كما أنه لكل طرفي، النزاع، والنيابة .الحق في الطعن في الحكم الصادر وتعود من جديد لعرض القضية مرة أخرى أمام هيئة قضائية ثانية .

أما إذا كان التحكيم دولياً فإن هيئة التحكيم عليها التقيد باتفاقية التحكيم لطرفي النزاع المحددة للإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو إستناداً على نظام التحكيم المحدد، أو إلى القانون الذي يحدده الأطراف في إتفاقية التحكيم ، فإذا لم تنص الإتفاقية على ذلك فإن على محكمة التحكيم أن تضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة إستناداً إلى قانون أو نظام تحكيم، ويجب أن يكون طرفي النزاع كاملي العلم بذلك تحقيقاً للمبادئ الأساسية للتقاضي .

ومن بين أدلة الإثبات الشهادة وهي قيام شخص من غير أطراف النزاع بالأخبار بما يعرفه شخصياً من وقائع متعلقة بالنزاع، سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية تصلح لأن تكون محلاً للإثبات، والشهادة قد تكون شفاهية وقد تكون مكتوبة¹، وقد تكون أمام هيئة التحكيم مباشرة، وقد تلجأ هيئة التحكيم أو طرفي النزاع مع الإتفاق مع هيئة التحكيم، إلى المساعدة القضائية وذلك خاصة في حالة رفض الشاهد الحضور أمامها، وهذا ما يفهم من نص المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

¹ - لقد أشارت قواعد الأمم المتحدة 1976 في نص المادة 25 فقرة -2-4-5- إلى سماع الشهود والمادة 18 فقرة 3-4-5 من القانون النموذجي 2010 .

- كما أشارت إتفاقية عمان العربية 1987 إلى الإستماع إلى الشهود وذلك في المادة 03 فقرة 02 .
- كما أن حل القوانين العربية أشارت إلى الشهادة الشفوية فمنها من قرن الشهادة مع اليمين وهذا ما ذهب إليه القانون الإماراتي في نص المادة 211 ومنهم من جعل السماع لأي شاهد دون يمين وهذا ما ذهب إليه القانون اللبناني في نص المادة 2/779 والقانون السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم: 34 في 24/05/1433 عام 2012 في المادة 28 .
هذا بالنسبة للشهادة الشفوية أما الشهادة الكتابية لم ينص عليها أي من القوانين العربية ولكن ونظراً لعدم وجود ما يمنعها، ووجود إتفاقيات دولية نصت عليها فإننا نميل إلى جوازها تفادياً للحضور الشخصي لمكان المحاكمة، وتفادياً للجهد والنفقات ، كما نرى أنه إذا ما تم تقديم طلب من احد اطراف النزاع إلى هيئة التحكيم من اجل حضور الشاهد من أجل الإدلاء بشهادته في القضية ، إذا كان الطلب مبرراً، فهنا يجب أن يستجيب لهذا الطلب وإلا كانت منكراً للعدالة وإلى تطبيق أسس العدالة .

- أكثر تفصيلاً حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية دار الثقافة الطبعة الأولى 2010م عمان ص 346-347

لهيئة التحكيم سلطة تقديرية في الأخذ بالشهادة إذ أن الشهادة ليست من الأدلة القطعية ذات القوة المطلقة والتي لا يملك المحكم سوى الأخذ بها، مثل الإقرار فإذا ما وجد المحكم أن ماتحت يده من مستندات يكفي للفصل في النزاع أو وجد الشهادة غير مجدية فله أن يستبعدا¹. كما للمحكم أن يستند على الخبراء لإبداء الرأي في مسألة من المسائل المعروضة أمام هيئة التحكيم، مثل فحص الدفاتر والكشوف الحسابية وتقديمها، أو معاينة المنشآت أو البضائع وتحديد مدى مطابقتها للمواصفات و تقدير المنقولات أو العقارات نقدا². ويمكن الإستعانة بالخبراء إما بواسطة هيئة التحكيم التي تستمد تخصصها من نص صريح في إتفاق التحكيم، أو من القانون المطبق على التحكيم، أو من لائحة التحكيم المعمول بها، أو بواسطة الأطراف كأن يقدم كل طرف خبرة ضمن وثائقه لتعزيز دفاعه وطلباته. وإذا ما تم تعيين خبير ما من طرف هيئة التحكيم فإنه يحق لكلا من طرفي النزاع أن يطلب رد الخبير وذلك بسبب جدي، فهئية التحكيم لها حق رد الخبير، فمن يملك سلطة التعيين له حق الرد³. كما لطرفي النزاع الحق في الإطلاع على تقرير الخبير ومناقشة ما ورد فيه. ولقد تناولت الإتفاقيات الدولية ذلك، مثل قواعد الأمم المتحدة 1976 في المادة 27⁴ ونظام غرفة التجارة بباريس 1997 في نص المادة 20 فقرة 3-4.

الفرع الخامس

¹ - مصطفى الجمال - عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة المرجع السابق ص 700 - سحر عبد الستار إمام دور القاضي في الإثبات، مرجع سابق، ص 273 . 288 .

² - أحمد عبد الكريم سلامة المقتصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 923 .

³ - مصطفى الجمال - عكاشة عبد العال التحكيم في العلاقات الخاصة، مرجع سابق، ص 714 .

⁴ - المادة 27 1 - "يجوز لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير كتابي إليها بشأن مسائل معينة تحددها وترسل إلى الطرفين صورة من التفويض ترسل إلى هيئة التحكيم صورة من تقرير الخبير إثر تسلمه منه إلى كل من الطرفين . مع إتاحة الفرصة لكل منهما لإبداء رأيه في التقرير كتابة، ولكل من الطرفين الحق في طلب فحص أية وثيقة إستند إليها الخبير في تقريره فقرة 4- يجوز تقديم تقرير الخبير وبناء على طلب أي من الطرفين سماع أقوال هذا الخبير في جلسة تتاح للطرفين فرصة حضورهما وإستجواب الخبير، ويجوز لكل من الطرفين أن يقدم في هذه الجلسة شهود من الخبراء ليدلو بشهادتهم في المسائل موضوع النزاع، وتطبق بالنسبة لهذا الإجراء أحكام المادة 25 .

إتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية

تتميز التدابير المؤقتة والتحفظية¹ في أنها مجموعة من الإجراءات يتم إتخاذها أثناء مرحلة من مراحل النزاع سواء كانت قبل البدء في إجراءات التحكيم، أو أثناء سيرها، كونها تتميز بالسرعة تجنباً للأضرار التي قد تلحق أحد الخصوم، كما تهدف إلى حفظ الأدلة اللازمة للفصل في النزاع وتعمل إلى توازن العلاقات والمراكز القانونية بين الأطراف .

وهذا ما جعل الكثير من التشريعات تتطرق إلى هذا الموضوع، ومنهم التشريع الجزائري في نص المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على أنه " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ما لم ينص إتفاق التحكيم على خلاف ذلك"²، الأصل أن صلاحيات هيئة التحكيم تستمدتها من إتفاق الطرفين، غير أن المشرع وفي نص المادة السالفة الذكر قد حول هيئة التحكيم في أن تصدر أحكاماً وقتية حتى ولو لم يتضمن ذلك إتفاق التحكيم ، وهذا قبل صدور الحكم المنهي للنزاع، من أجل تفادي الأضرار والخسائر لكون هيئة التحكيم لها العلم الكافي بأهمية إتخاذ الإجراء من عدمه، هذا كله ما لم يتفق طرفي النزاع في إتفاق التحكيم خلاف ذلك .

إذن من النص السابق نجد أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات، كالتشريع المصري³ لم يوصد الباب أمام الأطراف باللجوء إلى القضاء الإستعجالي لإتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية إذ أن عبارة "يمكن" لا تنزع الإختصاص من مالكة الأصلي، وهذا الأمر يعد نوع من التكامل والتعاون بين القضاء والتحكيم .

¹ - التدبير المؤقت: يتخذ أثناء سير الدعوى للفصل مؤقتاً في حالة مستعجلة في إنتظار الحل النهائي للقضية .
التدبير التحفظي : يهدف إلى حفظ حق أو عين إلى حين الفصل النهائي في الموضوع ، وبذلك نعطي للقرار التحكيمي الذي سيصدر فعالية ومصادقية ، إذن هذه التدابير بنوعيتها تكون دائماً مستعجلة .

² وهو نفس المعنى الذي كان في قانون الإجراءات المدنية السابق في نص المادة 458 مكرر.
وهو نفس الإتجاه الذي ذهب إليه قانون التحكيم الدولية ومنها غرفة التجارة الدولية بباريس في نص المادة 23 فقرة -1- قواعد اليونسترال -2010- في نص المادة 26 - وإتفاقية واشنطن في نص المادة 47 .

³ - لزهري - كرم التحكيم، التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 248 .

ويعد القضاء الإستعجالي المختص الوحيد بإصدار الأوامر التحفظية والوقائية قبل تشكيل هيئة التحكيم. و بعد تشكيل هيئة التحكيم، لها ان تصدر أحكام تحفظية ووقائية ولو في جزء من الطلبات وهذا ما نصت عليه المادة 1049 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولكن هيئة التحكيم لايمكن لها ان تصدر أمرها الوقي أو التحفظي إلا إذا توفرت عدة شروط .

1- حالة عدم وجود إتفاق صريح بين أطراف التحكيم على عدم تحويل هيئة التحكيم سلطة إصدار الأوامر الوقائية والتحفظية .

2- بناء على طلب أحد الأطراف أو كليهما وإذا كان الطلب من طرف واحد فيجب إبلاغ الطرف الأخير بهذا الطلب .

3- توفر شروط الدعوى المستعجلة بأن هناك خطر وضرر لا يمكن تداركه في حالة عدم أخذ الإجراء الوقي أو التحفظي .

إذ ووفقا للشروط السابقة فقد تصدر هيئة التحكيم أحكاما وقتية أو تحفظية، ولكن وكونها لا تملك سلطة الإيجاب فقد يلقي تنفيذ الحكم عدة صعوبات بإمتناع الطرف الصادر ضده الحكم عن التنفيذ، هذه الحالة عاجلها المشرع في المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

حيث نصت الفقرة الثانية على أنه " إذ لم يقيم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدابير إراديا ، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص ، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي " إذن من نص المادة نجد أنه في حالة رفض تنفيذ حكم محكمة التحكيم، فإن لمحكمة التحكيم أن تطلب من رئيس المحكمة المختصة¹ والذي ليس له إلا أمر الطرف الممتنع عن التنفيذ على تنفيذ ما وورد في حكم محكمة التحكيم الذي صدر بناء على تراضيه مع الطرف الآخر على الخضوع لها وتنفيذ ما صدر عنها وفقا لإتفاق التحكيم الذي تستمد الهيئة منه سلطاتها².

وطلب إتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية بناء على طلب أحد المتنازعين سواء إلى محكمة التحكيم أو إلى قاضي الأمور الإستعجالية المختص، يخضع لتقديم ضمانات ملائمة تحدد من طرف هيئة

¹ - المحكمة المختصة هي المحكمة التي يوجد في نطاق حدود ولايتها القضائية "البضائع المتنازل عليها منعا للتهريبها - مكان تواجد الشاهد الذي هو في مرض الموات - مكان تواجد البضاعة سريعة التلف ..الخ.

² - محمود مختار أحمد بريري - التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 147 .
كما نصت المادة 26 فقرة 02 من القانون النموذجي 1985 على أنه " يجوز أن تتخذ التدابير في صورة تحكيم مؤقت وهيئة التحكيم أن تشرط تقديم كفالة لتغطية نفقات التدبير المؤقت " .

التحكيم، أو من القاضي المختص بالأوامر الإستعجالية . إذن محكمة التحكيم وبعد وصول طلب إتخاذ الإجراء المناسب من طرف أحد المتنازعين ، فإنها تخضع ذلك الطلب إلى تقدير قيمة الطلب ومدى أهمية هذا الإجراء بالنسبة لموضوع النزاع ، فإن رأت أهميته لموضوع النزاع طلبت ضمان مناسب فيما يتصل بهذا التدبير .

إذن مما سبق نخلص إلى أن المشرع الجزائري قد جعل التكامل بين القضاة قضاء التحكيم والقضاء الوطني، فأعطى القاضي سلطة إتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، وأجاز في نفس الوقت للخصوم الإتفاق على إعطاء هذه السلطة لهيئة التحكيم . إذا لأحد الخصمين الخيار بين اللجوء إلى القضاء¹ الإستعجالي أو إلى هيئة التحكيم ، ما لم ينص إتفاق التحكيم على الإختصاص المانع لهيئة التحكيم من النظر في التدابير الوقتية والتحفظية مما يجعل القضاء الإستعجالي هو المختص بناء على طلب الأطراف² .

نرى أن فاعلية القضاء بإتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية يكون أكثر فاعلية³ ، فلا نحتاج إلى جهة أخرى لإلزام الطرف الراض للتنفيذ ، بل نلجأ في تطبيق إجراءات الإلزام بمجرد صدور الأمر الإستعجالي كونه معجل النفاذ⁴ .

الفرع السادس

عوارض إجراءات التحكيم

إن مبتغى كلا من الطرفين المتنازعين هو الحصول على حكم منهي للنزاع، ولكن قد تعرض السير الطبيعي لإجراءات التحكيم بعض العقبات تحول دون الوصول إلى المبتغى، كوقفها أو إنقطاعها أو إنتهاؤها بصورة غير طبيعية قبل صدور الحكم التحكيمي .

¹ - إذ نصت قواعد التحكيم التي وصفتها لجنة الأمم المتحدة "القانون النموذجي" في المادة 26 فقرة 03 أن " الطلب الذي يقدمه أحد الطرفين إلى سلطة قضائية بإتخاذ تدابير مؤقتة لا يعتبر مناقضا لإتفاق التحكيم أو نزولا عن الحق في التمسك به" .

² - محمود مختار أحمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي، مرجع، سابق 154 .

³ - وفقا لنص المادة 302 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه يمكن في حالة الإستعجال القسوى تكليف الخصم من ساعة إلى ساعة ويمكن الفصل خارج ساعات العمل وحتى خلال أيام العطل .

⁴ - نص المادة 303 قانون إجراءات مدنية وإدارية .

وقف الإجراءات هو عدم سيرها لسبب لا يتعلق بالمركز القانوني لأطرافه، إلى ان ينتهي السبب أو تنقضي المهلة المحددة في قرار الوقف¹.

والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم هو الذي يختص بتنظيم قواعد وحالات وإجراءات وقف السير الطبيعي لإجراءات التحكيم ، وإستئناف سيرها بعد ذلك .

والوقف إما أن يكون ناتجا عن إتفاق الأطراف أنفسهم، وهو ما يطلق عليه بالوقف الإتفاقي، أو ناتجا عن قرار صادر من هيئة التحكيم وهو ما يطلق عليه بالوقف التعليقي ، وأيا كان نوع الوقف فإن طلب التحكيم يظل يرتب آثاره .

فبالنسبة للوقف الإتفاقي فإن لطرفي النزاع الحق في وقف إجراءات التحكيم في أي مرحلة كانت عليها الإجراءات، وعلى هيئة التحكيم في هذه الحالة التأكد فقط من صحة وجود هذا الإتفاق من عدمه². المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا، ولكن لا يوجد ما ينفي ذلك خاصة إذا علمنا أن المبدأ العام وهو حرية الأطراف في تنظيم إجراءات التحكيم ، وبذلك فإن التشريع الجزائري لا يعد معارضا لذلك .

ولكن يجب أن يكون الإتفاق متضمنا جميع أطراف النزاع ، إذ لا يجوز أن توقف الإجراءات بالنسبة للبعض دون الآخر . إلا إذا كان موضوع الدعوى مما يقبل التجزئة³.

كما أن للأطراف حرية الإتفاق على المدة التي يرونها دون التقييد بمدة محددة ، وعلى هيئة التحكيم أن تقرر بالمدة المتفق عليها⁴ ، كون الوقف يوقف سريان جميع المواعيد بما فيها ميعاد التحكيم.

وبعد إنتهاء ميعاد الوقف يجب على من يهمله الأمر طلب إعادة السير في إجراءات التحكيم و على هيئة التحكيم أن تخطر الأطراف من تلقاء نفسها بإنقضاء مدة الوقف⁵.

¹ - وجدي راغب فهمي ، مبادئ القضاء المدني ، مرجع سابق ، ص 544 .

² - سامي محسن حسين السري ، القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي رسالة لنيل درجة الدكتوراة جامعة عين شمس كلية الحقوق سنة 2004 ص 367.

³ - محمود مختار أحمد بريري ، التحكيم التجاري ، مرجع سابق ، ص 122 .

⁴ - أحمد أبو الوفاء - التحكيم الإختياري ، مرجع سابق ، ص 220 .

⁵ - كرم لزهري ، التحكيم التجاري ، مرجع سابق ، ص 255 .

كما لهيئة التحكيم السلطة الواسعة في تقدير وتقرير الأمر بوقف الإجراءات وهو ما يعرف بالوقف (التعليقي)، إذا ما رأت أن هناك ضرورة تستلزم وقف إجراءات التحكيم كأن تكون مسألة تخرج عن ولايتها حتى يتم الفصل فيها من قبل الجهة المختصة¹.

ولقد تعرض التشريع الجزائري للوقف بقرار التحكيم في التحكيم الداخلي نص المادة 1021 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويستفاد من هذا النص أن لهيئة التحكيم إذا ما رأت أن المسألة الأولية² العارضة لها تأثير على الدعوى ولزوم الفصل فيها، فلها أن تقرر وقف إجراءات السير في الدعوى إلى حين صدور حكم نهائي.

وهذا حتى تتجنب صدور أحكام متعارضة، لأن الحكم الصادر عن القضاء قد يؤثر على حكم التحكيم، خاصة إذا كان تنفيذ حكم التحكيم سيكون على مستوى تراب دولة الحكم القضائي.

ولكن قد يحدث وأن يتغير المركز القانوني لأحد طرفي الخصومة أثناء إجراءات السير في الخصومة مما يجعله غير قادر على الدفاع عن نفسه - كالموت أو فقدان الأهلية - هذا ما يخل بالمبادئ الأساسية للتقاضي، ومن أهمها مبدأ المواجهة ومبدأ المساواة، وبذلك فإن الإستمرار في نظر الدعوى من قبل هيئة التحكيم وإصدار حكم منهي للنزاع بدون تمكين أحد الأطراف من تقديم طلباته ودفعاته والإطلاع على وثائق ومستندات الطرف الآخر يعد الحكم باطلا.

لذلك يجب على هيئة التحكيم ان تصدر حكما بقطع إجراءات التحكيم الذي سيكون كاشفا لحالات وأسباب الإنقطاع³.

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى الأسباب المؤدية إلى الإنقطاع وهذا لا يمنع أن نرجع إلى القواعد العامة في ذلك⁴، ومع ذلك كان بالأحرى على المشرع الجزائري أن ينص على الإحالة على القانون

¹ - محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 120.

- محمد نصر الدين كامل: عوارض الخصومة. منشأة المعارف الإسكندرية مصر، 1990، ص 118.

² - كان تكون مسألة لا يجوز التحكيم فيها من الأساس كمسائل الأحوال الشخصية، ومسائل الجنسية، وغيرها من المسائل المتعلقة بالنظام العام.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة - المقتصر في قانون العلاقات الدولية مرجع سابق ص 561.

⁴ - لقد أشارت نص المادة 210 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى إنقطاع الخصومة إذ نصت " تنقطع الخصومة في القضايا التي تكون غير مهية للفصل للأسباب الآتية 1- تغير في أهلية التقاضي لأحد الخصوم -2- وفاة أحد الخصوم إذا كانت الخصومة قابلة للإنتقال -3- وفاة أو إستقالة أو توقيف أو شطب أو تنحي المحامي، إلا إذا كان التمثيل جوازيا

الداخلي. وهذا ما نصت عليه بعض التشريعات حيث أحالت أسباب الإنقطاع إلى قوانينها الداخلية مثل القانون المصري¹ ، والقانون الفرنسي² .

من دراسة أسباب الإنقطاع التي نصت عليها هذه التشريعات ومنها التشريع الجزائري نجدها متفقة على ذات الأسباب ، كوفاة أحد أطراف النزاع سواء كان المدعي أو المدعى عليه وهنا تنقطع الخصومة حتى يعلم الخلف سواء كان خاصاً أو عاماً بوجود الدعوى، ليمكنوا بعد ذلك بالدفاع عن مصالحهم الموروثة ، فيصبحوا أطرافاً في الخصومة بنفس مركز المتوفي - المورث ويأخذ حكم الوفاة، زوال الشخص الاعتباري الذي هو أحد أطراف الخصومة³ أما وفاة أحد أطراف الخصومة قبل البدء في سير إجراءات الخصومة فإن ذلك يؤدي إلى إنعدامها وليس قطعها .

كما أن تغيير أهلية التقاضي لأحد طرفي النزاع و تعد من أسباب الإنقطاع سواء كان المدعي أو المدعى عليه، وإنعدام الأهلية قد يكون بسبب الحجر أو سفه فهنا الخصومة تنقطع حتى يعلم القيم عليه بالنزاع ليحل محله والدفاع على مصالحه .

كما أن فقد أهلية، القيم أو وفاة الولي، أو الوصي، أو عزله فإن الخصومة تنقطع إلى أن يتم تعيين القيم أو الولي أو الوصي مكان السابق، ويعلم بموضوع النزاع ليحل محل الأول للدفاع عن حقوق من هو مسؤول عنه وفقاً للقانون ، وهنا يجب أن لا تكون الدعوى قد هيأة للفصل فيها وتم إقفال باب المرافعة، لأنه إذا ما نشأ سبب إنقطاع بعد قفل باب المرافعة لا يخشى منه أي ضرر فالقضية تعد قد إستوفت كل الشروط والإجراءات وبذلك لا يوجد إخلال بحق الدفاع .

وللإشارة فإن زوال صفة محامي أحد الطرفين لاي سبب كان لا يعد مبرر لقطع الخصومة⁴ إذا وبمجرد قيام سبب الإنقطاع فإن الخصومة التحكيمية تتوقف عند آخر إجراء صحيح ، فالدعوى تظل قائمة وصحيحة ولا تتأثر بالإنقطاع⁵، ولا يتم إستئناف السير فيها إلا بعد زوال

¹ - أحالت المادة 38 من قانون التحكيم المصري من قانون التحكيم لسنة 1994 إلى المادة 130 من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

² - أحالت المادة 1471 من قانون التحكيم الفرنسي 2011 - الباب الرابع - إلى المواد 369- 376 المنظمة للإنقطاع من نفس القانون .

³ - مثل حل الشركة أو المؤسسة أو دمجها مع غيرها .

⁴ - أكثر تفصيل سامي محسن حسين السري القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 307

⁵ - محمود مختار بريزي، التحكيم التجاري ، مرجع سابق، ص 123 .

سبب الإنقطاع ويكون بطلب وبالإعلان¹، إما بمبادرة من حل محل المتوفي - كالثروة - أو القيم ، أو الولي أو الوصي أو الطرف الآخر بإستئناف السير في الدعوى .
فإذا ما تغيب أحد الأطراف بعد إعلانه دون عذر مقبول، فإن على هيئة التحكيم أن لا تنظر إلى ذلك وأن تمضي في إجراءات نظر الدعوى وإصدار حكمها. فالطرف المتغيب يعد متنازلاً عن حق الدفاع² .

وللعلم أن إنقطاع الخصومة ليس من النظام العام الذي يجعل حالة إستمرار هيئة التحكيم في التحكيم وإصدار الحكم التحكيمي باطلا بطلان مطلق ، فالبطلان في هذه الحالة هو بطلان نسبي يتقرر للطرف الذي قام به سبب الإنقطاع، وهو وحده من له حق التمسك ببطلان حكم التحكيم دون الطرف الثاني في النزاع ، ويجوز إذن التنازل عن هذا الحق وإجازة وتصحيح ماتم من إجراءات أثناء فترة الإنقطاع³ .

إن النهاية الطبيعية للخصومة هي صدور حكم في موضوعها والذي يضع حداً للنزاع بين الطرفين ولكن قد يحدث وأن لا تصل الخصومة إلى النهاية الطبيعية السابقة وتنتهي بأسباب مختلفة ، وهو ما يطلق عليه بالإنقضاء المستمر للخصومة⁴ .

ولقد تناول المشرع الجزائري مسألة إنهاء إجراءات التحكيم في المادة 1024 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أي في "التحكيم الداخلي" دون التحكيم الدولي، وبذلك فإن لهيئة التحكيم السلطة الواسعة في تقرير ما إذا كانت هذا الأسباب تؤثر على سير الخصومة أو تؤثر على الحكم الذي سيصدر حال تنفيذه ، كأن يكون بلد التنفيذ هو مكان وجود السبب المنهي للخصومة وبذلك فإن لهيئة التحكيم أن تراعي مثل هذه الحالات .

وبإستقراء نص المادة نجد أن الإنهاء يكون بقرار من هيئة التحكيم أو بأمر من رئيس المحكمة المختصة . كما أن إنتهاء التحكيم يكون بحصول مانع مادي أو قانوني للمحكم¹، ما لم يوجد

¹ - إعلان إستئناف الخصومة ملزم على ان يكون على يد محضر قضائي يجب أن يتقيد بالقواعد الخاصة بخصومة التحكيم فتحي والي : الوسيط، مرجع سابق، ص 988 .

² - أحمد سعيد المومني، مرجع سابق، ص 303 .

³ - محمود مختار أحمد بري، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 122-123 .

⁴ - سامي محسن حسين السري القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ص 383 .

إتفاق على أنه يمكن تعيين محكم آخر ،ولالإشارة فإن نص المادة 1024 قد أحالت على نص المادة 1009 والتي تخول رئيس المحكمة المختصة بتذليل الصعوبة حالة تعيين محكم ، غير أن إجراءات التحكيم تصبح نهائية تماما حالة ما يكون شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم، وبذلك يصرح رئيس المحكمة بالألا وجه للتعيين .

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في حالة تنظيم التحكيم الدولي ولكن تحت عنوان تعيين المحكمين وحسنا فعل . كما حدد المشرع حالة الإنتهاء بإنهاء المدة المقررة للتحكيم وفقا لإتفاق الطرفين ، فإذا لم تحدد المدة نرجع إلى المدة المحددة في القانون وهي مدة 04 أشهر، أو يفقد الشيء موضوع النزاع، أو إنقضاء الدين المتنازع فيه² أو بوفاة أحد أطراف العقد .

ولالإشارة فإن هيئة التحكيم لا تتقيد بهذه البنود حالة تطبيق القانون الجزائري مثلا على إجراءات التحكيم إلا فيما ترى أنه سيؤثر على تنفيذ حكم التحكيم³ .

إن قرار إنهاء إجراءات التحكيم تنتهي به مهمة هيئة التحكيم، كما لو انها أصدرت حكما فاصل في الدعوى وبذلك لا يمكنها إتخاذ أى إجراء أو إستجابة لأي طلب يمكن أن يقدم من طرفي الخصومة أو ممن ينوبهم بعد صدور قرارها بالإهاء ، إلا بشأن التفسير أو التصحيح للقرار⁴ .

¹ - كل الأسباب المتعلقة بصحته ، كمرض يفقده الذاكرة، أو الإبعاد كعقبة قانونية، أو كعدم الأهلية التي يطرأ أثناء سير الخصومة راجع في ذلك -محمد نور عبد الهادي شحاته ، النشأة الإتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين " نطاقها ومضمونها ، ص 261 .

² - وهو في نفس المعنى ما ذهبت إليه كل من القانون النموذجي في نص المادة 32 بند 2 فقرة -ج- إذ نصت " إذ وجدت هيئة التحكيم أن إستمرار الإجراءات أصبح غير ضروري أو مستحيلا لأي سبب آخر " - وأيضا في نفس المعنى قواعد الأمم المتحدة المادة 34 فقرة -03- .

³ - فقد قرر مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القضية رقم 9998 جلسة 1998/10/21 بمركز القاهرة الإقليمي ، على أنه يجوز لطرفي النزاع الإتفاق على إنهاء عقد التحكيم قبل إنتهاء مدته ووضع حد لآثاره المستقبلية فيكون ذلك إنهاء إتفاقيا للعقد وهو من قبيل التفاسخ أو التقايل ، ويكون ذلك إما بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين بعد تنفيذ كل منهما لإلتزاماته دون إعتراض أي منهما على الآخر " أنظر مجلة التحكيم العربي العدد الأول -مايو 1999 ص 152 .

⁴ - محمود مختار بريري - التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 126 .

الباب الثاني

حكم التحكيم وتنفيذه وطرق الطعن فيه

إن فعالية التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات المتعلقة بالملكية الفكرية ، والتجارة الدولية عموما تكمن في مدى إمكانية الإعتراف بالحكم التحكيمي وقبول تنفيذه ، وإلا ما الجدوى من جعل التحكيم بديلا عن القضاء .

الحكم التحكيمي والذي له ذات أوصاف الأحكام القضائية يصدر بإتباع مراحل محددة سواء كنا أمام التحكيم الخاص أو التحكيم المؤسسي ، وبذلك ينبغي إحترام القواعد المتفق عليها أو المنصوص عليها في بنود لوائح الهيئات المتخصصة و إلا كان الحكم قابلا للطعن فيه .
ونظرا لأهمية الحكم التحكيمي سنتناول مفهوم حكم التحكيم في الفصل الأول و طريقة تنفيذه والطعن فيه في الفصل الثاني .

الفصل الأول

مفهوم حكم التحكيم

الأصل تنتهي الإجراءات التحكيمية بإعداد المحكمين لقرارهم الفاصل في موضوع الدعوى والمحرم في شكل حكم، وهو الغاية المرجوة من هذا القضاء الخاص ، غير أنه وفي بعض الحالات قد تصدر هيئة التحكيم أحكاما لا تفصل في النزاع فمنها ما تسمى بأحكام جزئية وأخرى بأحكام وقتية ، وذلك خلال إدارتها للعملية التحكيمية ، كما قد تصدر وقبل الفصل في الموضوع أحكام تسمى بالأحكام التمهيدية .

ولصدور الحكم التحكيمي خطوات وشروط يجب على الهيئة المصدرة للحكم إتباعها وهذا حتى يرتب هذا الحكم آثاره القانونية، ويكون بمنأى على أن يكون محلا للطعن، وبذلك تكون مرحلة كيفية صدور حكم التحكيم شرطا لتحقيق الآثار لذلك سنتطرق إلى تعريف حكم التحكيم وصوره في المبحث أول ثم إلى كيفية صدور حكم التحكيم والآثار المترتبة عليه في المبحث الثاني .

المبحث الأول

تعريف حكم التحكيم وصوره

وفقا للمبادئ التي تحكم النظرية العامة للتصرفات القانونية، فإن تكييف القرار الصادر عن المحكم بأنه حكم تحكيمي مسألة لا تتوقف على الألفاظ المستخدمة من قبل المحكم بهذا الشأن وإنما يعتمد بالمقام الأول على مضمون هذا القرار¹.

هذا الحكم الصادر عن هيئة التحكيم برغم إكتسابه لقوة الشيء المقضي به إلا أنه لا يمكن تنفيذه إلا بصدور أمر بذلك من القضاء.

هذا ما يدفعنا للبحث عن تعريف حكم التحكيم في مطلب أول ثم التطرق إلى سلطة هيئة التحكيم في إصدار أحكام التحكيم في مطلب ثاني.

المطلب الأول

تعريف حكم التحكيم

إن الهدف الأساسي من إجراء العملية التحكيمية هي الحصول على حكم التحكيم² ينهي النزاع وفقا لإجراءات محددة في إتفاق التحكيم، أو في لوائح مؤسسات التحكيم، أو محددة

¹ - حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 294.

² - من الفقه من يسمي الحكم التحكيمي بالقرار التحكيمي، وهذا من أجل تمييزه عن الأحكام القضائية وهذا أيضا ما ذهبت إليه أيضا قواعد اليونسترال 2010 المادة 33، في حين أن إتفاقية نيويورك ونظام التحكيم لدى (ICC) وقانون التحكيم الجزائري فقد إستخدم إصطلاح حكم التحكيم بدلا من قرار التحكيم، ونحن نرى أن مصطلح حكم أصوب إذ المتنازعين ينتظران صدور حكم فاصل في الدعوى برغم أن مصطلح قرار له نفس المعنى.

من طرف المحكم ، وهذا كله هروبا من القضاء الوطني الذي قد لا تخدم نصوصه أحد أطراف النزاع .

وبرجعنا إلى النصوص القانونية المنظمة للتحكيم سواء كانت قوانين وطنية أو إتفاقيات دولية لم نجد تعريفا شاملا لحكم التحكيم .

إذ كل من القوانين الوطنية المنظمة للتحكيم ومنها القانون الجزائري، لم تضع تعريفا للتحكيم إنما أوجدت كيفية صدور حكم التحكيم وما يتضمنه من أوصاف .

غير أن هناك بعض التعريفات التي تضمنتها بعض الإتفاقيات وأحكام التحكيم وبعض القوانين الدولية سنتطرق إليها في فرع أول تحت عنوان تعريفات مختلفة ثم نتناول التعريف الفقهي في فرع ثاني .

الفرع الأول

تعريفات مختلفة

لقد تطرقت إتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إلى تعريف أحكام التحكيم في نص المادة الأولى فقرة -2- إذ نصت على " يقصد بأحكام المحكمين ليس فقط الأحكام الصادرة من محكمين معينين للفصل في حالات محددة بل أيضا الأحكام الصادرة من هيئات تحكيم دائمة يحتكم إليها الأطراف . وهذا التعريف لا يعطينا معيار معين يمكن من خلاله تحديد المقصود بحكم التحكيم¹ .

إذ أن هذا النص نجده يهدف إلى القول بأن أحكام التحكيم الصادرة من هيئات تحكيم دائمة تكون مثل أحكام التحكيم الحر² .

¹ - بواب بن عامر تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في القوانين المدنية والتجارية أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة جامعة سعد دحلب البليدة كلية الحقوق 2011 ص 7 .

2-A- RedFern ,M.Hunter M.Smith ((droit et Portique de L' arbitrage commercial international)) L GDJ /1994 .p 291 .

د - محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم دار النهضة العربية سنة 1999م ص 06 .

كما نجد في المادة 32 فقرة 02 من القانون النموذجي للتحكيم تعريف قاصر عن إعطاء المدلول الحقيقي لمفهوم التحكيم¹ .

في حين نجد أن محكمة إستئناف باريس في قضية **Surdisud** عرفت على أنه " أعمال المحكمين التي تفصل بطريقة نهائية في كل أو جزء من النزاع المعروض عليهم سواء في أساس النزاع أو في الإختصاص أو في إجراءات المحاكمة ، وتقضي لوضع حد نهائي للدعوى"² . وبإستقراء هذا النص نجد أن محكمة الإستئناف بباريس قد تبنت التعريف الموسع للتحكيم الذي نادى به بعض الفقهاء كما سيأتي بيانه في الفرع الثاني .

و بتحديد المقصود بحكم التحكيم تترتب عليه عدة آثار، إذ أن أحكام التحكيم الصادرة عن هيئة التحكيم وحدها من تكون قابلة للطعن، وأهمها الطعن بالبطلان بالطرق القانونية دون

¹ - إذ نصت المادة على أن: "حكم التحكيم النهائي هو الذي ينهي الإجراءات التحكيمية" وتجدد الإشارة إلى أنه كان هناك نص مقترح في القانون النموذجي على إعتبار أنه إحدى الوثائق الدولية بشأن التحكيم التجاري وتم التراجع عنه من طرف واضعي هذا القانون وكان ينص بأنه " حكم قطعي في جميع المسائل المعروضة على محكمة التحكيم يفصل بشكل نهائي في مسألة تتعلق بموضوع النزاع أيا ما كانت طبيعتها أو في مسألة إختصاص محكمة التحكيم أو أي مسألة أخرى تتعلق بالإجراءات ، ولكن في هذه الحالة الأخيرة يعد قرار المحكمة حكما تحكيميا فقط، إذا قامت محكمة التحكيم بتكليف القرار الصادر عنها بانه كذلك "

أنظر أكثر تفصيل حول آثار هذا التعريف. حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في التحكيم، مرجع سابق، ص 290

² - قرار محكمة إستئناف باريس الصادر في: 1994/03/25 مشار إليه في الأحدث موسوعة التحكيم الدولي دار المعارف القاهرة 1998 ص 301 ومذكور أيضا في بواب بن عامر تنفيذ قرارات التحكيم مرجع سابق ص 8 .

ولقد جاءت عبارات التعريف بالفرنسية كالاتي :

Les actes des arbitres qui tranchent de manière définitive en tout ou en partie, le litige qui leur a ètè soumis ,que ce soit sur le fond ,sur la compétence ou mettre fin .a.Ren .Arb.2003,l'instance " CA paris 11 avril 2002, ABC.international p.143.2^e esp.Note. D Bensaude,CA paris 25 mars 1994 . sardisud, Rev .Arb,1994,p.391,obs .Dubarry et E.lorquin

غيرها من القرارات التي تصدر عن هيئة التحكيم، والتي حولها إياه إما إتفاق الطرفين أو قانون الإجراءات المطبق أو لائحة المؤسسة .

كما أن هناك من الهيئات كغرفة التجارة الدولية بباريس تنص لا ئحتها على أنه يجب أن تخضع مشروعات الأحكام التحكيمية لفحص أولي من قبل محكمة غرفة التجارة الدولية بباريس¹. إذن لتحديد تعريف لحكم التحكيم أهمية كبيرة.

الفرع الثاني التعريف الفقهي

إنقسم الفقهاء إلى قسمين ،بخصوص تعريف حكم التحكيم ولكل منهما حجته في ذلك .
فإنه الإتجاه الأول التعريف الموسع لحكم التحكيم ، فعرفه الأستاذ GaiLLARD على أن حكم التحكيم هو " القرار الصادر عن المحكم والذي يفصل بشكل قاطع وعلى نحو كلي أو جزئي في المنازعة المعروضة عليه سواء تعلق هذا القرار بموضوع في المنازعة المعروضة عليه سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها أو بالإختصاص أو بمسألة تتصل بالإجراءات أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة"² .

كما عرفه البعض على أنه " العمل الذي بمقتضاه تحسم هيئة التحكيم النزاع المعروض عليها"³ ، كما عرفه آخر على أنه "كل حكم قطعي يفصل في جميع المسائل المعروضة على هيئة

1-w.L.Graig, w.w .park, J.paulsson,international chamber of commerce, arbitration, Océana publications ,1990,p.322.

مذكور في كتاب - حفيظة السيد الحداد الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ،مرجع سابق ،ص 291 .
² - الحداد حفيظة السيد الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية : دار الفكر الجامعي الإسكندرية 1997،ص 17 .

³ - رجب محمد السيد الكحلوي - حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية مقارنة - دار النهضة العربية ،ص 315 .

التحكيم أو كل قرار صادر من هذه الأخيرة يفصل بشكل نهائي في مسألة تتعلق بموضوع النزاع، أو يفصل في مسألة إختصاص هيئة التحكيم ذاتها"¹.

كما عرفه آخر على أنه "الحكم الذي يفصل في حل النزاع أو في نقطة أو مطلب من نقاط ومطالب النزاع فصلا نهائيا ويكون إلزاميا على أطراف النزاع"².

إذن من خلال هذه التعاريف السالفة الذكر، نخلص إلى أن أصحاب هذا الإتجاه يوسعون نطاق حكم التحكيم ، بحيث لا يتوقف على الأحكام المنهية للخصومة بل يوسعه ليشمل تلك الأحكام التي تفصل في أحد عناصر المنازعة بشكل جزئي، وقد خلص هذا الفقه³.

إلى أن الأحكام التي تصدر عن مؤسسات التحكيم والتي يعمل المحكم تحت لوائها وغير صادرة عن المحكم لا تعتبر أحكام تحكيمية، كما أن الإجراءات التي قد تتخذ من طرف المحكمون والتي لا تهدف إلى الفصل بشكل قطعي على نحو كلي أو جزئي ، لا تعد من الأحكام التحكيمية التي يمكن الطعن فيها بالبطلان .

و الأحكام التي تصدر عن المحكم والتي تكون بناء على قبولهم الصريح لها ، لا تعد أحكاما تحكيمية .

أما الأحكام الصادرة عن محكمة التحكيم والفاصلة إما في إختصاص المحكمة أو في تحديد القانون الواجب التطبيق أو بصحة العقد أو بتقرير مسؤولية أحد أطراف النزاع فإنها تعتبر أحكام تحكيمية حقيقية ، حتى ولو أنها فصلت في النزاع بشكل جزئي ، ولا يمكن ترجمتها في صورة إلزام مالي مباشر، وهذا الإتجاه محل تأييد من طرف بعض الفقهاء العرب⁴.

¹ - ناصر غنيم الزيدي، المبادئ الحديثة للرقابة القضائية على التحكيم في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربي بحث بمؤتمر الدور الحيوي للقضاء في التحكيم الذي عقد بشرم الشيخ في الفترة من 19 - 20 نوفمبر 2005 ،ص 4-5 .

² - الأحذب عبد الحميد موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، ج 2 دار المعارف الإسكندرية 1998 ،ص 300 .

³ - حفيظة السيد الحداد ، النظرية العامة في التحكيم ،مرجع سابق، ص 295-292 .

عبد الله عسى على الرمح - حكم التحكيم وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون التحكيم القضائي في القانون الكويتي والمصري مقارنة بالفقه الإسلامي،ص 36 .

بواب بن عامر تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية ،مرجع سابق ،ص 09-10 .

⁴ - حفيظة السيد الحداد رأيه الشخصي في كتاب حفيظة الحداد - النظرية العامة ،مرجع سابق ، ص 298 .

تعريف الدكتور الكيلاني محمود في كتابه الصعوبات التي تعترض نظام التحكيم التجاري .مجلة البنوك الأردن عدد 5 سنة 2000 ص 45 .

هذا الإتجاه وإن كان قد وسع نطاق حكم التحكيم بحيث جعله يشمل حتى تلك المسائل التي لا تتصل بشكل مباشر بموضوع الدعوى كتلك المتعلقة بفصل المحكم في موضوع إختصاصه . فإن هناك من الفقهاء من إتجه إلى تضييق نطاق حكم التحكيم وقد تبني هذا الإتجاه أساتذة **Raymoud و poudret, lalive** وفي تعريفها لحكم التحكيم الذي يقبل دعوى البطلان على أنه " العمل الذي يقوم بموجبه المحكمون بحسم النزاع المعروض عليهم كلياً أو جزئياً بشكل نهائي سواء كان متعلقاً بأساس النزاع أو بإختصاص المحكمين أو بإجراء معين يؤول وضع نهاية للمحكمة التحكيمية¹ " .

وهذا ما ذهب إليه أيضاً جانب من الفقه العربي بقوله "الحكم التحكيمي المنهي للخصومة هو ببساطه الحكم الذي يؤدي إلى إنقضاء الخصومة التحكيمية بأكملها وإنهاء إجراءاتها أمام هيئة التحكيم التي تتولاها ، سواء كان حكماً فاصلاً في الموضوع بإجابة طلبات المدعي او رفضها أو كان حكماً إجرائياً ينهي الخصومة دون الفصل في موضوعها ، كالحكم بعدم الإختصاص²" إذن هذا الإتجاه الفقهي لا يعتبر أن الأحكام الصادرة عن المحكم بأنها أحكام تحكيمية، إلا إذا أُنهت بشكل كلي أو جزئي منازعة التحكيم ، وبذلك وبجسبهم فإن حتى قرارات التحكيم التي تفصل في موضوع النزاع ولا تفصل في طلب محدد ، لاتعد قرارات تحكيمية إلا إذا إنتهت المنازعة كلياً أو جزئياً³ .

وبذلك ووفقاً لهذا الرأي فإن مثل هذه الأحكام لا يمكن أن تكون محل طعن بالبطلان إلا مع الحكم التحكيمي ، حتى ولو فصلت هذه الأحكام في صحة العقد أو بتقرير مسؤولية أحد الأطراف وبين هذا وذاك فقد إختلفت آراء الفقهاء حول الأجدى بالتطبيق .

1-Lalive –poudret Raymond :le droit de l'arbitrage interne et international en suisse payot , Lausanne 1989,p405-406.

مشار إليه في، رأفت مصلح أحمد الطراونة، الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني طبعة 2010 دار وائل عمان ص 39 .

وهذا التعريف يتفق مع ما ذهب إليه الدكتور فتحي والي، في كتاب قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 545- 546 .

² - أحمد الطراونة، الرقابة القضائية، مرجع سابق، ص 39 .

³ - حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ص 20-22 .

وعموازنة الإجتاهين وبالنظر إلى هدف طرفي النزاع فإننا نجد أن التعريف الضيق أجدر بالنظر إلى عدة إعتبارات من بينها، أن التحكيم ينشأ في البداية كقضاء خاص يقوم على إرادة الأطراف ، التي تريد الوصول إلى حكم منهي للنزاع يمكن تنفيذه في بلد التنفيذ . وبالرجوع إلى التشريع الجزائري وفي نص المادة 1044 والمادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومن مفهومها نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بالتعريف الضيق إذ نجد في نص المادة 1044 قد خص محكمة التحكيم بالفصل في الإختصاص الخاص بها دون أن تمكن الأطراف من الطعن في هذا الحكم، وفي المادة 1046 فإن لمحكمة التحكيم صلاحية إصدار أحكام وقتية أو في جزء من الطلبات دون أن تمكن طرفي النزاع من إمكانية رفع دعوى بطلان مستقلة عن دعوى بطلان الحكم المنهي للخصومة .

ونحن نرى ونؤيد هذه الرؤية وذلك حتى لا يفتح باب المماطلة وإطالة أمد النزاع في الدعوى خاصة إذا علمنا ان نظام التحكيم كقضاء خاص من أهدافه هي السرعة في الفصل في المنازعة كما أن تدخل القضاء الوطني في كل ما يصدر عن المحكمة التحكيمية يجعلها بدون فاعلية¹ إذن ما الجدوى من إختيار قضاء خاص - قضاء التحكيم - ، إذن وبناء على ما سبق يمكن لنا أن نعطي تعريفا لمفهوم حكم التحكيم على أنه يشمل الأحكام الصادرة عن المحكم والتي تفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة عليه، سواء كانت أحكاما كلية تفصل في موضوع المنازعة ككل، أو أحكاما جزئية تفصل في شق منها نهائيا ، أو إنهاء لإجراءات المنازعة دون الفصل في موضوعها .

المطلب الثاني

سلطة هيئة التحكيم في إصدار أحكام التحكيم

إن غاية إجتاه طرفي النزاع إلى قضاء التحكيم وهو الحصول على حكم منهي للخصومة، ولا شك أن المحكم كالقاضي يملك أن يصدر عدد من الأحكام قبل الوصول إلى حكم نهائي فله أن

¹ - وهذا ما ذهب إليه القضاء المصري أيضا إذ قرر على أنه لا يجوز رفع دعوى بطلان مستقلة عن دعوى بطلان حكم التحكيم القطعي .

- أنظر نص المادة 22- 53 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 .

يصدر احكاما وقتية أو تمهيدية، وله أن يصدر أحكاما تتعلق بالإثبات وبسير الإجراءات أمامه فالأحكام الصادرة عن المحكم تنوع وفقا لظروف النزاع، وهنا يطرح التساؤل أيا من الأحكام التي يمكن أن تصدرها هيئة التحكيم في منازعات الملكية الفكرية، لذا سنتطرق إلى الأحكام، المنهية للخصومة ، الوقتية والتحفظية، والتمهيدية في الفرع الأول ثم إلى الأحكام الجزئية والإتفاقية والغيابية في الفرع الثاني .

الفرع الأول

الأحكام المنهية للخصومة ، الوقتية والتحفظية، والتحضيرية

أولا : **الأحكام المنهية للخصومة** : وهي الأحكام التي تكون محل تنفيذ والتي تفصل في جميع أوجه النزاع ، وبذلك تنتهي ولاية المحكمون وفي هذا الشأن نص القانون النموذجي للتحكيم في نص المادة 32 فقرة -2- على أن "حكم التحكيم النهائي هو الذي ينهي الإجراءات التحكيمية " إذن ووفقا لهذا الرأي فإن حكم التحكيم النهائي¹ هو الذي يؤدي إلى إنهاء إجراءات التحكيم ويكون قابلا للتنفيذ .

وهذا ما ذهب إليه أيضا غرفة التجارة الدولية بباريس وذلك بإستخدامها لفظ "حكم التحكيم النهائي" في المادة 21 فقرة -1- من اللائحة .

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها " يكون حكم التحكيم النهائي....قابلا للتنفيذ.... " .

ثانيا - أحكام التحكيم الوقتية والتحفظية :

ما لهذه الأحكام من أهمية يثور التساؤل التالي، إن كان من صلاحية هيئة التحكيم إصدار هذه الأحكام فهل هي محددة في بعض الأحكام، أم أنها مطلقة. و هل لأطراف النزاع الحرية في الإختيار بين اللجوء إلى هيئة التحكيم أو للقضاء الوطني .

¹ - هناك من يخلع مفهوم حكم التحكيم النهائي أو القطعي للتعبير على حكم التحكيم الذي يفصل في المنازعة ككل أو في جزء منها ، وبذلك فإن مفهوم حكم التحكيم النهائي لا يعتبر بالضرورة حكما يتعلق بالمنازعة ككل .
حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة مرجع سابق ص 303 .

التشريع الجزائري في نص المادة 1046 ذكرت على أنه " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب احد الأطراف ما لم ينص إتفاق التحكيم على خلاف ذلك " إذن هذه الأحكام تتخذ في مرحلة من النزاع بناء على طلب صاحب المصلحة، أو بناء على ما ورد في إتفاق التحكيم بأن يخول طرفي النزاع هيئة التحكيم الأمر بإصدار مثل هذه الأحكام دون طلب من أحد الطرفين، وهذا كله للعمل على توازن العلاقات والمراكز القانونية بين أطراف النزاع .

وهو نفس التوجه لقانون التحكيم المصري لسنة 1994 رقم 27 في نص المادة 32 إذ نصت "يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاما وقتية أو في جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم المهني للخصومة كلها " ¹ من خلال ما سبق نصل إلى أن هذه الأحكام لا يمكن إصدارها إلا بعد بدأ إجراءات التحكيم أمام الهيئة .

و هي لا تفصل في موضوع النزاع وليست نهائية، ويشترط فيها توفر شروط الإستعجال، ووجود إتفاق صريح على تحويل هيئة التحكيم سلطة إصدار الأحكام الوقتية، وإلا إمتنعت هيئة التحكيم عن إصدار مثل هذه الأحكام .

غير أنه في بعض القوانين الداخلية تمنح هيئة التحكيم سلطة إصدار الأحكام الوقتية دون طلب من طرفي النزاع ودون تحويلها هذا الحق ² فهي إذن أحكام مؤقتة وجزئية غير فاصلة في موضوع النزاع، وبذلك لا يمكن أن يأمر القضاء بتنفيذها .

ثالثا- الأحكام التحضيرية :

لقد عرف من طرف بعض الفقهاء بأنه يعد مجرد "عمل إجرائي" وبالتالي لا يخضع لرقابة هذه المحكمة ³ .

¹ - بواب بن عامر - تنفيذ قرارات التحكيم، مرجع سابق، ص 38 .

² - أكثر تفصيل راجع - وائل أنور بندق ، موسوعة التحكيم - الإتفاقيات الدولية وقوانين الدول العربية، المرجع السابق، ص 227 وما بعدها.

³ - حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة ، المرجع السابق، ص 306 .

وقد أشار إليه التشريع الجزائري في التحكيم الداخلي في نص المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقوله " يكون حكم التحكيم أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة " .

وأشير إليه بصفة العموم في التحكيم الدولي في نص المادة 1047 بقولها " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة " .

إذن هذا الحكم يتميز على انه حكم غير فاصل في موضوع النزاع كلياً أو جزئياً ولا يعد من الأحكام المنهية للخصومة ، فهو حكم يهدف إلى التحضير لإصدار حكم في الموضوع¹ .
ومن الأمثلة لمثل هذه الأحكام الحكم الصادر عن هيئة التحكيم حول إختصاصها بنظر النزاع، أو الحكم الصادر بتعيين خبير في الدعوى ، كما نجد أن قواعد اليونسترال قد نصت على جواز إصدار أحكام تمهيدية² وذلك في المادة 32 فقرة -1- إذ نصت على أنه " يجوز لهيئة التحكيم ان تصدر بالإضافة إلى قرار التحكيم النهائي قرارات تحكيم مؤقتة أو تمهيدية أو جزئية " .

الفرع الثاني

الأحكام الجزئية والإتفاقية والغيابية

أولاً - الأحكام الجزئية : وهي أحكام تفصل في احد أو بعض الطلبات الموضوعية سواء من تلقاء ذاتها او بناء على طلب أحد الأطراف وبالتالي تعد أحكام موضوعية ، والهيئة لها سلطة التقدير في إصدار أحكام جزئية عند الحاجة قبل أن تحسم النزاع بحكم منهي للخصومة³
أي أن الهيئة وبعد فصلها في جزء من المسائل محل النزاع المطروح على التحكيم تستمر في نظر باقي المسائل⁴ .

¹ - فتحي والي، قانون التحكيم ، مرجع سابق ،ص 399 .

² - المشروع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أطلق عليها إسم الأحكام التحضيرية تماشياً مع الإجراءات المتخذة بعدم إمكانية إستئناف تلك الأحكام في حين كان يطلق عليها سابقا الأحكام التمهيدية إذ نصت المادة 453 من قانون الإجراءات المدنية السابق على أن " أحكام المحكمين ومن ضمنها الأحكام التمهيدية " .

³ - محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 391 .

⁴ - فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 398 .

التشريع الجزائري في نص المادة 1049 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على أنه " يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام إتفاق أطراف أو أحكام جزئية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك " .

وبذلك فقد نول المشرع هيئة التحكيم سلطة إصدار أحكام تحكيم جزئية، وهو نفس النهج الذي سار عليه الكثير من التشريعات الوطنية¹ ولوائح التحكيم إذ نصت المادة 21 فقرة أ من لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس على إعطاء المحكم سلطة إصدار أحكام جزئية .

إذن حتى ولو لم ينص تشريع ما على سلطة إصدار أحكام جزئية، ولا يوجد إتفاق يخالف ذلك ولم يمنح الأطراف صراحة هيئة التحكيم ذلك، فإن لهيئة التحكيم أن تقرر ما إذا كان هناك حال للتصدي للمنازعة بأن تصدر أحكام جزئية، إذ لا يمكن تقييد سلطة التحكيم بإرادة طرفي النزاع فقط دون تعديها إلى ما يخدم إصدار حكم عادل في النزاع .

غير أن هناك من تحفظ على أن تصدر هيئة التحكيم أحكاما بدون إرادة طرفي النزاع ، وهذا ما قالت به لائحة التحكيم لمعهد التحكيم لغرفة التجارة بستوكهولم ، إذ أو جبت على أن يبرز المحكمون الأسباب الخاصة التي دفعتهم إلى التصرف على هذا النحو .

غير أن الأصل أن لا تقييد سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام الجزئية إلا بناء على إرادة الأطراف.

بل أن هناك من الفقه الفرنسي من ذهب إلى أبعد من ذلك بأن أقر حق إبطال الحكم التحكيمي إذا كانت إرادة الأطراف قد إنصرفت إلى الفصل في المنازعة بأحكام جزئية مستقلة وقامت هيئة التحكيم بالفصل في المنازعة بأحكام كلية².

إذن الأحكام الجزئية الصادرة عن هيئة التحكيم تعد حجة فيما فصل فيه ، وتأمّر المحاكم بتنفيذه في حدود ما صدر به³ .

¹ - حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة، مرجع سابق، ص 306 .

² - حفيظة السيد حداد -الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 308 .

³ - بواب بن عامر - تنفيذ قرارات التحكيم، مرجع سابق، ص 42 .

ثانيا - أحكام التحكيم الإتفاقية¹ : قد يصل طرفي النزاع أثناء سير إجراءات الدعوى إلى تسوية ودية لإنهاء النزاع وفي هذه الحالة إما أن يجرى إتفاقية تسوية ويطلبها إنهاء إجراءات التحكيم، أو قد يطلب الطرفان من هيئة التحكيم أن تثبت هذه التسوية في حكم يصدر عنها وهو ما يعرف بالحكم التحكيمي بالإتفاق² .

والميزة التي يهدف من ورائها من ذلك هي أن يتمتع الإتفاق الذي تم بين الطرفين بالحجية والآثار المترتبة على الحكم التحكيمي³ .

إذن الحكم الدولي بما له من ميزتي الإعتراف والقابلية للتنفيذ في الدول الأخرى المصادقة على إتفاقية نيويورك سنة 1958 ، يضمن لطرفي النزاع عدم العودة من جديد إلى طرح النزاع مرة أخرى سواء أمام محاكم وطنية أو محاكم تحكيمية .

وبالرجوع إلى نص المادة 1049 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنها تنص على انه يجوز لمحكمة التحكيم ان تصدر أحكام إتفاق أطراف " إذن من هذا النص نستخلص ان المشرع منح هيئة التحكيم إمكانية صدور أحكام تحكيمية مسندة إلى تسوية بين طرفي النزاع .

وهذا ما ذهبت إليه قواعد القانون النموذجي في نص المادة 30 فقرة 1-2- وذلك بقولها في الفقرة 1 " إذا إتفق الطرفان في خلال إجراءات التحكيم على تسوية النزاع فيما بينهما ، كان على هيئة التحكيم أن تنهي الإجراءات، أو تثبت التسوية ، بناء على طلب الطرفين وعدم إعتراضهما هي في صورة قرار تحكيم بشروط متفق عليها " . وقد ذهبت قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية إلى نفس المعنى⁴ .

ثالثا - أحكام التحكيم الغيابة : إن غياب أحد طرفي الخصومة عن حضور جلسات التحكيم لا يؤدي إلى عرقلة سير إجراءات التحكيم ، إذا كان قد تم تبليغه وفقا لما ينص عليه القانون المطبق على إجراءات التحكيم ، وهذا لا يعني أن محكمة التحكيم ستأخذ بصحة ما

¹ - ولقد تبنت هذه التسمية كل من قواعد اليونسترال في المادة 1/36 لسنة 2010 بعبارة " بشروط متفق عليها" - والقانون النموذجي بنفس التسمية في نص المادة 30 منه .

² - محمود سمير الشرقاوي التحكيم التجاري ، مرجع سابق ، ص 396 .

³ - حفيظة السيد الحداد . الموجز في النظرية ، مرجع سابق ، ص 314 .

⁴ - نص المادة 26 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية إذ تنص " إذا توصل الأطراف إلى تسوية بعد تحويل إلى محكمة التحكيم وفقا للمادة 13 يجب تثبيت التسوية بصيغة حكم التحكيم بإتفاق الأطراف وبطلب من الأطراف وموافقة محكمة التحكيم " .

يدعيه الطرف الحاضر وأن الحكم سيكون لصالحه، بل يجب على محكمة التحكيم أن تدقق في الإدعاءات والطلبات ومستندات ووثائق الطرف الحاضر ، لإصدار حكم نهائي يرتب كل الآثار إستناداً إلى عناصر الإثبات الموجودة أمامها¹ .

وبذلك تعد المبادئ الأساسية للتقاضي قد روعيت، ومن أهمها مبدأ المواجهة. وقد نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في نص المادة 1050 على انه " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة " .

من هذا النص وإن جاء بصفة العموم إلا أنه يمكن تطبيقه في حالة غياب أحد طرفي النزاع لتفصل محكمة التحكيم وفقاً للقواعد المحددة في الإتفاقية، أو للقانون المحدد في الإتفاقية، وفي غياب ذلك للمحكمة التحكيمية أن تفصل وفقاً لما تراه مناسباً حالة تنفيذ الحكم التحكيمي ، فلا يعقل أن تطبق قواعد يؤسس عليها الحكم التحكيمي ليرفض تنفيذه في بلد التنفيذ .

وإن كان النص السالف الذكر جاء بصفة العموم إلا أن المشرع وفي التحكيم الداخلي قد نص صراحة على حالة الغياب وذلك في نص المادة 1022 بقولها " يجب على كل طرف تقديم دفاعه ومستنداته قبل إنقضاء خمسة عشر (15) على الأقل ، وإلا فصل المحكم بناء على ما قدم إليه خلال هذا الأجل " ، وكنا نحبذ لو كان هناك نص صريح في ذلك في التحكيم الدولي .

وكما تجدر الإشارة إلى أن قواعد اليونسترال 1985 قد نصت على جواز إصدار الأحكام التحكيمية الغيابية وذلك في نص المادة 28 فقرة 2-3- والتي إشتطت صراحة أن يكون التبليغ صحيح² وهو مانصت عليه أيضاً قواعد القانون النموذجي في نص المادة 25/ب .

¹ - الحداد - الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم ، مرجع سابق، ص 36 .

² - وفي هذا الشأن قضت محكمة إستئناف باريس في حكم صدر بتاريخ 1995/03/25 في طلب إبطال حكم تحكيم غيابي حيث قالت " أن التبليغات قد تمت وفقاً للأصول وبواسطة بريد خاص ، وبالتالي فإن الطرف المتغيب قد جرى إبلاغه أصولاً ، وبالتالي فإن قاعدة الوجاهية قد طبقت طالما أن المدعى عليه بلغ وإمتنع بكامل إرادته عن حضور جلسات المحاكمة التحكيمية " .

هذا الحكم ورد ذكره في الأحذب موسوعة التحكيم ج 2 ، مرجع سابق، ص 307 .

ومذكور في جمال عمران أغنية الورفلي، تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الأجنبية ، مرجع سابق، ص 134 .

ولكن إذا لم يتم صدور حكم التحكيم فإن لهيئة التحكيم إعادة فتح المرافعة إذا رأت في ذلك ضرورة بناءً على طلب الطرف الغائب عن تقديم دفاعه ودلائل الإثبات، وهذا ما نصت عليه المادة 29 من قواعد اليونسفال .
ويجبذا لو أن المشرع الجزائري تطرق لمثل هذه النقطة .

المبحث الثاني

كيفية صدور حكم التحكيم والآثار المترتبة عليه

للووصول إلى حكم تحكيمي نهائي فاصل في نزاع، يدل على أن المحكمة التحكيمية - سواء كانت مكونة من محكم فرد، أو من عدد من المحكمين قد توصلت إلى قناعة حول الحق أو المركز القانوني محل النزاع ، ولكن لإصدار هذا الحكم يجب على هيئة التحكيم إتباع مجموعة من الإجراءات والتي يجب ان تكون وفقاً للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات ، ويتعين على المحكمة التحكيمية أن تلتزم بالمدة المتفق عليها بين أطراف التحكيم، أو المدة التي ينص عليها القانون ، كما يجب أن يتوفر في الحكم التحكيمي الشكل المقرر قانوناً، أو وفقاً لقواعد المؤسسة التحكيمية التي تشرف على إدارة التحكيم .

هذا الحكم التحكيمي الفاصل في موضوع النزاع تكون له حجية بين أطرافه، ويرتب عدة آثار سواء بين أطرافه أو على هيئة التحكيم .

وعليه سوف نلقي الضوء على مراحل إعداد الحكم في المطلب الأول وعلى الشروط الواجب توافرها في حكم التحكيم في المطلب الثاني ثم نتطرق إلى الآثار القانونية المترتبة على الحكم التحكيمي في المطلب الثالث .

المطلب الأول

مراحل إعداد حكم التحكيم

لكي تفصل هيئة التحكيم في موضوع النزاع سواء كان ذلك بحكم جزئي أو حكم نهائي فإن هذا الحكم يمر بعدة مراحل، من مداولة – وتوفر أغلبية مطلوبة لإصدار هذا الحكم، وميعاد يجب أن تلتزم به محكمة التحكيم، وعلى هذا الأساس سنتطرق في الفرع الأول إلى المداولة ، ثم إلى توفر الأغلبية في الفرع الثاني ، ثم ميعاد إصدار حكم التحكيم في الفرع الثالث .

الفرع الأول

المداولة

من البديهي أن المداولة تسمح للمحكّمين بفحص سندات ووثائق الطرفين والأدلة المقدمة بشتى أنواعها ومناقشة مختلف جوانبها ، وذلك للوصول إلى نتائج محددة بعد عرض كل محكم للرأي الذي توصل إليه ، لنصل في الأخير إلى الإجماع ، أو إلى الأغلبية اللازمة لصدور الحكم . ولقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن التداول إجراى إلزامى ، بل هو من النظام العام الدولي¹ ، وذلك لكونه يدخل ضمن إطار إحترام حقوق الدفاع² .

ونؤيد هذا الرأي حتى ولو كان المحكم فردا فعليه دراسة وثائق الأطراف جيدا وقوتها الثبوتية للنطق بالحكم التحكيمي ، وهذا ما أدركته التشريعات المختلفة، فالتشريع الفرنسي وفي نص المادة 1/1478 والمادة 1479 من قانون التحكيم 2010 ، إذ أن المادة 1478 نصت " تفصل

¹ - وفي هذا تقول محكمة إستئناف باريس .

((toute décision juridictionnelle rendue Par un collège doit péalablement a son prononcè ,Faire l'objet d'une déliberation cette règle de portè générale est d'ordre public ,car elle est de nature a garantir les droit des plaideurs)) CA.Paris 5 AVRil 1973,JCP.ED.G.1973,11,1752 ,Note level,Rev .Arab ,1974,p.17

² - محمد كولا - تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري ،مرجع سابق، ص 238 .

محكمة التحكيم في النزاع وفقا للقواعد القانونية ما لم يعهد الأطراف للمحكمة أن تحكم رضائيا " أما نص المادة 1479 فنصت " مداولات محكمة التحكيم سرية¹ ، فوفق هذين النصين فقد أوجب المشرع الفرنسي وجوب المداولة في حكم التحكيم .

أما التشريع الجزائري وفي التحكيم الدولي لم ينص صراحة على الكيفية التي تتم بها المداولة وإنما أحال ذلك لنص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف ، وفي غياب هذا الأخير تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة " .

إذن أحال المشرع الجزائري وفقا لهذا النص إلى إتفاق التحكيم، أو وفقا لما تراه محكمة التحكيم مناسبا ، في حين نص المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في التحكيم الداخلي فقد نص على أن تكون مداولات المحكمين سرية " متبنيا في ذلك القاعدة المطبقة على الأحكام الصادرة عن قضاء الدولة² .

إذ أن السرية تضمن قدرا كافيا من الحرية للمحكمين في إبداء الرأي والتشاور للوصول إلى حكم عادل يضمن من خلاله إحترام حقوق الدفاع ، ولا فرق في ذلك بين القضاء والتحكيم. ومن بين مراكز التحكيم التي كرست هذا المبدأ قواعد مركز القاهرة إذ نصت في المادة 37 مكرر فقرة -2- على أن تكون مداولات هيئة التحكيم سرية بين أعضائها³ وتحدد محكمة التحكيم طريقة المداولة إذا كانت تستلزم إجتماع جميع المحكمين في مكان واحد لتبادل الرأي والإستقرار على رأي الأغلبية، أو يكفي تبادل الرأي عن بعد، ما لم يرد نص مخالف في الإتفاقية إذن لا يجوز إصدار حكم دون مداولة يتم فيه ذكر القرار المتخذ من طرف الهيئة، إما بإعلان إنتهاء المداولة أو بإستمرارها، مع تحديد تاريخ لاحق لجلسة مداولة أخرى وفي حالة ما تكون المداولة في مكان محدد يقوم المحكم الفرد بتوقيع حكم التحكيم، أما إذا كانت الهيئة تتكون من

¹ - ولقد جاء النص الفرنسي كالآتي

l' arbitre fixe la date a la quelle l'affaire sera mise en délibère

² - تنص المادة 269 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " تتم المداولات في السرية "

³ - ولقد حث المشرع الفرنسي المحكمين على الإلتزام بمبدأ سرية العملية التحكيمية إذ نصت المادة 1479 من قانون

الإجراءات المدنية الجديد على أنه "مداولات محكمة التحكيم سرية " .

"les délibérations des arbitres sont secrètes "

مجموعة من المحكمين فإنهم يوقعون جميعهم هذا الحكم، ولكن قد يمتنع عن التوقيع أحد المحكمين فهل يبقى الحكم رهن الإدراج...؟ هذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني .

الفرع الثاني توفر الأغلبية

إن كل التشريعات والإنفاقيات الدولية لم تشترط توقيع جميع المحكمين إذ أنه وحال إمتناع البعض منهم عن التوقيع فإنه يكتفي بتوقيع أغليتهم إذ لا يشترط توافر الإجماع لصدور الحكم التحكيمي ، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في التحكيم الداخلي في نص المادة 1029 حيث نصت " توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين وفي حالة إمتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك ، ويرتب الحكم آثاره بإعتباره موقعا من جميع المحكمين " .

أما في التحكيم الدولي فإن المشرع لم يتطرق بنص صريح على أن الأحكام التحكيمية تصدر بأغلبية الأصوات ، في حين قانون الإجراءات المدنية السابق في نص المادة 458 مكرر 13 فقرة 3- نصت " بالأغلبية عندما تشتمل محكمة التحكيم على عدة محكمين ، يكون القرار التحكيمي مكتوبا مسببا معين المكان مؤرخا وموقعا، يمكن المحكم الذي يحوز الأقلية أن يدرج رأيه في القرار التحكيمي ، ويوقع كل محكم القرار التحكيمي ، وإذا رفض أحدهم توقيعه يشير المحكمون الآخرون إلى هذا الرفض في قرارهم التحكيمي ، وينتج عن هذا القرار التحكيمي نفس الأثر ، كأنه موقع من جميع المحكمين "

هذا النص كان واضحا وحدد الصورة التي يجب ان يكون عليها حكم التحكيم وكان بالأحرى أن يحدد أيضا القانون الساري المفعول قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما أكدت عدد من القوانين على مبدأ الأغلبية في صدور الحكم التحكيمي ، وهذه القاعدة منصوص عنها في بنود الإتفاقيات الدولية والهيئات التحكيمية المختصة¹ .
كما ذهبت أيضا قواعد القانون النموذجي اليوسنترال 2010 في نص المادة 1/33 –
المادة 4/34 على أن يكون حكم التحكيم موقع عليه بالأغلبية² .
هذا ما ذهبت إليه إتفاقية واشنطن في المادة 48 فقرة 1 لسنة 1966 بشأن تسوية
منازعات الإستثمارات .

غير أن هذه القاعدة لا تؤخذ على إطلاقها فهناك بعض الإستثناءات إذ أن إرادة الطرفين المتنازعين هي السيدة في الإتفاق على حل مغاير ومخالف، سواء لقوانين التحكيم، أو حتى لبعض نصوص الإتفاقيات الدولية كالنص على أن يكون الحكم التحكيمي موقع من جميع المحكمين أو الإكتفاء بالأغلبية، أو الإكتفاء بموافقة عدد يقل عن الأغلبية أو الإكتفاء بتوقيع الرئيس بعد إستشارة المحكمين³ .

ولقد وافق هذا الرأي المادة 29 من القانون النموذجي إذ نصت " يتخذ أي حكم لمحكمة التحكيم بأغلبية جميع أعضائها ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك " ونصت المادة 19 من نظام غرفة التجارة الدولية إلى إمكانية إصدار حكم التحكيم من طرف الرئيس بمفرده حالة عدم توفر الأغلبية وهذا حتى نتفادي عدم صدور أحكام تحكيمية بسبب إختلاف وجهات نظر المحكمين لمضمون ومنطوق حكم التحكيم، وهذا ما ذهبت إليه أيضا إتفاقية عمان العربية للتحكيم بأن منحت حق إصدار قرار التحكيم إلى الرئيس حال تشتت آراء المحكمين⁴ .

¹ - محمد كولا - تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 239 .

² - فقد نصت المادة 1/33 : في حال وجود أكثر من محكم واحد تصدر هيئة التحكيم أي قرار تحكيم أو قرار آخر بأغلبية المحكمين .

- المادة 4/34 : يكون قرار التحكيم مهور بتوقيع المحكمين، ويذكر فيه التاريخ الذي أصدر فيه ومكان التحكيم وفي حال وجود أكثر من محكم واحد وعدم توقيع أحدهم تذكر في القرار أسباب عدم التوقيع .

³ - بواب بن عامر ، تنفيذ قرارات التحكيم، مرجع سابق، ص 14 .

- سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ، مرجع سابق ، ص 145 .

⁴ - المادة 5/ 31 من إتفاقية عمان " في حالة تشتت الآراء يصدر القرار برأي الرئيس وتوقيعه على أن يثبت في القرار تشتت الآراء "

وما تم ذكره من إستئناف بالنسبة للأحكام الصادرة في موضوع النزاع فإن الأحكام الصادرة في المسائل الإجرائية والتي قد تفصل في جزء من الموضوع تختمل أيضا بعض الإستثناءات عن قاعدة الأغلبية وهو مانصت عليه المادة 33 فقرة -2- من قواعد لجنة الأمم المتحدة اليوسنترال¹ 2010 ، وقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في نص المادة 02/31 وغرفة التجارة الدولية بباريس في نص المادة 1/25 .

إذن مما سبق نصل إلى نتيجة مفادها أن كل القواعد القانونية للتحكيم سواء كانت لإتفاقيات دولية، أو لمؤسسات تحكيم، أو قوانين وطنية تدعم الوصول إلى إيجاد حكم تحكيم يفصل في النزاع .

وهذا ما نلاحظه في التشريع الجزائري إذ وبالإطلاع على نصوصه لا نجدده يرتب البطلان لحكم التحكيم إذا لم يكن موقعا من جميع أو أغلبية المحكمين .
كما أننا نميل إلى أنه وفي حالة عدم إتفاق الأطراف على حالة معينة من الحالات السابقة وتشتت الأطراف، أن تطبق نص المادة 5/31 من إتفاقية عمان بإصدار القرار برأي الرئيس وبذلك نكون قد حكمنا وفقا لقواعد القانون والأعراف المناسبة والتي نصت عليها المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

الفرع الثالث

ميعاد إصدار حكم التحكيم

إن من أهم خصائص التحكيم هو سرعة البت في الخصومة، وبذلك تعتبر المدة من أهم الشروط الأساسية التي يجب على المحكمين مراعاتها ، إذ أن تجاوز المدة قد يؤدي إلى إستفاد ولاية هيئة التحكيم على حل النزاع المطروح ، وأن الحكم الصادر خارج المدة المحددة في إتفاقية التحكيم يجعل من الإتفاقية تستنفذ مدتها وتجعل حكم التحكيم قابل للطعن فيه² .

¹ - إذ نصت المادة 33 فقرة -2- على أنه "يجوز صدور الحكم في المسائل الإجرائية من رئيس محكمة التحكيم وحده إذا لم تتوفر أغلبية الأصوات بشأن هذا الحكم أو إذا رخصت له محكمة التحكيم بذلك"

² - المادة 1056 فقر -1- من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

إذن يجب على هيئة التحكيم مراعات المدة المحددة في إتفاق التحكيم، أو المحددة في التشريع المعين، أو المحددة في قواعد المؤسسة التحكيمية المتفق عليها .

إذن إرادة التشريعات سواء الوطنية أو الإتفاقيات الدولية، والأطراف تتجه حتما إلى حسم النزاع في وقت قصير ، وفي هذا المقام يذكر الأستاذ Robert في تعليقه على تحديد مدة التحكيم "لا يمكن تركه لتقدير المحكمين حتى بموجب تفويض من قبل الأطراف ، لان ذلك سوف يقود إلى خطر الإمتناع عن الحكم، ويمكن فقط للأطراف أن يتفقوا على ترك مسألة

التمديد لمدة محددة من قبلهم إلى المحكمين في الحالات التي يرون فيها ضرورة التمديد"¹ .

المشرع الجزائري و في نص المادة 1018 التي هي مادة مشتركة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي نصت على أن " يكون إتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم" .

غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف في حالة عدم الموافقة عليه يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم ، وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة .
إذن من هذا النص السالف الذكر نستخلص أن هناك ميعاد إتفاقي ، وميعاد قانوني تلتزم به هيئة التحكيم حين الفصل في النزاع.

الأصل أن إرادة الأطراف الحرة لها كامل الحرية في تحديد المدة الكافية واللازمة لإصدار حكم التحكيم المنهي للخصومة، كونهم الأقدر على معرفة ظروف وملابسات القضية ، وهنا على هيئة التحكيم أن تلتزم بإصدار هذا الحكم في الميعاد المحدد في الإتفاقية .

1-Robert Jean.L'arbitrage droit Interne droit International, 2édition ,paris, 1993:p118

- مذكور في : فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 318 .
- مذكور في : بواب بن عامر - تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، مرجع سابق، ص 17 .

وليس هناك حد أدنى أو حد أقصى يمكن أن لا يتجاوزته الطرفين في الإتفاقية، كما يمكن أن يحال هذا الأمر إلى قواعد ولوائح أحد مراكز أو مؤسسات التحكيم الدائمة، وذلك إذا إتفق أطراف التحكيم على أن يتم التحكيم وفقا للإجراءات المتبعة أمام هذا المركز¹ .

ولكن قد يترك طرفي النزاع أمر تحديد ميعاد إصدار حكم التحكيم، وبذلك فإنه على هيئة التحكيم أن تتقيد بما هو وارد في القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وباستقراء نص المادة 1018 و 1015 من القانون الجزائري نجد أن تاريخ بداية الإجراءات هو تاريخ قبول آخر محكم ، وبذلك تتشكل هيئة التحكيم وتبدأ المدة القانونية والمقدرة بـ 04 أشهر وهي مدة مقبولة تتماشى مع خصائص التحكيم بخلاف بعض التشريعات² .

غير أن هذا الميعاد المحدد غير جامد فإنه ونظرا لظهور مسائل يجب البحث فيها عن الأدلة التي قد تكون الفيصل في الوصول إلى حكم تحكيمي عادل، فإن المشرع منح حق تمديد ميعاد التحكيم، فمنح الحق لإتفاق الطرفين فيمكن لهم تمديد المدة دون أن يحدد لهما سقفًا محددًا وتركها لحرية الأطراف، إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يعد عماد نظام التحكيم³ .

¹ - إتفاقية عمان حددت المدة بـ 06 أشهر من تاريخ إحالة الملف إلى هيئة التحكيم في نص المادة 2/31. و قواعد غرفة التجارة الدولية ICC تقضي في المادة 24 على أن الميعاد الذي يجب أن تصدر هيئة التحكيم فيه الحكم هو 06 أشهر وتجدر الإشارة أن من قواعد اليونسترا لم يتضمن نصوص حول تحديد مدة لإصدار الحكم التحكيمي .

² - المشرع المصري حدد المدة بـ 12 شهر إذ نصت المادة 45 فقرة 1- من قانون التحكيم " فإن لم يوجد إتفاق وحب أن يصدر الحكم خلال إثني عشر شهرا من تاريخ بدأ إجراءات التحكيم " .

لزهر - كرم - التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 287 .

عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، مرجع سابق، ص 142- 143 .

³ - إن قانون التحكيم الفرنسي لسنة 2011 في نص المادة 2/1463 قد أجاز مد المهلة القانونية والإتفاقية ولقد جاء النص كتابي :

" إذ لم يحدد إتفاق التحكيم مدة إنتهاء من المنازعة فإن مهمة محكمة التحكيم تعتبر محددة بستة أشهر إبتداء من تاريخ اللجوء إلى المحكمة، ويجوز مد الأجل القانوني أو الإتفاقي بموجب إتفاق الاطراف وعند عدم الإتفاق، عن طريق القاضي الدعم " .

هذا النص موجود في على إسماعيل دياب عازي، موسوعة المحكم في التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، طبعة أولى، دار الكتب المصرية - مصر 2015 ص 464 .

كما منح حق تمديد المدة لهيئة التحكيم وفقا لنظام التحكيم، وذلك في حالة عدم الموافقة عليه سواء من أحد الطرفين، أو من الطرفين، ورأت هيئة التحكيم أنه لا يمكن صدور حكم تحكيمي إلا بإستيفاء مدة أخرى محددة في نظام التحكيم، وبإستقراء نصوص التشريع نجد أن المشرع لم يحترم إرادة الطرفين والطابع الإتفاقي الذي يعد أحد أسس التحكيم وبرغم أن القانون الذي يحكم الإجراءات قد يكون محدد سلفا من طرف الطرفين، غير أن إرادة الطرفين في رفض التمديد يجب أن تحترم، إذ أن رفض الطرفين لمد ميعاد التحكيم بعد إنتهاء الميعاد المحدد إتفاقا، أو بنص تنتهي معه الإجراءات ويصبح أي حكم يصدر بعد ذلك حكم خارج المدة، بإتفاق الطرفين .

هذا إضافة إلى أنه لم يحدد المدة التي يمكن لهيئة التحكيم أن تأمر بها، وهذا ما يفتح المجال أمام المحكم الواحد أو المحكمين في التحكيم الحر بأن يمددو في المدة بدون قيد طبعاً، هذا بخلاف قواعد المؤسسات التحكيمية .

إذن كان على المشرع الجزائري أن يجعل قبول الطرفين في التحكيم الحر شرطاً لتمديد المدة على أن لا تتجاوز مدة 06 أشهر المأمور بها للفصل في النزاع .

إذا كنا قد تحدثنا عن التمديد بشكل صريح فهل يعتد بالتمديد الضمني ..؟ والذي يكون في حالة صدور عمل إيجابي من الخصوم قاطع الدلالة على موافقتهم على المدد، وذلك كحضور طرفي النزاع أمام هيئة التحكيم ومناقشة الموضوع بعد إنتهاء الميعاد المحدد لصدور الحكم¹ التشريع الجزائري لم ينص صراحة على ذلك هذا بخلاف أن

¹ - وفي ذلك قضت محكمة إستئناف القاهرة في حكمها الصادر بتاريخ: 25 سبتمبر 2005 بأن " عدم الإعتراض على إمتداد ميعاد التحكيم طوال نظره وحتى حجز الدعوى للحكم يعد نزولاً عن الحق في الإعتراض على مد مدة التحكيم طبقاً لنص المادة (08) من قانون التحكيم رقم : 27 لسنة 1994 وموافقة ضمنية منها على مد تلك المدة حتى جلسة المرافعة الأخيرة " .

حكم الطعن رقم 29 لسنة 1999م دائرة 91 تجاري منشور في كتاب د - رجب محمد السيد الكحلوي - حدود الرقابة القضائية على التحكيم... مرجع سابق ص 344 .

بعض التشريعات أخذت به¹.

إذن إذا لم يتفق الطرفان على التمديد ولم تجد هيئة التحكيم في قانون إجراءات التحكيم ما يؤهلها إلى التمديد نعود إلى القضاء، والذي يعد المساعد الأول للتحكيم في تدليل الصعوبات . فإذا كان التحكيم دولي ويجري في الجزائر فإن المحكمة المختصة هي المحكمة التي يجري في دائرة اختصاصها، أما إذا كان التحكيم يجري خارج الجزائر وكان طرفي النزاع قد إختارا تطبيق القانون الجزائري فإن محكمة الجزائر العاصمة هي المختصة إستنادا إلى نص المادة 1041 كون التحكيم دولي وليس داخلي، ولكن بالرجوع إلى نص المادة 1042 والتي تنص " إذا لم تحدد الجهة القضائية في إتفاقية التحكيم ، يؤول الإختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه" و بذلك قد منح لأطراف النزاع حق اللجوء إلى المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان إبرام العقد، أو مكان التنفيذ، والذين قد يكونا بعيدين عن مكان إجراء التحكيم وهذا ما يتنافى و روح التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بأقل تكلفة وبسرعة ، وكان يجب أن تكون نص المادة 1042 مكملة لنص المادة 1041 .

المطلب الثاني

الشروط الواجب توافرها في حكم التحكيم

¹ - إذ نص قانون التحكيم الإماراتي في نص المادة 210/ فقرة 2- على أنه " للخصوم الإتفاق صراحة أو ضمنا على مد الميعاد إتفاقا أو قانونا"

وفي إجتهد للقضاء الأردني فقد حكمت محكمة التمييز الأردنية بجواز التمديد الضمني لمهلة التحكيم بقولها " وقد إستقر إجتهد محكمة التمييز على أن إقرار الطرفين بالتمديد كاف لهذه الغاية وذلك بإستمرار ترددها على المحكم، وتقدم بياناتها وطلبها التأجيل والإستيضاح عن القرار، يفيد ضمنا موافقتهما على تمديد التحكيم ولم يتمسكا خلال ذلك بإنقضاء مدة التحكيم "

تميز حقوق رقم 1988/139 بتاريخ: 1998/03/12 م ،مجلة نقابة المحامين الاردنيين ، ع 10-11 لسنة 1998 ص 3583

هذا القرار مذكور في رسالة - بواب بن عامر تنفيذ قرارات التحكيم، مرجع سابق، ص 19 .

إن أي حكم سواء كان صادر عن المحاكم الوطنية أو من محكمة تحكيم يجب أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط الموضوعية والشكلية حتى لا يقبل الطعن فيه بالبطلان وعلى ضوء ذلك سنتطرق إلى الشروط الموضوعية في الفرع الأول والشروط الشكلية في الفرع الثاني .

الفرع الأول

الشروط الموضوعية

على هيئة التحكيم سواء كانت تتكون من محكم واحد أو عدد من المحكمين أن يراعوا في حكمهم كافة المسائل التي عرضت عليهم ، بحيث يشمل الحكم جميع عناصر النزاع التي طرحت على هيئة التحكيم فإذا ما سقط البعض منها كان الحكم قاصرا¹ .
كما يجب أن يكون الحكم واضحا ، وفاصلا في جميع المنازعات التي آثارها الخصوم في حدود سلطتها² .

إذ لا تملك هيئة التحكيم بأن تحكم بأكثر مما طلبه طرفي النزاع³ أو ما يخالف النظام العام⁴ وإلا كان الحكم الصادر عرضة للبطلان ، وعلى هيئة التحكيم أن لا تتجاهل الفصل في أية مسألة ولها أن تستعين لو إقتضى الأمر بمشورة أو رأي خبير، للوصول إلى حكم كامل. والإكتمال لا يعني أن يفصل الحكم في النزاع بكامله، وإنما أن يفصل بما جاء به بشكل نهائي، سواء كان النزاع نهائي، أو في جزء من النزاع المعروف على هيئة التحكيم كما يستوجب على هيئة التحكيم أن تصدر حكما واضحا ونهائيا أي غير معلق على شرط ، كما لا يجب أن يتناقض مع بعضه. وحكم التحكيم الفاصل في النزاع بصفة نهائية يجب أن يكون وفقا للقانون المحدد من طرف طرفي

¹ - أبو الوفاء - التحكيم الإختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 264 .

² - أبو الوفاء - التحكيم الإختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 264 .

³ - محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 55 .

⁴ - المنشاوي عبد الحميد، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية منشأة المعارف - الإسكندرية 1995، ص 72 .

النزاع في الإتفاقية سواء بالنسبة للإجراءات أو للموضوع وأن أي تجاهل لإرادة الطرفين المجسدة في إتفاقية التحكيم ، يعد سببا لبطلان الحكم ، إذ يكون المحكمون قد حكموا بدون إتفاقية¹ ، حتى لو كان هذا القانون هو قانون القاضي الذي عرض عليه النزاع²

و بمجرد صدور الحكم النهائي فإن ولاية المحكمون تنتهي، ومن ثم فليس لهيئة التحكيم إلا إجراء التفسير، أو تصحيح الأخطاء للحكم أو إصدار حكم فيما أغفل عنه من مسائل كانت محل طرح أثناء سريان الإجراءات التحكيمية .

ويكون الحكم مؤكدا إذا ما إستطعنا إستخلاص المعنى الذي قصدته هيئة التحكيم في الحكم، وذلك كأن يكون الأمر بدفع مبلغ مالي كتعويض عن ضرر، أو كتحديد الإلتزامات المفروضة على طرف من أطراف النزاع، مثل الحكم بإلزام أحد الأطراف بعدم إستغلال براءة إختراع أو علامة تجارية

الفرع الثاني

الشروط الشكلية

للقول بوجود حكم تحكيم يجب أن تتوفر بعض الشروط منها ما نص عليها المشرع الجزائري صراحة ومنها ما يفهم من إستقراء النصوص وهي .

أولا : الكتابة : إذ لا يمكن أن تثبت أن حكم دولي قد صدر دون أن يكون مكتوبا، وبذلك فالكتابة تعد من أهم الشروط التي تتطلبها القوانين لأن الحكم الشفوي لا يمكن تجسيده إلا من خلال وثيقة مكتوبة وإلا أعتبر منعدم .

إذ أن الحكم الدولي يجب أن يودع ويوضع عليه أمر بالتنفيذ ، ولا يكون ذلك إلا على ورقة مكتوبة حيث أن تذييل هذا الحكم بالصيغة التنفيذية يتطلب صدوره -مكتوبا فقد نصت المادة 1051 على أنه " يتم الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا ثبتت من تمسك بها وجودها ... " وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة .. " أما

¹ - نص المادة 1050 فقرة -1- من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² - محمود مختار بريري - التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 180 وما بعدها .

المادة 1052 من نفس القانون فقد كانت أكثر وضوحاً إذ نصت على أنه يثبت حكم التحكيم بتقديم الاصل مرفقاً باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها ، أما المادة 1053 فتذكر على أن تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 بأمانة ضبط الجهة القضائية ، ومن بين هذه الوثائق حكم التحكيم والذي يجب أن يكون مكتوباً ، وبذلك نصل إلى نتيجة مفادها أن المشرع الجزائري قد إشتراط الكتابة كشرط جوهري لقيام حكم التحكيم¹ .

ويقضي العرف التحكيمي بأن يصدر حكم التحكيم كتابة ، وهذا هو الواقع في الحياة العملية في قضايا التحكيم² فالكتابة تعد توثيق لعمل المحكم بكافة أركانه ، يستكمل بها شروط صحته ، فلا يقبل كتابة جزء من الحكم دون غيره بالإعتماد على وسائل أخرى، كالوسائل الصوتية مثل التسجيل أو المرئية مثل الفيديو .

كما أن شرط التوقيع لا يكون إلا على حكم مكتوب كلياً ، ولكن الكتابة هنا لم يحدد شكلها فقد تكون بخط اليد أو طباعة عن طريق الآلة الكتابية، أو بواسطة الحاسوب الذي أصبح الآلة الأكثر إستعمالاً في العصر الحالي .

ثانياً- التوقيع : إن أي وثيقة بدون توقيع ولو كانت مطبوعة أو مكتوبة تعد من الناحية القانونية بدون قيمة ، ولا يمكن الإحتجاج بها، إذ أن التوقيع يعطي للوثيقة القيمة القانونية ، أو الرسمية التي يمكن لمن صدرت له الإحتجاج بها، على الطرف الآخر فشأن حكم التحكيم بعد ذلك هو شأن الحكم القضائي .

ويجب أن يوقع على الحكم التحكيمي المحكم أو المحكمين اللذين أصدروا هذا الحكم³ . وهنا قد يثور نزاع بين المحكمين حول منطوق الحكم فيمتنع محكم ما عن التوقيع ويوقع الآخري فهل يعد هذا الحكم باطلاً...؟ .

¹ - بعض القوانين العربية نصت صراحة على الكتابة ، مثل ما نصت عليه المادة 1/183 مرافعات كويتي بقولها

" حكم التحكيم يجب كتابته " قانون التحكيم الفرنسي 2011 المادة 1480 - 1481 .

² - حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 392 .

³ - فقد نصت المادة 48 من قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار في الفقرة 3- على ما يلي :

" يجب أن يوقع المحكمون على الحكم ، ويقتصر الإلتزام على المحكمين المؤيدين لصدوره " .

إن غالبية التشريعات الحديثة لم تتطلب وجوب توقيع حكم التحكيم من جميع المحكمين ، وإنما إكتفت بتوقيع أغليتهم، مع الإشارة إلى عدم توقيع الأقلية¹ .

وبالرغم من أن التشريع الجزائري لا ينص صراحة على ذلك، غير أنه يستشف من نص المادة 1051 ق.إ.م.إ والتي قضت على أنه من يطلب الإعتراف بأحكام التحكيم أن يثبت وجودها ، وهنا لا يكون إلا بأحكام موقع عليها بأغلبية اللذين أصدروا هذا الحكم.

ومخلاف ذلك نجد نص المادة 1026 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية " تحكيم داخلي " قضت على أنه يجب أن يوقع حكم التحكيم من قبل جميع المحكمين ، أو من الأغلبية ولم يشترط المشرع الجزائري بيان أسباب عدم التوقيع في حالة إمتناع أحد المحكمين عن التوقيع وإنما إشتراط الإشارة إلى واقعة رفض الأقلية التوقيع على الحكم، بهدف التحقق من أن هذا الحكم قد صدر نتيجة مداولة بين جميع أعضاء التحكيم² ، وذلك بإعتبار أن الإمتناع عن التوقيع مع

هذا أيضا ما يفهم من نص المادة (1/4أ) من إتفاقية نيويورك إذ نصت " على من طلب الإعتراف والتنفيذ المنصوص عليهما في المادة السابقة أن يقدم مع الطلب - أ - أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل"

أما قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة في المادة 32/ 02 فقد نصت صراحة على ذلك بقولها " يصدر حكم التحكيم - مكتوبا " وكذلك قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري لسنة 1985 في نص المادة 1/31 " يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكم أو المحكمون " .

كما نصت قواعد اليونسترال 2010 في نص المادة 34/ 2 على أن " تصدر قرارات التحكيم كتابة وتكون نهائية وملزمة للأطراف .

وهذا ما يفهم أيضا من نص المادة 21 من قواعد التحكيم للغرفة التجارية الدولية (I.C.C) فقد نصت " قبل التوقيع على القرار الجزئي أو النهائي على الحكم ... " .

¹ - لقد نصت المادة 1473 من التحكيم الفرنسي 1993 " يوقع حكم التحكيم من جميع المحكمين ، ومع ذلك إذا رفضت التوقيع أقلية المحكمين ، يذكر الأغلبية ذلك في الحكم ، ويكون له حينئذ الأثر القانوني نفسه كما لو كان موقعا من كافة المحكمين " وبنفس المعنى صدر في التعديل الأخير 2011 في نص المادة 1480 .

النص الفرنسي :

La sentence arbitrale est signée par tous les arbitres toute fois ,si une minorité d'entre eux refuse a la signer les autres en font menton et la sentence a la même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres "

ونصت المادة 1/43 من القانون المصري " يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفي بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن يثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية" .

² - أحمد الصاوي ، التحكيم طبقا للقانون 27 سنة 1994 و أنظمة التحكيم العربية الطبعة الثانية 2004 ، مرجع سابق ، ص 185 .

عدم الإشارة إلى واقعة الرفض يثير الشك حول مدى جدية المداولة وكفايتها ، وكما أنه ضماننا لعدم تهميش محكم ما، أو منعه من التوقيع ، بل أن رفضه قد يكون سندا لإبطال حكم التحكيم كأن تكون محكمة التحكيم قد انحرفت عن مسار إجراءات التحكيم أو طبقت قانونا لا يتصل بموضوع النزاع .

وتجدر الإشارة إلى أن هناك من التشريعات كالتشريع المصري مثلا إشتراط إثبات أسباب عدم توقيع الأقلية، وهذا حتى تكون تلك الأسباب كما أوردها حكم التحكيم حجة على أطرافه ، فلا يجوز إثبات ما يخالفها إلا بطريق الطعن بالتزوير¹ وحسن فعل، وكان الأجدر بالمشرع الجزائري في التحكيم الدولي أن ينتهج نفس النهج بالنص صراحة على ذلك . وعلى الرغم من أهمية الإشارة سواء إلى أسباب عدم توقيع الحكم، أو الإشارة إلى واقعة الرفض فإن إغفال ذلك لا يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم ، وهذا يتفق مع المنطق حتى لا يتخذ المحكم ذريعة لإفساد عملية التحكيم .

ثالثا- التسبيب : يقصد بالتسبيب بيان الحجج والأدلة القانونية والواقعية التي إعتد عليها المحكم أو المحكمين في إصدار حكمهم² .

ولكون حكم التحكيم ذو طبيعة قضائية فإنه يخضع من حيث الشكل لشكل الأحكام القضائية والتسبيب يعتبر أدوات لإثبات عدل القاضي ومدى إحترام التنظيم القضائي لحقوق الدفاع .

بل أن عدم التسبيب يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم الدولي، إذ نصت المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 ، ونصت المادة السالفة الذكر في الفقرة -5- على إحدى حالات الطعن بالبطلان ... "إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها وإذا وجد تناقض في الأسباب" .

E .Gaillard, Arbitrage,op.CIT,p.14-

¹ - النص الكامل لنص المادة 1/34 من التشريع المصري موجود في الصفحة السابقة من الرسالة .

² - لزهري - كرم - التحكيم التجاري ، مرجع سابق، ص 293 .

إذن التسبب يعد قاعدة أساسية في حكم التحكيم¹، كما هو في القضاء، لأنه يسمح للقضاء الوطني بمراقبة صحة قرار التحكيم، وبالتالي يتحقق القضاء من كفاية الأسباب ومن عدم تعارضها وتناقضها.

كما أن الحكم الدولي والصادر خارج الجزائر يمكن لأي طرف أن يستأنف أمر القاضي بالإعتراف بالتنفيذ لكون أن الحكم التحكيمي غير مسبب.

إذن مما سبق فنحن نؤيد النهج المنتهج من المشرع الجزائري، إذا أن التسبب يعد من أهم ضمانات التقاضي، إذ من خلاله نتحقق من حسن إستيعاب المحكم أو المحكمين لوقائع النزاع ودفاع طرفي النزاع، ومن تطبيق القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

ويجب أن يشمل أسباب الحكم على مجموعة من الصفات تكفل جديتها وتحقق الهدف من وجودها، وأن تكون أسباب حكم التحكيم منطقية غير متناقضة مع بعضها البعض².

¹ - لم تتخذ إتفاقيات وأنظمة التحكيم الدولي موقفاً موحداً من بيان أسباب حكم التحكيم، فنصت إتفاقية واشنطن لعام 1966 في نص المادة 3/48 على أن يكون الحكم مسبباً " يجب أن يتناول الحكم كل مسألة عرضت على المحكم وأن يقرر المبررات التي على أساسها صدر الحكم ". نصت المادة 1/25 فقرة هـ من ذات الإتفاقية " أنه يجوز لطرفي التحكيم طلب إلغاء الحكم في حالة فشل المحكمة - في ذكر الأسباب التي بني عليها ". وقد سارت قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس على النهج ذاته بقولها في المادة 2/25 " يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً ". في حين أنظمة التحكيم التجاري الدولي تركت الحرية لطرفي النزاع للإتفاق على ذكر أو عدم ذكر أسباب الحكم فنصت المادة 3/34 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة على أن " يبين في حكم التحكيم الأسباب التي بني عليها ما لم يكن الطرفان قد إتفقا على عدم بيان الأسباب التي إستند إليها القرار ما لم يكن الأطراف قد إتفقوا على عدم بيان الأسباب "

كما ذهبت المحكمة العليا الأمريكية إلى أن " المحكمين غير ملزمين بتسبب أحكامهم تجاه السلطة القضائية .

كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن " عدم تسبب الحكم ليس بحد ذاته مخالفاً للنظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص الفرنسي إذ أن إعتصام الحكم التحكيمي بالصمت لا يشكل حلاً لأساس النزاع غير متلائم مع النظام العام ولا يشكل مساساً بحق الدفاع .

أنظر في ذلك الأحذب، موسوعة التحكيم ج 2، مرجع سابق ص 317 و 335 .

- في حين نجد أنه صدر حكم عن محكمة تمييز دبي قضت " من المقرر أصلاً أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا أنه معفى من التقيد بالشكل العام المقرر في الإجراءات المدنية، إذ يكفي أن يكون ضمن حكمه ملخصاً بأقوال الخصوم ومستنداتهم والأسباب التي حمل عليها رأيه في المنطوق... " .

حكم إستثنائي رقم 4582 بتاريخ: 1982/04/22 م المجلة القانونية التونسية لسنة 1983 م ص 101 مشار إليه في سامي، التحكيم التجاري، مرجع سابق ص 336 - بواب بن عامر تنفيذ قرارات التحكيم، مرجع سابق، ص 27 .

² - رجب محمد السيد الكحلاوي - حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية مرجع سابق ص 360

رابعاً- بيانات الحكم : من واقع إطلاعنا على قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية نستخلص أن المشرع قد أوجب بعض البيانات حتى ولو لم ينص صراحة في نصوص التحكيم الدولي، ونص عليها في قواعد التحكيم الداخلي ، وهذه البيانات الأساسية من شأنها أن تجعل من الحكم التحكيمي مكتملاً في جميع جوانبه دون الحاجة للبحث عن النقص فيه من خارجه ، بحيث يكون دالاً على ذاتيته بشكل مستقل ومتكامل .

ونستخلص من نصوص المواد 1051 والمادة 1052 والمادة 1056 وما بعدها ، أنه حتى يكون هناك حكماً يجب توافر بعض البيانات كأسماء الخصوم وعناوينهم وعنوان الموطن أو المركز الرئيسي،¹ في الحكم التحكيمي بصفة نافذة للجهاالة وذلك حتى نستطيع إعلان الخصم بصحيفة دعوى بطلان حكم التحكيم² .

هذا لا يعني أن الإغفال على ذلك يؤدي إلى بطلان الحكم التحكيمي ، والحكمة من ذلك تكمن في ذلك أن هذه البيانات يمكن الحصول عليها من إتفاق التحكيم وبذلك تتحقق الغاية³ . وهذا ما جعل المشرع الجزائري لا يجعلها من البيانات الإلزامية في حكم التحكيم .

كما تعد البيانات الشخصية للمحكمن من الأهمية بما كان، إذ من خلالها يتم التأكد من صحة تشكيل هيئة التحكيم خاصة أسماء المحكمن الذين أصدر الحكم التحكيمي، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في التحكيم الداخلي ، في نص المادة 1028 فقرة 01 إذ نصت يتضمن حكم التحكيم البيانات الآتية : إسم ولقب المحكم أو المحكمن ويمكن أن نستخلص أهمية البيانات الشخصية في التحكيم الدولي من نص المادة 1051 فقرة -1- والمادة 1056 فقر -2- إذ أن إثبات وجود الحكم التحكيمي لا يكون دون إثبات لوجود هيئة تحكيمية صحيحة والحكم التحكيمي يجب أن يكون دالاً بذاته على إستكمال شروط صحته وذلك بذكر ملخص سواء عن أقوال وطلبات الخصوم ومستنداتهم ودفعاتهم إذ أن ذلك يعد من الضمانات

¹ - محمد محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم دار النهضة العربية، مرجع سابق، ص 78 .

² - ولو أن هناك من إعتبر إغفال بيان العنوان ليس من شأنه أن يؤدي إلى بطلان الحكم التحكيمي ما دام لم يؤدي إلى التجهيل بأي منهما أو التشكيك في إتصاله بالحكم .

محكمة إستئناف القاهرة الدائرة 08 تجاري بتاريخ 2009/05/18م في الدعوى رقم 49 .

مذكور في كتاب دكتور - محمود سمير الشراوي - التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 439 .

³ - عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، مرجع سابق، ص 132 .

الأساسية للتقاضي¹ ورغم أنه لم يتم ذكره صراحة في قواعد التحكيم الدولي غير أن قواعد التحكيم الداخلي قد نصت عليه صراحة في نص المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

خامسا- إتفاقية التحكيم : إن هدف المشرع من إرفاق إتفاقية التحكيم او نسخة منها مع حكم التحكيم الأصلي أو نسخة منه² ، مستوفين لشروط صحتها ، هو تحقق القضاء من إتزام هيئة التحكيم بنطاق الإتفاقية³ ، من حيث الموضوع وكذلك مراقبة مدى إتزام هيئة التحكيم والطرفين بما تضمنته الإتفاقية من تحديد الإجراءات والتحقيق من صدور الحكم في حدود سلطة المحكمين المستمدة من إتفاقية التحكيم .

سادسا- تاريخ ومكان إصدار حكم التحكيم :

يجب أن يتضمن حكم التحكيم تاريخ صدوره وتبدوا أهميته في التحقيق من أن الحكم التحكيمي قد صدر في الميعاد المتفق عليه، أو الذي نص عليه القانون الإجرائي الواجب التطبيق على التحكيم⁴ ، وكذلك لتحديد الوقت الذي تسري فيه آثار هذا الحكم، والعبرة في ذلك بالتاريخ المدون على نسخة الحكم الموقع عليه المحكمين .

ولقد حرصت كافة تشريعات التحكيم على وجوب إشتمال حكم التحكيم على تاريخ صدوره، فأوجبته قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس في نص المادة 3/25 ، و قواعد اليونسترال في نص المادة 4/34 ، و القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بالمادة 3/31 ، أما عن القوانين الوطنية فقد أوجبه المشرع الفرنسي في نص المادة 1474 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي .

1 - لقد نصت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 24 مارس 1991 على ضرورة إشتمال حكم التحكيم على بيان بملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم بأنها " بيانات لازمة وجوهرية يترتب على إغفالها عدم تحقيق الغاية التي من أجلها أوجب المشرع إثباتها بالحكم بما يؤدي إلى البطلان ، ولا ينال من ذلك أن أوراق القضية قد أودعت مع الحكم بقلم كتاب المحكمة لأن الحكم يجب أن يكون دالا بذاته على إستكمال شروط صحته بحيث لا يقبل تكملة ما نقض فيه من البيانات الجوهرية بأي طريق آخر " حكم في الطعن رقم 90 جلسة 24 مارس 1991 مجموعة الأحكام ج1 ص 793 .
-مذكور في كتاب رجب محمد السيد الكحلاوي -حدود الرقابة القضائية على التحكيم، مرجع سابق، ص 353 .

2 - نص على نفس البيان المشرع المصري بمقتضى نص المادة 3/43 من قانون التحكيم .

3 - فتحي والي " ، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 436 .

4 - محمود سمير الشرقاوي ، التحكيم التجاري ، مرجع سابق، ص 444 .

أما التشريع الجزائري فقد نص القانون الداخلي للتحكيم على ذلك في نص المادة 1028 فقرة ب من قانون الإجراءات المدنية والإدارية- في حين أن المشرع لم يذكر ذلك في التحكيم الدولي، ولكن بإستقراء نص المادة 1056 والمادة 1059 نجد أنه يمكن إبطال الحكم الدولي الصادر في الجزائر إذ كانت مدة الإتفاقية قد إنقضت ومثل هذا الطعن يقبل من تاريخ النطق بحكم التحكيم ، كما يجوز إستئناف الأمر القاضي بالتنفيذ إذا كانت محكمة التحكيم فصلت في القضية بعد إنقضاء مدة الإتفاقية .

ولالإشارة فإن حكم التحكيم لا يبطل إذا لم يدون فيه تاريخ ثابت غير أنه يمكن إستنباط دلائل قاطعة على أن الحكم التحكيمي صدر في الميعاد المحدد ، كأن يتم إيداع الحكم كتابة ضبط المحكمة قبل إنتهاء الميعاد أو وفاة احد المحكمين في خلال الميعاد وبعد التوقيع . كما للتاريخ أهمية فإن مكان التحكيم له أيضا أهمية أيضا إذ يتعين أن يذكر المكان صدور حكم التحكيم كأن نذكر المدينة أو الدولة وهذا لمعرفة مكان الصدور كأن يكون قد صدر على أراضي دولة التنفيذ مثلا أو في دولة أخرى¹ ، وذلك لأعمال طرق الطعن إذا كان قد صدر في ذات الدولة .

غير أن عدم بيان مكان التحكيم الدولي لا يعد عنصرا جوهريا ، إذ يمكن معرفة ذلك من إتفاقية التحكيم² ، إذ تقضي نص المادة 1052 من التشريع الجزائري على أن حكم التحكيم يثبت بتقديم حكم التحكيم مرفق بالإتفاقية . إذن نستخلص بأن لكل من تاريخ ومكان صدور الحكم التحكيمي أهميته في إجراءات تنفيذ الحكم التحكيمي، غير أنه يمكن إستخلاصها من وثائق مرفقة للحكم كالإتفاقية ، أو من وقائع مادية كإيداع حكم التحكيم في كتابة ضبط المحكمة قبل إنقضاء مدة الإتفاقية .

المطلب الثالث

¹ - قضت قواعد غرفة التجارة الدولية في نص المادة 25 فقرة 03 على أن الحكم التحكيمي يعد صادر في المكان الذي ذكر في الحكم "، فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 442 .

- عيد محمد القصاص حكم التحكيم طبعة 2004 ، مرجع سابق، ص 134-135 .

² - فتحي والي، قانون التحكيم ، مرجع سابق، ص 442 .

الآثار القانونية المترتبة على الحكم التحكيمي

بصدور الحكم المهني للخصومة تنتهي ولاية المحكمين في مباشرة أي إجراء جديد و تلغي أي طلب جديد من أطراف النزاع، وهذا حتى ولو أن ميعاد التحكيم المحدد في الإتفاقية لم ينته بعد ، ومع ذلك هناك من التشريعات من أبتت لهيئة التحكيم صفة محددة لمواجهة حالات محددة .
تسليم الحكم و إيداعه في الفرع الأول ، حجية الحكم التحكيمي في الفرع الثاني وإنهاء ولاية المحكمين في الفرع الثالث .

الفرع الأول

تسليم الحكم وإيداعه

يجب على هيئة التحكيم بعد صدور حكم التحكيم أن تسلم إلى الطرفين إما أصل الحكم أو نسخ منه¹ وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة في التحكيم الدولي على هذا الأمر ، غير أنه يمكننا أن نستخلصه من نص المادة 1053 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أنه " تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه: ((الأصل مرفق بإتفاقية التحكيم أو بنسخ عنها تستوفي شروط صحتها بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل" فالمشرع الجزائري أوجب بصفة غير مباشرة على هيئة التحكيم بتسليم حكم التحكيم².

¹ - نصت المادة 31 فقرة 4 من القانون النموذجي 1976 على أنه " بعد صدور القرار ، تسلم إلى كل من الطرفين نسخة منه موقعة من المحكمين وفقا للفقرة (1) من هذه المادة في نفس المعنى المادة 34 فقرة 06 من قواعد الانسيترال 2011 .

² - نصت المادة 6/34 من قواعد الإنسيترال 2011، على أن "ترسل هيئة التحكيم إلى الأطراف نسخا من حكم التحكيم موقعة من المحكمين .

-ونصت المادة 06/32 من قواعد مركز القاهرة "تودع هيئة التحكيم لدى المركز النسخ الكافية من حكم التحكيم ، موقعة من المحكمين ، ويقوم المركز بإرسال نسخة موقعة من الحكم إلى كل طرف في دعوى التحكيم وتجدر الإشارة إلى أن مؤسسات التحكيم الدولية هي التي تتولى إعلان حكم التحكيم إلى كل من الطرفين وفقا لنظامها الداخلي -

وعلى من يهيمه تنفيذ حكم التحكيم إيداع الحكم مرفقا بإتفاقية التحكيم كأصول أو كنسخ
تستوفي شروط صحتها بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة¹، إذن إيداع حكم التحكيم شرط
لازم لصدور الأمر بتنفيذه .

ولالإشارة فإن المشرع الجزائري لم يقم بتحديد مدة معينة يوجب فيها الإيداع إذ يجوز إيداع
الوثائق السابقة في أي وقت لدى رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة
إختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني²
للحصول على أمر التنفيذ .

ويجب على الطرف المستعجل تحمل نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل حكم التحكيم³

هذه الوثائق التي تم إيداعها قد تكون بغير اللغة الوطنية -العربية - ففي هذه الحالة وطبقا
لنص المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإنه يجب أن تقدم الوثائق والمستندات
باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة تحت طائلة عدم القبول .

ولا يتعلق إيداع الحكم فقط بالحكم التحكيمي المنهي للخصومة، وإنما يمتد إلى كل
الأحكام التي تكون قابلة للتنفيذ سواء كان حكما فاصلا في الموضوع كليا أو جزئيا أو كان
حكما وقتيا (مستعجلا)⁴ .

الفرع الثاني

حجية الحكم التحكيمي

¹ - نص المادة 1052- 1053 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

² - نص المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري. وبخلاف ذلك إتجه القضاء المغربي إلى أن " إيداع
الحكم التحكيمي الاجنبي ليس إلزاميا لأن الإيداع يخص فقط الحكم التحكيمي الداخلي ، وطريقة رفع طلب الاعتراف
بالحكم التحكيمي الأجنبي وتنفيذه منظمة بمقتضيات إتفاقية نيويورك 1958 ويتعين إحترامه تحت طائلة عدم القبول " .
قرار محكمة الإستئناف التجارية الدار البيضاء رقم: 2008/3875 م مؤرخ في: 2008/08/26 م مذكور في رسالة
الدكتورة بواب بن عامر تنفيذ قرارات التحكيم، مرجع سابق، ص 29 .

³ - نص المادة 1035 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

⁴ - محمود سمير الشرقاوي - التحكيم التجاري ، مرجع سابق، ص 452 .

يقصد بحجية حكم ما، والصادر في إحدى النزاعات، الإمتناع عن النظر في النزاع مرة أخرى بين نفس الأطراف وفي ذات الموضوع ولذات السبب¹، إذ يعتبر الحكم عنوانا للحقيقة كما يقصد بالحجية وفقا لمنظور الأستاذ توفيق حسن فرج على أنها إكساب حكم المحكمين قوة قانونية تسري على وقائع النزاع وأطرافه والمحكمين والمحاكم العادية، إعتبارا من تاريخ صدوره كتلك التي يعطيها القانون للاحكام القضائية².

وتتعلق الحجية بالنظام العام³، إذ تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، ولو لم يتمسك به الخصوم .

¹ - المادة 338 من القانون المدني الجزائري .

² - توفيق حسن فرج - محاضرات في مواد الإثبات في المواد المدنية والتجارية - جامعة بيروت العربية مذكورة في رامي وليد عبابنة الطبيعة القانونية لقرارات التحكيم، مرجع سابق، ص 54 .

³ - لقد اختلفت الأنظمة من تعلق الحجية بالنظام العام، بالنسبة لأحكام التحكيم، فبالرجوع إلى التشريع الفرنسي نجد أنه لا يعتبر الحجية متعلقة بالنظام العام سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي أو الأجنبي إذ لا تملك المحكمة من تلقاء نفسها أن تشير مبدأ الحجية، فلا بد أن يدفع بما أحد طرفي النزاع، كما أنه يمكن للأطراف الإتفاق على إعادة النظر في القضية سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي. أنظر مختار أحمد بريري التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 290 .

ولقد برر الفقه المصري على أن حجية الحكم التحكيمي لا تتعلق بالنظام العام ولا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها بخلاف أحكام القضاء، وذلك على إعتبار أن التحكيم نظام تعاقدية يقوم على مبدأ سلطان الإرادة، يختارون المحكمين ويعزلونهم، كما أنهم يختارون القانون الواجب التطبيق على النزاع، فالأمر لا يتعلق بالمصلحة العامة أو وظيفة القضاء وإنما بالمصلحة الخاصة لأحد الأطراف أو كلاهما معا، فالحكم حينما يصدر يكون متمتعاً بالحجية حفاظاً على المصلحة الخاصة للطرفين والتي يمكن لهما التنازل عنها، مختار أحمد بريري التحكيم التجاري الدولي مرجع سابق ص 277 .

و إذا كانت الحجية تسبغ على أحكام القضاء، فإن أحكام المحكمين تتمتع أيضا بحجية الأمر المقضي¹ فيه، وبذلك لا يجوز إعادة طرح النزاع الذي صدر فيه حكم تحكيمي متى إتخذ النزاع نفس الأطراف والموضوع والسبب، سواء كان ذلك أمام إحدى الهيئات التحكيمية أو أمام القضاء، و متى دفع بذلك أحد الخصوم فإن الهيئة الفاصلة في الدعوى تقضي بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها .

ولقد نصت قواعد تنظيم التحكيم الداخلي على أن حكم التحكيم الداخلي يجوز حجية الشيء المقضى فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه²، في حين لا يوجد نص صريح في النصوص المنظمة للتحكيم الدولي .

في حين يرى الفقيه السنهوري خلاف ذلك حيث يعتبر أن حجية الحكم التحكيمي تتعلق بالنظام العام وبالتالي تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، على إعتبار أن التحكيم جهة قضاء نظمها القانون - أنظر أكثر توسع السنهوري - الوسيط ج2، مرجع سابق، ص 650 .

¹ - هنا يجب أن نفرق بين قوة الشيء المقضى به والتي تعني أن الحكم لا يقبل أي طعن سواء بالطرق العادية أو بالطرق غير العادية وبين حجية الأمر المقضى والتي يكتسبها الحكم بمجرد صدوره ويخضع لطرق الطعن بحسب الإجراءات المنظمة له .
² - أنظر نص المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

كما قضت المادة 35 من القانون النموذجي . بأنه " يكون حكم التحكيم ملزما ، بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه " - كما نجد بعض القواعد الصادرة في بعض المنظمات التحكيمية والتي نصت على أن أحكام التحكيم النهائية ملزمة لطرفيها (المادة 6/28) من قواعد غرفة التجارة الدولية، المادة 02/34 من قواعد الإنسيترال 2010.

ولقد إتجه الفقه والقضاء الأمريكيان إلى أن حجية القرار التحكيمي تثبت بمجرد صدوره وليس بإضفاء الصيغة التنفيذية عليه، وبذلك فقد أخذ بحجية الأمر المقضى به بإعتبار أن الحكم يكشف الحجية من تاريخ صدوره نهائيا. وهو نفس الإتجاه ونصت المادة الثالثة من إتفاقية نيويورك للإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية على أنه " تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمّر بتنفيذه " . ونصت إتفاقية عمان للتحكيم التجاري العام لعام 1987 في المادة 27 " الإتفاق على التحكيم وفق أحكام هذه الإتفاقية يحول دون عرض النزاع أمام جهة قضائية أخرى أو الطعن لديها بقرار التحكيم " .

ولالإشارة إذا كان قاضي الدولة يتمتع عن الفصل في النزاع بمجرد ما يتبين له وجود إتفاقية تحكيم وتثار من أحد الأطراف ، فمن باب أولى إذا ما وجد حكم تحكيمي ودفع أحد الأطراف به أن يصدر حكما بسبق الفصل في النزاع .

غير أنه يمكن إذا ما إتفق طرفي النزاع بعد الفصل في الدعوى التحكيمية بحكم صدر إما من محكمين معينين من طرف طرفي النزاع، أو من إحدى هيئات التحكيم ، في إعادة عرض النزاع بإتفاقية جديدة على هيئة تحكيم أخرى أو على قضاء الدولة ، إذ أن إرادة الطرفين حرة في اللجوء إلى أي قضاء، بإستثناء عرض النزاع مرتين على محكمة من محاكم الدولة بعد الفصل في موضوع الدعوى ، وهذا الإعتبار لا يقوم على حكم التحكيم الذي يرتكز على إرادة الطرفين الحرة.

الفرع الثالث

إنتهاء مهمة المحكمين

الأصل إن ولاية المحكمين تنتهي بعد فصلهم في النزاع بحكم نهائي¹، أما إذا أصدر المحكمون حكما جزئيا يفصل في جزء من النزاع المعروض عليهم، فإن ولايتهم تستنفذ، ما عدا فيما فصلوا فيه مسبقاً، ويستمررون في أداء المهمة المسندة إليهم إلى حين الفصل النهائي في الموضوع، غير أنه

¹ - فلقد نصت المادة 1475 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أن " القرار ينهي ولاية المحكم عن النزاع الذي تم حسمه "

أنظر أكثر تفصيل فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 348 .

وكإستثناء عن الأصل فإن ولاية المحكمين تستمر بعد صدور الحكم النهائي¹، فيما قد يطلبه أحد الأطراف².

فقد يثور شك أو لبس أو غموض في منطوق القرار، وهذا ما سيؤدي إلى مشاكل أو صعوبات تحول دون تنفيذه على الوجه الصحيح، هذا ما يجعل للخصوم الحق في طلب إزالة اللبس حول

معنى الحكم التحكيمي وذلك ببيان المقصود من الكلمة أو العبارة موضوع الشك، دون المساس بحجية الحكم³.

وعلى هيئة التحكيم أن تلتزم بحدود التفسير دون المساس بموضوع الحكم وإلا أعتبر الحكم المفسر محرفاً للحكم المفسر، الأمر الذي يهدر حججته، أي أن التفسير لا يمس منطوق الحكم سواء بالزيادة أو بالنقصان أو بالتعديل أو المساس بحقوق أحد الأطراف، وفي هذا الشأن

¹ - وهناك من يرى أن المحكم يملك ما يملكه القضاء ولكن بشرطين:

1- ألا يكون ميعاد التحكيم قد إنقضى .

2- ألا يكون قد تم إيداع الحكم الموضوع قلم المحكمة .

أحمد أبو الوفاء، عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 297- 298 .

لزهري بن سعد، كرم محمد زيدان - التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 300 .

² - أحمد أبو الوفاء التحكيم الإختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 273 .

- أمين بجاش عبد الحميد الحميري، الطعن في قرارات التحكيم التجاري دراسة مقارنة رسالة ماجستير كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية 2004، ص 62 .

³ - أحمد أبو الوفاء التحكيم الإختياري، المرجع السابق، ص 284 .

وفي هذا الشأن تضمنت قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة ذلك، في نص المادة 35 إذ نصت " يجوز لأي طرف خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إستلام حكم التحكيم وبعد إعلان الطرف الآخر، أن يطلب من محكمة التحكيم إعطاء تفسير لهذا الحكم، ويصدر حكم التفسير كتابة خلال خمسة وأربعين يوماً من تاريخ إستلام الطلب، ويعتبر هذا الحكم جزءاً لا يتجزأ من حكم التحكيم وتسري عليه قواعده " في نفس الشأن تضمنت قواعد القانون النموذجي نفس المبدأ في نص المادة 33 على أنه " وخلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم حكم التحكيم وما لم يتفق الطرفان على مدة أخرى يجوز لكل من الطرفين شريط إخطار الطرف الآخر أن يطلب من محكمة التحكيم تفسير نقطة معينة منه إن كان الطرفان قد إتفقا على ذلك" .

حكمت هيئة تحكيم دولي (بين الهند وبلجيكا) بأنه ولفرض تفسير حكم تحكيمي يتم التفسير بإقتران المعاني ببعضها ، وبإعطاء كل منها المعنى الذي يفيدته ¹ .

ولقد تطرق المشرع الجزائري إلى تفسير الأحكام في التحكيم الداخلي في نص المادة 1030 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ نصت " يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه ، غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم طبقاً للأحكام الواردة في هذا القانون " في حين التحكيم الدولي لم يتضمن نص صريح بذلك ، وكان الأجدر النص عليه أو الإشارة إلى ذلك بالعودة إلى نصوص التحكيم الداخلي .

وينبغي أن نشير إلى أن تقديم طلب التفسير ليس له أي أثر سواء على قابليته لرفع دعوى بطلان، أو على إمكانية طلب تنفيذه أو وقف التنفيذ أو التأثير في سلطة المحكمة التي تنظر دعوى البطلان² لحكم التحكيم، أو الناظرة في دعوى إلغاء الأمر القاضي بالإعتراف أو بالتنفيذ .

كما يجب أن نذكر على أن الحكم التفسيري يرتبط إرتباط أصيل بالحكم الأصلي ويندمج فيه، فهو جزء لا يتجزأ منه وبذلك إذا إبطال الحكم الأصلي " المفسر " فإن الحكم التفسيري يبطل بالتبعية - بقوة القانون - دون حاجة لحكم جديد .

إن كان للمحكم - المحكمون - حق تفسير الحكم فمن باب أولى له الحق في تصحيح حكم التحكيم لإزالة ما بها من سهواً أو - خطأ مادي ، خطأ مطبعي في إجراء العملية الحسابية، أو تقدير التعويض المناسب، وهذا بعد طلبها من أحد الطرفين .

وهذا ما نص عليه القانون الجزائري في نصوص التحكيم الداخلي نص المادة 103 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يتخلى المحكمأو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه طبقاً للأحكام الواردة في هذا القانون " .

في حين لا نجد أثراً له في نصوص القانون الدولي وكان جبداً لو أحال ذلك إلى نص المادة السالفة الذكر .

¹ - أمين مجاش عبد الحميد الحميري رسالة ماجستير الطعن في قرارات التحكيم ،مرجع سابق، ص 43 .

² - زهر - كرم - التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 303 .

بخلاف ذلك نجد أن المشرع الفرنسي في نص المادة 1485 في قانون التحكيم 2011 قد نص على ذلك بأن المحكم يتمتع مع ذلك بسلطة تصحيح الأخطاء والسهو المادي الذي لحق بمحكم التحكيم...¹ .

ونشير إلى أن أي تجاوز لمقتضيات التصحيح يعد تجاوز من سلطة التحكيم لسلطتها في التصحيح و يصبح الحكم المصحح قابلاً لرفع دعوى بطلان .

وقد تغفل هيئة التحكيم عن الفصل في مسائل كانت معروضة عليها أثناء النزاع، سواء كان الطلب من الطلبات الأساسية أو العارضة أو الإضافية التي أبدت أثناء سير خصومة وقبلت وأصبحت جزءاً من النزاع²، بحيث يصدر حكم التحكيم النهائي بدونها، مما يترتب على المحكم أو هيئة التحكيم بأن تصدر حكم تكميلي، وهذا قياساً على أن قاضي الدولة يجوز له ذلك بعد صدور الحكم القضائي. بناءً على طلب أحد الخصوم.

وفي هذا نشير إلى أنه لا يجوز للمحكم إغتنام فرصة تكملة الحكم فيعدل فيما تم فيه الفصل بالزيادة أو بالنقصان، كما أن الحكم الإضافي يجب أن يكون في حدود إدعاءات الخصوم ودفاعهم الثابت في أوراق الدعوى والمستندات³ أي بما أغفلته هيئة التحكيم من مسائل في حكم التحكيم الاصيلي كانت معروضة عليها أصلاً أثناء النزاع، فلا يجوز تقديم طلبات جديدة لم تكن مطروحة من قبل، وألا يكون قد حصل بشأن الطلب تنازل⁴، أو أن تكون هيئة التحكيم قد فصلت فيه بالرفض⁵.

¹ - وائل أنور بندق - موسوعة التحكيم - الإتفاقيات الدولية و قوانين الدول العربية مرجع سابق ص 15 وما بعدها .
كما نجد أن كل من قواعد تحكيم الأمم المتحدة في نص المادة 36 وقواعد الأونسترال 2010 في نص المادة 38 قد أعطت للمحكم سلطة تصحيح حكم التحكيم سواء كان خطأ حسابي أو كتابي، أو مطبعي أو أي أخطاء أخرى ممثلة

² - أمين بجاش عبد الحميد الحميري، الطعن في قرارات التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 65 .

³ - أحمد أو الوفاء، التحكيم الإختياري والتحكيم الإجباري، مرجع سابق، ص 284-285 .

⁴ - زهر بن سعد - كرم محمد زيدان النجار - التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 306 .

⁵ - بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التمكن الدولية، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2007 ص 85 .

مذكور في كتاب زهر بن سعد، كرم محمد زيدان، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 306 .

ولقد أجازت قواعد التحكيم الداخلي الجزائري في نص المادة 1030 تصحيح أي إغفال ومنها الإغفال عن المسائل التي كانت مطروحة على هيئة التحكيم دون أن تبدي فيها أي حكم

ولقد أخذ المشرع المصري بالحكم الإضافي إذ نصت المادة 1/51 من قانون التحكيم على أنه " يجوز لكل من طرفي التحكيم ولو بعد إنتهاء ميعاد التحكيم ان يطلب من هيئة التحكيم إصدار حكم تحكيم إضافي في طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم ... " .

كما أخذ القانون الفرنسي بحق إصدار أحكام إضافية وذلك في نص المادة 1465 على أنه يمكن لهيئة التحكيم إصدار احكام تحكيمية إضافية¹ .

كما تضمنت المنظمات التحكيمية هذا الحق فأجازت قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي ذلك في نص المادة 03/27 ونظمت قواعد الإنسيترال 2010 في المادة 39 موضوع إستصدار حكم إضافي، وفرزت حق كل من الطرفين في طلب ذلك من هيئة التحكيم ، ونظمت قواعد مركز القاهرة في المادة 36 ذلك، بشرط إخطار المركز إلى جانب الطرف الآخر² .

وما يمكن إستخلاصه أن هذه الأنظمة وإن أجازت أحقية هيئة المتحكيم في إصدار حكم إضافي إلا أنها لم تفصح عن النظام القانوني الذي يسرى على هذا النوع من القرارات .

إلا أن هذا لا يمنع من إعمال مبدأ سريان الأحكام " أحكام التحكيم " بصفة عامة على أحكام التحكيم الإضافية ، كون أحكام التحكيم الإضافية هي مكملة للحكم الأصلي³ .

إذن من كل ما سبق دراسته يمكننا القول أن الأحكام الصادرة بعد الفصل في موضوع النزاع تأخذ حكم الحكم الفاصل في النزاع -سواء من ناحية تنفيذه أو الطعن فيه بطرق الطعن التي قررتها قوانين التحكيم، ما لم تخرج هذه الأحكام عن الهدف الذي جاءت من أجله ، وإلا

¹ -محمود سمير الشرفاوي - التحكيم التجاري ، مرجع سابق ،ص 482 .

² - محمود سمير الشرفاوي ، المرجع السابق، ص 483 .

³ - للإشارة فإن قواعد غرفة التجارة الدولية لم تشر إلى الحكم الإضافي وذلك يعود بحسب الدكتور مختار بريري أن حكم المحكمين يخضع "للتدقيق والفحص " من قبل المحكمة الدولية للغرفة والتي تملك إدخال تعديلات شكلية، علاوة عن إمكان المحكمة الدولية لفت نظر المحكم لبعض المسائل الموضوعية فلا يجوز بحسب نص المادة 21 من نظام الغرفة صدور أي قرار دون إقرار المحكمة عليه من حيث الشكل، فالمحكومون يقدمون مشروع قرار ولا يقدمونه إلا بعد العرض على المحكمة .

- أنظر رامي وليد عباينة، الطبيعة القانونية لقرارات التحكيم التجاري الدولي وتنفيذها، مرجع سابق، ص 45 .

تعرضت لدعوى البطلان إستقلالاً عن الحكم، إستناداً إلى تجاوز المحكم أو هيئة التحكيم
لصلاحياته¹

الفصل الثاني

تنفيذ حكم التحكيم وطرق الطعن فيه

بعد صدور الحكم التحكيمي النهائي مرتباً آثاره يمكن لطرفي النزاع تنفيذ ما ورد في حكم التحكيم طواعية، وهذا النوع من التنفيذ يعتبر الأصل العام في تنفيذ كافة الإلتزامات ولكن قد تعترض عملية التنفيذ بعض الصعوبات، هذا ما جعل القانون يفرض بعض الإجراءات والشكليات لتنفيذه، إذ يحق لطرفي النزاع اللجوء إلى القضاء الوطني لتنفيذ الحكم الصادر لصالحه لذا تنوعت آليات تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية .

كما أنه في بعض الحالات يكون الحكم الدولي مشفوعاً بميزة النفاذ المباشر داخل دولة التنفيذ دون الحاجة إلى رقابة قضائية داخلية .

¹ - أمين بجاش عبد الحميد الحميري ، الطعن في قرار التحكيم، مرجع سابق، ص 67 .

ونظراً لأهمية مسألة آليات تنفيذ الأحكام التحكيمية وتنوع طرقها فإننا سنقسم هذا الفصل إلى عدة مباحث نعالج فيه آليات تنفيذ أحكام التحكيم في المبحث الأول ، وطرق الطعن في المبحث الثاني .

المبحث الأول

آليات تنفيذ أحكام التحكيم الدولية

إن قوة الأحكام في تنفيذها ، وهذا ما يسعى إليه الطرف الذي صدر الحكم التحكيمي لصالحه وقد تتنوع آليات تنفيذ أحكام التحكيم ، فيكون تنفيذاً طوعياً بإرادة الطرفين الحرة بدون تدخل القضاء وهو محور المطلب الأول ، غير أنه قد يمتنع الطرف المحكوم ضده عن التنفيذ فهنا يجب تدخل القضاء ويسمى حين ذاك تنفيذ أحكام التحكيم بواسطة القضاء وهو المطلب الثاني .

المطلب الأول

تنفيذ حكم التحكيم بدون تدخل القضاء

قد تفرض أدييات التعامل في مجال العلاقات التجارية أن يتم تنفيذ الحكم التحكيمي طواعية، خاصة ان طرفي النزاع إلتجؤا إلى التحكيم طواعية وإرادة حرة .
وقد يكون أيضا تنفيذ الحكم التحكيمي طواعية نتيجة لدوافع أخرى تتدخل فيها وسائل إجبارية مادية ومعنوية ، فلا رقابة لقضاء الدولة على هذا الحكم، لذا سنقسم هذا المطلب إلى :
- التنفيذ الطوعي في فرع أول والتنفيذ المباشر في الفرع الثاني .

الفرع الأول

التنفيذ الطوعي للأحكام التحكيمية

إنه وبمجرد تبادل طرفي النزاع الثقة بتسوية المنازعة عن طريقة التحكيم الدولي بتحرير إتفاقية تحكيم، يفترض أن الطرف الخاسر مستعد لتنفيذ الحكم التحكيمي طواعية¹ ، إذ أن مبدأ حسن النية يعد أصلا عاما ، كما أن الثقة المتبادلة بين المتعاملين في مجال التجارة الدولية تحتم أن يتم

¹ - قبل صدور المرسوم التشريعي 09/93 كانت المؤسسات الوطنية الجزائرية تنفذ الأحكام التحكيمية التي كانت طرفا فيها طواعية : أكثر تفصيل

التنفيذ للحكم التحكيمي طوعية، خاصة إذ كان الحكم صادرا عن هيئات دولة تعتمد انظمة تحكيم تنص على أن أحكام التحكيم الدولي تعتبر نافذة بقوة القانون ، بل أن هناك من ذهب إلى القول بأن " إتفاق التحكيم يحوي ضمنا على شرط مؤداه أن الأطراف سينفذون الحكم الذي سيصدر فيما بينهم من نزاع¹ " .

ذلك يعود إلى الروح الودية التي تحيط بأسلوب التنفيذ الإختياري الذي يسعى لفض النزاعات بطريقة سليمة، وهذا ما يدفع الأطراف إلى الإستمرار في أعمالهم المستقبلية وذلك راجع إلى أن المعاملات التجارية الدولية تمتاز بالطبيعة الدائمة ، بل أن منهم من يواصل أثناء النزاع بإبرام صفقات إقتصادية وتجارية مختلفة خدمة لمصالحهم، وهذا ما يدفعهم إلى الحفاظ على علاقتهم الحسنة ويتفادون المشاكل التي قد تنجر على عدم تنفيذ الأحكام الصادرة عن النزاعات القائمة بينهم وذلك خشية على أن يؤثر على مستقبل أعمالهم التجارية ، وخاصة أن التعامل في حقل

التجارة الدولية يستلزم الإلتزام والإنضباط بعاداتها، بتنفيذ الإلتزامات التي على عاتقه .ومن أهمها حكم التحكيم وإلا فإنه سيتعرض لضغوطات تمارس عليه من طرف المتعاملين الإقتصاديين الآخرين، وهذا ما يؤثر على نشاطه القائم والمستقبلي² .

ومن جانبنا نؤيد الرأي المدعم للتنفيذ الطوعي كونه يعزز الثقة بين المتعاملين كما أنه يرسخ أخلاقيات التعامل بعناصر الملكية الفكرية ونزاهة المتعاملين ويدعم قضاء التحكيم ، في حين أن الإمتناع عنه يؤدي إلى العزوف عن قضاء التحكيم وهذا ما يفوت فرص التقاضي وفقا لإرادة الطرفين.

وهذا فعلا ما هو في واقع الحال إذ أن بعض الدراسات أظهرت أن النسبة تتراوح بين 85 % - 90 % من الأحكام التحكيمية الصادرة طبقا لقواعد غرفة التجارة الدولية تنفذ بشكل

¹ - Alan redfern,martin,law and partice in international commercial arbitration,1991p 416.

- البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مرجع سابق، ص 129 .
وللإشارة ان نظام التحكيم الجزائري الفرنسي لسنة 1983 وبموجب البند 7/17 فإن حكم التحكيم النهائي ينفذ طوعية ووفق مواعيد محددة من طرف الهيئة التحكيمية .

² - حوارثة سامية، تنفيذ القرارات التحكيمية المترتبة عن منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 41-42 .

إرادي¹ ، وهذا ما يرسخ دور قضاء التحكيم وخاصة مؤسسات التحكيم الدولية في حل المنازعات التي قد تنشأ في العقود التجارية بصفة عامة وعقود الملكية الفكرية بصفة خاصة وللإشارة فإن هذا التنفيذ الطوعي أشارت إليه عدة قوانين ونظمتها ، إذ نجد أن قانون الإجراءات المدنية السابق وفي نص المادة 458 مكرر 16 فقرة 2 تنص على أنه " يؤمر بالتنفيذ الجبري حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 158 مكرر 2/17 وذلك في غياب التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي " من خلال هذا النص إعتبر المشرع الجزائري التنفيذ الطوعي للأحكام التحكيمية هو الأصل، أما التنفيذ الجبري إستثناء عن القاعدة الاصل . وذلك حالة تقاعس المحكوم ضده، أو رفضه للتنفيذ الطوعي .

أما قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل للمرسوم التشريعي السالف الذكر ، لا نجد فيه نص صريح للتنفيذ الطوعي ، برغم أن الجزائر قد أبرمت عدداً من الإتفاقيات الثنائية وإنضمت إلى إتفاقيات متعددة الأطراف مجملها قد نصت على إلزامية تنفيذ الحكم التحكيمي طواعية² .

¹ - أنظر المادة 24 فقرة 2- من نظام الغرفة التجارية الدولية .

- البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مرجع سابق، ص 141 .

- جمال عمران إغنية الورفلي ،. تنفيذ أحكام التحكيم التجارية الأجنبية، مرجع سابق، ص 188 .

- بواب بن عامر، تنفيذ قرارات التحكيم، مرجع سابق، ص 151 .

² - فقد إنضمت إلى إتفاقية واشنطن لسنة 1961 وقد نصت المادة 1/53 على أن " يكون الحكم ملزماً بالنسبة لأطرافه ، ولا يجوز أن يكون محلاً لأية طريق من طرق الطعن خلاف ما أورد في هذه الإتفاقية ويتعين على كل طرف أن ينفذ الحكم بحسب منطوقه إلا إذا كان تنفيذه موقوفاً بمقتضى الأحكام المناسبة في هذه الأنفاقية " .

- وبالنسبة للإتفاقيات الثنائية نجدها دائماً تحتل نظام يقر ويلزم بأن يكون التنفيذ طواعية، فمثلاً الإتفاقية الجزائرية السورية تحيل إلى نظام التحكيم لتسوية النزاعات الذي وصفته الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية ، حيث أعطت القوة التنفيذية للأحكام وهذا وفقاً لنص المادة 34 راجع في ذلك : محمد كولا : تطور التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق هامش، ص 252 .

- نظام التحكيم الجزائري الفرنسي لسنة 1983 الذي نص على التنفيذ الطوعي في نص المادة (7/17) التي تلزم الأطراف بتنفيذ منطوق الحكم في المواعيد المحددة من طرف هيئة التحكيم .

بل نجد أن الكثير من الأنظمة التحكيمية تقر هذا المبدأ، بل تجعل الاصل في نفاذ أحكامها التحكيمية ، فمثلا نظام تحكيم CCI¹ ونظام تحكيم CNUDCI² ونظام CIRDI وغيرها من الأنظمة كلها تعتبر نفاذ أحكام التحكيم تتم طواعية وبقوة قانونها .

ولالإشارة فإن التنفيذ الطوعي عادة يكون عن حسن نية وإلتزاماً لمقتضيات أخلاقيات التعاملات التجارية ، في تنفيذ عقود الملكية الفكرية كعقد الترخيص أو عقد الإستثمار ... غير انه وفي بعض الحالات فإن التنفيذ الطوعي لا يكون مصحوباً بالرضا على عدالة حكم التحكيم . وهنا يطرح السؤال التالي ما الدفع إلى تنفيذ الحكم طواعية؟! .

للإجابة عن هذا السؤال يجب أن نرجع أولاً إلى الدوافع التي دفعت كلا من الطرفين إلى الإلتجاء إلى التحكيم دون القضاء ومنها توفير الوقت والتكاليف، وإبقاء النزاع سرىا بين الطرفين ، إذن برفض الطرف الخاسر في الدعوى تنفيذ الحكم التحكيمي سيجعل كل ما سعى إليه الطرف الخاسر في الدعوى يتبخر إذ أن اللجوء إلى القضاء لإجبار الطرف الخاسر على التنفيذ يؤدي إلى إفشاء أسرار عملية التحكيم، وهذا ما يؤثر بشكل مباشر على تعاقدات الطرف الخاسر ، كما يكلفه الوقت والمال .

بالإضافة إلى أن بعض المؤسسات التحكيمية وفي بنود نظامها التحكيمي تتخذ في حالة عدم قيام الطرف الخاسر بتنفيذ الحكم طواعية وسائل إجبار معنوية، وتتمثل في نشر رفض التنفيذ ، أو ما يسمى بالنشر المضاد . ويكون هذا النشر إما بتعليق إسم الممتنع عن التنفيذ، أو المؤسسة الممتنعة في مؤسسة التحكيم، أو ينشر اسم الممتنع عن التنفيذ في النشرة الدورية للمؤسسة التحكيمية .

وقد تلجأ بعض المؤسسات التحكيمية إلى إرسال رسائل في البريد إلى كل من يهمله الأمر وذلك بغية إطلاعهم على موقف الممتنع³ ، بل أن بعض المؤسسات التحكيمية لجأت إلى وسائل

¹ -المادة 24 فقرة -2- من نظام تحكيم CCI.

" par la soumission de leur différent à l'arbitrage de la chambre de commerce international les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir et renoncent à toutes voies de recours aux quelles elles peuvent renoncer"

² - المادة 32 / 2 من نظام CNUDCI

" les parties s'engagent a l'executer sans delai la sentence".

³ - من بين هذه المؤسسات : غرفة التجارة في ستراسبورج - غرفة التحكيم البحرين - غرفة التجارة الفنلندية ...

إجبار مادية ومن ذلك حرمان المحكوم ضده الممتنع عن التنفيذ من اللجوء إليها مستقبلا لإجراء أي تحكيم يكون طرفا فيه، أو حتى منعه من الدخول إلى بعض الأماكن التي تشرف عليها، كالبورصة، أو سوق تبادل السلع وهذا ما إنتهجتة المؤسسات التحكيمية الإيطالية (نوري نو. وميلانو وجينوا) .

بل أن بعض لوائح التحكيم الدولية إشتطت عقوبات مالية بأن أوجبت صراحة إيداع مبلغ مالي لدى خزانة المحكمة، عند بداية سير الدعوى التحكيمية ، وهذا المبلغ يعد ضمانا وكفالة لتنفيذ حكم التحكيم فالطرف الممتنع عن تنفيذ حكم التحكيم سيخسر هذا المبلغ جزاء له على عدم الإلتزام بتنفيذ حكم التحكيم طواعية¹ .

وفي ذلك إنقسم الفقه إلى قسمين حول مشروعية وفعالة هذه الوسائل، إذ ذهب جانب من الفقه إلى أن إستخدام مثل تلك الوسائل تعد غير مشروعية وهي من إختصاص الدولة وحدها ولا يجوز لأي جهة إستخدام هذا الحق، وهذا الإتجاه يرى بأن نشر موقف الممتنع عن التنفيذ مثلا يشبه إلى حد كبير جريمة التشهير في القوانين الداخلية ، بل أكثر من ذلك إذ يصف هذا الإتجاه بأنه إستعمال غير أخلاقي كما يرى الإتجاه الثاني بأن هذه الوسائل غير ذات جدوى إذ أن خبر قيام الممتنع عن تنفيذ الحكم التحكيمي، سينشر في الأوساط التجارية دون حاجة إلى إعلانها ، هذا إضافة إلى أن هناك من المؤسسات التحكيمية من لم تورد في نضامها إستعمال مثل هذه العقوبات مثل غرفة ليون التحكيمية² .

ومن جهتنا نؤيد الرأي القائل على أنه يجب أن تترتب الضمانات والتأمينات اللازمة لتنفيذ الحكم التحكيمي في بلد التنفيذ، حتى ولو كان البلد الذي صدر فيه الحكم التحكيمي لا يعرف ذلك، كون مادة طرق التنفيذ في بلد محل التنفيذ هي من ستعالج ذلك، ويجب أن نشير إلى أن حق الرهن القضائي يعد ضمانا في طرق التنفيذ، غير أن حق التخصيص حتى وإن أقرته بعض

أكثر تفصيل راجع البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مرجع سابق، ص 145 .

- جمال عمران أغنية تنفيذ أحكام التحكيم التجاري، ص 189 وما بعدها .

- بن عامر بواب تنفيذ قرارات التحكيم، مرجع سابق، ص 153 وما بعدها .

2-Mentalechta (M.) L' arbitrage commerciale en droit Algerien thèse pour le doctora d'etat en droit faculté de droit institut de ben Aknoun .1976 .p 102 .

² - عباس عبد الهادي وهواش جهاد، التحكيم دار الأنوار دمشق للطباعة طبعة 1. 1982 ، ص 504 .

مذكور في بن عامر بواب، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية ، مرجع سابق، ص 157 .

التشريعات كضمان فإنه لا يعد من ضمانات التنفيذ، كونه لا يترتب بقوة القانون بل يتم طلبه من المحكوم له بموجب عريضة تقدم لقاضي التنفيذ¹.

إذن مهما يكن، فإنه سواء كان التنفيذ الطوعي بحسن نية أو كان خوفاً من التشهير فإن النتيجة هي أنه تم تنفيذ الحكم التحكيمي دون اللجوء إلى القضاء، وهذا يدعم قضاء التحكيم، ويجعل المتعاملين في عناصر الملكية الفكرية كبراءة الاختراع مثلاً " عبر عقود التراخيص أو الإستثمار يلتجأون إلى قضاء التحكيم دون خوف من عدم التنفيذ للحكم التحكيمي، ما يترتب على ذلك من إجراءات تبعية .

الفرع الثاني

النفاذ المباشر لأحكام التحكيم

إن فكرة النفاذ المباشر تقوم على أن حكم التحكيم يعتبر وكأنه حكم صادر عن القضاء الوطني نافذ داخل دولة التنفيذ بشكل مباشر فهو لا يخضع إلى إعطائه أمر بالتنفيذ، وقد جاءت بهذه الآلية إتفاقية واشنطن²، لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى التي أبرمت في عام 1965 والتي أنشأ مركز لتسوية منازعات الإستثمار والمعروفة بالرمز (ICSID) فقد نصت في نص المادة 1/054 على أن " تعترف كل دولة متعاقدة بالحكم الذي صدر بناء على أحكام هذه الإتفاقية، وتضمن تنفيذ الإلتزامات المالية التي يفرضها الحكم كما لو كان حكماً نهائياً صادراً من محكمة محلية، وعلى الدول المتعاقدة التي تتبع النظام الفيدرالي ضمان تنفيذ الحكم عن طريق محاكمها الفيدرالية أو تلتزم هذه المحاكم بمعاملة هذا الحكم كحكم نهائي صادر عن محاكم إحدى الدول الفيدرالية"³.

¹ - حواثر سامية، تنفيذ القرارات التحكيمية، مرجع سابق، ص 132 .

ونصت أيضاً إتفاقية نيويورك في المادة 06 فقرة -2- " لهذه السلطة أيضاً بناء على إلتماس طلب التنفيذ أن تأمر الخصم الآخر بتقديم تأمينات كافية".

² - هذه الإتفاقية صادقة عليها الجزائر بتاريخ 1999 بموجب المرسوم 99/22 المؤرخ في: 99/04/15.

³ - جمال عمران إغنية الورفلي، تنفيذ أحكام التحكيم، مرجع سابق، ص 194. 195 .

إذن ما نستخلصه من هذا النص أنها إعتبرت الحكم الذي يصدر من خلال مركزها وكأنه حكم أصدره القضاء الوطني، وبذلك لا يمكن إخضاع هذا الحكم إلى الرقابة القضائية بإصدار أمر عدم التنفيذ مثلاً .

كما ضمنت هذه الإتفاقية الحق للطرف الذي يهمله الأمر أن يطلب إعادة النظر في الحكم بعيداً عن القضاء الوطني، وهذا ما جاءت به نص المادة (1/51) من الإتفاقية والتي أجازت إعادة النظر في الحكم، لإكتشاف حقائق تؤثر في الحكم لم تكن معلومة لدى المحكمة التحكيمية، أو حالة الطعن بالبطلان في هذا الحكم . وإعادة النظر تكون على مستوى المحكمة التحكيمية نفسها أو محكمة تحكيمية أخرى تشكل وفقاً لأحكام هذه الإتفاقية .

إذن بعد صدور الحكم النهائي فإنه وفقاً لأحكام هذه الإتفاقية فإنه يمكن للطرف الذي يرغب في الحصول على الإعتراف بالحكم وتنفيذه على أراضي الدولة المتعاقدة أن يقدم صورة طبق الأصل معتمدة من السكرتير العام إلى المحكمة المختصة، أو إلى سلطة أخرى تحددها الدولة المذكورة بهذا الغرض¹ .

هذا النظام الذي جاءت به إتفاقية واشنطن يكفل نفاذ حكم التحكيم الدولي عبر الدول دون أن تتمكن تلك الدول من خلال أنظمتها القانونية المختلفة من حق الطعن في الحكم أو مراجعته بل يعترف به كما هو ويعامل معاملة الحكم الوطني النهائي .

إذن نرى أن ميزة هذا النظام أنه يحمل دعماً كبيراً لنظام التحكيم بإعتباره قضاء خاص، ويزيد من ثقة الأطراف في الحكم التحكيمي الصادر وكأنه حكم قضائي في بلد التنفيذ مكتسب لحجية الشيء المقضى فيه .

ويذهب في هذا الصدد جانب من الفقه إلى القول أن هذا النظام يكفل نفاذ الحكم التحكيمي عبر الدول وهذا ما يمنحه الطابع الدولي، ويمكنه من الدخول إلى الأنظمة القانونية المختلفة، وهذا دون أن يكون لهذه الأنظمة حق مراجعته أو مراقبته ظاهرياً ، وما على دولة التنفيذ إلا إعتبره كحكم صادر عنها وإخضاعه للإجراءات المتبعة لتنفيذ الأحكام القضائية النهائية الصادرة عنها² .

¹ - جمال عمران أغنية الورفلي، تنفيذ أحكام التحكيم ، المرجع السابق ،ص 195-196 .

² - البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مرجع سابق، ص 160 .

- بواب بن عامر ، تنفيذ قرارات التحكيم ، مرجع سابق ،ص 159 .

المطلب الثاني

تنفيذ أحكام التحكيم الدولية بواسطة القضاء الوطني

قضاء التحكيم قضاء خاص وما يصدر عنه من أحكام تحكيم كانت محل إهتمام سواء من طرف الفقه والقضاء، وذلك لإرساء قواعد وأنظمة لتنفيذ أحكام التحكيم .
ولتعلق الموضوع بالحياة التجارية بما فيها عملية إستغلال عناصر الملكية الفكرية والدولية في آن واحد ، فقد كان محلا للعديد من الإتفاقيات الدولية والثنائية¹ المتعددة الأطراف² ، كل ذلك من أجل الوصول إلى تنظيم دولي للآثار الدولية لأحكام التحكيم .
وهذا أيضا ما جعل الدول تطور في تشريعاتها من أجل إيجاد قانون وطني من خلاله يتم تدخل القضاء الوطني في دولة التنفيذ لإمكانية وضع هذا الحكم موضع التنفيذ بأحد الأسلوبين الأكثر شيوعا ، ونعني بهما نظام الدعوى الجديدة والذي سنتناوله في الفرع الأول ونظام الأمر بالتنفيذ في الفرع الثاني .

