

الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري

أ.محمد قبايلي

جامعة محمد بو ضياف بالهسيمة

المخلص

يترتب على اتفاق التحكيم أثر هام يعرف بالأثر السلبي الذي بموجبه يتخلى القاضي عن اختصاصه لهيئة التحكيم، وهذا لا يعني أن علاقة القاضي بهيئة التحكيم ستنتقطع بل بالعكس يبقى القاضي يمد يد المساعدة للمحكم في عمله كما يبسط رقابته على الحكم التحكيمي عند صدوره، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن تحلي القاضي عن اختصاصه لا يكون أليا بل يجب إثارته من أحد الأطراف، كما أن على القاضي التحقق من عدم البطلان الظاهر لاتفاقية التحكيم.

Résumé

L'existence de la convention d'arbitrage a un effet important qui retire au juge étatique son pouvoir juridictionnel (effet négatif). En effet, la clause d'arbitrage oblige, en principe, la juridiction étatique saisie à se déclarer incompétente, et de donner compétence à l'arbitre pour statuer sur le litige que les parties lui ont soumis. Cela ne signifie pas que La relation entre le juge et l'arbitre sera coupée, au contraire, le juge reste étend un coup de main à l' arbitre durant toutes les etapes de d'arbitrage.

D'autre part, Le juge de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence, sauf s'il constate l'existence d'une convention d'arbitrage à condition que celle-ci, soit invoquée par l'une des parties.

مَهَيِّدٌ

يعدّ التحكيم من أقدم الوسائل في حل النزاعات وتسويتها، حيث إلتجأ وعمل به الأفراد منذ القدم، وأخذ يتطور شيئا فشيئا بتطور وازدياد المعاملات وما ينشأ عنها من نزاعات بين أطرافها، وأصبحت غالبية العقود الدولية تتضمن شرط التحكيم لحل النزاعات التي قد تنشأ مستقبلا، ومواكبة لهذه التحولات الاقتصادية والتجارية، أصدرت الجزائر أول قانون يتعلق بالتحكيم بالمرسوم التشريعي 09/93 بتاريخ 1993/04/25 معدل ومتمم لقانون الإجراءات المدنية الصادر في جوان 1966م، وقد

جدد المشرع ثقته في التحكيم عند إصداره للقانون الجديد للإجراءات المدنية والإدارية بتاريخ 25 فيفري 2008. واتفاق التحكيم عقد كغيره من العقود يخضع لما تخضع له الاتفاقيات إلا أنه يرتب آثارا متميزة عن الآثار المعتادة للتصرفات القانونية في القانون الخاص، وهنا تبرز أهمية هذه الدراسة أي في الجانب الإجرائي والذي يرتب أثرين هامين أولهما هو اختصاص هيئة التحكيم التي اختارها الأطراف بالفصل في النزاع الذي نشأ أو قد ينشأ عن تنفيذ العقد الأصلي وهو ما بات يعرف بالأثر الإيجابي، وثانيهما هو الأثر السلي أي امتناع القاضي العام للدولة من نظر هذا النزاع عند تمسك أحد الأطراف بالدفع بوجود اتفاقية تحكيم.

فما هو المقصود بمبدأ امتناع قاضي الدولة عن نظر النزاع، وما طبيعة وأساس هذا المبدأ؟ وهل يؤخذ هذا المبدأ على إطلاقه أم أن له استثناءات وفقا للقاعدة " أنه ما من مبدأ إلا وله استثناء"؟ وهل يحدث الأثر السلي لاتفاق التحكيم طبيعة بين القضاء ونظام التحكيم؟ وللإجابة عن هذه التساؤلات قسمنا هذه الدراسة إلى مطلبين تطرقنا في أولهما لمبدأ عدم ولاية القاضي لوجود اتفاقية تحكيم أما في المطلب الثاني فتناولنا نسبية هذا المبدأ.

المبحث الأول: امتناع القاضي عن نظر الخصومة

لقد نص المشرع الجزائري على مبدأ عدم ولاية القاضي الوطني في وجود اتفاق تحكيم في المادة 1045 ق ا م ا، والتي نصت على أنه "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" (المطلب الأول)، وما يسترعي انتباهنا في هذه المادة بعد تحليلها هو أنها توحى بإمكانية تدخل القضاء الوطني في الخصومة التحكيمية بما ينتج عنه الإقرار بوجود نسبية واستثناء على هذا لمبدأ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مبدأ عدم ولاية القاضي لوجود اتفاقية تحكيم يري الأستاذ Philippe Fouchard أن اتفاقية التحكيم عبارة عن عقد والذي

