مبدأ الاختصاص بالاختصاص في التحكيم في المنازعات البحرية؛

دراسة في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وفقه وقضاء التحكيم البحري

The principle of Compétence-Compétence of the arbitration in maritime disputes ; Study in light of the Algerian Civil and Administrative Procedures law, Jurisprudence and maritime Arbitration.

د. بلباقي بومدين، دكتوراه في القانون الخاص،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر.

تاريخ الإرسال: 2018/09/23 / تاريخ المراجعة: 2018/11/25

ملخص:

ينشئ اتفاق التحكيم بشأن المنازعات البحرية، كأي اتفاق تحكيم آخر، التزاماً سلبياً متبادلاً على عاتق كل من طرفيه، بعدم الالتجاء بصفة منفردة إلى القضاء للفصل في النزاع، مع التزام قضاء الدولة بعدم الاختصاص بنظر هذا النزاع، متى أثير أمامه الدفع بوجود اتفاق التحكيم. وعلى هذا يظل حق هيئة التحكيم قائماً في تقريرها لاختصاصها أو عدم اختصاصها في الفصل في النزاع المعروض عليها، وذلك دون تعطيل بسبب لجوء أحد الطرفين لمحاكم الدولة، للنظر في مدى اختصاص هيئة التحكيم، بسبب بطلان اتفاق التحكيم أو عدم وجوده أصلاً.

الكلمات المفتاحية:

المنازعة البحرية، اتفاق التحكيم، الأثر السلبي، مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

Abstract:

The arbitration agreement on maritime disputes shall be established, like any other arbitration agreement, A mutual negative obligation on both sides, Not to resort individually to the judiciary to adjudicate the dispute, With the obligation of the State's jurisdiction not to be competent in the consideration of this dispute, When it is brought before it to pay for the existence of the arbitration agreement, Thus, the arbitral tribunal's right to determine its jurisdiction or lack of competence in adjudicating the dispute before it remains, Without prejudice to the fact that one of the parties resorted to the courts of the State, to consider the jurisdiction of the arbitral tribunal, Because of the invalidity or non-existence of the arbitration agreement.

Keywords:

maritime dispute, the arbitration agreement, the negative impact, Compétence-Compétence.

مقدمة:

يعد مبدأ فصل المحكم في مسألة اختصاصه، أو ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص Compétence a Compétence[1] من أهم المبادئ الحديثة التي استقر عليها فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي[2]، وكذلك وفقا لما استقرت عليه التشريعات الدولية والوطنية [3]،

[1] يرجع بخصوص هذا المبدأ بصورة عامة إلى:

Pierre. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », Rec. des cours, T. 2, Vol. 5,1989.

[2] V. Par Ex, Sentence CAMP, N°803,du 10 Mai 1991, D.M.F, 1991, P. 625.
Sentence CAMP, N° 589, du 1er octobre 1985, DMF, 1986, P. 377.
Sentence CAMP, N° 647, du 13 Mars 1987 (Second degré), DMF, 1987, P. 463.

[3] من الاتفاقيات الدولية التي نصت على هذا المبدأ، المادة 5 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961، والمادة 16 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985، والمادة 41 من اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام 1965.

حيث يتعين على هيئة التحكيم وقبل نظر النزاع أن تحدد مهمتها واختصاصها، من حيث وجود هذا الاختصاص وصحته ونطاقه من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع، وذلك بناء على وثائق ومستندات الدعوى التحكيمية التي يقدمها الأطراف. ولا تختلف أهمية تطبيق هذا المبدأ في مجال التحكيم بصورة عامة، عنه في مجال التحكيم في عقود التجارة البحرية، حيث أنه متى تم التأكد من وجود وصحة ونطاق اختصاص هيئة التحكيم البحري، المعروض أمامها النزاع الناشئ عن عقد من عقود التجارة البحرية، تباشر هيئة التحكيم البحري نظر النزاع وتستمر إجراءاته إلى حين صدور حكم التحكيم. لكن إذا لم يتم هذا التأكد، فنكون حينئذ أمام عقبة تهدد اختصاص هيئة التحكيم البحري، تظهر في الفرض الذي يلجأ فيه أحد الخصوم في المنازعة البحرية إلى القضاء، على الرغم من وجود اتفاق على التحكيم.

هذا السبب كخطر يهدد اختصاص هيئة التحكيم البحري، يدعو إلى التساؤل حول مدى جواز فصل هيئة التحكيم البحري في اختصاصها وولايتها، بنظر المنازعات الناشئة عن العلاقات ذات الطبيعة البحرية المعروضة أمامها، أم أن هذا الاختصاص يؤول إلى قضاء الدولة؟.

إجابة على ذلك، سوف نعرض لبيان مفهوم مبدأ الأثر السلبي أو المانع لاتفاق التحكيم (المبحث الأول)، وكنتيجة لهذا الأثر المانع لاتفاق التحكيم، سنحاول مناقشة مبدأ الاختصاص بالاختصاص، مع توضيح التطبيق العملي لهذا المبدأ في مجال التحكيم في المنازعات البحرية، ورصد موقف التشريع والقضاء الجزائري منه. (المبحث الثاني والثاث).

المبحث الأول

الأثر السلبي أو المانع لاتفاق التحكيم في المنازعات البحرية

لقد استقر غالبية الفقه[1] على أن اتفاق التحكيم يترتب عنه أثران هامان: أثر إيجابي هو حق كل من طرفيه في الالتجاء إلى التحكيم، والذي يفرض عليهما في نفس الوقت تنفيذ تعهداتهما بشأن هذا الاتفاق المبرم بينهم، وأثر سلبي هو التزام كل من طرفيه بعدم الالتجاء إلى قضاء الدولة لنظر المنازعة محل التحكيم[2]، وسنقتصر على هذا الأثر الأخير كسبب مباشر للموضوع محل الدراسة، والمتمثل في مبدأ الاختصاص

ومن التشريعات الوطنية التي قننت ذات المبدأ، المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، والمادة 22 من قانون التحكيم المصري، والمادة 1466 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد بشأن التحكيم، والمادة 30 من قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1996.

ولم تخل لوائح التحكيم البحري من ذات المبدأ المذكور، حيث يظهر ذلك في نص المادة 10 من لائحة تحكيم غرفة التحكيم البحري بباريس، والمادة 5 من لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري، ولائحة تحكيم اليونسترال لعام 1976، في حين لم ترد أية إشارة لهذا المبدأ في لوائح كل من جمعية المحكمين البحريين بلندن، وجمعية المحكمين البحريين بنيويورك.

[1] د فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007، ص 177. د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1998، ص 508. د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 213. د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 15.

[2] يجري بعض الفقه المعاصر إلى تقسيم هذه الآثار إلى آثار موضوعية وأخرى إجرائية، نذكر على سبيل المثال: د ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم المصري في المواد المدنية و التجارية رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 279. د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والإدارية والجمركية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006، ص 243، د فايز رضوان، اتفاق التحكيم وفقاً للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، بحث منشور بمجلة الأمن والقانون، العدد الأول، جانفي 2008، ص 31.

