نطاق الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم

Scope of the absence of arbitration convection pleading

تاريخ الإرسال: 2019/08/31	تاريخ القبول: 2021/06/29	تاريخ النشر: 2021/06/15

*د. زيبار الشاذلي
المركز الجامعي سي الحواس - بريكة
chadlizibar@cu-barika.dz

ملخص :

إن الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم شأن الدفع بعدم الاختصاص من الدفوع المقررة الذي أكدت عليه أغلب الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي وبالأخص اتفاقية واشنطن سنة 1965، وأنه بفضل التوجه الدولي أمكن الاعتراف بها لهيئة التحكيم عند نظر النزاع أمامها، الأمر الذي يعني جواز التمسك به أصالة أمام القضاء في حالة الدفع من قبل الطرف الأخر.

بمعنى أن الالتجاء للتحكيم و تشكيل هيئة التحكيم لا يتم دفعه بالتجاء الشخص للقضاء بدعوى عدم الاعتداد باتفاق التحكيم و انعدامه ، بل يكون الطريق الصحيح في هذه الحالة التمسك بانعدام وجود اتفاق التحكيم أمام هيئة التحكيم حتى يتم تفعيل إجراءات الأمان التشريعي لجميع الأطراف .

الكلمات المفتاحية : اتفاق التحكيم؛ هيئة التحكيم؛ فاعلية؛ الدولي؛ الحكم التحكيمي .

Abstract:

Advocating the absence of an arbitration agreement, like submitting a lack of jurisdiction, is one of the established defenses confirmed by most international agreements governing international commercial arbitration, especially the Washington Agreement in 1965, and that thanks to the international approach it was possible to recognize it to the arbitration board when

***المؤلف المرسل:** زيبار الشاذلي

looking at the dispute before it, which means that it is permissible to adhere It has authenticity before the court in case of payment by the other party.

In the sense that resorting to arbitration and the formation of the arbitration board is not pushed by the person resorting to the court on the pretext of not observing the arbitration agreement and its absence, but the right way in this case is to adhere to the absence of an arbitration agreement in front of the arbitration board until the legislative safety procedures for all parties are activated.

key words: *Arbitration convection, arbitral tribunal, effectiveness, international, arbitral award.*

مقدمة :

إن الالتجاء للتحكيم و تشكيل هيئة التحكيم لا يتم دفعه بالتجاء الشخص للقضاء بدعوى عدم الاعتداد باتفاق التحكيم وانعدامه، بل يكون الطريق الصحيح في هذه الحالة التمسك بانعدام وجود اتفاق التحكيم أمام هيئة التحكيم .

من هنا تبرز و تظهر أهمية البحث حيث أنه يعالج موضوع في غاية الأهمية و بالأخص فقد حرصت عليه أغلب أنظمة التحكيم الدولية من النص في الفصل في الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم بصيغة العموم عند نصها على الدفع بعدم الاختصاص ، فإذا وجدت هيئة التحكيم أن اتفاق التحكيم صحيحا و موجودا فإنها تملك الحكم برفض الدفع أو ضم الدفع للموضوع و تحكم في الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم مع الحكم الفاصل في الموضوع .

الجدير بالذكر هو أنه للالتجاء للتحكيم في نفس ميعاد رد المدعى عليه في التحكيم، إذا قبلت هيئة التحكيم الدفع بعدم اختصاصها بالتحكيم ، لا يتم دفعه بالتجاء الشخص للقضاء بدعوى عدم الاعتداد باتفاق التحكيم و انعدامه ، بل يكون الطريق الصحيح في هذه الحالة التمسك بانعدام وجود اتفاق التحكيم أمام هيئة التحكيم ، ولانعدام وجود اتفاق التحكيم معنى واسع فقد لا يكون هناك اتفاق تحكيم بصدد موضوع النزاع أو يكون هذا الاتفاق في حكم عدم الوجود كما لو كان منعدما ، أو غير

موجود إذا فقد ركن من أركانه؛ إذ يترتب على تخلف أحد أركان الشيء انعدامه و عدم وجوده ، بخلاف الشيء الباطل فهو متوافر الأركان و لكنه يفقد شرط من شروط صحته وأركان اتفاق التحكيم هي الرضا و المحل و السبب .

إشكالية الدراسة :

تحاول الدراسة الإجابة عن إشكال رئيس و هو و هو جدوى اعتراف هيئة التحكيم بانعدام وجود اتفاق التحكيم و دورها في ضمان فاعلية للحكم التحكيمي ؟

و يتفرع هذا التساؤل الرئيس تساؤلات فرعية أهمها :

- **ما هي سلطة المحكمة إزاء الدفع بانعدام اتفاق التحكيم في مختلف التشريعات المقارنة و الاتفاقيات الدولية ؟**
- **كيف تطرقت مختلف التشريعات المقارنة ومنها القانون الجزائري و فقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الصادر وفقا للقانون رقم 08-09 ، وقانون التحكيم المصري 27 بسنة 1994 وكذا مجمل الاتفاقيات الدولية وأهمها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 لمسالة شمول اتفاق التحكيم على الدفع بشمول اتفاق التحكيم و انعدامه و أثره على الحكم التحكيمي الأجنبي ؟**
- **ما هي أهم النتائج المترتبة عن ضمان تفعيل حكم التحكيم الذي تم الدفع بانعدامه؟**

منهج الدراسة :

يعتبر استخدام المنهج التحليلي الوصفي من أفضل وأحسن المناهج التي تعنى بدراسة وتأطير المواضيع التي لها علاقة بالتحكيم التجاري الدولي؛ لذلك سنعتمد على تحليل ووصف النصوص القانونية التي تعالج و تنظم اتفاق التحكيم التجاري وتعالج اللب الموضوع المتعلق بالدفع بانعدام اتفاق التحكيم وأثره القانوني والمادي سواء على المستثمر الأجنبي أو على الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي .

كما يحتم علينا البحث اللجوء و استعمال المنهج المقارن، والذي سنعتمد عليه في تحليل ووصف النصوص القانونية التي تنظم اتفاق التحكيم، وتعالج مسألة انعدام اتفاق التحكيم في التشريعات الوطنية أو الاتفاقيات الدولية لذا سنتعرض لموقف التشريع

الجزائري و مقارنته بموقف المشرع المصري والاستنجاد بالاتفاقيات الدولية المختلفة بهدف الوصول إلى صيغة من الترابط بين النصوص التشريعية الدستورية و القانونية الوطنية .

خطة الدراسة :

سوف نقسم الدراسة إلى مبحثين على الشكل التالي :

المبحث الأول :

المبحث الثاني : الاعتراف لهيئة التحكيم بسلطة مواصلة التحكيم لضمان الفاعلية للحكم التحكيمي

الخاتمة

المبحث الأول: المقصود بالدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم

في الحقيقة أن الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم شأن الدفع بعدم الاختصاص من الدفوع المقررة أصالة للقضاء[1]، وأنه بفضل التوجه الدولي أمكن الاعتراف بها لهيئة التحكيم عند النظر أمامها [2]، وقد حرصت أنظمة التحكيم الدولية من النص على سلطة هيئة التحكيم في الفصل بانعدام وجود اتفاق التحكيم وهي من المبادئ العامة المتفق عليها في قوانين الاستثمار[3]، بصيغة العموم عند نصها على الدفع بعدم الاختصاص، حيث تطرقت إليها المادة[4]16 من قانون التحكيم التجاري الدولي الأونيسترال (unictral) لعام 1985 والمعدل إلى غاية 2010، في الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم ، لذا سنتناول سلطة المحكمة إزاء الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم (المطلب الأول) ، ولكن لا يمكن دراسة انعدام اتفاق التحكيم دون التطرق إلى سلطة هيئة التحكيم إزاء الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم (المطلب الثاني)