بمقتضاه يلتزم الأطراف على فض خلافاتهم الناشئة أو التي قد تنشأ عن طريق محكمين وليس عن طريق قضاة الدولة.⁽¹⁾ ومن آثار مبدأ عدم ولاية القاضي الوطني لوجود اتفاقية تحكيم هو رده للدعوى التي قد يرفعها أمامه أحد أطراف الخصومة والمتفق بشأنها على التحكيم وذلك عن طريق الدفع بوجود اتفاقية تحكيم. وتعد الدفوع من الوسائل التي وفرها القانون للخصم لدحض ادعاءات خصمه، ولما كان الاتفاق على التحكيم يسلب القاضي ولايته في الفصل في الخصومة ويمنح الحق للمدعي عليه في التمسك باللجوء لنظام التحكيم بدل القضاء الوطني بشرط أن يثير هذا الأخير الدفع بوجود اتفاق التحكيم أمام القاضي قبل الدخول في موضوع الدعوى.⁽²⁾ والسؤال المطروح هنا يتمحور حول ماهية الطبيعة القانونية للدفع بوجود اتفاقية تحكيم؟ (الفرع الأول) والأساس القانوني لهذا المبدأ؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للدفع بوجود اتفاقية تحكيم لقد اختلفت الآراء الفقهية حول طبيعة الدفع بوجود اتفاقية تحكيم فمنهم من يري انه دفع بعدم الاختصاص ومنهم من يري انه دفع بعدم القبول. **أولاً: الدفع باتفاق التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص** يعتنق هذا الرأي كل من الفقه والقضاء الفرنسيين وجانب من الفقه الإيطالي حيث أخذت به محكمة النقض الإيطالية في بعض أحكامها والتي اعتبرته دفعا غير متعلق بالنظام العام شأنه شأن الدفع بعدم الاختصاص المحلي، مما يوجب التمسك به قبل الكلام في الموضوع وإلا سقط الحق فيه، واعتمده المادة 819 مكرر3 من قانون الإجراءات المدنية الإيطالية⁽³⁾، وسائر القضاء الجزائري هذا الرأي في العديد من القرارات منها قرار محكمة استئناف الجزائر رقم 119 الصادر بتاريخ 1973/7/4 عندما عُرض عليه خلاف بين شركة جزائرية وشركة يوغوسلافية بينهما عقد تحكيم دولي، حيث أصدرت المحكمة حكما بعدم اختصاصها وفقا للأثر السلبي المترتب علي وجود عقد تحكيمي.⁽⁴⁾ وهناك الكثير من التشريعات العربية التي أخذت بهذا المبدأ، على غرار المشرع الجزائري الذي حسم في هذه

المسألة من خلال نص المادة 1045 ق ا م ا، السالفة الذكر، وهو ما ذهبت إليه المادة 24 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري والتي أقرها مجلس وزراء العدل العربي حيث اعتبرته بأنه دفع بعدم الاختصاص والتي نصت على أنه "يجب إبداء الدفع بعدم الاختصاص والدفع الشكلية الأخرى قبل الجلسة الأولى وعلى الهيئة أن تفصل فيها قبل الدخول في الموضوع ويكون قرارها بهذا الشأن نهائياً".

ويرى مؤيدو هذا الاتجاه أن الدفع بوجود اتفاقية تحكيم هو دفع بعدم الاختصاص وهو يجب سلطة القاضي الوطني عن نظر النزاع وبمنحها للمحكم، والدفع بعدم الاختصاص يكون نتيجة مخالفة لقاعدة من قواعد الاختصاص الشكلية، وهو عدم اختصاص وضيقي لانتفاء الولاية ينتج جراء الاتفاق على التحكيم الذي يسلب ولاية القضاء العام للدولة عن نظر هذا النزاع.⁽⁵⁾

بعض الانتقادات الموجهة لهذا الرأي لقد وجه لهذا الرأي العديد من الانتقادات منها صعوبة تحديد نوع عدم الاختصاص في مثل هذه الحالة، ومنها أيضاً أن الاختصاص يجده القانون، وان القضاء يظل مختصاً رغم الاتفاق على التحكيم في مراجعة حكم المحكم وفي اختصاصه بدعوى البطلان.⁽⁶⁾

ثانياً: الدفع باتفاق التحكيم هو دفع بعدم القبول يعد أصحاب هذا الرأي أن الدفع بوجود اتفاقية تحكيم ليس من شأنه أو من طبيعته نزع اختصاص القاضي الوطني، وهو دفع بعدم القبول لأنه يترتب على اتفاق التحكيم ترك الأطراف للقضاء العادي والالتجاء إلى هيئة التحكيم، ومتى نزل الخصوم بإرادتهم عن سلطة الالتجاء إلى قاضي الدولة تكون الدعوى قد فقدت أحد شروط قبولها مما يمتنع على المحكمة قبولها، ما دام اتفاق التحكيم قائماً.⁽⁷⁾

وقد اعتنق هذا الرأي المشرع المصري في المادة 13 التي نصت على أنه "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى..." وهو ما تبناه المشرع السوري في نص المادة العاشرة

بقوله " يجب على المحكمة التى ترفع أمامها دعوى فى مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى...".