الفرع الأول

نظام الدعوى الجديدة

هذا النظام يستلزم أن نرفع دعوى جديدة لأن الحكم التحكيمي لا ينتج أثره بذاته. بل يكون هو موضوع الدعوى الجديدة.
وهذه الدعوى ، يتم مباشرتها بطريقتين فيمكن للمحكوم له أن يتجه من جديد إلى القضاء الوطني، وله أن يرفع دعوى يطالب فيها بالحق المتنازع عليه ، وبذلك لا يكون للحكم التحكيمي

¹ - الإتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع فرنسا بشأن التحكيم في: 63/06/26 والتي تضمنها المرسوم رقم: 364/63 المؤرخ في: 1963/09/14 جريدة رسمية عدد 67 سنة 1963 .

² - من الإتفاقيات الجماعية التي صادقت عليها الجزائر ، كإتفاقية نيويورك المؤرخة في: 58/06/10 والتي تضمنها المرسوم رقم: 233/88 المؤرخ في: 1988/11/05 إنضمام الجزائر كان بتحفظ. جريدة رسمية عدد 48 سنة 1988

أية قيمة، ولا يمكن تقديمه كدليل ولا يكون للمحكوم عليه إلا إثبات أحقيته بالحق المطالب به بإعتباره أساسا للدعوى .

وله أن يتبع الطريق الآخر (والمعمول به في القانون الإنجليزي) وهو الذي يهمننا ، إذ يقوم المحكوم له برفع دعوى جديدة يقدم فيها حكم التحكيم الدولي كدليل إثبات، يستند عليه لصحة الدعوى وليس على الحق محل النزاع¹ .

ويقوم هذا النظام - نظام الدعوى الجديدة - على من صدر الحكم لصالحه حق رفع دعوى أمام القضاء، فإذا ما توافرت الشروط الشكلية التي يتطلبها قانون بلد التنفيذ في الدعوى فالقاضي ليس له أن يراجع الحكم الدولي، بل له أن يسلم به كما هو وإعتباره صحيحا إذ لا يجوز الطعن فيه من حيث القانون والوقائع، وبذلك فما على القاضي إلا أن ينتهي إلى ذات منطوق حكم التحكيم، أما إذا لم تتوفر في الحكم التحكيمي الشروط الشكلية، فله أن يصدر حكما برفض الدعوى لعدم توفر الشروط اللازمة لصحة الحكم التحكيمي، وهذا ما يشبه دور قاضي التنفيذ الذي ترفع أمامه دعوى طلب التنفيذ والذي له إما أن يصدر حكما بقبول طلب التنفيذ أو رفضه .

وتأخذ بهذا النظام - نظام الدعوى الجديدة - دول الكمنولث وإنجلترا، بإعتباره وسيلة للمطالبة بالحق الثابت في الحكم التحكيمي ، وبذلك فهي تطبق منطوق الحكم الوطني الذي أستند في حكمه على الحكم الدولي ، كدليل على ما ورد فيه غير قابل لأثبات العكس² . وفي ذلك يرى إتجاه من الفقه على أن نظام الدعوى الجديدة وإن حافظ من حيث الشكل على مبدأ السيادة الدولية، غير أنه من حيث الواقع فإن هذا النظام يكاد يعترف بطريقة غير

¹ - - وتسمى في هذه الحالة الدعوى الجديدة - بدعوى التنفيذ بناء على حكم تحكيم دولي .

- بواب بن عامر ، تنفيذ قرارات التحكيم ، مرجع سابق ، ص 160 .

- خواتر سامية - تنفيذ القرارات التحكيمية ، مرجع سابق، ص 11 .

² - راجع عادل محمد خير، حجية ونفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها محليا ودوليا دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى القاهرة، مصر 1995م، ص 51 .

مباشرة بآثار الحكم الأجنبي كاملة، إذ أن القضاء الوطني لا يستطيع مراقبة مدى سلامة الحكم الأجنبي من الوجهة الموضوعية مادامت أن الشروط الشكلية لتنفيذه قد توافرت¹ . ويرجع الفقه الإنجليزي² رفض الأخذ بنظام الأمر بالتنفيذ إلى قاعدة الفصل التام بين السلطة القضائية والسلطة التنفيذية وقد اشترط قبول الدعوى الجديدة أن يصدر الحكم التحكيمي من هيئة تحكيمية مختصة . و يكون نهائياً وفقاً للقانون الإنجليزي، أي حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه في بلد صدوره . وأن لا يكون قد توصل إليه بطريق الغش . و غير مخالف للنظام العام . فإذا ما توفرت هذه الشروط السابقة فما على من حكم لصالحه بحكم تحكيمي إلا اللجوء إلى القضاء بدعوى عادية يطالب فيها بحقه ، إذ يعتد القاضي في هذه الحالة بالحكم التحكيمي كدليل إثبات قاطع لا يقبل إثبات العكس، ومن ثمة لا يمكن الطعن في صحة الحكم التحكيمي ونظام الدعوى الجديدة بهذا الأسلوب لا يختلف إختلافاً جوهرياً مع نظام الأمر بالتنفيذ المتبع في النظم القانونية اللاتينية، إذ أن كلا منهما يهدف إلى ذات النتيجة وهي الإعتراف بالحكم التحكيمي .

غير أن الإختلاف ما بين النظامين هو أن نظام الدعوى الجديدة يكون الحكم الصادر عن الدعوى مصدره قضاء الدولة، هو محل التنفيذ، أما بالنسبة لأمر التنفيذ فالحكم المعني بالتنفيذ هو الحكم التحكيمي ذاته ، وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني .

الفرع الثاني

نظام الأمر بالتنفيذ

¹ - الدكتور صادق هشام، تنازع الإختصاص القضائي الدولي ومركز الأجانب ، محاضرات أُلقيت خلال السنة الرابعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية ص 113 سنة 1978 ، 1979 مذكورة في كتاب عبيدات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية - ومذكورة في رسالة الدكتوراة بواب بن عامر، تنفيذ قرارات التحكيم، مرجع سابق، ص 162 .

² - خواثر سامية، تنفيذ القرارات التحكيمية المترتبة عن منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 12 .

المبدأ العام في نظام الأمر بالتنفيذ¹ هو أنه يشترط توفر شروط شكلية معينة، وبذلك فالقاضي الوطني بعد مراقبته الشروط يصدر أمرا بتنفيذه ، وهذا النظام إتبعته أكثرية الدول وتأثرت به القوانين، خاصة اللاتينية منها، القانون الفرنسي، والتشريع الجزائري وأغلبية الدول العربية ، ولعل الغاية من ذلك هو سهولة الإجراءات الخاصة بنظام الأمر بالتنفيذ .

و الحكم التحكيمي وفقا لهذا النظام مؤداه أن قاضي الوطني عند مراقبته وتفحصه لحكم التحكيم من أجل تنفيذه ، يتأكد من مجموعة من الشروط الشكلية يتعلق أغلبها بصحة الإجراءات التي أدت إلى صدور هذا الحكم، والتأكد من أن الحكم التحكيمي غير مخالف لقواعد النظام العام .

إذا متى لجأ صاحب المصلحة إلى قضاء الدولة التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي فيها، فإنه لا يكون أمام قاضي التنفيذ إلا الحكم بإحدى الأمرين .

أ - إما قبول طلب التنفيذ إذا ما توافرت الشروط القانونية في بلد التنفيذ .

ب- وإما رفض طلب التنفيذ كون حكم التحكيم لم يستوف كل أو بعض أو إحدى الشروط القانونية في بلد التنفيذ .

إذن فالأمر بالتنفيذ يجعل من الحكم التحكيمي في نفس رتبة الأحكام الوطنية ، والمحكمة المختصة بالتنفيذ لها وحدها حق فحص هذا الحكم الدولي، وذلك للتأكد من توافر الشروط القانونية اللازمة للأمر بتنفيذ هذا الحكم التحكيمي وتذييله بالصيغة التنفيذية .

ومن مزايا نظام الأمر بالتنفيذ أنه يعد أيسر من نظام الدعوى الجديدة، إذ أن نظام الدعوى الجديدة يجعل من الحكم التحكيمي مجرد دليل حاسم على ثبوت الحق المقضي به في دعوى يطرح من خلالها النزاع من جديد ، وهذا يعيدنا من جديد إلى القضاء الوطني، وهذا قد يضر بمصالح أطراف النزاع في حين أن نظام الأمر بالتنفيذ يمتاز بعدة مزايا ومن أهمها .

أ- إن طلب الأمر بالتنفيذ لا يخرج عن كونه دعوى عادية لصاحب المصلحة أن يرفعها في دولة التنفيذ .

¹ - ولقد عرفه بعض الفقهاء " الإجراء الذي يصدر من القاضي المختص قانونا ويأمر بمقتضاه بتمتع حكم المحكمين وطنيا أو أجنبيا بالقوة التنفيذية وبالتالي فهو يمثل نقطة الالتقاء بين القضاء الخاص والعام " .

- أنظر الفقي عمرو عيسى - جديد التحكيم في الدول العربية - منشورات المكتب الجامعي للحديث الإسكندرية 2003 ص 96 - البحري تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، مرجع سابق ، ص 129 .

ب- نظام الأمر بالتنفيذ يعد جوهر الرقابة القضائية على أعمال المحكمين، وتعد الصيغة التنفيذية دليلاً على صلاحية الحكم التحكيمي للتنفيذ¹.

غير أنه بدراسة واقع حال كل من النظامين نظام الأمر بالتنفيذ ونظام الدعوى الجديدة، فإن القاضي في الدول التي تعتنق النظام الأخير غالباً ما ينتهي به الأمر إلى الإعراف بالحق الذي قضى به الحكم التحكيمي، متى توفرت الشروط الشكلية اللازمة، وفي ذلك فإن الفقه (خاصة الفقه الفرنسي) إجماعاً إلى القول بأن لصاحب المصلحة في الدول التي تأخذ بنظام الأمر بالتنفيذ الحق في رفع دعوى جديدة، إذ أن نظام الدعوى الجديدة يكفل من الناحية العملية فاعلية للحكم التحكيمي تفوت تلك التي يحققها نظام الأمر بالتنفيذ.

ومن جانبنا نرى أن كلا من النظامين يسعى لتحقيق الموازنة بين طابع الوطنية والطابع الدولي. إذ أن تقدير كلا من النظامين هي الشروط التي يتطلبها كلا منهما، والمفاضلة بينهما خاضعة للتطبيق العملي لهذه الشروط ومدى المرونة التي يمكن أن تكلفها، إستجابة لمتطلبات كل من مصلحة الدولة وحاجة المعاملات التجارية الدولية².

وفي المعاملات التجارية تعمد الدول إلى عقد إتفاقيات متعددة وخاصة في مجال تنفيذ أحكام التحكيم.

وبذلك فإن الدولة ملزمة بالإعتراف بالتحكيم كنظام لحل النزاعات وكل ما ينجر عنه من نتائج، بما في ذلك الحكم التحكيمي الذي هو ثمرة التحكيم، وبذلك فهي مجبرة على تنفيذ ما ورد في منطوق هذا الحكم التحكيمي متى كان غير مخالف للقواعد المسطرة للإعتراف بالآثار الدولية للأحكام التحكيمية الدولية.

إذا وفقاً لما نراه أنه لا يعقل أن يصدر حكماً تحكيمياً لمصلحة جزائري من طرف هيئة تحكيمية جزائرية يتضمن إلزام المحكوم ضده الفرنسي بدفع تعويض عن إستغلال براءة إختراع، بعد إنتهاء آجال الترخيص، ولما أراد الطرف الجزائري التنفيذ على أموال الطرف الفرنسي الذي

¹ - البحيري - تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مرجع سابق، ص 126.

² - عكاشة محمد عبد العال - الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، الدار الجامعية بيروت 1986 ص 328-330.

يقيم في المغرب ترفض السلطة المغربية منح أمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر بالجزائر ، ذلك لأن هذا الحكم التحكيمي لا يعتد به في المغرب وعلى الطرف الجزائري رفع دعوى ليستصدر حكما جديدا من المحاكم المغربية !... .

وبذلك فإن عدم الاعتراف بآثار الحكم التحكيمي الدولي، نرى أنه لا يتفق ومبدأ التعاون الدولي المشترك في المجال القضائي والقانوني بين الدول. ولقد عملت الجزائر على عدم إهدار القيمة القانونية لأحكام التحكيم، وذلك عن طريق تشريعاتها الوطنية والإرتباط باتفاقيات دولية فعمدت الجزائر من الناحية التشريعية إلى العمل بمبدأ الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية حيث نصت على ذلك في قانون الإجراءات المدنية السابق في نص المادة 458 مكرر 14 من المرسوم التشريعي رقم: 09/93 المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي¹ ، ونصت في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري الحالي في نص المادة 1051 على مبدأ الاعتراف والتنفيذ لكن بشروط ومن ناحية أخرى فقد ذهبت الجزائر إلى إبرام إتفاقيات ثنائية وجماعية² مع دول مختلفة ، في مجال التعاون القضائي وبالخصوص في مجال تنفيذ الأحكام التحكيمية .

إذن فالمشرع الجزائري أخذ بمبدأ الأمر بالتنفيذ فلا يستدعي لتنفيذ حكم تحكيمي دولي رفع دعوى جديدة أمام المحاكم الوطنية ، بل يكفي تقديم طلب إلى الجهات القضائية المختصة للحصول على أمر بالتنفيذ الجبري. هذا مقابل أن يقوم القاضي برقابة صحة الحكم من حيث الشروط القانونية اللازمة³.

ولكون أن الحكم التحكيمي يصدر بعيدا عن ساحة القضاء، والمحكم لا يملك سلطة إصدار الأمر بالتنفيذ، كان لابد من تدخل قضاء دولة التنفيذ ، وذلك من أجل إصدار أمر

¹ - إذ نصت المادة 458 مكرر 14 على ما يلي "تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي إختاره الأطراف وفي غياب ذلك تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون والاعراف التي تراها ملائمة .

² - إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي المؤرخة في : 14/04/1987م والتي تضمنها القرار رقم 53/80 المنشور في مجلة وثائق مجلس وزراء العدل العرب .

³ - وقد أخذ بهذا النظام كل من القانون الفرنسي لسنة 1993 في المادة 1500 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي تقوم بإخضاع الأحكام التحكيمية الصادرة خارج الإقليم الفرنسي والتي يراد تنفيذها في فرنسا إلى المواد 1498-1507 ووفقا لنص المادة 1498 يطلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في الإقليم الفرنسي من قاضي التنفيذ - للإيضاح أكثر راجع رسالة الدكتوراة ل بواب بن عامر ، تنفيذ قرارات التحكيم ، مرجع سابق ، ص 167 .

التنفيذ بعد رقابة الحكم التحكيمي للتأكد من صحته ومشروعيته ، وذلك حتى ينتج آثاره كما لو كان صادرا من قضاء الدولة¹ .

لقد اختلفت التشريعات في نوع الرقابة التي تباشرها الجهة المختصة بمنح الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي ، فقد تكون رقابة شكلية أو رقابة موضوعية .

فالرقابة الشكلية تقضي وضع حكم التحكيم تحت رقابة قاضي من النظام القضائي² ، وذلك للتأكد من خلوه من العيوب الجوهرية التي قد تمنع تنفيذه . فالقاضي لا يبحث في وقائع النزاع أو سلامة تطبيق القانون عليها ، ولا ينظر في موضوع حكم التحكيم وتحديد صحته أو بطلانه أو ملاءمة ما إنتهى إليه سلامة أو صحة تفسير المحكم للقانون أو الوقائع³ إنما هي رقابة على العيوب الإجرائية، التي تقتصر على مجرد التحقق من أن الحكم التحكيمي قد إستجمع شروطه القانونية ، وأنه غير مشوب بأي عيب من العيوب المبطللة، كالتأكد مثلا من صحة عقد التحكيم وسلامة إجراءاته ، فهذه الرقابة تنحصر على الصحة الإجرائية⁴ .

ويطلق على هذا النوع من الرقابة، نظام المراقبة " Systeme de controle " والذي يضع على عاتق قاضي التنفيذ فحص القرار التحكيمي من تلقاء نفسه للتأكد من وجود مشاركة أو شرط تحكيمي بصدد نزاع طرح على هيئة وفصلت فيه في مواجهة الخصوم ، كما له أن يتأكد على أن هيئة التحكيم لم تخرج على حدود إتفاقية التحكيم، ولم تتجاوز الميعاد، وأن الحكم التحكيمي لم يبنى على إجراء باطل سواء عند الفصل في النزاع أو عند كتابة الحكم التحكيمي⁵ .

ولقد إنتهج المشرع الجزائري أسلوب الرقابة على الحكم التحكيمي، إذ أن القاضي الوطني وهو ينظر في طلب الطرف المستعجل يجب أن ييسر رقابته على الشروط الشكلية، فإذا ما تحققت قام بتذليل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية. وبإستقراء نص المادة 1051 من قانون

¹ - محمود محمد هشام - النظرية العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص 218-219 .

² - محمد نور عبد الهادي شحاته، النشأة الإتفاقية، المرجع السابق، ص 367-375 .

³ - خواثر سامية ، تنفيذ القرارات التحكيمية المترتبة عن منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 82 .

⁴ - محمود محمد هشام - النظرية العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص 218-219 .

⁵ - خواثر سامية - تنفيذ القرارات التحكيمية المترتبة عن منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 82 .

الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية نجد أن المشرع قد ميز بين الأحكام الصادرة في الجزائر والأحكام الصادرة في الخارج أسوة بما جاءت به إتفاقية نيويورك.

ويستطع القاضي المختص بإصدار أمر التنفيذ رقابته على الحكم التحكيمي من حيث الشكل في خاصيتين وهما إثبات وجود الحكم التحكيمي، وعدم مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي والإثبات يقتضي تقديم أصل الحكم مرفقا بالإتفاقية، أو نسخ منهما تستوفي صحتها¹ و يشترط أن تكون موقعة ومؤرخة ومسببة. ويقتضي إذا لم تكن باللغة العربية أن نقوم بترجمة لها من قبل مترجم محلف، و مسجل على لائحة المترجمين المحلفين، تقدم هذه الوثائق على نفقة الطرف الذي يهيمه التعجيل إلى أمانة ضبط الجهة القضائية المختصة وهذه الرقابة تعد رقابة شكلية².

أما عدم مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام فهنا يجب أن نفرق بين النظام العام الوطني والذي لا يتم أعماله إلا في الحالات التي يكون فيها التحكيم وطنيا بحتا أما في التحكيم الدولي فإن المراقبة تكون لخرق النظام العام الدولي وهذا الإتجاه يهدف إلى التقليل ما أمكن من حالات بطلان أحكام التحكيم الدولية³ وفي هذا الإتجاه ولإنعدام التحديد الدقيق لما يعتبر من النظام العام الوطني وما يعتبر من النظام العام الدولي، فإنه ترك للقاضي وهو ينظر في طلب التنفيذ مجال تفسير مصطلح النظام العام، وأن الخطأ الذي يشوب الحكم يدخل في ذلك التفسير أم لا، وذلك بحسب كل قضية على حدى حسب معطيات وظروف القضية.

وإن كانت جل الدول إنتهجت مبدأ الرقابة الشكلية دون الموضوعية، خاصة أن إتفاقية نيويورك تقضي بعدم مراجعة الحكم من الناحية الموضوعية، غير أن هناك من أقر بأسلوب غير.

الرقابة الموضوعية أو نظام المراجعة، وهو نظام معمول به في كل من الولايات المتحدة الأمريكية، والسويد، فنلند، ألمانيا، إنجلترا وهو نظام يعرف بنظام **statutory**

¹ - نص المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

² - لقد تبني المشرع المصري في نص المادة 58 من قانون التحكيم هذه الرقابة .

كما أن قضاء محكمة التمييز الأردنية وفي بعض أحكامها بينت الرقابة الشكلية وفيما تنحصر " أن وظيفة المحكمة وهي تنظر طلب تصديق قرار المحكمين، تنحصر في مراقبة تنفيذ صك التحكيم، وتطبيق القانون وتأمين حقوق التقاضي إدعاء ودفاعا وإثباتا والتحقق من الفسخ عند الإدعاء به، وليس للمحكمة صلاحية محكمة الموضوع في إحلال قناعتها محل قناعة المحكمين بالأدلة والبيانات وتقرير الواقع من هذه البيانات "أنظر مجلة نقابة المحامين الأردنيين تمييز حقوق رقم: 2000/2958 لسنة 2000 ص 6/139 .

³ - كتاب حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، هامش، ص 435 .

Arbitration يحق للطرف المحكوم له بمقتضى حكم المحكمين أن يقدم طلب إلى المعاون القضائي من أجل إصدار أمر التنفيذ، ولا يمكن إصدار هذا الأمر إلا بعد أن يقوم بإعلان هذا الطلب وحضور كل من طالب التنفيذ والمنفذ ضده ، وهنا تستمع المحكمة لكلا الطرفين وتدرس دُفع الطرفين حول القرار التحكيمي و تفصل المحكمة فيها قبل إصدار أي أمر¹ فإذا رأى المعاون القضائي أن هذه الدفوع جدية، رفض طلب التنفيذ وهنا لا يبقى أمام المحكوم ضده إلا الطعن في قرار المعاون القضائي الصادر برفض التنفيذ أمام محكمة أول درجة ، ويكون هذا القرار قابلاً للإستئناف² ، و يتوقف مصير طلب التنفيذ .

إن هذه الرقابة التي يقوم فيها القاضي بفحص الشروط الشكلية أولاً، تمتد إلى مراجعة الحكم التحكيمي من حيث الموضوع إذ يمكن للقاضي أن يتعرض للوقائع من جديد و يفسرها وفقاً للمنهج الذي يتبعه ، وبذلك يقرر إذا ما إذا كان الحكم التحكيمي قد طبق فيه صحيح القانون أم لا ، وله أن يقوم بتعديله كأن يعيد تقدير قيمة التعويض ، أو أن يعطي تفسيراً مغايراً للتفسير الذي قد تم تفسيره من طرف هيئة التحكيم الخ، وهذا من أجل تحقيق العدالة³ .

لقد وجهت عدة إنتقادات لهذا النوع من الرقابة من جهة الفقه حيث أنها لا تتماشى ومقتضيات التجارة الدولية ، كونها تمس بالحقوق المكتسبة ، ولا توفر الحماية الكافية لعلاقات الأفراد الخاصة الدولية⁴ .

كما أنها تهدر قيمة القرار التحكيمي، فالمحكوم له يبدأ خصومة جديدة أمام قضاء دولة التنفيذ وقد يخسر دعواه .فما جدوى أن يتجه إلى التحكيم إذ كان القضاء سيعيد النظر في موضوع الدعوى .

و يكون من الصعب على القاضي وهو يتعرض إلى وقائع بعيدة أن يتمكن من تكوين عقيدته من أدلة تمت في غيابه⁵ .

¹ - حواثر سامية ،تنفيذ القرارات التحكيمية المترتبة عن منازعات التجارة الدولية مرجع سابق ص 83 .

² - محمد نور الهادي شحاتة ، النشأة الإتفاقية ، مرجع سابق، ص 376-379 .

³ - عكاشة محمد عبد العال ، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، المرجع السابق، ص 324 .

⁴ - عكاشة محمد عبد العال الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، المرجع السابق، ص 325.

⁵ - حواثر سامية ، تنفيذ القرارات التحكيمية ،مرجع سابق ،ص 85 .

إن هذا النوع من الرقابة يتنافى وطبيعة التحكيم ، ومن شأنه أن ينفر من اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاع .

فإزدهار العدالة التحكيمية يجب أن يكون القاضي معاوناً للمحكم، بأن يمارس رقابته كقاضي تحكيم لا كقاضي موضوع، فيتأكد من أن المحكم لم يخالف إتفاق الأطراف ولم ينحرف عن المبادئ الأساسية للتقاضي .

إن الرقابة المطلوبة هي التي تجعل من المحكم وهو يقوم بالتحكيم أن لا يمارس سلطة لم تخول له، أو أن يجرد عن المبادئ الأساسية للتقاضي ، وبذلك ندفع إلى إزدهار التحكيم وإتساع رقعته بين الأفراد والهيئات .

أما إذا لم يقدم المنفذ ضده أي إعتراض على طلب المحكوم له تعطي الصيغة التنفيذية للمحكوم له بمجرد تقدم القرار التحكيمي وإتفاق التحكيم .

وأغلب التشريعات تخول السلطة القضائية بمنح الأمر بالتنفيذ، و التشريع الجزائري وفي نص المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي أحالتنا إلى المواد من (1035 إلى 1038) من ذات القانون ، نصت على أن يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلاً للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها ، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل " وتطبيقاً لذلك صدر قرار عن المحكمة العليا الجزائرية بأنه " وبالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على أن تكون قرارات المحكمين قابلة للتنفيذ بموجب امر صادر عن رئيس المحكمة يذيل أصل القرار أو بهامشه ويتضمن الإذن لكاتب ضبط المحكمة بتسليم نسخة رسمية منه ممهورة بالصيغة التنفيذية.

وتبعاً لذلك فإن الأمر الصادر بتنفيذ القرار التحكيمي الدولي يصدر عن رئيس المحكمة أثناء مباشرة الوظيفة الولائية بعد إستيفاء الشروط التي يتطلبها القانون لأجل إصدار الأمر بالتنفيذ وتنحصر تلك الشروط في إيداع نسخة أصلية من القرار التحكيمي مصادق عليها ونسخة من إتفاق التحكيم ، ويجب أن تكون الوثيقتان مصحوبتين بالترجمة إلى اللغة العربية طبقاً لما تنص عليه المادة (2/4) من إتفاقية نيويورك الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها¹.

¹ - قرار نقض المحكمة العليا الجزائرية - الغرفة المدنية مؤرخ في: 29/04/2004 قضية رقم: 311816 مجموعة الإجتهد القضائي الإلكترونية .

من هذا القرار نستخلص أن الأمر الذي يصدره القاضي المختص هو امر ولائي وليس قضائي، بمفهوم المخالفة انه لا ترفع دعوى إستعجالية للحصول على الصيغة التنفيذية، مثل ما هو معمول به في تنفيذ الأحكام الأجنبية¹ وإنما نطلب ذلك عن طريق أمر على ذيل عريضة . ولقد فرق المشرع الجزائري بين أن يكون الحكم الدولي صادراً على تراب الدولة الجزائرية أي مقر التحكيم في الجزائر أو خارج تراب الدولة الجزائرية .

فإذا ما كان الحكم التحكيمي صادراً في الجزائر فإن طلب التنفيذ للمعني بتعجيل التنفيذ يكون أمام رئيس المحكمة التي تمت إختصاصها إلى المكان الذي صدر فيها الحكم التحكيمي، طبقاً لنص المادة 1051 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهو نفس ماجاءت به المادة 458 مكرر² 17 فقرة 2- من قانون الإجراءات المدنية السابق وهو

نفس ما أتت به نص المادة 1477 من التشريع الفرنسي³ .

أما إذا ما صدر حكم التحكيم خارج تراب الدولة الجزائرية فإن الجهة التي يرجع إليها إصدار امر التنفيذ إذا ما طلبه المعني بتعجيل التنفيذ، فإنه يعود إلى رئيس محكمة الجهة التي يطلب فيها التنفيذ .

و للحصول على الأمر بالتنفيذ يجب أولاً ضرورة إيداع قرار التحكيم مرفوقاً بإتفاقية التحكيم، قلم كتاب المحكمة المختصة سواء كأصول أو كنسخ تستوفي شروط صحتها من طرف المعني بالتعجيل⁴ ، وإذا كانت هذه الوثائق بلغة غير اللغة العربية فإنه يجب أن يقوم بإرفاق ترجمة لها من مترجم معتمد وذلك تحت طائلة عدم القبول وهذا تطبيقاً لنص المادة 4 فقرة 2- من

¹ - المادة 605-606-607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

² - لقد نصت المادة 458 مكرر 17 من قانون الإجراءات المدنية السابق "يتم الاعتراف في الجزائر بالقرارات التحكيمية الدولية إذا أثبت التمسك بها وجودها ، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي وبنفس الشروط تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر ، من لدن رئيس المحكمة التي صدرت هذه القرارات في دائرة إختصاصها أو من رئيس محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجوداً خارج تراب الجمهورية .

1-TERKI Nourddine : L' arbitrage commercial international en Algerie op –cit –p-128.

⁴ - المادة 1052 - 1053 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

إتفاقية نيويورك¹ لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والمادة 08 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

هذا بخلاف ما ذهب إليه في المادة 458 مكرر 19² من المرسوم التشريعي 93-9 السابق والذي أعطى حق الإيداع أيضا لأحد المحكمين، بل أكثر من ذلك إذ نجد أن بعض الإتفاقيات التي كانت الجزائر طرفاً فيها إشترتت وثائق أخرى إضافة إلى الوثائق السالفة الذكر³. وبخلاف هذا الطرح نجد أن المشرع الفرنسي في قانون التحكيم 1993 في نص المادة 1477 أعطى الحق لأحد المحكمين أو الطرف الأكثر عجلة بإيداع صور رسمية سواء من الحكم أو إتفاقية التحكيم لدى كتابة المحكمة، وأن ترفق بترجمة إلى اللغة الفرنسية من قبل مترجم مسجل رسمياً على لائحة الخبراء طبقاً لنص المادة 2/1499 من القانون الفرنسي . ونرى أن المشرع الجزائري في تعديله الأخير حسنا فعل إذ أن سلطة المحكمين تنتهي بإنهاء صدور حكم التحكيم النهائي، وأن إعطائهم هذا الحق قد لا يعود بفائدة على طرفي النزاع الذين يمكن لهم أن يتخلو نهائياً عن حكم التحكيم والرجوع إلى القضاء الوطني . وبالنسبة لميعاد طلب إستصدار الأمر بالتنفيذ فإن الأحكام التحكيمية لا تحوز القوة التنفيذية في بلد التنفيذ إلا بعد الحصول على الأمر بالتنفيذ، هذا الأمر قد لا يكون محل تنفيذ إلا بعد مدة وهي فترة الطعن في حكم التحكيم .

1 - إتفاقية نيويورك المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958 والتي صادقت عليها الجزائر. نجدها قد حددت متطلبات في مادتها الرابعة "متطلبات إصدار الأمر بالتنفيذ" تاركنا الإجراءات الواجبة التطبيق لتنفيذ القرار التحكيمي إلى قانون دولة التنفيذ، إذ نضمت المادة الرابعة على ما يلي :

1- على من يطلب الإعتراف والتنفيذ المنصوص عليها في المادة السابقة أن يقدم مع الطلب .

أ- أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند .

ب - أصل الإتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية أو صورة تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند .

2 - نص المادة 458 مكرر 19 " تودع الوثائق المذكورة لدى الجهة القضائية المختصة من قبل أحد المحكمين أو الطرف المعني بالتعجيل " .

3 - نص المادة 6 من أمر 65-194 المؤرخ في 65/07/29 المتضمن الإتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بتنفيذ الأحكام، نجدها إشترتت مستندات أخرى مثل صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم التحكيمي -صورة من ورقة إعلان القرار التحكيمي إلى الخصم المحكوم عليه - الإلتزام بالميعاد المحدد لقبول طلب الأمر بالتنفيذ .

نص المادة 1060 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد تنص على أنه يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1155 و1056 و1058 تنفيذ أحكام التحكيم .

كما نستخلص من نفس القانون أن الطعن يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ، غير أنه بتبليغ الأمر ومرور أكثر من 30 يوماً¹ تبدأ من اليوم الموالي للتبليغ وتمتد إلى أول يوم عمل إذا كان آخر يوم هو يوم عطلة، فإنه يمكن تنفيذه .

وبذلك يتوقف تنفيذ أحكام التحكيم إلى حين صدور حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضى فيه في دعوى الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر .

وللإشارة فإنه إذا كان أحد طرفي النزاع قد طلب الحصول على أمر بالتنفيذ وكانت دعوى البطلان لحكم التحكيم ما تزال سارية ولم يفصل فيها بعد ، فإنه على المحكمة المختصة وبمجرد العلم بدعوى البطلان أن تتخلى عن الفصل في الطلب إلى حين الفصل النهائي في دعوى البطلان .

ومما سبق تتضح الحكمة من توقيف تنفيذ حكم التحكيم حالة الحصول على الأمر القاضي بالتنفيذ. أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب الأمر، إلا بعد أن ينقضي ميعاد دعوى البطلان أو صدور حكم نهائي في دعوى البطلان ، وذلك على إحتمال أن يصدر حكم المحكمة المختصة مؤكداً بطلان حكم التحكيم .

¹ - ولقد نصت المادة 1059 فقر-02- على " لا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ "

وفي خلال بحثنا وجدنا أن الباحث بواب بن عامر في رسالته وفي هامش ص 182 يذكر على أن هناك خطأ مادي بأن نص المادة يجب أن يختتم - الحكم التحكيمي بدلا بالأمر القاضي بالتنفيذ " وبذلك يكون المشرع قد حدد مهلة 30 يوما للطعن بعد التبليغ للحكم التحكيمي .

غير أنه وباستقراء النصوص نجد أن المشرع لم تكن وجهته هذه وأنه لا يوجد خطأ مادي وأن المشرع ترك لمن يهمه الأمر طلب الأمر بالتنفيذ بشروط ودون أن يقيد تاريخ للطعن إلا بعد تبليغ الأمر بالتنفيذ ، ومنه فإن ما توصل إليه الباحث بأن هناك خطأ - إستنتاج غير سديد - ومع ذلك نشاطه في قضية جعل تاريخ محدد وليكن 30 يوما بعد تبليغ حكم التحكيم للحصول بعدها على الأمر القاضي بالتنفيذ وبذلك يكون محضر التبليغ إحدى الوثائق التي يجب أن تقدم إلى قاضي المحكمة المختصة .

خلاف ذلك نجد أن المشرع الفرنسي لا يقيد من صدور الحكم لصالحه بتاريخ معين وذلك لعدم الإرتباط بين طلب الأمر بالتنفيذ بإستخدام الحق في الطعن، غير أن الطعن لا يكون جائزا إذا قدم بعد إنقضاء ثلاثين(30) يوما على تاريخ التبليغ للقرار المشمول بالصيغة التنفيذية طبقا لنص المادة 2/1486 من قانون المرافعات الفرنسي¹ لسنة 1993 وبنفس المعنى في قانون التحكيم 2011 في نص المادة 1494 .

إذا وبعد إستكمال كل الإجراءات القانونية ويصبح الحكم التحكيمي قابلا للتنفيذ فإنه لا يمكن تنفيذه إلا بإستصدار الأمر القاضي بالتنفيذ والذي يصدره القاضي وهو يمارس الوظيفة الولائية وليس القضائية ، وذلك بناءً على أمر على عريضة .

حيث أن القاضي يؤشر بذلك إما في ذيل أصل الحكم وإما بهامشه وليس بذيل عريضة الأمر على عريضة .

هذا التأشير على ذيل أو هامش الحكم يتضمن الإذن لكتاب الضبط بالمحكمة بتسليم نسخة رسمية بالصيغة التنفيذية² ، وهذا ما تضمنته كل من المادتين 1035 والمادة 1036 من قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

إذ نصت المادة 1035 " يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة إختصاصها ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض، والوثائق وأصل حكم التحكيم ... " .

ونصت المادة 1036 " يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف " .

من خلال ما ورد في هذين النصين يظهر لنا أن إستصدار الأمر بالتنفيذ إجراء قائم بذاته تحكمه الأحكام الخاصة بالمادتين السالفتي الذكر³ .

¹ - رأفت الميثاقي، تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية، مرجع سابق، ص 28 .

² - الطيب زروقي : تحرير العرائض والأوراق شبه القضائية، مطبعة الكاهنة الجزائر 1998 ص 151-152 Ben

ABDERAHMANE DAHMANE : OP- cit -33 .

³ - بواب بن عامر، تنفيذ قرارات التحكيم ، مرجع سابق، ص 185 .

إذن الأمر القاضي بالتنفيذ يعطي القوة التنفيذية للحكم التحكيمي فهو إذن نقطة الالتقاء بين القضاء العام والقضاء الخاص .

كما أن الأمر القاضي بالتنفيذ يعد كأداة للرقابة القضائية للحكم التحكيمي .
وفي هذا المقام تجدر الإشارة إلى أن قاضي المحكمة لا يؤشر على ذيل حكم التحكيم أو على هامشه، إلا بعد التأكد أولاً من أن كل الوثائق المطلوبة قد تم تقديمها وأهمها عريضة طلب الأمر بالتنفيذ مؤرخة وموقعة من المعنى "وشارحا للوقائع" ، وتتضمن الطلب المراد الحصول عليه وعلى أسماء وعناوين طرفي النزاع . هذه العريضة مرفقة إما بالحكم الأصلي والإتفاقية أو بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتهما ، إضافة إلى وصل تسديد نفقات الإيداع يقدم من أمانة ضبط المحكمة ، هذا إضافة إلى شهادة عدم الطعن في الحكم التحكيمي الدولي الصادر على تراب الدولة الجزائرية تسلم من أمانة ضبط المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة إختصاصه .

وللإشارة فإنه إضافة إلى الوثائق المذكورة سلفاً فإنه لطالب الأمر بالتنفيذ أن يقدم وثائق أخرى تدعم طلبه أو تكمل النقص الموجود في إحدى الوثائق على أن تترجم ترجمة رسمية¹ .

المبحث الثاني

حالات رفض تنفيذ حكم التحكيم في التشريع الجزائري

المشروع الجزائري نص صراحة في نص المادة 1/1051 وضمناً في نص المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تحدث فيها المشروع عن الحالات التي يجوز فيها إستئناف الأمر القاضي بالإعتراف بتنفيذ حكم التحكيم الدولي أو الطعن فيه بالبطلان² عن حالات رفض التنفيذ.

¹ - إذ تنص المادة 2/4 من إتفاقية نيويورك على أن " إذا لم يكن القرار أو الإتفاقية المذكوران محرران بلغة البلد الرسمية المستشهد بالقرار فيها فإنه يتعين على الطرف الذي يطلب إعتقاد القرار وتنفيذه أن يقدم ترجمة لتلك الوثيقتين بلغة ، ويجب أن يصدق الترجمة مترجم رسمي أو مترجم محلف أو عون دبلوماسي أو قنصل " .

² - بواب بن عامر، تنفيذ قرارات التحكيم، مرجع سابق، ص 277 .

وقبل أن نخوض في ذلك يجب أن نحدد طبيعة حالات رفض التنفيذ في مطلب أول والاطعن بالنقض وآثار تقدم الطعون ضد أمر التنفيذ في مطلب ثاني .

المطلب الأول

طبيعة و حالات رفض التنفيذ في القانون الجزائري

لقد أورد المشرع الجزائري عدة حالات يمكن من خلالها رفض التنفيذ¹ سواء كان ذلك بالاطعن بالبطلان أو بالإستئناف لأمر التنفيذ للحكم الدولي الصادر خارج تراب الدولة الجزائرية . هذا ما يجعلنا نبحث عن طبيعتها في الفرع الأول، وحالات رفض التنفيذ في الفرع الثاني .

الفرع الأول

طبيعتها

بإستقراء النصوص التي نصت على حالات رفض التنفيذ الواردة في قانون 09/08 نجدها كلها تعد متطلبات شكلية والتي بدون إستفائها في الحكم الدولي لا يمكن تنفيذه ، وبذلك فإن رقابة القاضي المختص تقتصر على التأكد من توافر المتطلبات الشكلية في حكم التحكيم الدولي دون المراجعة الموضوعية لحكم التحكيم الدولي .

¹ - بواب بن عامر تنفيذ قرارات التحكيم ، مرجع سابق ، ص 277 وما بعدها .

إن الحالات المذكورة في نص المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ونص المادة 1056¹ من نفس القانون الخاصة بطرق الطعن في احكام التحكيم الدولي جاءت على سبيل الحصر ، إذ لا يجوز القياس عليها أو الإضافة إليها .
كما أن حالات رفض التنفيذ بأنواعها و مسألة الأخذ بها تعد من سبيل الوجوب لا الجواز وهذا ما نلمسه من نص المادة 1051 و 1056 و 1060 ، إذ أنه يجب على القاضي رفض إصدار الأمر القاضي بالتنفيذ إذا ما توفرت إحدى الحالات المذكورة في نص المادة 1051 من القانون ويكون أمره قابلا للإستئناف وفق حالات محددة ، وكذا الطعن في الحكم الدولي الصادر على تراب الدولة الجزائرية .

الجزائر وكونها أحد أطراف المجتمع الدولي فقد صادقت على العديد من الإتفاقيات الدولية² والإقليمية³ وبذلك فإن بنود الإتفاقيات تكون أسمى مرتبة من القوانين الداخلية وهذا ما يجعل قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية غير نافذة للقول بأحقية حكم التحكيم الدولي بالتطبيق على تراب الدولة الجزائرية أم لا .

¹ - وتنص المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية على أن " لا يجوز إستئناف الحكم الأمر القاضي بالإعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية :

1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون إتفاقية تحكيم أو بناء على إتفاقية باطلة أو إنقضاء مدة الإتفاقية .

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

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

4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية .

5- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها ، أو إذا وجد تناقض في الأسباب .

6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي .

² - من أهمها ، إتفاقية نيويورك لتنفيذ احكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958 ، وإتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار 1965م

³ - إتفاقية الرياض للتعاون القضائي - إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي

إذ نجد أن قرار المحكمة العليا يؤكد ذلك إذ نص على " من المقرر قانوناً أن الأحكام الصادرة عن جهات أجنبية لا تكون قابلة للتنفيذ في جميع الأراضي الجزائرية إلا وفقاً لما يقتضي بتنفيذه من إحدى جهات القضاء الجزائري ، دون الإخلال بما قد تنص عليه الاتفاقيات السياسية من أحكام مخالفة ..."¹ .

إذن بخضوع حكم التحكيم الدولي لهذه الاتفاقيات فإن ما ورد في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من حالات رفض التنفيذ لا يتم إعمالها إلا على الحكم الذي لا يخضع لإية إتفاقية دولية كون المعاهدات الدولية أعلى مرتبة من القوانين الوطنية .

كما لم تبين بوضوح نصوص المواد السالفة الذكر على من يقع عبء إثبات توافر أحد الأسباب الواردة في المواد 1051 من التشريع الجزائري، غير أنه وبالرجوع للقواعد العامة فإن من يتمسك بحالة من الحالات السالفة الذكر يجب إثباتها، وبالتالي نقول على أنه يجب على من يدعي شيئاً لإثباته "البينة على من يدعي" وذلك حتى لا تتدخل المحكمة من تلقاء نفسها لبحث تلك الحالات، ومن ناحية أخرى تسهيل تنفيذ الأحكام الدولية ، وهي غاية منشودة في كل الإتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا الشأن، إضافة إلى أنه يصعب على المحكمة من تلقاء نفسها أن تتأكد من توافر تلك الحالات في حالة عدم تقديم الدليل القاطع لدراسته وتفحصه بدقة .

غير أنه لا يمكن تعميم ذلك في ما ورد في نص المادة : 1056 فقرة 06 المتعلقة بالنظام العام الدولي .

الفرع الثاني

حالات رفض التنفيذ في القانون الجزائري

في التشريع الجديد 08 . 09 المشرع في نص المادة : 1051 أتى بنفس المعنى السابق المنصوص عليه في نص المادة : 458 مكرر 1/17² الملغاة مع تغيير طفيف في الصياغة إذ

¹ - قرار المحكمة العليا رقم : 58890 صادر بتاريخ : 1990/05/09 مجموعة الاجتهاد القضائي الإلكترونية .

² - المادة : 458 مكرر 01/17 نصت يتم الاعتراف في الجزائر بتنفيذ القرارات التحكيمية الدولية إذا أثبت المتمسك بها وجودها ، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي " .

نصت المادة 1051 "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها ووجودها وكان الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي" المشرع الجزائري في نص المادة السالفة الذكر لم يتطرق إلا إلى شرط واحد وهو مخالفة النظام العام الدولي ، وهذا التوجه من المشرع الجزائري يعد تطوراً كبيراً بالنسبة للإتفاقيات الدولية والأقليمية، والمصادق عليها من طرف الدولة الجزائرية، ومن أهمها اتفاقية نيويورك ، إذن المشرع الجزائري أعطى دعماً كبيراً ومصادقية لقضاء التحكيم ، إذ سهل بشكل كبير تنفيذ أحكام التحكيم بعيداً عن كل التعقيدات ووسطوة حالات رفض التنفيذ التي أتت بها غالبية القوانين و الإتفاقيات الدولية محاكاة لإتفاقية نيويورك، إذ أن المشرع الجزائري وبهذا النص الوحيد لم يخالف الإتفاقيات المصادق عليها، بل يعد من ضمن الحالات الواردة في إتفاقية نيويورك في المادة : 02/05/ب.و إتفاقية الرياض في المادة (37/هـ) .

إذن القاضي المختص وهو يفحص الحكم التحكيمي، يقتصر دوره على عدم مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي ، وله هنا إما أن يقبل الاعتراف، أو يصدر أمر برفض الإعتراف ولكن هنا قد يثور التساؤل حول مفهوم النظام العام الدولي وهو بالطبع ليس النظام العام الداخلي.

ويبقى في هذه الحالة الأمر للمحكمة المختصة بالنظر في ذلك إذ أنه لا يجوز التوسع في تفسير النظام العام كحالة من حالات رفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي ، وهذا يتفق مع روح جميع الإتفاقيات الدولية في هذا المجال .والأمر الصادر عن المحكمة المختصة إذا كان برفض الاعتراف فإنه يمكن لمن يهيمه الأمر أن يستأنفه .

ونجد نص المادة 1056 من نفس القانون تحوي مجموعة من الحالات إذا ما توفرت في الحكم التحكيمي تجعله عرضة لرفض الإعتراف به وتنفيذه أو الطعن فيه بالبطلان وهذا ما أشارت إليه المادة : 1058 والمادة : 1059 والمادة : 1060 من نفس القانون .

إذن الحالات الستة والتي تعد حالات رفض التنفيذ ، والتي تبناها المشرع الجزائري في القانون 09/08 والتي ستكون محور الدراسة كانت أكثر دقة وأكثر تأسيس لنظام التحكيم بخلاف ما كان وارد في نص المادة : 458 مكرر 23 من القانون الإجراءات المدنية السابق¹.

ونبدأ بشرح الحالة الأولى :

- إذ فصلت محكمة التحكيم بدون إتفاقية تحكيم أو بناء على إتفاقية باطلة أو إنقضاء مدة الإتفاقية .

هذا النص يشمل الحالتين المذكورتين في نص المادة : 458 مكرر 23 وهي تتعلق أساسا بإختصاص محكمة التحكيم كون الإختصاص وعدم الإختصاص مرتبط إرتباط وثيق بالإتفاقية على كونها صحيحة أو باطلة أو صحيحة وإنقضت مدتها .

فإذا ما فصلت محكمة التحكيم بإختصاصها بالرغم إثارة الدفع بعدم الإختصاص وفقا لنص المادة : 1044 من نفس القانون فهذا يعني أنها قامت بإختصاص خاطيء .

و المحكمة المختصة تعود إلى القانون الذي طبقه الأطراف على الإتفاقية في مسألة الشكل ، والصحة ، وأهلية الأطراف وعيوب الإرادة وأثار إنقضاء إتفاق التحكيم، وإرادة الأطراف هي السيدة في مثل هذه المسائل .

إذن حالة ما تفصل المحكمة التحكيمية بإختصاصها بدون أساس تستند عليه تكون قد إرتكبت خطأ جسيماً وهذا يمس بالنظام العام، الذي قضت به المادة 1051 والمادة 6/1056 من نفس القانون .

¹ - نصت المادة 458 مكرر 23 من القانون الملغي " لا يجوز إستئناف القرار الذي يسمح بالإعتراف أو التنفيذ إى في الحالات التالية :

- أ- إذا تمسكت محكمة التحكيم خطأ بإختصاصها أو بعدم إختصاصها .
- ب - إذا فصلت محكمة التحكيم بدون إتفاقية أو بناء على إتفاقية باطلة أو إنقضت مدتها .
- ج- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم او تعيين الحكم الوحيد مخالفين للقانون .
- د- إذا فصلت محكمة التحكيم دون الإمتثال للمهمة المسندة إليها .
- هـ- إذا فصلت محكمة التحكيم زيادة عن المطلوب أو لم تفصل في وجه من وجوه الطلب .
- و - إذا لم يراع مبدأ حضور الأطراف .
- ز- إذا لم تسبب محكمة التحكيم او لم تسبب بما فيه الكفاية أو إذا وجد تضارب في الأسباب .
- ح- إذا كان الإعتراف أو التنفيذ مخالفا للنظام العام الدولي .

فالقاضي في هذه الحالة تمتد سلطة لفحص " الواقع والقانون " وهذا الرأي إستند على الأحكام التي أصدرها القضاء الفرنسي في مجال التحكيم التجاري الدولي¹ .
ولكن قد تفصل المحكمة بعدم الإختصاص بدون تأسيس هذا ما يؤدي إلى تنازع سلبي ، كون أن القاضي لايمكن له نظر النزاع طبقا لنص المادة 1045 من نفس القانون والتي تقضي على أن القاضي يكون غير مختص بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود إتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف .
وهنا يجدر بنا القول أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى حالة تجاوز المحكمين لإختصاصهم، وإن كانت بعض الإتفاقيات الدولية قد نصت على ذلك كإتفاقية الرياض للتعاون القضائي في المادة 37/ج² .

ففي مثل في هذه الحالة وحتى لا يفصل القضاء بعدم الإختصاص ومحكمة التحكيم بعدم الإختصاص ويضيع الحق، فإنه على الطرف المدعى أمام القضاء أن يدفع بدليل إختصاص محكمة التحكيم في مواجهة دفع وجود إتفاقية تحكيم ليصبح القضاء الوطني صاحب الولاية العامة هو المختص في الفصل في النزاع و إلا أصبح منكرا للعدالة .

الحالة الثانية : إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون :

وهذا النص هو نفس النص الوارد في نص المادة 458 مكرر 23/ج من قانون الإجراءات المدنية السابق. فتشكيل محكمة التحكيم يكون إما وفق إتفاق التحكيم أو وفق إتفاق الأطراف أو وفق نظام التحكيم الذي رجعت إليه الأطراف (لوائح هيئات التحكيم) .
إذن في هذا المبدأ نجد أن المشرع قد واكب الإتجاهات الحديثة بشأن إعلاء مبدأ سلطان الإرادة ، وهذا لا يتنافى مع أن يلجأ أحد الأطراف إلى القضاء من أجل تعيين محكم ثالث أو

¹ - فقد قضى بأن للمحكم سلطة مطلقة في تفسير إتفاقات الأطراف ومستنداتهم فإذا إستخلص من هذا التفسير أن المشروعات ذات المصلحة كانت طرفا في هذه الإتفاقيات رغم عدم وجود توقيعها المادي عليها فلا تثريب على حكم التحكيم باريس -1983/10/21 مجلة التحكيم 1984 ص 98 .

أيضا نقض مدني 1987/01/06 - مجلة التحكيم - 1987 - ص 469 - تعليق لوبولانجية - بحيث قضى بأنه لا يوجد أي قيد على سلطة القاضي الذي ينظر دعوى البطلان ، فله تفحص وبحث " الواقع والقانون " وكل العناصر التي تسهم في الكشف عن عيوب الحكم وإستظهار وجود أو عدم وجود إتفاق التحكيم حتى ولو إستدعى الأمر التصدي لتفسير العقد .
مذكور في كتاب - محمود مختار بريري - التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق، هامش ص 241-242 .

² - بواب بن عامر تنفيذ قرارات التحكيم ، مرجع سابق، ص 281 .

تعيين المحكم الذي تقاعس أحد الأطراف عن تعيينه ، إذ أن هذه النصوص تكمل إرادة الأطراف بإستثناء القواعد الآمرة ، كإستلزام وترية العدد ، والتي من خلالها يمكن أن تكون تلك الأحكام محل رفض تنفيذ أو كأن يكتفم المحكم الظروف التي تمس حياده وإستقلاله .

الحالة الثالثة : إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها .

هنا تلتزم محكمة التحكيم عند إصدار حكمها الفاصل في المسألة المطروحة عليها أن لا تنصرف إرادتها إلى خارج إرادة المحكمتين، ولكن إذا ما تصدت محكمة التحكيم لمسائل مطروحة عليها ومسائل أخرى ترتبط بها يمكن الفصل بينهما، فهنا نكون أمام حالة رفض التنفيذ في ما تصدت إليه محكمة التحكيم في مسائل لم تتضمنها إتفاقية التحكيم ، أما إذا كان الفصل في مسائل مرتبطة لا يمكن الفصل بين الشقين، فهنا نكون أمام حالة رفض التنفيذ .

حيث أن المشرع الجزائري لم يتطرق بصراحة لحالة إمكانية الفصل فيما قضت به محكمة التحكيم ، غير أنه ووفقا لعمومية النص فإن هذه الحالة تكون مشمولة وهذا ما قضت به إتفاقية نيويورك في المادة 1/5 ج¹ .

الحالة الرابعة : وتتعلق بعدم مراعاة مبدأ الوجاهية .

هذا المبدأ يحتوي كل المبادئ الأساسية الموجهة لسير الدعاوي والتي تم معالجتها من قبل للتحكيم، كمبدأ حق الدفاع، ومبدأ حضور الأطراف، وحق تقديم المستندات، وغيرها، إذ من خلال هذا المبدأ يجب أن يراعى على قدم المساواة أمام هيئة التحكيم الفرصة المتكافئة للأطراف، ومثال ذلك كعدم تمكين طرف ما من الإطلاع على تقرير الخبير المقدمة إلى الهيئة، أو على المستندات المقدمة من الطرف الآخر..... وكافة الصور التي قد يفرزها الواقع ويكون من شأنها تعذر تقديم أحد اطراف النزاع للدفاعه، لسبب خارج عن إرادته الحرة.

الحالة الخامسة : إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها ، أو إذا وجد تناقض في

الأسباب .

ولقد تم إنتقاد تبني المشرع الجزائري لهذا المبدأ وذلك أن القاضي سينظر في موضوع النزاع، وهذا يمس بروح التحكيم الدولي في مجال العلاقات الدولية الخاصة ، إذ أن كثيراً من التشريعات

¹ - المادة 1/5 ج نصت " إذا الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضى به ، ومع ذلك يجوز الإعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلا للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم الغير متفق على حلها بهذا الطريق" .

إستبعدت هذا المبدأ من حالات رفض التنفيذ كالتشريع الفرنسي إذ أنه من خلال هذا النص نستنتج أن المشرع الجزائري قد جعل التسبب إجراءً إلزامياً في حكم التحكيم، ولكن ماذا لو إختار طرفا النزاع نظام التحكيم لدى لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي (CNUDCI) وإتفق الطرفان على القانون الإجرائي لذلك النظام والذي يبيح للأطراف الإتفاق على عدم التسبب في المادة 03/32 وكان تطبيق هذا الحكم في الجزائر¹، فإننا سنجد أنفسنا بين نص قانوني يمكن لأحد طرفي النزاع إستئناف أمر التنفيذ أو الطعن في الحكم الدولي الصادر في الجزائر .

إذن نحن نحبذ أنه لو ترك أمر التسبب في الحكم الدولي الصادر خارج الجزائر إلى مراقبة القاضي لمدى تطبيق القانون الإجرائي الذي إتفق الأطراف على تطبيقه ، أما إذا كان الحكم الدولي صادراً في الجزائر وتطبيق القانون الجزائري فإن شرط التسبب يعد إلزامي .
ولذلك يجب على المحكمين وهم يصدرون حكمهم مراعاة قوانين بلد التنفيذ .

الحالة السادسة : مخالفة النظام العام الدولي ، وهذا الحالة أخذت بها كل القوانين والإتفاقيات الدولية، و للنظام العام دور كبير في إطار القانون الدولي الخاص ، إذ يعتبر أحد موانع تطبيق القانون الأجنبي ، إذ يستبعد القاضي الوطني تطبيق القانون الذي يتعارض مع النظام العام في دولته ، بل أن القاضي الوطني وإسنادا لفكرة النظام العام يمكنه أن يمنع تنفيذ أي حكم قضائي، والنظام العام الدولي بمفهوم القانون الدولي الخاص هو نظام ذو طابع دولي ولكنه مع ذلك ليس دولياً خالصاً بل له بعض الجوانب الوطنية، إذ المقصود به هو النظام العام الدولي كما ينظر إليه القاضي الوطني ، أي التي تكون متفقة مع متطلبات التجارة الدولية التي أصبح التحكيم أحد

أسباب إزدهارها².

المطلب الثاني

¹ - محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 242

² - إذن نجد نص المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية خاص بإستئناف الأمر الراض للإعتراف والتنفيذ - أما المادة 1056 فخاصة بالأمر المؤيد للإعتراف والتنفيذ ، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخذ نص المادة 1055 من قانون التحكيم الفرنسي لسنة 1993 في المادة 1501 . أما المادة 1056 فمأخوذة من نص المادة 1502 من جهة، والمادة 34 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 .

إجراءات الطعن والبطالان ضد الحكم التحكيمي

لقد قرر القانون طرق طعن عادية وطرق طعن غير عادية للحكم التحكيمي ومنها الطعن بالإستئناف والذي سنتناوله في الفرع الأول ، البطلان للحكم التحكيمي في الفرع الثاني ، والطعن بالنقض في الفرع الثالث ، ثم آثار الطعون في الفرع الرابع .

الفرع الأول

الطعن بالإستئناف وإجراءاته

يوجه الإستئناف ضد الأمر الصادر من الجهة القضائية المختصة سواء تضمن الأمر الإعتراف والتنفيذ أو رفضها، ومع ذلك فإن المشرع لم ينص على إجراءات خاصة بدعوى الإستئناف، ومنه يجب تطبيق القواعد الإجرائية العامة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

فإن دعوى الطعن بالإستئناف ترفع بمقتضى عريضة تتضمن تحت عدم قبولها شكلا، بيانات لازمة نصت عليها المادة 15 من قانون جرائات مدنية وإدارية¹ ويجب دفع الرسوم المحددة

¹ - المادة 15 : يجب أن تتضمن عريضة إفتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا البيانات الآتية .

1 - الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى .

2 - إسم ولقب المدعي وموطنه .

3 - سم ولقب وموطن المدعى عليه ، فإن لم يكن موطن معلوم فأخر موطن له .

4 - الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الإجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي .

5 - عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى .

6 - الإشارة عند الإقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى .

قانوناً، وعلى من يدعي الحق، عليه أن يثبت ذلك "فالبينة على المدعي" وذلك عن طريق دفع المستندات والأدلة المثبتة للحق، ويجب أن تقدم العريضة من نسختين على أساس أن النسخة الثانية تحفظ ضمن أصول الأحكام بأمانة ضبط الجهة القضائية المعنية .

ومن بين الوثائق والمستندات الخاصة واللازمة، أمر التنفيذ أو رفض التنفيذ محل الإستئناف و القرار التحكيمي وإتفاق التحكيم، وهذا ليتمكن القاضي المختص من إصدار قرار يكون عنواناً للتطبيق القضائي السليم، كما يجب أن يعلل ويسبب الطعن بالإستئناف .

إذ أنه في حالة الطعن بالإستئناف ضد الأمر الصادر بمنح التنفيذ، يجب أن يعلل وفقاً للحالات المنصوص عليها في نص المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

وبالرجوع إلى نص المادة 1057 من نفس القانون السالف الذكر فإن القاضي المختص الذي ينظر الإستئناف هو قاضي المجلس القضائي الذي ينتمي إليه القاضي الذي أصدر الأمر المؤيد أو المعارض للإعتراف والتنفيذ .

وللإشارة فإن الجهة القضائية الإستئنافية يمنع عليها مراجعة الحكم التحكيمي أو تعديله أو إبطاله، فهي مختصة فقط بالنظر في أمر القاضي الذي أباح أو رفض التنفيذ على التراب الوطني أما في فرنسا فإن المشرع الفرنسي أحال الطعن بالإستئناف في حالة النص عليه بين

الأطراف في الإتفاق بأن يرفع أمام محكمة الإستئناف التي يمتد إختصاصها إلى المحكمة التي أصدرت الأمر¹ .

أما ميعاد تقديم الطعن بالإستئناف فهو خلال شهر "30 يوماً" -إبتداءً من تبليغ أمر رئيس المحكمة المختصة، وهو نفس الميعاد الذي أخذ به المشرع الفرنسي في المادة 2/1186 في قانون إجراءات المدنية الفرنسي .

وفي هذا السياق يمكن أن يطرح التساؤل التالي ماذا لو تم إيداع الوثائق اللازمة ومنها الحكم التحكيمي في قلم كتابة محكمة غير مختصة .

1-TERKI NOUREDDINE:L' arbitrage cemmmercial intiernational en Algerie opcite -p- 141-142

Ben ABDERAHMANE DAHMANE: op-cit -p-33

مذكور في كتاب محمد كولا تطوير التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 265 .

ففي هذه الحالة فإن الإيداع لا يقع باطلا. وإنما صدور أمر التنفيذ أو الرفض، لن يقوم القاضي المودع لديه الوثائق بإصدارهما، كونه غير مختص، ولكن ماذا لو أن هذا القاضي أخطأ وأصدر أمر التنفيذ أو الرفض، فهذا الأمر يعد قدر صدر من قاضي غير مختص وبذلك يقع في دائرة البطلان¹، وهذا ما يثير أيضا تساؤلا حول، هل هذا البطلان يتعلق بالنظام العام أم لا...؟ ففي هذه الحالة ذهب بعض الفقهاء²، إلى أن هذا البطلان لا يتعلق بالنظام العام. وكل ما يلزم صاحب المصلحة في هذه الحالة هو إستصدار أمر جديد من القاضي المختص، وفي المقابل يرى البعض الآخر وجوب الإحالة إلى القاضي المختص بنظر طلب الأمر بالتنفيذ³ ونحن نؤيد الرأي الذي يدعو إلى القول بأن الإختصاص يتعلق بالنظام العام لتفرعه عن الوظيفة⁴.

فقضاة الإستئناف يصدرن قراراتهم إما بتأييد أمر التنفيذ أو إلغائه والتصدي له، وذلك بالفصل من جديد في مسألة الإعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي. إذ ان حدود إختصاصهم ينحصر في مراقبة عمل قاضي التنفيذ من حيث قيامه بمهامه في حدود إختصاصه المتمثل في الرقابة الشكلية والمتمثلة في توافر الشروط اللازمة للتنفيذ ولا تتعداها إلى الرقابة الموضوعية. ويمارس هذا الطعن بالإستئناف في مدة شهر واحد (01) إبتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لرئيس المحكمة إلى الطرف الثاني، وخلال هذا الشهر يمنع التنفيذ على المحكوم ضده، ولو صرح القاضي بقبول التنفيذ، لأن الطعن بالإستئناف له الأثر الموقوف ضمن الآجال المنصوص عليها طبقا لنص المادة 1060 من ق إ م إ ج.

الفرع الثاني

¹ - بواب بن عامر، تنفيذ قرارات التحكيم، مرجع سابق، ص 181.

² - أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 279 وما بعدها.

³ - وجددي راغب، التنفيذ القضائي، مرجع سابق، ص 134- 135.

⁴ - بواب بن عامر، تنفيذ قرارات التحكيم، مرجع سابق، ص 182.

البطلان ضد الحكم التحكيمي

هذا الطعن يجد أساسه في نص المادة 1058 ق إ م إ ج والتي نصت على أنه "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه".

وهذا النص يجد مصدره في نص المادة 458 مكرر 25 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري الملغى ونص المادة

1491 وما بعدها من قانون التحكيم 2011 فرنسي وكذا المادة 1/5 هـ من إتفاقية نيويورك لسنة 1958¹ ، أما المشرع الجزائري فقد أحال لرفع دعوى البطلان الى نفس الحالات

¹ - إذ نصت المادة 1/1504 على أنه

La sentence arbitrale rendu en France en matière d'arbitrage international peut Faire l'objet d'un recoure en aurnulation dans les cas prevus par l'article 1502/

كما نصت إتفاقية نيويورك في الفقرة 1/5 هـ لسنة 1958 على أنه "لا يجوز رفض الإعراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الإعراف والتنفيذ الدليل على ان الحكم لم يصبح ملزما للخصم او انه الغته أو علقته العمل به السلطة المختصة في البلد الذي صدر الحكم فيه أو صدر حسب قانونه "

التي يسند إليها لرفع الإستئناف المذكورة في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تم شرحها سابقا .

وللعلم أن الطعن بالبطلان يخص فقط أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر فقط¹ ونجد أن الطعن بالبطلان يعطل كل إحتمال باللجوء إلى الطعن بالإستئناف وهذا ما يفهم من نص المادة 1058 حين تنص أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ، أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه ، وهذا يعد إستثناء عن القاعدة العامة الواردة في نص المادة 1056 ق إ م إ ج .

ولالإشارة فإن المشرع لم يوحد فقط حالات الطعن، بل وحد كذلك الإجراءات المتبعة لرفع الطعن وكذا المحكمة المختصة والمواعيد . وبالتالي فالمحكمة المختصة في نظر الطعن بالبطلان وفقا لنص المادة 1059 قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة إختصاصه .

أما من حيث المواعيد المقررة لذلك فقد نصت المادة 1059 ق إ ج م إ على أن الطعن يبدأ تاريخ قبوله من تاريخ النطق بحكم التحكيم، ولا ينتهي إلا بعد شهر من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ، وهي نفس المواعيد التي نص عليها المشرع الفرنسي في نص المادة 1505 قانون إجراءات مدنية فرنسي² .

أما عن أنظمة التحكيم الدولية نجدها قد اختلفت في تحديد مواعيد البطلان، فنجد إتفاقية عمان للتحكيم التجاري وفي نص المادة 2/34 تأخذ بمدة 60 يوما وذلك من تاريخ إستلام الحكم التحكيمي ، وهذه المدة هي أقرب مدة للتشريع الجزائري والفرنسي في حين نجد أن إتفاقية واشنطن الخاصة بنظام (CIRDI) تأخذ بمدة 120 يوم لرفع دعوى البطلان إبتداءً من يوم النطق بحكم التحكيم ، وأما إذا كان البطلان قائما على عدم الصلاحية فقد أوجبت الإتفاقية

كما إعترفت إتفاقية عمان حول التحكيم التجاري في المادة 1/34 وكذا القانون النموذجي سنة 1985 في المادة 34 والإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي (جنيف 1961) في المادة 09 ، بالطعن بالبطلان .

¹ - وفي نفس الإتجاه قضت محكمة إستئناف باريس في الحكم الصادر في 28 فبراير 1986 في دعوى البطلان المقامة في فرنسا ضد حكم تحكيمي صادر في إنجلترا ، وهذا بعد أن أشارت إلى أن طرق الطعن بالبطلان المنصوص عليه في المادة 1504 ق إ م ف محجوز وقاصر فقط على أحكام التحكيم الصادرة في فرنسا بشأن التحكيم الدولي أنظر في ذلك - حفيضة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة ، مرجع سابق ، ص 332.

² - الغوثي بن ملح ، القانون القضائي الجزائري ديون المطبوعات الجامعية الجزائر 1995 ، ص 398.

على أن يقدم الطلب خلال 120 يوم من تاريخ إكتشاف أن البطالان ناتج على عدم الصلاحية وتمتد المدة في حالة عدم الإكتشاف كآخر أجل للطعن مدة 03 سنوات التي تلي صدور حكم التحكيم¹، وهذا ما نصت عليه المادة 2/52، أما القانون النموذجي لسنة 1985، فنص في المادة 34/ب/3 على الطعن في قرار التحكيم في مدة لا تتجاوز ثلاثة -03- أشهر من يوم تسلم الطرف صاحب الطلب حكم التحكيم أو من يوم الذي حسمت فيه هيئة التحكيم في الطلب الذي كان قد تم بموجب المادة 33 إذا كان قد قدم مثل هذا الطلب .

وقد رتب الطعن بالبطالان عدة آثار نصت عليها المادة 1060 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

إذ نصت المادة على أنه "يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055 و 1056 و 1058 تنفيذ أحكام التحكيم " من هذا النص نستنتج أن للبطالان آثار إذ أن .

رفع دعوى البطلان، يوقف تنفيذ الحكم التحكيمي، كما يوقف الفصل في مطلب أمر التنفيذ إلى حين صدور قرار المجلس القضائي المؤيد لطلب البطلان أو رفض الطلب .

كما لا يمكن تنفيذ الأحكام التحكيمية إلا بعد إنقضاء المدة المحددة للطعن بالبطالان ضد الحكم التحكيمي أو الطعن بالإستئناف ضد أمر التنفيذ أو أمر رفض التنفيذ .

الفرع الثالث

الطعن بالنقض

وفقا لنص المادة 1061 ق إ م ج والتي نصت " تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و 1056 و 1058 أعلاه قابلة للطعن بالنقض"² .

¹ - كولا محمد، تطوير التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 268 - 269 .

² - كثير من التشريعات لا نجد فيها مثل هذا الطعن مثلا التشريع الفرنسي، أو المصري ، أو السوري ، إذ أن قرار محكمة الإستئناف قطعي لا يقبل الطعن -حمزة أحمد حداد التحكيم في القوانين العربية ، مرجع سابق، ص 453 - 454.

المشرع الجزائري من خلال هذا النص يكون قد أحال خضوع هذا الطعن بالنقض للحالات الواردة في المادة 358 من ق إ م إ ج والخاصة بأوجه الطعن بالنقض للأحكام القضائية وما يتبعها من مواعيد وإجراءات، أو يخضع للحالات التي يخضع لها الطعن بالإستئناف أو البطلان وفقا للمادة 1058 ق إ م إ ج .

وبسكوت المشرع فإنه يمكننا الرجوع إلى القواعد الإجرائية العامة وبالتحديد إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبالتحديد لنص المادة 358 من ق . إ . م . إ والتي تنص على

حالات ممارسة هذا الطعن وقد جاءت على سبيل الحصر لا المثال¹ وهذا لإعطاء هيئة الجهة القضائية التي تمارس أمامها هذا الطعن وهي تعد أعلى هيئة في الهرم القضائي ، وهي المحكمة العليا والتي تعد محكمة قانون لا محكمة وقائع .

¹ - تنص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه لا يبيى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد وأكثر من الأوجه الآتية :

- 1- مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات .
- 2- إغفال الأشكال الجوهرية في الإجراءات .
- 3- عدم الإختصاص .
- 4- تجاوز السلطة .
- 5- مخالفة القانون الداخلي .
- 6- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة .
- 7- مخالفة الإتفاقيات الدولية .

أي أنها تراقب عمل قضاة المجلس من حيث إحترامهم للنصوص القانونية التي أتى بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي .

وإذا ما أردنا معرفة الإجراءات التي تتبع لممارسة الطعن بالنقض فإننا نعود أيضا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية ضمن الباب الرابع فصل 2 القسم الأول في الأحكام الخاصة بالمحكمة العليا . إذ أن دعوى الطعن بالنقض تقدم خلال شهرين -2- من تاريخ تبليغ القرار المطعون فيه لأطراف الخصومة شخصيا ويمتد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة "03" أشهر ، إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار ويرفع الطعن بالنقض وفقا لنص المادة 560 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بتصريح أو بعريضة أمام أمانة ضبط المحكمة العليا ، ويجوز أن ترفع بتصريح أو بعريضة أمام أمانة ضبط المجلس القضائي الذي صدر في دائرة إختصاصه الحكم موضوع الطعن ، محددة في كلا الحالتين الغرفة التي ستفصل في النزاع وفقا لطبيعة النزاع وهي الغرفة التجارية للمحكمة العليا .

وعريضة دعوى الطعن بالنقض يجب أن تتضمن عدة بيانات ومعلومات لازمة¹ .

8- إنعدام الأساس القانوني .

9- إنعدام التسبيب .

10- قصور التسبيب .

11- تناقض التسبيب مع المنطوق .

12- تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار .

13- تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة عندما تكون حجية الشيء المقضي به قد أثبتت بدون جدوى ، وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ وإذا تأكد هذا التناقض يفصل بالتأكيد الحكم أو القرار الأول .

14- تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي ، في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولا ، ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق إنتهى بالرفض ، وفي هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه ، ويجب توجيهه ضد الحكمين ، وإذا تأكد التناقض ، تقضي المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معا .

15- وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار .

16- الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب .

17- السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية .

18- إذا لم يدافع عن ناقصى الأهلية .

¹ - إذ نصت المادة 565 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

كما أنها يجب أن ترفق هذه العريضة بعدد من الوثائق تحت طائلة عدم قبول الطعن شكلاً¹. كما تكون هذه العريضة موقعة ومختومة من محام معتمد لدى المحكمة العليا، إضافة إلى تحديد عنوانه المهني وهذه الشروط وجوبية، لأن تخلفها يجعل الطعن مرفوضاً شكلاً تلقائياً، بإستثناء الدولة التي تعفى من وجوب تمثيلها بمحامي وذلك طبقاً لنص المادة 558 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص "تمثيل الخصوم أمام المحكمة العليا من طرف محام وجوبي، تعفى الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية من التمثيل الوجوبي بمحام"، ويقوم المدعى في الطعن بتبليغ عريضة الدعوى. وللمطعون ضده أجل شهرين -02- إبتداءً من تاريخ التبليغ الرسمي لعريضة الطعن بالنقض لتقدم مذكرة جواب من طرف محام معتمد لدى المحكمة العليا إلى أمين الضبط الرئيسي للمحكمة العليا أو المجلس القضائي، ثم يقوم بتبليغها لمحامي الطاعن وذلك تحت طائلة عدم القبول التلقائي، ويجب أن تتضمن مذكرة الجواب الرد على أوجه الطعن المثارة²، وعند إنتهاء الآجال القانونية لإيداع الأطراف مذكراتهم يرسل أمين الضبط الرئيسي للمجلس القضائي إذا تم إيداع مذكرة الطعن لديه، إلى أمين الضبط الرئيسي للمحكمة العليا الذي يحيل بدوره ملف القضية إلى رئيس الغرفة التجارية³، حين ذاك

يجب أن تتضمن عريضة الطعن بالنقض تحت طائلة عدم قبولها شكلاً المثار تلقائياً ما يأتي :

- 1- إسم ولقب وموطن الطاعن، وإذا تعلق بشخص معنوي بيان تسميته وطبيعته، ومقره الإجتماعي ممثله القانوني أو الإتفاقي
- 2- إسم ولقب وموطن المطعون ضده أو ضدهم، وإذا تعلق الطعن بشخص معنوي بيان تسميته ومقره الإجتماعي .
- 3- تاريخ وطبيعة القرار المطعون فيه .

4- عرضاً موجزاً عن الوقائع والإجراءات المتبعة .

- 5- عرضاً عن أوجه الطعن المؤسس عليها الطعن بالنقض، يجب ألا يتضمن الوجه المتمسك به، أو الفرع منه، إلا حالة واحدة من حالات الطعن بالنقض بعد تحديدها، وذلك تحت طائلة عدم قبوله .

¹ - نصت المادة 566 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على :

- 1- نسخة مطابقة لأصل القرار أو الحكم محل الطعن، مرفقة بمحاضر التبليغ الرسمي إن وجدت .
- 2- نسخة من الحكم المؤيد أو الملغى بالقرار محل الطعن .
- 3- الوثائق المشار إليها في مرفقات عريضة الطعن .