المطلب الأول : سلطة المحكمة إزاء الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم

إن الفصل في وجود وانعدام وجود اتفاق التحكيم من الولاية العامة للقضاء، وتكون للمحكمة البحث فيها في حالة وجود نزاع يتعلق باتفاق التحكيم، وقد تمسك المدعي عليه باتفاق التحكيم ففي هذه الحالة تتحقق المحكمة من وجود اتفاق التحكيم، علاوة على حق المدعي في تلك الدعوى من التمسك بالدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم ،

أو الدفع بعدم الاختصاص وقد كان هذا هو الأصل في التنظيم العام للتمسك بانعدام وجود اتفاق التحكيم[5]، دون أن يكون لهيئة التحكيم أي اختصاص أثناء نظرها للنزاع بالفصل في هذه المسائل ، و بصدور قانون التحكيم المصري [6]رقم 27 لسنة 1994، ترجم المشرع المصري التوجهات الدولية بشأن الاعتراف لهيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها وفقا لمبدأ الاختصاص بالاختصاص[7]، وقد أثار نص المادة 22 من قانون التحكيم المصري الخلاف حول سلطة المحكمة في الفصل في صحة و بطلان و سقوط و عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع و سلطة هيئة التحكيم في الفصل في صحة و بطلان اتفاق التحكيم، مابين القول باختصاص المحاكم بالفصل في انعدام وجود اتفاق التحكيم وبطلانه وسقوطه وعدم شموله لموضوع النزاع، عند وجود خصومة أمام القضاء [8]، في حالة تمسك المدعى عليه بالتحكيم خصوصا وأن سلطة هيئة التحكيم تختص بالنظر في صحة اتفاق التحكيم وبطلانه دون الفصل في هذه المنازعة بالنسبة للمنازعات المطروحة على هيئة التحكيم ؛ بينما ذهب البعض الأخر إلى أن هيئة التحكيم تملك الفصل في صحة و بطلان اتفاق التحكيم دون الوقوف عند نظره فقط، وبعدم اختصاص القضاء بالفصل في صحة و بطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه أو عدم شموله لموضوع النزاع .

أما المشرع الجزائري فلم يتوسع في الأمر كثيرا ، رغم أهمية هذه الجزئية، فقد نص في المادة 1044 فقرة 2 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[9] على : " تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع" ربما لحداثة وعدم وجود قضايا منازعاتية في هذا الشأن[10]، مما يؤدي إلى القول أنه قد أصبح اللجوء إلى التحكيم قاعدة[11]، دون التوغل في بنود العقد من جهة ومن جهة أخرى فإنه يجعل الدولة غير ملزمة باللجوء إلى التحكيم إلا إذا اتفقت مع المستثمر على ذلك، ولكن المشرع الجزائري لوحظ أنه قام بإستدارك هذه الجزئية، في الاتفاقية المبرمة بين الجزائر واندونيسيا[12]، ووضع البند المتعلق بسلطة المحكمة إزاء الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم [13]، و هذا ما نستقرئه في المادة 9 فقرة 2 من نفس الاتفاقية التي تنص على:"إذا لم يسوى الخلاف بين الطرفين المتعاقدين في خلال ستة أشهر، يحال بطلب من أحد الطرفين المتعاقدين إلى محكمة تحكيمية في جميع الحالات المتعلقة باتفاق التحكيم "، إن اختيار هذا الإجراء يكون إلزاميا

ونهائيا"، في هذه الحالة يكفي أن يتقدم المستثمر بطلب التحكيم حتى ينعقد الاتفاق ويصبح ملزما للدولة المضيفة[14]، وبه تعد مسألة الدفع بانعدام اتفاق التحكيم مسألة موضوعية تناقش في صلب الاتفاقيات الدولية، أما فقهيا فقد برز رأيان، الأول يدعي بحق إلى القول باختصاص القضاء بالفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم، وبعدم اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم [15]، باعتبار أن هيئة التحكيم تعد صاحبة الولاية العامة، تضل صاحبة الاختصاص في الفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم ، بينما يرى رأي أخر للقول باختصاص هيئة التحكيم بالفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم .

وفي تقديري الشخصي أرى رجحان الاتجاه الأول باعتبار القضاء هو صاحب الولاية العامة وأنه هو المختص في النظر في صحة وبطلان العقود وشروط التحكيم دون الفصل فيها و هو ما يؤكده أستاذنا الفاضل قادري عبد العزيز في كتابه المعنون ب الاستثمارات الدولية حيث أن هذا الأخير أكد هذا المنحى والتوجه، كما أن الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم شأن الدفع بعدم الاختصاص من الدفوع المقررة أصالة للقضاء، وأنه بفضل التوجه الدولي أمكن الاعتراف بها لهيئة التحكيم ، و تطبيقا على ذلك يمكن تأسيس سلطة هيئة التحكيم في هذه الحالة على أساس أن اتفاق التحكيم شأنه شأن سائر العقود يتعين أن ينصب على محل معين ، لذا يتعين على المشرع الجزائري استكمال ما أعاد بناؤه في تفعيل أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و تدارك هذا الأمر عن طريق تشريع يخدم المتعاملين الاقتصاديين

المطلب الثاني : سلطة هيئة التحكيم إزاء الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم

يترتب على الحكم برفض الدفع تقرير سلطة هيئة التحكيم بالفصل في موضوع اتفاق التحكيم ويترتب على الحكم في موضوع النزاع استنفاذ هيئة التحكيم لولايتها بالفصل في النزاع ، فلا يجوز إعادة طرح الموضوع على هيئة التحكيم مرة أخرى ، باستثناء الحالات العامة للطعن في الحكم التحكيمي مثل تفسير وتصحيح الأحكام وحالة إغفال الهيئة لموضوع من موضوعات اتفاق التحكيم ، فيجوز الالتجاء إليها بطلب تحكيم إضافي[16]، لذا سنتناول مدلول عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع (الفرع الأول)، ولكن هذا الشمول لا يكون إلا عن طريق تحديد سلطة المحكمة إزاء الدفع بعدم شمول اتفاق

التحكيم للنزاع (الفرع الثاني) ، و لكن سلطة المحكمة لا تكفي فلابد من سلطة هيئة التحكيم في حد ذاتها(الفرع الثالث)

الفرع الأول : مدلول عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع

الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع يتصور إثارته أمام القضاء كدفع مقابل الدفع بالتحكيم ، كما يتصور التمسك به أمام هيئة التحكيم عند نظر موضوع التحكيم [17]، وفي الواقع أن اتفاق التحكيم قد يتضمن المسائل المتنازع عليها وقد لا يتضمن هذه المسائل مطلقا [18]، وقد لا يتضمن جميع المسائل المتنازع عليها، كما قد يتطرق الأطراف لمسائل أخرى غير الواردة في الاتفاق فإذا انصرف التحكيم للمسائل المتفق عليها في اتفاق التحكيم ، كان حكم التحكيم موافقا للقانون وفي هذه الحالة تحكم هيئة التحكيم برفض الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع إذا ما دفع أمامها بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع ، و قد يتضمن اتفاق التحكيم بعض المسائل المتنازع عليها .

