

الآثار المترتبة على اتفاق ونطاق التحكيم في عقود الشراكة

The implications of the agreement and scope of arbitration in partnership contracts

عمروني الجيلالي*

"طالب دكتوراه"، جامعة أدرار، الجزائر

amroundjilali@gmail.com

تاريخ النشر: 2023/06/07

تاريخ القبول للنشر: 2023/01/29

تاريخ الاستلام: 2022/11/30

ملخص:

للتحكيم تأثيران مهمان أحدهما سلبي والآخر إيجابي فالسلبي هو إنكار حق السلطة القضائية في مراجعة المنازعات التي اتفق الأطراف على حلها عن طريق التحكيم، ولا يعني هذا الخلاف أن المحاكم تفقد اختصاصها تماما، بل تفقد سلطتها فقط في مراجعة النزاع، أما بالنسبة للأثر الإيجابي، فإن هذا ينطوي على تسوية النزاع عن طريق التحكيم، واعتماد الحكم الصادر فيه والنظر فيه كما لو كان قد صدر من قبل المحكمة المختصة أصلا بالنزاع، ولهذا كان منح لهيئة خاصة مؤقتة حق دراسة النزاع والبت فيه وهي هيئة التحكيم، وهذا التأثير له حدوده؛ وهو أثر غير مكتمل لا يمتد إلى القضايا التي لا يتخصص التحكيم في الفصل فيها.

الكلمات المفتاحية: سلطة قضائية، منازعات، تحكيم تجاري، تسوية نزاعات، محكمة مختصة

تصنيفات JEL: Q57، L83.

Abstract :

Arbitrage has two important effects, one negative and the other positive: The negative is the denial of the right of the judicial authority to review disputes which the parties have agreed to resolve by arbitration, and this dispute does not mean that the courts completely lose their jurisdiction, but only lose their authority to review the dispute. As for the positive effect, this involves the settlement of the dispute by arbitration, the adoption of the judgment rendered therein and its consideration as if it had been rendered by the court originally competent in the dispute. Granting a temporary special body the right to examine and decide the dispute, which is the arbitration panel, and this effect has its limits; It is an incomplete effect that does not extend to issues that arbitration does not specialize in separating.

Key Words: Judicial authority, disputes, commercial arbitration, settlement of disputes, specialized court

Jel Classification Codes: Q57 ، L83.

* المؤلف المراسل.

على الرغم من أن التحكيم كأى وسيلة لفض المنازعات قد قننتها القوانين؛ فإن هذا التقنين بالنسبة للقوانين الداخلية، أو الاتفاقيات الدولية لا يعني بالتأكيد أنه إجباري على الأطراف، فتقنين القوانين لا يتعدى تحديد إجراءات السير فيه طبقا لقواعد عامة لا تنطبق إلى إلزام الأطراف بالالتجاء إليه، فالتحكيم طريق استثنائي، وسيظل كذلك مهما تطور تشريعه، فالسلطة الطبيعية في فض المنازعات هي السلطة القضائية، فهي السلطة العامة التي تتولي الفصل في كافة المنازعات، وهي السلطة الطبيعية بمعنى أن اللواء ينعقد لها أولا، وقد ذهب مركز واشنطن، وكذلك غرفة التجارة بباريس I. C. C، وأيدهم بعض الفقه إلى أن الدول بتوقيعها على اتفاقية حماية، وتشجيع الاستثمار تقدم إيجابا في اتفاق التحكيم أمام المركز، وحينما يطلب المستثمر التحكيم أمام المركز، فإن ذلك يعد قبولاً على الإيجاب المقدم من الدولة الموقعة على الاتفاقية، وبالتالي يكون التحكيم تم بتوافق إرادتين مما يعتبر اتفاقاً على التحكيم، إلا أنه لم يلق هذا الاتجاه قبولاً من غالبية الفقه للأسباب الآتية:

إن أساس التحكيم بمعناه الصحيح هو الإرادة الحرة للطرفين؛ فمجرد النص في اتفاقية بين الدول لتشجيع الاستثمار على أن ما ينشأ من منازعات يحل بطريق التحكيم ليس كافياً لوجود التحكيم، ولو أشارت الاتفاقية إلى مركز تحكيم محدد أو مراكز محددة يتم الاختيار بينها، إن الاتفاقية التي تبرم بين الدول لا تلزم الأطراف بالالتجاء إلى التحكيم، والتخلي عن الالتجاء إلى المحكمة المختصة إلا بإرادتهم الحرة، فاتفاق الطرفين على التحكيم هو وحده مصدر سلطة المحكمين، حيث أن التحكيم هو اتفاق بين طرفين على أن ما قد ينشأ بينهما من نزاع بشأن علاقة قانونية معينة يفصل فيه بواسطة التحكيم وهذا يقضي أن تكون العلاقة التعاقدية، والشرط سابقين على قيام المنازعة، أي أنه اتفاق على شيء غير واقع، أو مركز قانوني مستقبلي غير حال اتفاق التحكيم يخضع للقواعد العامة في تفسير العقود، فإذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها بحجة تفسير العقد، وإذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، مع الأخذ بالاعتبار طبيعة التعامل السابق والاعراف، أما وإذا كان هناك شك فإنه يفسر دائما لمصلحة المدين.

- اتجه القضاء في الدول العربية إلى تفسير اتفاق التحكيم تفسيراً ضيقاً باعتبار أن التحكيم خروجاً عن الأصل ولأن الولاية العامة للقضاء، وبما أن اتفاق التحكيم هو مصدر سلطة المحكمين، وهو الذي يحدد نطاق التحكيم، فإن مسألة صياغة البند التحكيمي مسألة في غاية الأهمية، والصياغة الرديئة لاتفاق التحكيم من شأنها أن تهدر العملية التحكيمية برمتها.
 - من القواعد المسلم بها نسبية أثر العقود، أي سريانها في مواجهة من التزم بها دون غيره، وبالتالي فإن اتفاق التحكيم باعتباره عقد لا يلزم سوى أطرافه، وأن المتضامنون سواء في حالة التضامن الإيجابي (تضامن الدائنين)، أو في حالة التضامن السلبي (تضامن المدينين) يعتبر الاتفاق سارياً في حقهم فيما ينفعهم دون ما يضرهم.
- فإذا كان يتعلق بالتصرفات التي لا يتضح مدى نفعها من ضررها، فيكون المتضامن بالخيار بين التمسك بالإفادة بها من عدمه، حيث ينتقل أثر اتفاق التحكيم إلى الخلف العام (الوارث، والموصى له، والشخص المعنوي الدامج بطريق الضم أو الشخص المعنوي الناشئ عن الاندماج بطريق المزج) مالم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، ولكن لا ينتقل أثر الاتفاق إلى الخلف الخاص إلا بموافقة ذلك الخلف.

1.1. اشكالية الدراسة: بناء على ما ذكر نهدف من خلال هذه الورقة البحثية إلى الإجابة على الإشكالية التالية:

ما هي الاثار التي يحققها التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص ؟

2.1. أهمية وأهداف الدراسة: تسعى هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على واقع التحكيم الدولي والاثار المترتبة عنه خاصتها في فض النزاعات المتوقعة بين الاطراف لتسهيل سيرورة المعاملات الاقتصادية بين الاشخاص الطبيعية والاعتبارية في ظل العولمة و التطور التكنولوجي والعلمي. كما تستمد هذه الدراسة أهميتها في كونها تحتوي على معرفة الاثار الايجابية والسلبية في نطاق التحكيم الخاصة بعقود الشراكة في بيئة يسودها التغير المستمر.