وقد تعقب البعض التمييز السابق واعتبره محل نظر، إذا أن الأثر الإجرائي لا يترتب إلاّ بصدد خصومة قضائية أو خصومة تحكيم، أما اتفاق التحكيم في ذاته فهو ليس إلاّ عملاً مدنياً يخضع لما تخضع له الأعمال المدنية من أحكام، ولا يترتب على وجوده أي أثر إجرائي، ومن ثم فإن كل ما يترتب عليه هي آثار موضوعية إيجابية وأخرى سلبية. أنظر بشأن هذا التعقيب، د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 27 هامش 30، ولنفس المؤلف، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 49-50.

بالاختصاص. فنحاول بيان مفهوم الأثر السلبي أو المانع لاتفاق التحكيم في مجال المنازعات البحرية (المطلب الأول)، ثم نستعرض طبيعة الدفع باتفاق التحكيم كإجراء يمكن مباشرته في حالة عدم احترام أحد الخصوم لهذا الأثر السلبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في المنازعات البحرية.

يقتضي الاتفاق على التحكيم التزاماً سلبياً بمنع الأطراف من التجائهم إلى القضاء الوطني، للمطالبة بالفصل في المنازعة محل اتفاق التحكيم، وهو ما يعرف بالأثر السلبي أو الأثر المانع لاتفاق التحكيم. وفيما يلي نستعرض مضمون هذا الأثر وشروطه والاستثناءات الواردة عليه، ثم نبين موقف التشريع والقضاء منه:

الفرع الأول: تعريف الأثر السلبي لاتفاق التحكيم وبيان شروط إعماله في المنازعات البحرية.

أولاً: تعريف الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في المنازعات البحرية.

ينشئ اتفاق التحكيم بشأن المنازعات البحرية، كأي اتفاق تحكيم آخر، التزاماً سلبياً متبادلاً على عاتق كل من طرفيه[1]، بعدم الالتجاء إلى القضاء للفصل في هذا النزاع المحكم فيه[2]، فلا يجوز لأي من أطرافه الالتجاء للقضاء بصفة منفردة، ما لم يتنازل الطرف الآخر صراحة أو ضمناً عن اتفاق التحكيم، مع التزام قضاء الدولة بعدم الاختصاص بنظر النزاع، إذا دفع الخصم الآخر في الاتفاق بوجود اتفاق التحكيم قبل التطرق إلى الموضوع[3].

ولا يقتصر الأثر السلبي على مجرد امتناع الأطراف عن الالتجاء إلى القضاء، بل يمتد هذا الأثر إلى الامتناع عن الطعن فيه بطرق الطعن التي قررها القانون، تكريساً لمبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم كأي اتفاق آخر طبقاً للقواعد العامة، ومن ثم لا يجوز تعديله أو إلغاؤه بالإرادة المنفردة لأحد أطرافه[4]، فمتى كان اتفاق التحكيم صحيحاً ونافذاً، ورفعت الدعوى بخصوص المنازعة البحرية 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 القضاء أو بعدها[5]، 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 ".

ثانياً: شروط إعمال الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في المنازعات البحرية.

---

[1] يعبر جمهور الفقه عن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم بتعبيرات مختلفة، فيعبر عنه البعض بأنه الأثر الذي يترتب عليه إقصاء القضاء عن الفصل في النزاع، والبعض الآخر بأنه الأثر السالب أو المانع لولاية القضاء بنظر النزاع، والبعض بحجب اختصاص القضاء مؤقتاً عن نظر النزاع، والبعض بعدم اختصاص القضاء بنظر النزاع موضوع اتفاق التحكيم، وقد تعقب جانب آخر هذه التعبيرات، إذ يرى أن اتفاق التحكيم لا يسلب في الواقع ولاية نظر النزاع من القضاء، ولا يترتب عليه اختصاص هيئة التحكيم وحدها بنظر النزاع، إذ يظل القضاء هو صاحب الولاية العامة بنظر النزاع، ويكون اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع إلى جانب اختصاص هذا القضاء، ومن ناحية أخرى لا يترتب على اتفاق التحكيم امتناع المحاكم عن نظر النزاع، لأن المحاكم ليست طرفاً في اتفاق التحكيم، إذ أن القانون أعطى المحكمة أولوية الفصل في الطلبات العارضة والتي من بينها الدفع بوجود اتفاق التحكيم، وألزمها بالحكم بعدم القبول أو الاختصاص بنظر النزاع أو الحكم بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته، ولا يتضمن هذا الاتفاق على منع نظر المحاكم للنزاع أو عدم الاختصاص بذلك. أنظر تحليل مفصل لهذه المفاهيم عند، د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 207 وما تلاها، مع ما أشار إليه من المراجع المتضمنة للتعريفات الفقهية السابقة.

[2] د محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، 1990، ص 247، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 509.

[3]Pierre JULLIEN, Natali FRICERO,Droit Judiciaire Privé, L.G.D.L, éd, 2001, P. 413. Aussi, Bernard FILLION et Ph LEBOULANGER, Le nouveau droit Egyptien de l'arbitrage, Rev. Arb, 1994, P. 672.

[4] د أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص 216.

[5] د فتحي والي، المرجع السابق، ص 181.

يقتضي إعمال قاعدة الأثر السلبي لاتفاق التحكيم بصورة عامة، وجود شرطان أساسيان، الأول، تمسك المدعى عليه بالدفع بوجود اتفاق التحكيم، والثاني، ألاّ يكون اتفاق التحكيم باطلاً أو غير قابل للتطبيق:

الشرط الأول: تمسك المدعى عليه بالدفع بوجود اتفاق التحكيم.

تكاد تتفق التشريعات المتعلقة بالتحكيم وعلى غرارها التشريع الجزائري كما سيأتي، أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم يجب إبداؤه من طرف المدعى عليه أمام القضاء، وذلك قبل الكلام في الموضوع[1]، وتفسير ذلك أن التجاء المدعي الطرف في اتفاق التحكيم البحري إلى القضاء، يعني تخليه عن هذا الاتفاق ورغبته في العودة للقضاء المختص، فإذا حضر الطرف الآخر المدعى عليه وساير خصمه، وبدأ في تقديم طلباته والرد على خصمه ومناقشته لموضوع النزاع، فهذا يعني أنه أيضاً قد قبل ضمنياً 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[2] عملاً بمقتضيات المادة 1045 من ق.إ.م.إ. الجزائري التي جاء فيها: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم، على أن تثار من أحد الأطراف".

هذا ولا يشترط لإعمال الدفع المذكور أن تكون الإجراءات التحكيمية قد بدأت بالفعل، وهو الرأي الذي عليه غالبية الفقه[3]، والذي تدعمه القاعدة الموضوعية التي أوردتها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في هذا الخصوص[4]، حيث نصت المادة 3/2 منها بأنه: "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"[5].