و في هذه الحالة يصح حكم المحكمين في حدود المسائل المتنازع عليها ، و في هذه الحالة يصح حكم المحكمين في المسائل التي شملها اتفاق التحكيم ، كما حرصت أنظمة التحكيم الدولية من النص على سلطة الفصل في الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع بصيغة العموم عند نصها على الدفع بعدم الاختصاص [19]، و لهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من عقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى و منها موافقة أطراف النزاع على عرضه على جهة تحكيمية معينة و هو ما أكدته اتفاقية واشنطن بنص المادة 26 منها [20]، لذا سنتناول :

الفرع الثاني : سلطة المحكمة إزاء الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع

إن الحديث عن سلطة المحكمة إزاء الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، يقتضي القول باختصاص القضاء بالفصل في صحة و بطلان اتفاق التحكيم والعقود المتعلقة به ، و بعدم اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في صحة و بطلانه دون أن يكون لها الفصل في هذه المنازعة وأن المحاكم –باعتبارها صاحبة الولاية العامة – تظل صاحبة الاختصاص في الفصل في صحة و بطلان اتفاق التحكيم ، فإذا تبين لهيئة التحكيم صحة

الدفع بانعدام و بطلان اتفاق التحكيم و عدم صحته ، فإنها تحكم بعدم اختصاصها بنظر النزاع ، و إذا تبين لها عدم صحة الدفع ، فيكون لها الحكم على استقلال برفضه أو الاستمرار في الموضوع لتفصل في الدفع[21] و الموضوع بحكم واحد عند الفصل في موضوع نهاية التحكيم ، خصوصا و أن محاكم الدولة تظل لها الولاية العامة بنظر الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم سواء قبل أو بعد تشكيل هيئة التحكيم ، فإذا ما رفعت دعوى أمام القضاء و تمسك المدعى عليه بالتحكيم ، فيكون للمدعي التمسك بانعدام و جود اتفاق تحكيم في دعوى تعيين المحكمين .

كما يجوز رفع دعوى مستعجلة بعدم الاعتداد بشروط التحكيم ، إذا ما توافر ركن الاستعجال اللازم لقبول الدعوى و في جميع الأحوال لا تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة اتفاق التحكيم [22]، و ذلك ما نصت عليه المادة 22 من قانون التحكيم المصري من حصر سلطة المحكمة بالحكم بعدم الاختصاص في حالة إثبات عدم الاختصاص لعدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع ، و أن الاختصاص بالفصل في صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم ، يظل اختصاصا حصريا للقضاء .

وفي تقديري ، أرى أن دور القضاء هو صاحب الولاية العامة ، و أنه هو المختص بالفصل في صحة و بطلان العقود و شروط التحكيم الواردة بها ، خصوصا مع اقتصار أن هيئة التحكيم دورها يتمثل في بحث عن صحة وبطلان اتفاق التحكيم دون الفصل فيها للتمكن فقط من بحث اختصاصها من عدمه؛ و في جميع الأحوال يتعين أن يراعى أن يكون ذلك بالنسبة لطلبات التحكيم المنظورة أمامها ، مع كفالة حق القضاء في البحث في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم عند بحثه لنزاع تمسك المدعي فيه بالتحكيم ، وأنه يكون للمدعي في هذا النزاع التمسك ببطلان اتفاق التحكيم و انعدامه وسقوطه وعدم شموله للنزاع ، ولا يجوز في هذه الحالة الدفع باختصاص هيئة التحكيم بالفصل في تلك الدفوع ، وعدم اختصاص محاكم الدولة بها ، كما أن الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع أمام المحكمة يكون دفعا مقابلا للدفع بالتحكيم ، حيث يساعد هذا الدفع المحكمة في تقييم الدفع بالتحكيم من عدمه ، والمنطقي أن المحكمة لو توصلت لعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع أن تستمر في الدعوى و تفصل فيها برفض الدعوى للتحكيم ، ولم يحدد لا

المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولا أحكام القوانين المقارنة[23]، ولا حتى الاتفاقيات الدولية ذلك والجدير بالذكر أن تحقق المحكمة من انطباق شرط التحكيم المدفوع به على النزاع يعد من المسائل الأساسية التي تضطلع بها المحكمة دون حاجة للدفع بعدم شمول الاتفاق للنزاع من عدمه، فإذا تبين للمحكمة أن اتفاق التحكيم لا يشمل النزاع [24]، تغاضت المحكمة عن الدفع و التحكيم و يكون لها الفصل في موضوع النزاع محل اتفاق التحكيم ، أما إذا رأت المحكمة أن اتفاق التحكيم يشمل النزاع قضت بقبول الدفع بالتحكيم .

الفرع الثالث : سلطة هيئة التحكيم إزاء الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع

تطرق المشرع المصري وفقا لأحكام المادة 22 من قانون التحكيم المصري، إلى طريقة خاصة، وهي تعد في حقيقة الحال نموذجية مقارنة، مع النصوص القانونية المقارنة الدولية منها والعربية التي لها علاقة بالتحكيم، حيث أوجب المشرع تقديم هذا الدفع فورا وإلا سقط الحق فيه، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقبل هيئة التحكيم الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير لسبب مقبول ، وهذه الطريقة في إبداء الدفع بعدم الشمول الاتفاقي لموضوع النزاع ، وتختلف عن طريقة التمسك بسائر الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص والتي أجاز المشرع إثارتها أمام هيئة التحكيم، في ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه في الدعوى المشار إليه في المادة 20 من قانون التحكيم 94-27 المصري، ويترتب على عدم تقديم هذا الدفع في الميعاد المشار إليه سقوط الحق في التمسك بهذا الدفع [25]، لكن السؤال المطروح هل يترتب على سقوط الدفع بعدم شمول اتفاق موضوع النزاع، سقوط حق الخصم في التمسك بهذا السبب أمام القضاء ببطلان حكم التحكيم لعدم شمول اتفاق التحكيم على النزاع ؟

في الحقيقة، أن المقصود بالسقوط هنا هو سقوط الدفع أمام هيئة التحكيم ، وبالتالي لا ينصرف إلى حق التمسك به في دعوى البطلان المتعلق بحكم المحكمة ، إذ أن المقرر في الفقرة 3 من المادة 22 من قانون التحكيم، أن رفض هيئة التحكيم الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع أو لجميع الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم، يترتب عليه عدم جواز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم

التحكيم المنهي للخصومة كلها ، و من باب أولى لا تترتب على سقوط الحق في الدفع من التمسك به عن طريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها .

علاوة على ما نصت عليه الفقرة "و" من المادة 53 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994، جاء التأكيد وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار (ICSID) تطرقت المادة 23فقرة 2 والتي جاء نصها " لا تقبل دعوى البطلان إلا في الحالات الآتية .....و إذا فصل حكم التحكيم في مسألة لا يشملها الاتفاق على التحكيم أو جاوز حدود اتفاق التحكيم، وإلا وقع حكم التحكيم الصادر في تلك المسألة باطلا، واستثناء من ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها"، و لا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم هذا الدفع [26].

ويترتب على الحكم برفض الدفع تقرير سلطة هيئة التحكيم بالفصل في موضوع اتفاق التحكيم ، و يترتب على الحكم في موضوع النزاع استنفاذ هيئة التحكيم لولايتها في الفصل في النزاع فلا يجوز إعادة طرح الموضوع على هيئة التحكيم مرة أخرى ، باستثناء الحالات العامة للطعن في حكم التحكيم مثال تفسير و تصحيح الأحكام وحالة إغفال الهيئة لموضوع من موضوعات اتفاق التحكيم ، فيجوز الالتجاء إليها بطلب تحكيم إضافي، وسلطة هيئة التحكيم للفصل في هذا الدفع تعتمد على القانون الواجب التطبيق إجرائيا على النزاع خاصة في ظل التحكيم التجاري الدولي وتخضع هيئة التحكيم في نظر الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع في هذه الحالة للقواعد المتفق عليها من أطراف اتفاق التحكيم [27]، إذ قد تلجأ هيئة التحكيم لتطبيق القواعد المتعلقة بالقانون الوطني خاصة في التحكيم الداخلي، كما قد تلجأ لتطبيق قانون أخر حسب الاتفاق، والتنظيم الخاص لطريقة إبداء الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم يتماشى مع طبيعة هذا الدفع وسهولة طرحه في الحالات التي يخرج فيها التحكيم عن المسائل المتفق عليها خاصة في الأحوال التي يكون فيها الأطراف متفقين على تحديد هذه المسائل في مشارطة التحكيم .