3.1. منهج الدراسة :

من أجل الإحاطة بجوانب موضوع هذه الدراسة سنستخدم في هذه الدراسة المنهج التحليلي والمقارن من خلاله نسعى إلى الإجابة على أهم تساؤلات الإشكالية وهذا بالاستعانة ببعض الآراء الفقهية والقوانين في هذا الشأن .

4.1. خطة الدراسة :

سيتم تغطية هذه الدراسة من خلال المحاور التالية:

المحور الأول: مفهوم الاثار الايجابي لاتفاق التحكيم

المحور الثاني: مفهوم الاثار السلبي لاتفاق التحكيم

2. الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم:

يقضي مضمون الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم، معالجة مسألتين على التوالي، المسألة الأولى: تتمثل في التزام طرفي العقد بتسوية المنازعات التي تنشور بينهما في المستقبل، بمناسبة تنفيذ العقد الأصلي بطريق التحكيم (أولاً)، أما المسألة الثانية: فتتمثل في سلطة هيئة التحكيم في البث في اختصاصها، وفي تلك المنازعات الناشئة بشأن اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف، أو ما يصطلح عليه بمبدأ الاختصاص بالاختصاص (ثانياً):

❖ التزام الأطراف بمبدأ الاتفاق على التحكيم:

إذا كان الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم، يبيح لأطرافه الالتجاء إلى التحكيم للفصل في النزاع الناشئ عن عقدهما، فإن هذه الإباحة تقتضي في مراعاة قاعدتين أساسيتين، الأولى تتمثل في القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، والثانية تتمثل في قاعدة التنفيذ العيني لهذا الاتفاق:

■ القاعدة الأولى: القوة الملزمة لاتفاق التحكيم: لا تفتقر القوة الملزمة لاتفاق التحكيم عن القوة الملزمة للعقود عموماً فمن المعروف أن هذه القوة الملزمة أو ما يعبر عنه بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود، ومقتضى هذه القوة الملزمة لاتفاق التحكيم أن هناك التزاماً بنتيجة يقع على عاتق كل من طرفي الاتفاق هو ضرورة قيام كل منهما بالمساهمة في اتخاذ الإجراءات التحكيمية، والامتناع عن عرض نزاعه على قضاء الدولة، فإن خالف ذلك يكون قد أخل بمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية (التواب د، 2010)

ويتفرع على هذا الالتزام عدم تمكن أحد طرفي الاتفاق أن يتملص منه بإرادته المنفردة، أو يعدل فيه بزيادة أو نقصان، وإن فعل ذلك جاز للطرف الآخر إجباره على تنفيذ التزاماته عيناً، وذلك بتعيين محكمة وتقديم مستنداته وبدء إجراءات التحكيم، فإن امتنع لجأ هذا الطرف الآخر إلى المحكمة القيام بتلك الإجراءات، حيث تقوم المحكمة مقام الطرف المتعاس أو الممتنع عن التنفيذ في القيام بتنفيذ الاتفاق على التحكيم. (التواب ، 2000، ص564)

ان قضاء التحكيم في العديد من القضايا نكر على سبيل المثال قضية Elf Aquitaine ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول في 14 يناير 1982، التي قرر فيها المحكم المنفرد B. GOMARD بأن: "من المبادئ المعترف بها أن الدولة المرتبطة بشرط تحكيم منصوص عليه في اتفاق أبرمته الدولة ذاتها، أو من خلال شركة تابعة لها: لا تستطيع بإرادتها المنفردة في تاريخ لاحق، أن تمنع الطرف الأخر معها من الالتجاء إلى الوسيلة المتفق عليها بين الأطراف، لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينهما (التواب ، 2000، ص564).

■ القاعدة الثانية: تنفيذ اتفاق التحكيم: الأصل وفقا لما تقضي به القواعد العامة، فيما يتعلق بالأثر المترتب على الإخلال بتنفيذ الالتزامات، يتمثل في إجبار المدن إما بالتنفيذ العيني للالتزام أو التنفيذ بمقابل، غير أن تطبيق هذه القاعدة العامة لا تنسجم مع طبيعة التحكيم التجاري، إذ التنفيذ العيني لاتفاق التحكيم يتم من خلال استخدام آليات، تهدف إلى إجبار الطرف الذي يتقاعس في المشاركة في إجراء التحكيم، ويحاول تأخير اللجوء إلى استخدام هذه الإجراءات، ففي هذا القرض تقتضي طبيعة التحكيم ضرورة الاستمرار في إجراءاته، على الرغم من امتناع هذا الطرف من المشاركة في إجراءات التحكيم، كأن يمتنع عن تعيين المحكم أو عن تقديم دفاعه ومستنداته، إذ تذهب جميع التشريعات إلىوضع حلول لتفادي مثل هذه الأعمال التسويفية، والتي تهدف إلى تعطيل سير إجراءات التحكيم (التواب د، 2000، ص564).

- موقف التشريع والقضاء الجزائري من مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم: يظهر مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم بوضوح في نص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، حيث جاء فيها أن: 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".

ويذهب المشرع الجزائري من أجل مواجهة عدم قيام أحد الأطراف في اتفاق التحكيم بتعيين محكم، إلى النص على تولى المحكمة المختصة مهمة تعيين هذا المحكم، بدلا من الطرف الذي تقاعس عن تنفيذ هذا الالتزام، إذ ينص في المادة 1009 على أنه: "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 إلى ان دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه".

والتأمل لنص المادة 1009 هذه يلاحظ أنها تشير إلى مسألة دقيقة تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على مبدأ الالتزام بالتنفيذ العيني والاخلال بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم (التواب ، 2000، ص564)، وسوف يأتي الكلام بالتفصيل حول موضوع القانون الواجب التطبيق على النزاع، حيث نرى أن هذا القانون يتحدد وفقا لقانون الإرادة كأصل عام، أو القانون الذي تحدده هيئة التحكيم عند تخلف اختيار الأطراف، ومن ثم يكون المشرع الجزائري قد أخضع مسألة التنفيذ العيني لاتفاق التحكيم، من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق، إلى ذات القاعدة والاستثناء السابقين.

وقد كرس الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الجزائرية مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، مبدأ إلزامه للأطراف بمبدأ التنفيذ العيني لاتفاق التحكيم، ويظهر ذلك من خلال الحكم الآتي: من اتفق على التحكيم لا يمكنه اللجوء إلى القضاء العادي، وأن الاجتهاد القضائي مستقر في مثل هذه الحالة، لأن التحكيم يكون إجباريا باعتباره شرطا أساسيا في العقد وملزم للطرفين، طبقا لنص المادة 106 من القانون المدني والمطعون ضده خرق الاتفاق المبرم مع الطاعنة، وبذلك فالقرار المنتقد خرق مبدأ الاختصاص الإجباري للتحكيم ...