الشرط الثاني: ألاّ يكون اتفاق التحكيم باطلاً أو غير قابل للتطبيق.

هذا الشرط يبدو واضحاً من خلال الشطر 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 صحيحاً[6]، 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 باطلاً أو لاغياً أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه.

ثالثاً: الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر السلبي لاتفاق التحكيم.

عدم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات محل اتفاق التحكيم، أورد عليه المشرع الجزائري جملة من الاستثناءات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية،تكون بموجبها المحكمة مختصة في نظر النزاع رغم وجود اتفاق تحكيم بشأنه، ومن ثم يتدخل القضاء الوطني من خلالها في العملية التحكيمية، وهذا التدخل قد يكون قبل صدور حكم التحكيم، وهو ما يعبر عنه بالرقابة القضائية السابقة على حكم التحكيم، كما في حالة تنازل الأطراف عن التمسك باتفاق التحكيم والدفع باختصاص القضاء الوطني (المادة 1044 من ق.إ.م.إ)، وفي حالة إدعاء أحد الأطراف أمام القضاء الوطني قبل اللجوء إلى التحكيم، منازعاً صحة اتفاق التحكيم مثلاً أو صحة اختصاص المحكمين، وفي

---

[1] مشار إليه عند، د سراج حسين محمود أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، بدون ناشر، 1998، ص 389.

[2] د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2014، ص63.

[3] أشار إليه، د عاطف محمد الفقي، النقل البحري للبضائع (في ظل قانون التجارة البحرية رقم 08 لسنة 1990 واتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام 1978–قواعد هامبورج–)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص255.

[4] د سامية الراشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1984، ص 442.

[5] اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها الموقع عليها في نيويورك بتاريخ 1958/06/10، المصادق عليها من طرف الجزائر بموجب المرسوم رقم 233/88، المؤرخ في 1988/11/05.

[6] د أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 156.

حالة الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية (المادة 1046 من ق.إ.م.إ)، وأيضاً ما يتعلق بتقديم الأدلة(المادة 1048 من ق.إ.م.إ)، كما قد يكون التدخل بعد صدور حكم التحكيم، أو ما يعبر عنه بالرقابة القضائية اللاحقة على حكم التحكيم، حيث يملك الأطراف حق اللجوء إلى القضاء الوطني، لممارسة حقهم في الطعن على حكم التحكيم (المواد 1055 وما يليها من ق.إ.م.إ).

الفرع الثاني: موقف التشريعات الدولية والوطنية وأحكام القضاء من الأثر السلبي لاتفاق التحكيم.

إن المفهوم المتقدم للأثر السلبي لاتفاق التحكيم، تناولته معظم الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، وكرسته أيضاً 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، ثم تلته اتفاقية نيويورك لسنة 1958[1]، حيث نصت المادة 3/2 منها بأنه: "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 ... ".

وكذلك تطرقت لذات الأثر الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 في مادتها السادسة، مقررة أنه إذا رفع أحد أطراف اتفاق التحكيم الدعوى أمام القضاء العادي، ثم دفع المدعى عليه أمامها بعدم الاختصاص استناداً إلى وجود اتفاق تحكيم، فإن هذا الدفع يجب أن يقدم قبل البدء في المرافعة حول الموضوع. وتفادياً 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 قررته الفقرة الرابعة من المادة المذكورة، وبالتالي لا يعتبر إجراء هذا الطلب نزولاً ضمنياً من الخصم الذي قدمه عن التحكيم[2].

وهذا الأثر السلبي لاتفاق التحكيم كرسته أيضاً العديد من أحكام القضاء، نذكر مثالاً واحداً قرر فيه القاضي Sheen، في الدعوى المنظورة أمام المحكمة البحرية البريطانية "theworld star " سنة 1986 أنه: "لما ثبت أن اتفاق التحكيم محل الدعوى المنظورة ليس اتفاق تحكيم محلي، فإنه كان على المحكمة أن تأمر بوقف الدعوى تطبيقاً للمادة الأولى/1 من قانون التحكيم (الإنجليزي) لسنة 1975، فإنه ليس من حقها أن تفرض شروطاً لإصدار هذا الأمر" [3].

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.

ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة، دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم".

أما قانون المرافعات الفرنسي طبقاً للتعديل الجديد[4]، وإن كان قد قرر الأثر السلبي لاتفاق التحكيم بموجب المادة 1458 بشأن التحكيم الداخلي، غير أن الملاحظ أن المشرع الفرنسي لم يورده في الباب الخامس من نفس القانون بشأن التحكيم الدولي، لكن المادة 1495 من هذا القانون نصت على تطبيق أحكام الباب الأول منه على التحكيم الدولي، وهو أحد الأبواب الواردة بشأن التحكيم الداخلي، وبالتالي يزول إشكال سريان الأثر السلبي على المجالين الداخلي والدولي، ما لم يوجد اتفاق بين طرفي التحكيم يقضي بعكس ذلك[5]، وما يؤكد زوال هذا

[1] المرجع نفسه، ص 154 وما بعدها.

[2] د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية (دراسة مقارنة للتحكيم البحري في لندن ونيويورك وباريس مع شرح أحكام قانون التحكيم المصري في المواد المدنية و التجارية)، دار النهضة العربية ،القاهرة، 2007، ص 225-226.

[3] د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 225-226.

[4] قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الصادر عام 1975، المعدل بالمرسوم رقم 500/81، بتاريخ 12 ماي 1981، وكذا المرسوم رقم 48 لسنة 2011، المعدل لقانون التحكيم.

[5] د محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص 123.

الإشكال ما يذهب إليه البعض، من أن الأثر المذكور يعتبر مبدأً أساسياً من مبادئ القانون الفرنسي، يجد أساسه في الاتفاقيات الدولية السابقة والتي صادقت عليها فرنسا[1]، وهو ما استقر عليه القضاء الفرنسي أيضاً [2].

وعلى عكس الوضع في فرنسا، اقتصر قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1975 على تكريس الأثر المذكور في مجال التحكيم الدولي فقط، ولم يرد له ذكر في مجال التحكيم الداخلي، الأمر الذي جعل المحاكم الإنجليزية تستند إلى سلطتها التقديرية في إعمال مبدأ الأثر السلبي في مجال التحكيم الداخلي[3]. 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 غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو 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 حكماً بأن طريق التحكيم أصبح مسدوداً ... مما يستوجب معه نقض القرار"[4].