بعض الانتقادات الموجهة لهذا الرأى لقد وجهت إلى نظرية عدم القبول العديده من الانتقادات منها: صعوبة التمييز بين مختلف الدفع بعدم القبول، فهناك عدم قبول لمخالفة الحق فى الدعوى وشروط قبولها، أو مخالفة حق اللجوء إلى القضاء وعناصر قيام هذا الحق، وقيل أيضا أن الاتفاق على التحكيم لا يمس بالحق فى الدعوى الذى يعترف به القانون لأصحاب الحق الموضوعى والذى يظل قائما رغم الاتفاق على التحكيم.⁽⁸⁾

1. الوقت الذى يتعين فيه إثارة الدفع باتفاق التحكيم يجب إثارة هذا الدفع قبل الدخول فى الموضوع، وهو ما أكدته غالبية التشريعات المقارنة بما فيها قانون التحكيم الجزائرى فى صلب المادة 1044 ق ا م ا.⁽⁹⁾ غير أنه ما يلاحظ بهذا الشأن أن المحكمة العليا فى أحد قراراتها أنها ناقضت نص المادة 1044 ق ا م ا، فى منطوقها الذى جاء فيه: " حيث يتبين فعلا من القرار المطعون فيه أنه قضى برفض الدفع المثار من طرف الطاعن، والمتعلق بوجوب اللجوء إلى التحكيم معتبرا أن هذا الدفع جاء متأخرا من جهة ويتعلق بالشكل من جهة أخرى، والحال أن هذا الدفع لا يتعلق بدفع شكلى بل يتعلق بتطبيق بند من بنود العقد، كما أن القرار المطعون فيه لم يبين النص الذى اعتمد عليه للقول، بأنه يجب تقديم هذا الدفع قبل الخوض فى الموضوع، ولذلك فقد خرق المجلس حقيقة نص المادة 106 من القانون المدنى لذلك يتعين قبوله تأسيسا، وبالتالي نقض القرار ودون حاجة إلى إحالة القضية لعدم وجود ما يفصل فيها، وذلك طبقا للمادة 263 من قانون الإجراءات المدنية".⁽¹⁰⁾

2. الدفع باتفاقية التحكيم لا يتعلق بالنظام العام الدفع بوجود اتفاقية تحكيم هو دفع غير متعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز للقاضى أن يقضى به من تلقاء نفسه حتى ولو تبين له وجود اتفاق تحكيم، وبناء عليه اذ لم يتمسك الخصم صاحب المصلحة بهذا الدفع فيجب على القاضى أن ينظر الخصومة ويصدر حكما فيها.⁽¹¹⁾

وهو ما أقرته الاتفاقيات الدولية كاتفاقية نيويورك في المادة 3/2 بنصها: "يتوجب على محكمة البلد المتعاقد التي تقام لديها قضية ذات علاقة باتفاقية معقودة بين الفرقاء ضمن منطوق هذه المادة، أن تحيل ذلك النزاع إلى التحكيم وذلك بطلب من أحد الفرقاء...".

وعدم تعلق الدفع باتفاقية التحكيم بالنظام العام أقرته أيضا التشريعات الوطنية كالقانون الفرنسي في المادة 1448 ق ا ف، والتي منعت القاضي من إعلان عدم اختصاصه من تلقاء نفسه، وهو نفس الأمر بالنسبة للمادة 13 من للقانون المصري والمادة 1045 من القانون الجزائري.

أما موقف القضاء فقد سار في هذا الاتجاه وقد تواترت أحكام النقض المصرية على اعتبار أن الدفع بوجود اتفاقية تحكيم غير متعلق بالنظام العام ومنها القرار الصادر بتاريخ 24 مايو لسنة 1966.⁽¹²⁾

أما القضاء الفرنسي بعدما كان يعتبر سابقا أن الدفع باتفاق التحكيم من قبيل الدفع بعدم الاختصاص المتعلق بالنظام العام إلا انه عاد وقرر بوضوح أن الدفع باتفاق التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص غير متعلق بالنظام العام.⁽¹³⁾

الفرع الثاني: الأساس القانوني لمبدأ عدم ولاية القاضي لقد استمد هذا المبدأ أساسه من مصدرين أساسيين هامين هما الاتفاقيات والمعاهدات الدولية (أ) والتشريعات والقوانين الوطنية (ب).

أولا: الاتفاقيات والمعاهدات الدولية: انصب الجهد الدولي على عقد الاتفاقيات التي من شأنها أن تضمن حدا أدنى من التماثل في المواقف من التحكيم وفي شروط الاعتراف بأحكامه وتنفيذها بما يضمن حرمة ولاية المحكم وحصانة رأيه ورفع عنه أسباب الوصاية وتحد من تدخل قاضي الدولة في الخصومة التحكيمية.⁽¹⁴⁾

وقد أقرت المعاهدات والاتفاقيات الخاصة بالتحكيم مبدأ عدم ولاية القاضي الوطني وامتناعه عن نظر المنازعات المتفق على فضها بالتحكيم. ولقد كانت اتفاقية جنيف لعام 1923 أول من أقرت مبدأ عدم اختصاص القاضي الوطني ومنعه من نظر المنازعات المتفق على حلها عن طريق

التحكيم وذلك بنص المادة 1/4 والتي ألزمت محاكم الدول المنظمة إلى الاتفاقية أن تحيل الأطراف المتنازعة إلى التحكيم إذا رفعت دعوى إلى المحاكم المذكورة وكان هناك اتفاق على حل النزاع بطريقة التحكيم إذا تمسك الطرف الآخر مقدما بذلك طلبا يدفع بوجود شرط تحكيم.⁽¹⁵⁾

بدورها كرست اتفاقية الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية 1958⁽¹⁶⁾ هذا المبدأ في نص المادة 3/2 والتي جاءت كما يلي "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق".⁽¹⁷⁾

