

الدرس الثاني: اتفاقية التحكيم التجاري الدولي

الأهداف: التعرف على ماهية اتفاقية التحكيم التجاري الدولي، إضافة إلى تحديد أهم الأحكام المشتركة بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم في التشريع الجزائري.

الأسئلة:

- كيف عرف المشرع الجزائري اتفاقية التحكيم التجاري الدولي؟ وما هو مضمونها؟
 - ما هي الأحكام المشتركة بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم في التشريع الجزائري؟
- مقدمة عامة:**

يقوم نظام التحكيم على مبدأ سلطان الإرادة الذي هو مصدر اللجوء إلى التحكيم من خلال اتفاق مكتوب يحدد فيه كل ما يتعلق بالعملية التحكيمية ونطاقها، كما تلعب إرادة الأطراف دورا هاما في اختيار المحكم أو هيئة التحكيم التي تتولى إدارة الخصومة التحكيمية، وكاستثناء قد تتدخل لوائح مراكز ومؤسسات التحكيم لتعيينهم أو عن طريق القضاء، إضافة إلى وجود جملة من الأحكام المشتركة التي تحكم اتفاقية التحكيم.

المطلب الأول: ماهية اتفاقية التحكيم:

إن جوهر التحكيم هو اتفاق الأطراف الراغبين في التحكيم عليه، إذا هو نظام أساسه إرادة الأطراف التي تقرر اللجوء إليه، وتحدد إجراءاته، وموضوعه، وكيفية تشكيل هيئة التحكيم، والقانون الواجب التطبيق، وعليه فالاتفاق على التحكيم أو ما يعرف ب: اتفاقية التحكيم هي تصرف قانوني، لذلك لا تقوم صحيحة إلا إذا قامت أركانها الأساسية واللازمة لأي تصرف منتج لآثار القانونية، وهو ما سيتم بيانه من خلال تعريفها وتحديد مضمونها، وبيان الأحكام المشتركة بين فرعيها.

الفرع الأول: تعريفها ومضمونها: سيتم من خلال هذا الفرع تعريف اتفاقية التحكيم

وبيان مضمونها

أولا: تعريف اتفاقية التحكيم: تعد اتفاقية التحكيم تعبيراً عن إرادتين تراضيتاً على اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية نزاعات ثارت أو من شأنها أن تثور في المستقبل وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد تعرض لاتفاقية التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية دون أن يضع تعريفا لها، حيث نصت المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة و المستقبلية"، ويتضح لنا من هذا النص أن المشرع الجزائري جاء بمصطلح عام لاتفاقية التحكيم التي يقصد بها شرط التحكيم

واتفاق التحكيم، ويظهر شرط التحكيم عندما تطرقت المادة إلى النزاعات المستقبلية، أي قبل وقوعها.

كما يقصد باتفاقية التحكيم في نفس المادة "اتفاق التحكيم" في عبارة النزاعات القائمة، أي يقصد بها نشوء النزاع أو وقوعه بمناسبة العقد الأساسي.

ثانياً: مضمون اتفاقية التحكيم: عرف المشرع الجزائري اتفاقية التحكيم في صورتين متباينتين هما: - شرط التحكيم و - اتفاق التحكيم

1- شرط التحكيم:

أ- تعريف شرط التحكيم: عرف المشرع الجزائري شرط التحكيم في ق.إ.م إ بأنه "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم"

إن العبرة بلحظة الاتفاق على التحكيم، فإذا جاءت هذه اللحظة قبل ظهور بوادر النزاع فإننا نكون بصدد شرط التحكيم لأن هذا الأخير هو نوع من الالتزام المعلق على شرط واقف وهو وقوع النزاع، وهذا النزاع إما أن يحدث أو لا يحدث، ولا يجوز لأحد طرفي هذا الاتفاق أن ينفرد بنقضه.

ب- مبدأ استقلالية شرط التحكيم: إن البحث في مدى القول باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه يؤدي إلى دراسة وجهتي نظر في هذا الخصوص وهما:

ب-1 رأي أصحاب النظرية التقليدية: يرى أصحاب هذه النظرية شرط التحكيم جزء لا يتجزأ عن العقد الذي يتضمنه، فهو يشكل بندا من بنوده يتأثر به وجودا وعدما، صحة وبطلانا، فإذا بطل العقد أدى ذلك إلى بطلان كل بنوده وشروطه بالتبعية بما في ذلك شرط التحكيم فإذا حكمت المحكمة ببطلان العقد الأصلي ترتب على ذلك انتهاء عملية التحكم.

ب-2 رأي أصحاب النظرية الحديثة: لقد عمد أصحاب النظرية الحديثة إلى القول بمبدأ استقلالية شرط التحكيم لحماية الإنجازات التي وصلت إليها أنظمة التحكيم التجاري، واعتبروا شرط التحكيم عقدا قائما بذاته مستقلا عن العقد الذي تضمنه، أي أن بطلان العقد وفسخه لأي سبب كان لا يؤثر على شرط التحكيم المدرج ضمن بنود هذا العقد، وأن بطلان شرط التحكيم لا يؤثر على العقد الأصلي وهذا ما يؤدي إلى تحقيق الغاية المرجوة من التحكيم كوسيلة بديلة لحل نزاعاتهم.

***موقف المشرع الجزائري من مبدأ استقلالية شرط التحكيم:** لقد أقر المشرع الجزائري بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي وذلك في نص المادة 1040 فقرة 04 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي"

ملاحظة: إلا أنه ما يلاحظ على نص المادة أن المشرع استعمل عبارة اتفاقية التحكيم أي أن الاستقلالية تشمل شرط التحكيم واتفاق التحكيم معا، وهو أمر غير معقول من الناحية العملية لأن اتفاق التحكيم ينشأ مستقلا عن العقد الأصلي.