بناءً على هذين الموقفين الأخيرين من التشريع والقضاء الجزائريين، يمكن أن نورد بعض الملاحظات:

الملاحظة الأولى، أن المشرع اختص بهذا الأثر السلبي لاتفاق التحكيم مجال التحكيم الدولي دون الداخلي، تماماً كما هو الحال بالنسبة لقانون التحكيم الإنجليزي، وهي الحالة العكسية لما ذهب إليه قانون المرافعات الفرنسي المشار إليه سابقاً، ومن ثم يبقى الإشكال متعلقاً حول تعامل المحكمة مع نزاع معروض عليها يكون محل اتفاق تحكيم داخلي؟، لذلك كان الأولى بالمشرع الجزائري توحيد مثل هذه الأحكام على المجالين الدولي والداخلي، أو على الأقل الإحالة بموجب نص على تطبيق أحكام التحكيم الدولي في المجال الداخلي، كما فعل المشرع الفرنسي.

الملاحظة الثانية، من خلال صياغة المادة 1045 المذكورة، يلاحظ أن المشرع في معرض ذكره للأسباب التي تجعل القاضي غير مختص في النزاع المحكم فيه، ذكر: "... أو إذا تبين له وجود اتفاق التحكيم"، والذي يظهر في تقديرنا أن هذه العبارة محل نظر، إذ أنها تثير اللبس خاصة من حيث مدى جواز دفع القاضي بعدم الاختصاص، متى تبين له وجود اتفاق تحكيم، فكان الأولى بالمشرع الاستغناء عن هذه العبارة بالشرط الذي أورده بعدها، وهو شرط الدفع المثار من قبل أحد الأطراف، فالعبارة المذكورة توحي بأن للقاضي إعمال سلطته التقديرية، وأن يدفع بعدم الاختصاص متى تبين له أن النزاع المعروض عليه يعتبر محل اتفاق تحكيم مسبق، في حين أنه لا مجال لإعمال هذه السلطة لورود شرط الدفع الذي يلزم الطرف صاحب المصلحة به من جهة، ومن جهة أخرى ليس للمحكمة أن تقضي بالدفع بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها، لعدم اعتبار هذا الدفع من النظام العام، فلا حاجة إذاً لإعمال هذه السلطة التقديرية.

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 بناءً على الدفع المثار من المدعى عليه بوجود اتفاقية تحكيم ".

وترتيباً على هذه الصيغة المقترحة، 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، احتراما لاتفاق التحكيم من جهة، وحفاظاً على استمرار

[1] R. Bourdin, la convention d'arbitrage international en droit français de puis le décret du 12 Mai 1981, in Y. Derains, droit et pratique de l'arbitrage international en France, 1984, p. 29.
[2] Cour d'appel de paris, 4 Mai 1988, Rev. Arb, 1988, p. 657, note Fouchard.
[3] عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 227.
[4] المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 415468، بتاريخ 2007/12/05، مجلة التحكيم، العدد الرابع، أكتوبر 2009، ص 251.

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 حكمها 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[1].

المطلب الثاني: طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم وأهم الإشكالات القانونية التي يثرها هذا الدفع.

غنىً عن البيان، أن الحق في إبداء أي دفع بصفة عامة ينشأ من لحظة نشوء المصلحة من استعمال الحق وفقا لما نصت عليه المادة 13 من ق.إ.م.إ الجزائري، وبتطبيق هذا المبدأ على التحكيم في المنازعات البحرية محل الدراسة، فإن الحق في إبداء الدفع بوجود اتفاق التحكيم أو الدفع بالتحكيم " L'exception d'arbitrage " ينشأ من لحظة توافر المصلحة من استعمال هذا الحق، أي من لحظة الخصومة، باعتباره –أي الدفع بالتحكيم– من الدفوع الإجرائية التي لا يتصور وجودها إلاّ بمناسبة خصومة قضائية مطروحة على القضاء، ولا ينشأ هذا الحق بالدفع من لحظة إبرام اتفاق التحكيم البحري، إذ أن اتفاق التحكيم هو مجرد سبب في إبداء هذا الدفع[2]. وعلى ضوء هذه الأحكام سنحاول بيان الطبيعة القانونية للدفع باتفاق التحكيم (الفرع الأول)، ثم نعرض لأهم الإشكالات القانونية التي يثرها هذا الدفع (الفرع الثاني):

الفرع الأول : الطبيعة القانونية للدفع باتفاق التحكيم.

اختلف الفقه والقضاء والتشريع في شأن تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم، وتحديد طبيعته القانونية على نحو ثلاث نظريات هي: نظرية الدفع بعدم الاختصاص، ونظرية الدفع بعدم القبول، ونظرية الدفع ببطلان المطالبة القضائية.

أولاً: نظرية الدفع بعدم الاختصاص.

يذهب الرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسي[3]، ويؤيده جانب في الفقه المصري[4]، وبعض أحكام محكمة النقض المصرية[5]، إلى تكييف الدفع بالتحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص، ومستندهم في هذا التكييف أن اتفاق الأطراف على التحكيم، وإقرار المشرع لهذا

---

[1] وتوضيحاً لهذا الطرح، يذهب الأستاذ بريري وخلافاً لما ذهب إليه المشرع الفرنسي، إلى عدم كفاية القول باحتكار هيئة التحكيم النظر في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم بمجرد اتصالها بالنزاع، وإنما المقصود بمبدأ الاختصاص بالاختصاص هو عدم تعويق سير عملية التحكيم لحين عرض الأمر على= =القضاء، بل لها أن تستمر إذا قدرت أن الدفوع مقصود بها المماطلة أو إطالة أمد النزاع، وهذه المبررات لا يصح أن تؤدي إلى القول بمنع القاضي من التحقق من صحة أو بطلان اتفاق التحكيم، بل على العكس فهي تبرر وتأكد سلطته، لأن رفع الأمر إليه لن يكون سبباً في وقف أو منع سير الإجراءات التحكيمية، إلا إذا تبين له بطلان اتفاق التحكيم فتصدى للموضوع وأصدر فيه حكماً، ففي هذه الحالة يتعين على هيئة التحكيم إنهاء الإجراءات التحكيمية، لصدور حكم قضائي يعتبر مانعاً من تنفيذ حكمها إذا ما أصدرته. لمزيد من التوضيح ينظر، د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 68.

[2] ينظر في تفصيل هذه المسألة، د أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 436 وما بعدها. وقارن خلاف ذلك، د أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص 132.

[3] VINCENT Jean et GUINCHARD Serge, Procédure civile, Edition DALLOZ, 1999, n° 1664, p. 1118 et s. Bernard FILLION et Ph LEBOULANGER, Le nouveau droit Egyptien de l'arbitrage, Op. Cit, P. 672.

[4] من مؤيدي هذا الرأي، د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص 198 وما بعدها، د محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 262 وما بعدها، د أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، المرجع السابق، ص 148، د أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 172، د عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، منشورات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1990، ص 148-149.

[5] أنظر جملة من هذه الأحكام عند، د أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2006، ص 316 وما يليها.

الاتفاق، يترتب عنه سلب لاختصاص القضاء بنظر النزاع[1]، فالقانون إذن هو الذي يمنح الإرادة الفردية في حالات معينة، سلطة الاتفاق على الانتقاص من الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة[2].