من جانبها الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف 1961 أقرت بمبدأ عدم ولاية القاضي الوطني في النزاعات التي يوجد بشأنها اتفاق على التحكيم ولو بشكل غير مباشر في نص المادة 3/6 على أنه "في حالة عدم الالتجاء السابق إلى أي قضاء وطني، والشروع في اتخاذ إجراءات التحكيم فإن المحاكم القضائية في الدول المتعاقدة، والتي عهد إليها بالمنزعة المنصبة علي ذات الموضوع المعروض على قضاء التحكيم وبين ذات الأطراف، أن تتوقف عن الفصل في الموضوع الخاضع لاختصاص المحاكم، إلا لأسباب خطيرة وذلك حتى يتم صدور حكم التحكيم".⁽¹⁸⁾

من جهته كرس القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1985 مبدأ عدم اختصاص القاضي الوطني من خلال نص المادة 1/8 التي جاءت كما يلي: "على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه.

باستقراءنا لكل نصوص الاتفاقيات السابقة نجد أنه مع تأكدها على مبدأ استبعاد ولاية القاضي في القضايا التحكيمية إلا أنها لم تمنع من تحقق القاضي الوطني من التثبت للوجود الفعلي لاتفاقية التحكيم وصحتها.

إنّ نصوص هذه الاتفاقيات الدولية وأخرى كان لها الأثر المباشر في تبني التشريعات الوطنية لهذا المبدأ وهذا تنفيذاً لالتزاماتها الدولية وهو ما سنراه فيما يلي:

ثانياً: التشريعات الوطنية يتبين من الاستقراء العام المقارن لمواقف القوانين الوطنية الحديثة للتحكيم أن غالبيتها تركز مبدأ عدم اختصاص قاضي الدولة في خصومة تكون محل تحكيم، سواء كان ذلك تنفيذاً لالتزاماتها الدولية التي صادقت عليها أو عن اقتناعها بجذواها في تكريس فعالية التحكيم.

ويعدّ القانون الفرنسي من أبرز القوانين التي كرست مبدأ عدم اختصاص القاضي المساعد في وجود اتفاقية تحكيم من خلال المادة 1448 والتي نصت على أنه "عندما يرفع نزاع نشأ عن اتفاقية تحكيم أمام قاضي الدولة، هذا الأخير يصرح بعدم اختصاصه ماعداً إذا كانت محكمة التحكيم لم تتشكل بعد أو أن اتفاقية التحكيم ظاهرياً باطل وواضحاً غير قابلة للتطبيق..."⁽¹⁹⁾، وهو أيضاً ما سار عليه القانون السويسري فقد نظم مبدأ عدم اختصاص القاضي الوطني في نظر النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم في المادة 7 من القانون الفيدرالي المتعلق بالقانون الدولي الخاص LDIP حيث نصت على أنه: "إذا كان الأطراف قد وقعوا عقداً تحكيمياً يشمل نزاعاً يمكن إحالته للتحكيم فعلى المحكمة السويسرية التي يطلب منها النظر في هذا النزاع أن تعلن عدم اختصاصها..."⁽²⁰⁾.

أما القانون الأردني فقد تبني هذا المبدأ في المادة 1/12 من قانون التحكيم والتي نصت على أنه "على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى...".

والقانون الجزائري للتحكيم ومن خلال المادة 1045 ق ا م ا السابقة الذكر نجد أنه سار على نفس المنوال حيث نص على أنه "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".

ولقد أزلت هذه المادة الغموض الذي كان يكتنف النص القديم للمادة 485 مكرر 4 من قانون الإجراءات المدنية الملغى والتي كانت تنص على أن "تكون دعوى التحكيم معلقة عندما يرفع أحد الأطراف دعوى أمام المحكم أو المحكمين المعيّنين في اتفاقية التحكيم، أو عندما يباشر أحد الأطراف إجراءً في تأسيس محكمة التحكيم في حالة غياب مثل هذا التعيين يكون القاضي غير مختص للفصل في الموضوع متى كانت دعوى التحكيم معلقة".⁽²¹⁾

إن هذا النص كان محل نقد كبير بالنظر إلى كونه لم يحسم مسألة الاختصاص بشكل واضح، كما أنه يناقض نص المادة 2 الفقرة 3 من اتفاقية نيويورك التي صادقت عليها الجزائر بموجب القانون 88/18 المؤرخ في 1988/7/12.

نستخلص مما سبق أن مبدأ عدم اختصاص القاضي الوطني وامتناعه عن نظر الخصومة التي اتفق على حسمها بالتحكيم أصبح من المبادئ المستقرة سواء في المعاهدات والاتفاقيات الدولية أو بالنسبة للتشريعات والقوانين الوطنية، والقاضي عندما يمتنع عن نظر نزاع مشمول باتفاقية تحكيم مستوفية لجميع شروط صحتها يمثل ضماناً جوهرياً لنجاعة وفاعلية التحكيم.

لكن من خلال تعننا لجميع المواد والنصوص السابقة نلاحظ أنها التقت حول نقطة هامة وهي عدم إطلاق مبدأ عدم تدخل محاكم الدولة وجعلته نسبياً وحددت بعض الحالات التي تجيز للقاضي نظر النزاع، وهذا ما سنحاول تبينه في المطلب القادم.