- 4- وصل دفع الرسم القضائي لدى أمين الضبط الرئيسي لدى المحكمة العليا أو المجلس القضائي .
- 5- نسخة من محاضر التبليغ الرسمي للتصريح و / أو لعريضة الطعن بالنقض ضد المطعون ضده .

² - نص المادة 568 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

³ - نص المادة 569 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

يتم تعيين المقرر من طرف رئيس الغرفة، الذي بدوره له أن يعد تقرير كتابي وإرسال ملف القضية إلى النيابة العامة لتقديم طلباتها الكتابية خلال شهر واحد¹، حول أوجه الطعن. وللمستشار المقرر أن يطلب أي وثيقة يراها ضرورية، وله أن يسمح للطاعن أن يرد على مذكرة جواب المطعون ضده في أجل يحدده .

فإذا ما رأى المستشار المقرر أن القضية مهيأة للفصل فيها فإنه يودع تقريره الكتابي ، ويصدر أمراً بإبلاغ النيابة العامة، حينها يقوم رئيس الغرفة التجارية بتحديد جدول القضايا لكل جلسة ويبلغ هذا الجدول إلى النيابة العامة لما تراه مناسباً² وكذلك الخصوم ومحاموهم عن طريق إشعار وذلك قبل 15 يوماً على الأقل قبل تاريخ إنعقاد الجلسة، وعند حلول تاريخ الجلسة يمكن لمحامي الخصوم تقديم ملاحظات شفوية خلال الجلسة وذلك بعد تقديم طلبهم لرئيس التشكيلة قبل 03 أيام على الأقل من تاريخ الجلسة وقبوله، ويتم الفصل فيه من طرف الغرفة التجارية في الطعن المقدم ضد القرار القضائي بناء على طعن بالإستئناف ضد أمر التنفيذ، ولها أن تصدر إما بعدم قبول الطعن بالنقض وبالتالي تأييد القرار القضائي المطعون فيه، وإما قبول الطعن ونقض القرار محل الطعن أو جزء منه وبالتالي إحالته إما إلى نفس الجهة القضائية مشكلة من تشكيلة مختلفة أو أن تحيل إلى جهة قضائية أخرى من نفس النوع ودرجة الجهة³ التي أصدرت القرار المنقوض ، للنظر من جديد في دعوى الإستئناف .

غير أنه يمكن للمحكمة العليا أن تفصل في الطعن دون إحالة⁴، إذا ما رأت بأن ما فصلت فيه من نقاط قانونية لا يترك من النزاع ما يتطلب الحكم فيه من جديد . من خلال ما سبق ذكره نرى أن المشرع الجزائري بنصه على الطعن بالنقض يحافظ على تطبيق قاعدة التقاضي على درجتين في ظل القضاء العادي، وهذا بإخضاع القرار الصادر عن المجلس القضائي للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا ، وبذلك يكون للمتقاضين فرصة أخرى للحصول على حقوقهم .

¹ - نص المادة 571 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

² - نص المادة 572 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

³ - نص المادة 364 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

⁴ - نص المادة 365 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

غير أننا نرى من وجهة أخرى أن هذا لا يتماشى وواقع التجارة الدولية، وخاصة في عناصر الملكية الفكرية ، والتي تقوم أساسا على سرعة الفصل النهائي في النزاع والتي تعد من أهم الدوافع التي أدت بالأطراف إلى اللجوء إلى نظام التحكيم .

وبالرجوع إلى نص المادة 361 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن الطعن بالنقض ليس له الأثر الموقوف، وهذا يزيد من الأمر تعقيدا إذا نفذ الحكم التحكيمي وأنتج آثارا، ثم اصدر قرار عن المحكمة العليا (الغرفة التجارية) بنقض القرار المطعون فيه ، إذ قد يتعذر إرجاع أطراف الخصومة إلى الحالة التي كانوا عليها، وهذه الوضعية لا تخدم التحكيم الدولي .

وبذلك فإننا نرى أنه كان من الأفضل الإستغناء عن هذا الطعن - الطعن بالنقض - للمحافظة على روح نظام التحكيم ، خاصة في إطار الملكية الفكرية وبذلك يكون القرار الصادر عن المجلس القضائي نهائيا وبات أي مكتسب لقوة الشيء المقضي به .

وإذا كان ولا بد من الطعن بالنقض من أجل تطبيق صحيح القانون، فإنه كان إيجاد إجراءات خاصة وميسرة ومحددة بمواعيد ثابتة في أزمئة متقاربة تبقى على خصائص التحكيم وتبقى لنظام التحكيم أهمية في الحياة التجارية .

الباب الثالث

دور المنظمة العالمية للملكية الفكرية wipo ومنظمة التجارة الدولية في تسوية منازعات الملكية الفكرية عن طريق الوسائل البديلة والتحكيم

مما لا شك فيه أن الملكية الفكرية أخذت مفهوماً واسعاً ذات طابع اقتصادي وتجاري، وأنها أصبحت تسهم في التقدم التكنولوجي والاقتصادي، وتعمل على رفع الكفاءة الإنتاجية وزيادة معدلاتها¹.

وبما أن مفهوم الملكية الفكرية أصبح أكثر ارتباطاً بالمفهوم الاقتصادي والتجاري بات أمر كفاءة حمايتها على المستوى الدولي بآليات ومعايير بالغ الأهمية وإيجاد وسائل فعالة لتسوية منازعاتها ونظراً لعدم وجود قانون دولي معين قائم بذاته ملائم، ولا جهة قضاء محددة للنظر في النزاعات التجارية على نحو ملائم، توفر أحكاماً عادلة وتحقق السرعة واليسر والحياد، والتي تعد عوامل مهمة في النشاط التجاري، فإن الكثير من المتنازعين ينفرون من القضاء الوطني للدول، كونه يتم بتعقيد الإجراءات وطولها .

¹ - محمد باداسة محمود ، الملكية الفكرية والنمو الاقتصادي، بدوان دار نشر، 2003 ، ص 15 .

كما أثرت الثورة المعلوماتية بشكل كبير على الملكية الفكرية ومنتجاتها، وهذا ما أثر بصفة مباشرة على التجارة الدولية خاصة بعد دخول مفاهيم جديدة فرضتها التطورات التكنولوجية كالتجارة الإلكترونية، والتحكيم الإلكتروني، جعل الآليات الدولية لحماية الملكية الفكرية تتأثر بها. هذا إضافة إلى التحولات التي طرأت في كل المجالات، خاصة في التجارة بمفهومها الواسع نتيجة لظاهرة العولمة. إذ أن الإتفاقيات الدولية متعددة الأطراف قد رسمت مفاهيم جديدة في مجال التجارة المتعلقة بخصوص الملكية الفكرية ولتلافي المنازعات، وأوجدت أساليب تسوية تتميز بالسرعة واليسر.

فجاءت اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، وهي الإتفاقية الأحدث في مجال تلك الحقوق لتعكس المفاهيم الجديدة من خلال أساليب تسوية المنازعات المتعلقة بالملكية الفكرية¹.

مما لا شك فيه أن تسوية منازعات الملكية الفكرية داخل - المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومنظمة التجارة الدولية هو العامل الرئيسي والفعال الذي يتوقف عليه نجاح أهداف المنظمتين، ومن ثم تحقيق الغاية المنشودة منهما .

ومن خلال هذا الباب سنتطرق الى وسائل تسوية منازعات الملكية الفكرية وإجراءاتها سواء كانت أساليب التسوية الودية أو النظام الخاص للتحكيم في إطار المنظمتين المشرفتين على حقوق الملكية الفكرية على الصعيد العالمي في فصول ثلاثة تخصص الفصل الأول للوسائل الودية منازعات الملكية الفكرية، ونعالج في الفصل الثاني على أن تخصص الفصل الثالث للتحكيم في إطار منظمة التجارة العالمية .

¹ - كوثر عبد الله محمد بيومي، التحكيم في منازعات الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 158 .

الفصل الأول

الوسائل الودية لتسوية المنازعات

تعتبر الوسائل الودية من أهم أساليب تسوية المنازعات الدولية بين الدول خاصة في العلاقات القانونية العامة بخلاف العلاقات القانونية الخاصة، والنتيجة أن ضرورة الواقع في التجارة الدولية التي تندرج منازعات الملكية الفكرية ضمنها فرضت اللجوء الى هذه الوسائل، كأسلوب لتسوية المنازعات التي قد تحدث في مجال العلاقات القانونية الخاصة .

ويتم اللجوء الى الوسائل الودية من طرف أطراف النزاع، من أجل الحرص على إستمرار العلاقات المصلحية الخاصة ، وتفاديا للتكاليف كون الكشف عن الحقيقة في منازعات الملكية الفكرية عادة يتطلب خبرة تقنية عالية لمعاينة المساس بالحقوق وتقدير الضرر وتحديد التعويض الملائم ، هذا إضافة الى عامل الوقت .

ويتم اللجوء الى هذه الوسائل بموافقة الأطراف ، إذ أن رفض أحدهما اللجوء الى هذه الوسائل أو رفض الإستمرار فيها تعتبر كأن لم تكن بخلاف اللجوء الى التحكيم¹ .

¹ - فقد نصت المادة 06 من إتفاقية تفاهم تسوية النزاعات في منظمة التجارة العالمية على أنه " يتم تشكيل فرق التحكم إذ تقدمت إحدى الدول بطلب إجراء تحكيم ولم يوافق الطرف الآخر " ، وهذا دليل على إجبارية التحكيم .

وعليه سنقوم خلال هذا الفصل بالتعرف على الوسائل الودية في تسوية منازعات الملكية الفكرية في المنظمتين من خلال خلاصة ثلاثة مباحث للمفاوضات والمسامي الحميدة والتوفيق والوساطة .

المبحث الأول المفاوضات

رغبة من الأطراف المتنازعة في إنهاء النزاع الذي قد يثار بوسيلة سهلة دون إتخاذ إجراءات معقدة أو تكاليف، فإنها تلجأ إلى المفاوضات والتي تعد من الوسائل الودية لتسوية المنازعات، ومنها منازعات الملكية الفكرية وهي الوسيلة الأولى المباشرة قبل اللجوء الى اية وسيلة أخرى كالمسامي الحميدة والتوفيق والوساطة أو التحكيم .

ولقد نصت على ذلك المادة 4 من اتفاقية تفاهم تسوية المنازعات DSU على الأخذ بالمفاوضات كوسيلة عامة للتسوية، وتعتبر منازعات الملكية الفكرية من ضمن المنازعات التي يمكن استخدام المفاوضات كوسيلة لتسويتها¹.

ولدراسة مدى نجاعة هذه الوسيلة نقوم بإيضاح أن المفاوضات تعد وسيلة هامة لتسوية منازعات الملكية الفكرية، وذلك بالتعرف على كيفية إجراء المفاوضات في مطلب أول ، موضحين مدى نجاعة هذه الوسيلة في مطلب ثاني .

¹ - انظر نصوص اتفاقيات الجات (GATT) جولة أرحواي سنة 1994 المادة 4 من اتفاقية التريس.

المطلب الأول

تطبيق المفاوضات في منازعات الملكية الفكرية

تتخذ المفاوضات أشكالاً مختلفة¹، كالاتجاهات الدولية التي تعقد ما بين الأطراف المتنازعة، وذلك من أجل التوصل إلى تسوية المنازعة القائمة بين الأطراف أو تشكيل لجنة فنية من أجل بحث النزاع القائم بين الطرفين وإعداد تقرير يسترشد به في التسوية .
فهي تعد إحدى الطرق الكفيلة بحل النزاع كونها وسيلة سهلة للوصول إلى حل نهائي دون اللجوء إلى التحكيم، والذي قد يفضي إلى نتيجة لا ترضي أحد الطرفين، ويكلفها مبالغ مالية باهضة، في حين أن المفاوضات تحفظ العلاقات الودية، بل أن الإحصائيات تدل على أن 20 % من طلبات التفاوض أدت إلى التوصل إلى حلول ودية² .
ومنه ستطرق إلى تطبيق المفاوضات في في الحالات العادية في الفرع الأول ثم تطبيق المفاوضات في الحالات المستعجلة في الفرع الثاني .

الفرع الأول

تطبيق المفاوضات في الحالات العادية

وبالرجوع إلى المادة 04 فقرة 03 من إتفاقية تفاهم تسوية المنازعات (DUS) نجد أنها تحدد لنا كيفية اللجوء إلى المفاوضات . والمدة اللازمة لتطبيقها وفي نفس الفقرة السالفة الذكر نجد أنها

¹ - إبراهيم محمد العناني، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 542 .

جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الاجنبي والدولة المضيفة للإستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية مصر 2001، ص 10 .

- كوثر عبد الله محمد أحمد بيومي، التحكيم في منازعات الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 173 .

² - جلال وفاء محمدين، إجراءات تسوية المنازعات وفقاً لإتفاق جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة (إتفاقية تريس) مرجع سابق ص 35 .

تفرق لنا بين حالات في الظروف العادية التي يمكن أن تطبق فيها تلك المفاوضات لتسوية منازعات الملكية الفكرية وذلك لكون إتفاقية (TRIPS) إحدى إتفاقيات (GATT)¹ .

كما نص المادة السالفة الذكر في الفقرة -2- أيضا على أن كل عضو يلتزم بالنظر "بعين العطف" إلى أية طلبات يمكن أن تقدم من الطرف الآخر الذي عليه أيضا أن يوفر الفرصة الكافية للمفاوضات مع العضو مقدم الطلب .

فإذا لم يتم الإتفاق بين طرفي النزاع على عدم التفاوض فإن للطرف المتضرر الحق في طلب التفاوض من عدمه ، غير أنه إذا ما قدم طلب التفاوض فإن الطرف الآخر - الموجه إليه الطلب

- ليس له أن يرفض، إذ يعد إلتزام على عاتقه² ، وينبغي عليه إجابة الطلب والموافقة عليه خلال 10 أيام من تاريخ تسلمه للطلب ، وعلى الطرف الموجه إليه الطلب أن يبادر في إجراء المفاوضات بحسن نية خلال فترة لا تتجاوز 30 يوما³، من يوم تسلم طلب المفاوضات ، وهذا من أجل التوصل إلى تسوية للمنازعة ترضي الطرفين .

غير أنه إذا لم يتم التوصل إلى تسوية ترضي الطرفين بعد أن يعمل كلا الطرفين على السعي لإيجاد تسوية مرضية خلال 60 يوما بعد تاريخ تسلم طلب إجراء المفاوضات ، فإنه يمكن للطرف الشاكي مقدم طلب المفاوضات أن يطلب إنشاء فريق تحكيم .

¹ - محمد حامد السيد المليجي : أثر إتفاقيات الجات على حقوق الملكية الفكرية وآلية تسوية المنازعات الدولية وفقا لأحكامها، رسالة دكتوراة قدمت بكلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، 2003 ، ص 250 .

² - خيرى فتحي محمد أحمد البصيلي تسوية المنازعات في إطار إتفاقيات منظمة التجارة العالمية مرجع سابق ص 313 . وهذا فعلا ما كان في قضية بين البرازيل والفلبين، إذ ان البرازيل بعد تسلمها طلب المفاوضات رفضت الدخول في المفاوضات . فبعد تشكيل فريق التحكيم لحل النزاع قرر فريق التحكيم على ان البرازيل - المدعى عليها - ملزمة بالدخول في المفاوضات مع الفلبين بموجب احكام المادة (6.2/4) من إتفاق تسوية المنازعات :أنظر أكثر تفصيل وفاء محمدين، إجراءات تسوية المنازعات وفقا لإتفاق جوانب الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة (إتفاق تريس) ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لهيئة القضاء بالتعاون مع وزارة الصناعة والتجارة ووزارة العدل ووزارة الثقافة صنعاء -12-13 حزيران 2001 ص 37 منشور في - حميد علي اللهبي، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 612 .

³ - أنظر المادة (03/4) من إتفاق تسوية المنازعات .

ولإشارة فإن طلب المفاوضات في ظل هذا النظام وكونها إلزامية تنتهي أحيانا إلى تسوية للمنازعات تتوافق مع إلتزامات الأطراف في إتفاقات منظمة التجارة العالمية، والتي لا تتيح لطرفي النزاع من خلال المفاوضات الوصول إلى صفقة خاصة تتجاهل إلتزاماتها تجاه سائر أعضاء المنظمة¹ .

غير أننا نرى أنه وبرغم تحديد فترة المفاوضات فإنه يمكن للدول المتقدمة أن تستخدم هذه المراحل المتعددة لتسوية المنازعات، وهذا ما يؤدي إلى تمديد فترات النزاع بالنسبة للدول النامية وتكلفتها أعباء مادية وإجرائية .

برغم أن المادة 3/4 من إتفاقية تفاهم تسوية المنازعات تطلب من الطرف الموجه إليه الطلب أن يدخل في المفاوضات بحسن نية .

قد يقوم الطرف المتضرر بطلب المفاوضات ويوافق الطرف المستلم للطلب عليه ، ولكن يرفض الدخول في المفاوضات، فهنا لا يجب أن يبقى طالب المفاوضات مكتوف الأيدي تحت رحمة الطرف الآخر، فإن نص المادة 3/4 منحت له حق الإنتقال إلى مرحلة أخرى وهي مرحلة إنشاء فريق التحكيم أي الإنتقال من مرحلة تسوية ودية تتوافق وإلتزامات الأطراف في إتفاقيات منظمة التجارة العالمية، إلى مرحلة التحكيم التي تمنع اللجوء إلى الوسائل البديلة بعد صدور القرار من فريق التحكيم .

وهناك من يرى أن عدم نجاح المفاوضات سيؤثر على نجاح المراحل التالية لتسوية المنازعات، فهناك إرتباط وثيق بينهما ، لأن عدم دخول الطرف الموجه إليه الطلب بحسن نية سيؤثر على كل المراحل² .

ولكن قد يقدم طلب المفاوضات من أحد الطرفين إلى الطرف الآخر، غير أن الطرف المقدم إليه الطلب لا يقوم بالرد بالقبول خلال الفترة المحددة ب 10 أيام من تاريخ تسلمه الطلب .

¹ - خيرى فتحي ، تسوية المنازعات ، مرجع سابق ، ص 312

فمن بين 202 طلب للتشاور قدم حتى 30 اغسطس 2000، إنتهى 42 طلب منها إلى التسوية هامش خيرى فتحي البصيلي ، تسوية المنازعات ، نفس ، المرجع السابق ، ص 312.

² - صالح محمد محمود بدر الدين - النظام القانوني لتسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية دار النهضة العربية، مصر،

إذن فبعد مرور 10 أيام من تاريخ تسلم الطلب فهنا يحق للعضو الذي طلب المفاوضات أن ينتقل مباشرة إلى طلب إنشاء فريق التحكيم¹.
من خلال ما تقدم يتبين لنا أن مبدأ حسن النية في التعامل هو المنتج لأثار المفاوضات، وحتى حالات التسوية الأخرى سواء كان ذلك وفقاً لإتفاق الطرفين على الإجراءات التي يمكن أن تتبع في ذلك، أو وفقاً للإجراءات المحددة في نص المادة 4 فقرة 03 من إتفاقية تفاهم تسوية المنازعات DSU في حالة عدم الإتفاق .

الفرع الثاني

تطبيق المفاوضات في الحالات المستعجلة

لقد تطرقت المادة 04 فقرة 08 من إتفاقية تسوية المنازعات (DSU) إلى الحالات المستعجلة فحددت الحالات التي يتم فيها تطبيق المفاوضات، وتحديد المدة اللازمة لتطبيقها . بما فيها المتعلقة بالسلع سريعة التلف.

فإذا ما تم تقديم طلب من أحد أطراف النزاع .

- حالة السلع سريعة التلف - فإنه يجب الدخول في المفاوضات في مدة لا تتجاوز 10 أيام من تاريخ تسلم الطلب ، وإلا جاز لمقدم الطلب أن يطلب تشكيل فريق تحكيم .
كما أنه قد يدخل كل من طالب التفاوض والطرف الثاني في المفاوضات، غير أن المفاوضات خفقت في التوصل إلى حل للنزاع خلال 20 يوماً من تسلم طلب المفاوضات، ففي هذه الحالة يجوز لمقدم الطلب أن يطلب مباشرة تشكيل فريق تحكيم².

¹ - إبراهيم أحمد إبراهيم، منع تسوية منازعات الملكية الفكرية في إطار إتفاقيات منظمة التجارة العالمية، مرجع سابق، ص 8

² - المادة 8/4 من إتفاق تسوية المنازعات .

إذن يتبين لنا مما سبق أن مهلة 20 يوماً تعد المدة الاقصى التي يجب أن يتوصل فيها طرفي النزاع إلى حل يرضي الطرفين، وإلا لجأ مقدم الطلب إلى تشكيل فريق تحكيم، بل أنه قد يلجأ إلى ذلك بعد مرور 10 أيام من تاريخ تقديم الطلب وعدم دخول الطرف الثاني في المفاوضات، وفي كل الحالات السابقة يجب أن يتفق طرفي النزاع على إتخاذ المفاوضات في منازعات الملكية الفكرية وسيلة لتجنب اللجوء إلى التحكيم .

وتجدر الإشارة أنه يمكن أن تتم بين مندوبي الدول في أي مكان أو زمان، كما أنه يمكن أن يتوصل أطراف النزاع خلال المفاوضات إلى تسوية النزاع عن طريق وسيلة أخرى، وهذا ما نصت عليه المادة 05 من إتفاقية تسوية المنازعات¹ والتي قد تكون الوساطة أو التوفيق أو المساعي الحميدة دون اللجوء إلى تشكيل فريق تحكيم .

المطلب الثاني

كيفية إجراء المفاوضات.

إن الهدف من المفاوضات هو تضييق مساحة الإختلاف بين المقترحات وتوسيع منطقة الإشتراك وذلك عن طريق مبدأ حسن النية، والنظر إلى طلبات الطرف الثاني بعين الرعاية . كما تعتبر المفاوضات سابقة ضرورية ولازمة لبدء الإجراءات الرسمية كالتحكيم مثلاً .

ونظراً لاهمية المفاوضات فقد تم تحديد إجراءات خاصة بها في إتفاقية تفاهم تسوية المنازعات "DSU" ، هذا بعد موافقة طرفي النزاع على ذلك .

ولذلك سندرس في هذا المطلب طلب التفاوض في الفرع الأول وعملية التفاوض في الفرع الثاني والضوابط التي تحكمها في الفرع الثالث .

الفرع الأول

¹ - المادة 8/4 من إتفاق تسوية المنازعات .

أنظر أكثر تفصيل حميد محمد علي اللهي ، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية ، مرجع سابق ، ص 6/3 .

طلب التفاوض

هو الدعوى إلى التفاهم والحوار والذي يطلق عليه في الإصطلاح القانوني دعوة إلى التعاقد ولقد أصدرت الجات في دورتها السابعة عشر في 13 نوفمبر عام 1960 قرارا يرمي إلى تنشيط إجراءات المفاوضات بين (الأطراف المتعاقدة) ، وينص القرار على أنه يجوز لأي طرف متعاقد أن يطلب من طرف متعاقد آخر الدخول في مفاوضات ثنائية أو متعددة الأطراف، حول الممارسات التجارية المقيدة التي تنتج آثارا ضارة بهدف الوصول إلى نتائج مرضية بصورة متبادلة، وإتخاذ السبل والإجراءات الكفيلة برفعها¹ ، على أنه ولتنفيذ دور المفاوضات فإنه ووفقا لنص المادة 22 / 1 من إتفاقية الجات و المادة 1/22 من الإتفاق العام للتجارة في الخدمات GATT، فإنه يحق للدول الأعضاء طلب الإنضمام إلى المفاوضات القائمة بين عضوين أو أكثر، لوجود مصلحة تجارية جوهرية لطالب الإنضمام ، ويتم ذلك بأن تخطر إحدى الدول أو بعضها الأعضاء المتفاوضين، وتنظم بعد ذلك بعد موافقة الأعضاء المتفاوضين² ويجب أن يكون الطلب مؤسسا على أساس سليم بوجود مصلحة جوهرية لطالب الإنضمام فإذا تم القبول فإنه على الطرفين إعلام جهاز تسوية المنازعات (DSU) .

أما في حالة رفض الإنضمام إلى المفاوضات، فإن مقدم طلب الإنضمام له كامل الحرية بعد ذلك في أن يقدم طلب عقد مفاوضات بموجب المادة 1/22 من إتفاق الجات .

والطلب المقدم للتفاوض وإن كان بالنسبة للطرف مقدم الطلب غير ملزم لتقديمه، فإن الطرف المقدم إليه الطلب يعتبر قبوله واجب، هذا دون العضو المنضم إلى المفاوضات والذي يجوز رفضه.

الفرع الثاني

¹ - أنظر نص القرار في IBDD supplement no: .9. fevrier.1961.pp.28.29

مذكور في مذكرة محمد سلمان مضحي مرزوق الغريب، تسوية المنازعات التجارية وفق إتفاقية منظمة التجارة العالمية رسالة مقدمة للحصول على شهادة الدكتوراة في القانون التجاري جامعة القاهرة كلية الحقوق 2007 ،ص 214 .

² - خيرى فتحي البصيلي، تسوية المنازعات، مرجع سابق، ص 314 .

عملية التفاوض والضوابط التي تحكمها

ولقد أوضحت المادة 04 فقرة 01 من إتفاقية تسوية المنازعات (DSU) على أن تحاول الدول الاعضاء عند إتخاذ المفاوضات كوسيلة للتسوية، على أن تضع قواعد وإجراءات عملية مكملة طالما تمت بناء على التراضي، كما نصت نفس المادة 4 فقرة 03 على أن تلتزم الدول الأعضاء بالنظر بعين الرعاية بالنسبة للطلبات التي يمكن أن تتقدم بها دول الأعضاء الأخرى والمتعلقة بالإجراءات المتخذة في أراضيها بشأن تطبيق نصوص الإتفاقية، وأن تعاون الدول على تسهيل المفاوضات طالما أن ذلك يتعلق بتطبيق إجراءات الإتفاقية على أراضيها¹.

كما أنه على الأطراف المتعاقدة أن تسعى خلال سير المفاوضات إلى تسوية مرضية للمسألة محل النزاع وبسرية.

كما أشارت المادة 4 فقرة -10 - من نفس الإتفاقية على أنه يجب على الدول الأعضاء عند إجراء المفاوضات الإهتمام بالمشاكل والمصالح الخاصة بالأعضاء من البلدان النامية، وفي ذلك يجب أن يتم التفاوض من الناحية العملية بأن تقوم الدولة العضو طالبة التفاوض بإخطار جهاز تسوية المنازعات والمجالس واللجان ذات الصلة بطلبها².

كما تجدر الإشارة إلى أن طلب المفاوضات يجب أن يقدم مكتوبا، وذلك من أجل الحصول على حقائق³ مبينا فيه الأسباب الداعية للطلب، كتحديد الإجراءات التي يتم الإعتراض عليها مع عرض الأساس القانوني للشكوى بوصفها إنتهاكا لنصوص وأحكام الإتفاقات المشمولة بالتفاهم⁴.

¹ - راجع نصوص إتفاقيات جولة أرجواي سنة 1994 المادة 04 فقرة -2 .
- كوثر عبد الله، التحكيم في منازعات الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 175 .
- خيرى فتحي البصيلي، تسوية المنازعات، مرجع سابق، ص 317 .
- صالح محمد محمود بدر الدين، النظام العام القانوني لتسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية، مرجع سابق، ص 55 .

² - خيرى فتحي البصيلي، تسوية المنازعات، مرجع سابق، ص 318 .

³ - محمد سليمان مضحي مرزوق الغريب، تسوية المنازعات التجارية، مرجع سابق، ص 218 .

⁴ - نص المادة 4/4 من إتفاقية تسوية المنازعات .

ويقتضي مبدأ سرية المفاوضات ،على أن ما دار في جلسة المفاوضات، من أسئلة وأجوبة وما قدم من وثائق ومستندات ، لا تصبح ملك للمنظمة العالمية للتجارة ولا يعلم بها أطراف غير الأطراف الأعضاء في المفاوضات، وذلك تحقيقاً للأهداف التي تقوم عليها إتفاقيات منظمة التجارة العالمية والتي من أهدافها الوصول إلى حل سلمي وسريع للمنازعات يرضي الطرفين ويبقى طرفي النزاع في علاقة ودية بينهما .

والمفاوضات من الناحية العملية تتم في إحدى غرف منظمة التجارة العالمية في جنيف بسويسرا ويتم التفاوض باللغة الإنجليزية دون مترجمين، وبدون معارضة أي من أدوات الطباعة أو الإحتزال أو غيرها ، ويمثل الحكومات الأطراف في النزاع، ممثلين قد يكونون أطراف أصلية في النزاع أو ممن إنضموا إلى التفاوض وفقا لنص المادة 4 فقرة 11 من إتفاقية تسوية المنازعات وفيما عدا ذلك تكون المفاوضات مغلقة¹ .

وهذه المفاوضات تركز على الأسئلة المكتوبة والتي من خلالها يمكن الوصول إلى الحقيقة، كما قد يتم توجيه الأسئلة بغرض الحصول على نسخ من القوانين المتعلقة بموضوع النزاع للدول المتفاوضة، أو غيرها من اللوائح أو الوثائق، بل قد يمتد الأمر إلى التطرق إلى النظريات و النواحي القانونية البحتة² .

هذه المفاوضات قد لا تجري بصورة سلسة ويمتنع الطرف الثاني - العضو المشكوا منه - عن الإجابة عن تساؤلات الطرف الشاكي أو أن يجيب بصفة موجزة ، بسبب أن التساؤل قد يكون جد معقد، الهدف منها إدانة الطرف الثاني لا غير³ .

غير أنه إذا ما تمت المفاوضات بمبدأ حسن النية، و أخذت طلبات المشتكي بعين الرعاية فإن المفاوضات ستكون عنواناً لنتيجة مرجوة من الطرفين ألا وهي حل سلمي سريع ونهائي .

¹ - خيرى فتحي البصيلي، تسوية المنازعات في إطار إتفاقيات منظمة التجارة، المرجع السابق، ص 220 .

² - جلال وفاء محمدين، إجراءات تسوية المنازعات وفقا لإتفاق جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة، مرجع سابق، ص 130 .

³ - جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 131 .

وتتضح أهمية الإجابة الكافية والصريحة عن التساؤلات التي يوجهها طرف إلى طرف آخر أثناء التفاوض النزاع الذي كان بين الهند والولايات المتحدة¹. إذ أن الولايات المتحدة وخلال

Appellate Body Report , India – patent protection for pharmaceutical and Agricultural - chemical products ("india- patent- (Us)") WT /Ds50/AB/R,adopted 16 january 1998,DSR 1998 .

إذ تتمثل وقائع هذه القضية فيما يلي :

يتعلق هذا النزاع بحماية براءة الاختراع للأدوية والمنتجات الكيماوية الزراعية في الهند . وفقا للمادة 4/65 من إتفاق الجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية TRIPS تكون الهند كدولة نامية عضو في منظمة التجارة العالمية قد أجلت حماية براءة الاختراع الخاصة بمنتجات الأدوية ومبتكرات الكيماويات الزراعية حتى الأول من يناير 2005 وبموجب المادة 8/70(أ) يجب على الاعضاء اللذين لم يضعوا حماية قانونية لبراءة الاختراع للأدوية والمنتجات الكيماوية الزراعية إعتبارا من الاول من يناير 1997 أن يوفروا الوسائل التي يتم إبداع طلبات البراءة من أجل الحفاظ على السبق المتعلق بهذه الطلبات .

وطالما أن هؤلاء الاعضاء غير ملزمين بفحص هذه الطلبات أو منح البراءات خلال الفترة الإنتقالية ، يمكن الإشارة إلى هذه الطلبات بمقتضى المادة 8/70 (أ) كأنها طلبات " صندوق البريد " mail box Applications وبالإضافة إلى هذا تشترط المادة 09/70 ضرورة تفويض "حقوق التسويق الإستثنائية" حتى في خلال الفترة الإنتقالية، وذلك بالنسبة إلى بعض المنتجات الخاضعة لطلبات "صندوق البريد" .

مرحلة التفاوض طرحت أسئلة مكتوبة إلى الهند، تطالب فيها تحديد معلومات معينة عما إذا كان نظام إداري محدد لإستقبال طلبات الحصول على براءة الإختراع عن الأدوية، وذلك وفقاً للنظام الذي أرساه إتفاق الجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية TRIPS أم لا ؟ وقد رفضت الهند الإجابة عن التساؤل .

عدم الإجابة عن التساؤل جعل المفاوضات تفشل فتم عرضه على فريق التسوية الخاص، فأقامت الهند دفاعها على أنها تولى تنفيذ إلتزاماتها بمقتضى (TRIPS) لإستقبال طلبات براءات الأدوية بطريق نماذج إسترشادية إدارية غير منشورة، فكان رد الولايات المتحدة على هذه الحجة ، على إعتبار أن هذا النظام موجوداً فعلاً في الهند ، فإنه في حد ذاته غير متفق مع أحكام إتفاقية "TRIPS" كون عدم نشر هذا النظام الإداري يمثل خرقاً وإنتهاكاً لأحكام هذا الإتفاق فصدر حكم من فريق التسوية لصالح الولايات المتحدة¹.

وللإشارة فإن نسبة عالية من طلبات المفاوضات تنتهي إلى الحل السلمي حال ما يكون مبدأ حسن النية سابق لبداً المفاوضات .

وقد قدمت الإدارة الهندية قبل دخول إتفاقات منظمة التجارة العالمية حيز النفاذ مباشرة مذكرة إلى البرلمان لتعديل قانون براءة الإختراع، بحيث يتاح للهند الحصول على نظام "طلبات صندوق البريد" بالنسبة إلى الأدوية والمنتجات الكيماوية الزراعية ، بالإضافة إلى حقوق التسويق القاصرة عليها ، ولكن البرلمان فشل - على أية حال - في إصدار القانون، وقد تسلمت الهند طلبات صندوق البريد بمقتضى التعليمات الإدارية الخاصة بالرقابة على براءات الإختراع ، إلا أنها لم تمنح أي آلية خاصة بحقوق التسويق القاصرة عليها

وقد إنتهى تقرير الفريق الخاص والموزع في سبتمبر 1997 إلى أن الهند لم تخضع للإلتزاماتها بموجب المادة 8/70(أ) حيث فشلت في تأسيس آلية تحافظ بصورة كافية على الجودة والسبق المتعلقين ببراءة الإختراع الخاصة بالأدوية والمنتجات الكيماوية الزراعية . وتوصل الفريق إلى قرار بديل في حالة نقض جهاز الإستئناف لقراره المتعلق بفشل الهند في الإذعان للإلتزام الشفافية (النشر والإخطار) بموجب المادتين 1/63 و 2/63 من إتفاق TRIPS، وبالإضافة إلى أن الهند لم تنفذ إلتزاماتها بمقتضى المادة 9/70 ، حيث فشلت في تأسيس نظام لمنح حق التسويق القاصر عليها ، وقد استأنف الهند هذه القرارات في أكتوبر 1997 ، وقد دعم جهاز الإستئناف في تقريره الصادر في ديسمبر 1997 - مع بعض التعديلات في الأسباب - تقرير الفريق في المواد 8/70(أ) و 9/70 ، ولكنه قرر أن المادة لم تكن ضمن شروط الإحالة إلى ذلك الفريق ، وقد إعتد جهاز تسوية المنازعات تقرير الفريق وتقرير جهاز الإستئناف في يناير 1998 .

وفي إجتماع الجهاز في إبريل 1998 ، أعلنت الهند والولايات المتحدة الإتفاق على فترة تنفيذية تبلغ ... شهرا .

راجع في ذلك : د. محمد أبو العينين: نظام تسوية المنازعات ، مرجع سبق ذكره ، ص 71 .

د - محمد سلمان مضحي مرزوق - تسوية المنازعات التجارية مرجع سابق ص 220 .

د - خيرى فتحي البصيلي مرجع سابق ص 221-222 .

¹ - أنظر محمد سلمان مضحي مرزوق، تسوية المنازعات التجارية ، مرجع سابق ، ص 221-222 .

فقد تقدم¹ الإتحاد الأوربي بتاريخ 22 فبراير 1996 بطلب المفاوضات على أن قانون حماية الملكية الفكرية في اليابان يتعارض مع المادة 14 من إتفاقية تريرس، وكانت الولايات المتحدة قد سبقت إلى ذات الطلب بتاريخ 09 فبراير 1996 فتم ضم الطلبين، وبتاريخ 07 نوفمبر 1997 تم التوصل إلى تسوية ودية وتم إنهاء النزاع دون اللجوء إلى الوسائل الأخرى لتسوية المنازعة .

وفي ذلك فإنه على طرفي النزاع وحال إنتهاء المفاوضات والوصول إلى حلول مرضية، ينبغي عليهم إخطار جهاز تسوية المنازعات والمجالس واللجان الأخرى ذات الصلة بهذه الحلول، أو بأي إتفاق بني إستنادا إلى أحكام التفاوض² . إلا أنه لا يوجد ميعاد محدد لإخطار الجهاز مما جعل في حالات عديدة إلى أنه يتم إجراء المفاوضات من جانب الدول المتقدمة، ولا يتم إخطار الجهاز بما تم التوصل إليه وتظل الدول النامية تنتظر ما تم التوصل إليه من تسوية بدون جدوى³ .

كما تقدمت البرازيل⁴ بطلب مفاوضات مع الولايات المتحدة بتاريخ 31 يناير 2001، وذلك وفقا للمادة 04 من إتفاقية تفاهم تسوية المنازعات (DSU) التي تقرر المفاوضات فيما يتعلق بقانون براءات الإختراع في الولايات المتحدة رقم 30 وعلى الأخص الفصل (18) المادة (38) المتعلقة بحقوق براءات الإختراع في الإبتكارات المصنوعة، مع المساعدة الفدرالية لتلك

1 - طلب التفاوض الذي تقدمت به الولايات المتحدة متعلق بالتسجيلات الصوتية وحقوق منتجي التسجيلات الصوتية في قانون الملكية الفكرية في اليابان ولقد بدأت مرحلة المفاوضات بتاريخ 09 فبراير 1996م، ثم إنظم الإتحاد الأوربي بتاريخ 22 فبراير 1996م وهذا لوجود مصلحة تجارية جوهرية في النزاع، والنزاع لم ينتهي إلا بتاريخ 07 نوفمبر 1997م أي أن النزاع إستمر 20 شهرا ورغم التوصل إلى تسوية إلا أن طرف النزاع لم تحظر الجهاز بما تم من تسوية . إنما إقتصر الإخطار على انه تمت التسوية

Request for consultations by the united states, communities (wT(DS28)1)9
february 1996.p2 .

- مشار إليه في كل من محمد حامد السيد المليجي، أثر إتفاقيات الجات على حقوق الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 301 .

- كوثر عبد الله محمد، التحكيم في منازعات الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 176 .

2 - المادة 03 فقر -6- من إتفاقية تسوية المنازعات .

- خيرى فتحي البصيلي، تسوية المنازعات، مرجع سابق، ص 3/9

3 - محمد أبو العينين، نظام تسوية المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية، مرجع سابق، ص 9 .

3-Regust For consultation by Brazil (wt/Ds224/1)7 February 2001.p.1

- مشار إليه في محمد حامد السيد المليجي، أثر إتفاقيات الجات على حقوق الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 309 .

- وتعد البرازيل من دول العالم النامية .

الإبتكارات ، والبرازيل إكتشفت أن هناك عناصر تمييز متعددة لقانون براءة الإختراع في الولايات المتحدة . ومن الأمثلة التي ذكرها على سبيل المثال لا الحصر .

- لا يجوز التنازل أو نقل الإبتكار إلا الشركات الكبيرة، ولا يمكن ذلك بالنسبة للشركات التي تدير أعمالا وتعتبر شركات صغيرة في التعامل وليست من الشركات الكبيرة في الأعمال . كما يجوز التنازل أو نقل الإبتكار للمنظمات التي تكون مخصصة لغرض معين بدون ربح، أي يقتصر التنازل أو نقل الإبتكار على الشركات الكبيرة والمنظمات لغرض معين بدون ربح ولا يجوز ذلك بالنسبة للشركات الصغيرة، مما يجعل هنا تمييزا في تنازل أصحاب براءات الإختراع عن الترخيص للغير الذي يقتصر على بعض فئات دون أخرى .

- أنه لا يتم إستخدام أو بيع الإبتكار إلى الغير في داخل الولايات المتحدة . معنى ذلك أنه لا يجوز لأصحاب براءة الإختراع أن يتنازلوا عن الإستخدام أو يبيعوا إلى الغير، وهم الذين لا يتواجدون في الولايات المتحدة . وفي حالة أن يقوم الغير بإستخدام الإبتكار في التصنيع الأساسي في الولايات المتحدة، يجوز لأصحاب البراءات التنازل لهذا الغير من خارج الولايات المتحدة طالما أنه سوف يقوم بإستخدام الإبتكار في الصناعة الأساسية التي تتم داخل الولايات المتحدة . إذن فقانون براءة الإختراع في الولايات المتحدة يضع قيودا قانونية للإستخدام أو البيع للإبتكارات، كما يضع قيودا على الإبتكارات المملوكة فيدراليا .

وهذا يتعارض مع المادة 27 و 28 من إتفاقية ترينس وغيرها من المواد في إتفاقيات (GATT) ، هذا ما جعل البرازيل تطلب إجراء مفاوضات لتوضيح كيفية هذا التمييز في قانون براءات الإختراع في الولايات المتحدة . والتعرف على مبرراتها ومطالبتها بتوافق قانون براءتها مع إلتزاماتها في إتفاقية ترينس (TRIPS) .

وبتاريخ 16 فبراير 2001 تقدمت الهند بطلب الإنضمام إلى المفاوضات، على إعتبار أن لها مصالح تجارية جوهرية ، وتمت التسوية الودية بين الأطراف .

كما تقدمت الولايات المتحدة بتاريخ 30 أبريل 1996م بطلب إجراء مفاوضات مع البرتغال وفقا للمادة 04 من إتفاقية تفاهم تسوية المنازعات ، وذلك فيما يتعلق ببراءة الإختراع في قانون حماية الملكية الصناعية في البرتغال . والذي تتعارض بعض قواعده مع المواد 33 ، 65 ، 70، من إتفاقية TRIPS والتي هي متعلقة بمدة حماية براءة الإختراع، وبعد المفاوضات تم

إخطار جهاز تسوية المنازعات بتاريخ 03 أكتوبر 1996م بأنه تمت تسوية المنازعة بالإتفاق الودي فيما بين الطرفين¹.

إذن من القضايا السابقة يتبين دور المفاوضات في حل النزاعات بين الدول المتنازعة، ولكن ليس في كل مرة يمكن الوصول إلى نتيجة مرضية للطرفين . فقد يحدث جدل أثناء المفاوضات ، مما يؤدي إلى أن تخفق المفاوضات، هذا ما يمنع الطرف الشاكي بعد 60 يوما من تاريخ تسليم طلب إجراء المفاوضات أن يطلب إنشاء فريق تسوية للنظر في النزاع².

غير أنه إذا كانت المفاوضات متعلقة بإجراء متخذ من عضو من البلدان النامية يجوز لطرفي النزاع الإتفاق على تمديد المفاوضات والمحددة بـ 60 يوما وفقا لنص المادة 4 فقرة -7 من إتفاقية تفاهم تسوية المنازعات ، وبعد إنقضاء الفترة الممددة، يتفاوض الطرفان مع رئيس جهاز تسوية المنازعات على تمديد الفترة أو عدم تمديدها ، وفي حالة التمديد يحدد رئيس الجهاز المدة³، ومع ذلك وحتى بعد التمديد فقد تخفق المفاوضات ويتم اللجوء إلى فريق التسوية، غير أن اللجوء إلى فرق التسوية بالتحكيم لا يمنع إستمرار المفاوضات أثناء تشكيل وتكوين فريق التسوية بل حتى بعد تشكيله، إذ أن فريق التسوية ينبغي أن يتفاوض بانتظام مع طرفي النزاع، و أن يعمل إلى الوصول إلى حل مرضي، وهذا قبل الدخول في إجراءات فريق التسوية⁴، وهذا لما للمفاوضات من أهمية كبيرة في إزالة العقبات المتعلقة بالنزاع، ولما لها من أثر ناحية الطرفين اللذين توصلا إلى حل لنزاعهما القائم بالإتفاق، وهذا دون الوصول إلى قرارات ملزمة للطرفين صادرة عن فريق التسوية .

المبحث الثاني

المساعي الحميدة والتوفيق والوساطة

1- see Request for consultation by the united states (wt/ds37/1)30 april -

1996 p.2.

- مشار إليه في محمد حامد السيد المليجي أثر إتفاقيات الجات على حقوق الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 309 .

² - أنظر المادة 03 فقرة 06 من إتفاقية تفاهم تسوية المنازعات (DSU)

³ - أنظر المادة 12 فقرة 10 من إتفاقية تسوية المنازعات .

⁴ - خيرى فتحي البصيلي تسوية المنازعات، مرجع سابق، ص 325 .

إن كانت المفاوضات أول وسيلة يمكن أن تتخذ لتسوية المنازعات فإن الدول لم تكتف بذلك و أخذت بوسائل أخرى للتسوية، فيمكن لطرفي النزاع اللجوء إلى إحدى الوسائل الثلاث، المساعي الحميدة ، التوفيق أو الوساطة ولقد تم النص على ذلك في نص المادة 05 من إتفاقية تفاهم تسوية المنازعات .

غير أن اللجوء إلى إحدى هذه الوسائل التي تكون عادة بعد المفاوضات وقبل التحكيم لا يمنع في أن تستخدم أثناء التحكيم، مثلها مثل المفاوضات التي يمكن أن تكون في أي مرحلة حتى أثناء إستخدام المساعي الحميدة والتوفيق والوساطة .

كما أن الدخول في إجراءات تسوية النزاع عن طريق هذه الوسائل أمر إختياري لأطراف النزاع، يتم إتخاذه طواعية وليس بشكل إلزامي¹ .

غير أنه وبعد صدور قرار التحكيم في المنازعة فإنه لا يمكن إستخدام أي من هذه الوسائل وعلى هدى ما سبق فإننا سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى التعريف بهذه الوسائل بينها وبين التحكيم في مطلب أول ، و إجراءات هاته الوسائل الودية، وأهم الفروقات فيما بينهما وبين التحكيم في مطلب ثاني .

المطلب الأول

التعريف بالمساعي الحميدة والتوفيق والوساطة

لقد نصت إتفاقية الجات (GATT) سنة 1994م في المادة 05 من إتفاقية تفاهم تسوية المنازعات (DSU) على الأخذ بالمساعي الحميدة والتوفيق والوساطة كوسائل للتسوية وإذ كان هناك من يعتبر الوسائل البديلة على أساس أنها طرق دبلوماسية²، وليست وسائل قانونية، فإن هناك من يعتبرها وسائل قانونية لتسوية المنازعات، ويمكن لأطراف النزاع الأخذ بها مستقلة عن بعضها البعض . برغم أن إتفاق التسوية أوردها في نص مادة واحدة .

¹ - أنظر المادة 1/5 من إتفاق تسوية المنازعات .

² - صالح محمد محمود بدر الدين ، النظام العام القانوني لتسوية المنازعات، مرجع سابق، ص 66 .

هذا ما يدعوننا إلى البحث عن التعريف بهذه الوسائل كل على حدى وذلك بالتطرق في الفرع الأول بالتعريف بالمساعي الحميدة وفي الفرع الثاني إلى التوفيق وفي الفرع الثالث إلى الوساطة

الفرع الأول

التعريف بالمساعي الحميدة

وهي تتسم بميزة خاصة، كونها تجري بتدخل طرف آخر قد يكون شخص طبيعي أو معنوي، ولقد تم تعريفها على أنها هي الجهود التي يبذلها شخص أو هيئة أو دولة في حالة نزاع قائم بموافقة أطراف النزاع، وذلك للتقريب بين الأطراف المتنازعة للتوصل إلى تسوية للنزاع¹.

كما عرفت على أنها سمة خاصة عن باقي الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، في أنها تجري من جانب طرف آخر لا يعتبر طرف في النزاع وذلك للسعي بين طرفي النزاع لإيجاد تسوية للمنازعة، دون تدخل في التسوية، فكل ما يقوم به هو السعي إلى تحريك الأطراف وإثارتها على اللجوء إلى تسوية المنازعات.

إذن المساعي الحميدة تكون نتيجة لسعي من طرف ثالث تلقائيا دون دفع من أحد أو بناء على طلب طرف أو الأطراف جميعا، يكون هدفه تقريب وجهات نظر طرفي النزاع دون تدخل في موضوع التسوية والذي يبقى رهن إرادة طرفي النزاع . فقد يقتصر دوره على الحث على تكملة المفاوضات إن كانت قد توقفت، أو السعي لدى الأطراف على إجراء مفاوضات، أو السعي بين طرفي النزاع إلى اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية النزاع، إذن دوره لا يتعدى تحريك الأطراف المتنازعة .

الفرع الثاني

¹ - جلال وفاء محمدين، إجراءات تسوية المنازعات وفقا لإتفاق جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة (إتفاق تريس)، مرجع سابق، ص 44 .

- مذكور أيضا في كتاب حميد محمد علي اللهبي، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية في إطار منظمة - التجارة العالمية، مرجع سابق، ص 616 .

التوفيق

تدخل طرف ليس طرفا في النزاع بالتحقيق في أساس النزاع - في ماديات الوقائع - ويقدم تقريره إلى الأطراف المتنازعة، يتضمن في فحواه مقترحات لحل النزاع، هذه المقترحات لا ترقى أن تكون قرارات ملزمة¹.

هذا الطرف الموفق، له خلال الفترة المحددة للتسوية أن يطلب أية معلومات إضافية أو ضرورة يرى أنها مهمة لإجراء التوفيق، كما لطرفي النزاع أن يقدم لهذا الموفق أي معلومات يرونها ذات أهمية لإجراء عملية التوفيق².

أطلق على التوفيق مصطلح "المصالحة"³ وهو إتفاق بين أطراف النزاع على تقديم تنازلات متبادلة، وهذا لحل النزاع القائم⁴.

ويكون ذلك إما عن طريق شخص طبيعي أو معنوي كهيئة أو لجنة محايدة لدراسة وفحص وجهات نظر الأطراف، وتقديم حل للنزاع دون أن يكون ملزم لأي من الطرفين.

وليس بعيدا عن هذه التعاريف فقد صدر تعريفا للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في توصية الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 2002/11/19م وذلك بعنوان "القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي للتوفيق التجاري الدولي، و تم تعريفه على

¹ - نبيل أحمد حلمي، التوفيق كوسيلة سلمية لحل المنازعات الدولية في القانون الدولي العام دار النهضة العربية مصر 1983 ، ص 11 .

² عادل محمد خيرى أوجه الإتفاق والإختلاف بين التحكيم وبين غيره من الانظمة قدم لمؤتمر التحكيم التجاري الدولي الذي عقد بالقاهرة في 10/07/1995م، ص 21 .

- مذكور في كتاب كوثر عبد الله محمد ، التحكيم في منازعات الملكية الفكرية ،مرجع سابق، ص 163 .

- حامد محمد المليحي ، أثر إتفاقيات الجات على حقوق الملكية الفكرية ،مرجع سابق ،ص 250 .

³ - إذ نرى أن هناك ولو فارق بسيط بين مفهوم التوفيق والمصالحة أو الصلح، إذ أن الصلح قد يتم بحوار مباشر بين طرفي النزاع لمناقشة الموضوع للوصول إلى نتيجة أو حل، أي أن الصلح أشمل و أعم أما التوفيق لا يكون كذلك إلا بتدخل طرف ثالث، والمشعر الجزائري أسمى ما يقوم به القاضي بين طرفي الخصومة، بالصلح راجع في ذلك نص المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

⁴ - جلال وفاء محمدين، إجراءات تسوية المنازعات وفقا لإتفاق جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة (إتفاق تريس)،مرجع سابق، ص 44 .

أنه " أي عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر، ذي مدلول مماثل ، يطلب فيها الطرفان إلى شخص ثالث أو أشخاص آخرين (الموفق) مساعدتهما في سعيهما للتوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة عقدية أو قانونية أخرى، أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفق صلاحية فرض تسوية للنزاع على الطرفين ¹ .

إذن من التعريف السابق نخلص إلى أن التوفيق ما هو إلا توصية أو إقتراح بتسوية ، يكون من شخص أو عدد من الأشخاص أو هيئة أو لجنة محايدة توكل إليهم مهمة السعي للوصول إلى حل أو تسوية للنزاع عن طريق دراسة وجهات نظر الأطراف دون أن تكون تلك النتيجة المتوصل إليها ملزمة لطرفي النزاع .

الفرع الثالث الوساطة

وهي عبارة عن سعي ودي تعرضها جهة ثالثة ليست طرفا في النزاع، قد تكون شخص طبيعي أو هيئة أو دولة، وذلك بغرض التوصل إلى حل للنزاع عن طريق الدخول في مفاوضات تشارك في إدارتها الجهة صاحبة مبادرة الوساطة ² .

هذا الوسيط يقتصر دروه خلال المدة المحددة من جانب طرفي النزاع على المساعدة لهما للتوصل إلى تسوية ، إذن فالوسيط يعد مت دخلا في التسوية وهذا بخلاف القائم بالمساعي الحميدة

¹ - أنظر المادة 01 فقرة 3 من القانون النموذجي للامم المتحدة للقانون التجاري الدولي للتوفيق التجاري الدولي 1985

² - حميد اللهبي، طرق حل المنازعات الدولية، مرجع سابق، ص 54 .

- جلال وفاء محمدين، إجراءات تسوية المنازعات وفقا لإتفاق جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة (إتفاق تريس) ، مرجع سابق، ص 44 .

- حميد محمد علي اللهبي، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية ، مرجع سابق، ص 617 .

الذي يقتصر دوره خلال المدة التي يياشر عمله فيها على تحريك الأطراف لإتخاذ وسيلة للتسوية¹، والوسيط إذا ما رأى أن فشل مهمته خلال المدة التي يتم فيها إجراء الوساطة يمكن له الإنسحاب، سواء بإرادته الحرة أو بناء على طلب أحد أطراف النزاع، فالوسيط يعمل جاهدا إلى التوصل إلى تسوية ترضي الأ طرف .

إذن من خلال التعريفات السابقة يتضح أنه يجب حضور طرف ثالث خارج عن النزاع، سواء كان شخص طبيعي أو هيئة أو وكالة في حالات التسوية الودية سواء كانت المساعي الحميدة التوفيق أو الوساطة . ويكون دوره دائما السعي للوصول إلى تسوية ترضي الطرفين.

المطلب الثاني

إجراءات الوسائل الودية وأهم الفروقات فيما بينها وبين التحكيم

إن اللجوء إلى هاته الوسائل المساعي الحميدة ، والتوفيق والوساطة - إجراء إختياري وفقا لمبدأ حسن النية للوصول إلى تسوية للنزاع وعلى ضوء ما سبق يثار التساؤل حول كيفية اللجوء إلى هاته الوسائل وماهي أهم الفروقات فيما بينها وبين التحكيم .
وعليه سندرس في هذا المطلب إجراءات هاته الوسائل في الفرع الأول ثم أهم الفروقات فيما بينها وبين التحكيم فرع ثاني .

الفرع الأول

¹ - محمد حامد السيد المليحي، أثر إتفاقيات الجات، مرجع سابق، ص 54 .

إجراءات الوسائل الودية (المساعي الحميدة - التوفيق - الوساطة

(

بمقتضى نص المادة 04 فقرة 5- من إتفاقية تسوية المنازعات لمنظمة التجارة العالمية فإنه يجب على الأطراف الدخول في المفاوضات أولاً، قبل اللجوء إلى التحكيم وهذا محاولة للوصول إلى تسوية ودية إعمالاً لمبدأ حسن النية في المعاملات، كما أن نظام الويوا يطرح نوعاً من الوساطة يكون الهدف منها هو الوصول إلى تسوية مرضية فإذا لم يتم ذلك نلجأ إلى التحكيم كإجراء أخير .

والأصل أن طرق التسوية تتخذ منفردة ومستقلة عن بعضها البعض، ولطرفي النزاع الأخذ بأي منها، وإذا كان الدخول في عملية المفاوضات، أمراً إلزامياً بالنسبة للطرف الذي وجه إليه طلب المفاوضات، فإن الدخول في إحدى هذه الوسائل يعد أمر إختياري¹ حتى ولو كانت هذه الوسائل معروضة حتى من قبل المدير العام للمنظمة ذاته² .

وهذه الوسائل يمكن أن تبدأ وتنتهي أيضاً في الأوقات التي يحددها الأطراف أنفسهم³، فيمكن اللجوء إلى كل وسيلة على حدى، فإجراء المساعي الحميدة تكون عن طريق طرف ليس طرفاً في النزاع، ويكون دوره مقتصرًا على السعي لدى طرفي النزاع لحلهم على مباشرة المفاوضات أو تكملة المفاوضات إذا توقفت، أو لحلهم على اللجوء إلى التحكيم، وهذا قد يكون بصفة إنفرادية تلقائية أو بناء على طلب أحد أطراف المنازعة .

أما إجراءات التوفيق فإن للموفق دور مهم، فبعد أن يعين من طرف طرفي النزاع يقوم بتقريب وجهات نظرهم وعليه في ذلك أن يلتزم بما ورد في إتفاق التحكيم والذي يبين كيفية مباشرة

1 - المادة (1/5) من إتفاق تسوية المنازعات .

2 - المادة (6/5) من إتفاقية تفاهم تسوية المنازعات .

3 - المادة (3/5) من إتفاقية تفاهم تسوية المنازعات .

د - جلال وفاء محمددين، إجراءات تسوية المنازعات وفقاً لإتفاق جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة (إتفاق تريس)، مرجع سابق، ص 45 .

إجراءات التوفيق ومكان الإجراء ، هذه بصفة سرية حفاظا على خصوصية المنازعة وحفاظا على سمعة الأطراف التجارية .

أما إجراءات الوساطة فتتم عن طريق طرف ثالث لا يعد طرفا في النزاع، والذي يقوم بعقد إجتماعات جماعية مشتركة أو منفردة مع أطراف النزاع من أجل تقريب وجهات النظر بعد أن يكون قد فحص المستندات وتحصل على المعلومات اللازمة للوصول إلى إقتراح يرضي الطرفين ويتم ذلك في إطار من السرية التامة من الجانبين ¹ .

وبالرجوع إلى إتفاقية تفاهم تسوية المنازعات نجدها في المادة 5 فقرة 4- قد قررت نفس الحكم الذي كان قد قرره المادة 4 فقرة 7- الخاصة بالمفاوضات إذا أن الفقرة نصت على أنه عند البدء في المساعي الحميدة أو التوفيق أو الوساطة خلال (60) يوما من تاريخ تسلم طلب المفاوضات، فإنه يجوز لمقدم الطلب أن يتقدم بطلب تشكيل فريق تحكيم بعد مرور مدة (60) يوما من تاريخ تسلم طلب المفاوضات، غير أنه إذا لم يتم التوصل إلى تسوية و أعتبر طرفا النزاع أن المساعي الحميدة والتوفيق والوساطة قد اخفقت في التوصل إلى حل النزاع، فإنه يمكن طلب تشكيل فريق تحكيم بعد مرور المدة السالفة الذكر .

أما في حالة ما تكون الوساطة أو التوفيق تجري وفقا لنظام أحد مراكز هيئات التحكيم الدولية الدائمة، فإنها تبدأ بتقدم أحد الأطراف بطلب الوساطة، على أن يتضمن هذا الطلب أطراف النزاع وممثليهم وعناوينهم و ملخص لطبيعة النزاع، ويجب أن يرفق هذا الطلب مع نسخة من الإتفاق على الوساطة وهذا حتى يتمكن المركز من إجراء الوساطة وفقا لنظامه ² .

وهذا الإجراء تتطلبه الكثير من المراكز . فمثلا في مركز (الويو) للتحكيم والوساطة فإن الشروع في الوساطة يكون بمجرد أن يتقدم طرف من الأطراف المتنازعة بطلب كتابي إلى مركز

¹ - عادل محمد خير، بحث بعنوان أوجه الإتفاق والإختلاف بين التحكيم وبين غيره من الانظمة قدم لمؤتمر التحكيم التجاري الدولي الذي عقد بالقاهرة في 10/07/1995، ص 21 .

- المذكور في كتاب كوثر عبد الله محمد بيومي، التحكيم في منازعات الملكية الفكرية ، مرجع سابق، ص 168 .

- المذكور في كتاب محمد حامد السيد المليحي، أثر إتفاقيات الجات، مرجع سابق، ص 252 .

- أنظر جلال وفاء محمدين، إجراءات تسوية المنازعات وفقا لإتفاق جوانب حقوق الملكية الفكرية، المتصلة بالتجارة (إتفاق تريس) ، مرجع سابق، ص 44 .

² - كوثر عبد الله محمد بيومي و التحكيم في منازعات الملكية الفكرية ، مرجع سابق، ص 168 .

المنظمة العالمية للملكية الفكرية للتحكيم و الوساطة، وفي الوقت نفسه يجب إرسال نسخة من الطلب إلى الطرف الثاني أي الخصم .

ويجب أن يتضمن الطلب الكتابي¹، الأسماء والعناوين و أرقام الهاتف، أو التلكس أو الفاكس أو غيرها من البيانات التي تسمح بالإتصال بين طرفي النزاع أو ممثليهم، نسخة من الإتفاق على الوساطة ،بيان موجز بطبيعة النزاع .

وحال تقديم الطلب الكتابي إلى المركز، يبدأ تاريخ الشروع في الوساطة وفقا للإتفاق المتفق عليه بين الطرفين .

والوسيط وبمجرد أن يعين، يحدد للطرفين جدول مواعيد يلتزم به الجميع، والتي من خلالها يمكن للطرفين أن يقدموا بيانا عن خلفية النزاع، أو أية معلومات يرونها ضرورية، وللوسيط أن يطلب أي معلومات أو مستندات أساسية أو إضافية² ،ليتمكن من الوصول إلى تسوية .

كما للوسيط أن يقترح السبل التي يرحح أنها قد تؤدي إلى فض النزاع، فقد تكون سبل ترضي الطرفين وبأقل قدر من التكاليف، فله أن يقترح على سبيل ذلك³ .

- الأخذ بقرار خبير في مسألة واحدة أو أكثر .

- اللجوء إلى التحكيم .

- يقدم لكل طرف عروضاً أخيرة للتسوية ، فإن إستحالت التسوية عن طريق الوساطة .تم اللجوء إلى التحكيم على أساس تلك العروض التي تقتصر فيها محكمة التحكيم على تحديد العرض الذي تكون له الغلبة .

- اللجوء إلى التحكيم بحيث يكون الوسيط المحكم الوحيد، وذلك بموافقة طرفي النزاع صراحة، وهنا الوسيط يأخذ أثناء إجراء التحكيم في الحسبان، ما تسلمه من معلومات ووثائق ومستندات أثناء الوساطة .

ووفقاً لنص المادة 15 من نظام (الويو) للوساطة فإن المعلومات المتعلقة بالوساطة أو متحصلة أثناء إجراءاتها في إجراءات لاحقة فإنه لا يجوز الكشف عنها للغير ما لم يكن هناك إتفاق بين الأطراف والوسيط على ذلك ، بل أكثر من ذلك، إذ أن مبدأ السرية يعد مبدأ

¹ - المادة 3-4 من ميثاق المنظمة العالمية للملكية الفكرية بشأن الوساطة .

² - المادة 09 من ميثاق المنظمة العالمية للملكية الفكرية بشأن الوساطة www.wipo.net,po2

³ - المادة 12 من ميثاق المنظمة العالمية للملكية الفكرية بشأن الوساطة www.wipo.net,p02

أساسي، إذ على الأطراف والوسيط أن يقوموا بالتوقيع على تعهد بالسرية قبل الإشتراك في الوساطة و أن يقوموا برد ما قدم من طرفهما لبعضهما من وثائق ومستندات ، ولا أن يتمسك أحد الأطراف أو الوسيط برأي أو إقتراح صدر من الطرف كدليل إثبات¹ .

وتنتهي الوساطة وفقاً لما جاء في المادة 18 من نظام الملكية الفكرية إما .

- بتوقيع الطرفين على إتفاق تسوية يشمل أي مسألة من مسائل موضوع النزاع القائم بينهما أو كل تلك المسائل .

- بقرار الوسيط إذا كان من غير المرجح بحسب تقديره، أن تؤدي مواصلة الوساطة إلى تسوية النزاع .

- بإعلان كتابي صادر من أحد الطرفين في أي، وقت بعد حضور أول إجتماع للطرفين والوسيط وقبل التوقيع على أي إتفاق تسوية .

كما أن هناك تحكيم بالوساطة سنتطرق إليه حال التطرق إلى التحكيم في المنظمة العالمية للملكية الفكرية (wipo) .

وبالنسبة لمراكز وهيئات التحكيم الأخرى فإنها لا تختلف كثيراً عن لعب الدور الذي يقوم به مركز الويبو .

وبالرجوع إلى التوفيق والذي في مفهومه لا يختلف كثيراً عن الوساطة كما سبق الشرح وفقاً لنظام المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار حيث أن المادة 28 منه نصت على " يجوز لأي دولة متعاقدة أو أي مواطن بدولة متعاقدة ترغب في إقامة إجراءات التوفيق أن تتقدم بطلب كتابي في هذا الخصوص إلى السكرتير العام الذي يقوم بإرسال نسخة من الطلب إلى الطرف الآخر في النزاع، على أن يتضمن الطلب كافة المعلومات الخاصة بعناصر النزاع وشخصية الأطراف وإتفاقيهما على التوفيق"² .

غير أن هذا المركز "المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار" يختلف عن مركز الويبو، في نص المادة 35 من نظام التوفيق، وفقاً للمركز فإنه يجوز للأطراف عند اللجوء إلى إجراء آخر أو إلى التحكيم أو إلى محكمة قانونية، الإعتماد والإستناد على الأراء التي أبدت أو القرارات،

¹ - كوثر عبد الله محمد بيومي ، التحكيم في منازعات الملكية ، مرجع سابق ، ص 170 .

² - كوثر عبد الله محمد بيومي - التحكيم في منازعات الملكية ، المرجع السابق، ص 169 .

التصريحات، أو إلى عروض التسوية التي صدرت عن أحد الأطراف، أو إلى تقرير أو توصية صدرت عن لجنة التوفيق أثناء إجراء التوفيق ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك .

بخلاف ذلك نجد أن نظام المصالحة لغرفة التجارة الدولية تقضي على أن المصالح (الموفق) لا يجوز له أن يشارك في اية إجراءات قضائية أو تحكيمية متعلقة بالنزاع موضوع المصالحة سواء كان ذلك كمحكم أو ممثل أو مستشار لأحد الأطراف . إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك ، كما يلتزم كل طرف إتجاه الآخر بعدم إستدعاء المصالح كشاهد في هذه الإجراءات ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك ¹ .

إذن ما سبق نجد أن لكل مركز إجراءات تسعى من خلالها الوصول إلى تسوية بين الطرفين سواء سميت بالوساطة أو الصلح أو التوفيق فكلها تصب في هدف واحد هو التسوية قبل اللجوء إلى التحكيم حفاظا على العلاقات ما بين طرفي النزاع على سرية المنازعة.

الفرع الثاني

أهم الفروقات بين وسائل التسوية الودية فيما بينها وبين التحكيم

تقوم المساعي الحميدة على عمل فردي قد لا يكون بطلب أحد طرفي النزاع وبدون إتفاق بينهم، كما أن هذا الطرف - الساعي للمساعي الحميدة- لا يحق له الحصول على معلومات أو دراسة الوقائع أو أن يتدخل في تسوية المنازعة، بخلاف التوفيق الذي يتم اللجوء إليه عن طريق الإتفاق وله حق الحصول على معلومات سواء إضافية أو ضرورية، ويتم التوفيق بالسعي لتقريب وجهات النظر غير أن الفارق بين الوساطة والتوفيق يعد ضيقا جدا إلى حد كبير، إذ أن للوسيط نفس الهدف في المسعى وذلك بتقييم جوهر النزاع مقدما توصية أو مقترحا للتسوية .

¹ - المادة 10 من نظام المصالحة لغرفة التجارة الدولية - كوثر عبد الله محمد بيومي التحكيم في منازعات الملكية الفكرية ، المرجع السابق، ص 170 .

أما الفارق بين التحكيم والتوفيق في التقرير الذي يقدمه الموفق للطرف المتنازعة والذي يتضمن مقترحات لحل النزاع لا يرقى إلى أن تكون قرارات ملزمة، ويمكن لطرفي النزاع العودة إلى نقطة الصفر والإلتجاء إلى وسيلة أخرى لحل النزاع كالقضاء مثلا¹، برغم أن الموفق سعي إلى حل وسط مرضي للطرفين، في حين أن المحكم وحين إصداره لحكم التحكيم قد يرفض طلبات أحد الاطراف نهائيا ويقبل طلبات الطرف الثاني، ويتميز حكمه بالطابع الإلزامي كما يظهر الفارق أيضا جليا بين التحكيم والوساطة، إذ أن الوسيط يعمل جاهدا على إقناع كلا من طرفي النزاع بوجهة نظره والتي من خلالها يقدم طرفي النزاع تنازلات تقلل من مسافة الخلاف للوصول بعدها إلى تسوية ودية، كما أن الإقتراح المقدم من طرف الوسيط لا يستند على القانون بل يستند إلى رغبة الأطراف، والتي تاخذ في الحسبان المصالح والعلاقة المستقبلية، في حين أن التحكيم يستند إلى معيار موضوعي ألا وهو القانون، كما أن طرفي النزاع هم من يسعون إلى إقناع هيئة التحكيم بكافة دفعاتهم وحججهم².

كما أن هناك من يرى هذه الوسائل على أنها وسائل دبلوماسية، كون طبيعة النزاعات التجارية في إتفاقيات الجات تتميز بخصائص من أهمها السرعة والسهولة في الإنتقال الذي يؤدي إلى نوع من المنافسة بين الدول، الأمر الذي يحتاج إلى ما يسانده وما يتفق معه من وسائل لتسوية المنازعات، و تستمر هذه الوسائل بمصاحبة كافة الوسائل الأخرى من بدء المفاوضات، إلى إنتهاء التحكيم³، في حين هناك من يرى أن المساعي الحميدة والتوفيق والوساطة في إتفاقية تفاهم تسوية المنازعات (DSU) تنحصر بصفة عامة في الإجراءات الودية. والتي تتميز بإستبعادها للإعتبارات السياسية والإهتمام بالعناصر ذات الصبغة القانونية البحتة⁴.

غير أننا نرى أن هذه الوسائل وفقا لنص المادة 05 فقرة 4 من إتفاقية تسوية المنازعات والتي من خلالها حددت الحالات التي يمكن أن تطبق فيها، أن هذه الوسائل تتشابه مع الطرق الدبلوماسية، حتى وإن كانت تعتمد على غيرها من الوسائل أو أنها تكون مساعدة إلى جانب

1 - محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 80 .

2 - كوثر عبد الله، التحكيم في منازعات الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 165 .

3 - صالح محمد محمود بدر الدين ، النظام القانوني لتسوية المنازعات، مرجع السابق، ص 66 .

- محمد حامد السيد المليجي ، أثر إتفاقيات التحكيم ، مرجع سابق ، ص 252 .

4 - محمد حامد السيد المليجي، أثر إتفاقيات التحكيم، المرجع السابق، ص 202 .

الوسائل الأخرى، إلا أنها تقوم بالدور الذي تم وضعها في الإتفاقية من أجل أن تحقيقه ، وبذلك فهي وسائل قانونية للتسوية السلمية للمنازعات .

الفصل الثاني

التحكيم في إطار المنظمة العالمية لحماية الملكية الفكرية (wipo)

نظراً لتوسع تعاملات عناصر الملكية الفكرية و تشعبها ليس في البلد الواحد، ولكن حتى بين الدول والشركات الكبرى، لذلك كان ولا بد من إيجاد منظمة عالمية للملكية الفكرية من خلالها يتم تسوية المنازعات الدولية في مجال حماية الملكية الفكرية .
ولأجل تسوية منازعات الملكية الفكرية قامت المنظمة بإنشاء مركزا للتحكيم يعرف بمركز الويبو للتحكيم والوساطة .

ووفقا لنظام هذا المركز فإنه يمكن من خلاله تسوية منازعات الملكية الفكرية بطريقة ميسرة وسريعة لمواطني الدول الاعضاء في المنظمة¹ .

إذن فمتى إختار اطراف النزاع النظام المؤسسي، وبالتحديد مركز (wipo) لإجراء التحكيم، فلهم إما أن يقوموا بتحديد القواعد والإجراءات التي تتبع في عملية التحكيم، وإما أن يتركها للمركز ليطبق لوائحه في هذا الشأن، إذن من خلال هذا الفصل فسننظر إلى التحكيم وفقا لنظام (الويو)، من خلال التطرق إلى النظام القانوني للمنظمة وأجهزتها في المبحث الأول ، إجراءات التحكيم في المبحث الثاني ، تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وعلى موضوع النزاع في المبحث الثالث .

المبحث الأول

النظام القانوني للمنظمة و أجهزتها

بعد إنشاء منظمة الأمم المتحدة كثف المجتمع الدولي جهوده بتشجيع الدول من أجل إنشاء منظمات دولية وإقليمية ذات تخصصات مختلفة .

وفي هذا الإطار تم إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية (ال "wipo" باللغة الإنجليزية² و "ompi" باللغة الفرنسية والإسبانية¹) بشكل رسمي سنة 1967 في ستوكهولوم ودخلت حيز التنفيذ سنة 1970 لتأطير وتنسيق التعاون الدولي في مجال حماية الملكية الفكرية² .

¹ - إبراهيم احمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 17 .

1-world intellectual property organisations .

ولقد إنظمت الجزائر إلى إتفاقية إنشاء هذه المنظمة في سنة 1975 ، ومنذ ذلك التاريخ وهي تعمل على المصادقة والإنضمام إلى الإتفاقيات والمعاهدات الدولية المبرمة في إطار المنظمة والمتعلقة بالملكية الفكرية كحق المؤلف لذلك سنتطرق إلى الجوانب التنظيمية للمنظمة العالمية للملكية الفكرية في مطلب أول، ثم الطبيعة القانونية للمنظمة العالمية للملكية الفكرية وإختصاصاتها في مطلب ثاني.

المطلب الأول

الجوانب التنظيمية للمنظمة العالمية للملكية الفكرية

تتميز المنظمة العالمية للملكية الفكرية بهيكل تنظيمي متميز يمكنها من خلاله تحقيق الهدف الذي سطرت من أجله، ألا وهو دعم حماية الملكية الفكرية في جميع أنحاء العالم بالمفهوم الموسع، وبذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى الهيكل التنظيمي الذي يشكل الجسم الإداري للمنظمة، أي الأجهزة الإدارية وصلاحتها في الفرع الأول، ثم إلى المبادئ التي تحكم هذه الأجهزة في فرع ثاني.

2-organisation mondiale propriété intellectuelle.

² - تعود فكرة إنشاء (wipo) إلى عامي 1883 و 1886 حين تم إعتقاد معاهدي باريس لحماية الملكية الصناعية وفرن لحماية المصنفات الادبية والفنية. وكلا المعاهدتين كانت تنص على أن يتم إنشاء سكرتارية دولية يكون مقرها برن بسويسرا وتكون تحت إشراف الحكومة السويسرية .

وفي عام 1893 تم إدماج المكاتب مع بعض، ليتكون بما سمي بعد ذلك بالمكتب الدولي لحماية الملكية الفكرية والتي عرفت بمختصرها الفرنسي (BIRPI) وإستمر هذا المكتب بالنشاط كمنظمة دولية في مجال الملكية الفكرية حتى قيام المنظمة العالمية للملكية الفكرية بموجب معاهدة ستوكهولم .

وأصبحت هذه المنظمة إبتداء من عام 1974 من أهم الوكالات التابعة للأمم المتحدة لها إستقلاليتها وشخصيتها وعضويتها من الدول (أنظر في ذلك كوثر محمد بيومي ، التحكيم في منازعات الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 186 .
أنظر أيضا .