غير أن ما يلاحظ بشأن موقف القضاء الفرنسي في هذا الخصوص، على أن أحكامه وإن كانت تتفق في مجملها بأن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص، غير أنها تناقضت من حيث مدى تعلق هذا الدفع بالنظام العام، ففي الوقت الذي تلزم فيه بعض هذه الأحكام المحكمة بأن تقضي بالدفع من تلقاء ذاتها[3]، يذهب بعضها الآخر إلى العكس من ذلك، إذ يقرر عدم تعلق الدفع المذكور بالنظام العام[4]، لكن هذا الانقسام في القضاء الفرنسي الذي كان في ظل القانون القديم لم يعد له ما يبرره، بعد أن حسم المشرع الفرنسي هذه المشكلة في المادة 1458 من قانون المرافعات الجديد، حيث منع المحكمة من أن تحكم بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها، لتعلق هذا الدفع بالمصلحة الخاصة لطرفي اتفاق التحكيم[5].

وعلى العكس من ذلك، فإن هذا الانقسام لم يعرفه الفقه[6] والقضاء[7] في مصر، حيث هناك إجماع على اعتبار الدفع بالتحكيم غير متعلق بالنظام العام المصري، ومن ثم يجب إبداؤه قبل الكلام في الموضوع تحت طائلة سقوط الحق في إبدائه.

والواقع أن تكييف الدفع بالتحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص لم يسلم من النقد، وذلك من عدة أوجه أهمها:

- أن القول بأن الدفع بالتحكيم هو من قبيل الدفع بعدم الاختصاص، يقتضي تحديد نوع هذا الاختصاص، وما إذا كان اختصاصاً ولائياً أو نوعياً أو مكانياً، وهذا ما لا يمكن التسليم به نظراً لعدم إمكان إسناد الدفع بالتحكيم لأي نوع من أنواع الاختصاص السابقة[8]، على نحو ما سنرى ضمن المطلب الثاني.
- أن قواعد الاختصاص القضائي تعتبر في الغالب من النظام العام، فلا يجوز للخصوم التنازل، عنها ويكون لهم التمسك بها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، كما يجوز للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها، وهذا كله عكس ما هو عليه الحال بالنسبة للدفع بالتحكيم، إذ يجوز لطرفي اتفاق التحكيم التنازل عنه بعد إبدائه، وحيث لا يجوز للمحكمة أن تبديه من تلقاء نفسها دون أن يثيره صاحب المصلحة [9].

ثانياً: نظرية الدفع بعدم القبول.

يذهب الفقه السائد في مصر[10]، وجانب من الفقه في بعض الدول العربية[11]، إلى تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم قبول الدعوى[1]، على أساس أن اتفاق التحكيم وإن كان يمنع المحكمة مؤقتاً من سماع الدعوى مادام شرط التحكيم قائماً، إلاّ أنه لا

---

[1] أنظر في عرض هذه الاتجاهات ومناقشتها، د محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص 249 وما تلاها.

[2] د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 102.

[3] Cass. Civ, 20 juin 1957, n° 11, J.C.P, 1958, note Motulsky.

[4] Paris 14 Mai 1959, n° 437, Rev. Arb 1959, note J. Robert.

[5] د أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 324.

[6] د فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص 902. د محمود محمد هاشم، مرجع سابق، ص 266 وما يليها.

[7] أنظر في شأن هذه الأحكام، د أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة في قضاء التحكيم)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1997-1998، ص 149-150.

[8] د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 518.

[9] المرجع نفسه، ص 519.

[10] من مؤيدي هذه النظرية، د أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الرابعة، لسنة 2001، ص 125 وما يليها. د فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 901 وما يليها، ولنفس المؤلف، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص 183 وما بعدها، د إبراهيم حرب محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، دراسة مقارنة، دار النشر للثقافة والتوزيع، الطبعة الأولى، 1999، ص 100.

[11] مشار إليها عند، د محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص 256.

يمس سلطتها بسلبها الاختصاص في نظر النزاع[2]، فهو بذلك لا يمس الشروط الشكلية المتعلقة بعدم الاختصاص، وإنما يمس سلطة الخصم في الالتجاء إلى القضاء[3].

وقد عارض هذه النظرية بعض الفقه الفرنسي[4]، وجانب من الفقه المصري[5]، وذلك على أساس أن الدفع بعدم القبول هو من الدفوع الموضوعية التي يتعين إبداؤها في أية حالة كانت عليها الدعوى[6]، وهذا بخلاف ما رأينا من أن الدفع بالتحكيم يجب إبداؤه قبل الكلام في الموضوع تحت طائلة السقوط (المادة 1044 من ق.إ.م.إ الجزائري)[7]، ومن جهة أخرى، فإن الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، بسبب انعدام بعض شروطها كالصفة أو المصلحة مثلاً (المادة 67 من ق.إ.م.إ الجزائري)، في حين أن الدفع بالتحكيم لا يتعلق بحق المدعي في رفع الدعوى التي تستلزم توافر الشروط السابقة، وإنما يتعلق باتفاق الأطراف على التحكيم وعدم الالتجاء للقضاء، فضلاً على عدم تعلق الدفع بوجود اتفاق التحكيم بالشروط السابقة لقبول الدعوى[8].

ثالثاً: نظرية الدفع ببطلان المطالبة القضائية.

تلافياً للانتقادات التي وجهت للرأيين السابقين، سعى جانب من الفقه إلى إيجاد تكييف آخر للدفع بوجود اتفاق التحكيم، يتماشى مع ما يتميز به هذا الدفع من خصوصيات، حيث ذهب إلى القول بأن هذا الدفع هو دفع إجرائي بحت، يقوم على أساس بطلان المطالبة القضائية بسبب وجود عيب موضوعي، أي أنه دفع موجه لإجراءات الخصومة القضائية ولا صلة له بموضوع الدعوى، وهذا تأسيساً على أن اتفاق التحكيم يرتب التزاماً على عاتق طرفيه، بالامتناع عن المطالبة بالحق محل اتفاق التحكيم المتنازع بشأنه أمام القضاء[9].

ورغم أن هذا الرأي قد لاقى تأييداً من طرف بعض الفقه[10]، لانسجامه إلى حد كبير مع طبيعة الالتزام السلبي بعدم الالتجاء إلى القضاء الناشئ عن اتفاق التحكيم، ومع ذلك لم يسلم من النقد هو الآخر، وأبرز ما وجه إليه من نقد، أن الدفع بالبطلان ينبغي أن يكون له سبب راجع إلى دعوى البطلان ذاتها، كعدم استيفاء الطلب لبياناته وعناصره اللازمة مثلاً، ولا يجوز أن يترتب هذا البطلان على أمر خارج عنها[11].

رابعاً: موقف التشريع والقضاء الجزائري من طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم.