الخطورة من هذا التنظيم تكمن في عدم حضور ذوي الشأن وحضور وكلاء عنهم جلسات التحكيم دون الانتباه للمسائل محل اتفاق التحكيم، وقد عالجت اتفاقية

واشنطن هذه الفرضية بالنص على جواز قبول الهيئة الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب مقبول، ويترتب على تحقق هيئة التحكيم من عدم شمول اتفاق التحكيم والدفع به قبل الكلام في الموضوع أو فورا، اعتبار هيئة التحكيم غير مختصة بالنظر في النزاع، فإذا كان النزاع مطروحا على هيئة التحكيم تحول الهيئة بعدم اختصاصها أو بانتهاء إجراءات التحكيم ويكون لها الحكم برفض الدفع ببطلان اتفاق التحكيم على استقلال، كما يكون لها النطق به عند الحكم في الموضوع .

ومن ثمة نرى -بحق- أن فصل هيئة التحكيم في وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم لا يعتبر قضاء في موضوع النزاع المطروح على هيئة التحكيم بخلاف نص اتفاقية واشنطن التي أكدت ذلك، هي و ووفقا لأحكام المادة 22 من قانون التحكيم المصري ، على خلاف المشرع الجزائري الذي لم يتطرق إليها على الإطلاق وحسنا فعل ذلك[28] .

لأن المتصور وهو إعمال قاعدة عدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها أن يكون الحكم الصادر من محاكم نفس الجهة القضائية ، حتى يمكننا الكلام في وحدة الموضوع و المحل و الأشخاص و بالتالي تعتبر دعوى البطلان بمثابة استئناف في الأحكام الصادرة في إجراءات التحكيم

المبحث الثاني: الاعتراف لهيئة التحكيم بسلطة مواصلة التحكيم لضمان الفاعلية للحكم التحكيمي

لم يعد هناك جدل في أن التحكيم الدولي قد أصبح المرجع الأساسي في حسم منازعات عقود الاستثمار بما يمثله من ضمانات للاستثمار الدولي، وبمقدار ما يكون التحكيم عسيرا تكون حركة الاستثمار بطيئة وبمقدار ما يكون التحكيم سهلا وميسرا تنتعش حركة الاستثمار لذا حاولت أغلب الاتفاقيات الدولية تناولها لتفعيل ضمان الفاعلية للحكم التحكيمي (المطلب الأول)، ثم إن ما إن تصدر موافقة الطرفين المتعاقدين على اللجوء إلى التحكيم، حتى يصبح تراجع أحدهما عن الإرادة المنفردة غير مقبول وتستمر الخصومة التحكيمية حتى في حالة انسحابه أو رفضه تعيين المحكمة، لقد أقرت العديد من الاتفاقيات الثنائية ومتعددة الأطراف هذا المبدأ ونصت عليه في أنظمتها وأحكامها (المطلب الثاني)، واعتبرت أي محاولة من احد الأطراف لعرقلة مهمة المحكمة التحكيمية كالتقاعس عن تعيين المحكم أو الغياب على الجلسات أو غيرها، تعد باطلا لا

يعتد به فيتم تسيير الخصومة التحكيمية بمعنى اتخاذ مواقف سلبية اتجاه إجراءات التحكيم (المطلب الثالث).

المطلب الأول: ضمان الفعالية للحكم التحكيمي

إن فاعلية التحكيم كأسلوب لفض و لتسوية المنازعات تتوقف على مدى القدرة على تطبيق الحكم التحكيمي، ذلك أنه إذا كانت الثمرة الحقيقية للتحكيم، تتمثل في الحكم الذي يتوصل إليه المحكمون إليه، فإن هذا الحكم لن تكون له أية قيمة علمية إذا لم يتم تنفيذه، لذلك يكون من الضروري تحقيق الفعالية للحكم التحكيمي من خلال ضمان تنفيذه، ومما لاشك فيه أن ما بعد التحكيم هو النتيجة أهم من عقد تحكيمي [29]، وأهم من إجراءات التحكيم ، فالأهم في التحكيم هو أن ينفذ الحكم التحكيمي، ولقد حرصت معظم الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم بصفة أساسية على الوصول إلى أيسر السبل لتنفيذ أحكام التحكيم ، بغية تحقيق الحد الأقصى من الفعالية للحكم التحكيمي، مع الإقرار بالحق للقضاء الوطني في أعمال الرقابة على أحكام التحكيم، من خلال الاعتراف بإمكانية الطعن على حكم التحكيم بالبطلان أمام قضاء دولة مقر التحكيم، أو أمام محاكم الدولة التي صدر الحكم بموجب قانونها ، حيث اهتمت العديد من الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم بموضوع التنفيذ الدولي لأحكام التحكيم فوضعت القواعد اللازمة لضمان تنفيذه .

فقد قدمت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي، تسهيلا ملحوظا لتنفيذ أحكام التحكيم، فجعلت القاعدة هي نفاذ أحكام التحكيم، والاستثناء هو قبول الدليل على عدم نفاذه لسبب من الأسباب التي أوردتها الاتفاقية على سبيل الحصر.

كما حرصت اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة سنة 1961 على ضمان التنفيذ لحكم التحكيم فنصت في المادة التاسعة على:" البطلان في إحدى الدول المتعاقدة للحكم التحكيمي طبقا لأحكام هذه الاتفاقية، لا يشكل سببا لرفض الاعتراف أو تنفيذ الحكم في دولة أخرى طرف في الاتفاقية، وكذلك الشأن بالنسبة لاتفاقية واشنطن لعام 1965 فقد حرصت على ضمان الفاعلية الدولية لأحكام التحكيم ، حيث وضعت في المواد (53، 54) منها نظاما مستقلا و مبسطا بشأن الاعتراف و تنفيذ

أحكام التحكيم الصادرة من هيئات التحكيم [30]، أما بالنسبة للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي فقد أكد الفعالية الدولية لأحكام التحكيم كأصل عام و استثنى من هذا الأصل نظم طرق الطعن على أحكام التحكيم ، ومما سبق نجد أن معظم الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم و كذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي فقد استهدفت ضمان التنفيذ للحكم التحكيمي [31].

المطلب الثاني : منع الخصوم من التراجع على الاتفاق التحكيمي

لقد اقتضت ضرورة ضمان فعالية نظام التحكيم وضع قيود على إرادة أطراف اتفاق التحكيم فيما يتعلق بالانسحاب من هذا الاتفاق بعد أن تمت الموافقة عليه، وذلك لضمان جدية الأطراف المتنازعة في اتخاذ إجراءات إنهاء المشكلة المعروضة على هيئة التحكيم، ولكي يحقق اتفاق التحكيم فاعليته والغاية المرجوة منه، فإن ذلك يتطلب أن يأتي في الشكل المطلوب، حسما لكل نزاع يمكن أن يحدث حول وجوده في المستقبل، فاتفاق التحكيم يضع قاعدة تلزم الأطراف الموقعة عليه، ويترتب على ذلك التزاما قانونيا على الأطراف بضرورة تطبيقه وتنفيذه بحسن نية، ومخالفة لهذا المبدأ يؤدي إلى تحمل الدولة المسؤولية الدولية، إلا في الظروف الاستثنائية مثل القوة القاهرة أو عندما تتفق الأطراف على قاعدة مخالفة، أو توصلهم إلى حسم الخلاف وديا ولا يجوز لأي طرف من الأطراف الحق في تعديل العقد أو فسخه منفرداً، لذا حرصت العديد من الاتفاقيات والأنظمة التحكيمية على النص صراحة على عدم جواز إنهاء إجراءات التسوية التحكيمية عن طريق الإرادة المنفردة لأي من أطراف النزاع أيا كانت طبيعة الأشخاص أطراف العلاقة، فقد نصت اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، على منع الخصوم من التراجع على الاتفاق التحكيمي أو فسخه بالإرادة المنفردة إذا كانت موافقتهم على الاتفاق صحيحة.