الفرع الأول

أجهزة المنظمة وصلحياتها

(للويو) أربعة أجهزة رئيسية وهي: الجمعية العامة - والمؤتمر - ولجنة التنسيق - والمكتب الدولي.

أولا : الجمعية العامة: وتتشكل من جميع الدول الاعضاء في (الويو)، وفي إتحاد باريس، أو إتحاد برن ، أو الجمعية الدولية الأدبية والفنية لرعاية حق المؤلف لعام 1878. وكل دولة عضو يمثلها عضو واحد يعاونه نواب ومستشارين وهذا العضو لا يمثل إلا الدولة التي عينته .

وتجتمع الجمعية العامة للمنظمة كل ثلاثة سنوات في دورة عادية بدعوة من المدير العام ، كما يمكن أن تجتمع بناء على طلب لجنة التنسيق ، أو وبناء على طلب ربع عدد الدول الاعضاء في دورة غير عادية . أو بدعوى من المدير العام ، وتنعقد هذه الإجتماعات في مقر المنظمة¹ .

وقرارها تتخذ كأصل عام بأغلبية ثلثي الأصوات التي شاركت في التصويت على أن لا يقل عن ثلث الدول الاعضاء في الجمعية العامة ، كما يمكن أيضا اعتماد الإتفاقات التي صادقت عليها مع الأمم المتحدة وذلك بعد حصول موافقة (10/9) تسعة أعشار الأصوات المشاركة في الإقتراح .

ويمكن إجمال وظائف الجمعية العامة على أنها صاحبة القرار في تعيين المدير العام للمنظمة، هذا بعد ترشيحه من طرف لجنة التنسيق ، كما لها أن تعتمد الإجراءات التي يقترحها المدير العام للمنظمة ،وهي تلك التي أنيطت للمنظمة مهمة تولى شؤونها الإدارية لاي إتفاق دولي يهدف إلى دعم حماية الملكية الفكرية² ، كما تعمل مع لجنة التنسيق وفقا للمادة 2/3/8 من إتفاقية الإنشاء للمنظمة العالمية للملكية الفكرية ، بإعداد مشروع جدول أعمال الجمعية العامة. وطبقا

¹ - المواد 2-3 من إتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية .

موقع :

<http://www.wipo.int/treaties/ar/convention/trtdocs-wo029.html>

² - محمد إبراهيم الصايغ، دور المنظمة العالمية للملكية الفكرية في حماية الملكية الفكرية مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية جامعة الجزائر - كلية الحقوق 2011-2012م ص 12 .

لنص المادة 4/6 من نفس الإتفاقية فإنه يمكن للإتفاقية دعوة الجمعية العامة للإنعقاد في دورة إستثنائية، كما لها أن تحدد لغات عمل المكتب (السكرتارية) .

ثانيا: المؤتمر: وهو يعتبر عبارة عن جمعية عامة ثانية ، وأعضاؤه هم كل الدول الأعضاء بالمنظمة . ولكل دولة عضو بالمنظمة مندوب واحد يمثلها ويصوت بإسمها، ولا يتخذ المؤتمر قراراته إلا بموافقة ثلثي الأصوات المشاركة في التصويت ولا يعتبر الإمتناع تصويتا¹، وللمؤتمر صلاحية مناقشة الموضوعات ذات الأهمية العامة في مجال الملكية الفكرية ، وله أن يتخذ حين ذاك توصيات تتعلق بالموضوع المناقش كما له وضع برامج ثلاثية للمساعدة القانونية في حدود الميزانية الخاصة بالمؤتمر كما له أن يباشر أي مهام تدخل في نطاق إتفاقية الإنشاء² .

ثالثا: لجنة التنسيق : ويتكون الأعضاء المكونين لها من الدول الأعضاء في الإتفاقية المنشئة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية، وإتحادي باريس، أو إتحاد برن، أو كليهما، مع إعتبار سويسرا عضوا بحكم وضعها كدولة مضيغة³ . وتجتمع في كل سنة مرة واحدة في مقر المنظمة بدعوة من المدير العام، كما لها أن تجتمع في دورة إستثنائية سواء بدعوة من المدير العام أو بناء على طلب رئيسها أو ربع أعضائها، ويمثل كل عضو دولة واحدة وليس له إلا صوت واحد ويتم إحتساب الأصوات وفق نص المادة 08 فقرة ب/ .

ودور هذه اللجنة يتمثل في تقديم المشورة التقنية والإجرائية في الشؤون ذات الطابع الإداري والمالي، أو أي شأن ذا أهمية بالنسبة للمؤتمر أو أجهزة الإتحادات ، كما تقوم اللجنة بإعداد جدول أعمال الجمعية ، كما تعد مشاريع الميزانية والبرنامج الخاص بها كما لها حق ترشح لمن تراه مناسبا لان يكون مديرا للمنظمة⁴ .

رابعا: المكتب الدولي (سكرتارية المنظمة)

¹ - راجع المادة 7 فقرة 3-هـ

² - راجع نفس المادة 07 فقرة 3-هـ

³ - نشرات المنظمة العالمية للملكية الفكرية wipo سنة 1998 م .

- كوثر عبد الله محمد بيومي، التحكيم في منازعات الملكية الفكرية، مرجع سابق ، ص 188 .

⁴ - راجع في ذلك المادة 08 من الإتفاقية المنشئة للمنظمة .

يعتبر المدير العام الذي كان قد تم إقتراحه من لجنة التنسيق وتم تعيينه عن طريق الجمعية العامة هو الرئيس التنفيذي للمنظمة، ويعين لمدة تحدد عن طريق الجمعية قابلة للتجديد ، ويعاونه في مهامه نائب أو أكثر يعينون من طرفه بعد موافقة لجنة التنسيق .

ويقوم المدير العام وفقا لتوجيهات الجمعية العامة، بتقديم التقارير المتعلقة بالمسائل القانونية الخارجية للمنظمة ، كما يقوم بإعداد المشروعات (البرامج والميزانيات) وتقارير النشاطات الدولية ، ويبلغها إلى حكومات الدول المنطوية تحت إطار المنظمة وإلى الاجهزة المختصة في الإتحاد والمنظمة .

الفرع الثاني

أهداف الويبو

وفقا للمادة الثالثة "03" من إتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية والتي بينت حددت الغرض من وجود هذه المنظمة ومن أهمها .

1- دعم حماية الملكية الفكرية في جميع أنحاء العالم عن طريق التعاون الدولي بين الدول، والتعاون مع أية منظمة دولية أخرى متى كان ذلك ممكنا، خاصة التي لها علاقة مع موضوع الملكية الفكرية .

2- ضمان التعاون الإداري بين الإتحادات الدولية الناشطة في مجال حماية الملكية الفكرية وفي سبيل تحقيق الغرضين السالفي الذكر فإن المادة 04 من نفس الإتفاقية قد حددت سبل تحقيق ذلك عن طريق¹ . العمل على إتخاذ الإجراءات التي تهدف إلى تسيير الحماية الفعالة للملكية الفكرية وذلك بتشجيع إبرام الإتفاقيات الدولية وإلى تنسيق التشريعات الوطنية للدول وتقديم المساعدة القانونية والفنية وجمع المعلومات الخاصة بالملكية الفكرية ونشرها والسعي إلى إتخاذ أي إجراء ملائم يهدف إلى دعم حماية الملكية الفكرية .

¹ - محمد إبراهيم الصايغ ، دور المنظمة العالمية للملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 13-14
- رياض عبد الهادي منصور عبد الرحيم، التنظيم الدولي لحماية الملكية في ظل إتفاقيات المنظمة العالمية للملكية الفكرية دار الجامعة الجديدة الإسكندرية مصر 2012، ص 201-102 .

ومنظمة الويبو ووفقا للمادة الأولى من إتفاقية إنضمامها كإحدى الوكالات المتخصصة التابعة للأمم المتحدة تعد مسؤولة عن إتخاذ الإجراءات وفقا لوثقتها الأساسية ، وللمعاهدات والإتفاقيات التي تشرف على إدارتها . وكل ذلك من أجل تيسير نقل التكنولوجيا المرتبطة بالملكية الصناعية إلى الدول النامية لدفع عجلة التنمية الإقتصادية والإجتماعية فيها ¹ .

و "الويبو" تلعب دوراً هاماً مع منظمة التجارة العالمية في الإشراف على إتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية "تريس" . إذ عقدت الويبو (wipo) إتفاقاً مع منظمة التجارة العالمية ، وهذا تطبيقاً لنص المادة 03 من إتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية في إستوكهولم 1967 ، والتي أوجبت على أن تتعاون الويبو مع مختلف المنظمات الدولية الحكومية والمنظمات غير الحكومية التي لديها خبرة خاصة في هذا المجال ² ، وقد تمخص هذا الإتفاق على أن يكون هناك تعاون بينهما عن طريق سكرتارية المنظمة ، وذلك لتحقيق غايات ثلاث وهي تبليغ وحصر قوانين الملكية الفكرية ، ولوائحها الخاصة بالدول أعضاء منظمة التجارة وتجميع نصوصها ، كما أنها تلتزم بإجراءات حماية وتبليغ الشعارات الخاصة بالدول والمنظمات ، هذا إضافة إلى التعاون الفني ³ .

كما أولت المنظمة أهمية للتعاون مع الدول النامية ، وذلك بإتخاذ أي إجراء يكون ملائم لحماية عناصر الملكية الفكرية ولذلك أتخذت المنظمة كل إجراء مشروع يمكنها من خلاله تحقيق الأغراض المحددة في المادة 03 من إتفاقية إنشائها .

وبذلك فقد أنشئت أكاديمية الويبو عام 1993 لإمداد البلدان النامية بمساعدة واسعة النطاق في مجال الحوسبة وتمكينها من إكتساب الموارد الخاصة بتكنولوجيا المعلومات سواء كانت

¹ - كوثر محمد بيومي، التحكيم في منازعات الملكية الفكرية ، مرجع سابق ،ص 186 .

² - إضافة إلى المنظمة العالمية للتجارة هناك العديد من المنظمات الحكومية المعنية بإنفاذ الملكية الفكرية وهي (المفوضية الأوروبية- مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص - المنظمة الدولية للشرطة الجنائية "الانتربول") " ومنظمات دولية كمنظمة الامم المتحدة للتنمية الصناعية " اليونيدو- ومنظمة الصحة العالمية .

- أكثر تفصيل راجع رياض عبد الهادي منصور عبد الرحيم، مرجع سابق ،ص 282 وما بعدها .

³ - كوثر عبد الله محمد بيومي، التحكيم في منازعات الملكية الفكرية ، مرجع سابق ،ص 187 .

بشرية أو مادية، هذا إلى جانب برامج التدريب والتدريس¹، والتي توصل الدول النامية إلى تكوين ثروات إقتصادية، من خلال الإنتفاع بنظام الملكية الفكرية .

كما تعمل المنظمة على تقديم كل المساعدات القانونية والفنية في مجال الملكية الفكرية بتطوير تشريعات الدول النامية، وذلك بصياغة قوانين نموذجية تلبي إحتياجات تلك الدول وإلى تقديم كل المساعدات .

كما قد تعمد إلى تدريب الكوادر الفنية أو إسداء النصح والمشورة، وتوفير ما يلزم من معدات ووثائق لمكاتب حماية حقوق الملكية الفكرية في الدول النامية، وهذا كله من اجل تحقيق الدعم لحماية الملكية الفكرية والإنتفاع بها بفعالية في جميع انحاء العالم ، خاصة إذا علمنا الأثر الإيجابي للملكية الفكرية على حياة الإنسان من خلال التنمية الإقتصادية والثقافية .

وفي ذلك يمكن القول أن البلدان النامية إزداد فهمها لقضايا الملكية الفكرية، وهذا ما نستخلصه من أن سبع وخمسون 57 بلدا ناميا طلب من المنظمة التعليق على توافق التشريعات السارية . ومشروعات التشريعات مع إتفاقية "تريس" هذا فضلا عن الخدمات الإستشارية التي قدمت إلى ثلاثة وخمسين 53 بلدا ناميا وهذا كله بعد طلبها² .

المطلب الثاني

أنواع التحكيم لدى المنظمة العالمية للملكية الفكرية

أنشأت المنظمة العالمية للملكية الفكرية لأجل تسوية منازعات الملكية الفكرية" مركز للوساطة والتحكيم" خلال سنة 1994 ، ويسدي المركز منذ ذلك التاريخ المشورة للاطراف ومحاميهم بشأن السبل الكفيلة بتسوية منازعات الملكية الفكرية، ويتيح لهم إمكانية إتباع إجراءات

¹ - فمثلا نظمت المنظمة العالمية للملكية الفكرية خمسة وثلاثون ندوة إقليمية ووطنية شارك فيها ثلاثة آلاف ومائة وأحد عشر 3111 شخصا وكانت موضوعاتها تتمحور حول السياسات والمسائل الإدارية المتعلقة بالملكية الفكرية وإتفاق تريس أنظر في ذلك الامانة العامة تقرير صادر بجنيف 2000-2001م رقم A/37/03 بتاريخ 2002/07/24 ص 40

² - الأمانة العامة تقرير صادر بجنيف 2000-2001 رقم A/37/03 بتاريخ 2002/07/24 ص 40

ذات جودة عالية وكفاءة بالغة وتكلفة معقولة، وهذا كحل بديل عن القضاء الوطني، ويتم اللجوء إلى المركز إما بموجب إتفاق تحكيم أو شرط في العقد يحيل النزاع إلى مركز (الويو). وللمركز عدد من المحكمين والوسطاء من مختلف الدول، كما له عدد من الإستشاريين من مختلف الدول يقدمون الرأي والمشورة في المسائل التي تقتضي من المركز إتخاذ قرار اثناء الإشراف على التحكيم¹.

ويقدم المركز - مركز التحكيم خدماته وفقا لإرادة الأفراد ، في نطاق تحكيم مسبق بالوساطة أو تحكيم معجل ، وتحكيم شبكي وعلى هذا الأساس سنتطرق في الفرع الأول التحكيم العادي ، وفي الفرع الثاني التحكيم المسبق بالوساطة ، وفي الفرع الثالث التحكيم المعجل ، وفي الفرع الرابع التحكيم الشبكي .

الفرع الأول

التحكيم العادي .

إذ يمكن للأطراف المتنازعة عند اللجوء إلى مركز (الويو) للتحكيم والوساطة اللجوء إلى التحكيم دون المرور على الوساطة، وذلك إما بإختيار التحكيم المؤسسي الذي سبق التطرق إليه والذي من خلاله تطبق القواعد والإجراءات النافذة في نظام المنظمة، سواء كان ذلك على الإجراءات أو على الموضوع، وهذا النوع من التحكيم له مزايا إيجابية ومن أهمها أن القواعد التي يتم تطبيقها قد تمت تجربتها وأثبتت نجاعتها . كما أن التسهيلات التي يتم تقديمها تلعب دورا هاما في نجاح عملية التحكيم، كالتسهيلات الخاصة بعقد الجلسات والترجمة وقوائم المحكمين والسكرتارية الفنية .

¹ - راجع في ذلك إبريك ويليوز: بحث بعنوان "مركز التحكيم والوساطة التابع للمنظمة الدولية للملكية الفكرية الطريق البديل لحسم النزاعات الخاصة بالملكية الفكرية " قدم لندوة تحديات حماية الملكية الفكرية من منظور عربي ودولي والذي نظمته الجمعية المصرية لحماية الملكية الصناعية 21-23 أكتوبر 1997 ترجمة هشام مرزوق .

وإما إختيار التحكيم الحر والذي لا يكون للمركز إلا دور المشرف إذ ينحصر دوره في تقديم المساعدة للأطراف، أو تطبيق القواعد التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري في حالة عدم إتفاق الأطراف على مرحلة من المراحل .

إذن في كلا النوعين تباشر إجراءات التحكيم وفقا للقواعد النافذة في تاريخ الشروع في التحكيم، فإذا كان التحكيم حرا تخضع للقواعد المحددة في الإتفاق، أما إذا كان تحكيم مؤسسي فإننا نطبق قواعد المركز في كل مراحل التحكيم .

ولالإشارة فإن مدة التحكيم هي تسعة أشهر "09" إعتبارا من تاريخ إنشاء محكمة التحكيم وتنتهي بحكم فاصل في النزاع ، والمحكمين و حال فصلهم في النزاع فإن لهم أن يتقيدوا بقواعد القانون الموضوعي، ونسمي عند ذاك التحكيم بالقضاء ولهم أن يتقيدوا بقواعد العدالة والإنصاف حالة إتفاق الطرفين على ذلك ووفقا للمادة 1/59 من نظام الويو ويسمى ذلك التحكيم بالصلح .

الفرع الثاني

التحكيم المسبوق بالوساطة

وفقا لهذه الطريقة فإن طرفي النزاع يلجأون إلى تسوية نزاعهم بسيلين إثنين، وهما كل من الوساطة والتحكيم .

أي أن طرفي النزاع يتفقان على إحالة أي نزاع ينشأ حول العقد المتعلق بعناصر الملكية الفكرية إلى الوساطة أولا، وفور فشل الوساطة وعدم التوصل إلى حل لهذا النزاع في مهلة محددة وهي (60 أو 90 يوما) من تاريخ الشروع في الوساطة، يحال النزاع إلى التحكيم .

وقد يكون فشل الوساطة وإحالة النزاع على التحكيم تخلف أحد طرفي النزاع عن الإشتراك في المفاوضات أو عن مواصلتها .

والتحكيم المعمول به بعد ذلك هو التحكيم العادي أي نرجع إلى إتفاق الطرفين والذي من خلاله تتحدد لنا القواعد التي يمكن تطبيقها على مراحل التحكيم، ومهما كان إتفاق الطرفين فإن دور المركز دور هام ومساعد في الوصول إلى حكم نهائي للنزاع .

الفرع الثالث

التحكيم المعجل

ويتبع فيه نفس النظام المعمول به في التحكيم العادي، مع بعض التعديلات خاصة في المهل إذ جعلت إجراءات التحكيم المعجل¹ أقصر مدة . وأقل تكلفة وتحقيقا لذلك أدخلت بعض التعديلات على نظام التحكيم في الويوو وهي :

- 1- تقديم بيان الدعوى مع طلب التحكيم . في حين التحكيم العادي يقدم في وقت لاحق او بمعزل عنه كما يقدم بيان الدفاع مرافقا للرد على الطلب .
 - 2- محكم منفرد يتولى عملية التحكيم المعجل .
 - 3- عقد كل الجلسات التي ينظمها المحكم المنفرد بشكل مكثف، ولا يجوز أن تستغرق أكثر من ثلاثة أيام إلا في الظروف الإستثنائية .
 - 4- تقصير المهمل المعمول بها في مختلف مراحل إجراءات التحكيم ، وينبغي بصورة خاصة إعلان إختتام إجراءات التحكيم في غضون ثلاثة أشهر إعتبارا من بيان الدفاع وإنشاء محكمة التحكيم ، مع الأخذ بالحالة التي تحدث آخرا ، متى أمكن ذلك في حدود المعقول ، وينبغي إتخاذ القرار في غضون شهر واحد بعد ذلك .
- إذن من هذه النصوص نجد أن مدة التحكيم المستعجل قد إنخفضت إلى أقل من النصف "09 أشهر" المنصوص عليها في نظام الويوو قد أصبحت ثلاثة أشهر وهذا ما يعطي السرعة في الفصل في النزاع².

الفرع الرابع

التحكيم الشبكي

¹ - أكثر تفصيل - نادية محمد معوض، التحكيم وحقوق الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 46-47 .
- محمد إبراهيم الصايغ، دور المنظمة العالمية للملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 97 .

² - عادة ما تسوى المنازعات المتعلقة ب: أسماء "الدومين" عن طريق التحكيم المعجل .
محمد حسام محمود لطفي: التحكيم في إطار مركز المنظمة العالمية للملكية الفكرية بحث القاهرة 2008، ص 3

إن التطورات التكنولوجية والتي بدورها أثرت على استثمار عناصر الملكية الفكرية والتجارة الدولية أحدثت أنماطا جديدة كان لها الأثر على القواعد القانونية التقليدية ومنها التحكيم الشبكي¹ أو ما يسمى أيضا بالتنظيم الإلكتروني.

إذ أن التعبير عن الإرادة لا يخضع لشكل معين فللمتعاقد أن يفصح عن إرادته بالطريق التي يريدها، بشرط أن تكون لها نفس المدلول عند الطرف الآخر ، فكل ما يدل على وجود الإرادة يصلح لأن يعبر عنها² ، لذلك إتجهت العديد من الإتفاقيات و القوانين إلى إقرار التعبير عن الإرادة عن طريق الشبكة الإلكترونية³ .

ولقد أتاح إنشاء المواقع الإلكترونية والبريد الإلكتروني على شبكة المعلومات "الأنترنت" سهولة وسير الإتصال بين مختلف أنحاء العالم ، إذ يمكن من خلالها تسويق الخدمات والسلع . . . ؟⁴ .

ويعتبر موضوع التجارة الإلكترونية من المواضيع الحديثة والتي تندر فيها التشريعات المنظمة لها وهذا ما أدى إلى ظهور صعوبات جمة في حالة نشوب منازعات ، إذ تثار مسألة تنازع القوانين، وهذا ما يزيد في تعقيدها⁵ .

ولقد إعتمدت المنظمة العالمية للملكية الفكرية أسلوب تسوية المنازعات إلكترونيا أي عن طريق الأنترنت لتسوية منازعات أسماء الدومين ، دون الحاجة إلى تواجد أطراف التحكيم في

¹ - ويطلق عليه بالغة الإنجليزية (cyber arbitration online dispute Resolution(odr)

² - رضوان هاشم حمدون الشريفي، نحو نظام قانونية للتحكيم الإلكتروني دار الجامعة الجديدة مصر 2013م ،ص 40 .

³ - إتفاقية الأمم المتحدة ، القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 - المنظمة العالمية للملكية الفكرية .

⁴ - كوثر عبد الله محمد بيومي ، التحكيم في منازعات الملكية الفكرية ، مرجع سابق ،ص 192 .

⁵ - محمد أبو العينين، بحث بعنوان : حسم منازعات التجارة الإلكترونية في الدول العربية ودور المنظمات والمؤسسات المختلفة ، قدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية ووسائل حسم المنازعات الذي نظمه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بمقر الأمانة العامة لجامعة الدول العربية في :12.13 جانفي 2002 ،ص 8 .

مكان واحد، وأسماء الدومين هي بدائل للعنوان البريدي الإلكتروني والممثل في صندوق بريد عبر شبكة الحاسب الإلكتروني ، إذ أن صاحب العنوان وبدل من أن يمنح رقما محددًا ، يمنح عنوانا يترجمه الحاسب فور تلقيه إلى رقم، وهي حتى يمكن الوصول بسهولة إلى الموضوع الخاص به على شبكة المعلومات¹.

ويختار صاحب العنوان بحرية الكلمة والكلمات التي يريد إستخدامها كعنوان، ويكون وحده المسؤول عن إختياره بشرط أن لا يكون العنوان يمس بالنظام العام أو الآداب العامة، أو أنه يمس بمصالح الغير وخاصة بالملكية الفكرية ، كالإعتداء على علامة تجارية .

ويتبع التحكيم الإلكتروني "الشبكي" في إطار "الويبو" إجراءات وقواعد التحكيم المعجل. وهناك من يرى على أن التحكيم الشبكي يواجه صعوبات عند تنفيذ الحكم الصادر بموجبه² فشبكة الأنترنت لا تحدد أهلية المتعاقد .

و نجد إتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية ، لم تتعرض لمسألة القانون الواجب التطبيق على الأهلية، بل تركته لمحاكم الدول المختلفة بأن تطبق قواعد التنازع المعمول بها³ ، وهذا ما يشير عدة صعوبات .

كما ان حكم التحكيم الشبكي يلاقي عقبة في الإعتراف والتنفيذ، إذ أن إتفاقية نيويورك تشترط عدة شروط يجب توافرها لإلزام محاكم الدول الأعضاء بالإعتراف بالحكم وتنفيذه ومنها أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً وموقعاً من أطرافه .

غير أن هناك من يرى أنه يجب التوسع في المفهوم التقليدي للكتابة التي تكون محررة على دعائم ورقية ليستوعب الثورة المعلوماتية ، وهذا ما يثير جدلا واسعا حول مدى الإعتراف بالحكم الشبكي، إذ أن الكثير من القوانين والإتفاقيات الدولية كإتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، تشترط كتابة إتفاق التحكيم شرط لصحته ، كما تثار من المشكلات العملية كالتحقق فعلا من إلتقاء إرادة المتعاقدين والتحقق من التصرفات والمستندات

¹ - كوثر عبد الله محمد بيومي ، التحكيم في منازعات الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 194 .

² - أحمد شرف الدين - بحث بعنوان تسوية المنازعات إلكترونيا، مرجع سابق، ص 5 .

- كوثر عبد الله محمد بيومي : التحكيم في منازعات الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 194 .

³ - رضوان هاشم حمدون الشريفي - نحو نظام قانوني للتحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 51 .

وأدلة الإثبات¹، ومع كل ما سبق من مشكلات عملية، فإن التحكيم الشبكي أصبح أمرا واقعا غير أن جل القوانين العربية عجزت عن مواكبة التقدم الذي أحدثته ثورة الإتصالات وإنعكاساتها على طبيعة التعاقد .

المبحث الثاني

إجراءات الويبو للتحكيم

لقد وضع مركز (الويبو) نظاما للتحكيم والذي من خلاله يتم تسوية النزاع دون اللجوء إلى القضاء .

ويتم إحالة النزاع إلى التحكيم إما بموجب نص، أو شرط في العقد الأصلي، ويطلق عليه "شرط التحكيم" وإما بإتفاق بين الطرفين بعد نشوب النزاع، ويسمى حين ذاك "بمشاركة التحكيم" .

ويتم تشكيل هيئة التحكيم وفقا لإرادة الطرفين المحسدة لعقد الإتفاق، وكذا الإجراءات التي يجب أن تتبعها هيئة التحكيم للوصول إلى حكم يفصل في النزاع القائم بين الطرفين . هذا ما يجعلنا نتطرق أولا إلى تشكيل هيئة التحكيم في المطلب الأول، ثم هيكله الخصومة التحكيمية في مطلب ثاني.

المطلب الأول

تشكيل هيئة التحكيم

لإرادة الطرفين الحرية في تكوين محكمة التحكيم ، غير أنه قد لا يتفقا طرفي النزاع على ذلك ويتركا أمر تكوينها لقواعد مركز التحكيم، إذ نجد أن جل التشريعات ومراكز وهيئات التحكيم تنص على وترية المحكم وهذا ما يجعلنا نبحت عن كيفية تشكيل هيئة التحكيم في مركز الويبو، والتي من خلالها يجب أن نحدد موضوع النزاع، سواء في طلب التحكيم أو في بيان

¹ - المحامي محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الأنترنت دار الثقافة للنشر والتوزيع طبعة أولى 2002 .

الدعوى. وعليه سنتطرق في الفرع الأول إلى تحديد موضوع النزاع وفي الفرع الثاني، عدد المحكمين وكيفية تعيينهم وجنسياتهم وفي الفرع الثالث، حياد و إستقلالية المحكمين وفي الفرع الرابع، رد وعزل وتبديل المحكمين .

الفرع الأول

تحديد موضوع النزاع

وفقا لنظام (الويبو) فإن موضوع النزاع يتحدد بتاريخ تسليم المركز طلبا من أحد طرفي النزاع يلتمس فيه إحالة النزاع إلى التحكيم وفقا للنظام، هذا مع إرسال صورة من الطلب إلى الطرف الآخر ، والذي بدوره يجب عليه إبلاغ الرد إلى المركز (مركز التحكيم للويبو) وإلى الطرف مقدم الطلب في مدة ثلاثين يوما من تاريخ تسلمه الطلب، وله أن يتضمن رده أي طلب مقابل أو مقاصة، ففي هذه الأثناء يقوم المركز بإبلاغ الطرفين سواء المدعي أو المدعى عليه بتسلمه طلب إحالة النزاع إلى التحكيم وتاريخ بدء التحكيم¹ .

ويجب أن يكون الطلب موضوع الدعوى يصف طبيعة النزاع وظروفه مع بيان للحقوق والأموال المعنية، وطبيعة أي تكنولوجيا معينة ، و أن يكون الطلب متضمنا أسماء الخصوم وعناوينهم وكل المعلومات والبيانات التي من خلالها يمكن الإتصال بالطرفين بسهولة² .

كما يجب أن يرفق هذا الطلب بنسخة من إتفاق التحكيم، والذي تحدد مدى صحته ونفاذه بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع³، الذي يحدده الأطراف، أو القانون الذي يحكم التحكيم، وهو قانون التحكيم الخاص بمكان التحكيم، ويجوز للأطراف تعيين وكلاء عنهم كما يمكنهم إختيار مستشاريهم في إجراءات التحكيم، ولكن يجب إبلاغ المركز بذلك وهيئات التحكيم بعد تشكيلها بكل البيانات التي مكن سواء المركز أو هيئة التحكيم بالإتصال بهم⁴ .

¹ - نص المادة 11 من نظام (الويبو)

² - نص المادة 09 من نظام (الويبو)

³ - نص المادة 59 من نظام (الويبو)

⁴ - لا يختلف طلب الوساطة عن طلب التحكيم فيجب أن يتضمن .

- إلتماس لإحالة النزاع على التحكيم بناء على نظام المنظمة العالمية للملكية الفكرية بشأن التحكيم .

إذن بعد تقديم الطلب إلى المركز والرد عليه تبدأ تداعيات تشكيل هيئة التحكيم والذي أفردت له قواعد نظام الويبيو أحكام تفصيلية من 14 إلى 36 .

الفرع الثاني

من حيث عدد المحكمين وكيفية تعيينهم وجنسياتهم

يمكن لأطراف النزاع الإتفاق على العدد الذي يروونه مناسباً للفصل في النزاع وبذلك، تتكون محكمة التحكيم من المحكمين الذين إتفق عليهم طرفي النزاع، وهذا ما نص عليه نظام الويبيو إذ ترك الحرية كاملة لطرفي النزاع في تحديد المحكمين¹، بخلاف بعض التشريعات كالتشريع الجزائري ومعظم لوائح ومراكز ومؤسسات التحكيم الدولية والتي تشترط أن يكون عدد المحكمين وترياً وإلا فإن جزاء تخلف هذا الشرط يرتب البطلان² .

- الأسماء والعناوين و أرقام الهاتف أو التلكس أو الفاكس أو غيرها من البيانات التي تسمح بالإتصال بالطرفين وبممثل المدعي

- نسخة عن إتفاق التحكيم و أي بند منفصل بشأن القانون الواجب التطبيق عند الإقتضاء .

- وصف مقتضب لطبيعة النزاع وظروفه مع بيان الحقوق والأموال المعنية وطبيعة أي تكنولوجيا معينة

- عرض لموضوع الدعوى يوضح في حدود الممكن . أي مبلغ مطالب به .

- أي تعيين تقتضيه المواد من (14) إلى (20) أو ملاحظات يعتبرها المدعي مقيدة بالإرتباط بتلك المواد .

¹ - نص المادة 14 فقرة أ من نظام (الويبيو).

² - كما سبق ذكره - فإن المشرع الجزائري في نص المادة 1017 من ق إ م إ إ شترط أن يكون العدد فردي .

- أما المشرع المصري في نص المادة 15 فقد رتب على تخلف ذلك البطلان .

كما حرص نظام الوييو على تلبية رغبات الأطراف، فترك لهم الحرية في إختيار إجراءات تعيين المحكمين خلال مهلة يتفقان عليها غير أنه وفي حالة سكوتهم أو عدم إتفاقهم خلال تلك المدة أو بعد 45 يوما من تاريخ الشروع في التحكيم في حالة عدم الإتفاق على المهلة فإن المركز هو من يتولى المهمة¹.

غير أنه وفي حالة سكوتهم عن ذلك، أو حالة إتفاقهم على تطبيق قواعد المركز، فإن محكمة التحكيم تتكون من محكم واحد، هذا المحكم المنفرد وجب على الأطراف القيام بإختياره والإتفاق عليه خلال مدة يحددها، غير أنه إذ لم تحدد المدة ولم يقوموا بإختياره خلال ثلاثين يوما من الشروع في التحكيم. فإن المركز يعرض على طرفي النزاع ثلاثة أسماء تتوفر فيهم الشروط المتفق عليها من طرفهم، فهنا يجب على الطرفين بإبلاغ المركز خلال عشرين يوما من تاريخ تسلمه لقائمة الأسماء الثلاثة بالمحكم المراد تعيينه بالتأشير عليها بحسب الأفضلية، وللطرفين شطب أي محكم معترض عليه، وعندها يقوم المركز بعد تلقي الرد بتعيين المحكم، غير أنه إذا لم يتلقى الرد، أو رد أحدهم فقط خلال تلك المدة، أو تعذر تعيينه لعدم توافق الردود أو تعذر على المحكم المرشح تولي مهمة التحكيم فإن المركز يقوم بتعيين المحكم².

غير أنه وما للمركز من سلطة تقديرية وفقا لظروف كل قضية جاز له طلب تعيين ثلاثة محكمين من طرف طرفي النزاع فإذا لم يتفق الأطراف على أسلوب تعيينهم وجب تعيين المحكم الأول من طرف المدعي مقدم طلب التحكيم، وذلك في غضون خمسة عشر يوما من تاريخ إستلامه إخطار من المركز بتشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين، وعلى الطرف الثاني تعيين محكم آخر وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ تسليمه طلب التحكيم، وبعد مهلة عشرين يوما من تاريخ تعيين المحكم الثاني وجب تعيين محكم ثالث. ويتولى ذلك المحكمان المعينان من طرف طرفي النزاع، وهذا المحكم هو الذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم.

- كما أن قواعد نظام غرفة التجارة نصت في المادة 08 من نظامها على أن يكون العدد وتري سواء كان التعيين من قبل الأطراف أو كان التعيين من قبل المحكمة .

¹ - نص المادة 15 من نظام الوييو .

² - نص المادة 19 من نظام الوييو .

غير أنه قد يخفق الحكمان المعينان من طرف طرفي النزاع في تعيين المحكم الثالث فإن المركز يتعين عليه أن يتولى فوراً تعيين هذا المحكم¹.

ويجب إحترام إرادة الأطراف في إختيار محكم الفرد أو المحكمين من جنسية معينة ، غير أنه وفي حالة عدم إتفاقهم فإنه يقوم المركز بتعيين المحكم الفرد أو رئيس هيئة التحكيم من جنسية خلاف بلدي الطرفين ، ما لم تكن هناك ظروف خاصة² مثل أن يكون موضوع القضية يتطلب تعيين شخص له مؤهلات معينة لا تتوفر إلا في مواطني أحد أطراف النزاع .

وفي هذه النقطة نجد أن نظام (الويو) لم يحدد لنا الشروط التي يجب أن توفر في المحكم بخلاف التشريعات الوطنية وبعض مراكز التحكيم. وإن إختلفت الأنظمة والتشريعات في تحديد الشروط³ إلا أن الهدف واحد ألا وهو الوصول إلى حكم عادل يفصل في النزاع .

وما يجب أن نذكره هو أن مركز "الويو" للتحكيم والوساطة له قائمة محكمين من شتى أنحاء العام⁴ تحوي أكثر من 10000 محكم .

الفرع الثالث

حياد وإستقلالية المحكمين

إذ ترمي الإستقلالية لهدم خضوع المحكم لأي ضغط من الأطراف .

إذ أن نص المادة 22 من نظام (الويو) فإنها أوجبت على المحكمين وقبل قبول أي منهم للمهمة أن يكشف لطرفي النزاع وللمركز وللمحكمين الذين تم تعيينهم في حالة تعيين أكثر من محكم عن أية ظروف أو صلة قد تثير الشكوك على عدم حياد المحكم وإستقلاله ، وله أن ينفي

¹ - إرجع في ذلك للمادتان 17 و 19 من ميثاق المنظمة العالمية للملكية الفكرية بشأن التحكيم

www.wipo.net,po4

² - تقضي المادة 5/9 من نظام "المحكمة الدولية للتحكيم (الويو) . إمكان تعيين محكم من نفس الإنتماء إن إقتضت الضرورة شرط عدم معارضة الطرف الاخر . بخلاف ذلك فإن المحكم في "مركز تسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمار" لا بد أن لا يحمل جنسية أو يكون من ذات موطن أحد الأطراف حسب المادة 03 من نظامه التحكيمي دون تحديد الإستثناء الوارد في نظام الويو، كما أن المادة 1/6 من نظام محكمة لندن للتحكيم الدولي " لا تورد هذا الإستثناء .

³ - مركز القاهرة الإقليمي قد سن قواعد أطلق عليها إسم السلوك المهني للمحكم .

⁴ - من 70 دولة .

وجود أي صلة بأحد الخصوم بأي صفة أو رباط أو مصالح أو مشاعر وذلك كتابة ، ومتى طرأت ظروف من شأنها أن تخل بجيدته وإستقلاله وجب عليه الإعلان عنها على وجه السرعة¹ وذلك حتى يضمن المركز حياد وإستقلالية المحكم ونزاهته حال إصداره للحكم الفاصل في النزاع .

بل وزيادة على ماسبق ومسايرة لكل النظم والتشريعات، فإن نص المادة 21 من نظام (الويو) تحظر على طرفي النزاع وعلى ممثليهم ، إجراء أي إتصال من جانب واحد باي من المترشحين لتولي مهمة التحكيم، إلا لتأكد من مؤهلاتهم أو إستقلالهم ومدى تفرغهم وإستعدادهم لتولي المهمة .

كما ألزمت المادة 23 من نظام الويو بالتفرغ لإتمام مهمته وهو يعد إلتزام يقع على عاتق المحكم المنصب بقبول تنصيبه .

و نظام (الويو) يتشدد في حياد وإستقلالية المحكم وإن ترك الشروط الواجب توفرها في المحكم لطرفي النزاع فهذه تعد ميزة تجسد مبدأ سلطان الإرادة لهما .

الفرع الرابع

رد وعزل وتبديل المحكمين

تقضي المادة 24 من نظام (الويو) على أنه "متى شك أحد الأطراف في حياد وإستقلال المحكم كان له طلب رده . غير أن الطرف المعين أو المشارك للمحكم لا يمكن له رده إلا إذا كانت ملابسات الشك أسباب لاحقة عن التعيين .

ويتم هذا الرد بطلب يكون مبرراً يوجه للطرف الآخر وللمركز والمحكمة في مهلة محددة تتمثل في خمسة عشر (15) يوماً من التعيين أو من العلم بالملابسات المشككة ، وهذا حفاظاً على الوقت وعلى العملية التحكيمية .

ومن حق الطرف الآخر الموجه إليه الطلب الرد على الطلب في خلال خمسة عشر (15) يوماً من تسلّم الطلب¹ .

¹ - نص المادة 22 من نظام (الويو)

فإذا ما تم رد الطرف الموجه إليه الطلب بقبول الرد فإن المركز ليس له حق مناقشة الطلب والبت في مصداقيته، وكذا الحال حال ما انسحب المحكم من تلقاء نفسه .

أما إذا كان رد الطرف الثاني مخالفا لطلبات مقدم الطلب ولم ينسحب المحكم من تلقاء نفسه ، فإنه يتوجب على المركز البت في الطلب بقرار إداري نهائي لا يستوجب فيه التسبيب، فمتى تأكد المركز من صحة الأسباب الواردة في طلب الرد قضى برد المحكم وهذا طبقا لنص المادة 29 من النظام .

وبما أن القرار الصادر عن المركز هو قرار إداري، فإنه يجوز للمحاكم في دولة مقر التحكيم بالفصل في الاعتراض المقدم على قرار المركز إذا كان مشوبا بالتعسف أو البطلان².

ووفقا للمادة 30 من نظام الويبو، فإنه يمكن للمحكم أن يطلب إعفاءه من تأدية مهامه التحكيمية ، و يكون التقدير في ذلك لإتفاق الأطراف أو لقرار المركز، كما تمنح المادة 31 من نفس النظام الحق لطرفي النزاع ودون حاجة لإقرار المركز من إعفاء المحكم من مهامه .

كما خولت المادة 33 من النظام لأي من طرفي النزاع أن يطلب من المركز إعفاء المحكم من العملية التحكيمية ، وهو حق مخول أيضا للمحكم نفسه بطلب الإعفاء، غير أن هذان الحقان مقيدان بتعذر المحكم عن القيام بمهامه لعدم تأهله قانونا - كفقده لأهليته القانونية ، أو كتعذره عن القيام بمهامه لإستحداث مستجدات تمنعه من أداء مهامه ، كمرض مقعد كما يمكن تأسيس الطلب بناءً على إمتناع المحكم على أداء واجبه .

وبإستقراء نص المادة السالفة الذكر فإننا نجد أنها تنص على أن " يتم عند حالة الضرورة تعيين محكم بديل " .

يتضح من هذا النص إمكانية تبديل المحكم وتعيين محكم آخر، غير أن الطرف المعين لمحكم، والرد له لأسباب كان يعلمها وقت تعيينه، أو كان لا بد له أن يعرفها ، ليس له المشاركة في التعيين الجديد إلا بعد تقدير من المركز ، وإن قدر المركز عدم السماح له، تولى المركز بنفسه تعيين المحكم

¹ - في هذا نجد أن نظام الويبو قد قصر المدد مقارنة بنظام المحكمة الدولية التحكيمية والتي حددت المهلة ب 30 يوما . هذا ما يجعل عملية التحكيم في نظام الويبو أسرع .

² - جاك يوسف الحكيم، التحكيم في مجال الملكية الفكرية، مجلة التحكيم العربي ، العدد السادس، أغسطس 2003 ص 126 .

ومذكور أيضا في كتاب كوثر عبد الله محمد ، التحكيم في منازعات الملكية الفكرية مرجع سابق ص 202 .

البديل . يعد هذا جزءا على التقصير في إختيار المحكم وتعطيل سير العملية التحكيمية ، إذ أن إجراءات التحكيم تتوقف إلى حين تعيين المحكم البديل، إلا إذا إتفق الطرفان على الإستمرار في العملية التحكيمية وهنا على المحكمين أن يستمروا في الإجراءات و أن يصدرا حكمهما .

كما أن نظام (الويو) قد كرس لهيئة التحكيم القاعدة التي نصت عليها جل التشريعات الوطنية، وهي سلطة المحكمين في الفصل في مدى إختصاصهم بنظر النزاع ، كما حول هيئة التحكيم بالفصل في أية دفعات تقدم في هذا الشأن ، وكذا المسائل المتعلقة بشكل إتفاق التحكيم أو صحة محله أو صحة العقد المدرج به بند التحكيم¹ على أن يقدم دفاعه بعدم الإختصاص في بيان دفاعه وللمركز إما أن يبت في الدفع بوصفه مسألة اولية أو ترك البت فيه إلى حين صدور القرار النهائي وللإشارة أن الدفع بعدم الإختصاص لا يمنع المركز من متابعة إجراءات التحكيم .

المطلب الثاني

هيكلية الخصومة التحكيمية

إن تنظيم سير مجرى الدعوى الإجرائي يبدأ من بداية تسلم هيئة التحكيم ملف القضية حيث تتبنى الإجراءات التي يحددها الاطراف أو التي تراها مناسبة في حالة عدم الإتفاق، عموما ينصب سير مجرى الدعوى على تحديد الإطار المكاني واللغوي، ثم الطلبات والدفع، ومجموعة من الإجراءات تبني قناعة البت في الموضوع، تتخللها عوارض، ثم تنتهي بإختتام إجراءات الدعوى، وعليه سنحاول أن نستعرض إجراءات التحكيم، وذلك بالتطرق إلى مكان ولغة التحكيم في الفرع الأول ، والطلبات والدفع في الفرع الثاني ، و التدابير التحفظية والوقفية في الفرع الثالث، ثم الجلسات ودلائل الإثبات في الفرع الرابع، وأخيرا عوارض الدعوى في الفرع الخامس .

الفرع الأول

مكان ولغة التحكيم

¹ - كوثر عبد الله محمد بيومي، التحكيم في منازعات الملكية الفكرية ، المرجع السابق، ص 203 .

بموجب المادة 39 من نظام (الويو) نجد أن هذا النظام بخلاف عدة أنظمة تحكيمية¹ أخرى قد منح حق تحديد مكان التحكيم لمركز التحكيم وليس لهيئة التحكيم، هذا مع مراعاة ملاحظات طرفي النزاع وظروف القضية ، وهذا في حالة عدم إتفاق طرفي النزاع وترك ذلك للمركز . أما إذا تم تحديده فإن على هيئة التحكيم إحترام الإتفاق ، ولا يجوز لها مخالفة إتفاق طرفي النزاع دون مبرر وإلا ترتب عن ذلك البطلان² .

وإن كان تقرير مكان التحكيم لا يجعل من محكمة التحكيم هيئة مستقرة كالقضاء الوطني . فإنه يجوز لهيئة التحكيم بعد التفاوض مع طرفي النزاع عقد الجلسات في أي مكان يرونه مناسباً أما مكان إجراء المداولات فيمكن أن يتم في أي مكان وفقاً للسلطة التقديرية لهيئة المحكمة ومع ذلك يبقى مكان صدور الحكم التحكيمي هو المكان المحدد سلفاً سواء من قبل طرفي النزاع أو من طرف المركز كمكان للتحكيم .

أما لغة التحكيم والتي تعد أيضاً من الأهمية بما كان، فإنها تخضع لنص المادة 40/1 من نظام (الويو) لإتفاق الاطراف فلهم الحرية المطلقة في ذلك ، غير أنه في حالة غياب إتفاقهم فإن لغة التحكيم ستكون هي لغة إتفاق التحكيم ، غير أنه يمكن لهيئة التحكيم أن تقرر خلاف ذلك . وفي هذه الحالة يجب أخذ المحكمة بالملاحظات التي يديها الطرفان وظروف التحكيم .

الفرع الثاني

الطلبات والدفع

¹ - المادة 17 من نظام لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي للتحكيم والمادة 18-19 من قانون الأونسيترال 2010

- المادة 17 من نظام محكمة لندن للتحكيم .

² - أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري ، مرجع سابق، ص 22 .

لقد سبق و أن تطرقنا في مقدمات الدعوى ، إلى إمكانية إرفاقها ببيان الدعوى ، وبيان الدفاع، بينما في الأصل تقدم في طلب الخصومة .

لقد تضمن نظام (الويو) أنه حالة إخطار المدعي بتنصيب المحكمة التحكيمية عليه أن يقدم وخلال 30 يوما من تاريخ الإشعار بالتنصيب مذكرة يتضمنها كل البيانات والحجج والأسانيد القانونية والوثائق والمستندات وكل ما يعزز موقفه ، كما أنه يعزز هذه المذكرة بمذكرات لاحقة بعد قبول من المحكمة أو بناءً على طلبها وفقا للمادة 43/ب .

أما بخصوص بيان الدفاع فيجب أن تتضمن عريضة المدعى عليه كل الدفوع والحجج والأسانيد القانونية ، إضافة إلى المستندات والوثائق الداعمة، وهو ما نصت عليه المادة 42 نظام (الويو) خلال 30 يوما، إما من تسلمه إخطار تنصيب المحكمة أو نسخة من بيان الدعوى ، وحالة إجتماعهما فالعبرة في حساب المدة يبدأ بآخر تسلم.

وإذا كان للمدعي حق تعزيز بيان دعواه، فإن للمدعى عليه أيضا حق تعزيز رده بمذكرات إضافية، كما يمكن له إدراج طلبات مقابلة أو طلب مقاصة في مذكرات الرد، وتبقى هذه الطلبات محور تقدير لمحكمة التحكيم . وفي هذه الحالة يكون من حق المدعى أيضا الرد على هذه الطلبات بنفس الشروط السابقة طبقا المادة 43/أ من نظام (الويو).

كما أن لكل من الطرفين حق تعديل الطلب طبقا لنص المادة 44 من نظام الويو ، غير أن ذلك موقوف على إجازة المحكمة التي تقدر ذلك التعديل ، تماشيا مع سرعة المحاكمة.

ومن بين الدفوع التي يمكن تقديمها من أحد الخصوم، الدفع بعدم الإختصاص للمحكمة التحكيمية طبقا لنص المادة 36 من نظام (الويو). ويكون ذلك بطريقتين أن يكون الدفع بعدم الإختصاص بالطعن في إتفاق التحكيم، ويبنى الطعن على إما شكل الإتفاق، أو وجوده أو صحته، أو نطاقه . وحدد نظام الويو حداً أقصى له وهو وروده في بيان دفاع المدعى عليه أو رد المدعى عليه إن وجد غير أن هناك إستثناءً خاصاً حالة ما إذا وجد ما يبرر ذلك .

أما الدفع الآخر فيكون بتجاوز المحكمة التحكيمية لإختصاصها ، كأن تفصل بما لم يطلبه طرفي النزاع ويكون ذلك وقت وقوع التجاوز ، لا تؤثر هذه الطعون في سير إجراءات الدعوى

حيث تبقى مستمرة مما يؤثر على خاصية سرعة الفصل في النزاع ووفقا لمبدأ الإختصاص فإن محكمة التحكيم هي من تفصل في الدفوع¹.

الفرع الثالث

التدابير التحفظية والوقائية

مهما كان سير الدعوى سريعا إلا أنه قد يلحق طرفي النزاع أضرار أثناء هذه المدة ، ضياع مصالح وفوات فرص متعلقة بمحل النزاع ،وبذلك فإن نظام (الويو) في نص المادة 46 قد حول لهيئة التحكيم بإيجاد التدابير والإجراءات التحفظية والوقائية التي تسمح بالحفاظ على الحال أو إجتنااب الخسائر ، كالمحافظة على البضائع أو بيعها إذا كانت معرضة للتلف، وهذا بناء على طلب أحد الطرفين . وبالمقابل فإن للمحكمة أن تطلب كفالة على الأمر بإتخاذ هذا التدبير . كما يجوز للطرف الثاني طلب الأمر بكفالة إزاء خصمه لضمان دفع التكاليف المترتبة على التحكيم، أو بمناسبة الطلبات التي تقدم بها خصمه .

وتبقى هذه الإجراءات رهينة السلطة التقديرية للمحكمة بتقدير جدوى إتخاذها من عدمها كما أن لجوء أحد الطرفين إلى السلطة القضائية لإتخاذ تلك الإجراءات ليتمكن من التنفيذ بعد ذلك، لا يعد مناقضا لإتفاق التحكيم، أو تنازلا عن الحق في التمسك به . وما يمكن أن ننوه به هو أن التدابير التحفظية والوقائية لها إنعكاس إيجابي، سواء أتخذ التدبير من المحكمة التحكيمية، أو من القضاء الوطني بالنسبة لمجال الملكية الفكرية ، بوقف مثلا الإستغلال الغير مرخص به، أو الصنع المفضي إلى التقليد .

الفرع الرابع

الجلسات ودلائل الإثبات

1-ph .Fouchand ,E.Gaillard ,B.Goldman, Traité le l'arbitrage commercial international .op.cit.p.409.

بعد تشكيل محكمة التحكيم وتلقيها للطلبات والدفوع، فإنه يتم إجتماع تحضير بين كل من المحكمة وطرفي النزاع لتحديد الإجراءات التي يرونها الأنسب وإلا فإن نظام الويبو هو من يحدد الإجراءات والتي تتم في شكل تبادل للمراسلات الكتابية¹. ولا تنعقد الجلسات إلا إذا طلب أحد الأطراف إنعقادها لقيام مقامها كتقديم أدلة، سماع شهود، أو مرافعة أو إذا قدرت المحكمة وجوب إنعقادها في غياب طلب الأطراف.

فإذا ما إنعقدت الجلسات فإنها تكون مغلقة ولا يتم إثباتها بمحضر إلا إذا قدرت المحكمة وجوب ذلك، أو إتفق الاطراف على علانية الجلسة.

ويمكن للأطراف أن يقدموا وسائل الإثبات وهم يقدمون دفاعهم، وإن كان من الشائع والمتفق عليه في كل الأنظمة أن هذه الوسائل تمثل في سماع الشهود، الخبرة و تقديم المستندات².

وقد إعتد نظام الويبو نماذج أخرى إضافة إلى النماذج السابقة كالتجارب، والزيارات الميدانية، والإستدلال بمراجع تمهيدية. حيث يمكن للأطراف طبقاً للمادة 48 أن يقدموا ما يعزز موقفهم وللمحكمة تقدير ذلك. كما أن للمحكمة أو بطلب أحد الأطراف أمر الطرف الآخر بتقديم ما يفيد الفصل في النزاع. كما يحق للأطراف بناءً على نص المادة 54/ب من النظام طلب شهادة شهود يتكفل الأطراف بإحضارهم وتكاليفهم. ويتوقف قبول الطلب على قبول المحكمة لما للشهادة من أهمية و يمكن أن تكون الشهادة كتابة، أو شفاهة، مع توقيع أو يمين، كما يمكن أن تدلى بعد إستجواب من المحكمة، هذا إضافة إلى أن للأطراف حق طلب سماع شهادة الخبير، كما يمكن إستبعاد خبرة الخبير من أن تكون فاصلاً في نزاعهم وهذا بعد إطلاعهم على الخبرة وما إستند عليه الخبير في تحرير تقريره. ويرجع الفصل في ذلك كله إلى السلطة التقديرية للمحكمة التحكيمية وقد أقرت المادة 49/ب عنصراً جديداً للإثبات وهو التجارب. ويقصد بها كل ما هو إختبارات أو عمليات للتحقق من شيء، وعلى من يستند، على أنه يجب إخطار هيئة المحكمة قبل الجلسة وإعلامها بالإخطار، و أيضاً بنتائج التجربة، كما يمكن للخصم أن يطلب إعادة ذلك أمامه غير أن ذلك يخضع لإجازة المحكمة.

¹ - المادة 47- 53 من نظام الويبو.

² - المادة 25-26 من نظام لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي للتحكيم، 1985. والمادة 28 من قانون الأونسيترال 2010 و المادة 21.20 من نظام تحكيم لندن للتحكيم.

كما يمكن لأحد طرفي في النزاع وللمحكمة من تلقاء نفسها إجراء المعاينة والزيارات الميدانية ، بل أن المادة 51 من نظام الويوا سمحت بالإستناد على مراجع تقنية، وذلك للإلمام بالموضوع وأدرجت في هذه الإجازة -الرسوم والنماذج، دون تقييد أطراف النزاع من الإستناد على مواد أخرى، كالمخططات والأشرطة المرئية مثلاً ، غير أن هذا الإستناد قيده النظام بإتفاق الطرفين و تقرير المحكمة وتقديم المرجع من الطرفين¹ .

الفرع الخامس عوارض الدعوى

لقد سبق لنا و أن تطرقنا إلى بعض العراقيل كرد وإعفاء وتبديل المحكم، و قد يتخلف أحد المحكمين أو أحد الأطراف، حيث أقر نظام الويوا حفاظاً على سرعة الفصل عدم توقف سير الإجراءات حال تخلف أحد المحكمين رغم إخطاره بالحضور وعلى المحكمين الحاضرين إصدار حكم منهي للنزاع .

إذا لم يكن غيابه مرده لإعفاء من مهامه، فهنا وجب إستبداله ، ما لم يتفق الأطراف على حكم مخالف. وفي حالة التبديل ، فإنه يمكن إعادة سماع الأقوال كلها أو جزء منها - وذلك تحت تقدير المحكمة، و أخذ ملاحظات الأطراف بعين الإعتبار .

غير أن للمحكمين إذا ما قدرا مواصلة سير الإجراءات يجب الأخذ بعين الإعتبار المرحلة التي وصلت إليها الدعوى، وكذا الملابس المحيطة بها بما في ذلك سبب تخلف المحكم .
وإذا تخلف المدعي عن تقديم عريضة دون أن يكون هناك سبباً كافياً يعد التخلف إنهاءً للإجراءات التحكيمية .

غير أن تخلف المدعى عليه عن تقديم رده لا يوقف المحكمة عن مواصلة الإجراءات . كما أنه قد لا يمثل أحد الأطراف لأحد الشروط الواردة في النظام أو التعليمات أو الأحكام الصادرة عن

² غير أننا لا نرى أهمية كبيرة لربط تقديم المرجع من الطرفين وهذا لا يتماشى وتميز عناصر الملكية الفكرية .

المحكمة دون تبرير جدي، حيث يحق للطرف الآخر الاعتراض على عدم الإمتثال في أوانه، و إلا عد متنازلاً عن حقه .

المطلب الثالث

حكم التحكيم وتصحيحه وإكماله

متى تكونت القناعة لدى المحكمة التحكيمية بأن طرفي النزاع قد حضوا بحقهم في عرض دعواهم وتقديم حججهم واسانيدهم كان لها أن تعلن إختتام الإجراءات¹، وإجراء المداولة وإصدار حكم ينهي النزاع، وهو الغاية التي يسعى إليها طرفي النزاع، لذا سنتطرق في الفرع الأول إلى حالة صدور حكم نهائي، وفي الفرع الثاني مجال تدخل مركز التحكيم ، وفي الفرع الثالث كيفية تصحيح الحكم التحكيمي والإضافة إليه .

الفرع الأول

حالة صدور حكم نهائي

لا يتم التوصل إلى حكم نهائي إلا بعد ممارسة العملية التحكيمية برمتها . واضعاً حداً لكل جوانب النزاع .

¹ - بالرجوع إلى نص المادة 57 من النظام (الويبو) فإنه يمكن إعادة فتح سير الإجراءات من جديد بناء على طلب أحد الأطراف، أو بمبادرة المحكمة التحكيمية متى طرأ ظرف إستثنائي، ما لم يتخذ القرار التحكيمي .

ووفقاً لنظام الويوو فإنه يجب أن يصدر حكم التحكيم بالأغلبية غير أنه يمكن مخالفتها عن طريق إتفاق الأطراف على مخالفتها. ولكن قد لا يتفق أغلبية المحكمين على رأي واحد، فهنا يحق لرئيس المحكمة التحكيمية أن يصدر الحكم التحكيمي منفرداً كما لو أنه يعمل بصفته محكماً منفرداً، وله الأخذ برأي تقدم به أحد المحكمين .
وبالتدبر في إتخاذ نظام (الويوو) لهذا الحل، فإننا نراه حلاً علاجياً يكون من خلاله تفادي متاهة الوقوع في حالة عدم الإتفاق .

وللإشارة فإن هذه الصلاحية الممنوحة لرئيس المحكمة لا تقتصر على حكم دون آخر¹ مما يجعل العملية التحكيمية تسير وفق الوقت المحدد لها .

ولقد أخضع نظام (الويوو) الحكم التحكيمي لشكليات حال صدوره إذا إشتراط، أن يكون الحكم التحكيمي مكتوباً . لأن الحكم الشفوي يلقي صعوبات في الإثبات² . وأن يكون بذات اللغة التي تم بها التحكيم، هذا ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك .

وأن يكون الحكم مسبباً، وهذا تماشياً مع ما نصت عليه كل التشريعات الوطنية ومراكز التحكيم غير أن نظام الويوو أورد إستثناءً وهو حالة إجتماع شرطان يمكن أن لا يسبب حكم التحكيم ، وهما إتفاق الأطراف على عدم التسيب وأن لا يكون التسيب مشروطاً في ظل القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم³ .

إذن مما سبق نجد أن نظام الويوو قد وفق في إدراج الشرط الثاني للأول والذي كثيراً ما يعد الشرط الوحيد في كثير من الانظمة التحكيمية -عدم التسيب-⁴ وبذلك يلقي الحكم التحكيمي الرفض في تنفيذه في بلد التنفيذ¹ .

¹ - بخلاف ذلك نجد المادة 31 من نظام " لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، قد إقتصرت بمنح رئيس المحكمة إصدار الأحكام المتعلقة بالمسائل الإجرائية دون غيرها . أما القانون النموذجي 1985 فقد حصر صلاحية رئيس المحكمة التحكيمية في المسائل الإجرائية وهذا ما ذهبت إليه التعديل الأخير 2011 في المادة 2/33 . أما المحكمة الدولية للتحكيم فلا تنص على إمكانية إتفاق الأطراف، مع نصها على منح الصلاحية لرئيس المحكمة دون حصر ذلك في المسائل الإجرائية² - فمثلاً نظام المحكمة الدولية للتحكيم لم تورد في نصوصها شرط الكتابة في إتخاذ القرار - المادة 62 من نظام (الويوو)
³ - المادة 62 من نظام الويوو .

⁴ - المادة 2/28 من نظام الجمعية الأمريكية للتحكيم الدولي - المادة 4/32 من نظام التحكيم للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي .

نجد أن نظام الوييو نص على تاريخ صدور القرار وهذا خلافا لاغلب الانظمة التحكيمية. كما أن لمكان صدور القرار التحكيمي أهمية في تنفيذه، وبما أن القرار الصادر عن مركز الوييو يعد حكما أجنبيا وفقا للمعايير المحددة في إتفاقية نيويورك فإنه يدخل في مجال تطبيقها² كما نص نظام الوييو أيضا على أن يوقع حكم التحكيم من الأغلبية - هذا مع وجوب أن يذكر في الحكم الأسباب المؤدية إلى عدم توقيع الحكم من المحكم المتخلف، مع الأخذ بعين الإعتبار حالة ما يصدر رئيس المحكمة التحكيمية الحكم لوحده فيكون الحكم موقعا من طرفه فقط³.

الفرع الثاني

مجال تدخل مركز التحكيم

للمركز ثلاث مواضع للتدخل⁴ فيمكن له تقديم الرأي الإستشاري بعد طلب المحكمة التحكيمية المشورة في المسائل الشكلية التي تتعلق بالقرار، لضمان تلبية تنفيذه بعد ذلك دون أن يتعدى ذلك إلى موضوع القرار⁵ كالشكليات المطلوبة وفقا للقانون الواجب التطبيق على التحكيم ، أو المطلوبة وفقا لإتفاقية نيويورك .

كما أن من مواضع التدخل تبليغ القرار والمصادقة عليه، إذ أن المركز بعد تبليغه بالحكم من المحكمة بعدد من النسخ الأصلية فإنه يتولى تبليغ الحكم للأطراف وإلى المحكمين، برغم أنهم هم من أصدره أما المصادقة على القرار فهي من باب صحة الحكم حتى يتم الإعتراف به من قبل

¹ - التشريع الجزائري وفي نص المادة 1056 ، يجعل من عدم التسبب بشكل أحد الحالات التي يجوز فيها إستئناف الامر القاضي بالإعتراف أو بالتنفيذ .

² - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 346 .

³ - نص المادة 62 فقرة د من نظام الوييو.

⁴ - نص المادة 62 من نظام الوييو .

⁵ - وفقا للمادة 21 من نظام محكمة التحكيم الدولية فإننا نجد تدخلها في شكل القرار ليس إستشاريا بل هو إلزامي كما لها حق الإقتراح في الموضوع، كما لا يوقع القرار إلا بتمامه . في حين أن مركز الوييو لا يتدخل في الموضوع ورايه في الشكل إستشاري وبذلك أعطى لمحكمة التحكيم مصادقية أكبر .

الدولة المعنية ووفقاً لإتفاقية نيويورك فإنها تستلزم المصادقة على حكم التحكيم، لإثبات الرسمية والصحة، ويكون ذلك بعد طلب الطرف الذي يريد تنفيذ الحكم التحكيمي .

مما سبق تداوله وشرحه من قواعد يظهر لنا أن قواعد الويبو تبرز الحرص على الحد من الإجراءات الشكلية. كما نجده قد عزز نظامه بمختلف الاحكام التي أثبتت فعاليتها والأحكام الغير متداولة والمجدية في عملية التحكيم وبعد المصادقة يصبح الحكم قابلاً للتنفيذ وملزماً للطرفين بتنفيذه وبحسن نية، وأن لا يقوم الأطراف بالطعن في القرار التحكيمي إلا في الحدود التي يحددها القانون الوطني واجب التطبيق .

فالحكم التحكيمي الصادر وفقاً لنظام (الويبو) يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه وأن لجوء الاطراف وبمحض إرادتهم إلى مركز التحكيم والوساطة يقضي حتماً أن يتم تنفيذه طواعية .

الفرع الثالث

تصحيح الحكم والإضافة إليه

أن التصحيح لا يتم إلا في إطار محدد، إذ أن التصحيح لا يكون إلا في الاخطاء المادية أو الحسابية، أي أنه لا ينجر عن التصحيح حكماً آخر في الموضوع، فنظام الويبو¹ حصر حالات التصحيح على الأخطاء. التي تطراً لدى تحرير أو نسخ نص القرار مطبعياً أو كتابياً، أو التي تطراً على النص أثناء تحريره، أو حسابية لدى تحديد مقدار التعويضات أو التكاليف، دون أن يعني ذلك إعادة النظر في قيمة التعويض من حيث الحكم الممنوح، بل يقع التصحيح فقط في حالة إذا ما وقع خطأ في عملية جمع القيم مثلاً ويكون هذا الحق مخلولاً قانوناً للاطراف وللمحكمة التحكيمية نفسها . ولقد حدد نظام الويبو مواعيداً محددة للتصحيح إذا أوجب على الأطراف طلب التصحيح خلال ثلاثين يوماً من تسلمهم القرار التحكيمي، وعلى المحكمة أن تصدر حكم التصحيح خلال ثلاثين يوماً من تسلمها الطلب . أما إذا قامت المحكمة التحكيمية من تلقاء

¹ - نص المادة 66 من نظام الويبو

- إذ أن نظام (الويبو) جعل هذه المواعيد جامدة لا يمكن تمديدها .

نفسها بالتصحيح فيجب عليها إتمامه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إصدار الحكم، وبذلك فإن محكمة التحكيم تصدر مذكرة ترفق بالحكم التحكيمي الأصلي للتنفيذ .

كما يمكن للمحكمة التحكيمية أن تصدر أحكاماً جديدةً تضاف إلى الحكم الأصلي، وهذا يكون حالة ما لا تبث المحكمة التحكيمية في طلبات قدمت أثناء العملية التحكيمية فهنا من حق الاطراف طلب البث في تلك الطلبات خلال ثلاثين يوماً الموالية لإستلامهم الحكم التحكيمي وعلى المحكمة أن تثبت في الطلب خلال ستين يوماً من تسلم الطلب كما يمكن للاطراف الإدلاء بأقوالهم مما يجعلها شبه عملية تحكيمية مصغرة مع عدم الخلط بين رفض طلبات أحد الخصوم وبين عدم البث فيها .

المبحث الثاني

تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وعلى

موضوع النزاع

لا يبت في نزاع معين إلا بإتباع إجراءات محددة قبل وأثناء البت، و تحديد القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية بالغ الأهمية والصعوبة، سواء كان التحديد يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات أو القانون الواجب التطبيق على الموضوع . وتزداد الصعوبة.

أمام المحكم الدولي الذي ليس له قانون إختصاص، أو ما يطلق عليه "قانون القاضي" الذي يمكن له من خلاله تحديد القانون الواجب التطبيق إجرائياً وموضوعياً¹.

كما أنه قد تختلف الإعتبارات التي تدفع طرفي النزاع أو محكمة تحكيم إلى إختيار قانون يطبق على الإجراءات وقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، لذا كان لا بد من مراعاة التفرقة

¹ - خالد محمد القاضي ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 247 .

بينهما¹ إذ أن التفرقة بين القانونين أصبحت من القواعد الثابتة في مجال التحكيم التجاري الدولي².

هذا ما يدفعنا للبحث في نظام الويو عن القواعد القانونية التي تحكم سير الإجراءات في المطلب الأول، والقانون الذي يحكم موضوع النزاع في المطلب الثاني .

المطلب الأول

القانون الذي يحكم سير الإجراءات

الأصل أن إرادة الاطراف هي التي تحدد إجراءات التحكيم وهذا ما إستقر عليه الفقه والقضاء والمعاهدات الدولية ولوائح مراكز التحكيم الدائمة على مبدأ خضوع إجراءات التحكيم لقانون إرادة الأطراف .

هذا ما سيدفعنا للبحث عن تحديد القواعد الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم وفقا لنظام الويو . وذلك بتحديد القواعد القانونية المطبقة وفقا لنظام الويو في الفرع الأول، والمجال الذي تطبق فيه هذه القواعد في الفرع الثاني .

الفرع الأول

القواعد القانونية المطبقة وفقا لنظام الويو

إن نظام الويو قد جمع هذه القواعد في نص المادتين 59 والمادة 03 وباستقراء نص المادتين نخلص إلى أن نص المادتين يحوي ثلاث قواعد قانونية ممكنة التطبيق على إجراءات التحكيم .

¹ - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 132 .

² - محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 265 .

القاعدة الأولى هي أن مبدأ سلطان الإرادة للأطراف هو السيد في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، فقد يتفق الاطراف على أحد القوانين الوطنية أو إتباع الإجراءات المنصوص عليها في أحد المراكز. فإرادة الاطراف حرة في ذلك. هذه الإرادة يجب أن تكون واضحة وصریحة لدفع أي لبس. غير أنه يمكن إستخلاص الإرادة الضمنية من إتفاق التحكيم

متى سكت الاطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق¹.

غير أن هذه الإرادة ليست مطلقة على عمومها، إذا أن نظام الويبو قد جعل لها قيوداً متمثلاً في، سماح قانون مكان التحكيم بإستعمال هذه الإرادة، وبذلك فإنه يجب على طرفي النزاع وهم يختارون مكان التحكيم معرفة القانون الساري فيه، فقد يكون قيوداً على حرية إختيارهم للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات.

القاعدة الثانية تقضي على أنه إذا لم يستخلص من إتفاق الأطراف القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، فإن قانون مكان مقر التحكيم هو الذي يطبق، حالة إنعدام الإتفاق، و حالة عدم إستيعاب القانون الذي إختاره الأطراف كافة المسائل الإجرائية، إذ أن غالباً ما تتجه المحكمة التحكيمية إلى قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم.

ويذهب جانب من الفقه² إلى أن تطبيق قانون مقر التحكيم يستند إلى الإرادة الضمنية للأطراف بينما يرى جانب³ آخر من الفقه إلى أن الأمر لا يتعلق بإرادة الأطراف، بل يتعلق بالقواعد الأكثر ملائمة لحكم المسائل الإجرائية والقانون الأنسب هو قانون مقر التحكيم.

وحسبما أقرت محكمة النقض الفرنسية فإن مقر التحكيم بمثابة ضابط اسناد يعبر عن الإرادة الضمنية للأفراد والتي تظهر في إختيارهم صراحة لمكان معين¹.

¹ - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 132 وما بعدها.

- كوثر محمد بيومي، التحكيم في منازعات الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 210.

- أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 218.

² - أبو العلا النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، مرجع سابق، ص 212.

³ - أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 96.

أما الحالة الثالثة فالقواعد المحددة للتطبيق هي قواعد نظام تحكيم (الويو)، إذ أن تطبيق هذه القواعد يعد نتيجة منطقية لإختيار الأطراف اللجوء إلى التحكيم في ظل المركز في إتفاق تحكيمهم

إلا أن تطبيق قواعد نظام تحكيم (الويو) يبقى متوقفاً أيضاً على أن لا تكون أحكام القواعد القانونية لمقر التحكيم تمنع تطبيق قانون آخر غير قانون مقر التحكيم ، وبإستقراء نصوص أحكام نظام (الويو) نجد أنه جعل الأحكام الواجبة التطبيق "قانوناً" وليست قواعد قانونية"، إذن ليس للأطراف الإتفاق على قواعد قانونية مشكلة من طرفهم مثلاً، بل يجب الإتفاق على قواعد قانونية تشكل قانوناً وطنياً أو لائحة مركز تحكيم. ما لم ينص قانون مقر التحكيم خلاف ذلك . هذا الإتجاه المتخذ من طرف نظام (الويو) يعد قد خالف الكثير من التشريعات ولوائح مراكز التحكيم²، كما نجد أن القانون المطبق على الإجراءات يسمو فيه قانون (مقر التحكيم - القانون المتفق عليه) سمو مطلقاً في قواعده الآمرة³.

غير أننا نرى في هذه النقطة بالذات أن نظام الويو هنا يكتفه نوعاً من الإستفهام، إذ ما الجدوى من وضع نظام يتماشى وخصوصية الملكية الفكرية، ثم نضع لها قيوداً في التطبيق خارجة عن إرادة الأطراف، بل نجد أن نص النظام ذاته جعل السبق للقواعد الآمرة للنظام والتي قد لا يختاره الأطراف .

الفرع الثاني

مجال تطبيق القواعد

بإستقراء نص المادتين 03 و 59 من نظام (الويو) نجد أن نص المادتين . لا تحدد لنا مجال تطبيق القواعد السالفة الذكر على المرحلة السابقة لمباشرة الدعوى أو بعد مباشرة الدعوى . هذا ما

¹ - كوثر عبد الله محمد بيومي، التحكيم في منازعات الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 212 .

² - المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ تنص " يمكن أن تضبط في إتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة...." .

³ - لا تطبيق قواعد نظام (الويو) متى تعارضت احكامه مع احكام القانون المثلث من الطرفين (سواء قانون مقر التحكيم إذا كان لا يسمح بتطبيق قانون غيره ، أو القانون المختار إذا كان قانون مقر التحكيم يسمح) .

يدفعنا إلى القول بأن النصين جاء بصيغة العموم، وعليه فإن هذه القواعد تطبق حتى على الإجراءات الممهدة لبدء سير الدعوى .

المطلب الثاني

القانون الذي يحكم موضوع النزاع

يعد معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من أهم قضايا التحكيم، إذ أنه لا يمكن إصدار حكم التحكيم وحسم النزاع إلا بعد تطبيق هذا القانون، إذ كان القاضي الوطني لا يجد صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق لأنهم يطبقون النصوص القانونية لدولتهم . فإن الامر يختلف بالنسبة للمحكم الذي يستمد سلطته من إتفاق التحكيم¹ ووفقا لنظام الويوو فإن القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع تكون محددة إما بإتفاق طرفي النزاع وستتطرق إليه في الفرع الأول، و إما عن طريق الهيئة التحكيمية و سنتناوله في الفرع الثاني .

الفرع الأول

إتفاق طرفي النزاع

تتجه لوائح معظم هيئات التحكيم الدائمة أو المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم إلى تكريس إرادة الأطراف بخصوص تطبيق القانون الذي يتفقون عليه في شأن موضوع النزاع²، ولا يتم التدخل من قبل هيئة التحكيم إلا حين سكوت أطراف النزاع، أو حالة التعارض مع النظام

¹ - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 179 .

² - رمضان علي عبد الكريم، دسوقي عامر. الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها ، المركز القومي للإصدارات القانونية -القاهرة، مصر 2011 ، ص 360 .

العام، وفي نظام الويوو يعد إتفاق الأطراف المبدأ العام لتحديد القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع. وللأطراف وفقاً للنظام الحرية الكاملة في إختيار القانون الذي يرونه مناسباً لحل نزاعهم كقانون وضعي، أعراف، قوانين ملغية، أو قواعد مبتكرة، وقد يلجأ الأطراف إلى مزج عدة مصادر فينشئون قانوناً مستخلصاً من تشريعات وطنية أو يكرسون العادات والأعراف المتعلقة بموضوع النزاع.... الخ، وقد نصت المادة (59 أ) من نظام (الويوو) على أن "تبث محكمة التحكيم في موضوع النزاع وفقاً لما إختاره الطرفان من قانون أو قواعد قانونية، ويعتبر كل تعيين لقانون دولة على أنه يشير مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعد لها بشأن تنازع القوانين، ما لم يتم التعبير على خلاف ذلك "

فإذا ما إتفق الأطراف على قانون دولة معينة فإنه على هيئة التحكيم أعمال القواعد الموضوعية في القانون المختار للأطراف دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين وقد أخذت بهذه القاعدة العديد من الإتفاقيات الدولية ولوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة¹.

غير أن هناك جانب من الفقه من يرى أنه رغم حرية الأطراف في إختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. فإن الحاجة إلى قاعدة إسناد تظل قائمة لتحديد هذا القانون، خاصة في المسائل التي تخرج عن سلطان الإرادة للطرفين، كحال الأهلية، والنيابة في التعاقد والشكل اللازم لإفراغ التصرف فيه، كذلك حالة مخالفة القانون للنظام العام².