ج- طبيعة الدفع بشرط التحكيم:

من خلال الوقوف عند آراء فقهاء القانون وتدقيق النظر في اجتهادات القضاء المقارن لتحديد طبيعة الدفع بشرط التحكيم، انقسموا إلي وجهات نظر متعددة بين قائل بأنه دفع بعدم الاختصاص وقائل بأنه دفع بعدم جواز النظر وفريق ثالث يراه دفعا إجرائيا من نوع خاص وفريق رابع ألحقه بالدفع بعدم القبول، ونتيجة لذلك اختلفت اجتهادات القضاء في اعتناق هذه الوجهة دون أخرى وهو ما سوف نتناوله بالتفصيل فيما يلي:

ج-1 الدفع بشرط التحكيم دفع بعدم الاختصاص:

***مضمونه:** يسود هذا الرأي في أوساط الفقه والقضاء الفرنسيين وجانب من الفقه الإيطالي مؤيدا بقضاء النقض الإيطالي في بعض أحكامه، حيث اعتبرته محكمة النقض الإيطالية دفعا غير متعلق بالنظام العام شأنه شأن الدفع بعدم الاختصاص المحلي، مما يوجب التمسك به قبل الكلام في الموضوع وإلا سقط الحق فيه.

كما يعتنقه بعض من الفقه العربي وظهر هذا جليا في مجلة التحكيم التونسية في الفصل (19) بأنه دفع بعدم الاختصاص، وكذلك ذكرت المادة (24) من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري بعمان والتي أقرها مجلس وزراء العدل العربي في دورته الخامسة لسنة 1987 بأنه دفع بعدم الاختصاص حيث جاء فيها: "يجب إبداء الدفع بعدم الاختصاص والدفع الشكلية الأخرى قبل الجلسة الأولى وعلى الهيئة أن تفصل فيها قبل الدخول في الموضوع ويكون قرارها بهذا الشأن نهائيا".

ومنه يري القائلون بهذا الرأي أن الاتفاق على التحكيم يحجب سلطة المحاكم عن نظر النزاع وهو ما يؤدي إلي نزع الاختصاص بنظر النزاع عن المحاكم وإعطائه للمحكمن فيكون الدفع به دفعا بعدم الاختصاص، أي عدم اختصاص وظيفي لانتفاء الولاية والذي

ينجم جراء الاتفاق على التحكيم الذي يسلب ولاية القضاء العام للدولة عن نظر هذا النزاع وهي حالة نادرة يملكها الأفراد (رغم تعلقها) بالنظام العام نظرا لإقرارها بشفاة الأنظمة القضائية المختلفة.

وقيل بأنه دفع بعدم الاختصاص النوعي ذو طبيعة خاصة يتعلق بتعيين نصيب كل من المحكمة العامة ومحكمة المحكمين وهذه هي خاصية الدفع بعدم الاختصاص النوعي، وهو ذو طبيعة خاصة لا يثار فيه اعتبار النظام العام ولا يمكن إثارة ما إذا كان شكليا "أو موضوعيا" بعد أن سبقه إثارة مسألة أخرى أغنت عنه وهي بحث ما إذا كان التعرض للدعوى دفعا أو دفاعا "يعتبر تنازلا" عن الاتفاق على التحكيم أم لا، وما دام التعرض للدعوى يعد دائما "تنازلا" عن التحكيم فإن البحث في تقديم الدفع بعدم الاختصاص لا يجد له محلا بصدد الدفع بالتحكيم، وطبيعته الخاصة هي التي تفسر عدم تعلقه بالنظام العام بالرغم من اعتباره دفعا بعدم الاختصاص النوعي.

* حجج النظرية: تتلخص حجج القائلين بهذا الرأي فيما يلي:

- يجمع الفقه المقارن على أن التحكيم الإجمالي في بعض المنازعات يسلب محاكم الدولة ولايتها بنظر هذه المنازعات، فإذا أثرت أمامها كان عليها أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص، وليس ثمة فارق بين التحكيم الإجمالي والاختياري فكلاهما فصل في النزاع عن غير طريق القضاء ولا يجوز أن يختلف الحكم فيهما تبعا لما إذا كان التحكيم "وجوبيا أو جوازيا" وإذا كان هناك اختلافا بين الفقهاء في الإحالة التي لا تكون إلا في المحكمة المختصة وهيئة التحكيم ليست كذلك.

إلا أنه ينادي البعض استنادا إلى أحكام القضاء بوجوب الإحالة حيث قضت محكمة النقض في حالة دعوى الضمان المقامة من هيئة عامة ضد إحدى شركات القطاع العام والمختص بنظرها هيئات التحكيم بأن المحكمة المعروض عليها النزاع أن تقضي بعدم اختصاصها في هذه الحالة من تلقاء نفسها ويجب عليها إحالتها إلى هيئات التحكيم "نقض مدني مصري بتاريخ 1979/3/27".

- الاتفاق على التحكيم لا يعني أكثر من رضاء الخصوم بعرض النزاع القائم بينهم على المحكم للفصل فيه بدلا من المحكمة المختصة، ومن ثم لا يحسب هذا الاتفاق حق الدعوى المقرر بحسبانه حقا "مستقلا" عن الحق الموضوعي الذي تحميه ولأن الدعوى هي مجرد سلطة للحصول على حكم في موضوعها فإنه يستوي صدور هذا الحكم من القضاء

أو من هيئة أخرى خولها القانون سلطة القضاء في بعض المنازعات والدعوى ليست حق الالتجاء إلى القضاء، فالأخير حق من الحقوق العامة المعترف بها للكافة ولا يقبل التنازل عنه، أما الدعوى فحق لشخص معين أعتدي على حقه أو هدد بالاعتداء عليه وهي توجد قبل الالتجاء إلى القضاء، وسواء لجأ المعتدى عليه إلى القضاء بالفعل أو لم يلجأ.