وقد تأكد هذا الاتجاه في بعض الأحكام الصادرة عن تحكيم المركز، بل يكفي وضع شرط اللجوء إلى التحكيم في الاتفاقية الثنائية بين دولة-المستثمر والدولة المضيفة أو في أي اتفاقية متعددة الأطراف خاصة بحماية وتشجيع الاستثمار، دون تحديد لمركز النشاط أو المصالح الاقتصادية[32]، نصت معظم الاتفاقيات الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار على

اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، بحل المنازعات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة لاستثماره بناء على اتفاق لاحق بين الأطراف، كما تم التوسع إلى كافة المسائل التي يوجد بشأنها نص يتيح اللجوء إلى التحكيم، وبذلك أصبح اللجوء إلى التحكيم قاعدة[33] وحظره استثناء مما يجعل الدولة غير ملزمة باللجوءإلى التحكيم إلا إذا اتفقت معالمستثمر على ذلك، إن اختيار هذا الإجراء يكون إلزاميا ونهائيا"، في هذه الحالة يكفي أن يتقدم المستثمر بطلب التحكيم حتى ينعقد الاتفاق ويصبح ملزما للدولة المضيفة[34].

المطلب الثالث : اتخاذ مواقف سلبية اتجاه إجراءات التحكيم

قد يحاول أحد الطرفين المتعاقدين المعنيين اتخاذ مواقف سلبية اتجاه إجراءات التحكيم وذلك بالتماطل ومحاولة عرقلة الهيئة التحكيمية في أداء مهمتها ربحا للوقت كأن يقوم الطرف في النزاع على سبيل المثال بالامتناع عن تعيين المحكم والمكلف هو باختياره، أو يقوم بالامتناع عن حضور إجراءات التحكيم وهذا يؤثر على سير عملية التحكيم وفاعليتها مما نجم عنه ضرورة الالتزام بتعيين المحكمين(الفرع الأول)، وترتيبا عن هذا المبدأ المتقدم، فقد أقرت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الخاصة بالاستثمارات والقوانين الداخلية لبعض الدول اقترحت الحلول المناسبة للمحافظة على الدور الفعال للتحكيم التجاري الدولي، في حالة الامتناع عن المشاركة في خصومة التحكيم وذلك بعدم تأثر التحكيم بغياب أحد الأطراف (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الالتزام بتعيين المحكمين

قد يلجأ الطرف سيء النية إلى عرقلة سير العملية التحكيمية عن طريق التقاعس في تعيين محكمة أو رفض التعيين، أو أن يقوم بالامتناع عن حضور إجراءات التحكيم، وهذا يؤثر على سير عملية التحكيم وفعاليتها، لذلك كان من الضروري الاعتراف لها بالسلطة لمواجهة مثل هذه الإجراءات واستصدار حكم ملزم وفعال رغم الخطط المعوقة لعملية التحكيم التي قد يضعها طرف من الأطراف، وترتيبا على المبدأ المتقدم، فقد أقرت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم العديد من الإجراءات لمواجهة امتناع أحد الأطراف عن تعيين محكمة، أو المساهمة في تعيين رئيس هيئة التحكيم وكذلك استمرار إجراءات التحكيم بالرغم من غياب أحد الأطراف عن

الإجراءات و لمواجهة مثل هذه الوضعيات وضعت قوانين التحكيم الوطنية آليات دقيقة لتشكيل الهيئة التحكيمية دون موافقة الطرف المتمرد (أولا)، كما لمجمل اتفاقياتالاستثمار الثنائية (ثانيا)أو متعددةالأطراف النص على هذه الآليات:

أولا : الالتزام بتعيين المحكمين في القانون الجزائري والقانون المقارن

اختيار المحكم يتم في الأصل في وقت متزامن مع الاتفاق على التحكيم [35]، كأسلوب لحسم النزاع، ويكون هذا الاتفاق متضمنا اسم المحكم الذي اختاره الخصوم، إلا أنه قد يحدث مماطلة من أحد الأطراف في اختيار محكمة أو عدم قيامه بذلك بقصد تعطيل إجراءات التحكيم، لذا أحال القانون الجزائري للموضوع إلى القضاء الداخلي، بحيث يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر أو رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج، واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، إذن تقوم الهيئات القضائية الجزائرية بتعيين المحكم، إذا تقاعس احد الطرفين عن تنفيذ التزامه في اتفاقية الاستثمار.

كما ذهبت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدائمة إلى وضع الحلول لتفادي محاولة أحد الأطراف تعطيل الإجراءات بامتناعه عن تعيين المحكمين، وذلك من خلال تحديد هيئة قضائية أو إدارية تتولى مهمة تعيين هذا المحكم بدلا من الطرف الذي امتنع أو تقاعس عن تطبيق التزامه، وهو ما جسده المشرع المصري[36]، بتكريسه هذه القاعدة في تعيين المحكمين، فقد جاء في المادة السابعة عشرة (17) من قانون المرافعات والتحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادرة سنة1994:"وإذا خالف احد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها أو لم يتفق المحكمان المعنيان مما يلزم اتفاقهما عليه، أو إذا تخلف الغير في ما عهد به إليه في هذا الشأن، تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون بناء على طلب احد الطرفين، القيام بالإجراء أو العمل المطلوب، ما لم ينص في الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل"[37].

أما موقف المشرع الأردني من الالتزام بتعيين المحكمين وبالرجوع إلى منطوق المادة (16) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 نجد أنها قد تطرقت إلى هذا المبدأ، وذلك منعا للمماطلة بحيث تتولى المحكمة المختصة تعيين المحكم أو هيئة المحكمين بناء على طلب أي من الطرفين وتصدر المحكمة قرارها على وجه السرعة، ولا يكون هذا القرار قابلا للطعن فيه بأي من طرق الطعن[38]، تهدف مثل هذه النصوص إلى وضع الحلول للمشاكل الناتجة عن تعنت أحد الأطراف ووضعه عراقيل لتعقيد مسألة تشكيل محكمة التحكيم، حيث أعطت للطرف المتضرر فرصة اللجوء للقضاء الوطني لكن جانب من الفقه انتقد هذه الطريقة المقترحة للحل[39]، إذ يرى بأن فرض اللجوء إلى القضاء يتعارض مع اتجاه إرادة الأطراف إلى اتخاذ التحكيم سبيلا للفصل في المنازعات الناشئة بينهما.

ثانيا : في اتفاقيات الاستثمار الثنائية

وضعت اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمار آليات لمواجهة أي عرقلة لتشكيل المحكمة التحكيمية لكنها اختلفت في تفاصيل هذه الآليات فقد أحالت بعض الاتفاقيات أي خلاف محتمل بين الدولة المتعاقدة ومستثمر من دولة متعاقدة أخرى إلى تحكيم مؤسسي، تاركة لأنظمة المؤسسات الدولية للتحكيم مسألة تشكل الهيئة التحكيمية وحل كل إشكالية قد تصادفها أو إلى تحكيم خاص وفقا لقواعد التحكيم التجاري الدولي، بينما أعطت أخرى الخيار للطرفين المتعاقدين بين التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر، ونظمت في الحالة الثانية طريقة تشكيل الهيئة التحكيمية في حالة تعذر الاتفاق على تعيين المحكمين أو رفض احد الطرفين تعيين محكمة، حيث وجهت الطرف المتضرر إلى رؤساء بعض الهيئات الدولية من أجل القيام بالتعيين منهم، التي نصت على رئيس محكمة العدل الدولية من بين الاتفاقيات التي نصت على ذلك نذكر:الاتفاق المبرم بين الجزائر ورومانيا [40]حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة الثامنة:"إذا لم تحترم المادة المشار إليها في الفقرة (2) أعلاه، يقوم أحد الطرفيين المتعاقدين بدعوة رئيس محكمة العدل الدولية للقيام بالتعيينات الضرورية".