وحيث أن المطعون ضدها عندما لجأت الي رفع الدعوى الحالية دون أن تلجأ إلى التحكيم، كما يوجبها بذلك البند الخامس من العقد، تكون قد أخلت بالتزاماتها، والحكم والقرار المنتقد عندما سايرها في ذلك، يكونان قم خالفا قواعد

وإلى جانب هذه النتيجة الأولية، والمتمثلة في وجوب التنفيذ العيني لاتفاق التحكيم وفقا لما تقتضيه القوة الملزمة لهذا الاتفاق، نعرض للنتيجة الثانية التي تعكس فكرة الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم، وهي تلك التي تتعلق باختصاص محكمة التحكيم بالفصل في مسألة اختصاصها أو ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص:

• مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

بدأ فصل المحكم في مسألة اختصاصه (التواب ، 2000، ص564)، أو ما يصطلح عليه بدأ الاختصاص بالاختصاص (التواب 2000 ، ص564) competence a Competence، من أهم المبادئ الحديثة التي استقر عليها فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي وكذلك وفقا لما استقرت عليه التشريعات الدولية والوطنية (التواب د.، 2002 ص 329)، حيث يتعين على هيئة التحكيم وقبل نظر النزاع، أن تحدد مهمتها واختصاصها من حيث وجود هذا الاختصاص وصحته، ونطاقه من حيث الأشخاص أو مكن حيث الموضوع، بناء على وثائق ومستندات الدعوى التحكيمية التي يقدمها الأطراف، فإن تم التأكد من وجود صحة ونطاق اختصاص هيئة التحكيم، تباشر هيئة التحكيم نظر النزاع وتستمر في إجراءاته إلى حين صدور حكم التحكيم، لكن إذا لم يتم هذا التأكد، فنكون حينئذ أمام عقبات تهدد اختصاص هيئة التحكيم، وهذه العقبات لا تخرج عن سببين

السبب الأول، المنازعة في وجود أو صحة العقد الأصلي الذي يتضمن شرط التحكيم، وقد سبق وأن تطرقنا إلى هذه المسألة، في معرض دراستنا لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، حيث رأينا كيف أن اتفاق التحكيم لا يتأثر بتلك العوارض التي تؤثر على هذا العقد.

السبب الثاني، المنازعة في عدم وجود أو عدم صحة ليس العقد الأصلي الذي يتضمن شرط التحكيم- ولكن في عدم وجود أو عدم حة اتفاق التحكيم ذاته، والذي يستمد منه المحكم أو هيئة التحكيم ولايتها واختصاصها، أو المنازعة في تجاوز المحكم أو هيئة التحكيم لاختصاصها، نتيجة عدم شمول اتفاق التحكيم للمنازعة المنظورة.

المقصود بمبدأ الاختصاص بالاختصاص وطبيعته وأساسه القانوني:

❖ المقصود بمبدأ الاختصاص بالاختصاص: مبدأ الاختصاص بالاختصاص، مفاده أن هيئة التحكيم هي التي تخص بالنظر فيما إذا كانت مختصة بالنزاع المعروض عليها أم لا، ويكون لها هذا الاختصاص ولو دفع أمامها بانعدام اتفاق التحكيم أو بطلانه أو بسقوطه فالمحكم لكي ينظر ما يعرض عليه من نزاع لا بد له أن يقرر أولا اختصاصه بنظره، ولو اقتضى هذا البحث في وجود وصحة وبقاء اتفاق التحكيم الذي يستند إليه طالب التحكيم، إذ أن المحكم يستمد ولايته من إرادة الطرفين، ولهذا فهو يختص بالنظر في مسألة اختصاصه، ولا يقتصر هذا الاختصاص على ما يتعلق ببطلان اتفاق التحكيم، وإنما أيضا ما يتعلق بوجوده، وكذا ما يتعلق بتحديد نطاق ولاية هيئة التحكيم، أو بعبارة أعم، شمول اتفاق التحكيم أو عدم شموله للمسائل المطروحة أمام هيئة التحكيم وعموما، فإن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يرمي إلى تقرير حق هيئة التحكيم في الفصل في النزاع المعروض أمامها، إذ هي الأقدر من غيرها في تقرير اختصاصها بالنزاع من عدمه وذلك دون تعطيل بسبب لجوء أحد الطرفين لمحاكم الدولة، بعد تشكيل هيئة التحكيم النظر في مدى اختصاص هيئة التحكيم، وتطبيقا لذلك لا يجوز لأي من طرفي النزاع، أن يطلب من هيئة التحكيم وقف إجراءات التحكيم، حتى يتم الفصل في دعوى بطلان مرفوعة أمام القضاء بشأن اتفاق التحكيم ، ولعل التحليل السابق يعد أحد أهم مبررات أعمال مبدأ الاختصاص بالاختصاص، بما يدعم إحدى أهم مزايا التحكيم وهي سرعة الإجراءات، وبالتالي سرعة البت في النزاع

فلو تم تخويل البت في مسألة الاختصاص للقضاء، لأدى ذلك في كثير من الأحيان إلى سلب التحكيم هذه الميزة، مما يفقده أحد أهم أسباب اللجوء له، وما قد يترتب عن ذلك من تعطيل الفصل في الإجراءات (مخلوف، بلا تاريخ، ص 154).

❖ طبيعته: ان اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسألة اختصاصها، يثير التساؤل عن طبيعة الدفع الذي تثيره الهيئة بشأن عدم اختصاصها بنظر النزاع، وهل هو اختصاص نوعي، ام اختصاص وظيفي أو ولائي، يذهب اتجاه في الفقه أن الدفع بعدم الاختصاص بنظر النزاع، هو من الاختصاص النوعي لهيئة التحكيم بينما يذهب اتجاه آخر الى اعتباره من قبيل الاختصاص الوظيفي، المبني على تحديد اختصاص كل جهة من جهات المحاكم دون باقي الجهات، في حين يعالج البعض هذه الطبيعة من حيث مدى تعلق قواعد الاختصاص بأنواعه المذكورة بالنظام العام، حيث يرى أن الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم دون قضاء الدولة، ليس تقريراً لاختصاص ولائي أو وظيفي لهيئة التحكيم، كما لا يمكن اعتباره من قبيل قواعد الاختصاص النوعي لها، ذلك لأن هذه القواعد لا تتقرر بمقتضى اتفاق خاص بين الأطراف، إذا تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، بل إن أي اتفاق على مخالفتها يعد باطلاً.

إن الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم، يعتبر من قبيل الدفع الشكلية، التي تسقط بانتهاء المدة المقررة لتقديم المدعى عليه لدفاعه طبقاً للقواعد العامة (محمود، 2003، ص 55).