وبناء على ما تقدم فإن أي من الخصوم في الاتفاق على التحكيم لم يتنازل عن حق الدعوى المقرر له بالنسبة لحماية حقه أو مركزه القانوني المتنازع عليه.

- أن المحكم ليس سوى قاض خاص في خصومة النزاع المعروض عليه وليس من قضاة الدولة .

- إن الاتجاه السائد في كل من فرنسا وإيطاليا يقرر أن الدفع بشرط التحكيم هو دفع إجرائي لا شأن له بمسألة عدم القبول وقد أيدت هذا الاتجاه الأنظمة القانونية المعاصرة وعلى رأسها القانون الفرنسي الجديد الذي نص صراحة على عدم اختصاص جهة القضاء بالفصل في نزاع اتفق بشأنه على التحكيم وأوجب عليها الحكم بعدم الاختصاص ما لم يكن الاتفاق على التحكيم ظاهر البطلان ولم يكن النزاع قد رفع إلى محكمة التحكيم (نص المادة 1458 مرافعات فرنسي جديد)، وهو دفع متعلق بالمصلحة الخاصة لأطرافه ومن ثم وجوب ألا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها وعليه ليس من قبيل الدفوع المتعلقة بالنظام العام.

- وقد تواترت أحكام النقض المصرية على تطبيق أحكام الدفوع الإجرائية وخاصة الدفع بعدم الاختصاص غير المتعلق بالنظام العام على الدفع بالتحكيم.

- اعتبار الدفع بالتحكيم دفعا بعدم الاختصاص لا يؤدي إلى جواز إيدائه في أية حالة تكون عليها الإجراءات، ولا يعطي المحكمة حق القضاء به من تلقاء نفسها كما هو شأن الدفوع المتعلقة بالنظام العام، وذلك لأن الأصل هو ولاية قضاء الدولة والاستثناء للمحكم بصدد نزاع معين، فلا يجوز والحالة هذه لقضاء الدولة أن يتصل من ولايته بحجة وجود الاتفاق على التحكيم قد يعدل عنه الخصوم.

وكان من المنطق أن لا تقضي به المحكمة ما لم يتمسك به الخصوم قبل الكلام في الموضوع أو إبداء أي دفاع بشأنه، وإذا كان الاتفاق على التحكيم هو الذي نزع ولاية القضاء وهو أمر لم يكن ممكن لولا أن أجازته القانون فإن من الواجب الرجوع إلي الأصل

ويستنتج فيها القاضي عدول الخصوم عن هذا الاتفاق وإذا كان هذا الاتفاق ظاهر البطلان.

ج-2 الدفع بشرط التحكيم دفع بعدم جواز نظر الدعوى:

*مضمونه: يرى أنصار هذا الرأي أن وجود الاتفاق على التحكيم يعد قرينة على حسم النزاع تمنع نشوء الدعوى، لذا فإن الدفع بشرط التحكيم هو دفع بعدم جواز نظر الدعوى لتخلف حق الدعوى أصلاً لدى الخصم وليس دفعا بعدم قبول الدعوى الذي يرمي إلى منع التعسف في استعمال حق الدعوى في حالة تخلف المصلحة.

ويبدو الفارق بين فكرتي عدم القبول وعدم جواز النظر في أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى يحول دون إعادة رفع الدعوى، أما الدفع بعدم القبول وهو جزاء وقائي لمنع التعسف فلا يحول دون إعادة رفعها. وخلص هذا الرأي إلى أن حسم النزاع بطريق التحكيم هو واقعة إجرائية مانعة تحول دون حق الدعوى القضائية ولا تختلف عن واقعة حسم النزاع قضاء إلا من حيث أن الواقعة الأخيرة وهي واقعة إجرائية منهيّة تنهي حق الدعوى القضائية، لذلك فإن الدفع بسبق حسم النزاع "صلحا أو تحكيما أو قضاء" ليس دفعا بعدم الاختصاص أو بعدم القبول وإنما دفع بعدم جواز النظر علما بأن هذا الدفع لم يتلق أي قبول من القضاء المقارن.

* نقد هذا الرأي:

- لا يجيز فقه المرافعات التفرقة بين عدم جواز نظر الدعوى وعدم قبولها.
- إن الزعم بانتفاء حق الدعوى لانتهاء النزاع غير مطابق للواقع لأن الاتفاق على التحكيم يفترض لإعماله وجود نزاع قائم أو قد ينشأ في المستقبل.
- إن هذا الدفع لا يتفق مع اعتباره دفعا بعدم جواز نظر الدعوى، لأن الدفع بالتحكيم لا يحول دون رفع الأمر إلى القضاء. ومثال ذلك انقضاء ميعاد التحكيم دون صدور حكم أو استحالة إتمامه لأي سبب.

ج-3 الدفع بالتحكيم دفع إجرائي بحث من نوع خاص(دفع ببطلان المطالبة

القضائية)

* مضمون وحجج هذا الرأي:

يمكن استخلاص ما يؤيد هذا الرأي من خلال تتبع الصياغات الفقهية المختلفة، فأنصار عدم الاختصاص يقرون بالطبيعة الإجرائية البحتة للدفع بالتحكيم ولكنهم يتجاوزن

في تحديد مضمون الاتفاق على التحكيم مفهوم تنازل الخصوم عن سلطاتهم الإجرائية إلى ما هو أبعد من ذلك مما لا يملكونه بخصوص سلطة الدولة في القضاء.