يبدو موقف المشرع الجزائري واضحاً إزاء تكييفه لطبيعة الدفع المذكور، وذلك من خلال استهلاله للمادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقوله: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التّحكيمية قائمة ... "، كما يظهر

---

[1] وهو التكييف الذي أقره المشرع المصري في المادة 1/13 من قانون التحكيم بأنه: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه إتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى".

[2] د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 519.

[3] د أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 470 وما يليها.

[4] B. FILLION et Ph LEBOULANGER, Le nouveau droit Egyptien de l'arbitrage, Op. Cit, n° 17, P. 672.

[5] د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، المرجع السابق، ص 104، د أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 159 وما بعدها.

[6] وهو ما نصت عليه المادة 68 من ق.إ.م.إ الجزائري.

[7] د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 521.

[8] د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 280.

[9] مشار إليه في، المرجع نفسه، ص 281.

[10] أنظر في تأييد هذا الرأي وعرض حججه والرد على المخالفين، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 524 وما بعدها.

[11] في عرض جملة الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية ينظر، د محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق،ص 262.

ذلك أيضاً من خلال موقف المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه: "أن التحكيم ينزع اختصاص القضاء، وأن معاينة القضاء عدم قدرة الطاعنة على الوفاء رغم وجود بند تحكيمي، لا يعني حكماً بأن طريق التحكيم أصبح مسدوداً ... مما يستوجب معه نقض القرار"[1].

فيكون موقف المشرع الجزائري على غرار القضاء، أقرب إلى الأخذ بنظرية الدفع بعدم الاختصاص منه إلى النظريات الأخرى، مسايراً في ذلك مذهب الفقه والقضاء الفرنسيين، وقد مر بنا أن هذا التكييف لا ينسجم مع طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم، إذ أن قواعد الاختصاص القضائي تعتبر في الغالب من النظام العام، فلا يجوز للخصوم التنازل عنها، ويكون لهم إثارتها في أية حالة كانت عليها الدعوى، كما يجوز للمحكمة أن تثيرها من تلقاء ذاتها (المادتين 51 و52 ق.إ.م.إ الجزائري)، بخلاف الدفع بوجود اتفاق التحكيم، إذ يجوز لطرفي اتفاق التحكيم التنازل عنه بعد إبدائه، في حين لا يجوز للمحكمة أن تبديه من تلقاء نفسها دون أن يثيره صاحب المصلحة (المادة 1045 ق.إ.م.إ. الجزائري).

رأي الباحث في التكييف الأنسب للدفع بوجود اتفق التحكيم.

بعد استعراضنا لأهم النظريات في شأن تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم، وبناءً على الانتقادات التي وجهت لكل منها، فإن الرأي الأقرب في تقديرنا إلى طبيعة الدفع محل النقاش، هو الرأي الأخير الذي يعتبره بأنه دفع ببطلان المطالبة القضائية، مع ضرورة التحفظ عن الاصطلاح بالبطلان في التعبير عن هذا الدفع، وتعديله بما يتناسب مع خصوصيات وطبيعة هذا الدفع، وعليه يمكن القول:

بناءً على ما يتميز به اتفاق التحكيم من خصوصيات مقارنة مع غيره من الاتفاقات الأخرى، فلا شك أن هذه الخصوصيات تشمل ما يتعلق بهذا الاتفاق من أحكام ودفوع، وعليه فإن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع خاص له طبيعته الخاصة والمستقلة[2]، أو بعبارة أخرى هو اختصاص استثنائي مستمد من الطبيعة الخاصة للتحكيم كطريق استثنائي بديل عن القضاء، فهو ليس إلاّ دفع بالتحكيم لا يترتب عليه سلب اختصاص محاكم الدولة، أو بطلان المطالبة القضائية، وإنما مجرد وقف[3] أو إرجاء هذه المطالبة لحين الانتهاء من إجراءات التحكيم، ويمكن تبرير هذه الوجهة من زاويتين:

فمن ناحية أولى، إجازة المشرع لأطراف اتفاق التحكيم، قبول عهدة الاختصاص في نظر النزاع إلى هيئة التحكيم استثناءً إلى جانب القضاء، مع إعطاء الأولوية إلى هيئة التحكيم في حالة وجود اتفاق تحكيم صحيح، مُتَمَسَّكاً به من أي طرف وفقاً لما يقضي به القانون.

ومن ناحية ثانية، فإن اتفاق التحكيم لا يعني وفقاً لما تقدم سلب اختصاص محاكم الدولة، بل كل ما في الأمر أنه يضع على عاتق طرفيه التزاماً ببدء إجراءاته والاستمرار فيها، وعدم الالتجاء إلى قضاء الدولة إلاّ 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 إلاّ ما استثني بنص، كما هو الحال في نصه على ولاية هيئة التحكيم في نظر الدفع بوجود اتفاق التحكيم، دون أن يعد ذلك انتزاعاً لبعض اختصاصات القضاء.

وبالجملة يمكن القول، أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع بالتحكيم وفقاً للاختصاص الاستثنائي لهيئة التحكيم، مستمد من الطابع الاستثنائي للتحكيم كطريق بديل عن القضاء، تبرره الطبيعة الخاصة والمستقلة لاتفاق التحكيم، دون أن يترتب عليه سلب اختصاص محاكم الدولة.

الفرع الثاني: أهم الإشكالات التي يثيرها الدفع باتفاق التحكيم في ضوء التشريع الجزائري.

---

[1] المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 415468، بتاريخ 2007/12/05، العدد الرابع، أكتوبر 2009، ص 251.

[2] وهو اختيار د أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 492 وما يليها، ولنفس المؤلف، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 286 وما يليها.

[3] اختار هذا الوصف، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 525.

يترتب على الحكم بعدم اختصاص المحكم بنظر النزاع الناشئ، 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 الاختصاص القضائي، بين المحكمة المطروح أمامها النزاع محل اتفاق التحكيم وهيئة التحكيم وفقاً لما نصت عليه المادة 398 من ق.إ.م.إ. الجزائري[1] ؟.

أولاً: مناقشة الجدل حول مسألتي الإحالة والتنازع في الاختصاص القضائي 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 الجزائري أن المشرع لم يتعرض لهذه المسألة، شأنه شأن جميع التشريعات الأخرى[2]، 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 إلاّ بين الجهات ذات الاختصاص القضائي[3]، وبين من يجيز هذه الإحالة على أساس أن المشرع قد اعترف لهيئة التحكيم كهيئة ذات اختصاص قضائي، بسلطات واسعة لا تختلف في طبيعتها عن السلطات الممنوحة للقضاء[4]. أما عن مسألة التنازع في الاختصاص بين محاكم الدولة وهيئة التحكيم، فما قيل في مسألة الإحالة يقال أيضاً في مسألة التنازع، حيث عرفت المسألتين ذات الخلاف، إذ أن المسألة هنا أيضاً تتوقف على مدى انسحاب الطبيعة القضائية على هيئة التحكيم، للقول بقيام أو عدم قيام حالة تنازع في الاختصاص.