■ أساسه القانوني: اختلف الفقه حول الأساس الذي يستند إليه مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وذلك على نحو أربعة آراء:

- الرأي الأول، وهو الذي كرسه القضاء في فرنسا (محمود، 2003، ص 55)، برد المبدأ المذكور إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي لكن الواقع كما رأينا يثبت أن هناك ضرورة تدعو للفصل بين المبدأين على نحو ما فصلنا فيه سابقاً.
- الرأي الثاني، يذهب إلى أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يجد أساسه في نطاق التحكيم الدولي، وذلك في قاعدة عرفية خاصة بتحكيم منازعات التجارة الدولية، قبل أن يصير قاعدة قانونية في صورتها الأخيرة، ومستند هذا الرأي أن المبدأ المذكور يكون واجب الأعمال بغض النظر عن وجود أو صحة اتفاق التحكيم ذاته، بل وبغض النظر عن ضرورة الرجوع إلى قانون دولة معينة يقره أو يعترف به (الفاقي، 2008، ص 225-226).
- الرأي الثالث، يذهب إلى ربط مبدأ الاختصاص بالاختصاص بالتكليف العقدي لاتفاق التحكيم، وعليه فإن هذا التكليف العقدي يؤدي إلى انكار سلطة ومسألة اختصاصه، ومن ثم يتعين حسم هذه المسألة المحكم في الفصل في مسألة بواسطة القضاء (الفاقي، 2008، ص 225-226).
- لكن في تقديرنا أن التكليف القانوني لطبيعة التحكيم لا تصلح أساساً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، ذلك لأن هذا التكليف تتنازعه عدة نظريات فإذا كانت النظرية العقدية تؤدي إلى القول بعدم اختصاص المحكم في مسألة اختصاصه في نظر النزاع، فإن النظرية القضائية تقود إلى العكس وذلك، وذلك بالاعتراف للمحكم بهذا الاختصاص.
- الرأي الرابع يذهب إلى أن هيئة التحكيم تستند اختصاصها في نظر النزاع من عقد التحكيم نفسه، حيث أن المحكم يستمد سلطته من اتفاق التحكيم ذاته وهو الذي يخوله سلطة البت في اختصاصه، غير أن ما يمكن قوله في هذا الرأي ما قيل في سابقه، من عدم صلاحية اعتبار التكليف القانوني لطبيعة اتفاق التحكيم أساساً للمبدأ المذكور، أضف إلى ذلك أنه يثير التساؤل: كيف يمكن للمحكم بالاستناد فقط إلى اتفاق التحكيم أن يقرر صحة أو وجود اتفاق التحكيم فيقرر اختصاصه تبعاً، أو أن يقرر بطلان هذا الاتفاق وبالنتيجة تقرير عدم اختصاصه تبعاً لذلك، ورأينا في ذلك هو انه لا يتأتى

إلا بالبحث عن أساس آخر المبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، لذلك نرى أن الأقرب إلى المنطق القانوني الذي تقتضيه خصوصيات التحكيم، ذلك التحليل الذي يرى أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يستمد من قانون التحكيم في دولة مقر التحكيم، أو بصورة أعم، من قانون الدولة التي يراد منها الاعتراف أو تنفيذ حكم المحكم الصادر بالفصل في مسألة اختصاصه، فلو أصدرت هيئة التحكيم المنعقدة في دولة من الدول، حكمها بعدم اختصاصها في النزاع المعروض أمامها بسبب عدم صحة أو عدم وجود اتفاق التحكيم، فإن هذا الحكم يستند في أساسه إلى قانون الدولة التي يجري هذا التحكيم في أراضيها، أو إلى قانون الدولة التي يراد منها الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم، والقول بخلاف ذلك لا شك يؤدي إلى تهديد مصير الحكم الصادر بشأن مسألة الاختصاص، وذلك من حيث عدم الاعتراف به أو عدم تنفيذه

■ تطبيقات مبدأ الاختصاص بالاختصاص: متى دفع أحد أطراف اتفاق التحكيم في النزاع الناشئ بينهما بمناسبة تنفيذهم للعقد المبرم بينهم، بعدم اختصاص هيئة التحكيم، بسبب أن اتفاق التحكيم باطل أو غير موجود، أو عدم شموله موضوع النزاع، أو بسبب عدول ونزول أحد أطرافه عنه، كان على هيئة التحكيم أن ترد على هذا الدفع، طالما تم إيداء هذا الدفع في الموعد المحدد له، وهو عادة ميعاد لا يتجاوز تقديم بيان الدفاع أو تقديم الرد على الطلبات العارضة، طبقا لما نصت عليه المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري حيث جاء فيها: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب اثاره الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع.

تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أول الا اذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع. وعلى غرار ما استقر عليه الرأي الدولي تشريعا وقضاء، فإن لهيئة التحكيم أن تتأكد من مساله اختصاصها سواه من نفسها أو بناء على دفع أحد طرفي اتفاق التحكيم اتفاق التحكيم بعدم اختصاصها، إلا أن الغالب في الحياة العملية ألا يكون ذلك إلا بناء على دفع الطرف صاحب المصلحة، فاذا لم يثر هذا الدفع يعتبر ذلك تنازلا عنه، وينعقد بالتالي الاختصاص لهيئة التحكيم لكن قد تقتضي الظروف في بعض الأحيان، بأن تثير هيئة التحكيم هذا الدور اتها دون أن تنتظر إثارته من أحد الأطراف، كأن تكون المسألة المتنازع عليها مما لا يجوز التحكيم فيها أصلا، أو كان سببها أو محلها غير و مخالف للنظام العام ففي مثل هذه الفروض وغيرها، قد تجد هيئة التحكيم أن من مصلحتها، بل وحفاظا على سمعتها، أن تثير الدفع بعدم الاختصاص (عمر، بلا تاريخ ، ص 102).

وسواء أثير الدفع من طرف الهيئة أو من طرف صاحب المصلحة لهيئة التحكيم الخيار بين أمرين: الأول، إما أن تفصل في ذلك الدفع بحكم تمهيدي أو أولي استقلالاً عن حكمها الفاصل في موضوع النزاع، وهذا يحدث عادة في الفرض الذي تنتهي فيه الهيئة إلى عدم اختصاصها، فتسارع إلى إصدار قرارها بعدم اختصاصها دون انتظار. الثاني، أن ترجئ البت في الدفع بعدم الاختصاص إلى حين البت في موضوع النزاع، لتفصل فيهما بحكم واحد، وهذا في الحالة التي يكون فيها هذا الدفع مرتبط بموضوع النزاع، كما هو واضح من الفقرة الثانية من المادة 1044 المشار إليها قبل قليل، ويحدث هذا أيضا في الحالة التي تقدر فيها هيئة التحكيم ثبوت الاختصاص لها، حيث تقتضي دواعي الاقتصاد والإجراءات وسرعة البت في النزاع، إصدار حكم واحد حاسم لمسألة الاختصاص وموضوع النزاع معا (عمر، بلا تاريخ ، ص 102)، إن حكم هيئة التحكيم بالفصل في النزاع أو برفض الدفع بعدم الاختصاص، تستنفذ به هيئة التحكيم ولايتها في نظر النزاع، فلا يجوز طرحه عليها مرة أخرى (عمر، بلا تاريخ ، ص 102).

- موقف المشرع الجزائري من مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

على غرار باقي التشريعات الأخرى، فإن المشرع الجزائري قد اعتنق مبدأ الاختصاص بالاختصاص كما يبدو ذلك واضحاً من خلال المادة 1044 من ق.إ.م، حيث جاء فيها: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إنارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع، تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع"

فعل المشرع المصري في المادة 22 من قانون التحكيم التي جاء فيها: تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الرفي المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه"، فلم يقت المشرع المصري على تخويل هيئة التحكيم مسألة البت في الدفع بعد اختصاصها في نظر النزاع فقط، بل وسع من نطاق هذا الاختصاص ليشمل أي دفع يتعلق باتفاق التحكيم بصفة عامة سواء من حيث وجوده أو سقوطه أو بطلانه، ولعل المشرع الجزائري ترك هذه المسألة مفتوحة أمام هيئة التحكيم، لكونها الأدرى بما يدخل ضمن نطاق اختصاصها وما يخرج عنه.