وأنصار عدم القبول سواء الذين قالوا بأنه نزول الخصم على حقه في الفصل في الدعوى أو القائلين بأنه نزول عن الالتجاء إلى القضاء لحماية الحق كلاهما لا يمكن حمله على غير المعنى الذي ينصرف إلى إجراءات التقاضي العادية لحماية محل الاتفاق على التحكيم.

وهو نفس المعنى الذي يؤكدّه الفقه الايطالي كما جاء على لسان الفقيه (كيوفندا) بان الاتفاق على التحكيم ينشئ دفعا بالتنازل عن الخصومة القضائية، أو كما قال الفقيه (ردنتي) بأن الدفع بالتحكيم بهذا المعنى هو: "بالتحكيم يتم حل النزاع بوسيلة مختلفة عن الخصومة القضائية ويطلق عليها بديل الخصومة أو شبه الخصومة وهذا المعنى قريب مما تردده محكمة النقض المصرية بقولها التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية".

وعليه يرى أنصار هذه النظرية أن غاية الدفع بالتحكيم هو الدفع ببطلان المطالبة القضائية، يؤدي إلى ما قبلته المحكمة في إنهاء الخصومة وإلى إنهاء الإجراءات دون الفصل في موضوعها لأن المسألة تتعلق بعيب أصلي في الإجراء الافتتاحي للخصومة وهو المطالبة القضائية.

ويترتب على ذلك أن يكون الحكم الصادر بالدفع حكما يبطلان المطالبة أو بصحتها والذي يكون محله هو الشيء الذي يقع الإجراء فيه، وهو عنصر لازم يتطلب فيه القانون شروطا معينة لوجوده وصحته، كأن يكون موجودا أو معينا أو قابلا لأن يكون محلا لوجوده.

والمطالبة القضائية التي تتضمن طلبا يكون محل الاتفاق على التحكيم تفتقد هذا المقتضى مما يستوجب بطلانها لأن الاتفاق على التحكيم يخول طرفاه الحق في عدم إتباع إجراءات التقاضي العادية بالنسبة للنزاع محل التحكيم فيكون لهما التمسك بأثر اتفاق التحكيم بالطلب إلى القضاء تقرير عدم قابلية الطلب لأن يكون محلا للمطالبة به أمامه، وهو ما يستتبع بطلان إجراءات المطالبة القضائية لانتفاء أحد مقتضياتها الموضوعية وهو قابلية المحل وهذه هي وظيفة الدفع بالتحكيم.

كما يرى أنصار هذه النظرية أنه إذا كانت هذه الفكرة غير مألوفة فليس في ذلك ما يكفي برفضها، إلى جانب أن قبولها ينسجم مع أهمية تحرير الفكر القانوني من رواسب تاريخيه كانت ترى في الإجراءات القضائية مجرد طقوس وانتقاد لا محل لبطلانها ما لم تكن معيبة والقول بأن الدفع بالتحكيم هو دفع إجرائي من نوع خاص تخريج منطقي يتفق مع نظرة الفكر القانوني المعاصر للدور الإجرائي في الخصومة المدنية.

يدعم هذا الرأي نظريته بالحجج التالية:

- إن الدفع بالتحكيم يوجه إلى إجراءات الخصومة القضائية من منطلق أن الاتفاق على التحكيم يلزم أطرافه بعدم سلوك طريق التقاضي العادي والاستعاضة عنه بإجراءات التحكيم، وعليه لا صلة بالدفع بالتحكيم بموضوع الدعوى الذي هو سبب النزاع المراد حله بطريق التحكيم ولا علاقة له بعدم القبول الذي يعزى إلى عيب في الدعوى ذاتها ومدى توافر الشروط اللازمة للفصل في الإدعاء الموضوعي.

- إن الدفع بالتحكيم يخضع من الناحية العملية للقواعد المطبقة على الدفوع البحتة المقررة للمصلحة الخاصة ومن مظاهرها:

• أن القاعدة المأخوذة بها "فقها وقضاء" والمنصوص عليها في كثير من التشريعات وبأيديها الفقه الراجح وهو وجوب إبداء الدفع بالتحكيم قبل الكلام في الموضوع.

• أن ما تقرره محكمة النقض المصرية وبعض أحكام محكمة التمييز الأردنية بخصوص الحكم الصادر في الدفع بالتحكيم لا يستتفز سلطة محكمة أول درجة في نظر الموضوع.

• أن أغلب التشريعات العربية وأنظمة التحكيم الدولية ترتب على الدفع أثرا وإجرائيا بحتا في وقف الإجراءات لحين صدور حكم التحكيم.

* **نقد هذا الرأي:** إن هذا الرأي لم يلقى أي تجاوب في أحكام القضاء والفقه المقارن نهائيا، فليس من السهل التسليم بالرأي السابق للأسباب التالية:

- أن القول بأن الدفع بالتحكيم يوجه إلى إجراءات الخصومة القضائية تأسيسا على أن الاتفاق على التحكيم يلزم أطرافه بعدم سلوك طريق التقاضي العادي لا يختلف عن تأصيل التحكيم باعتباره تنازلا عن حق الدعوى أو اللجوء إلى القضاء، فجمعها تقوم على افتراض ليس صحيحا بدليل إمكانية العودة إلى التقاضي العادي لو تعذرت مواصلة التحكيم

أو وصوله إلى منتهاه بعكس التنازل، الذي يحول دون العودة إلى ممارسة الحق الذي تم التنازل عنه.