ثانياً: رأي الباحث حول مسألتي الإحالة والتنازع.

على الرغم من الاختصاصات التي اعترف بها المشرع الجزائري لهيئة التحكيم، وعلى غرار باقي التشريعات الأخرى، إلى الحد الذي جعل بعض الفقه يعتبر هذه الهيئة هيئة ذات اختصاص قضائي، إلاّ أنه من جانبنا –على الأقل فيما يتعلق بالتشريع الجزائري– نرى ضرورة الوقوف عند نص المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي اكتفى من خلاله المشرع الجزائري بالنص على الحكم بعدم الاختصاص لوجود اتفاق تحكيم، دون أن يتطرق إلى إلزام المحكمة بإحالة النزاع على هيئة التحكيم، مخالفاً بذلك اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في مادتها 3/2 رغم انضمامها إليها، ومع ذلك تحفظ بخصوص هذه المسألة، ولعل ذلك ما يبرر نظرة المشرع الجزائري ومن على شاكلته للتحكيم، على أنه لايزال طريقاً استثنائياً مقارنة مع القضاء كطريق أصيل.

وترتيباً على ذلك، فكل ما على المحكمة إذا ما أثير أمامها وجود اتفاق تحكيم، أن تحكم بعدم اختصاصها دون أن تحيل الأطراف إلى هيئة التحكيم، ولعل ما يبرر ذلك في نظرنا هو أن الاختصاص التحكيمي يعتبر منعقداً أصلاً لهيئة التحكيم، وذلك بمجرد إبرام اتفاق

---

[1] نص المشرع الجزائري على مسألة التنازع في الاختصاص القضائي، في المواد 398 من ق.إ.م.ج وما يليها، معرفاً إياه بأنه التنازع الذي يكون: "... عندما تقضي جهتان قضائيتان أو أكثر في نفس النزاع إما بالاختصاص أو بعدم الاختصاص".

[2] باستثناء ما نصت عليه المادة 14 من مشروع قانون التحكيم المقدم إلى وزارة العدل بدولة الإمارات العربية في سنة 2006، وهذا النص يكاد يكون الوحيد من بين تشريعات الدول الذي نص على مسألة الإحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص، يضاف إليه نص المادة 3/2 من اتفاقية نيويورك، والمادة 1/8 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) لعام 1985.

[3] اختلف الفقه في هذه المسألة بين من يضفي الصفة القضائية على هيئة التحكيم وبين من ينكر هذه الصفة، حيث يذهب البعض إلى أنها هيئة ذات اختصاص قضائي، بينما يذهب البعض إلى اعتبارها هيئة ذات اختصاص استثنائي، في حين يرى البعض الآخر بأنها هيئة إدارية. أشار إلى ذلك، د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 329 وما بعدها.

[4] د محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 269. د أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، المرجع السابق، ص 165 وما يليها.

التحكيم ونشأته صحيحاً، فلا يتوقف تقرير حق هيئة التحكيم في اختصاصها في نظر النزاع الذي يعتبر أصلاً محلاً لاتفاق تحكيم سابق، على إحالة هذا الحق لها من طرف المحكمة، بل يكفي احتراماً لهذا الحق مجرد حكم المحكمة بعدم اختصاصها، ومن ثم لا نرى فائدة من هذه الإحالة، لاسيما إذا كانت إجراءات التحكيم لا تزال مستمرة.

أما عن مسألة تنازع الاختصاص القضائي بين المحكمة وهيئة التحكيم، وذلك في الحالة التي تقضي كلاهما إما بالاختصاص أو عدم الاختصاص في نفس النزاع المعروض عليها، ودون الخوض فيما ذهب إليه الفقه بشأن مدى اعتبار هيئة التحكيم هيئة قضائية أم لا، فإن الواقع المعاصر للتحكيم يقتضي ضرورة عدم تجاهل نظام التحكيم، كنظام أثبت بشكل كبير جدارته على مستوى التشريع والقضاء الدوليين، وبالتالي حسب تقديرنا، أنه رغم عدم وجود نص صريح يعتبر هيئة التحكيم هيئة ذات طابع قضائي، إلاّ أن ذلك لا يعني عدم إمكانية إضفاء هذا الوصف عليها باعتبارها طريق خاص استثنائي للتقاضي، والقول بخلاف ذلك لا شك يعتبر جموداً على التصورات القانونية، التي تتنافى مع ما يفرضه واقع التجارة الدولية والبحرية، وما تفرضه ظروف وأوضاع المجتمع الراهن.

وفي ضوء ما سبق، مع التسليم بأن 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 والبحرية 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.

وهكذا ننتهي إلى أنه متى كان هناك اتفاق تحكيم صحيح بين طرفيه، امتنع كلاهما عن اللجوء إلى القضاء لطرح النزاع محل التحكيم، إعمالاً لقاعدة الأثر السلبي أو المانع لاتفاق التحكيم على النحو المتقدم، لكن مع هذا التسليم بامتناع الأطراف عن اللجوء إلى القضاء طبقاً للأثر المذكور، إلا أنه قد يحدث وأن ينازع أحد الأطراف صحة اتفاق التحكيم، أو عدم اختصاص هيئة التحكيم للفصل في النزاع المطروح أمامها لسبب من الأسباب، فتثور مسألة مدى صلاحية هيئة التحكيم في الفصل في اختصاصها، أو ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وهو ما سنعرض له من خلال المبحث الموالي:

المبحث الثاني

مفهوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم في المنازعات البحرية

يقتضي تحديد مفهوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم في المنازعات البحرية، تعريف هذا المبدأ (المطلب الأول)، ثم نعرض لطبيعته وأساسه القانوني (المطلب الثاني):

المطلب الأول: تعريف مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم في المنازعات البحرية.

مبدأ الاختصاص بالاختصاص[1]، مفاده أن هيئة التحكيم هي التي تختص بالنظر فيما إذا كانت مختصة بالمنازعة البحرية المعروضة عليها أم لا، ويكون لها هذا الاختصاص ولو دفع أمامها بانعدام اتفاق التحكيم أو ببطلانه أو بسقوطه، فالمحكم لكي ينظر ما يعرض عليه من نزاع لابد له أن يقرر أولاً 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

[1] جدير بالإشارة إلى أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص ظهر أو ل ما ظهر في ألمانيا، على إثر حكم محكمة النقض الألمانية عام 1955 الذي قضى بجواز اتفاق الأطراف على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعات المتعلقة باختصاصها، وعلى الرغم من الرفض والانتقاد الذي تعرض له هذا الحكم، إلا أن هذا النقد لم يدم طويلاً، إذ بدأ نطاق مبدأ الاختصاص بالاختصاص يتوسع في الأخذ به في أنظمة التحكيم الدولية وقوانين التحكيم المقارنة. أشار إلى ذلك، د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 71-72.

اتفاق التحكيم، وإنما أيضاً 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[1].