- الاتفاق المبرم بين الجزائر وحكومة جمهورية مصر العربية[41]في المادة 10 فقرة 4 التي نصت على:"في حالة عدم مراعاة الآجال المحددة في الفقرة السابقة، وفي غياب أي اتفاق أخر، يقوم أحد الطرفين المتعاقدين بدعوة رئيس محكمة العدل الدولية للقيام

بالتعيينات اللازمة وإذا كان رئيس المحكمة من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين أو إذا تعذر عليه ممارسة هذه المهمة لسبب أخر، يطلب من نائب رئيس المحكمة القيام بالتعيينات اللازمة"، وفي الاتفاق المبرم بين الجزائر وحكومة دولة الكويت[42]، في المادة 10 فقرة 4 التي تنص على:"يجوز لأي من الطرفين المتعاقدين وفي غياب أي ترتيب أخر، أن يدعو رئيس محكمة العدل الدولية لإجراء التعيينات اللازمة"، كما أن هناك من الاتفاقيات الدولية التي لم تحدد جهة معينة، بل إنها نصت على جهة قضائية منها ،

ما تضمنت عدة اتفاقيات الإحالة إليه منها الاتفاق المبرم بين الجزائر حكومة جمهورية بلغاريا، بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، على الرجوع إلى الهيئة القضائية المختصة[43]، وهذا ما نستقرئه بنص المادة 9 فقرة 2 التي تنص على:"إذا لم يسوى الخلاف في مدة 06 أشهر من تاريخ رفعه من أحد الطرفين في النزاع يحال بطلب من المستثمر:إما إلى الهيئة القضائية المختصة التابعة للطرف المتعاقد المعني بالنزاع، أو إلى التحكيم الدولي بالنسبة إلى الخلافات الناجمة عن المواد 4، 5، 6، يكون اختيار أحد هذين الإجرائيين نهائيا، في جميع الاتفاقيات على الأغلب، لا يمكن لأي طرف أن يعطل تشكيل الهيئة التحكيمية مهما كانت الأساليب التي يتبعها إلا ما نصت عليه الاتفاقية ذاتها أو القانون الوطني كمسألة رد المحكم مثلا، أما عدم قيامه بتعيين المحكمين فانه لا يؤثر أبدا لأن نصوص الاتفاقيات تضمنت الإحالة إلى شخصيات أو مؤسسات أو هيئات داخلية أو دولية للقيام بالتعيينات الضرورية[44]، غير أن بعض الاتفاقيات الأخرى فقد حددت صفة شخص معين بصفته وذاته نجد منها الاتفاق المبرم بين الجزائر والمملكة الأردنية الهاشمية[45]، حيث نصت في المادة 2 فقرة 6 على:"وفي حالة عدم احترام الآجال المشار إليها أعلاه، فإنه يمكن كل طرف في الخلاف الطلب من رئيس هيئة التحكيم للغرفة التجارية باستوكهولم، للقيام بالتعيينات اللازمة"، وكذلك نجد النظام المتعلق بالإحالة إلى رئيس الغرفة الدولية للتجارة بباريس وهذا ما نجده في الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ودولة قطر[46]، حيث تنص المادة السابعة فقرة 3 على:"إذا لم تتم التعيينات خلال المدة المشار إليها في الفقرة (أ)، يحق لأي من طرفي النزاع، في حالة غياب أي اتفاق أخر، أن يطلب من رئيس الغرفة الدولية للتجارة بباريس إجراء التعيينات اللازمة، كما أن هناك بعض الاتفاقيات الدولية التي توسعت في تحديد دعوة لمحكم شرط أن يكون طرفا في النزاع وهو

ما تنص عليه المادة 19 من اتفاقية تشجيع الاستثمار بين دول المغرب العربي:"وإذ لم يتم القيام بالتعيينات اللازمة خلال المدة المقررة لذلك وفي صورة انعدام أي اتفاق أخر، يمكن لأي طرف دعوة رئيس الهيئة القضائية لدول الاتحاد للقيام بالتعيينات اللازمة "تشترط الاتفاقية أن يكون رئيس الهيئة القضائية مواطنا لإحدى الأطراف المتعاقدة أطراف النزاع.

كما تنص المادة 38 من اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى على :" إذا لمتشكل المحكمة خلال التسعين يوما التالية لإخطار تسجيل الطلب بواسطة السكرتير العام أو خلال أية مدة أخرى يتفق عليها الطرفان، يقوم الرئيس بناء على طلب الخصم أو صاحب المصلحة في التسجيل، ويقدر الإمكان بعد التشاور مع الأطراف بتعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يعينوا بعد"[47].

لم يغفل نظام الوساطة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس [48]التطرق إلى موضوع امتناع أحد الطرفين عن تعيين المحكم، حيث نصت المادة الثامنة (فقرة 4):"حينما يعرض النزاع على ثلاثة محكمين يعين كل طرف محكما في طلب أو الرد على الطلب بهدف تثبيته، وإذا امتنع أحد الأطراف تقوم الهيئة بالتعيين "عملت معظم الاتفاقيات والأنظمة الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي على حل مسألة عدم قيام أحد الأطراف بتعيين المحكم أو المحكمين، واعتبرت هذا التصرف غير ذي أثر لأنها أوجدت جهات أخرى تقوم بالتعيين بدلا عنه.

ثانيا : عدم الأخذ بغياب أحد الطرفين كسبب من أسباب توقيف إجراءات التحكيم

قد يحاول أحد الطرفين على الرغم من قبوله اختصاص هيئة التحكيم التأثير على السير الحسن للخصومة التحكيمية عن طريق عدم حضور الجلسات أو عدم تقديم عرائضه ودفاعه، بهدف الحد من فاعلية التحكيم من خلال تعطيل الفصل في النزاع لأطول فترة ممكنة، والتأثير على سمة هامة يتميز بها التحكيم وهي سرعة الفصل في المنازعات، وهذا يتعارض مع ضمان فعالية التحكيم الذي التزم به الطرفان حين أبرما اتفاقية التحكيم، لذلك وضعت الاتفاقية الدولية المتعلقة بالتحكيم مجموعة من المبادئ الهامةلتجاوز مثل هذه الوضعيات وتدعيم الفعالية الدولية لاتفاق التحكيم[49]، من خلال الإقرار باستمرارية هذه الإجراءات دون أن يؤثر غياب الطرف عن الحضور على ذلك .