- الاستناد إلى خضوع الدفع بالتحكيم من الناحية العملية للقواعد المطبقة على الدفع الإجرائية وبالأخص بالنسبة لأحكام القضاء يفسره تقسيم الدفع بعدم القبول إلى دفع بعدم القبول: إجرائي وآخر موضوعي مع إخضاع كل منهما لأحكام الطائفة إلى ينتمي إليها وهذه هي خطة محكمة النقض المصرية التي لم تسلم من نقد الفقه ومن بينهم صاحب هذا الرأي الدكتور وجدي راغب.

- إن الدفع بالتحكيم لا يوجه إلى إجراءات الخصومة، وإنما إلى حق الخصم من حيث المبدأ في استعمال الدعوى وطرق باب القضاء العادي بعد أن تم الاستعاضة عنه بطريق آخر مواز له ومحقق لذات الأهداف من حيث حسم النزاع بحكم ملزم، فمن الملاحظ أن استبعاد التحكيم عن طريق القضاء هو أيضا قريب الشبه من نطاق القانون العام من الدفع بوجود طريق طعن مواز لعدم لقبول دعوى الإلغاء والذي تردد فقهاء القانون العام في تكييفه بين دفع بعدم الاختصاص ودفع بعدم القبول، فالتحكيم لا يختلف عن طريق الطعن الموازي إلا من حيث الأساس الذي يقوم عليه، فبينما يستند الأول إلى القانون يركز الآخر إلى اتفاق الطرفين وتأييد القانون لهذا الاتفاق.

- إن المتمسك بالدفع بالتحكيم ينازع في أحقية المدعى في إقامة دعواه، ولا يهدف إلى النص على الإجراء القضائي لعيب فيه أيا كان هذا العيب، ويكفيه إن تبقى له الدفع بعدم قبول الدعوى ليناظ أمر النزاع بالمحكمن، وأن كل ما يمكن أن يثار حين وجود هذا الدفع أمام المحكمة هو التعارض بين حق الدعوى الذي هو حق عام مكفول للكافة والحق الآخر الناجم عن الاتفاق على التحكيم، ووسيلة إزالة هذا التعارض هو الحكم بترجيح الحق الأول بالرعاية وهو الأثر الناجم عن التحكيم ومن ثم عدم قبول الدعوى.

- إن هذا الاتجاه يقود إلى نتائج غير مألوفة يكفى لاستبعاده ولاسيما إذا أمكن تكييف طبيعة الدفع وفقا للقواعد العامة والصياغات المألوفة وليس تحرير الفكر القانوني كوسيلة لأحداث بدعه قانونية تستعصي على الحلول المستقرة، كما أن مجرد الخروج على أي قاعدة مستقرة من شأنه أن يحدث شرخا في البناء القانوني فيهدمه ولا يطرره، وإذا كان تحرير القانون من الطقوس والقوالب الجامدة مطلوبا فإن اتساق قواعده وانتظامها في منظومة فكرية متجانسة مطلوب من باب أولى.

ج-4 الدفع بالتحكيم دفع بعدم القبول

* مضمون وحجج هذا الرأي:

يعتبر قبول التحكيم نزول الخصم عن الالتجاء إلى القضاء، فشرط التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة وإنما يمنعها من سماعها فقط ما دام الشرط قائماً، وبذلك يكون الاعتداد بشرط التحكيم من قبيل الدفوع بعدم القبول لا ينكر سلطة الخصم في اللجوء إلى القضاء العادي للذود عن الحق المتنازع عليه، والاتفاق على التحكيم لا يمس الشروط الشكلية المتعلقة بالاختصاص وإنما يمس سلطة الخصم في الالتجاء إلى القضاء وينشئ عائداً مؤقتاً يمنع المحكمة من نظر الدعوى، لذلك فالرجوع عنه يوجب العودة إلى المحكمة المختصة. ويؤكد أن التحكيم لا ينزع الاختصاص لأن الاتفاق على التحكيم يؤدي إلى نزول الخصوم عن سلطة الالتجاء إلى القضاء أي إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بإرادتهم فإن الدعوى تفقد بذلك شرطاً من شروط قبولها فيتمتع على المحكمة نظرها. ويصور هذا الاتجاه الاتفاق على التحكيم على أنه يتضمن تنازلاً من الطرفين عن حق الدعوى، بحيث إذا لجأ أحدهما إلى المحكمة جاز للطرف الآخر أن يتمسك بعدم قبول الدعوى بسبب التنازل عنها.

ويشبه البعض أثر الاتفاق على التحكيم بأثر سقوط الدعوى بالتقادم أو بصدور حكم سابق في نفس المنازعة ويرتب على ذلك نفس النتائج، وقيل بأن الدفع بالتحكيم هو دفع بالتنازل عن الخصومة المدنية وقد أخذت محكمة النقض الإيطالية بهذا التكييف في بعض أحكامها مما يمكن إدخاله في عداد الدفوع بعدم القبول.

وبما بأن الخصم وقد ارتضى عرض النزاع على محكم يكون قد نزل عن حقه في الفصل في الدعوى عن طريق الخصومة العادية والتمسك بهذا النزول يعتبر دفعا بعدم القبول من الناحية الإجرائية أمام القضاء، ولأن أساس هذا الدفع هو اتفاق الطرفين على التحكيم فإنه لا يتعلق بالنظام العام وليس للمحكمة أن تقضي بأعماله من تلقاء نفسها بل يجب التمسك به أمامها، ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً ويسقط الحق فيه بالكلام في الموضوع على أنه قضى ببطان الاتفاق على التحكيم عاد للطرفين الحق في الالتجاء إلى القضاء العادي.