3. الأثر السليبي لاتفاق التحكيم:

الجانبا الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم، والذي يفرض على الأطراف تنفيذ تعهداتهم بشأن هذا الاتفاق المبرم بينهم على النحو الذي سبق تفصيله، فإن هذا الاتفاق يقتضي أثراً آخر، يمنع الأطراف من التجاهم إلى القضاء الوطني للمطالبة بالفصل في المنازعة محل اتفاق التحكيم، وهو ما يعرف بالأثر السليبي أو الأثر المانع لاتفاق التحكيم، يقتضي تحديد مفهوم الأثر السليبي لاتفاق التحكيم، بيان المقصود بهذا الأثر (عمر، بلا تاريخ، ص 102)، وتحديد شروطه ثم التعرّيج على موقف التشريعات الدولية والوطنية وبعض أحكام القضاء من هذا الأثر:

■ تعريفه: ينشأ التحكيم بشأن النزاع الناشئ عن العلاقة التجارية كأى اتفاق تحكيم آخر التزاماً سلبياً متبادلاً على عاتق كل من طرفيه، بعدم الالتجاء بل في هذا النزاع المحكم فيه (عمر، بلا تاريخ، ص 102)، فلا يجوز لأى من أطرافه الالتجاء إلى القضاء بصفة منفردة، ما لم يتنازل الطرف الأخر صراحة أو ضمناً ناق التحكيم، مع التزام قضاء الدولة بعدم الاختصاص بنظر النزاع إذا الخصم الأخر في الاتفاق بوجود اتفاق التحكيم قبل التطرق إلى الموضوع (عمر، بلا تاريخ، ص 102).

حيث لا يجوز تعديله أو إلغاؤه بالإرادة المنفردة ك أطرافه (اليوسفي، 2014، ص 57)، فمتى كان اتفاق التحكيم صحيحاً وناظاً، ورفعت الدعوى بخصوص المنازعة محل الاتفاق أمام قضاء الدولة، كان للمدعى عليه أن يدفعها بوجود اتفاق التحكيم، ويكون له التمسك بهذا الدفع ولو كانت إجراءات التحكيم لازالت جارية، وسواء كانت الدعوى التحكيمية قد رفعت قبل رفع الدعوى أمام المحكمة أو بعدها (عطية، بلا تاريخ، ص 148-149)، بل وحتى أثناء سريان الخصومة أمامها، وهو ما نصت عليه المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بقولها: "يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية".

■ شروط إعمال الأثر السليبي لاتفاق التحكيم: يقتضي إعمال قاعدة الأثر السليبي لاتفاق التحكيم بصورة عامة، وجود شرطان أساسيان:

- الشرط الأول: تمسك المدعى عليه بالدفع بوجود اتفاق التحكيم: تكاد تتفق التشريعات المتعلقة بالتحكيم على النحو الذي مر بنا، أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم يجب إبدائه من طرف المدعى عليه أمام القضاء، وذلك قبل الكلام في الموضوع، وتفسير ذلك أن التجاء المدعي الطرف في اتفاق التحكيم إلى القضاء، يعني تخليه عن هذا الاتفاق ورغبته في

العودة للقضاء المختص، فإذا حضر الطرف الآخر المدعى عليه وسائر خصمه، وبدأ في تقديم طلباته والرد على خصمه ومناقشته لموضوع النزاع، فهذا يعني أنه أيضا قد قبل ضمنيا تخليه عن اتفاق التحكيم، وفي هذه الحالة يتعين على القاضي أن يتصدى لموضوع النزاع، أما إذا أبدى المدعى عليه تمسكه باتفاق التحكيم فإن القاضي في هذه الحالة يكون غير مختص طبقا لمقتضيات المادة 1045 من ق.إ.م.إ. الجزائري.

- الشرط الثاني: ألا يكون اتفاق التحكيم باطلا أو غير قابل للتطبيق: هذا الشرط يبدو واضحا من خلال الشرط الأخير من اتفاقية نيويورك المشار إليها قبل قليل، وقد أخذ به جانب من الفقه، إذ يقرر أنه حتى تقضي المحكمة بعدم اختصاصها بنظر النزاع، يشترط أن يكون اتفاق التحكيم الذي يدفع به صاحب المصلحة قد ورد صحيحا ونصت على ذات الشرط المادة 1/8 من القانون النموذجي للتحكيم الدولي حيث ألزمت المحكمة بعدم إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم إذا كان اتفاق التحكيم باطلا أو لاغيا أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه.

■ موقف التشريعات الدولية و الوطنية وأحكام القضاء من الأثر السلبي لاتفاق التحكيم: المفهوم المتقدم للأثر السلبي لاتفاق التحكيم، تناولته معظم الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، وكرسته أيضا أحكام قضاء الكثير من الدول: ففي ضوء المعاهدات الدولية، يعتبر بروتوكول جنيف الموقع عام 1923 أول من نص على مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية، بنظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، وذلك من خلال نص المادة 1/4 بلته اتفاقية نيويورك لسنة 1958 (Leboulager, P.672, sans date)، حيث نصت المادة

2/3 منها بأنه: "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كى اتفاق من الأطراف، بالمعنى الوارد في هذه المادة، أن تحيل الخصود على طلب أحدهم إلى التحكيم ...".

وكذلك تطرقت لذات الأثر الاتفاقي الأوروبية للتحكيم تجاره العام 1961 في مادتها السادسة، مقررة أنه إذا رفع أحد أطراف اتفاق التحك الدعوى أمام القضاء العادي، ثم دفع المدعى عليه أمامها بعدم الاختصاص استنادا إلى وجود اتفاق تحكيم، فإن هذا الدفع يجب أن يقدم قبل البدء في المرافعة حول الموضوع ... وتفاديا لأي تنازع بين القضاء والتحكيم، فقد ألزمت الفقرة الثالثة من نفس المادة المحكمة بأن تأمر بوقف الفصل في طلب المدعى عليه إلى حين صدور حكم التحكيم على أن وجود اتفاق التحكيم لا يحول دون التقدم للجهات القضائية المختصة بطلب إجراء وقتي أو تحفظي، وهو ما قرره الفقرة الرابعة من المادة المذكورة، وبالتالي لا يعتبر إجراء هذا الطلب نزولا ضمنيا من الخصم الذي قدمه عن التحكيم (Mayer, 1989, P. 138) أما عن التشريعات الوطنية، فتعترف الغالبية العظمى منها بتنظيم الأثر المذكور، فقد قرر قانون التحكيم المصري لسنة 1994 في المادة 13: يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى، على عكس الوضع في فرنسا، اقتصر قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1975 على تكريس الأثر المذكور في مجال التحكيم الدولي فقط، ولم ذكر في مجال التحكيم الداخلي، الأمر الذي جعل المحاكم الإنجليزية ت إلى سلطتها التقديرية في أعمال مبدأ الأثر السلبي في مجال التحكيم الداخلي (Robert, 1993).