ولقد حرص المشرع المصري على تنفيذ هذا المبدأ[50]، وأيده في ذلك المشرع الأردني بنصه في المادة 33 حيث جاء بها:"إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور أي من الجلسات أو عن تقديم ما طلب منه من مستندات يجوز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار الحكم في النزاع استنادا إلى الأدلة المتوافرة لديها"، وبهذا يكون المشرع الأردني قد أخذ بمبدأ عدم تأثير التحكيم بغياب أحد الأطراف، كما اهتمت اتفاقية واشنطن لسنة 1965بهذا المبدأ وعملت على تقنينه وذلك من أجل ضمان فعالية شرط التحكيم، فاعتبرت غياب احد الطرفين أو امتناعه عن تقديم أوجه دفاعه لا يعني القبول أليا بادعاء حكمها بناء على ذلك، مع إخطار الطرف المتغيب أو الممتنع عن تقديم أوجه دفاعه ومنحه مهلة لتدبير الآمر قبل إصدار الحكم، إلا إذا قدرت المحكمة عدم توافر النية لديه للحضور إلى المحكمة أو السير في الخصومة، نفس الموقف اتخذته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في المادة 25 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي[51] لسنة 1985، حيث جعلت المدعي عن تقديم بيانات ادعائه سببا لإنهاء إجراءات التحكيم، أما تخلف المدعي عليه فلا يؤثر على استمرار هيئة التحكيم في الإجراءات وإصدار قرار التحكيم بناء على الأدلة المتوفرة لديها ابتداء من جانفي 1988 على :" إذا رفض أحد الأطراف أو امتنع عن المشاركة في التحكيم أوفي أي مرحلة من مراحله، يتم السير في التحكيم بالرغم من هذا الرفض أو هذا الامتناع ".

تدل على الأمثلة السابقة على مواصلة المحكمين لمهمتهم رغم محاولة احد الطرفين التأثير عليها عن طريق الغياب أو الرفض أو الامتناع، وهذا بغرض الحفاظ على فعالية أكبر للتحكيم التجاري الدولي، و بما أن القانون النموذجي للتحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي يعتبر مصدر هام لمعظم القوانين الداخلية وأنظمة التحكيم الكثير من المؤسسات الدولية، فان معظم هذه القوانين والأنظمة تبنت مبدأ عدم الآخذ بغياب أحد الطرفين كسبب من أسباب توقيف إجراءات التحكيم [52]، كما أكدت قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي على أنه لهيئة التحكيم الأمر باستمرار إجراءات التحكيم وإصدار قرار التحكيم بناء على الأدلة الموجودة أمامها بناء على الأدلة الموجودة أمامها إذا تخلف أحد الطرفين دون عذر عن الحضور أو تقديم وثائق الإثبات خلال المدة المحددة لذلك.

ومن أمثلة القضايا التي التزمت بالمبدأ المذكور، يمكن أن نشير إلى قضية(ليتكو) (Letco) ضد الحكومة الليبرية، فقد تبين لمركز التحكيم أنه على الرغم من قيام الحكومة الليبرية بالاشتراك في تعيين المحكمين إلا أنها تخلفت عن حضور إجراءات التحكيم على الرغم من اعتذارها بذلك[53]، مما أدى بهيئة التحكيم إلى الاستمرار في الإجراءات والفصل في النزاع باعتبار أن تخلف أحد الأطراف عن حضور الإجراءات ليس من شأنه إيقاف الإجراءات ولا يحول دون استمرار نظرها[54]، وهكذا فان مقاومة أحد الأطراف للاتفاق على التحكيم وامتناعه عن تنفيذ التزامه لن يؤدي إلى تمديد إجراءات التحكيم، وهذا برأينا يحقق ضمانة وفاعلية للتحكيم ابتداء، وثانيا يشكل مانعا للمماطلة.

الخاتمة :

يمكن تأسيس سلطة هيئة التحكيم على أساس أن اتفاق التحكيم شأنه شأن سائر العقود يتعين وأن ينصب على محل معين وإلا كان هذا الأخير غير موجود، وبالتالي ينتفي ركن من أركان اتفاق التحكيم مما يجعله باطلا ، و يعتبر في حكم عدم وجود المحل كونه مستحيلا في ذاته، ويعتبر اتفاق التحكيم منعدما أو غير موجود، لو انتفى أو تخلف ركن الرضا لانعقاد اتفاق التحكيم، كما ينعدم اتفاق التحكيم لو لم يرد على محل أو كان المحل مستحيلا أو أنه غير قابل للتطبيق على حد تعبير المشرع المصري في نص المادة 336 من قانون رقم 27 الصادر سنة 1994 و المتعلق بالتحكيم مثل الاتفاق على التحكيم بشأن جزيرة تحت سيطرة الاحتلال كما ينعدم اتفاق التحكيم لو انعدم السبب الذي يتعلق به اتفاق التحكيم .

كما توصلت لبعض النتائج و التوصيات و هي كالتالي :

- من أهم النتائج أنه هناك تمييز و فرق بين وجود اتفاق التحكيم أو انعدامه و عدم مشروعية هذا المحل ؛ إذ يترتب على انعدام محل اتفاق التحكيم لفقده ركن من أركانه ، و يترتب على وجود المحل وجود اتفاق التحكيم أما عدم المشروعية فهو أمر يتعلق بصحة اتفاق التحكيم أو عدم صحته و يترتب على تخلفه البطلان كما أننا نفرق بين وجود السبب أو عدم وجوده أو انعدام اتفاق التحكيم بينما يترتب على عدم مشروعية السبب بطلان اتفاق التحكيم .

- من خلال استقراء النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم سواء في مختلف التشريعات المقارنة، أو الاتفاقيات الدولية التي تتناول اتفاق التحكيم التجاري، يتضح أن هناك بعض الازدواجية في تفصيل الجزئيات التي تتناول اتفاق التحكيم فبعض التشريعات كالمصري تناولها بإسهاب بينما المشرع الجزائري لم يتطرق إليه إلا بعد إصدار قانون رقم 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية

- يترتب على الحكم برفض الدفع تقرير سلطة هيئة التحكيم بالفصل في موضوع اتفاق التحكيم ويترتب على الحكم في موضوع النزاع استنفاذ هيئة التحكيم لولايتها بالفصل في النزاع ، فلا يجوز إعادة طرح الموضوع على هيئة التحكيم مرة أخرى و هذا ما اتفقت عليه أغلب الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن

التوصيات :

ضرورة إعادة النظر في أغلب الاتفاقيات الدولية التي تنظم التحكيم التجاري الدولي و بالأخص اتفاق التحكيم التجاري و تكوينه و شروط انعقاده و بطلانه ، حتى يتلائم مع مختلف المتغيرات و المعاملات الدولية في هذا الشأن .

- يتعين أن يراعى أن تكون في طلبات التحكيم المنظور أمامها كفالة حق القضاء في البحث في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم عند بحثه للنزاع تمسك المدعى عليه فيه بالتحكيم، وأنه يكون للمدعي في هذا النزاع التمسك ببطلان اتفاق التحكيم وانعدامه وسقوطه مع تعديل أحكام المادة 23 فقرة 2 من اتفاقية واشنطن 1965 في هذا الشأن .

الهوامش :

[1]- ختال هاجر، ضمانات حماية حقوق الأقليات بين القانون الدولي والفكر الإسلامي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مجلة فصلية دولية محكمة متخصصة في العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر العدد الرابع، سنة 2014، ص 283.

[2]- زروقي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية دراسة تحليلية مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة، الجزائر ، الطبعة الثانية 2002، ص 47.

[3]- بن علي بن سهلة ثاني، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء نظام التحكيم غير الاتفاقي، محاضرات في التحكيم الدولي، جامعة تلمسان، دون سنة نشر، ص323.

[4]- تنص المادة 16 من قانون التحكيم التجاري الدولي الأونيسترال (unictral) لعام 1985 الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بالقرار رقم 98/31، بتاريخ 15 ديسمبر سنة 1976، المعدل في 2010/08/15، الموقع الالكتروني :www.unicitral.org:" يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها ، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته ".

[5]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار "دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والأجنبية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن الطبعة الأولى ، سنة ، ص 73.

[6]- قانون المرافعات والتحكيم المصري لسنة 1994 (معدل)، منشور في موقع:www.mts.gov.eg/legyslation/. تم الاطلاع عليه بتاريخ 20017/12/13.

[7]- تنص المادة 22 من قانون 94-27 المتعلق بالتحكيم المصري على :" تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع ..."