لقد سلك المشرع الفلسطيني في نص المادة (7) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 نفس مسلك المشرع المصري في المادة (13) من قانون التحكيم المصري،

وإن كان نص صراحة على جعل الدعوى غير مقبولة وأوجب على المحكمة الحكم بعدم قبولها، وإن كان المشرع الفلسطيني لم ينص صراحة على عدم القبول في نص المادة السابعة إلا أن المشرع الفلسطيني تأثر بنص المادة (13) من قانون التحكيم المصري ولكن هذا النص وإن كان يسلب المحكمة ولايتها العامة في الفصل في جميع المنازعات ولكن وجوده كاستثناء على الأصل لا يحول دون تطبيقه لأنه لا يمس بالنظام العام للدولة، وأن هذا الدفع إنما يكون لأجل الوقف المؤقت لنظر الدعوى من قبل المحكمة إذا أن الدفع بالتحكيم ليس دفعا موضوعيا وبالتالي فلا يستنفذ محكمة الموضوع ولايتها بقبوله أو عدم قبوله.

ويجب على محكمة الاستئناف إذا ألغت حكم أول درجة وقررت رفض الدفع أن تقرر إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة ولا تكون قد خالفت مبدأ دستوريا وهذا لأن التقاضي يكون على درجتين، بل أكثر من ذلك إنه يجوز للخصوم باتفاقهم لالتجاء إلى القضاء العادي للفصل في نزاعهم الذي سبق الفصل فيه بالتحكيم دون أن يكون من حق المحكمة التي تنظر النزاع أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها بالتحكيم فكأنهم تنازلوا عن الحكم الذي أسفر عنه القضاء الخاص وهو استثناء سلوكه بمحض إرادتهم فلا يقيدهم إذا انفقوا على العودة للأصل.

ومن الملاحظ أن أحكام القضاء المصري في تكييف طبيعة الدفع بالتحكيم تتراوح ما بين اعتباره دفعا إجرائيا محضا تارة ودفعا إجرائيا بعدم القبول تارة أخرى فقد ذكر سابقا أن أغلبية أحكام القضاء المصري قبل صدور قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 لسنة 1993 كانت تعتبره من قبيل الدفع بعد الاختصاص ولكن ذهبت بعد أحكامها قبل صدور القانون المذكور إلى اعتباره دفعا إجرائيا بعدم القبول وقد استقرت أحكامها على ذلك بعد صدور القانون.

أما بخصوص أحكام القضاء الفلسطيني فإن قانون التحكيم الفلسطيني الجديد عدل في أحكام لاحقه عن ذلك واعتبرته دفعا بعدم القبول واستقرت على ذلك، وقد جاء في قضائهما بأن الرأي الراجح فقها وقضاء هو أن الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم هو دفع بعدم القبول وأن الحكم الذي تصدره المحكمة بتوقيف الإجراءات القضائية لوجود شرط يوجب حل النزاع بطريق التحكيم ينهي الدعوى ويزيل الخصومة ويجعلها كأن لم تكن، وإذا كان يعيب هذا القضاء بأن التحكيم يوقف الخصومة ولكن لا ينهي النزاع.

كما جاء في قضاء آخر بأن الاتفاق على التحكيم معناه تنازل الخصم عن الالتجاء إلى القضاء ولحماية حقه ما دام شرط التحكيم قائما وإن الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم وطلب وقف إجراءات الدعوى بسبب وجود اتفاق على إحالة النزاع على التحكيم وهو من قبيل الدفع بعدم القبول وأن المحكمة إذا أصدرت قرارها بشأن الدفع بعدم قبول الدفع فان مثل هذا القرار لا يقبل الاستئناف منفردا إلا إنه ليس من شأنه أن يرفع يد المحكمة عن الدعوى وإنما يطعن فيه مع الحكم الذي يفصل فيها، كما استقر على ذلك الاجتهاد القضائي.

* **نقد هذا الرأي:** إن أهم ما وجه إلى هذه الرأي أن الدفع بعدم القبول يجوز إبدائه في أية حالة تكون عليها الدعوى طبقا لنص المادة 115 مرافعات مصري وبما ينسجم مع طبيعة هذا الدفع.

ملاحظة: بالنسبة للمشرع الجزائري نجده نص صراحة على تبني الرأي القائل بأن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص، وذلك من خلال نص المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف".

د - ميعاد الإدلاء بالدفع بالتحكيم وأثره

إن تحديد ميعاد الدفع بالتحكيم يتوقف على تحديد طبيعته فهو عند القائلين بأنه دفع بعدم القبول غير ما هو عليه عند القائلين بأنه دفع إجرائي، وما هو جدير بالذكر أن أثر الدفع بالتحكيم عند قبوله من قبل المحكمة هو عرض النزاع على التحكيم، ولكن يثور تساؤلات حول مدى تعلق الدفع بالتحكيم بالنظام العام، وحول وقت تقديم الدفع بالتحكيم.

د-1 مدى تعلق الدفع بالتحكيم بالنظام العام :

نظرا لأن كفة المصلحة الخاصة المحمية بالاتفاق على التحكيم هي الأرجح فقد اعتبر هذا الدفع غير متعلق بالنظام العام، فلا تجوز إثارته إلا بناء على طلب الخصوم ولا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها، ولا تثريب عليها إن هي قررت المضي قدما في الدعوى بالرغم من وجود الاتفاق على التحكيم مادام أحد من الخصوم لم يدفع بوجود الاتفاق على التحكيم ويحكم بتوقيف إجراءات الدعوى.