■ موقف التشريع والقضاء الجزائري من الأثر السلبي لاتفاق التحكيم: أما عن الوضع في الجزائر، فقد قرر المشرع الجزائري قاعدة الأثر السلبي السابق في نص المادة 1045 من ق.إ.م.إ. بقوله: "يكون القاضي مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أي إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم، على أن تثار من أحد الأطراف"، فالمشرع الجزائري من خلال هذه المادة يكون قد سلك نهج التشريعات السابق ذكرها، وفي مقدمتها اتفاقية نيويورك التي

صادق عليها، ولم يخرج القضاء الجزائري عن ذات المسلك، حيث كرست المحكمة العليا مبدأ الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في قرار لها جاء فيه: أن التحكيم ينزع اختصاص القضاء، وأن معاينة القضاء عدم قدرة الطاعنة على الوفاء رغم وجود بند تحكيمي، لا يعني حكما بأن طريق التحكيم أصبح مسدودا ... مما يستوجب معه نقض القرار" (Leboulanger, 2006)، لذلك يكون من الجدير اقتراح إعادة صياغة المادة 1045 المذكورة، بحيث تكون على النحو الآتي: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، وذلك بناء على الدفع المثار من المدعى عليه بوجود اتفاقية تحكيم"، وترتبطا على ما تقدم، فإنه وإن تبين للقاضي وجود اتفاق تحكيم، فليس له أن يدفع بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه، بل عليه أن يمضي في نظر النزاع حتى يقوم المدعى عليه بالدفع بوجود اتفاق التحكيم، احتراماً لاتفاق التحكيم من جهة، وحفاظاً على استمرار الإجراءات التحكيمية من جهة أخرى، لكن إذا تبين للقاضي بطلان اتفاق التحكيم، وأصدر حكماً فيه بالبطلان، ففي هذه الحالة فقط يتعين على هيئة التحكيم إنهاء الإجراءات التحكيمية، لأن استمرارها سيصبح لا جدوى منه، وحتى لو استمرت وأصدرت حكماً في موضوع النزاع، فإنه لن يتسنى لصاحب المصلحة طلب الاعتراف به وتنفيذه، لصدور حكم قضائي يقضي ببطلان اتفاق التحكيم، وهو أحد الأسباب المانعة من التنفيذ (Dow Chemical, P.137, 1982, 1984 sep)

❖ طبيعته القانونية: غني عن البيان، أن الحق في إبداء أي دفع بصفة عامة ينشأ من لحظة نشوء المصلحة من استعمال الحق وفقاً لما نصت عليه المادة 13 من ق.ا.م. الجزائري، وتطبيقاً لهذا المبدأ، فإن الحق في إبداء الدفع بوجود اتفاق التحكيم أو الدفع بالتحكيم حيث ينشأ من لحظة توافر المصلحة من استعمال هذا الحق، أي من لحظة الخصومة باعتباره -أي الدفع بالتحكيم- من الدفوع الإجرائية التي لا يتصور وجودها إلا بمناسبة خصومة قضائية مطروحة على القضاء، ولا ينشأ هذا الحق بالدفع من لحظة إبرام اتفاق التحكيم، إذ أن اتفاق التحكيم هو مجرد سبب في إبداء هذا الدفع (Gaillard E, 1994 586-5 Fasc)، ولقد اختلف الفقه والقضاء والتشريع في شأن تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم وتحديد طبيعته القانونية على نحو ثلاث نظريات هي: نظرية الدفع ببطلان المطالبة القضائية، ونظرية الدفع بعدم القبول، ونظرية الدفع بعدم الاختصاص.

■ نظرية الدفع بعدم الاختصاص: يذهب الرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسي (Fricero, 2001 413 P)، ويؤيده جانب في الفقه المصري (S. Jean Vincent, 2005 1664 N P.1118)، وبعض أحكام محكمة النقض المصري (Ph. Fouchard, 2001 15 P)، إلى تكييف الدفع بالحكم على أنه دفع بعدم الاختصاص، ومستندهم في هذا التكييف أن اتفاق اشراف على التحكيم، وإقرار المشرع لهذا الاتفاق، يترتب عنه سلب اختصاص القضاء بنظر النزاع (Ph. Fouchard, 2001 P 15)، فالقانون إذن هو الذي يمنح الإرادة - النية في حالات معينة، سلطة الاتفاق على الانتقاص من الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة (Fouchard, 1984)

المطالبة لحين الانتهاء من إجراءات التحكيم، ويمكن تبرير هذه الوجهة من زاويتين:

فمن ناحية أولى، إجازة المشرع لأطراف اتفاق التحكيم وفي نظر النزاع إلى هيئة التحكيم استثناءً إلى جانب القضاء مع إعطاء الأولوية إلى هيئة التحكيم في حالة وجود اتفاق تحكيم صحيح، متمسك من أي طرف وفقاً لما يقضي به القانون ومن ناحية ثانية، فإن اتفاق التحكيم لا يعني وفقاً لما تقدم سلب اكم الدولة، بل كل ما في الأمر أنه يضع على عاتق طرفيه التزاما ببدء إجراءاته والاستمرار فيها، وعدم الالتجاء إلى قضاء الدولة الا في الأحوال التي يجيزها القانون، كطلب إجراء تدابير تحفظية أو وقتية (المادة 1046 إ.م.إ. الجزائري)، ومن ثم يظل القضاء وفقاً لهذا النظام هو صاحب الولاية الأصلية في نظر

المنازعات إلا ما استثنى بنص، كما هو الحال في نصه على ولاية هيئة التحكيم في نظر الدفع بوجود اتفاق التحكيم، دون أن يعد ذلك انتزاعاً لبعض اختصاصات القضاء.

❖ أساسه القانوني: يترتب على الحكم بعدم اختصاص المحكم بنظر النزاع، بسبب وجود اتفاق التحكيم مسألتين إجرائيتين، يمكن تصورهما كأثر قد يترتب عن هذا الحكم:

المسألة الأولى، تتعلق بالإجراء الذي يتعين على المحكمة اتخاذه بعد حكمها بعدم الاختصاص، فهل يترتب على الحكم بعدم الاختصاص أو الحكم بصحة اتفاق التحكيم، التزام المحكمة بإحالة النزاع إلى هيئة التحكيم، أم تكتفي بعدم اختصاصها؟
المسألة الثانية، تتعلق بمدى تصور وجود حالة تنازع في الأخت القضائي، بين المحكمة المطروح أمامها النزاع محل اتفاق التحكيم وهيئة التحكيم وفقاً لما نصت عليه المادة 398 من ق.إ.م.إ الجزائر (E Gaillard، 1994 5-586 Fasc)؟

▪ مناقشة الجدل حول مسألتى الإحالة والتنازع في الاختصاص القضبان بين محاكم الدولة وهيئة التحكيم:

فبخصوص مسألة الإحالة من المحكمة إلى هيئة التحكيم، وذلك بعد: حكم المحكمة بعدم اختصاصها لوجود اتفاق التحكيم، فالظاهر من نص المادة 1045 من ق.إ.م.إ الجزائر أن المشرع لم يتعرض لهذه المسألة، شأنه شأن جميع التشريعات الأخرى، ونظراً لخلو هذه التشريعات من نصها على مسألة الإحالة، اختلف الفقه بين من يرى عدم جواز الإحالة بين القضاء وهيئة التحكيم، لأن الإحالة لا تكون إلا بين الجهات ذات الاختصاص القضائي (Fricero، 2001 413 P)، وبين من يجيز هذه الإحالة على أساس أن المشرع قد اعترف الهيئة التحكيم كهيئة ذات اختصاص قضائي، بسلطات واسعة لا تختلف في طبيعتها عن السلطات الممنوحة للقضاء، أما عن مسألة تنازع الاختصاص القضائي بين المحكمة وذلك في الحالة التي تقضي كلاهما، إما بالاختصاص أي نفس النزاع المعروض عليهما، ودون الخوض فيما ذهب إليه الفقه واعتبار هيئة التحكيم هيئة قضائية أم لا، فإن الواقع المعلى: ضرورة عدم تجاهل نظام التحكيم، كنظام أثبت بشكل كبير جدارت مستوى التشريع والقضاء الدوليين، وبالتالي حسب تقديرنا، أنه رغم وجود نص صريح يعتبر هيئة التحكيم ذات طابع قضائي، إلا أن ذلك لا يعني عدم إمكانية إضفاء هذا الوصف عليها باعتبارها طريق خاص استثناء للتقاضي، والقول بخلاف ذلك لا شك يعتبر جموداً على التصورات القانونية التي تتناهي مع ما يفرضه واقع التجارة الدولية، وما يفرضه ظروف وأوضاع المجتمع الراهن.

ان وصف هيئة التحكيم بأنها هيئة ذات اختصاص قضائي، هو ضرورة حتمية تفرضها طبيعة التنظيم القانوني لعمل هيئة التحكيم من جهة، وما يقتضيه واقع التجارة الدولية من جهة أخرى، فإن ذلك يؤدي بنا إلى القول بإمكانية قيام تنازع في الاختصاص القضائي، بين محاكم الدولة وهيئات التحكيم باعتبارها هيئة ذات طابع قضائي استثنائي خاص، ومن ثم نقترح ضرورة إضافة نص قانوني ينظم هذه المسألة.

▪ الاستثناءات الواردة على الأثر السلبي: عدد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات محل اتفاق التحكيم، أورد عليه المشرع الجزائري جملة من الاستثناءات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تكون بموجبها المحكمة المختصة في نظر النزاع رغم وجود اتفاق تحكيم بشأنه، ومن ثم يتدخل القضاء الوطن العملي التحكيمية، وهذا التدخل قد يكون من خلالها في يعبر عنه بالرقابة القضائية السابقة على الأطراف عن التمسك باتفاق التحكيم في حكم التحكيم، كما في حالة تنازل (المادة 4-10)، وفي حالة إدعاء أحد الأطراف أمام القضاء الوطني قبل اللجوء الى التحكيم، منازعاً صحة اتفاق التحكيم مثلاً أو صحة الاختصاص، المحكمين وفي حالة الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية (المادة 1046)، وأيضاً ما

الأثار المترتبة على اتفاق ونطاق التحكيم في عقود الشراكة

يتعلق بتقديم الأدلة (المادة 1048)، كما قد يكون التحكيم، أو ما يعبر عنه بالرقابة القضائية اللاحقة على حكميحت يملك الأطراف حق اللجوء إلى القضاء الوطني، لممارسة الطعن على حكم (التحكيم في المواد 1055 وما يليها).

4. الخاتمة:

اتفاق التحكيم هو توافق، وتلاقي إرادة أطراف، علاقة قانونية خاصة ما – إلى تسوية منازعات حدثت، أو ستحدث فيما بينهم عن طريق إجراءات التحكيم بعقد مكتوب.

- اتفاق التحكيم هو عقد ذو طبيعة خاصة بين أطراف علاقة ما يقرون فيه أنهم ملزمون باللجوء إلى التحكيم لفض منازعات قائمة أو ممكن أن تقوم بينهم؛
- التحكيم هو طريق استثنائي لا يجوز أن يكون ملزما للأشخاص في اللجوء إليه، سواء كان مصدر الإلزام قانون داخلي أم تفاقية دولية؛
- يسقط الاتفاق على التحكيم، ويصبح غير ذي أثر بنزول الطرفين عن الاتفاق، ويكون النزول أما صريحا بموجب اتفاق جديد مثبت بالكتابة، وإما ضمنيا إذا لجأ أحد الطرفين إلى القضاء وقبله الطرف الآخر؛
- اتفاق التحكيم أما في صورة شرط التحكيم، أو مشاركة التحكيم، وهناك طريق ثالث يعتبر من أنواع الشرط، وهو الإحالة إلى الشرط؛
- يرد شرط التحكيم في الغالب الأعم في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية، ولا يوجد ما يمنع من ورود الشرط في اتفاق لاحق قبل نشوء أي نزاع؛
- شرط التحكيم بالإحالة هو اتفاق تحكيم يحيل كل الاتفاق إلى وثيقة منفصلة تتضمن التحكيم أصلا وإلزاما، وغالبا ما تتضمن جميع ما يتعلق بهذا الإجراء لفض المنازعة عن طريق التحكيم، وهذا التضمين اختيار وليس إجبارا؛
- شرط التحكيم قد يكون عاما ينص على إحالة كافة المنازعات التي تنشأ مستقبلا عن العقد على التحكيم، وقد يكون خاصا ينص على إحالة بعض المنازعات فقط إلى التحكيم دون البعض الآخر؛
- يرد شرط التحكيم دوما في عقد مكتوب فعدم كتابة اتفاق التحكيم يؤدي إلى البطلان الفوري للعملية التحكيمية برمتها حتى، وإن تمت الكتابة بعد مباشرة العمل؛
- يجب أن يكون الاتفاق على شرط التحكيم واضحا دون غموض، فيجب أن يكون نصا محددا قاطع الدلالة على نية الأطراف في الالتجاء إلى عملية التحكيم بدلا عن محاكم الدولة؛
- إذا لحق البطلان شرط التحكيم بحد ذاته، وليس بسبب تبعيته للعقد، فإن الشرط يكون باطلا بصرف النظر عن العقد الأصلي، والعكس أيضا صحيح فبطلان العقد لا يبطل الشرط؛
- شرط التحكيم لا يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها، وإنما يتعين التمسك به أمامها، ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمنا، ويسقط الحق فيه لو أثر متأخرا بعد الكلام في الموضوع؛
- مشاركة التحكيم هي الاتفاق اللاحق على النزاع، ولا بد أن تكون مكتوبة، ومستقلة بنفسها تحتوي على كل البيانات الممكنة عن العمل التحكيمي، والمهمة التحكيمية؛
- الاتفاق على التحكيم لا يجوز إلا للشخص الطبيعي الذي يملك حق التصرف في حقوقه؛
- لا تكفي الوكالة العامة في اتفاق التحكيم، بل لابد من وكالة خاصة تخول الوكيل سلطة الاتفاق على التحكيم؛