وتحصل حرية إرادة الاطراف في حق الخروج عن القاعدة العامة المجسدة في نظام (الويوو)، بأن القانون المختار لدولة ما هو قانونها الموضوعي، وليس لقواعد تنازع القوانين الخاص بها، وهذا

1 - طبقاً لنظام تحكيم مؤسسة التحكيم الأمريكية (A.A.A) والتي تقضي نص مادتها 39 بأن تطبق هيئة التحكيم القانون أو القوانين الموضوعية التي يختارها الأطراف لحكم النزاع .

غير أن هناك بعض التشريعات من تضع قيود على حرية الأطراف في الإختيار بإستلزام وجود صلة بين العلاقة القانونية من وجهة القانون الذي إتفق عليه الأطراف، وهذا ما نص عليه القانون الإسباني سنة 1988 والذي ينص في المادة 62 منه " يقضي المحكمون طبقاً للقانون الذي عينه الأطراف صراحة بشرط. أن تربطه آثار النزاع واخيراً تطبيق القانون الأكثر ملاءمة "

- أنظر أكثر تفصيل. رمضان علي عبد الكريم، دسوقي عامر، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية، مرجع سابق، ص 363 .

2- أنظر في ذلك د هشام خالد، مبادئ القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 72 وما بعدها .

ما نستخلصه من عبارة "... ما لم يتم التعبير خلاف ذلك" إذن فمتى تم التصريح خلاف إعتبار القانون المختار و هو "القانون الموضوعي" كانت إرادة الطرفين هي السيدة، وهذا الإتجاه لنظام الويوو إنتهجه أيضا القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الامم المتحدة للقانون الدولي، وكذا نظام التحكيم الخاص بهذه اللجنة على خلاف الكثير من التشريعات وأنظمة التحكيم الأخرى¹، إذن نظام الويوو أعطى الحرية الكاملة لإرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع .

ولالإشارة فإنه يمكن لطرفي النزاع ودون تحديد للقواعد القانونية المطبقة على موضوع النزاع أن تفوض محكمة التحكيم بالفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة أو كمفوض في الصلح وهذا ما يجعل هيئة التحكيم تفصل وفقا لما تراه مناسبا . ودون التقييد بأية قاعدة . هذا دون أن تغض الطرف عن المساس بالنظام العام الدولي² أو الأعراف التجارية .

الفرع الثاني

إختيار هيئة التحكيم

في حالة غياب قانون الإرادة فإن هيئة التحكيم ووفقا لسلطتها التقديرية تتولى تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك بالاخذ بالقاعدة التي تبدو أكثر ملائمة لظروف النزاع .

غير أن هذه الصلاحية قيدت ببعض القيود فقد نصت المادة 59 فقرة 1 على أنه "... إذا تخلف الطرفان عن الإختيار، وجب على محكمة التحكيم أن تطبق القانون أو القواعد القانونية مما تعتبره مناسبا وفي كل الاحوال على محكمة التحكيم أن تبت في النزاع مع إيلاء الإعتبار الواجب لشروط أي عقد ذي صلة بالموضوع، ومع مراعاة الاعراف التجارية السارية" إذن فصلاحيته

¹ - كنظام محكمة لندن للتحكيم الدولي في نص المادة 22 والإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي المؤرخة في 21 أبريل 1961 بجنيف المادة 07 .

2-ph.fouchard/E.Gailard/B.goldman.traitè de L' arbitrage commercial international .op.ci.p853.

الهيئة في إختيار القانون المناسب مقيدة بقيود إذ لا يجوز قيام هيئة التحكيم بإختيار قانون ما في وجود إتفاق تحكيم .ولا أن تعارض مع ما هو مدرج في العقود المتعلقة بالموضوع من شروط، ولا مع ما هو ساري من اعراف وعادات تجارية سائدة فيجب على هيئة التحكيم إن لم تكن مقيدة في حدود قواعد محددة، أن تراعي الشروط المدرجة كقاعدة إسناد¹ مثلا .و أن عدم إعمال هذا الشرط تعد هيئة التحكيم قد خالفت بذلك إرادة الأطراف والتي يقوم عليها أساسا نظام التحكيم. ونرى أن هذا الإتجاه لنظام الويو يخدم مصالح الملكية الفكرية وذلك بإيجاد قانون واجب التطبيق ، يتلائم والنزاع المطروح .

كما أنه وفي حالة غياب قانون الإرادة يجوز إعمال القواعد الموضوعية للتجارة الدولية المعروفة ب *lex mercatoria*، تلعب دوراً مكماً لقواعد القانون الوطني المختار، في وجود نقص فيه، أو في عدم ملائمته إذا ما ثبت ذلك لهيئة التحكيم² .

وفي إحدى القضايا³ والمتعلقة بعقود نقل التكنولوجيا والتي صدر فيها حكم عن غرفة التجارة الدولية بباريس في القضية الحاملة لرقم 1995/8385 م .

إذ طبقت غرفة التجارة بباريس قواعد التجارة الدولية على المنازعة السالفة الذكر وتتلخص وقائع النزاع في هذه الدعوى في تعاقد شركة بلجيكية مع شركة أمريكية للإستفادة من خبرة الأخيرة في نقل التكنولوجيا إليها ومساعدتها في إقامة مصنع متطور في بلغاريا وتقاعت الشركة البلجيكية عن دفع عائد نقل التكنولوجيا المستحق للشركة الأمريكية، كما قامت وبدون مسوغ قانوني بحبس المعلومات الخاصة بالشركة الأمريكية .

هذا ما جعل الشركة الأمريكية تقوم بإتخاذ إجراءات التحكيم، مطالبة بالحصول على تعويض ثلاثي الأضعاف (*triple*) وفقا لما ينص عليه القانون الفيدرالي الأمريكي وهو القانون الواجب التطبيق على العقد .

¹ - وظيفة قواعد الإسناد هي إيجاد القانون المناسب لحل النزاع لمشكلة تنازع القوانين إذ من خلالها يتم إستخراج وإختيار القانون المناسب لحل النزاع من بين القوانين المتنازعة وفقا لما تقتضيه مبادئ العدالة وإستقرار المعاملات ومراكز الافراد . أنظر أكثر تفصيل محمود الكسواني، القانون الواجب التطبيق على مسائل الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 57 .

² - خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 263 .

³ - مذكورة في كتاب أحمد صالح على مخلوف، إتفاق التحكيم كاسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 218 .

غير أن هيئة التحكيم المنعقدة في نيويورك رفضت تطبيق القانون الفدرالي الأمريكي الذي يحكم النزاع، رغم إتفاق الأطراف على تطبيقه وقامت بتطبيق قانون التجار *lex mercatoria* لأسباب أوضحتها على النحو التالي .

1- إن الأخذ بقانون يثير خلافات كثيرة عند تطبيقه لتعدد التفسيرات التي يحتملها هذا القانون من أحكام .

2- إن هذا القانون هو تشريع غريب على النظم ذات النزعة اللاتينية ومنها التشريع البلجيكي والتي تجعل هذا النوع من صور التعويض .

3- إن هذا القانون فيما يفرضه من تعويض ثلاثي الاضعاف لا يجد مجاله إلا في حالات التعاقدات غير المشروعة مثل دفع الرشاوي حيث يكون تطبيقه في هذه الحالة واجباً بإعتباره قاعدة جزائية .

4- إن المحكمة العليا الأمريكية قد إستبعدت مرات عديدة تطبيق القواعد الآمرة في القانون الأمريكي عندما يتعلق النزاع بعقد دولي، وإستعاضت عن تطبيقه بقانون آخر يتفق وحاجات المعاملات الدولية .

وإستطردت الهيئة قائلة " أنه من الالهية بمكان في مجال التجارة الدولية إختيار قواعد تولد نتائج متوقعة تستجيب لمقاصد الأطراف، وتأخذ في الإعتبار العادات السائدة في السوق الدولي وبالتالي فهي فرصة نموذجية -على حد تعبير هيئة التحكيم - لتطبيق هذا الذي إصطلح على تسميته بقانون التجار، لتقرير التعويض العادي الذي تستحقه الشركة المدعية مع منحها عائد نقل التكنولوجيا المستحق لها حتى 31 من ديسمبر 1991م وقدره (....) دولار أمريكي " .

الفصل الثاني

التحكيم في إطار منظمة التجارة العالمية

لقد تمخضت الجهود الدولية بعد عدة جولات من المفاوضات إلى تأسيس منظمة التجارة العالمية (word trade organization) (WTO) والتي شرعت في عملها في أول جانفي 1995م وذلك للإشراف على تنفيذ الإتفاقيات التجارية الناتجة عن جولة أوجواي ومن أهم ما ميز جولة أوجواي للمفاوضات أن إطارها القانوني للنظام التجاري العالمي أمتد ليشمل حقوق الملكية الفكرية، وبذلك أصبح طلب العضوية في منظمة التجارة العالمية يستوجب قبول جميع الإتفاقيات المبرمة وما تحويه من إلتزامات قانونية كإتفاقية ترينس trips لحماية الملكية الفكرية، والتي تضمنت المادة الأولى منها إلى إشارة صريحة إلى إسنادها إلى أحكام كل من إتفاقية برن للمصنفات الفنية والأدبية، وإتفاقية باريس للملكية الصناعية، إضافة لإتفاقية روما لحماية المؤدين ومنتجي التسجيلات الصوتية والهيات الإذاعية، ومعاهدة الملكية الفكرية للدوائر المتكاملة.

ولقد إلتزمت الدول الأعضاء من منظمة التجارة العالمية إلى عدم إتخاذ أي إجراء منفرد للرد على الإنتهاكات المحتملة، وبالتقييد بقواعد وإجراءات تسوية المنازعات التي تم الإتفاق عليها والرجوع إلى جهاز تسوية المنازعات الجديد مع التقييد بقواعده وإجراءاته¹، ووفقا لمذكرة التفاهم حول القواعد والإجراءات اللازم إتباعها لتسوية المنازعات التي تنشأ في إطار منظمة التجارة العالمية، أصبح هناك جهاز واحد لتسوية المنازعات والذي يعتبر الجهة الوحيدة المخولة بإنشاء فرق التسوية الخاصة والموافقة على تقاريرها وتقارير جهاز الإستئناف ومراقبة تنفيذ التوصيات والقرارات، والموافقة على إتخاذ إجراءات إنتقامية... الخ. وهذا بإعتبار إتفاقية ترينس إحدى إتفاقيات المنظمة - وهي تخضع لجهاز تسوية المنازعات .

¹ - خيرى فتحى البصلي تسوية المنازعات في إطار إتفاقيات منظمة التجارة، مرجع سابق، ص 12 .

ومن بين أهم وسائل التسوية، التحكيم، والذي أكدته المادة 25(1) من مذكرة التفاهم والذي من خلاله يتم الفصل في النزاع بسهولة ويسر وذلك لسهولة الإجراءات المتبعة للوصول إلى حكم فاصل في النزاع، يكون تطبيقه وتنفيذه واجباً على الطرف الخضم .

من خلال هذا الفصل سنقوم بالتطرق إلى منظمة التجارة العالمية وعلاقتها بالملكية الفكرية في المبحث الأول ، ثم إجبارية اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات الملكية الفكرية في المبحث الثاني ، ثم إجراءات التحكيم والآثار المترتبة على حكم التحكيم في المبحث الثالث .

المبحث الأول

منظمة التجارة العالمية وعلاقتها بالملكية الفكرية

من أهم نتائج جولة أرجواي للمفاوضات التجارية متعددة الأطراف، إتفاق مراكش بشأن إنشاء منظمة التجارة العالمية وللإشارة فإن إعلان بونناديلستي والذي بموجبه إنطلقت جولة أرجواي عام 1946 لم يتضمن أي إشارة إلى إنشاء منظمة جديدة . غير أنه في سنة 1990 تقدم كبار المسؤولين في كندا بإقتراح إنشاء منظمة جديدة للتجارة، وقد لاقت هذه الفكرة الصدى لدى المسؤولين في الإتحاد الأوروبي، وتم إقتراح إنشاء منظمة التجارة متعددة الأطراف .

غير أن الولايات المتحدة أظهرت معارضة كونها كانت تخشى على تجارتها الخارجية كونها كانت الأقوى إقتصادياً، ثم مالبت إلى أن أيقنت من جدوى المنظمة وأبدت موافقتها¹ بشرط أن يتغير إسمها إلى " منظمة التجارة العالمية" وفي 15 أبريل 1994م تم التوقيع على إنشائها . هذه المنظمة تمثل إطار مؤسسيا وتنظيميا يحوي على أحكام وتعهدات جوهرية لتنفيذ أحكام الإتفاقيات ومنها إتفاقية ترينس التي تحوي أهم إتفاقيات الملكية الفكرية كإتفاقية برن وباريس .

¹ - قد يرجع بسبب تراجع الولايات المتحدة عن رايها كتابات الفقهاء من رجال القانون والإقتصاد ومن بينهم د.جون باكسون أستاذ القانون والإقتصاد بجامعة ميتشجان الامريكية . والذي إقترح في كتاباته إنشاء منظمة للتجارة العالمية لتكون بمثابة مظلة وأداة فعالة لإنفاذ أحكام الإتفاقيات التي يمكن أن يتوصل إليها المفاوضون في جولة أرجواي مع عرض إقتراحاته بان تتضمن المفاوضات مسائل التجارة في السلع والخدمات وحقوق الملكية الفكرية .

خيرى محمد أحمد البصيلي ، تسوية المنازعات، مرجع سابق، هامش ص 110 .

وعليه وعلى ضوء ما سبق سنقوم بالتطرق إلى النشأة التاريخية لمنظمة التجارة العالمية و أهدافها في المبحث الأول و الملكية الفكرية من "جات" 1947 إلى " منظمة التجارة العالمية" 1994 في المبحث الثاني.

المطلب الأول

النشأة التاريخية لمنظمة التجارة العالمية و أهدافها

لقد كانت هناك حاجة ماسة لبناء الدعامة الثالثة بعد أن تم تنظيم العلاقات المالية الدولية بإنشاء البنك الدولي للإنشاء والتعمير، وتنظيم العلاقات النقدية الدولية بإنشاء صندوق النقد الدولي¹.

خاصة بعد أن أجهضت المحاولة الجادة لميثاق هافانا 2 نوفمبر 1946 و 24 مارس 1948 مع ذلك تمخضت الجهود الدولية في إبرام الإتفاق العام للتعريفات والتجارة عام 1947 (جات 1947) إلى مفاوضات جولة أورجواي 1986 إلى 1994 والتي إنتهت بميلاد منظمة التجارة العالمية والتي تحوي في مضمونها أهداف تحرير التجارة العالمية في مجالات السلع والخدمات وحقوق الملكية الفكرية وعلى ضوء ذلك سنتناول النشأة التاريخية لمنظمة التجارة العالمية في فرع أول، ثم أهداف المنظمة في فرع ثاني .

الفرع الأول

النشأة التاريخية لمنظمة التجارة العالمية

لقد ساد في الفترة ما بين الحربين العالميتين الأولى والثانية نقص كبير في التجارة الدولية بسبب الحماية التجارية، هذا ما أدى إلى الإعتقاد لدى الولايات المتحدة بأن سياسة الحماية التجارية

¹ - لقد تم إنشا صندوق النقد الدولي IMF والبنك الدولي للإنشاء والتعمير IBRD في " المؤتمر النقدي للأمم المتحدة الذي عقد في يوليو 1954 في مدينة بریتون وودز بولاية مشاير الأمريكية .

المتشددة والتي تم إتباعها خلال الفترة 1920 إلى 1940 كانت سببا في خفض حجم التجارة الدولية، وحدث الكساد في الثلاثينيات والذي كان له دوراً في بدء الحرب العالمية الثانية¹. وهذا ما جعل الولايات المتحدة تغير من سياستها التجارية و الإلتجاء نحو تحرير التجارة فأصدرت قانون إتفاقيات التجارة المتقابلة (ACT(RTAA) القائم على أساس المعاملة بالمثل سنة 1934 وبموجب هذا القانون منح الكونجرس رئيس الولايات المتحدة الأمريكية سلطة الدخول في إتفاقات تجارية متبادلة وذلك لتخفيض التعريفات الجمركية². وبذلك أجرت الولايات المتحدة عدد من الإتفاقيات الدولية وصلت إلى 32 إتفاقا حتى عام 1945، وفي أواخر الحرب العالمية الثانية إتفقت كل من الولايات المتحدة وبريطانيا على إعادة تنظيم العلاقات الإقتصادية الدولية ليشمل الجوانب النقدية والمالية و التجارية³. إذ تم عقد مؤتمر بریتون وودز بولاية نيوهامشاير الأمريكية خلال الفترة من 1 - 22 جويلية 1945، وتم إنشاء صندوق النقد الدولي (IMF) والبنك الدولي للإنشاء والتعمير. هذا المؤتمر إعترا ف بأهمية الحاجة إلى مؤسسة مشابهة لإدارة وتنمية العلاقات التجارية الدولية⁴. ولقد تمخضت الجهود الدولية⁵، إلى الإهتمام إلى الإتفاق العام للتعريفات الجمركية والتجارة العامة في نوفمبر 1947 والذي يمثل المرحلة الأولى لميلاد المنظمة العالمية للتجارة والتي صيغت في 36 مادة موزعة على ثلاثة أقسام، ولقد تم إضافة قسم رابع سنة 1965 يضم ثلاثة مواد، وقد وافق المجتمعون على أن أية إتفاقية يتم التوصل إليها ستكون مؤقتة، هذا يعد بمثابة ترتيب وقي لحين العمل بميثاق التجارة الدولية وقيام الجهة التي ستشرف على تطبيقه⁶. ولقد نص مشروع الإتفاق على أن القرارات متعددة الأطراف والتي قد تصدر عن الجات تعتبر عملا جماعيا لأطراف متعاقدة، ولا تعد الجات منظمة دولية وبالتالي ليست من أشخاص

¹ - خيرى فتحى البصلى، تسوية المنازعات، مرجع سابق، ص 22 .

² - خيرى فتحى البصلى تسوية المنازعات، المرجع السابق، ص 23

³ - محمد إبراهيم أبوشادي منظمة التجارة العالمية ودورها في تسوية المنازعات التجارية درا النهضة العربية، مصر 1996 ص 14 .

⁴ - خيرى فتحى البصلى، تسوية المنازعات، مرجع سابق، ص 25 .

⁵ - لقد جرت هذه المفاوضات في جنيف وتوصلت إلى ثلاثة وعشرون 23 دولة إلى إتفاق التعويضات الجمركية والتجارة والذي يعرف باختصار برمز (GATT)

⁶ - خيرى فتحى البصلى، تسوية المنازعات، المرجع السابق، ص 30 .

القانون الدولي¹ وهذا يرجع إلى أن تفويض الكونجرس للرئيس الأمريكي لم يكن يتضمن صلاحية التفاوض لإنشاء منظمة دولية، وهذا خوفاً من تقييد نفسها بهذه المنظمة كونها الأقوى إقتصادياً على مستوى العالم .

وفي تلك الاثناء تم إقتراح من جانب كندا والإتحاد الاوروي بإنشاء منظمة جديدة بإسم منظمة التجارة متعددة الأطراف² التي إستمرت تحمل نفس الإسم حتى نهاية جولة المفاوضات وللإشارة إن إتفاقيات الجات 1946 إقتصرت على تحرير التجارة في السلع الصناعية بين البلدان المتقدمة دون أن يمتد إلى غيرها من قطاعات التجارة الدولية كقطاع الخدمات، والملكية الفكرية. هذا إضافة إلى أن هذا الإتفاق لم يشمل عدداً كبيراً من الدول، فهناك المعسكر الشرقي (الدول الإشتراكية) التي كانت تمثل قطب خاص .

غير أنه بتفكك الإتحاد السوفييتي، وإختيار نظام بريتون وودز لأسعار الصرف التابعة للعملات، والتحول إلى أسعار الصرف العائمة، وكذا تفشي الكساد والتضخم في معظم الدول المتقدمة نتيجة للسياسة الحمائية ، هذا إضافة إلى أن إختيار المعسكر الشيوعي ، أدى إلى ظهور فشل سياسة تدخل الدولة في الإقتصاد، هذا ما أدى بالدول النامية إلى تحرير التجارة وتطبيق سياسات الإصلاح الإقتصادي القائم على الخصخصة وعلى إقتصاديات السوق³ هذا إضافة

إلى أن إتفاق الجات أصبح لا يتماشى والتطور المتسارع في شتى المجالات⁴ .

¹ - كوثر عبد الله محمد بيومي ، التحكيم في منازعات الملكية الفكرية ، مرجع سابق، ص 220 .

² - فقد عمدت كل دولة آنذاك إلى إعداد قائمتين قائمة تحدد فيها السلع التي ترغب في زيادة صادراتها للدولة الأخرى التي تفاوضها لعقد إتفاق ثنائي للحصول منها على تخفيضات جمركية والتي تطبقها عند إستيرادها لهذه السلع والتعبير الفني المستخدم هو تنازلات. أما القائمة الثانية فهي تحوي السلع التي توافق الدولة - بالمقابل لهذا - على تخفيض تعريفاتها الجمركية عليها عند إستيرادها من الدول الأخرى. وهذا المسلك تطبيق دقيق لمبدأ المعاملة بالمثل -راجع في ذلك خيرى فتحى البصيلي، تسوية المنازعات ، مرجع سابق ، هامش ص 31 .

³ - أسامة المجذوب -الجات - مصر والبلدان العربية من هافانا إلى مراكش - الدار المصرية اللبنانية، القاهرة مصر 1995 ص 144 .

⁴ - للإشارة أن في إتفاقية الجات إستثناء غريب ورد في بروتوكول التطبيق المؤقت (PPA) والذي أنشئ بموجبه إتفاق الجات إذ أعطى لمجموعة الدول الموقعة على البروتوكول " 23 دولة" لا يشاركها غيرها من الدول المنظمة بعد ذلك في أن لا تطبق

غير أنه وبمرور الوقت بدأت تتحول إلى مؤسسة دولية تستند إلى مبادئ قانونية وتمارس وظيفة تشريعية وقضائية للتجارة وذلك نتيجة لإنضمام مجموعة كبيرة من الدول خلال الجولات التفاوضية التي عقدت بعد ذلك وهي جولات جنيف عام 1947 ، أنسي عام 1949 ، توركاي 1950 ، جنيف الثانية 1956 ، ديلون¹ 1960 إلى 1961 م ، ثم كيندي 1964 -1967 ، طوكيو 1973 ، أرجواي من 1986 إلى 1994 ، وهي أهم الجولات والتي تزامنت مع ميلاد النظام العالمي الجديد² ، وقد تم في آخر أهم الجولات التوقيع على إتفاق إنشاء منظمة التجارة العالمية، وذلك بمدينة مراكش بالمغرب في 15 أبريل 1994 ، ودخلت حيز النفاذ إعتباراً من الأول جانفي عام 1995 .

ولقد سبق إنشاء المنظمة معارضة شديدة من طرف الدول النامية على إدراج موضوعات الملكية الفكرية ضمن المفاوضات ، غير أن هذه المعارضة لم تكن منظمة ، مما جعلها غير مؤثرة ونجحت الدول المتقدمة في طرح موضوع الملكية الفكرية في إتفاقيات الجات ، وتم التوصل إلى قواعد لمجالات حقوق الملكية الفكرية³ .

إذ أن خسائر الدول الصناعية قدرت بحوالي 6 % من حجم التجارة العالمية في حقوق الملكية الفكرية نتيجة الغش والتقليد والقرصنة⁴ ، إذ أصبحت الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية من أهم البنود التي تم الإتفاق عليها ، إذ تتعهد الدول بتنفيذ الإجراءات الخاصة لحماية حقوق الملكية الفكرية من خلال التشريعات المحلية، وتطبيق إجراءات رادعة ضد من ينتهك هذه الحقوق، هذا إضافة إلى إيجاد نظام لتسوية المنازعات في الملحق -2- من إتفاق مراكش بخصوص وثيقة التفاهم بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات .

أحكام الإتفاق الوارد في القسم الثاني منه المواد من (03 إلى 23) إذا كانت هذه الأحكام تتعارض مع تشريعاتها المعمول

بها - وهذا يعد قمة التمييز وقد عرفت هذه الميزة بإسم حقوق الجد **Rights Grand father**

¹ - بالرغم من أن جولة ديلون عقدت بجنيف بسويسرا إلا أنها سميت (بجولة ديلون) نسبة إلى السيد دوجلاس ديلون وكيل وزارة الخارجية الامريكى في تلك الفترة .

² - كوثر عبد الله محمد بيومي، التحكيم في منازعات الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 222 .

³ - بما جيرا لال داس، إتفاقات منظمة التجارة العالمية. المثالب والإحتلالات والتغييرات اللازمة تعريب د- رضا عبد السلام مراجعة - أحمد عبد الخالق، دار المريخ، الرياض السعودية 2005 ، ص 133-134 .

⁴ - نبيل حشاد: الجات ومنظمة التجارة العالمية . أهم التحديات في مواجهة الإقتصاد العربي . مكتبة الأسرة 2000 ، ص

الفرع الثاني

أهداف المنظمة

إن كان هدف الجات 1947 هو تحرير التجارة الدولية بحيث يجعل من كل بلد متخصص في النشاط الأكثر تهيئة له . الامر الذي يلزم معه إزالة كل عائق لتبادل السلع عن طريق المفاوضات للوصول إلى تنازلات جمركية أو تخفيضات جمركية .

فإن هدف منظمة التجارة العالمية كأقوى المنظمات الدولية قد تضمنت إتفاقية إنشائها على أنها شخص قانوني دولي يتمتع بالشخصية القانونية . وتتنازل له الدول عن بعض إختصاصاتها ويتولى المهام التي أوكلت لها بإرادتها المنفردة¹ ، فهي تعد الإطار المؤسسي المشترك لقيادة العلاقات التجارية بين أعضائها فيما يتعلق بالموضوعات المرتبطة بإتفاقاتها . أي أنها تدير النظام التجاري الدولي بهدف تحرير التجارة العالمية في مجالات السلع والخدمات وحقوق الملكية الفكرية . وتسهيل نفاذها إلى الأسواق فيما بين البلدان الأعضاء، وتسهيل تنفيذ إتفاقات التجارة العالمية ، وتقديم الإطار المؤسسي لإقامة علاقات تجارية بين الدول في المسائل المتعلقة بالإتفاقيات ، ومساعدة البلدان النامية وخاصة الأقل نمو في الحصول على التكنولوجيا لرفع من إقتصادياتها وتحقيق التنسيق في السياسات الإقتصادية العالمية في مختلف مجالاتها عن طريق التعاون مع صندوق النقد الدولي والبنك الدولي للإنشاء والتعمير² .

إذا مما سبق فإن المنظمة تشرف على تنفيذ إتفاقية حماية الجوانب المتصلة بحقوق الملكية الفكرية (trips) والتي تنص في ديباجتها بان علاقتها (بالويو) المنظمة العالمية للملكية الفكرية علاقة تعاون تهدف إلى توفير أكبر قدر من الحماية لحقوق الملكية الفكرية .

ومن بين أهم الاهداف العليا لإتفاق تريس ،هي الترويج وتشجيع الإبداع والإختراع التكنولوجي ، ونقل ونشر التكنولوجيا والمساهمة في تحقيق النفع المتبادل لكل من منتجي ومستخدمي المعرفة التكنولوجية التي تعود بالرفاهية الإجتماعية والإقتصادية ، والإسهام في تحقيق

¹ - مفيد شهاب، المنظمات الدولية دار النهضة العربية ،مصر 1985 ، ص 92 وما بعدها .

² - خيرى فتحي البصيلي تسوية المنازعات ،مرجع سابق، ص 117 .

التوازن بين الحقوق والإلتزامات ، وإتخاذ إجراءات إدارية وقضائية لإنفاذ حقوق الملكية الفكرية – إصدار تشريعات محلية من شأنها ضمان تنفيذ الإتفاق في مختلف الدول، إتخاذ تدابير تصحيحية في مواجهة ممارسات التراخيص والشروط التي تقيد المنافسة، وتطبيق معاملة الدولة الأولى بالرعاية، مع عدم التمييز بين مواطني مختلف الأعضاء¹ .

هذه المنظمة تتولى المهام المحددة لها عن طريق أجهزة ومن بين أهم هذه الأجهزة العامة المؤتمر الوزاري وهو جهاز عام للمنظمة ويتشكل من جميع الدول الاعضاء ويجتمع مرة على الاقل كل سنتين² ، فهو ذو إختصاص عام وشامل فله سلطة إتخاذ القرارات في شأن العضوية، وسريان الإتفاقات سواء بالتعديل³ أو بالأعفاء، أو بعدم تطبيق الإتفاقات، هذا إضافة إلى الإختصاصات التنظيمية .

المجلس العام وهو جهاز غير محدد الإختصاصات يتولى مهام المؤتمر الوزاري خلال فترات ما بين إجتماعات المؤتمر ويتكون من كافة أعضاء المنظمة، إذن المجلس العام يجتمع كلما إقتضت الضرورة⁴ ، فهو في إستمرارية دائمة كونه يحل محل المؤتمر الوزاري خلال فترات ما بين الإجتماعات .

كما للمجلس سلطة إعتداد الأنظمة المالية وتقدير الميزانية السنوية⁵ ، و الإضطلاع بمسؤوليات جهاز مراجعة السياسة التجارية⁶ و حق الإضطلاع بمسؤوليات جهاز تسوية المنازعات⁷ كما له بالإشتراك مع المؤتمر الوزاري سلطة تفسير الإتفاقات التجارية متعددة الأطراف الملحقه بها⁸ .

¹ - بما جيرات لال داس، إتفاقات منظمة التجارة ،مرجع سابق، ص 139-140 .

² - المادة 04 فقرة 1 من الإتفاق المؤسس للمنظمة .

³ - إذ تستطيع الدول الأعضاء في المنظمة عرض إقتراح تعديل يخص حقوق الملكية الفكرية على المؤتمر الوزاري الذي له وحده حق مناقشتها وإقرارها وفقا لتفصيلات حددتها المادة 10 من الإتفاق المؤسس للمنظمة .

⁴ - المادة 04 فقرة -2- من الإتفاق المؤسس .

⁵ - المادة 07 فقرة -3- من الإتفاق المؤسس ملحق رقم 03 .

⁶ - المادة 4 فقر -4- من الإتفاق المؤسس ملحق رقم 03 .

⁷ - المادة 4 فقرة 03 من الإتفاق المؤسس ملحق 2 .

⁸ - المادة 09 فقرة 2 من الإتفاق المؤسس ملحق 2 .

كما أن هذا المجلس وكونه الجهاز المركزي لمنظمة التجارة العالمية فإنه يقوم بالإشراف العام على المجالس الأخرى .

- مجلس تجارة السلع الذي يشرف على تنفيذ إدارة GATT والإتفاقات المرتبطة بها .
- مجلس تجارة الخدمات .
- مجلس حقوق الملكية الفكرية الذي يشرف على تنفيذ إتفاقية تريس (trips).

المطلب الثاني

الملكية الفكرية من بداية جولة أرجواي حتى إنشاء منظمة

التجارة العالمية

لقد كان هدف إتفاق الجات 1947 هو تحرير التجارة الدولية في مجال السلع ،دون الملكية الفكرية والتي يتم التطرق إليها من خلال بعض الإتفاقيات الدولية أو الثنائية، والتي ليس لها أي صلة بإتفاق الجات ، كما أن إتفاقات جولة أرجواي كانت مقررة على أن تقتصر على تجارة السلع، غير أن المفاوضات إمتدت إلى معايير حماية الملكية الفكرية برغم معارضة الدولة النامية هذه الإتفاقات، فتمخضت عن ميلاد منظمة التجارة الدولية "WTO" والتي تشرف على تنفيذ الإتفاقيات ومنها إتفاقية تريس ،على ضوء ذلك نتطرق للملكية الفكرية في مفاوضات جولة أرجواي في الفرع الأول ،و الدول العربية "كدول نامية " في إتفاقية تريس ومنظومة التجارة العالمية في الفرع الثاني .

الفرع الأول

الملكية الفكرية في جولة أرجواي

لقد أدركت الدول المتقدمة أن التقدم الإقتصادي لا يكون ولن يكون بمنأى عن العلم والتكنولوجيا ، وأن الملكية الفكرية تعد الأساس في تحقيق التنمية بكل أبعادها¹ ، كما أن الإختلاف الكبير في المقاييس التي تنتهجها الدول في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية مختلف، بل قد يكون غير موجود أصلا، هذا ما تولد عنه الكثير من الأضرار للدول الصناعية نتيجة إنتهاك لحقوق الملكية الفكرية ، هذا إضافة إلى تزايد الغش والتزوير وتقليد الماركات العالمية من بعض الدول² . هذا ما جعل الدول المتقدمة وفي مقدمتهم الولايات المتحدة التي كانت قد حولت الصناعة التقليدية إلى صناعة تعتمد على التكنولوجيا المتطورة ، و ميزت المنتجات الأمريكية عن غيرها ، وزادت قدرتها على المنافسة في الأسواق الخارجية³ ، تبدأ في بداية الثمانينات بالتمهيد لعقد جولة مفاوضات جديدة لإصلاح النظام التجاري متعدد الأطراف في إظهار الجات وطالبت بالتوسع في نطاق المفاوضات لتشمل تجارة الخدمات وحقوق الملكية الفكرية⁴ .

غير أن هذا الطلب إصطدم بقاومة من الدول النامية التي إحتجت على أن تشمل مفاوضات الجات مناقشة حقوق الملكية الفكرية⁵ ، ولقد بذلت الولايات المتحدة ضغوطاً كبيرة على الدول النامية، وقد فرضت مجموعة من التدابير الحمائية لغلق الأسواق الأمريكية في مواجهة منتجات الدول الأجنبية التي تفتح أسواقها للصادرات الأمريكية⁶ .

ونظرا لعدم إتحاد الدول النامية إنقسمت أرائها، فمنها من أصرت على رفض فكرة التوسع وأن تقتصر المفاوضات على تجارة السلع، أي البقاء على نفس المنحى المتخذ في إتفاقات الجات 1948، وإستندت على أن المنظمة العالمية للملكية الفكرية، (wipo) تقوم بالسهر على تطبيق

¹ - لقد شارك فيها عدد من الدول بلغ 123 دولة أغلبهم من الدول النامية وقد إنطلقت أول الجولات سنة 1986 راجع

ففي ذلك نتائج جولة أوجواي موقع منظمة التجارة العالمية على موقع www.wto.org

أنظر أيضا نبيل حشاد، الجات ومنظمة التجارة العالمية، مرجع سابق، ص 24 .

² - نبيل حشاد، الجات، مرجع سابق، ص 79 .

³ - حسام الدين عبد الغني الصغير ، التحكيم في إطار المنظمة العالمية للملكية الفكرية ، مرجع سابق، ص 63 .

⁴ - حسام الدين عبد الغني الصغير ، التحكيم في إطار المنظمة العالمية ، المرجع السابق، ص 64 .

- جلال وفاء محمددين، الحماية القانونية للملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 11 .

- سعد زغول حلمي، " الجات والطريق إلى منظمة التجارة العالمية وأثرها على إقتصاديات الدول العالمية " مجلة الحقوق

كلية الحقوق " جامعة الكويت - العدد الثاني يونيو 1996 م

⁵ - أسامة المجذوب، الجات ومنظمة التجارة العالمية، مرجع سابق، ص 144 .

⁶ - كوثر عبد الله محمد بيومي ، التحكيم في منازعات الملكية ، مرجع سابق، ص 226 .

أحكام الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالملكية الفكرية كما أنها إحدى الوكالات المتخصصة التابعة للأمم المتحدة والتي تبذل جهوداً فيما يتعلق برعاية مصالح الدول سواء كانت متقدمة أو نامية¹ أما المجموعة الثانية فقد أخذت مطلب الولايات المتحدة محل الجد، ودافعت عنه من أجل إدراجه ضمن الموضوعات الجديدة . أما المجموعة الثالثة فقد ثبتت فكرة الدفاع عن مصالح الدول النامية دون الإنحياز لأي مجموعة، وبذلك ضعفت المعارضة، وبعد مشاورات توصلت الدول المتقدمة وعلى رأسهم الولايات المتحدة إلى صيغة توفيقية للمصالح المتعارضة، وذلك بأن يتم تناول حقوق الملكية الفكرية من منظور تجاري خالص ، إذ حدد الإعلان الوزاري المؤرخ في 20 سبتمبر 1986 قائمة الموضوعات التي تشملها المفاوضات والتي تضمنت 15 موضوعاً منها تجارة الملكية الفكرية ، غير أن هذا الإعلان لم يحدد المسائل التي سيتم التعارض حولها، هذا ما جعل أيضاً ظهور تباين بين طلبات الولايات المتحدة التي تريد التوسع لتشمل المفاوضات كافة فروع الملكية الفكرية غير أن الدول النامية أرادت أن يقتصر التفاوض فيما يتعلق بالملكية الفكرية، على تجارة السلع الزائفة ، وبعد شد وجذب وممارسة الولايات المتحدة الضغط السياسي والإقتصادي على الدول النامية وذلك من خلال قانون 1988 في مادته 301 إذ منحت الحكومة سلطة فرض عقوبات إقتصادية إنتقامية ضد الدول التي لا توفر حماية كافية لحقوق الملكية الفكرية² ، وكان في كل سنة تعد قائمة بالدول التي لا توفر الحماية وتصنف إلى عدة طوائف ، وتدرج في طائفة الدول ذات الأولوية، الدول الأقل حماية والتي يمكن أن تكون محل تسليط عقوبة إقتصادية من طرف الرئيس الأمريكي، إذا لم يتم بينها وبين الولايات المتحدة تسوية ودية وبيان موقفها³ .

إذن أمام الضغط الأمريكي وعدم وحدة الرأي فيما بين دول العالم الثالث، توصل المفاوضات إلى مبدأ حماية حقوق الملكية الفكرية وذلك من خلال التوقيع على إتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكة الفكرية "تريس" والتي تضمنت الهدف الرئيسي والمتعلق بالحقوق الفكرية المتعلقة بالتجارة .

¹ - جلال وفاء محمد، لحماية القانونية للملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 14 .

² - كوثر عبد الله محمد بيومي ، التحكيم في منازعات الملكية، مرجع سابق، ص 227 .

³ - حسام الدين عبد الغني الصغير ، التحكيم في إطار المنظمة العالمية للملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 84 .

- مذكور أيضاً في كوثر عبد الله أحمد بيومي - التحكيم في منازعات الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 227 .

ومن بين هذه الأهداف هو وضع وتطوير القواعد اللازمة لحماية حقوق الملكية الفكرية وذلك من خلال بعض الإجراءات¹ ومن أهمها .

- تطبيق مبدأ المعاملة الوطنية والدولة الأولى بالرعاية .

- الحق للدول الأعضاء، التنظيم، أو التحكم في الممارسات التي تقف في وجه المناقشة وذلك من خلال التنسيق والمفاوضات بين الدول الأعضاء في الجات .

إذن إتفاقية ترينس كانت من أهم وأخطر ما تم التوصل إليه من إتفاقيات في جولة أرجواي²

الفرع الثاني

الدول العربية في منظومة التجارة العالمية وإتفاقية ترينس

(TRIPS)

حيث أن الدول العربية لم يكن لها دور فعال والأثر الواضح في إتفاقيات جولة أرجواي ومنها إتفاقية ترينس ، إذ أن عدد الدول حتى جانفي 2015 لم يتعد 11 دولة وهي قطر و مملكة البحرين و مصر و الأردن و الكويت و موريتانيا و المغرب و سلطنة عمان و المملكة العربية السعودية وتونس و الإمارات العربية المتحدة هذه الدول لا يمكن لها بهذه الأصوات أن تفترض أو تغير شيء إلا بإنضمامها إلى طرف من الأطراف .

إذ تجدر الإشارة إلى أن الجماعة الأوروبية أو المفوضية الأوروبية European commission كانت كوحدة سياسية واحدة خلال مفاوضات جولة أرجواي وكطرف رئيسي يقابل الولايات المتحدة الأمريكية ، و لها عدد من الأصوات مساو لعدد من الدول الأعضاء فيها، إذن الدول الأوروبية كان لها دور رئيسي في المفاوضات في حين بالرجوع إلى الدول العربية لا نجد ولا دولة عربية كانت كطرف في مفاوضات جولة أرجواي³ .

¹ - نبيل حشاد - الجات ومنظمة التجارة العالمية، مرجع سابق، ص 80.

² - جلال وفاء محمددين، الحماية القانونية للملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 15.

³ -عضوية بعض الدول العربية إلى منظمة التجارة العالمية.

دول الأعضاء	تاريخ إنضمامها
-------------	----------------

مما يجعل الإنضمام إلى المنظمة يرتب إلتزامات. إذا يجب عليها واجب توفير الحماية القانونية العادلة لأصحاب حقوق الملكية الفكرية وهذا يقضي منها تعديل قوانينها الوطنية بما يتفق وإتفاقية تريس .

كما أن الدول العربية تعد وفقا لنظام المنظمة العالمية للتجارة من الدول النامية والتي لا يجوز لهامطلقا التحفظ على إتفاقيات GAT ومنها إتفاقية تريس، إذ تقضي المادة 72 من إتفاقية تريس، بعدم جواز التحفظ على أي حكم من أحكام الإتفاقية بدون موافقة الدول الأخرى . إذن ليس للدول العربية إلا التكتل ليكون لها ثقل سياسي والذي من خلاله يكون لها حق رسم سياسة التجارة الدولية ، مستقبلا .

المبحث الثاني

إجبارية اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات الملكية الفكرية

تعتبر الملكية الفكرية الأمر المستحدث في إطار منظمة التجارة العالمية، ولقد أولته الدول الأعضاء المشاركة في مفاوضات أرجواي أهمية خاصة، إذ تعد إتفاقية تريس من أهم وأخطر ماتم التوصل إليه في هذه المفاوضات، والتي تعد قواعدها واجبة التطبيق، كما أنها تعد إمتداد لكل من إتفاقية باريس وبرن وواشنطن، والتي كان لها دور في حماية الملكية الفكرية، وذلك من خلال

1995/01/01م	المغرب
1995/01/01م	مملكة البحرين - الكويت
1995/01/01م	تونس
1995/03/29م	موريتانيا
1995/05/31م	مصر
1995/06/30م	قطر
1996/01/13م	الإمارات العربية المتحدة
1996/04/10م	الأردن
2000/04/11م	سلطنة عمان
2000/11/09م	المملكة العربية السعودية
2011/12/05م	

وتبقي الجزائر تتمتع بصفة مراقب وماتزال المفاوضات سارية للوصول إلى إنضمام الجزائر إلى المنظمة .

تحديد لها للجهة صاحبة الإختصاص في نظر نزاعات الملكية الفكرية. إذ نجد أن نص المادة 28 من إتفاقية باريس والمادة 33 من إتفاقية برن لحماية المصنفات الفنية تنص على إحالة أي نزاع يثور بشأن نصوصها إلى محكمة العدل الدولية، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك . ولقد تم إنشاء نظام لتسوية منازعات منظمة التجارة العالمية بما فيها منازعات الملكية الفكرية وهذا النظام قاصر على المنظمة وحدها، هذا النظام يعطي لكل دولة مدعية الحق في طلب إنشاء فرق التحكيم للبحث في النزاع، ولو إعتضت على ذلك الدولة الأخرى الطرف في النزاع وتأسيسا على ذلك سنقوم بدراسة إجبارية اللجوء إلى التحكيم بالنظر إلى أطرافها وموضوعها في المطلب الأول، و من حيث إجراءات التسوية في المطلب الثاني.

المطلب الأول

بالنظر إلى أطرافها وموضوعها

لقد قسمت الدول إلى ثلاث، متقدمة ، ونامية ، وأقل نمو، هذا التقسيم يحدد لنا موقع الدولة، الذي من خلاله تحدد الفترات الإنتقالية . إذ أن إتفاقية ترينس تفرض على الدول المنظوية تحتها عدد من الأحكام الواجبة النفاذ، غير أنه وبموجب هذه الإتفاقية، فإنه قد منحت فترات إنتقالية وذلك للتمكن من إعادة تأهيل تشريعاتها بما يتوافق مع متطلبات إتفاقية ترينس¹، وبإنقضاء هذه المدة فإن الدول تكون موضع مسؤولية تجاه الدول الأعضاء الأخرى، وما عليها بعد إنقضاء المدة إلا بتعديل تشريعاتها بمجرد المصادقة على إتفاقية ترينس .

¹ - الفترة الأولى كانت سنة واحدة لكافة الدول التي صادقت على الإتفاقية . بموجب المادة 65 من إتفاقية ترينس . أما الفترة الثانية وهي التي أعطيت للدول النامية ومدتها 04 سنوات مضاف إليها فترة السماح الأولى وهي ذات المدة التي منحت للدول ذات النظام المركزي المخطط أما الفترة الثالثة فللدول الأقل نمو فترة مدتها 10 سنوات مضاف إليها مدة السماح الأولى والتي إنتهت في سنة 2006م .

ومع ذلك فإن إتفاقية ترينس قد منحت الدول الأقل نمو طلب الحصول على مدة سماح إضافية لسبب وجيه .

أنظر في ذلك نص المواد من إتفاقية ترينس 1/65 - 2 - 3 - 1/66 - 70 .

إذ أن أي إخلال سواء بالإلتزامات أو قصور في التشريع أو في التطبيق يعرض الدولة إلى مخالفة ويعرضها للمثول أمام جهاز تسوية منازعات منظمة التجارة العالمية، إذ أن نظامها إلزامي بالنسبة لآية منازعات ناشئة في إطارها¹ .

إذ أن من أهداف المنظمة العالمية للتجارة تشجيع حماية حقوق الملكية الفكرية، وبذلك تم تقيد كل الدول الأعضاء في المنظمة - بنظام تسوية المنازعات التابع لها - وذلك من خلال جهاز مركزي تغلب عليه السمة القضائية عن طريق إنتهاج التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات ، من خلال كل ما سبق سنتطرق إلى تسوية المنازعات بالنظر إلى أطرافها في الفرع الأول تسوية المنازعات بالنظر إلى موضوعها في الفرع الثاني .

الفرع الأول بالنظر إلى أطرافها

إن من أهداف الإتفاق المؤسس لمنظمة التجارة العالمية هو العمل على تسوية المنازعات التجارية وذلك عن طريق جهاز تسوية المنازعات، إذ تعد عناصر الملكية الفكرية ذات إرتباط بمختلف أوجه النشاط التجاري ، ولكن في ذلك يمكن طرح التساؤل التالي، ألا وهو هل ينحصر إختصاص جهاز التسوية بالدول العضوة وغير العضوة أم لا . على ضوء ذلك ينبغي تحديد صفة الدول بالنسبة لمنظمة التجارة العالمية .

ولقد حددت إتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية الشروط الواجبة للإضمام² لكل من الدول والأقاليم الجمركية، ومنه فإن كل الدول التي كانت عضوة في إتفاقية الجات 1947 تعتبر أطراف أصلية في منظمة التجارة العالمية، وذلك إعتبارا من تاريخ نفاذ الإتفاقية . إضافة إلى المجموعة الأوروبية بعد قبولها للإتفاقية والإتفاقيات متعددة الأطراف³ .

¹ - أنظر: صلاح زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، مرجع سابق، ص 276
المادة 2/23 من إتفاقية ترينس .

² - المادة 12 من إتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية .

³ - المادة 14 من إتفاق إنشاء منظمة التجارة العالمية .

ثم هناك عضوية عن طريق الإنضمام، إذ تثبت لكل دولة أو إقليم جمركي يتمتع باستقلال تام في إدارة علاقاته التجارية الخارجية¹. ويتم الإنضمام وفقا لشروط يتم الإتفاق عليها ويتخذ المؤتمر الوزاري قرار الإنضمام، ويوافق على شروط إتفاق الإنضمام بأغلبية ثلثي أعضاء المنظمة. وبمجرد توفير الشروط وإكتمالها فإن الدولة أو الإقليم الجمركي يصبح عضو في منظمة التجارة العالمية، وبمرور فترة النفاذ فإن مسؤوليتها تكتمل بالنسبة للحقوق و الواجبات تجاه منظمة التجارة العالمية، وبذلك تصبح ملزمة بإنفاذ هذه الإتفاقيات وإلا يجعلها في موضع مسؤولية، وبالتالي المثول أمام جهاز تسوية منازعات المنظمة دون غيره لتسوية المنازعات طبقا للإختصاص الإلزامي لهذا الجهاز².

إذن مما سبق فإنه ووفقا لقواعد إتفاق إنشاء المنظمة، فإنه لا يمكن للأشخاص الطبيعية والمعنوية العامة أو الخاصة الإنضمام إلى المنظمة، وبالتالي فإن منازعاتها لا يمكن أن ينظر فيها جهاز تسوية المنازعات الخاصة بالمنظمة العالمية للتجارة بخلاف جهاز الويو، والذي يسمح للأشخاص الطبيعية والمعنوية اللجوء إليه لتسوية منازعات الملكية الفكرية بالوساطة أو بالتحكيم. كما يمكن لهم اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بشرط أن تكون دول الطرفين المتنازعين أعضاء فيه³.

فشرط طرفي النزاع دولا أو أقاليم جمركية عضوة في المنظمة شرط أساسي لخضوع النزاع لجهاز تسوية المنازعات.

¹ - أنظر خيرى فتحي البصيلي، تسوية المنازعات في إطار إتفاقيات منظمة التجارة، مرجع سابق، ص 170.

أنظر المادة 12 فقرة 1- من إتفاق إنشاء منظمة التجارة العالمية.

أكثر تفصيل - شادي أبو حلو - تسوية منازعات الإستثمار وفقا لإتفاقيتي واشنطن ومنظمة التجارة العالمية رسالة ماجستير جامعة آل البيت الأردن 2004، ص 40.

² - ديماء عدنان إبراهيم المشرقي، التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية داخل منظمة التجارة العالمية. جامعة آل البيت الدراسات الفقهية والقانونية قسم الدراسات القانونية 2004، ص 14.

أنظر المادة 23 من مذكرة التفاهم. محمد الموسى، الوظيفة القضائية للمنظمات الدولية دار وائل للنشر عمان الطبعة الأولى 2003، ص 94.

³ - أنشأ المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار سنة 1965 ويرمز له بـ (ICSID) مقره واشنطن أكثر تفصيل - أنظر جلال وفاء محمددين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، مرجع سابق، ص 15.

وتعد إتفاقية ترينس من الإتفاقيات التي لا يمكن التحفظ عليها حال الإنضمام إلى منظمة التجارة العالمية . ونجد نص المادة 64 فقرة -1- من إتفاقية ترينس تحيل تسوية النزاع في الملكية الفكرية إلى مذكرة التفاهم التي تحكم إجراءات تسوية المنازعات الناشئة عن إتفاقية إنشاء منظمة التجارة والإتفاقيات الملحقمة .

وهنا يتبادر إلى الذهن ماذا لو أن إحدى الدول غير عضوة في منظمة التجارة وبالتالي لم تصادق على إتفاقية ترينس وخالفت تشريعاتها حماية حقوق الملكية الفكرية وقامت إحدى الدول العضوة في المنظمة بالشكوى ضدها ، فهل يكون جهاز تسوية المنازعات مختص بنظر في هذه الشكوى وفقا للمادة (01) فقرة -1- ؟ .

وعلى فرض أن الدولة الشاكية قامت بتحديد موضوع الشكوى والأساس القانوني المستند عليه ، وهو هنا إتفاقية ترينس التي تهدف إلى المحافظة على الحقوق والإلتزامات بين الدول الأعضاء وتصحيح الإنتهاكات التي ترتكب من الدول الأعضاء . وإتفقا طرقي النزاع على اللجوء إلى جهاز تسوية المنازعات للتحكيم¹ ، فإنه بعد صدور حكم التحكيم فإن الدولة المشكو منها لها أن ترفض الإنصياع وهنا نجد أنفسا أمام دولة لا يمكن تطبيق العقوبات الواردة في المادة 22 الفقرة -3- من مذكرة التفاهم وذلك لأن تعاملات الدول العضوة مع الدولة المشكو منها يكون بناءً على إتفاقيات تجارية خارجة عن نطاق المنظمة إذن لا يمكن فرض نصوص منظمة التجارة العالمية ومن خلالها نصوص إتفاقية ترينس .

إذا فعالية جهاز تسوية المنازعات تكون بين الدول العضوة في منظمة التجارة العالمية، أي أن صفة الإلزام تكون بين الدول العضوة، أما بالنسبة للدول الغير عضوة ، فلها أن تلجأ إلى جهات تتولى عملية تسوية النزاع بالتحكيم فيما إذا أرادت التسوية بالوسائل السلمية ، فإذا ما إستنفذت الوسائل السلمية لتسوية النزاع دون التوصل إلى نتيجة مرضية فإنه يمكنها اللجوء إلى محكمة العدل الدولية² ، والتي تعتبر جهة قضائية مختصة، وذلك وفقا لإتفاقية

¹ - ديماء عدنان إبراهيم المشريقي، التحكيم كوسيلة بديلة ، مرجع سابق، ص 18 .

² - أمين اليوسفي ، تسوية المنازعات الدولية بالوسائل السلمية ، دار الحداثة للطبعة والنشر والتوزيع بيروت الطبعة الأولى 1997 ص 87 .

ويقصد به أن تمنح الدولة للأجانب المنتمين لدولة عضو آخر، معاملة لا تقل على تلك التي تمنحها لرعاياها فيما يتعلق بحماية حقوق الملكية الفكرية .

برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية وإتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، وذلك لكون النزاع يتعلق بشأن حماية أحد صور الملكية الفكرية تحكمها إتفاقية ترينس ، غير أنه لا يمكن

اللجوء إلى محكمة العدل الدولية إلا من قبل الدول الأعضاء في الأمم المتحدة¹.

إذن فالعضوية في منظمة التجارة العالمية لطرفي النزاع يعني الإختصاص لجهاز تسوية المنازعات التابع لها، وبالتالي عنصر الإلزامية يتحقق بالنسبة إليهما وأن إنتفاء العضوية ينفي الإختصاص الإلزامي لجهاز تسوية المنازعات .

الفرع الثاني

بالنظر إلى موضوعها

تعد منظمة التجارة العالمية على أنها أول منظمة دولية ذات سلطة حقيقية في مجال تنظيم التجارة العالمية، والمقصود بالسلطة هنا بالإختصاصات التي منحت للمنظمة لإستخدامها في إجبار الدول الأعضاء على الإلتزام بأحكام الإتفاقيات ومن بين هذه الإتفاقيات إتفاقية ترينس ، والدولة بمجرد إنضمامها لإتفاقية ترينس تترتب عليها آثار، من بينها إنفاذ مبادئها وقواعدها ضمن تشريعاتها الداخلية ، سواء كانت القوانين ذات الإلتصال المباشر بعناصر الملكية الفكرية أو القوانين ذات الإلتصال غير المباشر بعناصر الملكية الفكرية أو القوانين ذات الصلة بها كقانون المواصفات والمقاييس وقانون الجمارك وغيرها.

نجد إتفاقية ترينس تنص على عدد من المبادئ والأحكام² إلى جانب حدود ثابتة للحماية، إذ يتعين على القانون الوطني الإستجابة لمقتضيات الحدود الدنيا للحماية التي نصت عليها

الدولة الأولى بالرعاية : ويقصد بها أن أي ميزة تمنح لدولة غير عضو فإنه يجب أن تمنح على الفور للدول الأعضاء جميعا . وللعلم أن مبدأ المعاملة الوطنية ومبدأ الدولة الأولى بالرعاية لا تحكمها الفترات الإنتقالية فهي تعتبر نافذة بمرور عام واحد من تاريخ نفاذ إتفاقية ترينس راجع المادة 4 من إتفاقية ترينس .

1 - المادة 49 من ميثاق الأمم المتحدة - والمادة 33 فقرة 1- من إتفاقية برن .

- ديما عدنان إبراهيم المشرقي ، التحكيم كوسيلة بديلة ، مرجع سابق ، ص 20 .

2 - مبدأ المعاملة الوطنية ونصت عليه المادة 3- من إتفاقية ترينس .

- مبدأ الدولة الأفضل بالرعاية نصت عليه المادة 04 من إتفاقية ترينس .

الإتفاقية وعدم النزول عنها أو مخالفتها، وذلك تطبيقاً للمادة الأولى فقرة 03 من إتفاقية ترينس¹، وكذا المبادئ والأحكام العامة، وأن أي خرق لهذه الأحكام من طرف دولة عضوة يضعها في نزاع دولي تمثل من خلاله أمام جهاز تسوية المنازعات والذي من خلاله تطبق على الدولة المشكو منها عقوبات، إبتداءً من التعويضات .

ولقد راعت إتفاقية ترينس حالة الدول النامية وذلك بأن منحها حق طلب الحصول على الدعم المالي والتقني من الدول على سبيل التعاون² .

وبذلك يجب على الدول المنضمة حديثاً أن تقوم بتعديل تشريعاتها مروراً بتأهيل الموظفين والإداريين والكوادر المختصة، وذلك خلال الفترات الإنتقالية المنصوص عليها في إتفاقية ترينس³ .

إذن بعد إنهاء الفترة الإنتقالية تصبح الدولة مستعدة قانونياً وإدارياً، وأي إنتهاك منها يجعل جهاز تسوية المنازعات هو المختص وهذا ما نصت عليه المادة 1 فقرة 1 من مذكرة التفاهم .

إلى جانب ما جاءت به إتفاقية ترينس من مبادئ عامة، فقد نصت المواد 63 والمادة 64 من مذكرة التفاهم على أحكام خاصة تتعلق بتوفير الحماية لحقوق الملكية الفكرية ونطاقها وإستخدامها، وجاء ذلك في الجزء الخامس الذي تتجلى فيه صور التدابير الوقائية لمنع المنازعات الناشئة بصدد تفسير وتطبيق أحكام إتفاقية ترينس .

وللإشارة فإن الدول الأعضاء العضوة لا تلتزم بحماية صور الملكية الفكرية التي أصبحت ملك عام⁴ .

إذن مما سبق يتبين لنا أن النطاق الموضوعي لجهاز تسوية المنازعات ينحصر فيما نص عليه الملحق 1 من الإتفاقيات المتعددة الأطراف والتي تعد إتفاقية ترينس إحداها، والتي هي ملزمة لجميع الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية ، أما ما ورد في الملحق (4) من إتفاقيات عديدة الأطراف والتي تمنح فيها حرية الإنضمام لها، فإن جهاز تسوية المنازعات لا ينعقد له الإختصاص

¹ - جلال وفاء محمددين - الحماية القانونية للملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 27 .

² - المادة 67 من إتفاقية ترينس - .

³ - المواد 65-66 من إتفاقية ترينس .

⁴ - المادة 70 فقرة 3- من إتفاقية ترينس .

إلا للدول المنضمة، أو التي تعلن عن رغبتها بإرادة حرة في إجراء تسوية النزاع من خلال هذا الجهاز. وبذلك يكون اللجوء إلى الجهاز لتسوية المنازعة إلزامياً¹.

المطلب الثاني

من حيث إجراءات تسوية منازعات الملكية الفكرية

إن نظام تسوية المنازعات داخل المنظمة العالمية للتجارة يعد بلا شك العامل الرئيسي والفعال الذي تتوقف عليه نجاح أهداف المنظمة، ولذلك كان من أهم وظائف المنظمة التي نص عليها الإتفاق (الميثاق) المنشىء لها هو أن تدير مذكرة الإتفاق الخاصة بالقواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات التي وردت بالملحق الثاني².

و المنظمة وحرصاً على تحقيق فعالية نظام تسوية المنازعات أنشأت جهاز خاص أطلق عليه جهاز تسوية المنازعات، وبذلك ألزمت جميع الدول باللجوء إليه لتصحيح أي إنتهاك أو المطالبة بأي هدف من أهداف الإتفاقيات المشمولة دون اللجوء إلى أي تصرف فردي .

هذا الجهاز يوفر للدول أكثر من وسيلة، منها ما يوصف بالإجبارية والبعض الآخر يتم تحت إشراف المدير العام للجهاز وموافقة طرفي النزاع، إلى جانب التحكيم الإختياري الذي يلجأ إليه الأطراف لتسوية المنازعات الناشئة عن الإتفاقيات المتعددة الأطراف .

إذ أن التحكيم الإجباري تحكمه عدد من الخصائص الجوهرية والذي تكون إجراءاته محددة وملزمة للطرفين³ ومنها الإستثنائية- والسرعة والتي تنطبق إليها في الفرع الأول، الشفافية - وجود جهاز إستئناف دائم في الفرع الثاني .

الفرع الأول

¹ - المادة 25 من مذكرة تفاهم تسوية المنازعات .

² - أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب بالتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 425 .

³ - المادة 05 فقرة 1- من مذكرة تفاهم تسوية المنازعات.

- أنظر ديما عدنان إبراهيم المشريقي التحكيم كوسيلة بديلة، مرجع سابق، ص 26 .

الإستثنائية والسرعة

لقد جاءت مذكرة التفاهم بعدد من النصوص التي يجب مراعاتها في تسوية النزاع ومنها المنازعات المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية منها الإستثنائية هذه الفكرة لها أثر كبير في نظام تسوية المنازعات إذ يجب على الدول الأعضاء التقيّد بقواعد وإجراءات تفاهم تسوية المنازعات، وهذا عندما تسعى إلى تصحيح إنتهاك للإلتزامات، أو أي تعطيل للمصالح المقررة بموجب الإتفاقيات المشمولة¹.

إذن فكرة الإستثنائية قائمة على توحيد مفاهيم تسوية المنازعات بين جميع الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية، وذلك لمنع أي شقاق أو إختلاف من حيث الجوهر²، خاصة حالما يكون هذا التباين بين الدول في حماية عناصر الملكية الفكرية، ونظرا لكثرة الإتفاقيات الدولية في منظمة التجارة العالمية فإن أهمية إيجاد نظام واحد موحد تعد من الأهمية بما كان، هذا النظام يسمح للأعضاء في المنظمة بالرجوع إليه لتسوية ما قد يعترضهم من منازعات في المجالات الثلاث ومنها حقوق الملكية الفكرية، هذه الأهمية جعلت الدول في جولة أرجواي تفتتح بإقامة جهاز تسوية للمنازعات، والذي يمارس سلطات المجلس العام لمنظمة التجارة العالمية والمجالس الثلاث المتخصصة وللجان الخاصة بالإتفاقيات الفردية، وذلك في كل ما يتصل بتسوية المنازعات ما بين الدول الأعضاء³. هذا الجهاز الذي من خلاله كفل تفعيل القرارات الصادرة عن فرق التحكيم وجهاز الإستئناف، إذ أنه وفي حالة عدم إمتثال الدول فإن له أن يقوم بتعطيل المزايا الممنوحة لهذه للدول بموجب نصوص الإتفاقية. فجهاز تسوية المنازعات وبمجرد إقامة الدولة العضوة لشكواها أمامه، فإن الإختصاص ينعقد له وحده إلى حين صدور القرار وتفعيله دون إمكانية اللجوء إلى أي جهة أخرى.

أما عن خاصية سرعة التسوية فإنها تعد من أهم الخصائص الجوهرية في تسوية المنازعات سواء كان بمقتضى الإتفاقيات المشمولة، أو المغطاة بالتفاهم، ويتحقق ذلك بفضل تحديد جدول

¹ - المادة 1/23 من تفاهم تسوية المنازعات.

² - راجع في ذلك خيرى فتحي محمد أحمد البصيلي، توعية المنازعات في إطار إتفاقيات منظمة التجارة، مرجع سابق، ص 289

³ - خيرى فتحي البصيلي، المرجع السابق ص 240.

زمني مفصل لكل خطوة من خطوات إجراءات تسوية المنازعة¹، تتحقق بذلك العدالة بأن ينال صاحب الحق حقه بسرعة. وحال تقديم طلب التحكيم فإنه يجب أن يتم تشكيل فريق التحكيم، في مدة لا تتجاوز إجتماع الجهاز الذي يلي الإجتماع الذي قدم فيه الطلب لأول مرة على جدول أعمال الجهاز² وتقدر أن المدة الزمنية منذ إنشاء الفريق وحتى نظر هذا الجهاز في تقرير الفريق هي 09 أشهر وفي حالة إستئنافه ترتفع إلى 12 شهرا ما لم يتفق أطراف النزاع على خلاف ذلك .

هذا إلى أنه يجب إتخاذ كافة الإجراءات التي من شأنها تفعيل إجراءات التحكيم والحيلولة دون تعقيدها ودون إطالة أمد الفصل في النزاع³ ، ومثال على ذلك ما نصت عليه المادة 21 فقرة -6- من مذكرة التفاهم بأن لكل دولة عضو الحق في أن تحرك مسألة تنفيذ قرارات وتوصيات فريق التحكيم بعد اعتمادها تحقيقات، لفاعلية عملية التحكيم .

أما نص المادة 21 فقرة-3- فهي قد حددت الفترة الزمنية لمجمل عملية التحكيم بأن لا تزيد من تاريخ إنشاء الفريق وحتى تاريخ تحديد الفترة الزمنية المعقولة لتنفيذ قرارات فريق التحكيم أو جهاز الإستئناف عن 15 شهرا ما لم تجدد ظروف إستثنائية تقضي بخلاف ذلك⁴ ، وهذه تشمل المدة الإضافية التي نصت عليها المادة 9/21 من مذكرة التفاهم .

وقد قصرت المدة إلى أقل ما يمكن في حالة المنازعات الإستعجالية بأن لا تتجاوز ثلاثة - 03- أشهر من بداية الإتفاق على إنشاء فريق التحكيم وتحديد إختصاصاته إلى حين تاريخ إصدار تقريره النهائي .

الفرع الثاني

الشفافية - وجود جهاز إستئناف دائم

¹ - نفس المرجع السابق ص 297 .

² - المادة 06 فقرة 01 من مذكرة تفاهم تسوية المنازعات .

³ - المادة 18 فقرة 14 والمادة 21 فقرة 01 من مذكرة تفاهم تسوية المنازعات .

⁴ - المادة 21 من مذكرة تفاهم تسوية المنازعات .

الشفافية تعبر عن عدالة ووضوح الإجراءات لأطراف النزاع ، وذلك في كل مراحل النزاع حتى الإنتهاء بالفصل في النزاع وتنفيذ القرار ، إذ أن هذا المبدأ حالة العمل به يعد كسبيل وقائي لمنع حدوث المنازعات ويعزز ثقة طرفي النزاع والرضا بكل ما يصدر عن الجهاز وهذه الشفافية تتضح¹ من خلال حق الأطراف المتنازعة في الإطلاع على المستندات خلال جميع مراحل التسوية وتبادل طلبات التفاوض بين جميع الأعضاء وذلك عن طريق شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت). ولكن هذا لا يعني أن عملية التفاوض تتم في إطار علني بل أن عملية التشاور تتم في إطار من السرية ، فلا ينبغي أن تتداول الوثائق والمستندات إلا ما بين طرفي النزاع، وهذا من أجل الوصول إلى تسوية قبل عرض النزاع على فريق التسوية .وفي إطار تحقيق الشفافية ، فإنه يجب على الأطراف المتنازعة حال الوصول إلى حلول أو تسوية، بإعلام مجلس الجوانب المتصلة من حقوق الملكية الفكرية واللجان، وهذا حتى يتمكن أي عضو من أن يثير لديه من ملاحظات وإعتراضات خاصة به في هذه المجالس واللجان² ، كما يجب على أي دولة عضو وإنطلاقاً من مبدأ الشفافية و لمنع المنازعات أن تلتزم بتقديم كل المعلومات التي تتطلبها دولة عضو أخرى وتعلق بقوانينها ولوائحها التنظيمية والقرارات الإدارية فيها، وهذا بناءً على طلب يكون مؤسس . كأن تكون حقوقها الممنوحة بموجب إتفاقية إنشاء منظمة التجارة وإتفاقية ترينس قد إنتهكت، وتعرضت للمساس، ما لم يكن من شأن الإفصاح الأضرار بالمصالح العامة أو الخاصة بالدولة³ . كما نلمس الشفافية من تكوين فرق التسوية، وعلى رئيس الجهاز أن يخطر جميع الأعضاء في المنظمة بتكوين وإنشاء فريق التسوية ولكن دون إعلامهم بأعضاء الفريق أو هوياتهم⁴ . كما تظهر الشفافية في أنه إذا كان من حق أي عضو الإفصاح عن المعلومات التي قدمت إلى فريق التسوية، أو إلى جهاز الإستئناف لبقية أعضاء منظمة التجارة العالمية ، فإن المعلومات

¹ -فتحي خيري البصلي، تسوية المنازعات مرجع سابق ص 298 .

² - أنظر المادة 03 فقرة 06 من تفاهم تسوية المنازعات .

³ - صلاح زين الدين ،شرح التشريعات الصناعية والتجارية، مرجع سابق، ص 275 .

⁴ - جلال وفاء محمددين، تسوية منازعات، مرجع سابق، ص 109 .

وتجدر الإشارة إلى أنه هناك من أنتقد هذا الأمر، حيث يرى بأن الشفافية ووفقاً لمضمون تفاهم تسوية المنازعات لن تتحقق بالشكل الكامل إلا إذا أعلمننا عن أسماء وهويات أعضاء الفريق وذلك عند إنشاءه .

راجع في ذلك :

- جلال وفاء محمددين : تسوية منازعات، مرجع سابق، ص 109 .

التي يرى أحد الأطراف الأخرى على أنها سرية، يجب أن تحاط بالسرية من طرف الدول الأعضاء في المنظمة ، والتي إطلعت على تلك المعلومات ¹ .

إذا وبناء على ما سبق يحق لأي عضو في النزاع أن يعلم الجمهور عن تقديم النزاع إلى فرق التسوية غير أن هذا الإعلان يخضع لقيود هام وهو عدم الإفصاح عن أي معلومات يرى الطرف الآخر على أنها سرية .

كما تتجسد الشفافية بخصوص قرارات التحكيم إذ لا يتم إعتقاد تقرير فريق التحكيم إلا بعد تعميم القرار على جميع الدول الأعضاء، وهذا حتى تتمكن من الإطلاع عليه وإبداء آرائهم وخاصة عند إشتراط الإجماع .

كما يمكن لأي دولة أن تتدخل كطرف في النزاع متى كان لها مصلحة جوهرية في الموضوع المعروض على فريق التحكيم ² . كما تظهر الشفافية عند إعمال تنفيذ قرار الفريق، وذلك من خلال مراقبة الجهاز لذلك، إذ تستلزم وثيقة التفاهم من الدولة (الطرف في النزاع)، أن تقدم تقرير مكتوب عن مدى إلتزامها بتنفيذ وإعمال القرار، ويوزع هذا التقرير على جميع الدول الأعضاء في المنظمة .

إذن من كل ما سبق يظهر أن مبدأ الشفافية من المبادئ الجوهرية في إطار منظمة التجارة العالمية والتي تساهم في تحقيق العدالة .

إن كان للشفافية أهمية فإن وجود جهاز إستئناف دائم يعد من السمات الهامة التي كانت مفتقدة في نظام تسوية المنازعات الذي كان قائما في ظل اللجان 1947 .

ولا ينعقد الحق في الإستئناف إلا لطرفي النزاع فقط ³ ، ويحق لهم الطعن بالإستئناف في أي جوانب محددة من التقرير ، والقيود الوحيد هو أن يكون الإستئناف مقصورا على المسائل القانونية فقط ⁴ إذا وحالة إجتماع جهاز الإستئناف للنظر في تقرير فريق التسوية للمستأنف فإنه بذلك

¹ - المادة 18/ 2 من تفاهم تسوية المنازعات .

² - المادة 18 من مذكرة تفاهم تسوية المنازعات.

³ - المادة 4/18 من تفاهم تسوية المنازعات .

⁴ - المادة 6/18 من تفاهم تسوية المنازعات .

يوفر منبر لكافة أطراف المنازعة ، خاصة التي لم يكن التقرير في صالحها وذلك بإبراز سلامة موقفها القانوني¹ .

إذن يمكن إعتبار الحق في الإستئناف من أجل تطبيق صحيح القانون إضافة ثرية وجدية وضرورية لمسيرة تسوية المنازعات . وبالرغم من وجود مساحة للوسائل الدبلوماسية في إطار جهاز تسوية منازعات منظمة التجارة إلا أن الطابع القانوني المركزي يغلب على هذه الوسائل² . كما أن الوسائل المتعددة والمذكورة بموجب مذكرة التفاهم للمفاوضات والوساطة والتوفيق والتي تم دراستها سابقا - لا يعتبر النص عليها إلزامي للدول الأعضاء ، إذ يمكن اللجوء إلى التحكيم مباشرة بعد رفض الدولة للمفاوضات أو فشلها في التوصل إلى تسوية للنزاع .

المبحث الثالث إجراءات التحكيم

من أهم ما توصلت إليه إتفاقية أرجواي، نظام تسوية المنازعات . وهذا النظام تحكمه مجموعة من القواعد يتضمنها التفاهم الخاص بنظام تسوية المنازعات ويطلق عليه بالإنجليزية³ .

Understanding on rules and procedures governing The settlement of disputes (DSU)

هذا الجهاز يعمل على إيجاد نظام حماية فعال ومتكامل وهو يخضع لرقابة المنظمة وتحت إشرافها ، فهو جهاز يعمل على تسوية منازعات الدول الأعضاء الناشئة عن المسائل التي تناولتها الإتفاقيات ، ومنها إتفاقية الجوانب المتصلة بحقوق الملكية الفكرية "تريس" والتي تضمنت نصوص وقائية وقد أحالت المادة 65 منها في تسوية المنازعات إلى نصوص مذكرة التفاهم ، والتي كرست

¹ - فتحي خيرى البصيلي ، تسوية المنازعات، مرجع سابق ،ص 295 .

² - راجع في ذلك المادة 2/3 من مذكرة التفاهم لتسوية المنازعات.

³ - كوثر عبد الله محمد بيومي ، التحكيم في منازعات الملكية، مرجع سابق ،ص 229 .

معظم نصوصها لتنظيم العملية التحكيمية، إذ لا عبء لإرادة الأطراف، فمذكرة التفاهم تتولى التنظيم ابتداءً من تقديم العضو الشاكي لشكواه إلى حين صدور قرار التحكيم وتفعيله من خلال آلية محددة وملزمة .

وعليه سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى عدة مطالب أتناول من خلالها إجراءات صدور حكم التحكيم في مطلب أول، ثم التطرق إلى الإجراءات التالية لإصدار حكم التحكيم في مطلب ثاني مع إعطاء بعض النماذج التطبيقية لتسوية منازعات الملكية الفكرية في منظمة التجارة العالمية في مطلب ثالث .

المطلب الأول

إجراءات صدور حكم التحكيم

إن إجراءات التحكيم وفقاً لنظام المنظمة لا يمكن أن تبدأ فور نشوب نزاع، بل يجب أولاً اللجوء إلى المفاوضات بين طرفي النزاع وذلك من أجل الوصول إلى حل سلمي، ولكن قد ترفض الدول المرسل إليها طلب الدخول في المفاوضات خلال المدة المحددة وفقاً للاتفاقية، أو أن المفاوضات فشلت، أو تجاهلت المشكو منها الطلب ولم ترد عليه، هنا كان من حق الدولة مقدمة الطلب اللجوء إلى التحكيم، والذي يتم وفق إجراءات وشروط محددة .

سنقوم بدراستها تباعاً إذ نتطرق إلى إجراءات تشكيل فريق التحكيم في الفرع الأول، آلية سير إجراءات التحكيم في فرع ثاني ومرحلة صدور حكم التحكيم في فرع ثالث .

الفرع الأول

تشكيل إجراءات فريق التحكيم

يعد طلب إنشاء لجان التحكيم (فريق التحكيم) الوثيقة الأساسية التي تقدم في إجراءات تسوية المنازعات لأهميتها في تحديد نطاق الإختصاصات لهذه اللجان من حيث الواقع والقانون هذا ما يجعلها عرضة لحشد الدفوع من قبل المدعى عليه ضد كل ما يتصوره عيباً فيه¹ .