د-2 ميعاد الإدلاء بالدفع بالتحكيم وفقا لأنصار رأي عدم القبول

إذا كانت القاعدة أنه يجوز إبداء الدفع بعدم القبول عموما في أي حالة تكون عليها الدعوى ولا يلزم الخصم بإبدائه قبل التكلم في الموضوع، فإنه عند أنصار هذا الرأي يمكن إثارة الدفع بعدم القبول في أي حالة تكون عليها الدعوى، لأنه ليس من الدفوع الشكلية إلا أن النصوص الواردة في قوانين التحكيم المختلفة المصرية والفلسطينية أوجبت إثارته قبل الدخول في أساس الدعوى.

د-3 ميعاد الإدلاء بالدفع بالتحكيم عن القائلين بعدم الاختصاص

ذهب هذا الرأي إلى القول بوجوب إبدائه قبل سائر الدفوع استنادا إلى أن الاتفاق على التحكيم هو عقد بين طرفيه يخضع لما تخضع له العقود من حالات البطلان والفسخ والانقضاء والتعديل، وأن لأطرافه الحق في إلغائه أو تعديله دون معقب ويكون لهم ذلك صراحة أو ضمنا ومتى تقرر ذلك فإن تحديد وجوب إبداء الدفع بالتحكيم قبل غيره من الدفوع يستند إلى إرادة المتعاقدين فإذا لجأ أحد الطرفين المتعاقدين على التحكيم إلى القضاء ولم يبد الطرف الآخر اعتراضا على ذلك بل دفع الدعوى أو دافع فيها فهم من ذلك أنهما قد رغبا عن التحكيم وإلغاء اتفاقهما السابق بإرادتهما المشتركة ومن ثم وجب احترام هذه الإرادة التي عبر عنها ضمنيا ولا يتسنى القول بأن العقد قد أهدر من جانب أحد أطرافه لمجرد إدلائه بدفع موضوعي وإنما أهدر من جانبين: المدعى الذي لجأ إلى القضاء والمدعى عليه الذي جابه الدعوى.

ج- شروط صحة شرط التحكيم:

ج-1 الشروط الشكلية لصحة شرط التحكيم: تشترط القوانين المنظمة للتحكيم عادة أن يكون شرط التحكيم مكتوبا وهو ما يؤكدته المشرع الجزائري في المادة 1008 ق.إ.م.إ حيث اشترط أن يكون شرط التحكيم في شكل مكتوب وذلك في ما يلي: "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية وفي الوثيقة التي تسند إليها" ولعل الحكمة من وراء هذه الإلزامية تكمن في المحافظة والحرص على ما تم الاتفاق عليه من طرف المتعاقدين عند إبرامهم لشرط التحكيم وعدم إنكارهم له، وكذا العمل على اكتساب الشرط نوعا من المصادقية اتجاه المتعاقدين، وتجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري لم يوضح نوع الكتابة إذا كانت رسمية أو عرفية بخلاف المشرع الفرنسي الذي لم يتطلب في الكتابة اللازمة لشرط التحكيم أن تكون رسمية موقعة من الأطراف المحكّمين.

ج-2 الشروط الموضوعية لصحة شرط التحكيم: لصحة شرط التحكيم من الناحية الموضوعية لا بد من توفر الأهلية والتراضي وكذا تحديد هيئة التحكيم.

* الأهلية: لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه.

* الرضا: إن الاتفاق على إنشاء أي تصرف قانوني منتج للأثر يتطلب تحقق تطابق الإرادتين المفصح عنهما، بحيث تكون الإرادة التي يعبر عنها الطرف الثاني (القبول) تطابق أو توافق الإرادة التي أفصح عنها الطرف الأول (الإيجاب).

وهذا ما يثبت وجود التراضي المطلوب توافره عندما يكون طريق التحكيم هو السبيل الذي تتجه إرادة الأطراف المتعاقدة لحل المنازعات التي يمكن أن تثور بينهما.

* محل شرط التحكيم: الاتفاق على التحكيم يتضمن بالنسبة لمحلته معنى مزدوجاً، موضوعياً وهو "المنازعات" المراد عرضها على التحكيم وشخصياً وهو "المحكم" الذي سيعرض عليه النزاع وقد نصت المادة 1008 فقرة 02 ق.إ.م.إ على أنه: "يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم" وهذا هو الأصل، إلا أن المشرع الجزائري أورد استثناء على هذا الأصل في المادة 1009 فقرة 01 ق.إ.م.إ يتمثل في: "إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه"

إلا أنه إذا كان شرط التحكيم باطلاً أو غير كافٍ لتشكيل محكمة التحكيم يعاين رئيس المحكمة ذلك، ويصرح بالألا وجه للتحكيم المادة 1009 الفقرة 02

2- اتفاق التحكيم: يأخذ الاتفاق على التحكيم إلى جانب شرط التحكيم صورة ثانية وهي اتفاق التحكيم .

أ- تعريفه: لقد عرف المشرع الجزائري اتفاق التحكيم في المادة 1011 "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"

كما أجاز المشرع في المادة 1013 ق.إ.م.إ للأطراف أن يبرموا اتفاق تحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية.

ب- شروط صحة اتفاق التحكيم: يجب لصحته توفر عدة شروط منها ما هو شكلي ومنها ما هو موضوعي .