المطلب الثاني: نسبية مبدأ عدم اختصاص القاضي الرسمي اتجاه القضاء الفرنسي في بادئ الأمر إلى اعتبار مبدأ عدم اختصاص القاضي الوطني أنه ذو صبغة مطلقة، أي أنه بمجرد أن يتبين للقاضي المرفوعة أمامه الخصومة وجود اتفاقية تحكيم فإنها يصدر قراره بعدم اختصاصه دون أن ينتظر إثارة أحد الأطراف لذلك أو طلبه له، ولكن سرعان ما تراجع القضاء الفرنسي على هذا الاتجاه، إذ ما لبث أن غير موقفه فيما

بعد معتبرا أن مبدأ عدم اختصاص القاضي الوطني يكتسي طابعا نسبيا، أي أن إعلان القاضي لعدم اختصاصه متوقف ضرورة على طلب الأطراف له، ولا يمكنه بالتالي أن يصرح به من تلقاء نفسه، وقد تأكدت هذه الصبغة النسبية فيما أوردته المادة 1448 من ق ا م الفرنسي. وهذه الصبغة النسبية تبناها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث اقر هذا الطابع النسبي في صلب المادة 1045 والتي جاءت كما يلي " 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".

باستقراء هذه المادة نستخلص أنه متى أصبحت الخصومة التحكيمية قائمة أي بعد تشكيل هيئة التحكيم وطرح النزاع أمامها تخلي القاضي الوطني عن النظر في النزاع المعروض عليه لفائدة هيئة التحكيم وهذا التخلي هو نتيجة حتمية لوجود اتفاقية تحكيم، ولكنه ليس تخليا آليا يقوم به القاضي من تلقاء نفسه لأن مبدأ عدم اختصاص القاضي الوطني في وجود اتفاقية تحكيم ليس من النظام العام⁽²²⁾، بل على أطراف الخصومة أن يتمسكوا به، فعدم تمسك الأطراف بآثاره عد ذلك تنازلا منهم عن تطبيق اتفاقية التحكيم وبالتالي عودة الاختصاص إلي القاضي. أما إذا كان المدعي قد رفع دعواه قبل تشكيل محكمة التحكيم وطرح النزاع أمامها فيبدو أنه يكون للمدعي أن يدفع ببطلان اتفاق التحكيم أو بعدم شموله للنزاع المطروح على المحكمة ولا يكون للقاضي أن يمتنع عن النظر في هذا الدفع أو ذاك، ويستعيد القاضي اختصاصه أيضا في حالة عدم إثبات وجود اتفاقية التحكيم أو بطلانها، وعليه يعود الاختصاص إلى القاضي الوطني في حالتين: إحداهما تنازل الأطراف عن اتفاقية التحكيم (الفرع الأول) وثانيهما بطلان الاتفاقية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تنازل الخصوم عن تطبيق اتفاقية التحكيم إن اللجوء إلى التحكيم مصدره اتفاق الأطراف وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، وهذا الاتفاق يمكن الرجوع عليه صراحة أو ضمنا وهو ما أشار إليه

المشرع الجزائري في المادة 1045 ق ا م ا والتي تقضي بعدم اختصاص القاضي الوطني بالفصل في النزاع إذا تبين له وجود اتفاقية على التحكيم بشرط أن ثار من أحد الأطراف، وبمعنى المخالفة أنه إذا تنازل الخصوم عن عقد التحكيم بعدم إثارته للدفع بوجود اتفاقية تحكيم فإن الاختصاص يؤول إلى القاضي الوطني، وهذا التنازل عن اتفاقية التحكيم قد يكون تنازلاً صريحاً كما قد يكون تنازلاً ضمناً.

أولاً: التنازل الصريح على اتفاقية التحكيم يتم النزول الصريح عن اتفاق التحكيم وذلك عن طريق إبرام اتفاق جديد بين الأطراف يتضمن صراحة نزولهم عن اللجوء للتحكيم، ويشترط أن يكون هذا الاتفاق الجديد مكتوباً سواء كان في صورة عقد أو في صورة إعلانات على يد محضر متبادلة أو مجرد خطابات يعلن فيها كل طرف رغبته في إنهاء التحكيم، لان الاتفاق على التحكيم يكون مكتوباً ولا يجوز إثبات عكس ما جاء في الكتابة إلا بالكتابة، ويمكن أن يتم هذا الاتفاق الجديد بالنسبة " لشروط التحكيم" قبل قيام أي نزاع، ويكون هذا النزول من جميع أطراف العقد، فلا يكفي نزول احدهم عن التحكيم، كما يجب أن يعبر الأطراف صراحة وبوضوح عن إرادتهم في النزول عن التحكيم.⁽²³⁾