[8]- هند بن عمار، المسؤولية عن تخلف التنمية الاقتصادية في الدول النامية، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجزائر، 2004، ص 188.

[9] - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ج ر، عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أفريل سنة 2008

[10]- قرفي ياسين، ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة 2008، ص 94.

[11]- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، ، دار هومه، الجزائر الطبعة الثانية 2006، ص 263

[12]- الاتفاق بين حكومة الجمهورية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية إندونيسيا حول ترقية وحماية الاستثمارات، الموقع بالجزائر في 21 مارس سنة 2000، و المصادق عليه بموجب رئاسي رقم 12-226 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1423 الموافق ل 22 يونيو سنة 2012ج ر، عدد 45، الصادرة بتاريخ 30 جوان سنة 2012.

[13]- عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2004، ص 12.

[14]- خالد كمال عكاشة ،مرجع سابق ، ص 192.

[15]- كامران الصالحي، دور القضاء الدولي والاتفاقيات الدولية والإقليمية في تسوية منازعات الاستثمارية، مجلة فصلية تصدر عن كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة 2001 ، ص 1253.

[16]- ياسر محمد محمد أبو زيد الفقى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية " بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة "، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة حلوان القاهرة ، مصر ، 2012، ص 151.

[17]- محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي للطباعة والنشر، الجزائر، 2008. ، ص 13

[18]- عمار معاشو، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1989، ص 121

[19]- ومن ذلك نص المادة 16 من قانون التحكيم التجاري الدولي الأونيسترال(unictral) لعام 1985 و المعدل في سنة 2010 و التي نصت على :" يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها ، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته "

[20]- وهذا ما أكدته نص المادة 26 من اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و مواطني الدول الأخرى لسنة 1965:"موافقة أطراف النزاع على طرحه على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية يعتبر، ما لم ينص على غير ذلك، تخليا عن مباشرة أي طريق أخر للتسوية"يؤدي القبول بالتحكيم إلى إلزام الدولة بكل النتائج المرتبة عنه، ولا يمكنها الدفع بالحصانة القضائية لرفض الامتثال أمام الهيئة التحكيمية أو إنكار اختصاصها

- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص192.[21]

-أحمد إبراهيم عبد التواب ، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2013 ، ص 275.[22]

[23]- كامران الصالحي، مرجع سابق، ص 1199.

[24]- خليل بوصنبورة، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة 2008، ص 365.

[25]- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 204

[26]- أحمد إبراهيم عبد التواب ،مرجع سابق ، ص 284.

- ياسر محمد محمد أبو زيد الفقى، مرجع سابق ، ص 73.[27]

[28]- أحمد إبراهيم عبد التواب ،مرجع سابق 285.

[29]- خالد كمال عكاشة ،مرجع سابق ، ص 203.

[30]- تنص المادة 53 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 على :" يكون الحكم ملزما للطرفين و لا يمكن الطعن عليه بأية طريقة ، إلا في الحالات الواردة في هذه الاتفاقية ، و يجب على كل طرف أن يحترم الحكم و ينفذه إلا إذا أوقف تنفيذه طبقا لأحكام هذه الاتفاقية ".

- خالد كمال عكاشة ،مرجع سابق ، ص 206.[31]

[32]- قرفي ياسين، مرجع سابق، ص 94.

[33]- قادري عبد العزيز، مرجع سابق ،ص 263

[34]- خالد كمال عكاشة ،مرجع سابق ، ص 192.

[35]- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص192.

[36]- أحمد أبو الوفا ، مرجع سابق، ص 173.

[37]- خالد كمال عكاشة ،مرجع نفسه، ص 193

[38]- عمر مشهور الجازي، اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني (31)، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، لبنان العدد22،سنة 2003، ص 73.

[39]- لافي محمد درادكه، محاضرات في أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن، دون سنة نشر، ص 1345، ينظر إلى : www.Arablawinfo.com، تاريخ الاطلاع :2018/01/01

[40]- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة رومانيا، الموقع بالجزائر في 28 يونيو سنة 1994، والمتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، و المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 94-329 مؤرخ في 17 جمادى الأولى عام 1415 الموافق ل 22 أكتوبر سنة 1994 ج ر، العدد 69، الصادرة بتاريخ 26 أكتوبر سنة 1994.

[41]- الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع عليه بالقاهرة بتاريخ 20 ذي القعدة عام 1417 الموافق ل 29 مارس 1997، و المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 98-320 مؤرخ في 20 جمادى الثانية عام 1419 الموافق ل 11 أكتوبر سنة 1998 ج ر، العدد76، الصادرة بتاريخ 11 أكتوبر سنة 1998.

[42]- الاتفاق بين حكومة الجزائر وحكومة دولة الكويت للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بالكويت في 13 رجب عام 1422 الموافق لـ30 سبتمبر سنة 2001، وتبادل الرسائل المؤرخة على التوالي في 20جانفي سنة 2002و 25جانفي سنة 2003، المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 03-370 مؤرخ في 27 شعبان عام 1424 الموافق ل 23 أكتوبر سنة 2003 ج ر، العدد 66.

[43]- الاتفاق بين الجزائر وحكومة جمهورية بلغاريا، حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات، الموقع بالجزائر 25 أكتوبر سنة 1998، المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 02-123 مؤرخ في 24 محرم عام 1423 الموافق ل 7أفريل2002ج ر، العدد 25.

[44]- حسيني يمينة، مرجع سابق، ص 90.

[45]- الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بعمان بتاريخ أول غشت 1996، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 97 -102 مؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1417 الموافق ل 5أفريل سنة 1997ج ر، العدد 20.، صادرة بتاريخ 06أفريل سنة 1997.

[46]- الاتفاق بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجمهورية الجزائرية الشعبية ودولة قطر، الموقع بمدينة الدوحة بتاريخ 11 جمادى الثانية عام 1417 الموافق ل 24 أكتوبر سنة 1996، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 97-229 مؤرخ في 18 صفر عام 1418 الموافق ل 23 يونيو سنة 1997، ج ر، العدد 43، صادرة بتاريخ 25 جوان سنة 1997.

[47]- كما درجت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على نفس النهج فنصت في المادة11 من قانون الآونسيترال (unictral)النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985 المعدل الى غاية 2010/08/15 على أنه، إذا لم يقم أحد الطرفين بتعيين المحكم خلال ثلاثين يوما من تسلمه طلبا لذلك من الطرف الآخر، وإذا لم يتفق المحكمان على المحكم الثالث خلال ثلاثين يوما من تعيينهما وجب أن تقوم بتعيينه السلطة القضائية للدولة المضيفة للاستثمار، منشور في الموقع:لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الاونيسترال (unictral)، السالف الذكر .

[48]- قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس (CCI)، السائرة المفعول ابتداء من تاريخ أول جانفي سنة 1998، و المعدلة بموجب اللائحة بقانون رقم 48 لسنة 2011 الصادرة في 13 يناير 2011، و المعدلة في أول يناير 2012، الموقع الالكتروني : WWW.ICCWBO.org/court/English/arbitration/pdf-ocuments

[49]- شوشو عاشور، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 266.

[50]- تنص المادة 35 من قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994على:"إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور إحدى الجلسات أو عن تقديم طلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم الاستمرار على إجراءات التحكيم وإصدار حكم في النزاع استنادا إلى عناصر الإثبات الموجودة أمامها".

[51]- ينظر إلى المادة 25 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، المعدل إلى غاية 2010/08/15.

[52]- أنور بندق، موسوعة التحكيم، الاتفاقيات الدولية وقوانين الدول العربية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1999، ص 174.

[53] *-MouhobiSalah, La politique de la coopération algèro-française , Bilan et perspectives-OPU, Alger ,1986.*

[54]- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 198.