وعمقتضى نص المادة 8/6 من تسوية المنازعات نجده قد إشتطت مجموعة من الشروط التي يجب أن تتوفر في طلب إنشاء لجان التحكيم، ومنها أن يقدم الطلب إلى جهاز تسوية المنازعات كتابة ، وأن يحدد موضوع النزاع بدقة . و تبيان ما إذا قد عقدت مفاوضات سابقة أم لا ، مع ملخص مختصر للأساس القانوني للشكوى ، وبيان الإختصاصات التي يرغب العضو الشاكي بتحديد لها لفريق التحكيم إذا ما رغب بالخروج عن الإختصاصات المحددة بموجب المادة 2/6 من مذكرة التفاهم .

فطلب إنشاء لجان التحكيم يعد حجر الأساس في بناء تسوية للمنازعات عن طريق لجان التحكيم ، هذا ما جعل إتفاق تفاهم تسوية المنازعات يشترط على أن يتضمن الطلب الشروط السابقة .

ويقوم جهاز تسوية المنازعات بإختيار أفراد الهيئة الذين لا يحق لأطراف النزاع الإعتراض على ترشيحاتهم بعد عرضهم عليهم إلا لأسباب جوهرية وملحة² ، ويكون عددهم يتكون من ثلاثة أعضاء، غير أنه يمكن أن يتفق الأطراف خلال 10 أيام من إنشاء اللجنة إلى رفع عدد أعضاء التحكيم إلى 05 أعضاء وفي حالة عدم الإتفاق في مدة 20 يوماً على فريق التحكيم، فلطرفي النزاع التقدم بطلب للمدير العام للجهاز الذي يتولى بدوره تشكيل الفريق، وذلك بتعيين من يعتبرهم الأنسب لموضوع النزاع وذلك بالتشاور مع رئيس الجهاز، ورئيس المجلس ولجنة الجوانب المتصلة بحقوق الملكية الفكرية وطرفي النزاع، ويقوم رئيس الجهاز بإعلام الأعضاء بتكوين فريق التحكيم في موعد لا يتجاوز 10 أيام بعد تسليم الرئيس للطلب³ .

¹ - محمد يجاوي تسوية منازعات التجارة الدولية وفقاً لقواعد منظمة التجارة العالمية - رسالة ماجستير - جامعة الدول العربية معهد البحوث والدراسات العربية قسم القانون القاهرة 2008، ص 82 .

- محمد علي محمود هاشم - النظام القانوني لتسوية المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية - رسالة دكتوراة كلية الحقوق جامعة القاهرة، ص 171 .

² - محمد أبو العينين، نظام المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية، مرجع سابق، ص 6 .

³ - المادة 8 فقرة 7- ديماء عدنان إبراهيم المشرقي، التحكيم كوسيلة بديلة ، مرجع سابق، ص 44 .

وفي حالة ما إذا كانت إحدى أطراف النزاع دولة نامية أو أقل نمو، فإن مذكرة التفاهم قد خصتهم بمعاملة تفضيلية وذلك بأن منحت هذه الدول حق طلب لأن يكون واحد من أعضاء فريق التحكيم من هذه البلدان¹.

ولقد أحتوت المادة 08 من مذكرة التفاهم في فقراتها 1-4-6 الشروط التي يجب أن تتوفر في فريق التحكيم والذين أدرجت أسمائهم الأمانة العامة بقائمة إرشادية تضم نخبة مختارة من الأفراد الحكوميين أو غير الحكوميين .

هذا إلى جانب أن تتوفر في لجنة التحكيم الكفاءة العلمية والفنية اللازمة بحسب الإختصاص لكل واحد منهم، هذا إضافة إلى ضرورة توفر الإستقلالية من أية سلطة، وأن لا يكون أي محكم منتمى إلى دولة من دول النزاع حفاظا على حيادية ونزاهة العملية التحكيمية².

ويتم تشكيل فريق التحكيم في موعد لا يتجاوز إجتماع الجهاز الذي يلي الإجتماع الذي يظهر فيه الطلب لأول مرة كبنود جدول أعمال الجهاز ، هذا ما لم يقرر الجهاز في ذلك الإجتماع بعدم تشكيل الفريق³. ولكن قد يتم تقديم أكثر من طلب لتشكيل فريق تحكيم لذات الموضوع أي بخصوص أمر واحد، فإن مذكرة تفاهم تسوية المنازعات أوجبت على أن يتم تشكيل فريق واحد يقوم بدراسة هذه الشكاوي ، مع مراعاة جميع حقوق الأطراف المتنازعة، والسماح لهم بتقديم مذكراتهم المكتوبة ولهم حق حضور جلسات التحكيم وإبداء وجهات نظرهم .على اللجنة أن تنظم دراستها، وتقدم نتائجها بشكل يضمن عدم الإخلال بالحقوق التي كانت أطراف النزاع ستتمتع بها لو نظرت لجنة التحكيم منفصلة في شكاواها⁴.

وعند ما يتم تشكيل أكثر من لجنة للنظر في الشكاوي المتصلة بأمر واحد فينبغي إلى أبعد حد أن يكون نفس الأشخاص أعضاء في كل لجنة من لجان التحكيم المنفصلة، على أن يتم أيضا تنسيق مواعيد الجلسات الناظرة في المنازعات⁵ . غير أن تجميع الشكاوي إذا ما تضمنت موضوع

1 - المادة 8 فقرة 10 من مذكرة التفاهم لتسوية المنازعات .

2 - المادة 8 فقرة 2-3-8 من مذكرة تفاهم تسوية المنازعات .

3 - صالح محمد محمود بدر الدين، " النظام القانوني لتسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية، مرجع سابق، ص 68

4 - محمد يحيوي، تسوية منازعات التجارة الدولية ، مرجع سابق، ص 83 وما بعدها .

5 - محمد يحيوي، تسوية منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 84 .

واحد في قضية واحدة وتشكيل لجنة تحكيم واحدة، له الأثر البالغ في تجنب أطراف النزاع والمنظمة، إضاعة الجهد والمال والوقت .

الفرع الثاني

آلية سير إجراءات التحكيم

بعد تشكيل فريق التحكيم كأول خطوة تبدأ بها عملية التحكيم فإن لجان التحكيم تتبع إجراءات نصت عليها إتفاقية تفاهم تسوية المنازعات وهي الإجراءات المدرجة في الملحق 3- ما لم تقرر لجنة التحكيم خلاف ذلك بعد التفاوض مع طرفي النزاع¹، إذ يجتمع فريق التحكيم في جلسات عمل مغلقة لا يحضرها أطراف النزاع إلا بدعوة من فريق التحكيم، وتكون مداوالات الفريق سرية، ولا يوجد ما يمنع أطراف النزاع من نشر بيانات بآرائه موضوع الشكوى. وأياً كانت الإجراءات المتبعة فيجب ان توفر المرونة الكافية لضمان جودة تقاريرها دون أن يؤدي ذلك إلى تأخير الفصل فيها .

كما يتعين على لجنة التحكيم أن تقوم بتحديد الجدول الزمني لسير عملية التحكيم، بأن تحدد للأطراف المتنازعة مواعيد نهائية لتقديم مذكراتهم المكتوبة، وعليهم الإلتزام بها وعلى كل طرف أن يودع مذكراته المكتوبة لدى الأمانة التي بدورها تحيلها فوراً إلى لجنة التحكيم وإلى الطرف الآخر والأطراف الأخرى، هذا على أن يقوم الطرف الشاكي بتقديم مذكراته الأولى قبل الطرف الآخر المشكو في حقه، ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك²، فإذا ما كانت هناك ترتيبات تسلسلية لإيداع المذكرات الأولى فإن العضو المشكو منه تحدد له فترة زمنية قاطعة لإيداع مذكراته الأولى، وبعدها تقدم جميع المذكرات في وقت واحد³.

ثم على لجنة التحكيم في حالة فشل طرفي النزاع في التوصل إلى حل مرضي، أن تقدم تقريراً مكتوباً إلى الجهاز في مدة لا تتجاوز من تاريخ تشكيلها تاريخ إصدار تقريرها النهائي لطرفي النزاع

¹ - المادة 12 من تفاهم تسوية المنازعات .

² - المادة 12 فقرة 4.5 من تفاهم تسوية المنازعات .

³ - المادة 12 فقرة 6- من تفاهم تسوية المنازعات .

، فترة ستة أشهر ، ويجب أن يشمل هذا التقرير على بيان الوقائع وبإنطباق الأحكام ذات الصلة، والمبررات لكل نتيجة من النتائج وتوصيات لجنة التحكيم¹، أما إذا تم التوصل إلى تسوية فيقتصر التقرير على وصف مختصر للقضية والإعلان عن التوصل إلى حل² ولكن قد تكون للغير مصلحة جوهرية في القضية المعروضة على التحكيم، وحتى لا تهمم حقوق الغير فإن المادة 1/10 من تفاهم التسوية أكدت على أن تأخذ لجنة التحكيم في إعتبارها مصالح طرفي النزاع ومصالح أي من الأعضاء الآخرين، وبذلك فإنه يجب أن يتاح لهذا العضو - الغير - إذا ما أخطر الجهاز بمصلحته الجوهرية فرصة الإبداء ما يراه، وأن يتكلم في الموضوع، وأن يقدم مذكرات مكتوبة وأن تقدم إلى أطراف النزاع، ويجب على لجنة التحكيم أن تشير إليها في تقريرها³.

كما أن للدولة الجديدة العضو، حق الإطلاع على مذكرات الدول الأطراف، وهنا تبرز أهمية تعميم طلب تشكيل فريق التحكيم، بأن يكون للغير الذي له مصلحة جوهرية الدخول في عملية التحكيم دون اشتراط موافقة الدول المتنازعة، علما أن مذكرة التفاهم لم تحدد متى تعتبر المصلحة جوهرية، وبالتالي يجب تحديد الإنتهاكات التي تعرضت لها الدولة العضو أو عدم إمكانيتها من تحقيق أهداف ومصالح منظمة التجارة العالمية وإتفاقية ترينس .

وفي حالة دخول عضو جديد فإن فريق التحكيم يتعامل مع الشكوى وفقا لإختصاصاته المحددة بموجب طلب إنشاء فريق التحكيم ، المقدم من الدولة الشاكية ، وإلا فإن فريق التحكيم ينظر في الشكوى وفقا للإختصاصات المحددة في مذكرة التفاهم والإختصاصات المحددة من رئيس الجهاز ، إذ يقوم بفحص الشكوى والسند القانوني لها على ضوء نصوص إتفاقية ترينس ، وعلى الفريق أن يقوم بوضع الإستنتاجات والمقترحات التي يكون من شأنها مساعدة جهاز تسوية المنازعات على تقديم التوصيات بناء على نصوص إتفاقية ترينس⁴ .

وفي هذا السياق يجب أن نشير إلى أنه في الحالات المستعجلة فإن لجنة التحكيم تسعى إلى إصدار حكمها في غضون ثلاثة أشهر - فإذا وجدت نفسها غير قادرة على إصدار القرار في

¹ - المادة 12 فقرة 7 من تفاهم تسوية المنازعات .

² - كوثر عبد الله محمد أحمد بيومي ، التحكيم في تسوية منازعات الملكية، مرجع سابق ،ص 232 .

³ - المادة 10 فقرة 2- من تفاهم تسوية المنازعات .

⁴ - ديماء عدنان إبراهيم المشرقي، التحكيم كوسيلة بديلة، مرجع سابق، ص 50 .

خلال تلك المدة وجب عليها إعلام الجهاز كتابة بأسباب التأخير وبتقرير المدة المطلوبة لإصدار التقرير ، ولكن لا يجوز أن تتجاوز المدة ما بين إنشاء لجنة التحكيم وتعميم التقرير تسعة أشهر¹

مع مراعاة أوضاع الدول النامية على أنه في سياق المفاوضات المتعلقة بإجراء متخذ من عضو من البلدان النامية يجوز أن يتفق الطرفان على تمديد الفترات المحددة في المادة 04 فقرة -6-7² ، وإذا لم يتمكن الطرفان المتشاوران بنهاية الفترة المعينة من الإتفاق على إنهاء المفاوضات ، فلرئيس الجهاز البت بعد التفاوض مع الطرفين في تمديد الفترة أو عدم تمديدها وفي حالة التمديد يحدد هو المدة ، كما أن عند نظر أي شكوى ضد عضو من البلدان النامية يوفر العضو إضافة إلى ما سبق الوقت الكافي لإعداد دفاعه وتقديمه ، ولا تتأثر أحكام الفقرة -1- من المادة 20 والفقرة 4 من المادة 21 بأي إجراء يتخذ عملاً بهذه الفقرة ، هذا إضافة إلى أن مذكرة التفاهم أتاحت لفريق التحكيم اللجوء إلى الخبراء لإعطاء الرأي في المسألة، وهذا الرأي غير ملزم لأي من أطراف النزاع³ ويشترط في هؤلاء الخبراء أن يكونوا ذوي الخبرة المهنية المناسبة . أما عند الحاجة إلى معلومات أو المشورة من فرد أو هيئة، على الجهاز إعلام سلطات الدولة التي يقع ضمن وصايتها، كما يجب على هذه الدولة أن تستجيب وتقدم المعلومات دون إبطاء⁴ .

ومن أجل قيام الخبراء بمهامهم على أحسن قيام فقد أعطي للخبراء الحق في طلب المعلومات والمشورة الفنية من أي مصدر كان، وحالة ما يكون المصدر يقع في ولاية دولة عضو، فإنه يجب إعلام حكومته بذلك، وما على الدولة إلا الإستجابة، إذ لا تملك حق الرفض وذلك لكون ليس للدولة إلا حق الإعلام دون الموافقة .

وللاشارة فإن للخبراء الحصول على كل المعلومات حتى السرية منها بخلاف أن حق الأطراف لا يتعدى المعلومات الغير سرية ، وبذلك يكون الخبراء ملزمين بالسرية ولا يجوز لهم إفشاء أي معلومات سرية دون ترخيص رسمي من الجهة التي قدمتها ولا يكون لهم إلا تقديم ملخص سري

1 - المادة 12 / 9 من تفاهم تسوية المنازعات .

2 - وهذه تتعلق بحالة إخفاق المفاوضات في التوصل لحل النزاع، وحالة الإستعجال

3 - المادة 13 من مذكرة التفاهم ، والفقرة -1- من الملحق 03 المتعلق بإجراءات العمل - فوزي محمد سامي - التحكيم التجاري الدولي - الجزء الخامس مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 1997 م ، ص 18 .

4 - الفقرة 05 من الملحق 4 المتعلق بمجموعات الخبراء .

عنها¹. غير أن تقرير الخبراء لا يلزم فريق التحكيم فهو إستشاري يستدل به في الوصول إلى تحرير التقرير النهائي إذ تكون مداولات لجان التحكيم سرية ، وتوضع تقاريرها دون حضور أطراف النزاع وتدرج الآراء التي يعبر عنها مختلف أعضاء الهيئات في تلك التقارير دون ذكر أسماء² .

الفرع الثالث

مرحلة صدور حكم التحكيم

تقدم لجنة التحكيم تقريرها المؤقت الموضوعي للنزاع ووقائعه، ومدى مخالفة الشكوى لإتفاقية تريس، ووضع النتائج التي يكون من شأنها مساعدة الجهاز على تقييم التوصيات والإقتراحات وفقا للإتفاقية وكل ذلك بعد التفاوض مع طرفي النزاع، وترك لهم الفترة الكافية للتوصل إلى حل مرض، فإذا ما تم التوصل إلى تسوية الأمر بين الطرفين إقتصر التقرير الذي تقدمه لجنة التحكيم على وصف مختصر للنزاع والإعلان عن التوصل إلى حل³. أما إذا لم يتم التوصل إلى تسوية مرضية للطرفين فهنا على اللجنة أن تقدم تقريرا مكتوبا للنتائج التي خلصت إليها ومبررات هذه النتائج والتوصيات التي تراها مناسبة.

وتضع لجنة التحكيم تقريرها على مراحل، إذ تبدأ بإعداد مسودة بعد النظر إلى الدفع والبيانات المقدمة من الطرفين ، وترسل هذه المسودة إلى طرفي النزاع وذلك لأبداء تعليقاتهم خلال فترة معينة يحددها القانون⁴ .

وعند إنتهاء المدة المحددة لتسلم التعليقات من طرفي النزاع فإن لجنة التحكيم تصدر التقرير المؤقت والذي تسلم نسخة منه لكل واحد من أطراف النزاع، ويشمل هذا التقرير على الأجزاء الوصفية مثل الوقائع والحجج ، كما يشتمل على إستنتاجات فريق التحكيم التي توصل إليها كخلاصة للعملية التحكيمية⁵ .

1 - الفقرة 4 من الملحق 3 المتعلق بإجراءات العمل .

2 - المادة 1/14 . 2، 3 من تفاهم تسوية المنازعات .

3 - المادة 11 والمادة 7/12 من تفاهم تسوية المنازعات .

4 - المادة 1/ 15 من تفاهم تسوية المنازعات .

5 - المادة 1/15 من تفاهم تسوية المنازعات .

بعد تسلم طرفي النزاع لنسخة من التقرير المؤقت، يجوز لأي منهم أن يتقدم بطلب كتابي لفريق التحكيم يطلب منه خلال مدة معينة إعادة النظر في جوانب محددة من التقرير المؤقت وذلك قبل تعميمه على باقي الدول الأعضاء ، ويعقد لذلك إجتماع إضافي مع الطرفين المتنازعين بشأن المسائل الواردة في الطلب المكتوب .

غير أنه إذا لم ترد أي تعليقات من أحد الطرفين خلال الفترة المحددة للتعليقات، يعتبر التقرير المؤقت تقريراً نهائياً، ويعمم بعد ذلك على باقي الأعضاء دون إبطاء¹.

وبعد مرور 20 يوماً من تعميمه على الأعضاء لدراسة تقرير الفريق، يمنح أي عضو حق تقديم إعتراضاته المكتوبة المسببة وذلك قبل 10 أيام من موعد إجتماع جهاز تسوية المنازعات الذي سينظر خلاله في التقرير ، وللإشارة فإن لأطراف النزاع الحق كاملاً في تسجيل وجهات نظرهم في تقرير لجنة التحكيم .

ويعتمد الجهاز التقرير المؤقت في أحد إجتماعاته وذلك خلال 60 يوماً بعد تاريخ تعميم التقرير على الأعضاء ليصدر بعد ذلك التقرير النهائي . غير أن ذلك متوقف على عدم قيام أحد أطراف النزاع بتقديم الإستئناف، وإخطار الجهاز بذلك في المدة السالفة الذكر، أو أن يقرر فريق التحكيم بتوافق الآراء، عدم إعتقاد التقرير² .

وفي حالة الإستئناف للحكم التحكيمي فإن الجهاز لا ينظر في إعتقاد تقرير لجنة التحكيم إلا بعد إستكمال الإستئناف، والذي سيكون محور دراستنا اللاحقة .

المطلب الثاني

مرحلة إستئناف قرار التحكيم

يعد الإستئناف نظام مبتكر كضمان لعدالة ونزاهة الأحكام الصادرة عن الهيئات التي تفصل في نزاعات لها تأثير ملموس على أوضاع التجارة الدولية وعناصر الملكية الفكرية ، وهذا ما جعل هذه المنازعات يبت فيها على مرحلتين من مراحل التقاضي، خلافاً لما جرى عليه العمل في الفقه

¹ - المادة 2/15 من تفاهم تسوية المنازعات .

² - المادة 16 من تفاهم تسوية المنازعات .

والقانون الدوليين بشأن نماية أحكام هيئات التحكيم بعدم قابليتها للطعن من قبل الخصوم إلا في حدود ضيقة¹ وينعقد الحق في الإستئناف لطرفي النزاع دون غيرهم ، إذ يجوز أن يقتصر الإستئناف على جوانب محددة من التقرير كما لو أنه الحكم النهائي الصادر عن لجنة التحكيم ، إذ القيد الوحيد للإستئناف هو أن يكون مقتصرًا على المسائل القانونية .

وسنحاول دراسة الإستئناف في ضوء منظمة التجارة من خلال التطرق إلى تشكيل جهاز الإستئناف في الفرع الأول ، ثم نتطرق إلى آلية عمله في الفرع الثاني .

الفرع الأول

تشكيل جهاز الإستئناف

عملا بنص المادة 1/17 من تفاهم تسوية المنازعات تم إنشاء جهاز الإستئناف بواسطة جهاز تسوية المنازعات - ويتكون الجهاز من سبعة أشخاص مشهود لهم بالمكانة الرفيعة والخبرة الراسخة في مجال القانون والتجارة الدولية وموضوعات الإتفاقات المشمولة² ، يعينوا لمدة أربع سنوات ويجدد تعيين كل منهم لمرة واحدة بناء على عدد من الشروط المنصوص عليها في مذكرة التفاهم³ .

إذ يختص ثلاثة أشخاص من بين السبعة لكل قضية من القضايا، ويعمل أعضاء جهاز الإستئناف بالتناوب وفقا لما تحدده إجراءات العمل بهذا الجهاز، إذ أن مذكرة التفاهم لم تنظم آلية عمل الجهاز ، فجهاز الإستئناف بالتشاور مع رئيس جهاز تسوية المنازعات والمدير العام يتم تنظيم عمل الجهاز ويرسل هذا التنظيم إلى كل الأعضاء للعلم به⁴ .

¹ - محمد يجاوي، تسوية منازعات التجارة الدولية تسوية منازعات التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 98 .

² - المادة 3/17 من تفاهم تسوية المنازعات .

³ - المادة 2.1/17 من تفاهم تسوية المنازعات .

⁴ - المادة 1/18 . 9 تفاهم تسوية المنازعات.

وتجدر الإشارة إلى أنه على جهاز تسوية المنازعات أن يراعي عند إختيار أعضاء الجهاز أن يكونوا ممثلين إلى حد كبير لأعضاء المنظمة، ولقد تم إختيار أول سبعة أشخاص مكونين لجهاز الإستئناف في 29 نوفمبر 1995 من قائمة تضم 32 مرشحا من 23 دولة ، ولقد نجح الجهاز في تمثيل جميع القارات، وكان الأعضاء السبعة كل منهم ينتمي إلى إحدى الدول وهي (مصر - اليابان - نيوزيلاند - الفلبين - الولايات المتحدة - الأرجواي - ألمانيا) .

الفرع الثاني

إجراءات الإستئناف

وفقا لنص المادة 3/17 فإن الإستئناف لا يقدم إلا من قبل طرفي النزاع، دون الطرف الثالث (الغير) والذي أخطر جهاز تسوية المنازعات بمصلحتهم الجوهرية ، ولا يكون لهم إلا حق تقديم المذكرات الكتابية إلى جهاز الإستئناف أو أن يمنحوا فرصة التحدث أمامه . وضمننا للفاعلية فإنه قد حددت مدة أقصى وهي 60 يوما فترة الإستئناف، كقاعدة تبدأ من تاريخ تقدم أحد أطراف النزاع الأخطار بقراره بالإستئناف حتى التاريخ الذي يتم فيه تعميم القرار من طرف جهاز الإستئناف¹، مع مراعاة الحالات المستعجلة كحالة السلع سريعة التلف فهنا ينبغي على الجهاز أن يبذل كل جهد ممكن من أجل إنهاء الإجراءات .

وإذا قرر جهاز الإستئناف عدم تمكنه من تقديم تقريره خلال ستين يوما عليه إخطار جهاز تسوية المنازعات كتابة بالأسباب الداعية للتأخير مع تقدير الفترة اللازمة لتقديم التقرير بشرط أن لا يزيد إجمالي المدة بما فيها الفترة الإضافية مدة "90" تسعين يوما² .

¹ - المادة 17 فقرة 4- من تفاهم تسوية المنازعات .

² - المادة 17 فقرة 5- من تفاهم تسوية المنازعات .

وتتم جميع إجراءات الإستئناف في سرية ، ويقدم جهاز الإستئناف تقريره في ضوء المعلومات والبيانات المقدمة ودون حضور أطراف النزاع¹ ، هذا على شرط ذكر جميع الآراء التي يعبر عنها مختلف أعضاء الجهاز في التقرير الصادر عن الجهاز دون ذكر للأسماء .

ولجهاز الإستئناف سلطة إقرار تقارير فريق التحكيم، أو إعطاء توصيات بتعديلها أو إضافة توصيات أخرى، هذا إذا ما ثبت لديه أن هناك إجراء ما يتعارض مع إتفاقية ترينس ، هذا إلى جانب أن يشتمل تقرير جهاز الإستئناف على مقترحات تتعلق بكيفية تنفيذ هذه التوصيات بما يتوافق مع أحكام إتفاقية ترينس وجهاز تسوية المنازعات² .

ويقوم جهاز تسوية المنازعات بإعتماد تقرير الإستئناف، ويقبله الأطراف دون شروط ما لم يقرر جهاز تسوية المنازعات بتوافق الآراء "الرفض بالإجمال" عدم إعتماده في غضون ثلاثين يوماً من تعميمه على الأعضاء، دون إخلال بحق الأعضاء في التعبير عن آرائها حول تقرير جهاز الأستئناف³ . فهنا يعاد مرة أخرى إلى هيئة إستئنافية أخرى⁴ .

علما أن جهاز الإستئناف تغطي نفقاته من ميزانية منظمة التجارة وفقا لمقاييس يعتمدها المجلس العام بناء على توصيات لجنة الميزانية والمالية، كما أنه يحضى إلى جانب الدعم المالي بالدعم الإداري والقانوني⁵ .

الفرع الثالث

تنفيذ توصيات وقرارات جهاز تسوية المنازعات

إن جهاز تسوية المنازعات يراقب تنفيذ التوصيات والقرارات الصادرة منه ، والإمتثال الفوري للتوصيات والقرارات أساسية لضمان حلول فعالة للمنازعات¹ ، ويكون لأي عضو أن يثير مسألة

¹ - المادة 17 فقرة 10 من تفاهم تسوية المنازعات .

² - ديما عدنان إبراهيم المشرفي - التحكيم كوسيلة - مرجع سابق، ص 58 .
المادة 19 من مذكرة تفاهم تسوية المنازعات.

³ - المادة 14.13/17 والمادة 19 من مذكرة تفاهم تسوية المنازعات .

⁴ - سميحة القليوبي - الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 24 .

⁵ - المادة 17 فقرة 7-8 من مذكرة التفاهم لتسوية المنازعات.

تنفيذ التوصيات والقرارات في جهاز تسوية المنازعات²، وذلك لحلها أو إصدار قرار خلاف ذلك وعلى الدولة العضو - طرف النزاع - أن تخطر جهاز تسوية المنازعات قبل عشرة أيام من إجتماع الجهاز بتقرير كتابي عن موقفها وتعرض فيه التقدم الذي أحرزته لتنفيذ هذه التوصيات والقرارات .

وفي حالة عدم الإمتثال الفوري للتوصيات والقرارات، فقد أتيحت للعضو المعنى فترة زمنية يقترحها العضو المعنى وقرها جهاز تسوية المنازعات، أو الفترة التي يتفق عليها أطراف النزاع خلال خمسة وأربعين يوماً بعد تاريخ إعتقاد التوصيات والقرارات أو الفترة التي يتم تحديدها بواسطة التحكيم الملزم خلال تسعين يوماً من تاريخ إعتقاد التوصيات والقرارات وذلك في حالة عدم إتفاق أطراف النزاع على تحديد مدة التنفيذ على أن لا تزيد الفترة الزمنية المعقولة عن خمسة عشر شهراً من تاريخ تشكيل لجنة التحكيم بواسطة جهاز تسوية المنازعات، وحتى تاريخ تحديد الفترة الزمنية ما لم يتفق أطراف النزاع خلاف ذلك، وفي حالة التمديد الناتج عن لجنة التحكيم أو جهاز الإستئناف في تقديم التقرير، فإن المدة المضافة تضاف إلى فترة الخمسة عشر شهراً على شرط أن لا تتجاوز المدة بكاملها ثمانية عشر شهراً، إلا في الحالات والظروف الإستثنائية³ .

ولالإشارة فإنه ونظراً لظروف البلدان النامية، فإن لجهاز تسوية المنازعات له أن ينظر في إتخاذ إجراءات إضافية تتناسب ووضعية البلدان النامية⁴، أما إذا لم يتم تنفيذ التوصيات والقرارات في غضون الفترة الزمنية المعقولة فإن التعويض وتعليق التنازلات من الإجراءات المؤقتة لحل النزاع .

لا يلجأ العضو المعنى إلى التعويض إلا إذا لم يمثل للتوصيات والقرارات الصادرة عن لجنة التحكيم، أو جهاز تسوية المنازعات خلال المدة المحددة وفقاً للفترة 03 من المادة 21 من مذكرة التفاهم، فيجب تطبيق إجراءات تسوية المنازعات بهدف التوصل إلى العضو المعنى إذا طلب إليه

1 - المادة 21 فقرة 06- من مذكرة تفاهم تسوية المنازعات .

1 - خيرى فتحي محمد أحمد البصيلي، " تسوية المنازعات، مرجع سابق، ص 463 .

2 - المادة 3/21 من تفاهم تسوية المنازعات .

3 - المادة 3/21 من تفاهم تسوية المنازعات .

4 - المادة 7/21 . 8 من تفاهم تسوية المنازعات .

ذلك، بأن يدخل في مفاوضات مع أي طرف يطلب تطبيق إجراءات تسوية المنازعات بهدف التوصل إلى تعويض مقبول للطرفين¹.

وإتفاق التعويض يجب أن يتطابق مع الإتفاقات المشمولة وخاصة فيما يتعلق بتطبيق مبادئ إتفاقية ترس، أي إتفاق التحكيم يخضع لمبدأ عدم التمييز²، والتعويض لا يعني به كجزء على مخالفة أحد نصوص الإتفاقات المشمولة ومنها إتفاقية ترس، بل كجزء على عدم تنفيذ قرارات أو توصيات جهاز تسوية المنازعات.

قد لا يصل الطرفي النزاع إلى إتفاق مرضي خلال ثلاثين يوماً بعد إنقضاء الفترة الزمنية المعقولة، جاز للعضو المضار أن يطلب من جهاز تسوية المنازعات الترخيص له بتعليق إتزاماته بموجب الإتفاق الذي أقر جهاز تسوية المنازعات بوقوع إنتهاك لأحكامه.

وعند الترخيص للطرف الشاكي يجب أن يتدرج في تعليق التنازلات³، وكمبدأ عام فإذا كان الإنتهاك في حقوق الملكية الأدبية والفنية جاز للطرف المضار أن يعلق إتزاماته في هذا القطاع تحديداً، فإذا ما تبين له أن هذا الإجراء غير كاف وغير عملي، جاز تعليق إتزاماته في قطاع حقوق الملكية الفكرية بشقيها الأدبي والصناعي.

غير أنه قد تكون الظروف خطيرة، وهذا الإجراء الثاني غير فعال وغير عملي، هنا جاز للطرف المضار وقف إتزاماته في أي قطاع آخر لا صلة له بالقطاع الذي وقع فيه الإنتهاك لأحكام الإتفاقية التي تحكمه كقطاع الزراعة أو الملابس وغيرها من القطاعات السلعية الأخرى وعلى طالب الترخيص بيان الأسباب الداعية لذلك في طلبه، وإرساله إلى جهاز تسوية المنازعات ومجلس المسائل التجارية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية⁴، وينبغي أن يكون في جميع الأحوال في مستوى تعليق الإتزامات المرخص به من طرف جهاز تسوية المنازعات، معادلاً لمستوى تعليق الإلغاء، أو التعطيل ويشترط أن لا يحظر الإتفاق المشمول هذا التعليق⁵.

¹ - المادة 22 فقرة 2- من تفاهم تسوية المنازعات.

- محمد مجاوي، تسوية منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 108.

² - خيرى فتحى محمد البصلي، "تسوية المنازعات"، مرجع سابق، ص 492.

³ - المادة 3/21 من تفاهم تسوية المنازعات.

⁴ - المادة 22 فقرة 3- من تفاهم تسوية المنازعات.

⁵ - المادة 5.4/22 من تفاهم تسوية المنازعات.

وفي حالة إعتراض العضو المخالف على مستوى التعليق أو الإدعاء بأن المبادئ والإجراءات المقررة في إتفاقية تسوية المنازعات لم تحترم، أحيل الأمر إلى التحكيم ، من خلال لجنة التحكيم الأصلية في حالة وجود لأعضائها، أو عن طريق محكم يتولى تعيينه المدير العام، وينبغي أن يتم في خلال ستين يوماً بعد موعد إنقضاء الفترة الزمنية المعقولة، مع مراعاة عدم تعليق التنازلات أو الإلتزامات خلال فترة سير التحكيم¹ .

وتنحصر مهمة المحكم في تحديد ما إذا كان مستوى التعليق معادلاً لمستوى الإلغاء ، والتعطيل، وله أن يقرر ما إذا كان التعليق المقترح للتنازلات مسموحاً به بموجب الإتفاق المشمول .

أما إذا كان النزاع المطروح على المحكم متضمناً للإدعاء بعدم إتباع المبادئ والإجراءات المنصوص عليها في مذكرة تفاهم تسوية المنازعات، فإن قرار المحكم في هذا الصدد يكون نهائياً ويجب إعلام جهاز تسوية المنازعات - دون إبطاء - بقرار التحكيم² .

وسعيًا من الدول الأعضاء على القيام بتصحيح أي إنتهاك خاصة لعناصر الملكية الفكرية ، أو غير ذلك من أشكال الإلغاء أو التعطيل للمصالح المقررة بموجب الإتفاقيات المشمولة ومنها إتفاقية ترينس، فإن إتفاقية تفاهم تسوية المنازعات قد أوجبت على الدول أن تحرص على عدم البت في حصول إنتهاك أو إلغاء أو تعطيل مصالح أو عرقلة بلوغ هدف من أهداف إتفاقية ترينس، إلا من خلال اللجوء إلى تسوية النزاع، وفقاً لقواعد وإجراءات تفاهم تسوية المنازعات هذا قبل تعليق التنازلات رداً على عدم تنفيذ التوصيات والقرارات .

الملطب الثالث

- إبراهيم أحمد إبراهيم : منع تسوية المنازعات وفقاً لإتفاقية منظمة التجارة العالمية المتعلقة بالملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 12 .

كوثر عبد الله محمد بيومي، التحكيم في منازعات الملكية، مرجع سابق، ص 235 .

¹ - المادة 6/22 من تفاهم تسوية المنازعات .

² - المادة 07/22 من تفاهم تسوية المنازعات .

نماذج تطبيقية لتسوية منازعات الملكية الفكرية وفقا لنظام

منظمة التجارة العالمية - نظام تسوية المنازعات -

إن إجراءات التحكيم تختص بتسوية المنازعات الناشئة أو التي تنشأ بين الدول في تطبيق نصوص إتفاقيات الجات أي - إخلال الدول الأعضاء بالتزاماتهم في إتفاقية ترينس¹، وبتفسير النصوص

إذن لا مجال للأفراد ولا للشركات العاملة في مجال التجارة الدولية، تطبيق معايير الملكية الفكرية، في تسوية منازعاتهم، إذ أن الدول وحدها من لها حق تسوية منازعاتها وفقا لنظام تسوية المنازعات التابع للمنظمة .

وعلى ضوء ذلك سنسرد بعض القضايا التي نرى أنها تخدم بحثنا هذا :

القضية الأولى:² وتعلق بشكوى تقدمت بها الولايات المتحدة إلى جهاز تسوية المنازعات ضد الهند والتي تعتبر كدولة نامية عضو بمنظمة التجارة العالمية وذلك فيما يتعلق بمخالفة أحكام الفقرات (8-9) من المادة (70) من إتفاقية ترينس، والتي توجب على الأعضاء الذين لم يضعوا حماية قانونية لبراءة الإختراع للأدوية والمنتجات الكيماوية الزراعية إعتبارا من 1 يناير 1995م أن يوفرُوا الوسائل التي يتم بموجبها إيداع طلبات البراءة من أجل الحفاظ على الجودة والسبق المتعلقة بهذه الطلبات .

كما أنه ووفقا لنص المادة (08/70/أ) فإن الطلبات المقدمة، يشار إليها وكأنها طلبات في " صندوق البريد" بالإضافة إلى ذلك تشترط الفقرة 09 من نفس المادة إلى ضرورة تفويض " حقوق التسويق الإستثنائية " وهذا حتى في الفترة الإنتقالية بالنسبة إلى بعض المنتجات الخاصة لطلبات "صندوق البريد" .

¹ - كوثر عبد الله محمد بيومي - التحكيم في منازعات الملكية، مرجع سابق، ص 236 .

² - محمد أبو العينين : نظام تسوية المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية بحث، سابق، ص 19. 20 .

- ديماء عدنان إبراهيم، التحكيم كوسيلة بديلة، مرجع سابق، ص 58 .

- كوثر عبد الله محمد بيومي، التحكيم في منازعات الملكية، مرجع سابق، ص 238-239 .

ولقد تقدمت حكومة الهند إلى برلمانها بمذكرة لتعديل قانون براءة الإختراع، بحيث تتمكن من الحصول على نظام "طلبات صندوق البريد" بالنسبة للأدوية والمنتجات الكيماوية والزراعية بالإضافة إلى حقوق التسويق القاصرة عليها، غير أن برلمانها فشل في إصدار هذا القانون .

تسلمت الهند طلبات صندوق البريد إلا أنها لم تمنح الآلية الخاصة بحقوق التسويق القاصرة عليها، ففي أول الأمر تقدمت الولايات المتحدة لعقد مشاورات، إلا أن هذه المشاورات لم تسفر عن نتيجة لذلك تم تشكيل فريق تحكيم بموجب قرار من جهاز تسوية المنازعات في تشرين الثاني 1996م

وقد توصل تقرير هيئة التحكيم الذي وزع في سبتمبر 1996 إلى أن الهند لم تخضع لإلتزاماتها بموجب المادة (9/8/80) من إتفاقية ترينس .

هذا ما جعل الهند تقوم بإستئناف لهذا القرار في أكتوبر 1996م أمام جهاز الإستئناف، الذي أيد بدوره قرار فريق التحكيم وذلك بتاريخ ديسمبر 1997م، وبعد تعميم القرار إعتد جهاز تسوية المنازعات تقرير جهاز الإستئناف في يناير 1998م والذي كان يلزم الهند بتعديل نظامها القانوني .

وفي إجتماع مجلس فض المنازعات الذي عقد في أبريل 1998م إتفقا كلا من الولايات المتحدة والهند -طرفي النزاع- على أن تقوم الهند في مهلة 15 شهرا بإجراء التعديل المقترح .

أما القضية الثانية¹ فكانت بين الإتحاد الأوربي وكندا، وكانت هذه القضية تحت رقم : 114 والتي نظر فيها جهاز تسوية المنازعات.

وهذا النزاع كان موضوعه يتمحور حول قانون براءة الإختراع الكندي فيما يتعلق بمنتجات الأدوية والمعرفة ب (براءات إختراع الأدوية - الكندية) .

حيث أن هذا النزاع أثير لكون كندا لم تلتزم لأحكام إتفاقية ترينس ، إذ أن المادة 02 فقرة - 2 من القسم 55 من قانون براءة الإختراع الكندية مخالفة لأحكام المادة 28 فقرة -1- من إتفاقية ترينس، والتي تحدد الحقوق التي يتم منحها لأصحاب براءة الإختراع من حق المنع لأي طرف من الغير في حالة براءة الإختراع عن منتج مادي -من صنع أو إستخدام أو عرض أو بيع

¹ - محمد حامد السيد المليحي ، أثر إتفاقيات الجات ، مرجع سابق، ص 328- 338 .
- كوثر عبد الله محمد بيومي ، التحكيم في منازعات الملكية ، مرجع سابق ، ص 236 .

أو إستيراد للمنتج بدون موافقة صاحب براءة الإختراع للعملية الصناعية فإنه لا يجوز للغير أن يستخدم هذه الطريقة إستخدام فعلي طالما لم يحصل على موافقة صاحب البراءة.

ويجوز لأصحاب براءة الإختراع التنازل للغير أو تحويل الحق بإبرام عقود منح التراخيص ، ولما كانت المادة 2 فقرة 02 من القسم 55 من قانون براءة الإختراع الكندي ، تتعارض مع نصوص الإتفاقية في تحديد حقوق المنح لأصحاب براءة الإختراع فإنه وفي أبريل 2000 أصدر جهاز تسوية المنازعات (DSB) توصيات بشأن القضية المحالة من فريق التحكيم رقم 114 بتعديل كندا تلك الفقرة من قانونها بما يتوافق وإتفاقية ترينس .

ولقد كانت كندا تحتج على أن الممارسات بالإستخدام لعمليات الصناعة كانت بعد إنتهاء فترة الحماية وفقا لقانون الإختراع الكندي ، وبذلك فلا تعارض مع الفقرة -1- من المادة 28 من الإتفاقية -ترينس- وأن التعامل يتم بالنسبة لمخزون إحتياطي سابق للأدوية لإنتهاء مدة براءة الإختراع لتلك الأعمال .

وبعد عدة مشاورات بين كندا والإتحاد الأوروبي على تنفيذ توصيات جهاز تسوية المنازعات أخطرت كندا الجهاز بتاريخ 25 أبريل 2000 بالموافقة على تنفيذ توصياته .
غير أن أطراف النزاع إختلفوا حول التنفيذ وتحديد الفترة الزمنية المقبولة لتنفيذ التوصيات المقررة في الفقرة (ج) من الفقرة (3) المادة 21 من إتفاقية تفاهم تسوية المنازعات .

وفي محاولة لتسوية النزاع ما بين الطرفين حول تنفيذ التوصيات وفقا للفقرة ب من الفقرة 03 من المادة 21 والتي توجب الشروع في التنفيذ بعد 45 يوما بعد تاريخ إعتداد التوصيات والقرارات، غير أن الطرفين لم يتمكنوا من الوصول إلى إتفاق مما جعل الطرفين يلتجؤون إلى التحكيم الملزم والذي يكون خلال 90 يوما من تاريخ إعتداد التوصيات والقرارات من طرف الجهاز، وفقا لأحكام الفقرة (ج) من الفقرة 3 من المادة 21 من إتفاقية تسوية المنازعات.

ولقد تم إخطار الجهاز في 20 يونيو 2000 بالموافقة على التحكيم الملزم .
وإحتجت كندا على أن تنفيذ التوصيات وإنجاز الإلتزامات وفقا لإتفاقية ترينس من خلال إلغاء الفقرة "2" من المادة 02 سوف يؤدي إلى إفراغ قانون براءة الإختراع الكندي من فاعليته، ويتطلب ذلك قيام كندا بالمشاورات مع أصحاب الشركات وحملة الأسهم والمجموعات التي تكون لها مصلحة ومنفعة من وراء ذلك، كما أن التعديل الجزئي للقانون لا يقوم به الجهاز التنفيذي في

كندا، بل منوط بالسلطة التشريعية، لذلك فإن التنفيذ يتطلب وقتا قدرته كندا بـ 15 شهرا من تاريخ إتمام التوصية في 08 أبريل 2000.

غير أن الإتحاد الأوربي كان يرى أن تعديل المادة 2-فقرة 2- من القسم 55 من قانون براءة الاختراع الكندي لا يتعلق بالتشريع وإنما يعمل باللوائح، وعليه يمكن إلغاء جزء من الفقرة التي تتعارض مع أحكام إتفاقية ترينس فقط، على أن تقوم بتنظيم المسألة في تشريع آخر لاحق ولا جدوى من الأبطال وفقا لمقترح كندا لكل التنظيم الذي لا يحقق الهدف .

وأنه كان على فريق التحكيم تحديد كيفية التنفيذ وفقا للفقرة 03 من المادة 21 من إتفاقية تفاهم تسوية المنازعات، والتي تتطلب التسوية الفورية للإجراء المخالف من الدول الأعضاء طالما أن ذلك يضر بالمصالح سواء المباشرة أو غير المباشرة . وكذلك على ضوء الفقرة 1 من المادة 21 من إتفاقية تسوية المنازعات والتي تتطلب تنفيذ التوصيات من جهاز تسوية المنازعات دون إبطاء ، وذلك لضمان الحلول الفعالة للمنازعة لمصلحة جميع الأعضاء .

ولقد قرر فريق التحكيم عدم الموافقة على طلب الإتحاد الأوربي لفحص كيفية التنفيذ وتحديد وسائله، لكون ذلك يخرج من التفويض للإختصاص في التحكيم القاصر على الفقرة (ج) من الفقرة (03) من المادة (21) إذ تقتصر مهمة فريق التحكيم على تحديد الفترة الزمنية المعقولة بإعتبار أن ذلك يكون مكملا للحكم الأول بالتنفيذ على الدولة المعنية .

ولقد رأى فريق التحكيم على أن الفترة الزمنية المعقولة تكون الفترة المتاحة لتنفيذ التوصية فقط، وإلا أعتبر أن هناك عدم تطبيق للإذعان الفوري للتوصية، فالعبارات في المادة 3/21/ج تقتصر على أن يتم الإذعان الفوري للتوصية، وبذلك فقد حدد فريق التحكيم المدة الزمنية لتنفيذ توصيات جهاز تسوية المنازعات بشأن تعديل قانون براءة الاختراع فيما يتعلق بالأدوية فقد حددت بستة أشهر -06 أشهر تبدأ من تاريخ تقرير التوصية للتحكيم السابق في 08 أبريل 2000 وتنتهي في 08 أكتوبر 2000م.

قضية رقم -3- شكوى¹ من الإتحاد الأوربي ضد أمريكا وإنضمت إليه كأطراف كل من أستراليا واليابان وسويسرا، على المادة 5/110 من قانون حق المؤلف الأمريكي المعدل بقانون الترخيص الموسيقي (Fairness In Music licensing Act) الصادر بتاريخ 27

¹ - محمد حامد السيد المليحي ، أثر إتفاقيات الجات ، مرجع سابق، ص 315 .

أكتوبر 1997 لإجازته بشروط محددة البث الإذاعي (إذاعة وتلفزيون) للموسيقى ، في الأماكن العامة (السيارات ، والمحال والمطاعم). هذا دون أن يقوم أصحاب تلك الأماكن بتسديد حقوق المؤلف على الأداء العلني .

حيث كانت حجة الإتحاد الأوروبي في شكواه إلى أن نص المادة 5/110 من قانون حق المؤلف الأمريكي يتعارض مع نص المادة 1/9 من إتفاقية ترينس والتي تلزم أعضاء المنظمة العالمية للتجارة بإحترام المادة (1/21) من إتفاقية برن .

حيث أنه تم عرض النزاع على التحكيم، وتم إستئناف حكم المحكمين وإنتهى جهاز تسوية المنازعات في الإستئناف في يوليو 2000 إلى التفرقة بين أمرين .

الأول: الإستثناء "المهني" (Business Exemption) الذي يجيز من خلاله إستخدام مكبرات الصوت لبث الموسيقى دون إستئذان المؤلف أو سداد مقابل مالي عن ذلك، وهذا في محال المطاعم والمشارب ومحال التجزئة التي لا تزيد مساحتها عن حجم معين (فإذا تجاوزته يتعين الإلتزام بشروط أخرى)

الثاني: الإستثناء "حكم المنزلي" (Homestyle exemption) الذي يجيز إستخدام مكبرات الصوت الموسيقى المذاعة في المطاعم ومحال التجزئة الصغيرة دون إستئذان المؤلف أو سداد مقابل بشرط إستخدام أجهزة في حكم المنزلية .

ولقد رأى جهاز تسوية المنازعات في الإستئناف أن الإستثناء المهني يخالف نص المادتين 11/2/أ و 11/1/ب المحال إليها من إتفاقية ترينس TRIPS بالمادة 1/9، وأكد الجهاز على أن قرابة 50 % من المطاعم والمشارب ومحال التجزئة تستفيد من هذه الإعفاءات، أما الإستثناء الثاني والمتعلق بالإستثناء شبه المنزلي فهو لا يخالف المادتين السالفتي الذكر، من إتفاقية برن على شرط الإلتزام بما فرضه القضاء الأمريكي والممارسات العملية والقيود القانونية من شروط في شأن المستفيدين من الإستثناء والأجهزة المسموح بها .

إذن ووفقا لما تم ذكره نجد انه لا يمكن لأي دولة أن تتخذ إجراء عقابيا ضد دولة أخرى لإرتكابها مخالفة نصوص إتفاقية ترينس بقرار ذاتي بل يجب اللجوء إلى جهاز تسوية المنازعات والذي من خلاله يتم توفير الحماية للدول النامية في مواجهة الدول المتقدمة ويضع حد لهيمنتها وسلطتها في إستخدام تشريعاتها الوطنية كأداة لفرض الضغوط على الدول النامية .

غير أن هناك رأي مخالف¹ لما سبق إذ يذهب إلى أن آلية فض المنازعات نظمت لتحقيق مآرب الدول الصناعية القوية على حساب الدول النامية ويظهر ذلك في أن توقيع العقوبات لا تتولاه منظمة التجارة العالمية بنفسها مما يجعل عدم التكافؤ في قوة العقوبة .

القضية رقم (04)² : قامت شركة من لشتنشتاين (وسط أوروبا) بتسجيل إختراع جديد متعلق بآلة لصنع منتجات البلاستيك في فرنسا، ثم قامت بعد ذلك بتسجيله من جديد في ألمانيا الغربية، وأثناء قيامها بتسجيله في ألمانيا تعاقدت مع شخص ألماني على إنتاج هذه الآلة وتسويقها في ألمانيا وحدها ، وليس له حق تصديرها خارج ألمانيا كما ليس له حق القيام بأبحاث في نفس مجال عمل هذه الآلة لمدة خمس سنوات قادمة، وللشركة المخترعة حق الحصول على نسبة مئوية من قيمة مبيعات هذه الآلة ، وبناء على هذا الإتفاق قامت الشركة المخترعة بتقديم كل الرسومات والمواصفات الفنية وأسرار الإختراع التي تحتفظ بها، على أن يدفع الألماني المتحصل على الإختراع مبلغ خمسة وعشرين ألف مارك ألماني في البداية، وعند بدء الإنتاج مبلغ مئتان، ويبدأ حساب النسبة المئوية بعد بيع عشرة ماكينات ، هذا الإتفاق كان سنة 1976 وبعد سنوات توفي الألماني وحل محله إبنائه الثلاثة وزوجته ، إذ أن الأب لم يكن قد دفع إلا عشرة ألف مارك وظلت الشركة تطالب بحقوقها دون جدوى ثم توفت الزوجة وبقي التسويق والمطالبة من طرف الأبناء للتهرب من الدفع، ومن التحكيم الذي لجأت إليه الشركة .

إذ أن الشركة كانت تطالب بتعويض مقداره نصف مليون مارك ألماني لأن الصانع الألماني قام بتوزيع آلات مصنعة خارج ألمانيا وبالتحديد في فرنسا واليابان، ومنح شركة يابانية شهادة فرعية بحق إستغلال إختراعها دون أن يؤدي للشركة المخترعة شيئاً على ذلك .

وكان دفاع الورثة يتلخص على أن هذا الإختراع لم يكن جديداً هو خاص بسبك أو صب البلاستيك وتشكيله، وذلك عن طريق نقل البلاستيك من القالب الساخن إلى قالب آخر بارد ، وذلك لتوفير 90 % من الطاقة المستخدمة في هذه العملية ، كما أن هذه الطريقة معروفة في الولايات المتحدة حيث سجل إختراع بشأنها في عام 1967 أي قبل ذلك بحوالي تسع سنوات .

¹ - أبو العلا علي أبو العلا النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، مرجع سابق، ص 97 .
كوثر عبد الله محمد بيومي، التحكيم في منازعات الملكية، مرجع سابق، ص 240 .

² - محي الدين إسماعيل علم الدين - منظمة التحكيم التجاري الدولي - الجزء الأول دار النشر النسرة الذهبي عابدين 1986، ص 231 .

كما رأى الورثة أن هذا الإختراع معيب إذ أن فترة الخروج من القالب الساخن إلى القالب البارد يزداد فيها تمدد البلاستيك ويصبح رخوا ، وهذا أسوء عيوب هذه الصناعة .

هذا ماجعل المورث قبل وفاته يلجأ إلى تعديل الإختراع، وبعد عدة أبحاث توصل إلى إختراع جديد تم تسجيله في ألمانيا وله الحق في أن يستغل إختراعه الجديد لنفسه، لذا أنتج عدد من الآلات وباعها على المستوى المحلي والعالمي ، ولذلك لم يدفع للشركة صاحبة الإختراع الأصلي شيئاً كونه لم ينتج آلات بناء على إختراعها .

ومما ذكره الورثة أن الإتفاق عدل في جلسات المناقشة بأن يدفع المورث عشرة آلاف مارك وتبقى 10 آلاف مارك أخرى تدفع عند بدء الإنتاج وهذا الإنتاج لم يبدأ نظرا للصعوبات الفنية ، التي لم تستطع المخترعة أن تجد لها الحلول المناسبة ولذلك لم يعد لها شيئاً تطالب به ، وطلب الورثة رفض الدعوى .

كان على المحكم أن يبحث هذه الإدعاءات ووصل إلى النتائج التالية :

1- بحث المحكم الإختراع المماثل المسجل في الولايات المتحدة الأمريكية، ووجد أنه يعمل بطريقة مختلفة تماما عن الإختراع موضوع القضية ، وبذلك فالإختراع يعد جديدا وليس مجرد تقليد ، ولولا كونه جديد لما وافقت السلطات المعنية في ألمانيا الغربية على تسجيله ومنحه براءة إختراع، ومنه لصاحب الإختراع حق الحصول على مقابل إستغلاله من الصانع الألماني .

2- الشركة المخترعة حين إشترت عدم القيام بأبحاث لم تكن قد سجلت إختراعها كونها أرادت أن تحتفظ بالإختراع لمدة أطول ، ولكن الصانع الألماني لم يعرض المشاكل التي صادفها على الشركة لتساهم في حلها أو تعديل المواصفات الفنية لإختراعها ، بل بدأ على الفور بأبحاث جديدة وتوصل إلى أن إختراع تم تسجيله على مستوى أوروبا كلها ، ومما لا شك فيه أنه إستفاد من الإختراع الأول ولم يقدم المقابل للشركة صاحبة الإختراع ، وهذا لا يعني أنه قلده بل أن بحث المحكم توصل إلى إختراع الصانع الألماني مختلف عن إختراع الشركة، وأن الآلات المباعة خارج أو داخل ألمانيا تعمل بطريقة الألماني وفقا لإختراعه، وليس للشركة حق المطالبة بشيء منها حتى وإن كان إنتاج الصانع الألماني آلات بحسب إختراعه الجديد إلا أنه أضع على الشركة المخترعة وقتا ثميناً، إذ أن الشركة لم تعرف ما إذا كان إختراعها معمولا به أم لا . إذ تركها تعتقد على أن عائد الإستغلال آت إليها ، وهذا يعتبر خطأ من جانب الألماني وورثته من بعده ولذلك قدر المحكم التعويض عنه بخمسين ألف مارك .

وبالنسبة للمقدم الذي تم الدفع منه 10 آلاف مارك قرر المحكم أنه وبحسب العقد فإن المقدم يكون على دفعتين كل منها خمسة، وعشر، وعشرين ألف مارك ، الدفعة الأولى لم يبقى للشركة منها إلا 15 ألف مارك أما الدفعة الثانية والتي تستحق عند بدء الإنتاج فإن الصانع الألماني إستغل بإختراعه ولم ينتج شيء ، وبذلك لا يكون للشركة سوى 15 ألف + 50 ألف = 65 ألف مارك كتعويض .

أما فيما يخص مسألة الشركة اليابانية فإن الإختراع الممنوح لها بشهادة فرعية هو إختراع الصانع الألماني ، وله حق منح إستغلال لإختراعه، وهذه مسألة تخصه وليس للشركة المدعية شأن بها وبذلك أصدر المحكم حكمه بالتعويض السالف الذكر وهو 65 ألف مارك .

قضية رقم (5) : قضية العلامة التجارية :¹

وتخلص هذه القضية بأن القانون الأمريكي omnibus Appropriation 1998 Act of 1998 والذي بدأ العمل به من تاريخ : 21 أكتوبر 1998 م ، قد وضع قيود على تسجيل العلامات التجارية، والتي سبق إستخدامها بمعرفة شركات أو مشروعات أمتها أو صادرتها أو إستولت عليها الحكومة الكويتية إعتباراً من أول جانفي 1959 ، وهذا القانون ينطبق على العلامة التجارية " (Havana club) " .

كما أن هذا القانون قد وضع قيوداً تحد من قدرة أصحاب تلك العلامات المسجلة في الولايات المتحدة الأمريكية على مباشرة حقوقهم على علاماتهم فيما يتعلق بمنع الغير من التعدي عليها ، ما لم يتم الحصول على موافقة المالك الأصلي للعلامة قبل التأميم أو المصادرة أو الإستيلاء .

وبذلك فإن الإدارة الأمريكية وفقاً للقسم 211 من القانون يحظر عليها أن تقبل أي مبلغ، أو ما شابه ذلك لعلامة تجارية أو إسم تجاري سبق إستعماله من قبل، ومنه فإن أصحاب تلك العلامات التجارية المسجلة، أو من يطلبون تسجيلها ومن يخلفهم لا يمكنهم سداد رسوم تسجيل تلك العلامات أو تجديد تسجيلها إذ كانت مسجلة قبل العمل بهذا القانون، كما يحظر القسم -

¹ - موقع منظمة التجارة العالمية www.wto.COM

- حسام الدين عبد الغني الصغير، أسس ومبادئ إتفاقية الجوانب المتعلقة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية - دار النهضة العربية 1991، ص 114 .

- عصام رجب بيوض التميمي، التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعلامات التجارية، مرجع سابق، ص 209 .

211-9 من القانون على المحاكم الأمريكية الاعتراف بحقوق أصحاب تلك العلامات والأسماء التجارية، أما القسم (ط 211) فيحظر على المحاكم الاعتراف ونفاذ الحقوق المستمدة من الإتفاقيات الدولية فيما يتعلق بهذه العلامات والأسماء التجارية .

هذا ما جعل الأتحاد الأوروبي والدول الأعضاء فيه، التشاور مع الولايات المتحدة كون القسم 211 سبب أضرار لأصحاب العلامات، ومس بمصالحهم المشروعة، والتي ترتبط منتجاتها بالعلامة (Havana club).

وبتاريخ 08 يوليو 1999 تم تقديم طلب التشاور وفقا لنص المادة 4 من مذكرة التفاهم بشأن تسوية المنازعات والمادة 24 من إتفاقية الجات 1994 والمادة 1/64 من إتفاقية ترينس ، وإدعى الأتحاد الأوروبي أن أحكام القسم 211 لا تتوافق مع الإلتزامات التي فرضتها إتفاقية الترييس على الولايات المتحدة بموجب نص المادة "02" التي أحالت إلى إتفاقية باريس بشأن الملكية الصناعية والمواد (3، 4 ، 15 ، 21 ، 41 ، 42 ، 62) من إتفاقية - الترييس - .

وبتاريخ 13 سبتمبر 1999 عقدت المشاورات ولكنها لم تفلح في التوصل إلى تسوية ودية للنزاع، هذا ما جعل الإتحاد الأوروبي وبتاريخ: 30 جويلية 2000 يطلب تشكيل فريق تحكيم لنظر في النزاع تطبيقا لنص المادة "06" من مذكرة التفاهم وإدعى أن القانون الأمر يكي لا يتوافق مع الإلتزامات التي فرضتها إتفاقية "الترييس" على النحو التالي :

أولا : القسم (211) من القانون الأمريكي المذكور - (1) (A) 211 Of THE O.A.AO OF 1998 SECTION - لا يتوافق مع المادة (1/2) من إتفاقية "الترييس" فيما تضمنته من أحالة للمادة (5/6) من إتفاقية "باريس" (العلامة كما هي ASITIS) كما لا يتوافق مع المادة (1/15) من إتفاقية "الترييس" .

ثانيا : القسم - (2) (A) 211 - من ذات القانون لا يتوافق مع المادة (1/2) من إتفاقية "الترييس" فيما تضمنته من إحالة للمواد (المعاملة الوطنية) ، والمادة (6مكرر) بشأن العلامة التجارية المشهورة ، والمادة (8) من إتفاقية "باريس" بشأن حماية الإسم التجاري ، كما لا يتوافق مع المواد (1/3، 4، 16 / 1، 42) من إتفاقية "الترييس" .

ثالثا : القسم – (b) 211 – من ذات القانون لا يتوافق مع المادة (1/2) من إتفاقية "التربس" فيما تضمنته من إحالة للمواد (1/2 المعاملة الوطنية ، 6مكرر) بشأن العلامة المشهورة ، والمادة (8) إتفاقية "التربس" .

وقد تم تشكيل فريق التحكيم بتاريخ 26 سبتمبر 2000 وطلب الإتحاد الأوروبي من فريق التحكيم أن يقرر مخالفة الولايات المتحدة لإلتزاماتها التي تنص عليها إتفاقية "باريس" والمواد 1/3 ، 4 ، 1/15 من إتفاقية الترس .

فريق التحكيم وبعد إستطلاع له لرأي المنظمة العالمية للملكية الفكرية في تفسير نصوص إتفاقية باريس ، أعد تقريرا تم توزيعه على الأطراف في 3 يوليو 2001 إنتهى إلى عدة توصيات تضمنت رفض طلبات الإتحاد الأوروبي فيما عدا ما تضمنه القسم (211 of the o.A.A(2)(a)) من تعارض مع المادة 42 من إتفاقية الترس لأنه يضع قيودا على أصحاب العلامات التجارية، تعرقل إجراءات التقاضي المدنية وتحول دون إنفاذ حقوقهم .

وبتاريخ 04 أكتوبر 2001 إستأنف الإتحاد الأوروبي بعض ما جاء في تقرير فريق التحكيم من توصيات ونظر جهاز الإستئناف الدائم في القضية، وأعد تقريره الذي تم توزيعه على الأعضاء في جانفي 2002 والذي تضمن¹ .

1- إن الأقسام – Appropriations Act OF (b) of the Omnibus

1998 Section 211 - تخالف مبدأ المعاملة الوطنية ومبدأ المعاملة الخاصة بحق الدولة الأولى بالرعاية المنصوص عليها في المادتين (3، 4) من إتفاقية "التربس" ، كما تخالف قواعد الحماية النصوص عليه في إتفاقية "باريس" ، على خلاف ما جاء بتقرير فريق التحكيم .

2- إن القسم – 211 (a) 2 OF THE O.A.A- يتضمن أحكاما موضوعية وليست إجرائية ، ومن ثم فهو لا يخالف المادة (42) من إتفاقية "التربس" ، التي تفرض إلتزامات تتعلق بجوانب إجرائية على الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية، على خلف ما جاء في تقرير فريق التحكيم .

¹ - عصام رجب بيوض التميمي - التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعلامات التجارية، مرجع سابق، ص 212 ، 2013

- 3- إن القسم (211/) لا يتناقض مع المادة (1/2) من إتفاقية "التريس" فيما تضمنته من الإحالة إلى المواد (6مكرر) من إتفاقية "باريس" بشأن حماية العلامة كما هي "as it is" ولا المادة (15، 16) من إتفاقية "التريس"، مؤيدا بذلك ما جاء في تقرير فريق التحكيم .
- 4- وفي إجتماع جهاز تسوية المنازعات المنعقد في أول فبراير 2002 إعتد الجهاز تقرير جهاز الإستئناف الدائم ، وتقرير فريق التحكيم بعد تعديله وفقا لما جاء في تقرير جهاز الإستئناف .
- 5- وقد تضمن تقرير جهاز الإستئناف الدائم عددا من المبادئ المهمة تتعلق بتفسير إتفاقية "التريس" أيضا .

قضية رقم : "06" Apple¹ .

هذا النزاع كان بين شركة " أبل كور " وهي شركة متخصصة في الإنتاج الفني مملوكة لغرفة " البيتلز " وشركة " أبل إنك " والتي تصمم وتوزع أجهزة الكمبيوتر، وفي شهر جانفي لسنة 2007 بعد هدنة بين الطرفين في النزاع الذي طال أمده اللجوء إلى التحكيم قرر المحكمين المعينين من طرف كلا الشركتين، إلى أنه لا أساس من وجود نزاع حقيقي بين الشركتين حول الخدمات المقدمة من كليهما حيث أن " Apple " " التفاحة " ليست جهاز كمبيوتر ، وهي فاكهة تزرع منذ آلاف السنين على نطاق واسع وليس هناك من حيف قد وقع على كلا الطرفين أو على ممثليهم " ستيف جوبز " رئيس مجلس إدارة شركة أبل كمبيوتر ، أو السيد " بول ماركتني " أحد أعضاء فرقة " البيتلز " بهذا الخصوص ، إذ لم يسبق وأن دخل شخص متجر " وال مارت " لشراء التفاح الأخضر ثم لم يلبث أن يخرج بجهاز للكمبيوتر ، أو حاملا أسطوانة عليها أغاني فرقة " البيتلز " .

وقد ذهب قرار التحكيم إلى أن إستخدام نفس العلامة التجارية يعد صحيحا طالما أن نشاط كلا منهما مختلف ، سواء كانت كلمة " Apple " التفاحة تعني التفاح في ذاته أو جهاز كمبيوتر ، أو ملصقا لعلامة الشركة في إحدى الأسطوانات .

¹ - نفس، المرجع السابق، ص 215 .

إذن فإختلاف طبيعة المنتجات ونوعها بالإضافة إلى عدم تجانسها يبعد مخاطر الخلط بينهما.

قضية رقم "07" "Toyota.France"¹

هذه القضية تتمحور حول إنشاء موقع إلكتروني بعنوان "Toyota occasions.com".

هذا ما جعل شركة Toyota لصناعة السيارات صاحبة العلامة التجارية Toyota بالإحتجاج على صاحب الموقع الإلكتروني كونه قد تعرض لعلامتها التجارية بغرض التديس وخداع الجمهور، وذلك عن طريق إمكانية الخلط بين العلامة التجارية للشركة والموقع الإلكتروني في ذهن الجمهور .

وأحيل النزاع إلى مركز التحكيم والوساطة التابع لـ wipo والذي أصدر قراره التحكيمي بتاريخ 22 مارس 2002 .

وقد دفع المدعى عليه صاحب الموقع الإلكتروني على أن عنوانه "Toyota occasions.com". يتميز عن العلامة التجارية المشهورة "Toyota" للشركة وذلك أن المدعى عليه أضاف كلمة مستعمل occasion التي تعني بالإنجليزية "used"، "second hand" وهذه الكلمة تعني أنه يستخدم العنوان لبيع جميع أنواع السيارات المستخدمة ومن ثم ليس هناك خلط بين عنوانه الإلكتروني والعلامة التجارية .

وقد رفضت اللجنة الناظرة في النزاع هذا الدفع، وأسست رفضها على أن كلمة تستعمل للعنوان الإلكتروني لا تجعله متميز عن العلامة التجارية، والعبارة بواقع العنوان في أذهان العامة والذي يتمثل بلا شك في أن العنوان ملك للشركة مالكة العلامة التجارية .

¹ - عصام رجب بيوض التميمي، التحكيم في المنازعات، مرجع سابق، ص 215 .

الخاتمة

تعد حماية الملكية الفكرية التي كانت ولا زالت من الأمور التي شغلت بال الكثيرين في الماضي والحاضر، وستظل كذلك في المستقبل، على اعتبار أن الملكية الفكرية مرتبطة بالعقل البشري، وبالنتيجة تحقق التنمية الاقتصادية والبشرية.

ولما كان للملكية الفكرية من الأهمية، سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي في إطار النظام التجاري، فإنه ينجم عن هذه التعاملات الكثير من المنازعات التي تستوجب حسمًا بآلية فعالة، بخلاف قضاء الدولة، وهذا ما جعلنا نبحث عن مدى ملاءمة التحكيم في تسوية منازعات الملكية الفكرية. وهذا من خلال ما تطرقنا إليه في مفهوم التحكيم وطبيعته بين الماضي والحاضر وإلى أنواعه التي تختلف بحسب إرادة الأطراف أو بحسب نطاقه الجغرافي أو بحسب الأساس الذي يستند إليه المحكمون في إصدار قراراتهم.

إذ أن نظام التحكيم هو نظام قديم اعتمده البشرية منذ الأزل في حل منازعاتها، وتضمنته الشرائع السماوية والقوانين الوضعية في جميع الدول كوسيلة لحل النزاعات التي

قد تثور بينهم في حدود علاقاتهم الاقتصادية أو التعاقدية ، أو بصدد اختلاف المصالح التي تربط بينهم . عن قضاء الدولة المختص .

ويعتبر التحكيم كنظام خاص يتميز عن الكثير من الأنظمة التي تشابهه في بعض الإجراءات، إذ يعد وسيلة مستقلة وقائمة بذاتها كونه يتميز بالسرعة و السرية وببساطة الإجراءات وحياد المحكم . غير أنه تغلب عليه الصفة القضائية كونه يحل محل القضاء في فض النزاعات بأحكام شأنها شأن الأحكام القضائية، إذ تتمتع أحكامه بالحجية وقوة الأمر المقضي فيه من تاريخ صدوره .

كما أن الملكية الفكرية بجميع صورها كانت محل اهتمام الإنسانية ومنحتها حماية كانت في بدايتها حماية وفقا لأعراف وليس تشريعا بالمعنى الحديث إلا أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا . وبتطور المجتمعات وإدراك أهمية الملكية الفكرية في تنمية الدول اقتصاديا وثقافيا. واجتماعيا وفي ظل الثورة التكنولوجية وإتساع رقعة النشاط التجاري دوليا سارعت الدول إلى إيجاد نظام لحماية للملكية الفكرية سواء عن طريق تشريعات داخلية ، أو عن طريق إبرام إتفاقيات دولية معتمدة على مبادئ أساسيين للحماية وهما مبدأ المعاملة الوطنية ومبدأ الأولوية .

ويجب الإشارة إلى أن المشاريع الإستثمارية في الوقت الحاضر إلا وتحوي عنصر من العناصر التكنولوجية والتي تمثل شكلا من أشكال حقوق الملكية الفكرية ، هذا ما نتج عنه عدة منازعات داخلية ودولية . حول عناصر الملكية الفكرية .

وإن كان القضاء الوطني هو القضاء المختص في الحكم في جميع المنازعات الواقعة على الأقاليم الدولية ، أو المتعلقة بإقتصاد الدول وسياستها فإن القانون قد منح الحق لأطراف النزاع في المنازعات المتعلقة بعقود استثمار الحقوق الملكية الفكرية باللجوء إلى التحكيم وإستبعاد القضاء لما يمثله من كشف لأسرارهم التجارية وبطء في الإجراءات وذلك عن طريق تصرف قانوني تتوفر فيه شروط صحته، من شروط موضوعية وشروط شكلية، يعرف بإتفاق التحكيم ، والذي قد يكون على صورة مشاركة تحكيم أو شرط

تحكيم بالإحالة والذي من خلاله يميلنا إتفاق التحكيم إلى وثيقة قد تكون عقد سابق أو عقد نموذجي .

ولقد منح المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية للأشخاص المعنوية العامة الحق في إبرام إتفاق تحكيم، وذلك عند ما يكون هناك نزاع في إطار الصفقات العمومية أو العلاقات الإقتصادية الدولية ، أما الأشخاص المعنوية الخاصة كالشركات التجارية متى تم قيدها في السجل التجاري مع ممارستها لنشاطها في الجزائر . فلها حق إبرام إتفاق تحكيم في عناصر الملكية الفكرية بخلاف القانون السابق والذي كان يمنع صراحة اللجوء إلى التحكيم .

غير أنه يجب ألا يتضمن إتفاق التحكيم المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم وفقا لنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإن كان التحكيم وما يتميز به من سرعة في فض النزاعات، والسرية، وببساطة إجراءاته إلا أن منازعات الملكية الفكرية لا يجوز أن تكون محلا للتحكيم ، متى كانت تلك المنازعات تتعلق بالنظام العام ، وهذا ما نصت عليه المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ولفكرة النظام العام نظرا لمرونتها وإن كانت تتمثل في مجموعة قواعد تحقق مصلحة عامة ، فإن المصلحة تتفاوت من دولة إلى لأخرى، فما تعتبره الدول الإقتصادية الكبرى مصلحة عامة مثل قوانين الملكية الأدبية والصناعية قد لا تعتبره كذلك دول نامية .

ومن هذا الباب فإن فكرة النظام العام الداخلي لكل دولة من شأنها القضاء على التحكيم عمليا ، وذلك بالدفع بمخالفة حكم التحكيم للنظام العام ، وهذا يضر أساسا بالمصالح التجارية لعناصر الملكية الفكرية، وبذلك وجب عدم التقييد بالمعنى الضيق للنظام العام الداخلي ، والأخذ بنظام عام دولي وهذا ما أقرته جمعية القانون الدولي بشأن النظام العام كعائق أمام تنفيذ أحكام التحكيم الدولية إذ نصت على أنه "يجب ألا تحول مخالفة

الحكم لمجرد قاعدة آمرة دون الإعتراف بهذا الحكم وتنفيذه حتى إذا مثلت القاعدة المذكورة جزء من قاعدة دولة التنفيذ" .

كما يجب أن لا يكون محل التحكيم متعلقا بالمنازعات الجنائية ولا متعلقا بشرعية أو بصحة وبطلان حقوق الملكية الفكرية ، كونها مجال خاص بالقضاء الوطني لكل دولة إذ لا يمكن أن نتصور تحكيم بين صاحب الحق ومغتصبه . ولكن هذا لا يمنع أن يكون هناك إتفاق تحكيم للمنازعات المتعلقة بإستغلال عناصر الملكية الفكرية وإستثمارها، أو تفسير النصوص الإتفاقية وأن يكون مكتوباً والكتابة لا يقصد بها المحرر التقليدي فقط فهو يشمل كافة وسائل الإتصال الحديثة كأن تكون رسائل إلكترونية ، وعلة هذا الشرط هو الحرص على توقي المنازعات الثانوية حول وجود إتفاق التحكيم من عدمه .

وإتفاق التحكيم له إستقلالية تامة عن العقد الأصلي ولطرفي النزاع كامل الحرية في إيجاد الإلتزامات التي يتضمنها إتفاق التحكيم . إذ لا قيود على إرادة المتعاقدين في إخضاع إتفاق التحكيم لأي قانون أو قواعد يرونها مناسبة ، دون مخالفة للنظام العام، ولكن قد لا يتفق طرفا النزاع على القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم ، هذا ما يجعل قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم هو القانون الواجب التطبيق ولكن إذا إتفقا على عدم تطبيق قانون حسم النزاع فهنا نعود إلى قواعد تنازع القوانين .

وبما أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود بشأن التحكيم في مجالات الإستثمارات الدولية في عناصر الملكية الفكرية وتفسير نصوص الإتفاقية المتعلقة يجعل طرفي النزاع ملتزمين بما ورد في الإتفاق فإنه يحق لأي طرف التنصل منه بإرادته أو تعديله أو نقضه وذلك إما باللجوء إلى القضاء أو إلى سلطة التعيين هيئة التحكيم المختصة وذلك للقيام بالإجراءات اللازمة لإجراء عملية التحكيم ، وهو مقتضى التنفيذ العيني للإلتزام الناشئ عن القوة الملزمة لإتفاق التحكيم . إذ أن هيئة التحكيم تستمد إختصاصها من إتفاق التحكيم . الذي يحدد فيه طرفي النزاع القانون الواجب التطبيق على الإجراءات كأن يكون قانون ما أو لائحة مركز أو مجموعة

من القواعد مشتقة من القوانين الوطنية أو قواعد متعارف عليها دوليا . فالمحكم يطبق قانون الإرادة الصريح ولكن قد لا يختار طرفي النزاع القانون الواجب التطبيق على الإجراءات أو أن تكون القواعد المختارة غير كافية لتحكيم جميع المسائل التي قد يثيرها النزاع أثناء سير الإجراءات .

ولقد حول المشرع الجزائري هيئة التحكيم سلطة تحديد إجراءات التحكيم وهو ما ذهبت إليه قواعد التحكيم النموذجي وكثير من التشريعات كالمشرع المصري والفرنسي . هذه الحرية الممنوحة لسلطة التحكيم مستمدة من الحرية الممنوحة لطرفي النزاع في إختيار القانون او القواعد الواجبة التطبيق .