ثانياً: التنازل الضمني على اتفاقية التحكيم يكون التنازل ضمناً عن اتفاق التحكيم نابعاً عن سلوك طرفي العقد والذي يستفاد منه أنهم تنازلوا عن التحكيم لصالح القضاء، كأن يلجأ احد أطراف الخصومة التحكيمية إلى قضاء الدولة مع علمه بوجود اتفاقية تحكيم، ويستحضر خصمه أمام القاضي دو أن يتمسك هذا الأخير بالعقد التحكيمي ويثير الدفع بعدم الاختصاص، وقام ببحث الدعوى وابدى دفعه، فإنه يكون متوافقاً مع المدعي على التخلي عن اتفاقية التحكيم و العودة إلى القضاء، لهذا فليس للقاضي الذي يعرض أمامه نزاع مشمول باتفاق تحكيمي أن يصدر قراراً بعدم اختصاصه ويتمسك باتفاقية تحلّي عنها أصحابها.⁽²⁴⁾ وأجمع الفقه والقضاء على أن سكوت المدعي عليه عن الدفع بالاتفاق على التحكيم يفيد التحلل من الالتزام المتبادل بعدم الالتجاء إلى

القاضي الوطني ويلتقي مع رغبة المدعي أو على الأقل يفيد تنازله عن استعمال حقه بالتمسك بهذا الالتزام، الذي لا يمكن له إثارته بعد ذلك.

الفرع الثاني: حالة بطلان اتفاقية التحكيم بالعودة إلى اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية، نلاحظ أنها كرست مبدأ نسبية عدم اختصاص القاضي الرسمي للدولة المتعاقدة في المادة 3/2 التي أوجبت على محكمة البلد المتعاقد التي تقام لديها قضية ذات علاقة باتفاقية تحكيم، أن تحيل ذلك النزاع إلى التحكيم وذلك بطلب من أحد الأطراف إلا إذا تبين للمحكمة بأن تلك الاتفاقية لاغية وباطلة، وهو ما اعتنقته الغالبية من التشريعات المقارنة علي غرار ما ذهب إليه المشرع السويسري في صلب المادة السابعة والتي جاء في مضمونها انه في حالة اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لحل اي نزاع ناشئ بينهم، فعلى المحكمة السويسرية التي يرفع أمامها هذا النزاع أن تعلن عدم اختصاصها إلا في حالات معينة ومن بينها حالة بطلان اتفاقية التحكيم، أما المشرع الجزائري فلم يتطرق إلي حالة بطلان اتفاقية التحكيم لا في التحكيم الداخلي ولا في التحكيم الدولي عند تعرضه لمسألة اختصاص القاضي في المادة 1045 ق ا م ا، إلا أنه أشار إلى بطلان شرط التحكيم بمناسبة تشكيل هيئة التحكيم في المادة 1009 ق ا م ا، والتي أكد فيها المشرع أن عدم صحة شرط التحكيم أو عدم كفايته يُرجع الاختصاص إلى قاضي الدولة والذي يصدر قراره بأن لا وجه لتعيين هيئة التحكيم، وأكد على ذلك في المادة 1040 ق ا م ا، المتعلقة بالتحكيم الدولي والتي ربطت صحة اتفاقية التحكيم بمدى استجابتها للشروط التي يضبطها القانون المطبق على النزاع.⁽²⁵⁾

وبما أن الاتفاق على التحكيم هو عقد من العقود الرضائية فإنه يشترط لصحته مجموعة من الشروط منها ما هو موضوعي ومنها ما هو شكلي والتي يستوجب على القاضي تفحصها وهذا في حالة عدم تعهد هيئة التحكيم بالنزاع، أي أن هيئة التحكيم لم تتشكل بعد.

أولاً: التحقق من الشروط الموضوعية: تنقسم الشروط الموضوعية إلى شروط عامة وشروط خاصة.

أ- **الشروط الموضوعية العامة** كما أسلفنا الذكر فإن اتفاق التحكيم هو عقد كسائر العقود المدنية الأخرى التي تتم بالإيجاب والقبول ولصحته ونفاذه يجب أن يتوافر فيه كل من الرضا والأهلية اللازمة للطرفين ومحل وسبب مشروعين.

- **التحقق من رضا الأطراف:** يعدّ الرضا ركناً أساسياً لأي عقد فالرضا هو قوام العقد و أساسه، والمقصود بالرضا من الناحية القانونية هو اتفاق إرادتين وإتجاههما إلى إحداث أثر قانوني، وإتجاه الإرادة هنا في اتفاق التحكيم هي اختيار الأطراف لفض نزاعاتهم والفصل فيها عن طريق هيئة التحكيم بدلاً من القاضي، وبما أن الاتفاق على التحكيم يشكل خروجاً على الأصل العام في التقاضي، فكان لا بد من التعبير عنه صراحة وبوضوح بالكتابة⁽²⁶⁾ ويجب أن يكون الرضا في إرادة الأطراف صحيحاً وسليماً من العيوب التي تفسده كالغلط والتدليس والإكراه وإلاّ عدّ باطلاً وفقاً للمواد 83، 86، 88 على التوالي من القانون المدني.

- **التحقق من أهلية الأطراف:** إن الاتفاق على التحكيم هو تصرف قانوني يستوجب أن يصدر عن أشخاص مكتملي الأهلية ويملكون سلطة التوقيع وإبرام العقود بما تلاقت عليه إراداتهم المشتركة في هذا الصدد، أي أن تكون لهم صفة قانونية تؤهلهم للجوء إلى التحكيم لحل نزاع معين، فإن لم تتوافر فيهم هذه الصفة فإن اتفاقهم يكون باطلاً وعديم الأثر القانوني.⁽²⁷⁾

وقد أكد على ذلك المشرع الجزائري في صلب المادة 1006 ق ا م ا والتي نصت على أنه "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها...".