- يحق للشريك المتضامن إبرام اتفاق التحكيم، ولو لم يفوض من الشركة في ذلك بمسئولية غير محدودة، أما الشريك الموصي، أو المدير غير الشريك المتضامن، فلا يجوز له قانونا إبرام اتفاق التحكيم إلا بتفويض خاص؛
- لرئيس مجلس إدارة الشركة المساهمة، أو العضو المنتدب إبرام اتفاق التحكيم في حدود نشاط، وأغراض الشركة كذلك لمدير الشركة ذات المسئولية المحدودة إبرام اتفاق التحكيم ما لم يرد نص صريح بعقد الشركة، أو نظامها يسلبه هذه السلطة، أو يقيدها. ، وكذلك يكون للمصفي سلطة إبرام اتفاق التحكيم فيما تستلزمه أعمال التصفية؛
- يجوز للدولة، وللهيئات العامة المحلية، وللمؤسسات العامة أن تتفق على التحكيم في العقود التجارية، والمدنية التي ترميها دون قيود أما بالنسبة للعقود الإدارية، فيكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك؛
- الأمور التي لا يجوز فيها الصلح لا يجوز فيها التحكيم، وكذلك لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام؛
- أغلب التشريعات العربية استقرت على عدم جواز التحكيم في مسائل الأحوال الشخصية، وإن جاز التحكيم بشأن الحقوق المالية التي تترتب على الحالة الشخصية كنفقة المتعة، وأجر الحضانة، وسكن الحضانة؛
- هيئة التحكيم هي المختصة بالفصل في كل ما يتعلق بالدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها إعمالاً لمبدأ "الاختصاص بالاختصاص Competence de la competence"؛
- يخضع تفسير اتفاق التحكيم للقواعد العامة في تفسير العقود، فإذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها بحجة تفسير العقد، وإذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، مع الأخذ بالاعتبار طبيعة التعامل السابق والأعراف أما، وإذا كان هناك شك؛ فإنه يفسر دائماً لمصلحة المدين، وقد اتجه القضاء في الدول العربية إلى تفسير اتفاق التحكيم تفسيراً ضيقاً؛
- أن اتفاق التحكيم باعتباره عقد لا يلزم سوي أطرافه إلا في حالات محددة منها، الخلف العام (الوارث، والموصي له والشخص المعنوي الدامج بطريق الضم، أو الشخص المعنوي الناشئ عن الاندماج بطريق المزج)، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك؛
- اتفاق التحكيم يعتبر سارياً في حق الدائنين المتضامين، والدائنين المتضامين فيما ينفعهم، دون ما يضرهم، فإذا كان يتعلق بالتصرفات التي لا يتضح مدى نفعها من ضررها، فيكون للمتضامن بالخيار بين التمسك بالإفادة بها من عدمه.
- قد يعتبر الغير طرفاً في التحكيم بنص القانون في بعض الحالات، مثل العقد الجماعي، والمجموع العقدي، والاتفاق مع من يظهر بمظهر صاحب الصفة، والمرسل إليه في عقد النقل؛
- اتفاق التحكيم ينزع اختصاص القضاء الطبيعي بالنظر الأولي في المنازعات التي اتفق على اللجوء إلى التحكيم بشأنها ويمنحها لهيئات التحكيم؛
- اتفاق التحكيم لا يؤثر في قطع مدة التقادم، أو مدد سريان الفوائد، ولا يؤثر على المدد المفروضة من قبل القانون على حقوق الأفراد في الالتجاء إلى قاضيهم الطبيعي؛
- الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع بعدم القبول، فاتفاق التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة؛
- وإنما يمنحها فقط من سماع الدعوى؛

- الطلب الذي يقدمه أحد الطرفين إلى سلطة قضائية باتخاذ تدابير مؤقتة لا يعتبر مناهضا لاتفاق التحكيم، أو نزولا عن الحق في التمسك به.

5.المراجع:

1. هات معي الدين اليوسفي. (2014، ص 57). الاير المان اتفاق التحكيم ايره عل الاختصاص القضائي. الاسكندرية . دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
2. المحكمة العليا، العدد أربعة . (12 05، 2007، ص 251). الغرفة التجارية و الحرية.
3. حمزة أحمد حداد. (2000، ص 289). التحكيم في القوانين العربية.
4. د أحمد إبراهيم عبد التواب. (2010). الأثر الإيجابي والأثر السلبي لا تفاق التحكيم.
5. د أحمد ابراهيم عبد التواب. (2002 ص 329). الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم.
6. د أحمد إبراهيم عبد التواب. (2000، ص 564). أنفاق التحكيم و الدفع المتعلقة به .
7. د أحمد عبد الكريم سلامة. (2002 ص 302). التحكيم في المعاملات المالية الداخلية و الدولية، ص 302 و ما بعدها . . الاسكندرية للطباعة .
8. د أحمد مخلوف. (بلا تاريخ . ص 154). اتفاق التحكيم كأسلوب لتوسية منازعات ص 154.
9. د أشرف عبد العليم الرفاعي. (2004 ، ص 316 و مايلها). اتفاق التحكيم و المشكلات الملية و القانونية في العلاقات الخاصة الدولية.
10. د بليغ حمدي محمود. (2003 ، ص 55). الدعو ببطلان أحكام التحكيم الدولية.
11. د سراج حسين محمود أبو زيد. (1998 ، ص 389). التحكيم في عقود البترول .
12. د عاطف محمد الفقي. (2008 ، ص 225-226). التحكيم في المنازعات البحرية.
13. د فتحي والي. (1999 ، ص 145-146). قانون التحكيم في النظرية و التطبيق.
14. د محمود محمد هاشم. (2002 ، ص 262 و ما بعدها). النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية.
15. د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال. (2005 ، ص 509). التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية.
16. د نبيل إسماعيل عمر. (بلا تاريخ ، ص 102). التحكيم في المواد المدنية و التجارية و الوطنية و الدولية.
17. عزمي عبد الفتاح عطية. (بلا تاريخ ، ص 148-149). قانون التحكيم الكويتي.
18. Bernard Fillion et Ph Leboulager) .sans date, P.672 .(Le Nouveau droit Egyptien de l'arbi.Op, Cit .
19. Bernard Fillion et Ph Leboulanger .(2006) .Le ouveau droit Egyptien de larbitrage, OP.Cit .
20. C.Lsover, Saint-Gobain Dow Chemical) .sep 1982,1984 , P.137 . (Rev.Arb . .Sentence CCI N.413123 °
21. E. Gaillard 1994) .Fasc 586-5 .(Convention d'arbitrage effets, droit commun et droit conventionnel J.C.I.Dr.lter.
22. E.Gaillard, B.Goldman Ph. Fouchard . 2001) .P 15 .(Traité de l'arbitrage commercial international.OP Cit .
23. Gaillard, & J, C. D. (1994 , Fasc. P. 672). Covention darbitrage effets, droit commun et droit conventionnel.
24. Natali Fricero 2001) .P. 413 .(Droit judiciaire privé L.G.D.L .ed Pierre Jullien.(2006).
25. Ph. Fouchard .(1984) .Larbitrage Elf Aquitaine Iran, C.National Iranian Oil Company.Rev .une nouvelle contribution au droit international de l'arbitrage. . Iran.
26. Pierre Mayer ,1989) .P. 138 .(L'autonomie de l'arbitre iterationnal dans l'appréciation de sa propre compétence. Rec. des cours T.2 Vol5 avec la collaboration de B.Moreau PR .
27. Robert .(1993) .L'arbitrage droit intere, droit international privé ، D , 6 ème éd .
28. Serge Guinchard S.Jean Vincent ، 2005) .N 1664 °P.1118 .(Procédure Civil.OP.Cit .