ب-1 الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم:

- الكتابة: نص المشرع الجزائري في المادة 1012 ق.إ.م.إ: "يحصل الاتفاق على التحكيم كتابة"

ب-2 الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم:

- تعيين المحكمين: أكد المشرع الجزائري في المادة 2/1012 على أنه "يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم"

إلا أن هذه المادة في الفقرة 03 منها نصت على أنه: "إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة" المادة 1042.

- تحديد موضوع النزاع: يجب أن يحدد اتفاق التحكيم موضوع النزاع المراد عرضه على التحكيم، ويقصد بتحديد موضوع النزاع، تحديد مجموع الإشكالات القانونية والإدعاءات المتبادلة التي يدعيها الخصوم، كما يجب أن تحدد بشكل واضح على اعتبار أن النزاع قد ثار بين الأطراف بصفة دقيقة، ولأن المسائل محل النزاع معروفة لدى الأطراف، إذن إن ضبط موضوع النزاع سيحول دون إثارة منازعات فرعية بين الخصوم حول ما عهد به إلى التحكيم، كما أن تحديد مسائل النزاع يقيد من سلطة المحكم أو المحكمين في الفصل في النزاع في المواضيع المحددة دون غيرها، فإن خرجوا عنها كان حكمهم باطلا، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 2/1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان موضوع النزاع...".

المطلب الثاني: الأحكام المشتركة:

هناك بعض الأحكام المشتركة بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري، وهي نفسها مشتركة بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم، وهو ما سيتم بيانه فيما يلي:

الفرع الأول: تشكيل محكمة التحكيم:

المحكم هو شخص يتمتع بثقة الخصوم، أولوه عناية الفصل في خصومه قائمة بينهم، وقد يتم تعيينه من جانب المحكمة إذا كان التشريع يجيز ذلك للقيام بمهامه، ولما كان

حكم المحكم بمثابة قضاء على الخصوم فلم يترك المشرع لهم حرية كاملة في اختياره، و إنما قيدها ببعض القيود رعاية لهم.

ولأهمية الدور التي يقوم به المحكم منحه سلطات واسعة تمكنه من الفصل في موضوع النزاع بإصدار حكم ملزم للمحتكمين، وهو يمارسها من اللحظة الأولى التي يصدر فيها موافقته على قبول مهمة التحكيم، كما يستمدّها من اتفاق المحتكمين الذين يحددون سلطاته في صلب اتفاقهم، أو يحيلون الأمر إلى نظام تحكيم أو مركز أو قانون تحكيم في دولة ما، و بالتالي فإن سلطات المحكم يستمدّها بعد ذلك من هذا النظام أو ذلك القانون.

التحكيم أداة فعالة في تسوية المنازعات، لأن مهمة التحكيم يتم إسنادها إلى أفراد يطلق عليهم "المحكم أو المحكمين" و يجري اختيارهم بواسطة أطراف النزاع، و ذلك انطلاقاً من الثقة التي يتمتعون بها في قدرتهم على حسم النزاع، أو انطلاقاً من التخصص الفني الذي لا يتوافر لغيرهم، مما يجعلهم أقدر من الآخرين على فهم المسائل المعروضة عليهم. إن نجاح الإصلاح بين المتنازعين رهين بمهنية المحكمين، أو على الأقل يجب أن تكون لهؤلاء مصداقية تجاه الأطراف، وهذه المصداقية تقتضي أن يكونوا أكفاء، نزهاء، منظمين، وأن تكون أتعابهم في الحدود المعقولة.

وتراعى سلطة التعيين أو المحكمة الاعتبار التي من شأنها ضمان اختيار محكم مستقل ومحايد وأن تأخذ بعين الاعتبار أنه من المستحسن ألا يكون المحكم من جنسية أحد الأطراف، ومؤدى ذلك اختيار محكم من جنسية أحد الأطراف يكون صحيحاً متى توافرت فيه الحيادية والاستقلال، فلا يمنع أي شخص من العمل كمحكم، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "تتشكل محكمة من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي".

ويرجع شرط الوتيرية إلى تجنب فكرة إنكار العدالة، وذلك إذا تساوت الأصوات، فيكون هناك أغلبية تسمح بإصدار حكم التحكيم.

الفرع الثاني: رد المحكم وعزله واستبداله:

أولاً: رد المحكم: يقصد برد المحكم أن يعبر أحد الأطراف في خصومة التحكيم عن إرادته في عدم المثول أمام محكم معين في قضية معينة لتوفر أحد الأسباب التي حددها القانون.

وقد تضمنت المادة 3/1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ما يلي: " إذا علم المحكم أنه قابل للرد يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم".

ولذلك فقد حددت المادة 1016 من نفس القانون أسباب الرد وهي: " يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:

- 1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف،
 - 2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم،
 - 3- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط".
- وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه إلا لسبب علم به بعد التعيين. (المادة 2،3/1016) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ثانيا: عزل المحكم واستبداله: إن عزل المحكم هو إقالته وإبعاده عن مهمته باتفاق الأطراف جميعا إذا توفرت موجبات العزل.

أما بالنسبة لاستبدال المحكم فإنه يعتبر ضروريا عندما لا يتمكن المحكم من الاستمرار في وظيفته أو يفشل في القيام بها بشكل واضح. وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 3/1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثالثا: مدة صدور حكم التحكيم: نص المشرع الجزائري في المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (4) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم.

غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف وفي حالة عدم الموافقة عليه يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك، يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة".

المراجع:

- ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، الطبعة 01، القاهرة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1996.

- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة 01، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2009.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- نظرية الالتزام-، المجلد الأول، الطبعة الثالثة الجديدة، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.