ويتضح من هذا النص أنه يجب توافر الأهلية في الأشخاص الذين يرغبون في اللجوء إلى التحكيم، إلا أن الأهلية هنا لها معنى محدد، يتمثل في

أهلية التصرف بالنسبة للحق المتفق على التحكيم بصدده، وليست أهلية الاختصاص، إذ لا تكفي هذه الأهلية على الاتفاق على التحكيم. وعليه لا يملك القاصر أو المحجور عليه قبول التحكيم، ولا يملك الولي أو الوصي أو القيم قبوله نيابة عنهم لأنه لا يمكن لهؤلاء التصرف في أموالهم إلا عن طريق المحكمة وفي الأحوال المقررة في القانون. وأهلية التصرف لازمة سواء كان الاتفاق على التحكيم في صورة شرط أو في صورة مشاركة.⁽²⁸⁾

التحقق من مشروعية محل التحكيم: محل العقد يمثل ركنا أساسيا من أركانه ويقصد به طبيعة الالتزام أي الشيء الذي يلتزم المدين بعمله أو الامتناع عن عمله، وقد تضمنت المواد (92 إلى 98) من القانون المدني الجزائري الشروط الواجب توفرها في محل العقد بصفة عامة، ويقصد بمحل اتفاق التحكيم، موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم، وينبغي أن يكون موضوع النزاع ممكنا وغير مستحيل وأن يكون مشروعاً وفقاً لما جاء في المادة 93 ق م.

وقد أورد المشرع الجزائري فيما يخص محل التحكيم مجموعة من القيود جاءت في نص المادة 1006 من ق م ا، حيث عمد إلى إخراج مجموعة من المنازعات من دائرة التحكيم التجاري منها ما هو متعلق بالنظام والآداب العامة وكذلك بالنسبة لحالات الأشخاص وأهليتهم كما منع أيضا الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم إلا فيما تعلق بالمعاملات الاقتصادية الدولية أوفي إطار الصفقات العمومية، وبالمقابل فتح باب التحكيم أمام كل شخص في حقوقه التي له مطلق التصرف فيها.⁽²⁹⁾

التحقق من مشروعية السبب: يوجب المشرع الجزائري بأن يكون لكل التزام سبب مشروع فإذا التزم المتعاقد لسبب غي مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا، ويعتب السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك، والسبب هو الدافع إلى الاتفاق على التحكيم بحيث يجب أن يكون هذا السبب مشروعاً وغير مخالف للقانون، فقد يكون السبب مشروعاً للاتفاق

على التحكيم كأن يراد به الاستفادة من مزايا التحكيم مثل السرعة والسرية وبساطة الإجراءات، وقد يكون السبب غير مشروع كأن يريد أحد الطرفين اللجوء إلى شخص لا يتمتع بالحياد والنزاهة لحل النزاع.⁽³⁰⁾

ب- الشروط الموضوعية الخاصة تتمثل الشروط الموضوعية الخاصة في وجوب تعيين المحكمين في اتفاقية التحكيم وفق ما جاء في المواد 1008 و 1012 من ق ا م، أما الشرط الثاني فهو إلزامية تحديد موضوع خاصة في مشاركة التحكيم، فتحديد موضوع النزاع يؤدي إلى تحديد اختصاص المحكم كما يؤدي إلى تبيان وتحديد نوعية المنازعات التي قد تنشأ عن العقد الأصلي المتضمن اتفاق التحكيم وبالتالي يمكن تقييد هيئة التحكيم بموضوع النزاع و تجنب أحكام قد تصدر بغير ما طلبه الخصوم مما قد يعرض الحكم التحكيمي للبطلان.

أما من وجهة نظرنا فنرى انه متى اتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم فلا ضرورة أن نلزم الأطراف بذكر أسماء المحكمين وإنما يلزمون فقط بتبيان طريقة تعيينهم، تماشياً مع ما تتطلبه وتتميز به المعاملات التجارية من بساطة في الإجراءات، أما فيما يخص تحديد موضوع النزاع فنرى انه أمر ضروري لتفادي صدور أحكام بما لم يطلبه الأطراف.

ثانياً: التحقق من الشروط الشكلية: اتفاق التحكيم عقد رضائي ملزم للجانبين وهو من عقود المعاوضة ومن العقود الشكلية ويتطلب لانعقاده وإثباته شرط الكتابة سواء في العقد الأصلي أو في ملحق للعقد، ولقد أشرطت الكتابة في المادة (2/7) من القانون النموذجي، والمادة 2 من اتفاقية نيويورك 1958 للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، إلا أن القانون النموذجي، واتفاقية نيويورك لم يبينا فيما إذا كانت كتابة اتفاقية التحكيم شرط إثبات أم شرط انعقاد، و تركت ذلك للتشريعات الوطنية، وعلى وجه الخصوص للقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم.⁽³¹⁾

وقد نص المشرع الجزائري على شرط الكتابة في المواد 1008 و 1012 ق ا م ا في التحكيم الداخلي وفي المادة 1040 ق ا م ا في التحكيم الدولي وهذه

الأخيرة جاءت كما يلي "...يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تميز الإثبات بالكتابة."