كما أن هيئة التحكيم هي الأقدر على إختيار القواعد المناسبة بحكم خبرتها ومعرفتها لطبيعة النزاع إذ ان منازعات الملكية الفكرية تتميز بخصوصية خاصة ومنها القانون الواجب التطبيق على الإجراءات الذي يتم من خلاله تشكيل هيئة التحكيم وتنظيم قواعد سير الخصومة ، من مواعيد وتقديم المستندات وسماع الشهود والخبرة وتنظيم حقوق الدفاع ، وكيفية إنهاء مهمة المحكم ومكان التحكيم وكل ما يتعلق من سير عملية التحكيم .

وفي ذلك نجد ان غالبية التشريعات لا تشترط توفر الخبرة والكفاءة في المحكم ، غير أنه لا يعقل في منازعات الملكية الفكرية أن يكون المحكم لا يعرف حتى القراءة لبحث لنا عن القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ، إذ كان يجب ان تقيد التشريعات حرية الإختيار على الأقل، في الكفاءة والخبرة وهذا ما دفع بعض الجهات كلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى إعتماد مجموعة من المبادئ أطلقت عليها سلوكيات المحكم . وهذا لإيجاد حكم عادل تحترم فيه القواعد المتفق عليها أو المنصوص عليها في بنود لوائح الهيئات المتخصصة إذ أن غاية كل تحكيم هو الوصول إلى حكم فاصل في النزاع يمكن تنفيذه أو الطعن فيه، إذ أن الأحكام الفاصلة في جزء من الطلبات والأحكام الوقتية لا يمكن الطعن فيها بالبطلان إلا مع الحكم المنهي للخصومة كل ذلك

من أجل عدم فتح باب الممطالة وإطالة أمد النزاع . كما أن غياب أحد اطراف الخصومة حال تبليغه تبليغا صحيحا وفقا لقانون الإجراءات المتبع لا يؤدي إلى عرقلة سير إجراءات التحكيم والوصول إلى حكم منهي للنزاع ، هذا لا يعني أن تأخذ محكمة التحكيم بصحة ما يدعيه الطرف الحاضر، والحكم يجب أن يراعي فيه جميع عناصر النزاع التي طرحت على هيئة التحكيم وأن لا يكون معلق على شرط لا غموض فيه وأن يكون موقعا غير أنه غالبية التشريعات لا تتطلب وجوب توقيع

كل المحكمين وإنما تكفي بتوقيع أغليبيتهم مع الإشارة إلى عدم توقيع الأقلية ، وأن يكون هذا الحكم مسببا ببيان الأدلة القانونية والواقعية والحجج التي إعتد عليها المحكم او المحكمين في إصدار حكمهم . إذ ان التسيب يعد من اهم ضمانات التقاضي إذن بصدور حكم التحكيم المنهي للخصومة تنتهي ولاية المحكمين ولا يبقى للهيئة إلا حق تفسير الحكم حالما يثور لبس او غموض في منطوق الحكم . أو حالة ما تغفل هيئة التحكيم عن الفصل في مسألة كانت معروضة عليها أثناء النزاع .

إن قوة الأحكام في تنفيذها وكون التحكيم كان بإرادة الطرفين فإن مبدأ حسن النية يعد أصلا عاما، لذا فإن التنفيذ للحكم التحكيمي يكون طوعيا عادة حفاظا على العلاقات التجارية وخوفا أحيانا من أن يؤثر عدم التنفيذ على مستقبلهم، كما أن الكثير من الأنظمة التحكيمية تعتبر نفاذ أحكام التحكيم تتم طواعية وبقوة قانونها وهذا ما جعل بعض الهيئات كغرفة التجارة في ستراسبورج أن فرضت صراحة إيداع مبلغ مالي قبل إجراء عملية التحكيم كضمانة وكفالة لتنفيذ الحكم التحكيمي .

ولقد جاءت إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بفكرة النفاذ المباشر لحكم التحكيم أي إعتباره وكأنه صادر عن القضاء الوطني إذ لا يخضع لإعطائه أمر التنفيذ ، وهذا مالا يتماشى مع التشريع الجزائري .

إذ أن المشرع الجزائري أخذ بنظام تنفيذ الحكم التحكيمي بواسطة القضاء عن طريق نظام الأمر بالتنفيذ ، والذي يشترط شروط شكلية تتعلق أغلبها بصحة الإجراءات التي

أدت إلى صدور هذا الحكم وأنه غير مخالف للنظام العام بمراقبتها القاضي لإصدار الأمر بالتنفيذ .

إذ أن الأمر بالتنفيذ أو أمر برفض الإعتراف يعد جوهر الرقابة القضائية على أعمال المحكمين وتعد الصيغة التنفيذية دليلا على صلاحية الحكم التحكيمي للتنفيذ . وإن كان هناك من الدول من خالفت هذا النظام أخذت بنظام الرقابة الموضوعية أو نظام المراجعة كأمرىكا وألمانيا ، وهذا النوع وجهت له عدة إنتقادات إذ أنها لا تتماشى ومقتاضيات التجارة الدولية وهدر قيمة القرار التحكيمي ، ويتنافى وطبيعة التحكيم .

إن صدور الأمر بالتنفيذ للحكم التحكيمي الصادر خارج الجزائر يبقى معلق إلى إنتهاء آجال الطعن أو الحكم في دعوى الإستئناف والتي من خلالها بتحديد مصير حكم التحكيم .

غير أن الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر يجوز الطعن فيه بالبطلان من تاريخ النطق بحكم التحكيم ولا ينتهي إلا بعد شهر من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ وحالات الطعن بأنواعها محددة وهي على سبيل الحصر لا المثال بنص المواد 1051 ، 1055 ، 1056 ، 1058 ، 1060 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

إن نص المشرع الجزائري على إمكانية الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس القضاء نراه لا يتماشى وواقع التجارة الدولية خاصة في عناصر الملكية الفكرية والتي يلجأ أطراف النزاع فيها للتحكيم من أجل السرعة في إصدار حكم نهائي بات ، وخاصة ان الطعن بالنقض ليس له أثر موقوف ، لذا كان من الأصوب أن نستغني عن الطعن بالنقض للمحافظة على مفهوم التحكيم كوسيلة لحل النزاعات وكنظام خاص يقوم على إتفاق طرفي الخصومة .

إن كان من حق أطراف النزاع إختيار القانون او القواعد التي يرونها مناسبة فلهم الحق ايضا اللجوء إلى مباشرة على هيئات التحكيم الدولية المتواجدة على مستوى العالم

للفصل في نزاعهم وفقا لقواعد هذه الهيئات وبواسطة محكميها ، وما إنتشار هذه الهيئات إلا تأكيداً على أهمية التحكيم ، وتأكيداً على أن الكثير من أطراف النزاع تجعل من هذه الهيئات مركزاً لحل -نزاعاتها .

وتتميز هذه الهيئات بتوفر الخبرة والكفاءة في محكميها مما يمنح الأطراف المحكمة الثقة في الحكم الصادر عنها . وهذا ما جعل أطراف النزاع تختار اللجوء إلى تحكيم الهيئات الدائمة، بدل اللجوء إلى التحكيم الخاص (ad hoc)، والذي يقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة، بدءاً من الإتفاق على التحكيم مروراً بإجراءاته، وحتى القانون الذي يحكم النزاع، إذ أنه من النادر جداً أن يتمكن الأطراف بوضع قواعد كافية للإجراءات، تغني عن اللجوء إلى مبادئ وقواعد إجرائية أخرى تلجأ إليها هيئة التحكيم .

هذا ما جعل أحكام التحكيم الصادرة عن المؤسسات التحكيمية تشكل نسبة عالية من حيث التنفيذ الرضائي لأحكام التحكيم . قد يعود هذا إلى دوافع ذاتية لدى الطرف المحكم ضده ، وقد يكون بسبب الجزاءات التي قد تفرض عليه من قبل الهيئات المختصة في حال رفض التنفيذ بخلاف التنفيذ الرضائي لأحكام التحكيم وقد يعود هذا إلى دوافع ذاتية لدى الطرف المحكوم ضده وقد يكون بسبب الجزاءات التي قد تفرض عليه من قبل الهيئات المختصة في حالة رفض التنفيذ بخلاف التنفيذ الرضائي في التحكيم الخاص ومع ذلك يمكن القول أن هناك تناسباً طردياً بين التنفيذ الرضائي وبين نزاهة التحكيم وحيادته .

وما للملكية الفكرية من أهمية إقتصادية وسياسية فإن المجتمع الدولي سعى لتحقيق الحماية لها والنهوض بها وعلى هذا الأساس أسست المنظمة العالمية للملكية الفكرية والتي بدورها إستحدثت مركز التحكيم والوساطة (الويو).

ومما لا شك فيه أن المنظمة العالمية للملكية الفكرية لعبت دوراً مهماً في مساعدة الدول النامية في إكتساب ثروة إقتصادية من خلال الإنتفاع بنظام الملكية الفكرية كما

لعبت دورا في دعم حماية الملكية الفكرية في جميع إتحاد العالم عن طريق التعاون الدولي بين الدول والمنظمات في حل نزاعات الملكية الفكرية سواء كان ذلك عن طريق الوسائل الودية كالمفاوضات التي تعد أمرا إلزاميا للطرف الذي وجه إليه التفاوض أو المساعي الحميدة والتوفيق والوساطة والتي تعد أمراً اختيارياً للطرف المعروضة عليه أو من خلال طلب إنشاء فريق تحكيم ، إذ أن هذه الوسائل تعد من الوسائل الودية والتي يبقى حق إستخدامها حتى وإن تم إنشاء فريق التحكيم ،ويمكن تطبيق المفاوضات حتى في الحالات المستعجلة . إذن هذه الوسائل تتشابه مع الطرق الدبلوماسية غير أن إهتمامها يكون بالعناصر ذات الصبغة القانونية البحتة .

وفي حالة طلب إنشاء فريق تحكيم فإن للمنظمة مركز للوساطة والتحكيم والذي من خلاله يمكن تنفيذ إرادة الأطراف في اللجوء إما إلى التحكيم العادي أو إلى التحكيم المسبوق بالوساطة أو إلى التحكيم الشبكي والذي يعد نتيجة حتمية للتطورات التكنولوجية والتي بدورها أثرت على إستثمار عناصر الملكية الفكرية وزيادة على ذلك أرسى نظام خاص بالتدابير المستعجلة لتعزيز نظام المنظمة (Wipo) التحكيمي والحفاظ على الحقوق المنصبة عليها .

ولقد تضمن نظام الويبو الإجراءات اللازمة لسير عملية التحكيم سواء كان ذلك من حيث تشكيل هيئة التحكيم أو من حيث هيكله الخصومة التحكيمية أو من خلال تدخل المركز وذلك بتقديم الرأي والمشورة للمحكمة التحكيمية في المسائل الشكلية دون أن يتعدى ذلك إلى موضوع القرار وذلك ضامنا لتنفيذه ، وتبليغ الحكم بعد صدوره للأطراف وذلك بعد المصادقة عليه من المركز لإثبات الرسمية والصحة ليكون بعد ذلك تنفيذ الحكم التحكيمي على مستوى بلد التنفيذ ووفقا لقانون تحكيمه .

ومع ميلاد المنظمة العالمية للتجارة OMC إلتزمت الدول الأعضاء فيها بعدم إتخاذ أي إجراء منفرد للرد على الإنتهاكات وبالتقييد بقواعد وإجراءات تسوية المنازعات المتفق

عليها بالعودة إلى جهاز تسوية المنازعات الذي يعد الأداة الفعالة لحل النزاعات بين الدول .

ولقد كانت الملكية الفكرية من أهم المواضيع التي كانت محل جدل ومفاوضات إذ أعدت الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية من أهم البنود التي تم الإتفاق عليها، وأصبحت إتفاقية تريبس إحدى إتفاقيات منظمة التجارة ، والتي لا يمكن للدول العربية التحفظ على أي حكم من أحكامها إلا بموافقة الدول الأخرى . وبمجرد الإنضمام فإن كل الدول الأعضاء في المنظمة تصبح مقيدة بجهاز تسوية المنازعات والذي ينتهج التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات .

ووفقا لقواعد إتفاق إنشاء المنظمة، فإنه لا يمكن للأشخاص الطبيعية والمعنوية العامة أو الخاصة الإنضمام إلى المنظمة، وبالتالي لا يمكن للجهاز ان ينظر في منازعتها بخلاف جهاز الويوو الذي سمح بذلك .

كما أنه إذا كانت إحدى الدول غير عضوة، هنا يمكن اللجوء إلى محكمة العدل الدولية التي تعتبر جهة قضائية مختصة وفقا لإتفاقية برن، ومن خصائص التحكيم الإجباري في جهاز تسوية المنازعات الاستثنائية، والسرعة في الفصل والشفافية مع جهاز استئناف دائم، وذلك من أجل تطبيق صحيح القانون .

وتتم عملية التحكيم وفقا لاجراءات ثابتة حددتها إتفاقية تفاهم تسوية المنازعات ، وحالة صدور الحكم التحكيمي يعتمد الجهاز التقرير، وتعميم التقرير على الأعضاء ليصدر بعد ذلك التقرير النهائي . غير أن ذلك متوقف على عدم قيام أحد أطراف النزاع بتقديم الإستئناف وإخطار الجهاز بذلك

وحالة ما يصدر التقرير النهائي فإن جهاز تسوية المنازعات يراقب تنفيذ التوصيات والقرارات الصادرة عنه ((حكم التحكيم)) ويكون الحق لكل دولة عضوة، إثارة مسألة تنفيذ حكم التحكيم .

إذ أنه وفي حالة عدم الإمتثال فإن مذكرة التفاهم تضمنت، إطار زمني محدد، يحكم العملية التحكيمية، ويظفى على عملية تسوية النزاع السرعة و مرونة الإجراءات. إجراءات مؤقتة حال تعنت الدولة المشكو منها بعدم تنفيذ حكم التحكيم، تتمثل في التعويض وتعليق التنازلات . كل ذلك من أجل إعطاء مصداقية لحكم التحكيم الصادر عن المنظمة .

ونظرا لتزايد منازعات الملكية الفكرية وتحقيقا لفاعلية التنظيم الدولي للتحكيم فإننا نطالب الدول العربية بتحقيق التناسق بين مراكز وهيئات التحكيم ، والمؤسسات، والجامعات المهتمة بالتحكيم ، وتبادل المعلومات فيما بينها، والتشجيع على تدريب كوادر بشرية وتأهيلها، (قضاة - محامين - إداريين) وذلك سواء بعقد دورات تدريبية في مجال التحكيم، كوسيلة من وسائل فض منازعات الملكية الفكرية، أو بعقد المؤتمرات التي تطرح مشكلات تحكيمها ، أو بالحث على إعداد بحوث ودراسات مكثفة من قبل المختصين في الجامعات والمؤسسات التحكيمية .

وللإشارة فإن الثقافة القانونية الواسعة للمحكم يكون لها الأثر الكبير في إثبات قدرته في تحقيق التوازن بين الأطراف، للوصول إلى حل عادل للنزاع، دون الإنزلاق في قواعد قانونه الوطني .

ولتحقيق الفاعلية أكثر يجب أن يتم نشر أحكام التحكيم الدولية والوطنية، المتعلقة بمنازعات الملكية الفكرية بصفة دورية ، وكذا الأحكام القضائية التي تعبر بصورة فعلية عن موقف القضاء من مسألة تنفيذ القرارات التحكيمية، لما في ذلك من أهمية، إذ أنها تلعب دورا مهما في توجيه المحكم للوصول إلى حكم عادل ونزيه .

وفي نفس المنحى، يجب على أن يتضمن نظام التحكيم المستعجل في نظام الويبو، زيادة في عدد المحكمين، وعدم تركه حكما واحدا، و أفراد بند خاص برد هذا المحكم، وهذا لتوفير الإطمئنان لدى الخصوم ، وعاملا مساعدا لتحري الحقيقة .

كما تدرج اللغة العربية كلغة رسمية، إلى جانب الإنجليزية والفرنسية والروسية والإسبانية (اللغات الرسمية للمنظمة)، في منظمة الويبو، خاصة إذا علمنا أن أغلب الدول العربية أعضاء في المنظمة، وأن حقوق الملكية الفكرية ذات أهمية لكل دول العالم .

وبما لجهاز تسوية المنازعات من دور فعال في منظمة التجارة الدولية في تسوية المنازعات الدولية، إلا أن المدة المفترضة لتسوية النزاع وهي (18) شهرا مدة تعتبر طويلة، خاصة عندما تتصل بحقوق الملكية الفكرية، والتي يعتبر بعض عناصرها محدد المدة، ومنه فإن تقصير المدة يعتبر ضرورة، كما أن هناك مسائل مستعجلة تتطلب السرعة في الفصل، لو يتم وضع نصوص خاصة بتسوية هذه المنازعات، إذ أن مذكرة التفاهم لم تأت بإجراءات خاصة في ذلك، كما يمكن طرح فكرة إعادة النظر في تعليق أو إلغاء التنازلات، وإيجاد إجراءات صارمة تجبر المحكوم عليه على التنفيذ، برغم قوة الدولة وعلاقتها السياسية مع الدول الأخرى .

وبرغم ما للتحكيم من أهمية ونظرا لإعتبار الدول العربية من الدول النامية يجب عليها لحل نزاعات الملكية الفكرية التوجه إلى الوسائل البديلة للتحكيم كالوساطة والتوفيق ... كونها أنجع وأسلم وسيلة من التحكيم .

وفي خاتمة هذه الرسالة، وكون الجزائر عضو في المجتمع الدولي، فإنه من غير المستبعد أن تنظم إلى المنظمة العالمية للتجارة، وعليه نوصي على أن تعمل حال إنضمامها إلى الاستفادة من المزايا التي تقدمها اتفاقية تريبس بشأن التعاون الفني، ونقل التكنولوجيا كما أنه يجب أن تضاعف الدولة من الإهتمام بالملكية الفكرية على أنها ذات أهمية كبيرة في تحقيق التنمية التجارية والإقتصادية والفكرية .

قائمة المراجع

– القرآن الكريم .

المراجع باللغة العربية :

أولا – الكتب العامة:

01- إبراهيم سيد أحمد، عقد نقل التكنولوجيا فقها وقضاء، طبعة 1 المكتب الجامعي الحديث

للنشر، الإسكندرية مصر . 2004

02 – إبراهيم محمد العناني، القانون الدولي العام دار النشر بلدان 1990.

03- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني الطبعة الأولى دار النهضة، مصر

1966

04- ابن منظور: لسان العرب، الجزء الثاني، الباب الثاني، دار المعارف، القاهرة، بدون تاريخ

نشر .

05- أحمد جامع، إتفاقيات التجارة العالمية "وشهرتها الجات"، دار النهضة العربية، مصر،

. 2001

06- أحمد شرف الدين، المرشد إلى قواعد إرشادات للمحكّين والمحامين، نادي القضاة، طبعة

ثانية الأردن 2010 .

07- أحمد شوقي عبد الرحمان، فتحي عبد الرحيم، نظرية الحق –الكتاب الثاني، درا هومة للنشر

، الجزائر 2001 .

08- أحمد عبد الكريم سلامة، المقتصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، دار

النهضة العربية، مصر بدون سنة نشر .

- 09- أحمد قسمت الجداوي ، أبو العلا علي أبو العلا النمر ، المحكمون ، دراسة تحليلية لإعداد المحكم دراسة خاصة لطلبة الدراسات العليا - مركز تحكيم حقوق عين شمس دار أبو المجد القاهرة 2002 .
- 10- أسامة المجدوب، الجات ومصر والبلدان العربية من هافانا إلى مراكش، الدار المصرية اللبنانية مصر 1995 .
- 11- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، الزيتونة للإعلام والنشر، الجزائر، بدون سنة طبع.
- 12- الطيب زروقي ، تحرير العرائض والأوراق شبه القضائية ، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 1998 .
- 13- الغوثي بن ملححة ، القانون القضائي الجزائري، ديون المطبوعات الجامعية، الجزائر 1995 .
- 14- بها جيرات لال داس، إتفاقات منظمة التجارة العالمية، المثالب والإختلالات والتغيرات اللازمة تعريب، د- رضا عبد السلام ،مراجعة أحمد عبد الخالق، دار المريخ الرياش السعودية 2005 م .
- 15- توفيق حسن فرج ، محاضرات في مواد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ،جامعة بيروت العربية .
- 16- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الأولى ،الدار الجامعية بيروت ، لبنان ، 1988، .
- 17- ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر ، 1975 .
- 18- جميل الشرقاوي ،الحقوق العينية الأصلية ،الكتاب الأول - حق الملكية ،دار النهضة العربية مصر ، 1971 .
- 19- جميل الشرقاوي، مبادئ القانون، دار النهضة العربية القاهرة، مصر دون سنة نشر.
- 20- حسن عبد الباسط جميعي، إبات التعريفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت، دار النهضة العربية القاهرة، 2000.
- 21- حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الأولى الدار الجامعية، بيروت ، 1988 .
- 22- حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، الطبعة السادسة ، منشأة المعارف ،مصر ، 1993 .

- 23- سلامة أحمد عبد الكريم، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والإدارية والجمركية والضريبة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية القاهرة، مصر 2006 .
- 24- سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، الطبعة السادسة، مطبعة السلام، مصر ، 1987 .
- 25- سمير محمد عبد العزيز، التجارة العالمية والجات 94، مركز، الإسكندرية للنشر، مصر ،1996.
- 26- سنن الإمام النسائي، بشرح المحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية السندي، دار الريان للتراث، المجلد الرابع الجزء السابع، كتاب آداب القضاة، الجزائر، 1987.
- 27- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2، دار النهضة العربية مصر 1967 .
- 28- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، دار النهضة العربية، مصر 1967 .
- 29- عبد المنعم الشرقاوي، شرح المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة المصرية، مصر 1955 .
- 30- علي إسماعيل دياب عازي، موسوعة المحكم في التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، دار الكتب المصرية، مصر 2015 م .
- 31- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية القاهرة، مصر 1986
- 32- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، نشر وتوزيع ابن خلدون، الجزائر 2001.
- 33- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، مصر 1981 .
- 34- فؤاد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، مصر 1996 .
- 35- محرم كمال، الحكم والأمثال والنصائح عند المصريين القدماء سلسلة الألف كتاب الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر 1998 .

- 36- محسن شفيق، إتفاقيات لاهاي- 1986- 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة، مصر دون سنة نشر .
- 37- محمد الشوا، ثورة المعلومات وإنعكاساتها على قانون العقوبات، طبعة 2، دار النهضة العربية القاهرة، مصر 1998 .
- 38- محمد حسام لطفي، تشريعات الدول العربية المرجع العملي في الملكية الأدبية والفنية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، الكتاب الرابع، القاهرة، مصر 1999.
- 39- محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1971 .
- 40- محمد حسنين منصور، مبادئ القانون، دار فاطمة الزهراء، للطباعة والنشر، مصر بدون سنة نشر .
- 41- محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر 1979 .
- 42- محمد علوان، النظام القانوني للإستغلال النفط في الإقطار العربية، دراسة .
- 43- محمد علي الصافوري، النظم القانونية القديمة لدى اليهود والإغريق والرومان، الولاء للطبع والتوزيع، مصر 1996 .
- 44- محمد محمد بدران، ((مذكرات في حكم التحكيم))، دار النهضة العربية، مصر 1999م.
- 45- محمد نصر الدين كامل، عوارض الخصومة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1990 .
- 46- محمد نور عبد الهادي شحاته، النشأة الإتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن " نطاقها ومضمونها -دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1993 .
- 47- محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم الإجتماعية دار الفكر العربي، مصر 1978 .
- 48- مسعد عواد الجهني، التحكيم في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية -دراسة تحليلية وتاصيل - الطبعة الأولى - مكتبة الإيمان -، المدينة المنورة للطباعة، المملكة العربية السعودية 1994 .
- 49- مفيد شهاب، المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، مصر 1985 .

- 50- نبيل حشاد، الجات ومنظمة التجارة العالمية، أهم التحديات في مواجهة الإقتصاد العربي
مصرف قطر، مكتبة الأسرة، مصر 2000.
- 51- ندا كاظم محمد المولى، الأثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا، دار وائل للنشر والتوزيع
الأولى، عمان الأردن 2003 .
- 52- هشام خالد، مبادئ القانون الدولي الخاص، بدون دار نشر، مصر 1999- 2000.
- 53- وفاء مزير فلهوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة
الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2008 .

ثانيا :الكتب المتخصصة :

- 01- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر
1997.
- 02- إبراهيم أحمد إبراهيم، الحماية الدولية لحق المؤلف، دار النهضة، القاهرة، مصر 1992
- 03- إبراهيم سيد أحمد، عقد نقل التكنولوجيا فقها وقضاء، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي
الحديث للنشر، الإسكندرية، مصر 2004.
- 04- أبو العلا النمر، الحماية الوطنية للملكية الفكرية في ظل إتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة
في حقوق الملكية الفكرية (جات 1994)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1994
- 05- أبو العلا النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، الطبعة
الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2000 .
- 06- أبو العلا النمر، تكوين هيئات التحكيم دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، مصر
2000 .
- 07- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولية، دار الفكر العربي، مصر
1981 .
- 08- أحمد أبو الوفاء، عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1974
- 09- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الإختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف
بالإسكندرية، مصر 1988 .

- 10- أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم العربية، دار النهضة، مصر 2004 .
- 11- أحمد عبد الخالق ، حماية حقوق الملكية الفكرية في ظل إتفاقية الترس والتشريعات الإقتصادية طبعة أولى ، دار الفكر، مصر 2011 .
- 12- أحمد مخلوف، إتفاقية التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، مصر 2001.
- 13- أشرف عبد العليم الرفاعي ، النظام العام والتحكيم العام والتحكيم في العلاقات الدولية دراسة في قضاء التحكيم، دار النهضة العربية، مصر 1998 .
- 14- أشرف عبد العليم الرفاعي ، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2003 .
- 15- أشرف عبد العليم الرفاعي، إتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2006 .
- 16- الأحمد عبد الحميد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، الجزء الثاني، دار المعارف الإسكندرية، مصر 1998 .
- 17- البحيري، عزت، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر 1998.
- 18- الحداد حفيظة السيد ، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 1997.
- 19- السيد أحمد عبد الخالق، حماية حقوق الملكية الفكرية في ظل إتفاقية الترس والتشريعات الإقتصادية، دار الفكر، مصر 2011 .
- 20- الطيب زروقي، القانون الدولي للملكية الفكرية ، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2004 .
- 21- الفقهي عمرو عيسى، جديد التحكيم في الدول العربية، منشورات المكتب الجامعي للحديث، الإسكندرية، مصر 2003 .
- 22- المنشاوي عبد الحميد ،التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية، منشأة المعارف ،الإسكندرية، مصر 1995.

- 23- أمين اليوسفي ، تسوية المنازعات الدولية بالوسائل السلمية ، الطبعة الأولى، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ، 1997 .
- 24- أنور على أحمد الطيشي، مبدأ الإختصاص بالإختصاص في مجال التحكيم، الطبعة الأولى، النهضة العربية ، مصر 2009.
- 25- بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، "دراسة تحليلية مقارنة"، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن 2005.
- 26- بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية ، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2007.
- 27- جلال محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق القاهرة، مصر 2002 .
- 28- جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للإستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2001 .
- 29- جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر بدون سنة نشر .
- 30- جلال وفاء محمدين، الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقا لإتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (ترييس)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2004 .
- 31- جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر 2000 .
- 32- جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 2002.
- 33- جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر 1999 م .
- 34- حسين الماحي، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، الطبعة الثانية دار النهضة العربية، مصر 2003 .

- 35- حفيظة السيد الحداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، 2001 .
- 36- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2007 .
- 37- حمزة أحمد حداد ، التحكيم في القوانين العربية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان الأردن 2010 .
- 38- حميد محمد علي اللهبي، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية في إطار منظمة التجارة العالمية، طبعة أولى، المركز القومي للأصدارات القانونية، القاهرة، مصر 2011 .
- 39- حميد محمد علي اللهبي، طرق حل المنازعات الدولية، .
- 40- خاطر لطفي ، موسوعة حقوق الملكية الفكرية ، طبعة أولى، ناس للطباعة - عابدين، 2003 .
- 41- خالد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحداث أحكام القضاء ، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، مصر 2002 .
- 42- خالد عبد العظيم أبو غابة ، التحكيم وأثره في فض المنازعات، طبعة أولى ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر 2011.
- 43- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر 2009 .
- 44- رأفت مصلح أحمد الطراونة، الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني ، دار وائل، عمان، الأردن 2010 .
- 45- رجب محمد السيد الكحلاوي ، حدود الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية مقارنة ، دار النهضة العربية القاهرة، مصر 2010.
- 46- رضا متولى وهدان ، حماية الحق المالي للمؤلف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2001 .
- 47- رضوان هاشم ، حمدون الشريفي، نحو نظام قانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر 2013 .

- 48- رمضان علي عبد الكريم، دسوقي عامر، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها (fdI) المركز القومي للإصدارات القانونية - القاهرة، مصر 2011.
- 49- سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري، دار المعارف، الإسكندرية، مصر 1986 .
- 50- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، طبعة أولى، دار النهضة العربية القاهرة، مصر 1984 .
- 51- سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر 2000 .
- 52- سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر 1996 .
- 53- سميحة القليوبي، الوجيز في التشريعات الصناعية، دار النهضة العربية القاهرة، مصر 1967 .
- 54- سمير جميل حسن الفتلاوي، الملكية الصناعية وفق القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1988 .
- 55- سيد أحمد محمود ، نظام التحكيم دراسة مقارنة، الإيمان للطباعة، مصر 2000 .
- 56- شمسان ناجي، صالح الخيلي، جرائم الإعتداء على الملكية الفكرية بواسطة الأنترنت، القاهرة، مصر 2011 .
- 57- صادق محمد محمد الحيران، التحكيم التجاري الدولي وفقا للإتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987، طبعة أولى، مصر 2006.
- 58- صالح محمد محمود بدر الدين، النظام القانوني لتسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية، دار النهضة العربية ، مصر 2000.
- 59- صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية براءة الإختراع الرسوم الصناعية النماذج الصناعية العلامات التجارية البيانات التجارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان 2000.
- 60- صلاح زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية دار الثقافة، للنشر والتوزيع عمان، الأردن 2005.

- 61- صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الفكرية، دار الثقافة، عمان -الأردن 2004 .
- 62- عادل محمد خير ،حجية ونفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها محليا ودوليا، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر 1995 .
- 63- عاطف محمد الفقهي ، التحكيم في المنازعات البحرية ،الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ،القاهرة ، مصر 1997 .
- 64- عامر محمود الكسواني ،الملكية الفكرية ماهيتها مفرداتها وطرق حمايتها ،دار نشر الحبيب للنشر والتوزيع ،عمان الأردن، 1998.
- 65- عباس عبد الهادي، وهوامش جهاد، التحكيم ،الطبعة الأولى،دار الأنوار دمشق 1982 .
- 66- عبد الحميد المنشاوي، حماية الملكية الفكرية وأحكام الرقابة على المصنفات، دار الفكر الجامعي الإسكندرية،مصر 2001 .
- 67- عبد الرشيد مأمون ، محمد سامي عبد الصادق ،حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الجديد 82 سنة 2002، دار النهضة العربية،مصر 2004 .
- 68- عبد الرشيد مأمون ،الحق الأدبي للمؤلف والنظرية العامة وتطبيقاتها ، دار النهضة العربية، مصر 1995 .
- 69- عبد الكريم محسن أبو دلو، تنازع القوانين في الملكية الفكرية، الطبعة الأولى ،دار وائل للنشر،مصر 2004.
- 70- عبد الله عسى على الرمح ، حكم التحكيم وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون التحكيم القضائي في القانون الكويتي والمصري مقارنة بالفقه الإسلامي، منشأة المعارف،مصر 1999.
- 71- عصام البهجي، حقوق الملكية الفكرية للأصناف النباتية المعدلة وراثيا، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ،مصر 2007.
- 72- عصام رجب بيوض التميمي، التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعلاقات التجارية، دار النهضة، القاهرة، مصر 2008 .
- 73- عصمت عبد الله الشيخ ،التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية،مصر 2003 .

- 74- علي رمضان بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، بدون ناشر، مصر، 1996.
- 75- علي سالم إبراهيمي، ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، مصر 1996.
- 76- علي طاهر البياني، التحكيم التجاري البحري، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2006.
- 77- عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005.
- 78- عمرو عيسى، جديد التحكيم في الدول العربية، منشورات المكسب الجامعي للتحديث الإسكندرية، مصر 2003.
- 79- عيد محمد القصاص، حكم التحكيم - دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2004.
- 80- غسان رباح، الوجيز في قضايا حماية الملكية الفكرية الفنية مع دراسة مقارنة حول جرائم المعلوماتية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2008.
- 81- فاتن حسين، حوى المواقع الإلكترونية وحقوق الملكية الفكرية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
- 82- فارس محمد عمران، موسوعة الفارس - الجزء الثاني، قوانين ونظم التحكيم بالدول العربية والخليجية ودول أخرى، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية مصر، 2010.
- 83- فاضلي إدريس، مدخل في الملكية الفكرية، دار هومة، الجزائر 2003/ 2004.
- 84- فاضلي إدريس، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2008.
- 85- فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق طبعة أولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر 2007.
- 86- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس مكتبة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 1997.
- 87- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن 1992.

- 88- كمال إبراهيم ،التحكيم التجاري الدولي حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي ، القاهرة، مصر 1991.
- 89- كوثر عبد الله محمد أحمد بيومي ، التحكيم في منازعات الملكية الفكرية ،دار النهضة العربية ،مصر 2007 .
- 90- لزهرة سعد ، كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي ،دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر 2010.
- 91- محسن شفيق ،التحكيم التجاري الدولي، طبعة أولى، دار النهضة العربية ،مصر 1997 .
- 92- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية) ،دار النهضة القاهرة، مصر، 1972.
- 93- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الأنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن 2002.
- 94- محمد إبراهيم أبوشادي ،منظمة التجارة العالمية ودورها في تسوية المنازعات التجارية، دار النهضة العربية،مصر 1996 .
- 95- محمد أحمد عبد الرحمان الزرقا ،إتفاق التحكيم التجاري دراسة مقارنة بالتشريع الإسلامي دار ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ،مصر، 2004.
- 96 - محمد الموسى ، الوظيفة القضائية للمنظمات الدولية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان ،الأردن 2003 .
- 97- محمد حسام لطفي ،آثار إتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية "تريس" على تشريعات البلدان العربية ،الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية القاهرة،مصر 2002.
- 98- محمد سمير الشرقاوي ،التحكيم التجاري الدولي دراسة قانونية مقارنة ،دار النهضة،مصر 2011 .
- 99- محمد كولا ، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري منشورات بغداد دي ،الجزائر 2008.
- 100- محمود السيد التحوي ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية،مصر 1999.

- 101- محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتميزه عن غيره، الصلح ، الوكالة الخبرة، دار النشر المكتب العربي للتحديث، مصر 2009.
- 102- محمود الكسواني، القانون الواجب التطبيق على مسائل الملكية الفكرية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن 2011.
- 103- محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، إتفاق التحكيم دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والفقهاء الإسلاميين، دار الفكر العربي، مصر 1990 .
- 104- محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الرابعة دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2010 .
- 105- محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الرابع (بدون دار نشر).
- 106- محي الدين علم الدين، مختارات من أحكام التحكيم الصادرة خارج المنطقة العربية .
- 107- مصطفى جمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى.الفتح للطباعة والنشر، مصر 1998 .
- 108- مصطفى محمد الجمال عكاشة، محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 1998 .
- 109- مصلح أحمد الطراونة، الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني، دار وائل للنشر، عمان، الأردن 2010.
- 110- مظفر جابر إبراهيم الراوي، إتفاقية العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 م، الطبعة الأولى، مطبعة دار وائل للنشر، الأردن 2012 .
- 111- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب آخر تقديم لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، مليلة الجزائر، 2010 .
- 112- منى جمال الدين محمد محمود، الحماية الدولية لبراءة الإختراع في ضوء إتفاقية الترس والقانون المصري رقم 82 لسنة 2000، دار أبو المجد، للطباعة، مصر 2004 .
- 113- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، دار الكتاب الجامعي، مصر 2005.

- 114-نادية محمد معوض، التحكيم وحقوق الملكية الفكرية، دار النهضة العربية، مصر 2009.
- 115-نبيل أحمد حلمي، التوفيق كوسيلة سلمية لحل المنازعات الدولية في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، مصر.
- 116-نعيم مغرب، الملكية الأدبية والفنية والحقوق المجاورة -ملكية فكرية، دراسة في القانون المقارن، الطبعة الثانية، دار منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2008 .
- 117-هدى محمد مجدي عبد الرحمان، دور المحكم في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، مصر 1997 .
- 118-هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، مصر 1995 .
- 119-وائل أنور بندق، موسوعة التحكيم - الإتفاقيات الدولية، قوانين الدول العربية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر 2004 .
- 120-ياسر محمد باداسة محمود، الملكية الفكرية والنمو الإقتصادي بدون دار نشر، مصر 2003 .
- 121-يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية والغير العقدية، دار النهضة العربية، مصر 2001 .

ثالثا : مذكرات و رسائل جامعية :

أولا : المذكرات :

- 01-أمين بجاش، عبد الحميد الحميري، الطعن في قرارات التحكيم التجاري دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن 2004 .
- 02-ديما عدنان إبراهيم المشريقي، التحكيم كوسيلة، كلية الحقوق جامعة آل البيت، الأردن 2000 .

- 03-رامي وليد عبابنة، الطبيعة القانونية لقرارات التحكيم التجاري الدولي وتنفيذها، مذكرة ماجستير جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، قسم القانون 2005.
- 04-زهير نجم الدين مختار، القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تحمل بالتحكيم، مذكرة ماجستير، معهد البحوث والدراسات، العربية قسم البحوث والدراسات القانونية، مصر 2002.
- 05-شادي أبو حلو: تسوية منازعات الإستثمار وفقا لإتفاقيتي واشنطن والتجارة العالمية مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة آل البيت،الأردن 2004.
- 06-كمال معروف، التحكيم التجاري الدولي في ظل المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في: 25 أبريل 1993، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000.
- 07-محمد إبراهيم الصايغ، دور المنظمة العالمية للملكية الفكرية في حماية الملكية الفكرية، مذكرة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر 2011-2012 م .
- 08-محمد يحيوي، تسوية منازعات التجارة الدولية وفقا لقواعد منظمة التجارة العالمية مذكرة ماجستير معهد البحوث والدراسات العربية قسم القانون القاهرة، مصر . 2008
- 09-مونية جمعي، التحكيم كنظام لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل القوانين الجزائري والمصري مع إلقاء الضوء على إتفاقية واشنطن لسنة 1995 - مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر 2009 .
- 10-ناجي ناصر محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية دراسات مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة عدن كلية الحقوق، اليمن 2008 .
- 11-نور الدين بكلي، إتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الدولي والعلاقات الدولية جامعة الجزائر معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1995-1996.

ثانيا :الرسائل الجامعية :

- 12-أحمد محمد أحمد حسين، الحماية الدولية للملكية الفكرية في إطار أحكام إتفاقات منظمة التجارة الدولية رسالة دكتوراة جامعة أسبوط، كلية الحقوق، مصر 2006 .

- 13- بواب بن عامر تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في القوانين المدنية والتجارية رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة سعد دحلب البليدة، الجزائر 2011 .
- 14- خيرى فتحى محمد البصيلي، تسوية المنازعات في إطار إتفاقيات منظمة التجارة العالمية رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر 2005 .
- 15- داليا عبد المعطي حسين علي ، التراضي كأساس الإتفاق التحكيم، رسالة دكتوراة في كلية الحقوق جامعة، القاهرة، مصر 2008 .
- 16- رمزي رشاد الشيخ الحقوق المجاورة لحق المؤلف رسالة دكتوراة، كلية الحقوق ، جامعة طنطا، مصر 2003 .
- 17- سامي محسن حسين السري ، القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة؟، رسالة لنيل درجة الدكتوراة، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، مصر . 2004
- 18- سحر عبد الستار إمام ، دور القاضي في الإثبات ، رسالة دكتوراة كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر 2001.
- 19- عزت محمد البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق، جامعة عين شمس .
- 20- علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر 1995 .
- 21- محمد الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر 1988.
- 22- محمد حامد السيد المليجي ، أثر إتفاقيات الجات على حقوق الملكية الفكرية وآلية تسوية المنازعات الدولية ووفقا لأحكامها، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، مصر 2003.
- 23- محمد سلمان ماضي مرزوق الغريب، تسوية المنازعات التجارية وفق إتفاقية منظمة التجارة العالمية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر 2007 .
- 24- محمد محمود هاشم ، النظام القانوني لتسوية المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية، رسالة دكتوراة، كلية القاهرة ، مصر 2005.

رابعاً :المقالات :

- 01- إبراهيم أحمد إبراهيم، منع وتسوية منازعات الملكية الفكرية في إطار إتفاقية منظمة التجارة العالمية في الدورة المتعمقة الرابعة لإعداد المحكم التي نظمها مركز التحكيم منشورة ضمن مجموعة أبحاث بكلية الحقوق عين شمس، مصر 2001 .
- 02- إبراهيم العناني، تطبيق القانون الداخلي على التحكيم الدولي، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية العدد الثاني، مصر 1996 .
- 03 - أبو زيد رضوان الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي مجلة قانونية، المركز اليمني للتوفيق والتحكيم اليمن، صنعاء 2004 .
- 04- الكيلاني محمود الصعوبات التي تعترض نظام التحكيم التجاري، مجلة البنك، الأردن عدد 5، الأردن 2000 .
- 05- سعد زغلول حلمي ، الجات والطريق إلى منظمة التجارة العالمية وأثرها على إقتصاديات الدول العالمية ، مجلة الحقوق كلية الحقوق جامعة الكويت -العدد -2- الكويت 1996 .
- 06- صلاح الدين جمال الدين محمد ،نظرات في القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الإقتصادية، مجلة الشريعة والقانون بطنطا، العدد الثامن، 1997 .
- 07- محمد سليم العواء ، سلوك المحكمين، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، أكتوبر 2000 .
- 08- محي الدين علم الدين، التحكيم الدولي والمحلي ومدى تناسبه لحل منازعات المصاريف، مجلة التحكيم اليمنية، عدد 2، اليمن 2000 .
- 09- مفيد شهاب، التحكيم التجاري الدولي في العالم العربي، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 41، 1984 .
- 10- وجدي راغب فهمي، هل التحكيم نوع من القضاء، مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية جامعة الكويت عدد 01 ، 1975 .

خامساً : الندوات والمؤتمرات :

- 1- إيريك ويليز، مركز التحكيم والوساطة التابع للمنظمة الدولية للملكية الفكرية الطريق البديل لحسم النزاعات الخاصة بالملكية الفكرية، بحث مقدم لندوة تحديات حماية الملكية

- الفكرية من منظور عربي ودولي، والذي نظمتها الجمعية المصرية لحماية الملكية الصناعية،
21-23 أكتوبر 1997 ترجمة هشام مرزوق .
<http://www.drotetentreprise.org/wbe/?p=743>
- 2- توماس بومبكر، تحديات حماية الملكية الفكرية من منظور عربي ودولي، الجمعية المصرية
لحماية الملكية الصناعية، بحث مقدم في أبحاث ندوة الجمعية الدولية لحماية الملكية
الصناعية 22 أكتوبر 1998 .
<http://www.startimes.com/F.aspx?t=23283296>
- 3- جلال وفاء محمد، إجراءات تسوية المنازعات وفقا لإتفاق جوانب حقوق الملكية
الفكرية المتصلة بالتجارة (إتفاق تريس) ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لهيئة القضاء
بالتعاون مع وزارة الصناعة والتجارة ووزارة العدل ووزارة الثقافة صنعاء 12، 13
حزيران/2001 ملكية جامعة القا.
<http://www.startimes.com/F.aspx?t=23283296>
- 4- عادل محمد خيرى، أوجه الإتفاق والإختلاف بين التحكيم وبين غيره من الأنظمة، بحث
مقدم لمؤتمر التحكيم التجاري الدولي الذي عقد بالقاهرة، في: 10/07/1995م
<http://www.splashesgypt.com/crc/next-course.html>
- 5- عبد الحميد الأحذب، منازعات الملكية الفكرية بحث مقدم للندوة الدولية عن الترخيص
في مجال الملكية الفكرية وتسوية المنازعات الناشئة عنها، المنظمة العالمية للملكية الفكرية
(الويبو) ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي 9-10 مارس 2002 .
<http://bibfac.univ-tlemcen.dz/bibfdsp/opac/css/index.php?lvl=sectionsee&id=37&location=8&page=2&nbr lignes=18&dcote=3&nc=&main=&ssub>
- 6- مصطفى محمود عفيفي، التحكيم في العقود الإدارية والمناقصات، بحث مقدم لدورة
إعداد المحكمين العرب المنعقدة بالاسماعيلية في الفترة 28/07/2007 إلى
2008/08/02 .

<http://www.droit-dz.com/forum/showthread.php?t=3517>

7- محمد أبو العينين ،حسم منازعات التجارة الإلكترونية في الدول العربية ودور المنظمات والمؤسسات المختلفة، بحث مقدم لمؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية ووسائل حسم المنازعات، الذي نظمه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بمقر الأمانة العامة لجامعة الدول العربية من 12-13 يناير 2002.

<http://www.startimes.com/F.aspx?t=33775331>

8- ناصر غنيم الزيدي، المبادئ الحديثة للرقابة القضائية على التحكيم في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، بحث مقدم بمؤتمر الدور الحيوي للقضاء في التحكيم الذي عقد بشرم الشيخ في الفترة من 19-20 نوفمبر 2005.

<http://archive.aawsat.com/details.asp?section=13&article=98852&issue no=8542>

9- عايض العتيبي سطات الطيار فعالية حماية الملكية الفكرية ودورها في تطوير بيئة الإستثمار ورقة عمل مقدمة ضمن أعمال الملتقى السعودي الأول لحماية الملكية الفكرية الرياض 08 أذار 2008.

موجود على الموقع الإلكتروني للمؤتمر :

<http://www.saudiipc.COM> تاريخ الزيارة 20/07/2010 م .

سادسا : الإتفاقيات الدولية واللوائح التحكيمية :

1- إتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريس)

<http://ar.wikipedia.org/wiki>

2 - نظام الويبو بشأن التحكيم ، النسخة العربية ، إصدار المنظمة العالمية للملكية الفكرية الويبو

www.wipo.INT

<https://www.googl.dz/url?sa>

3- إتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية

http://homatalhaq.com/view_artcle.php?a id

4- إتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية

[/http://www.wipo.int/treatise/ar/ip/paris](http://www.wipo.int/treatise/ar/ip/paris)

- 5- إتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الإعراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها .
http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/NYContion.html
- 6- إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري بعمان في :14/04/1987
<http://www.aiadr.com/con7.htm>
- 7- إتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى
<http://www.startimes.com/?t=26103695>
- 8- إتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف بتاريخ :21/04/1961
<http://www.wtorab.qrg/page.aspx?page-key=agreement&lang=ar>
- 9- إتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية ، وقواعد التفاهم بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات .
<http://www.wipo.int/treatise/ar/convention>
- 10- إتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية الموقعة في أستوكهولم في : 14/جويلية تموز 1967 والمعدلة في 28 سبتمبر /أيلول 1979 .
[/http://www.wipo.int/treatise/ar/convention](http://www.wipo.int/treatise/ar/convention)
- 11- إتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع فرنسا بشأن التحكيم في : 26/06/63 .
<http://www.startimes.com/?t=11503943>
- 12- إتفاقية واشنطن المتضمنة تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى والمنشأة للمركز الدولي (CIRPI) المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم :364/95 المؤرخ في :30/10/1995 الجريدة الرسمية عدد 66 بتاريخ : 05/11/1995 ص 24.
http://en.wikipedia.org/wiki/Washington_Agreement_on_Gold
- نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس 1998 .
<http://www.startimes.com/?t=15455595>
- نظام المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة المعمول به من 01 مارس 2011
المؤسس بناء على قرار اللجنة الإستشارية الآسيو - أفريقية الصادرة في 23 يناير 1978
<http://www.startimes.com/?t=28340749>

- قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي القرار 98/31 الذي إتخذه الجمعية العامة
يوم 15 ديسمبر 1970 .

<http://www.startimes.com/F.aspx?t=20489229>

- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
1976- 1985 .

<http://www.startimes.net/t6524-topic>

- قانون اليوسنترال للتحكيم التجاري الدولي 2010 .

<http://scinesjuridiques.ahlamontada.net/t1629-topic>

- القانون المدني الجزائري .

- قانون رقم : 08-09 مؤرخ في : 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008
المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، جريدة رسمية رقم : 21 بتاريخ 23 أبريل
2008 .

سابعا : القوانين :

1- المصادر الوطنية :

- الأمر رقم 194/65 المؤرخ في 1965/07/29 المتضمن المصادقة على الإتفاقية الجزائرية
الفرنسية المؤرخة في : 1964/08/27 المتعلقة بتنفيذ القرارات القضائية (جريدة رسمية عدد
53 صادرة 1965/07/29) ص 6.

- الأمر 66- 48 المؤرخ في : 25 فبراير 1966 المتضمن إنضمام الجزائر إلى إتفاقية باريس
لحماية الملكية الصناعية المؤرخة في : 20 مارس 1983 والمعدلة (جريدة رسمية عدد 16
الصادرة في 25 فبراير 1966) ص 198 .

- الأمر رقم 66- 86 المؤرخ في 28 أبريل 1966 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية (جريدة
رسمية عدد 35 الصادرة بتاريخ 3 مايو 1966) ص 406 .

- الأمر 66/ 154 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل
والمتمم (جريدة رسمية عدد 47 الصادرة بتاريخ : 09 جوان 1966) ص 582.

- الأمر رقم : 75 / 2 المؤرخ في 09 يناير 1975 المتضمن المصادقة على إتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883 والمعدلة (جريدة رسمية عدد 10 الصادرة في 04 فبراير 1975) ص 154.
- الأمر رقم : 02/75 مكرر المؤرخ في 09 يناير 1975 المتضمن مصادقة الجزائر على إتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية الموقعة باستكهولم في 14 يوليو 1967 (جريدة رسمية عدد 13 الصادرة في 14 فبراير 1975) ص 198 .
- الأمر 75 / 44 المؤرخ في : 17/06/1975 المتعلق بالتحكيم الإجباري لبعض الهيئات (جريدة رسمية رقم 53 الصادرة 17/06/1975) ص 40 .
- الأمر 75/48 المؤرخ في : 17/06/1975 متضمن أحكام القضاء وقرارات التحكيم الإجباري المؤرخ في : 10/04/1982 (جريدة رسمية عدد 53 الصادرة 17/06/1975) ص 760.
- الأمر 76 - 65 المؤرخ في 16 يوليو 1976 المتعلق بتسميات المنشأ (جريدة رسمية عدد 59 الصادرة في 23 يوليو 1976) ص 866.
- الأمر 95/04 المؤرخ في : 21/01/1995 المتضمن المصادقة على الإتفاقية لتسوية الخلافات الناتجة عن الإستثمارات ما بين الدول ورعاي الدول الأخرى (جريدة رسمية عدد 07 الصادرة 15/رمضان 1415 الموافق 15 فبراير 1995) ص 07 .
- الأمر 07/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق ببراءة الإختراع (جريدة رسمية عدد 44 الصادرة بتاريخ 03 يوليو 2003) ص 27.
- الأمر رقم 03 / 05 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة (جريدة رسمية عدد 44 الصادرة بتاريخ : 23 يوليو 2003) ص 03 .
- الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالعلامات (جريدة رسمية عدد 44 الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2003) ص 22.
- الأمر رقم 03/08 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحماية التصميم الشكلية للدوائر المتكاملة (جريدة رسمية عدد 44 الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2003) ص 35.

- المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 03 ذي القعدة عام 1493 ، يعدل ويتمم الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية (الجريدة الرسمية عدد 27 ، الموافق 27 أبريل 1993) ص 58.

المرسوم التشريعي 93-06 مؤرخ في 27 شوال عام 1413 الموافق 19 أبريل سنة 1993 يعدل الأمر رقم: 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمضمن قانون الإجراءات الجزائية (الجريدة الرسمية عدد 25 الصادرة بتاريخ 25 أبريل 1993) ص 06. المعدل والمتمم بالأمر 15-02 مؤرخ في: 23/07/2015 جريدة رسمية عدد 41 الصادرة بتاريخ: 2015/07/29 .

- المرسوم الرئاسي رقم 88-233 مؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1409 الموافق 05 نوفمبر لسنة 1988 يتضمن الإنضمام بتحفظ للإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ: 10 يونيو سنة 1958 والخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها جريدة رسمية عدد 48 الصادرة في 23 نوفمبر 1988 . ص 1599.

- المرسوم الرئاسي رقم: 341/97 المؤرخ في 13 سبتمبر 1997 المتضمن إنضمام الجزائر مع التحفظ إلى إتفاقية برن (BERNE) لحماية المصنفات الأدبية والفنية المؤرخة في 09 سبتمبر 1886 المتممة والمعدلة جريدة رسمية عدد 61 الصادرة في 14/09/1997 ص 08 .

- المرسوم الرئاسي 10/236 مؤرخ في 07/10/2010م المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية جريدة رسمية عدد 58 المؤرخة في: 07/10/2010م .

- مرسوم رئاسي رقم: 15-247 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجريدة الرسمية عدد 50 الصادر بتاريخ: 20/09/2015 المتعلق بالصفقات العمومية .

- المرسوم التنفيذي 82/145 المؤرخ في 10/04/1982 متضمن تنظيم الصفقات للتعامل العمومي جريدة رسمية عدد 15 بتاريخ: 13/04/1982 ص 740.

2- المصادر الأجنبية :

- قانون التحكيم الفرنسي رقم : 42 لسنة 1993 م والقانون الصادر سنة 1981 م والقانون الصادر بموجب المرسوم رقم : 48 لسنة 2011 .
[https:// Jcia.ucoz.com/injex/qanun-allhkim../0-101](https://Jcia.ucoz.com/injex/qanun-allhkim../0-101)
- القانون المصري رقم : 27 لسنة 1994 م .
https://groups.google.com/forum/!topic/hamdy11/r3_uGnFLPhg
- قانون التحكيم السعودي 1403 هـ .
<http://www.manlaw.ahlamontada.com/t=75-topic>
- قانون المسطرة المدنية المغربي 1974 م .
<http://www.startimes.com/?t=31159663>
- القانون الإماراتي 1974 .
<http://www.startimes.com/f.aspx?t=32651174>
- القانون اليمني 1997 م .
<http://www.aljlees.com/13s4498209-1831.html>

المراجع باللغة الفرنسية :

1)-ouvrage spéciaux

-David René, L'arbitrage dans le Commerce International
Economica , Paris 1982 .

-Fouchard (p h.) , Gaillard (E.) , Goldman (B.) ,Traité de

L'arbitrage Commercial International ,Litec Paris 1996.

-Fouchard (ph.), L' arbitrage Commercial International
Prèface B.Goldman.Dallo z, 1965.

- Fouchard (ph) L'arbitrage International en France après le
décret du 12 mai 1981 ,in clunet N: 1982.

- Lalive(P.),poudret(J.F.)Reymond(C.),le Droit de
L'arbitrage Interne et International en Suisse ,Lausanne,
1989.

-MentaleCHta M, L' arbitrage Commerciale en droit
Algèrien, 2 édituon OPU, Alger, 1986 .

- Robert Jean,L'Arbitrage droit Interne droit International,
Privé,avec la Collaboration de M.B.Moreau ,Daur,1993.

- Terki Nourdine , L' arbitrage Commercial International
en Algerie,OPU, Alger, 1999.

2)-Articles

- Bedjaoui M.et A.Mebroukine ,le nouveau droit de
L'arbitrage International en Algerie, Journal du
International N:04 -1993, édition de jurisprudence
classeur divisions des éditions techniques, paris, 1993.

- Ben ABDERAHMANE DAHMANE la réforme du droit algerien de L'arbitrage,Gazette du palais N°spècialN;101 a 103, Paris, 1999.

- Fouchard,(ph.) La Redaction des Conventions D' arbitrage dans les entreprises tunisiennes et Larbitrage Commercial International ,Tunis, 1983,P97.

- Cohen (D) , La Soumission de L'arbitrage International à la loi Française ,Rev ,arb ,1991,p.155.

- Jean Robert, L' arbitiage, droit Interne, droit International, 2 édition ,Paris,1993.

- Gaillard(E.), Commercial Internatonal sentiences arbitrale procédure J.CI.DR, inter ,Fasc,1996 .

- Mebroukine Ali:Règlement d'arbitrage algero Fronçais du 27/03/1933 Revue de L'arbitrage, Paris ,1986.

- RedFern (A.),Hunter (M.) smith(M.) droit et Prtique de L'arbitrage Commercial International LGDJ ,1994.

- Galdman.(B)la volontè des parties et le role de L'arbites dans L'arbitrage International, Rev,arb, 1981.

المراجع باللغة الإنجليزية :

-Alan redfern,Martin,Hunter., Law and partice in Internationa commercial Arbitration,1991.

-Daniel Gervais, The Trips agreement ,Drafting History and analysis,Sneet and Maxweel,London 1998.

-Van Den Berg (G.), The New York Arbitration, Convention of 1958, Kluwer,1981.

-W.L.Craig ,w.w.Park,J.Paulsson, International chamber of commerce arbitration,Ocèana Publications, 1990.

أهم المواقع الإلكترونية المستعان بها :

<http://www.saudiipc.com>

[.http://www.wipo.int/treaties/ar/ip/berne/index.html](http://www.wipo.int/treaties/ar/ip/berne/index.html)

<http://www.wipo.int/treaties/ar/convention/trtdocs-wo029.htn>

www.wto.org

<http://ibrahmomran.net/vb/showthread.php?p=2494>
<http://www.aspip.org/page.aspx?page-Key=wipo&lang=ar>
<http://doc.abhatoo.net.ma/IMG/doc/dro23.doc>
<http://www.alyaseer.net/vb/showthread.php?t=4374>
<http://209.85.229.132/search?q=cache:GiTW-rxeIWUJ:www.siwar.net>
www.un.org Brief the Specialized agencies.
www.un.org موقع الأمم المتحدة
<http://www.int/ar/treates/registration/lisbon/doc/lisbon.doc>
<http://www.mitd.gov.eg/Ip/arabic/drawings.htm>
<http://www.gcc-sg.org/baraat.html>
<http://www.ompic.org.ma/arabe/brevets/index.html>
<http://www.arablaw.org/Download/patent-SaudiArabia.doc>
<http://www.kustice.gov.ma/console/Uploads/etude082005.boc>

الفهرس

01.....	مقدمة
06.....	باب تمهيدى : ماهية التحكيم والملكية الفكرية

08.....	الفصل الأول : ما هية التحكيم
09.....	المبحث الأول : التحكيم من حيث مفهومه وطبيعته بين الماضي والحاضر
09.....	المطلب الأول : لمحة تاريخية عن التحكيم
10.....	الفرع الأول : التحكيم عند العرب قبل الإسلام
11.....	الفرع الثاني: التحكيم في الإسلام
15.....	المطلب الثاني : تعريف التحكيم
15.....	الفرع الأول : تعريف التحكيم لغة
16.....	الفرع الثاني : التعريف التشريعي
17.....	الفرع الثالث : تعريف التحكيم فقها
19.....	الفرع الرابع : تعريف التحكيم قضاءً
20.....	المطلب الثالث : طبيعة التحكيم
21.....	الفرع الأول : الصفة القضائية للتحكيم
22.....	الفرع الثاني : الصفة العقدية للتحكيم
23.....	الفرع الثالث: التحكيم ذو طبيعة خاصة
25.....	الفرع الرابع : الطبيعة المختلطة للتحكيم
27.....	المبحث الثاني : تمييز التحكيم كنظام خاص بما يشابهه ومبررات اللجوء إليه
27.....	المطلب الأول : تمييز التحكيم عما يشابهه
28.....	الفرع الأول : التفرقة بين التحكيم والوكالة
29.....	الفرع الثاني : التفرقة بين التحكيم والخبرة
31.....	الفرع الثالث : التفرقة بين التحكيم والصلح
32.....	الفرع الرابع : التفرقة بين التحكيم والتوفيق
33.....	المطلب الثاني : مبررات اللجوء إلى التحكيم
34.....	الفرع الأول : السرية
35.....	الفرع الثاني : بساطة الإجراءات وسرعة القرار
36.....	الفرع الثالث: حرية أطراف الخصومة
37.....	الفرع الرابع : الخبرة والتخصص

38.....	الفرع الخامس : الحياد والنزاهة
38.....	المبحث الثالث :أنواع التحكيم
39.....	المطلب الأول: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي
39.....	الفرع الاول : التحكيم الحر
41.....	الفرع الثاني التحكيم المؤسسي
42.....	المطلب الثاني : التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي
43.....	الفرع الأول : التحكيم الدولي
45.....	الفرع الثاني :التحكيم الداخلي
46.....	المطلب الثالث : التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح
46.....	الفرع الأول : التحكيم بالقانون
47.....	الفرع الثاني : التحكيم وفقا لقواعد العدالة والإنصاف
48.....	المطلب الرابع : التحكيم الإختياري والإلزامي
48.....	الفرع الأول : التحكيم الإختياري
49.....	الفرع الثاني : التحكيمي الإجباري أو الإلزامي
51.....	الفصل الثاني : ماهية الملكية الفكرية
52.....	المبحث الأول : مفهوم الملكية الفكرية
53.....	المطلب الأول : لمحة تاريخية عن نشأة الملكية الفكرية وأهميتها
54.....	الفرع الأول: العصر القديم
55.....	الفرع الثاني : العصر الحديث
59.....	الفرع الثالث :العصر الإسلامي
60.....	المطلب الثاني : تعريف ونطاق الملكية الفكرية
61.....	الفرع الأول : تعريف الملكية الفكرية
63.....	الفرع الثاني :نطاق الملكية الفكرية
73.....	المطلب الثالث : أهمية الملكية الفكرية ودورها
74.....	الفرع الأول : دور الملكية الفكرية في تطوير التجارة
74.....	الفرع الثاني : دور حماية الملكية الفكرية في جلب الإستثمار

76.....	المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للملكية الفكرية
76.....	المطلب الأول : مفهوم الحق وتقسيماته
76.....	الفرع الأول: مفهوم الحق
78.....	الفرع الثاني : تقسيمات الحق
79.....	المطلب الثاني : أهم النظريات في تكييف حق الملكية الفكرية
80.....	الفرع الأول : نظرية الملكية
81.....	الفرع الثاني : نظرية الحقوق الشخصية
82.....	الفرع الثالث: نظرية الإزدواج
84.....	المبحث الثالث : حماية الملكية الفكرية في القوانين الوطنية وأهم الإتفاقيات الدولية
85.....	المطلب الأول : الإطار القانوني لحماية الملكية الفكرية
85.....	الفرع الأول : الملكية الصناعية
86.....	الفرع الثاني : حماية حقوق الملكية الأدبية والفنية
87.....	المطلب الثاني : موقف الإتفاقيات الدولية من حماية الملكية الفكرية
89.....	الفرع الأول : معايير الحماية الدولية للملكية الصناعية إتفاقية باريس
91.....	الفرع الثاني : معايير الحماية الدولية للملكية الأدبية والفنية - إتفاقية برن
92.....	الفرع الثالث : معايير الحماية في إتفاقية "تريس"
95.....	الباب الأول: تنظيم التحكيم في منازعات الملكية الفكرية
96.....	الفصل الأول : ماهية إتفاقية التحكيم
97.....	المبحث الأول : مفهوم إتفاق التحكيم
97.....	المطلب الأول: تعريف وصور إتفاق التحكيم
98.....	الفرع الأول: تعريف إتفاق التحكيم
100.....	الفرع الثاني : صور إتفاق التحكيم
106.....	المطلب الثاني : شروط صحة إتفاق التحكيم
106.....	الفرع الأول : الشروط الموضوعية لإتفاق التحكيم
121.....	الفرع الثاني : الشروط الشكلية
126.....	المطلب الثالث : القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم

126.....	الفرع الأول: قانون الإرادة
128.....	الفرع الثاني : حالة عدم الإتفاق على القانون الواجب التطبيق
131.....	المبحث الثاني : آثار الإتفاق على التحكيم
132.....	المطلب الأول : الآثار الموضوعية لإتفاق التحكيم
132.....	الفرع الأول : إمتناع قضاء الدولة عن نظر الدعوى
138.....	الفرع الثاني: مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم
145.....	المطلب الثاني : الآثار الإجرائية لإتفاق التحكيم
145.....	الفرع الأول : مبدأ الإختصاص بالإختصاص
150.....	الفرع الثاني : الأثر المانع لإتفاق التحكيم
154.....	الفصل الثاني : إجراءات التحكيم في منازعات الملكية الفكرية
155.....	المبحث الأول : القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في منازعات الملكية الفكرية
155.....	المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في منازعات الملكية الفكرية
156.....	الفرع الأول : المقصود بالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات
159.....	الفرع الثاني : خضوع إجراءات التحكيم في منازعات الملكية الفكرية لقانون الإرادة
164.....	المطلب الثاني : تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات عند عدم إتفاق الأطراف
165.....	الفرع الأول : خضوع الإجراءات لقانون مقر التحكيم
167.....	الفرع الثاني : منح هيئة التحكيم سلطة تحديد إجراءات التحكيم
169.....	الفرع الثالث : تطبيق لائحة المنظمة المشرفة على التحكيم
172.....	المبحث الثاني : مجال تطبيق القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في منازعات الملكية الفكرية
172.....	المطلب الأول : طرق تشكيل هيئة التحكيم
173.....	الفرع الأول : تشكيل هيئة التحكيم بواسطة الأطراف
174.....	الفرع الثاني : تشكيل هيئة التحكيم عن طريق مراكز التحكيم ، عن طريق القضاء
180.....	الفرع الثالث : الشروط الواجب توافرها في المحكمين

185.....	المطلب الثاني : إنهاء مهمة التحكيم والمسؤولية الملقاة على عاتق المحكم
186.....	الفرع الأول :رد المحكم
189.....	الفرع الثاني : العزل
192.....	الفرع الثالث : التنحي
193.....	المطلب الثالث : سير إجراءات التحكيم
194.....	الفرع الأول : بدء إجراءات التحكيم
197.....	الفرع الثاني : بيان الدعوى
199.....	الفرع الثالث : ضرورة مراعاة المبادئ الأساسية للعدالة
202.....	الفرع الرابع : أدلة الإثبات
205.....	الفرع الخامس : إتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية
208.....	الفرع السادس : عوارض إجراءات التحكيم
214.....	الباب الثاني : حكم التحكيم وتنفيذ وطرق الطعن فيه
215.....	الفصل الأول : مفهوم حكم التحكيم
216.....	المبحث الأول : حكم التحكيم وصوره
216.....	المطلب الأول: تعريف حكم التحكيم
217.....	الفرع الأول : تعريفات مختلفة
219.....	الفرع الثاني : التعريف الفقهي
222.....	المطلب الثاني : سلطة هيئة التحكيم في إصدار أحكام التحكيم
223.....	الفرع الأول : الأحكام المنهية للخصومة الوقتية والتحفظية والتحضيرية
225.....	الفرع الثاني : الأحكام الجزئية والإتفاقية والغياية
229.....	المبحث الثاني : كيفية صدور حكم التحكيم والآثار المترتبة عليه
230.....	المطلب الأول : مراحل إعداد حكم التحكيم
230.....	الفرع الأول : المداولة
232.....	الفرع الثاني : توفر الأغلبية
234.....	الفرع الثالث : ميعاد إصدار حكم التحكيم
239.....	المطلب الثاني : الشروط الواجب توافرها في حكم التحكيم

239.....	الفرع الأول : الشروط الموضوعية
240.....	الفرع الثاني : الشرط الشكلية
248.....	المطلب الثالث : الآثار القانونية المترتبة على الحكم التحكيمي
248.....	الفرع الأول : تسليم الحكم وإيداعه
250.....	الفرع الثاني : حجية الحكم التحكيمي
253.....	الفرع الثالث : إنتهاء مهمة المحكمين
258.....	الفصل الثاني : تنفيذ حكم التحكيم وطرق الطعن فيه
259.....	المبحث الأول : آليات تنفيذ أحكام التحكيم الدولية
259.....	المطلب الأول : تنفيذ حكم التحكيم بدون تدخل القضاء
260.....	الفرع الأول : التنفيذ الطوعي للأحكام التحكيمية
264.....	الفرع الثاني : النفاذ المباشر لأحكام التحكيم
266.....	المطلب الثاني : تنفيذ أحكام التحكيم الدولية بواسطة القضاء الوطني
267.....	الفرع الأول : نظام الدعوى الجديدة
269.....	الفرع الثاني : نظام الأمر بالتنفيذ
281.....	المبحث الثاني : حالات رفض تنفيذ حكم التحكيم في التشريع الجزائري
281.....	المطلب الأول : طبيعة وحالات رفض التنفيذ في القانون الجزائري
282.....	الفرع الأول : طبيعتها
284.....	الفرع الثاني : حالات رفض التنفيذ في القانون الجزائري
289.....	المطلب الثاني : إجراءات الطعن والبطالان ضد الحكم التحكيمي
289.....	الفرع الأول : الطعن بالإستئناف وإجراءاته
292.....	الفرع الثاني : البطلان ضد الحكم التحكيمي
295.....	الفرع الثالث : الطعن بالنقض
	الباب الثالث : دور المنظمة العالمية للملكية الفكرية Wipo ومنظمة التجارة الدولية ف تسوية
301.....	منازعات الملكية الفكرية عن طريق الوسائل البديلة والتحكيم
303.....	الفصل الأول : الوسائل الودية لتسوية المنازعات
304.....	المبحث الأول : المفاوضات

304.....	المطلب الأول : تطبيق المفاوضات في منازعات الملكية الفكرية
305.....	الفرع الأول : تطبيق المفاوضات في الحالات العادية
308.....	الفرع الثاني : تطبيق المفاوضات في الحالات المستعجلة
309.....	المطلب الثاني : كيفية إجراء المفاوضات
309.....	الفرع الأول : طلب التفاوض
310.....	الفرع الثاني : عملية التفاوض والضوابط التي تحكمها
317.....	المبحث الثاني : المساعي الحميدة والتوفيق والوساطة
318.....	المطلب الأول : التعريف بالمساعي الحميدة والتوفيق والوساطة
318.....	الفرع الأول : التعريف بالمساعي الحميدة
319.....	الفرع الثاني : التوفيق
321.....	الفرع الثالث :الوساطة
322.....	المطلب الثاني : إجراءات الوسائل الودية وأهم الفروقات فيما بينها وبين التحكيم
322.....	الفرع الأول : إجراءات الوسائل الودية (المساعي الحميدة - التوفيق - الوساطة
327.....	الفرع الثاني : أهم الفروقات بين وسائل التسوية الودية فيما بينها وبين التحكم
329.....	الفصل الثاني : التحكيم في إطار المنظمة العالمية لحماية الملكية الفكرية Wipo
330.....	المبحث الأول : النظام القانوني للمنظمة وأجهزتها
331.....	المطلب الأول : الجوانب التنظيمية للمنظمة العالمية للملكية الفكرية
331.....	الفرع الأول : أجهزة المنظمة وصلاحتها.
333.....	الفرع الثاني : أهداف الويبو
336.....	المطلب الثاني : أنواع التحكيم لدى المنظمة العالمية للملكية الفكرية
336.....	الفرع الأول : التحكيم العادي
337.....	الفرع الثاني : التحكيم المسبوق بالوساطة
338.....	الفرع الثالث : التحكيم المعجل
339.....	الفرع الرابع :التحكيم الشبكي
341.....	المبحث الثاني : إجراءات الويبو للتحكيم
342.....	المطلب الأول : تشكيل هيئة التحكيم

- 342..... الفرع الأول : تحديد موضوع النزاع
- 344..... الفرع الثاني : من حيث عدد وكيفية تعيينهم وجنسياتهم
- 346..... الفرع الثالث : من حيث حياد وإستقلالية المحكمين
- 347..... الفرع الرابع : رد وعزل وتبديل المحكمين
- 349..... المطلب الثاني : هيكله الخصومة التحكيمية
- 349..... الفرع الأول : مكان ولغة التحكيم
- 350..... الفرع الثاني : الطلبات والدفع
- 351..... الفرع الثالث : التدابير التحفظية والوقائية
- 352..... الفرع الرابع : الجلسات ودلائل الإثبات
- 354..... الفرع الخامس : عوارض الدعوى
- 355..... المطلب الثالث : حكم التحكيم وتصحيحه وإكماله
- 355..... الفرع الأول : حالة صدور حكم نهائي
- 357..... الفرع الثاني : مجال تدخل مركز التحكيم
- 358..... الفرع الثالث : تصحيح الحكم والإضافة إليه
- المبحث الثالث : تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وعلى موضوع النزاع
- 359.....
- 360..... المطلب الأول : القانون الذي يحكم سير الإجراءات
- 360..... الفرع الأول : القواعد القانونية المطبقة وفقا لنظام الويو
- 362..... الفرع الثاني : مجال تطبيق القواعد
- 363..... المطلب الثاني : القانون الذي يحكم موضوع النزاع
- 363..... الفرع الأول : إتفاق طرفي النزاع
- 365..... الفرع الثاني : إختيار هيئة التحكيم
- 368..... الفصل الثاني : التحكيم في إطار منظمة التجارة العالمية
- 369..... المبحث الأول : منظمة التجارة العالمية وعلاقتها بالملكية الفكرية
- 370..... المطلب الأول : النشأة التاريخية لمنظمة التجارة العالمية وأهدافها
- 370..... الفرع الأول : النشأة التاريخية لمنظمة التجارة العالمية

374.....	الفرع الثاني : أهداف المنظمة
المطلب الثاني : الملكية الفكرية من بداية جولة أرجواي حتى إنشاء منظمة التجارة العالمية	
376.....	
377.....	الفرع الأول : الملكية الفكرية في جولة أرجواي
379.....	الفرع الثاني : الدول العربية في منظومة التجارة العالمية وإتفاقية ترينس
381.....	المبحث الثاني : إجبارية اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات الملكية الفكرية
381.....	المطلب الأول: بالنظر إلى أطرافها وموضوعها
382.....	الفرع الأول : بالنظر إلى أطرافها
385.....	الفرع الثاني : بالنظر إلى موضوعها
387.....	المطلب الثاني : من حيث إجراءات تسوية منازعات الملكية الفكرية
388.....	الفرع الأول : الإستثنائية والسرعة
390.....	الفرع الثاني : الشفافية - وجود جهاز إستئناف دائم
393.....	المبحث الثالث : إجراءات التحكيم
393.....	المطلب الأول : إجراءات صدور حكم التحكيم
394.....	الفرع الأول : تشكيل إجراءات فريق التحكيم
396.....	الفرع الثاني: آلية سير إجراءات التحكيم
399.....	الفرع الثالث : مرحلة صدور حكم التحكيم
401.....	المطلب الثاني : مرحلة إستئناف قرار التحكيم
402.....	الفرع الأول : تشكيل جهاز الإستئناف
403.....	الفرع الثاني : إجراءات الإستئناف
404.....	الفرع الثالث : تنفيذ توصيات وقرارات جهاز تسوية المنازعات
المطلب الثالث : نماذج تطبيقية لتسوية منازعات الملكية الفكرية وفقا لنظام منظمة التجارة العالمية	
407.....	- نظام تسوية المنازعات
420.....	خاتمة
432.....	قائمة المراجع
460.....	الفهرس