ويتضح لنا من هذه النصوص ضرورة الالتزام بالكتابة لصحة اتفاق التحكيم وانعقاده سواء قبل قيام النزاع أو بعده، نظرا لخطورة وأهمية هذا الاتفاق لكونه ينزع الاختصاص من القضاء الوطني ويجيله على هيئة التحكيم، والكتابة تعد شرطا أساسيا وركنا من أركان صحة اتفاقية التحكيم ويزترب على الإخلال بهذا الركن بطلان الاتفاقية، وهو ما قررته غالبية قوانين التحكيم، وبخصوص شكل الكتابة، لم يجدد المشرع الجزائري شكلا كتابيا معينًا لا سيما في التحكيم الدولي حيث وسع من مفهوم الكتابة، بحيث يشمل ذلك وسائل الاتصال الحديثة، مثل الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني.

ونستخلص مما سبق انه في حالة ما إذا عرض على القاضي الجزائري نزاع اتفق بشأنه على اللجوء للتحكيم ولم تكن هيئة التحكيم قد تشكلت فعلا فإنه عليه قبل إحالة الأطراف إلى التحكيم، التحقق من صحة هذه الاتفاقية بتوافر جميع الشروط السابقة الذكر أما إذا تبين له صحة اتفاقية التحكيم وتمسك الأطراف بها فإنه يقضي بعدم اختصاصه.

خاتمة

إنه عند سماع مصطلح الأثر السلي لاتفاق التحكيم يتبادر إلى الذهن لأول وهلة، أن هناك منافسة بين قضاء الدولة ونظام التحكيم وأن هناك قطيعة بينهما، غير أن هذا الفكرة غير صحيحة على الإطلاق، حيث نجد أن واجب التعاون بين النظامين مطلوب، بل ومفروض وذلك لأن نظام التحكيم قضاء اتفاقي يستند على اتفاق الأطراف الذي عقده المحتكمون، وبالتالي يفتقد إلى السلطة التي تضع أحكامه موضع التنفيذ الجبري على أطرافه وعلى الغير، سواء تلك التي يصدرها المحكم قبل الفصل في الخصومة أو بعدها. ومن حيث أن سلطة الأمر أو الجبر لا تتوفر إلا لقضاء الدولة، فليس هناك ما يمنع من طلب تدخله لمساندة قضاء التحكيم. في مرحلة

تشكيل هيئة التحكيم وكذا أثناء سير الخصومة خاصة في اتخاذ التدابير الوقتية والإجراءات التحفظية والمساعدة في الحصول على الأدلة، بالإضافة إلى ذلك فإنّ الاتفاق على التحكيم لا يمنع القضاء الوطني من مراقبة الحكم التحكيمي عند صدوره سواء في حالة الطعن فيه بالبطلان أو عند طلب اكسائه بالصيغة التنفيذية. ونقترح تعديل المادة 1045 من ق ا م ا حيث تصبح كما يلي: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم صحيحة على أن تثار من أحد الأطراف".

كما لاحظنا أنّ المشرع لم يوضح موقفه في موضوع إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم بعد الحكم بقبول الدفع باتفاقية التحكيم، ولم يجدد أي جزاء في حالة عدم تمسك المدعي عليه بالدفع باتفاقية التحكيم ولم يجدد وقت الفصل في الدفع باتفاقية التحكيم، ونتمنى على المشرع تدارك هذه الأمور في التعديلات القادمة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الهوامش والمراجع المعتمدة

(1) fouchard (philippe), gaillard (emmanuel) et goldman (berthold), «traité de l'arbitrage commercial international», edition litec, paris, et delta, liban 1996, p395

«La convention d'arbitrage international se définit comme le contrat par lequel les parties se sont engagés à faire trancher leurs litiges, nés ou a maître, par des arbitres et non par des juridictions étatiques».

(2) عامر فتحي البطينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، 2009 ص 71.

(3) أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 324.

(4) قرار محكمة استئناف الجزائر رقم 119 الصادر بتاريخ 1983/7/4 المذكور في: عبد الحميد الأحذب، التحكيم في البلاد العربية، نوفل، بيروت، الجزء الثاني، د ت ن، ص 133.

(5) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ت ن، ص 122-123.

- arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable ...".
- (20) Art. 7 , du Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987 (Etat le 1er juillet 2014).
- " Si les parties ont conclu une convention d'arbitrage visant un différend arbitrable, le tribunal suisse saisi déclinera sa compétence à moins que...".
- (21) عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 47.
- (22) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 2007، ص 177.
- (23) فتحي والي، المرجع السابق، ص 88.
- (24) حدادن الطاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، 2012، ص 15.
- (25) انظر أحكام المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.
- (26) أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى 2011، ص 84.
- (27) محمود السيد عمر التحوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 83.
- (28) أبو الوفا، المرجع السابق، ص 54.
- (29) عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 537.
- (30) أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 93.
- (31) أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 302.