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 للنظر في مدى اختصاص هيئة التحكيم، وتطبيقاً لذلك لا يجوز أن يطلب أي من الطرفين من هيئة التحكيم وقف إجراءات التحكيم، حتى يتم الفصل في دعوى بطلان مرفوعة أمام القضاء بشأن اتفاق التحكيم[2].

ولعل التحليل السابق يعد أحد أهم مبررات إعمال 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 أسباب اللجوء له، وما قد يترتب عن ذلك من تعطيل الفصل في الإجراءات[3].

على أن القول بعدم جواز اللجوء إلى محاكم الدولة على النحو المتقدم، ليس معناه غل سلطة المحاكم في النظر في اختصاصها أو عدم اختصاصها عند إثارة الدفع بوجود اتفاق التحكيم، باعتبار أن ذلك من الحقوق الفطرية للقضاء، وأن تقرير حق هيئة التحكيم في نظر اختصاصها لا يسلب القضاء هذا الحق الأصيل[4]، فقاعدة منع القضاء من البث في اختصاص هيئة التحكيم عند لجوء أحد الأطراف إليه تعد قاعدة زمنية فحسب، إذ يكون هذا المنع قبل أن تفصل هيئة التحكيم في اختصاصها بنفسها، وبالتالي لا يحول هذا المنع من تصدي قضاء الدولة لبحث مسألة اختصاص هيئة التحكيم في وقت لاحق، وذلك عند الطعن أمامه ببطلان حكم التحكيم، أو طلب رفض الأمر بتنفيذه لصدوره من هيئة تحكيم غير مختصة [5].

المطلب الثاني: طبيعة وأساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم في المنازعات البحرية.

اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع البحري المعروض أمامها وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، يثير التساؤل عن طبيعة الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع، وهل هو اختصاص نوعي أم اختصاص وظيفي أو ولائي؟، وكذا الأساس الذي يستند إليه مبدأ الاختصاص بالاختصاص؟:

الفرع الأول: تحديد طبيعة مبدأ الاختصاص بالاختصاص في المنازعات البحرية.

يذهب اتجاه في الفقه للقول بأن الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع، هو من الاختصاص النوعي لهيئة التحكيم[6]، الذي يتعلق بصلاحية الفصل في نزاعات محددة دون سواها، بينما يذهب اتجاه آخر إلى اعتباره من قبيل الاختصاص الوظيفي، المبني على تحديد اختصاص كل جهة من جهات المحاكم دون باقي الجهات[7].

في حين يعالج البعض[1] هذه الطبيعة من حيث مدى تعلق قواعد الاختصاص بأنواعه المذكورة بالنظام العام، حيث يرى أن الاتفاق على الالتجاء إلى للتحكيم دون قضاء الدولة، ليس تقريراً لاختصاص ولائي أو وظيفي لهيئة التحكيم، كما لا يمكن اعتباره من قبيل قواعد

[1] د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 145-146.

[2] المرجع نفسه، نفس الموضع.

[3] د حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2010، ص 289.

[4] د أحمد إبراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص 77-78.

[5] د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 294.

[6] أشار إليه د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 87-88.

[7] أنظر في هذا الرأي، د محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 258 وما بعدها، د أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، المرجع السابق، ص 148 وما بعدها.

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.

وعلى هذا، يرى هذا الاتجاه أن اختصاص هيئة التحكيم بنظر المنازعات يعد نوعاً من الاختصاص الاستثنائي لهيئات التحكيم غير المتعلق بالنظام العام، إذ يجوز للأطراف الالتجاء إليه أو عدم الالتجاء إليه، بخلاف الاختصاص الوظيفي أو النوعي والذي يتعلق بالنظام العام، ومن ثم فإن الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم التي تنظر المنازعة البحرية، يعتبر من قبيل الدفوع الشكلية التي تسقط بانتهاء المدة المقررة لتقديم المدعى عليه لدفاعه طبقاً للقواعد العامة[2].

الفرع الثاني: تحديد الأساس القانوني لمبدأ الاختصاص بالاختصاص في المنازعات البحرية.

فقد اختلف الفقه في تحديد الأساس الذي يستند إليه مبدأ الاختصاص بالاختصاص على نحو أربعة آراء:

الرأي الأول: 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 الإعمال بغض النظر عن وجود أو صحة اتفاق التحكيم ذاته، بل وبغض النظر عن ضرورة الرجوع إلى قانون دولة معينة يقره أو يعترف به[3].

الرأي الثاني: يذهب هذا الرأي إلى ربط مبدأ الاختصاص بالاختصاص بالتكييف العقدي لاتفاق التحكيم، وعليه فإن هذا التكييف العقدي يقود إلى إنكار سلطة المحكم في الفصل في مسألة اختصاصه، ومن ثم يتعين حسم هذه المسألة بواسطة القضاء[4]، لكن في تقديرنا أن التكييف القانوني لطبيعة التحكيم لا تصلح أساساً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، ذلك لأن هذا التكييف تتنازعه عدة نظريات، فإذا كانت النظرية العقدية تؤدي إلى القول بعدم اختصاص المحكم في مسألة اختصاصه في نظر النزاع[5]، فإن النظرية القضائية تقود إلى العكس من ذلك وذلك بالاعتراف للمحكم بهذا الاختصاص[6].

الرأي الثالث: يذهب إلى أن هيئة التحكيم تستمد اختصاصها في نظر النزاع من عقد التحكيم نفسه، حيث أن المحكم يستمد سلطته من اتفاق التحكيم ذاته وهو الذي يخوله سلطة البت في اختصاصه[7]، غير أن ما يمكن قوله في هذا الرأي ما قيل في سابقه من عدم صلاحية اعتبار التكييف القانوني لاتفاق 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؟.

---

[1] د أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص 88-89.

[2] وهذا التكييف كما يراه ذات الاتجاه، يتسق مع ما ورد في المادة 22 من قانون التحكيم المصري التي نصت على أن ميعاد تقديم هذا الدفاع هي مدة دفاع المدعى عليه.

[3] ويبدو أن هذا الرأي قد تأثر بما قضت به غرفة التجارة الدولية بباريس سنة 1982، حيث قررت بخصوص مبدأ الاختصاص بالاختصاص المنصوص عليه في المادة 8 فقرة 3 و4 من لائحة تحكيم الغرفة، النافذة اعتباراً من تاريخ صدوره، بأن هذا المبدأ يخول المحكم سلطة اتخاذ كل قرار حول اختصاصه ... دون أن تفرض عليه من أجل ذلك تطبيق قانون وطني أياً كان". راجع حيثيات هذا الحكم في:

Sentence CCI, N° 4131, du 23 sep 1982, Dow Chemical, C/Isover-Saint-Gobain, Rev. Arb, 1984, P. 137.

[4] د بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية – دراسة مقارنة–، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 55.

[5] ذلك أن هذه النظرية ترتكز على مبدأ سلطان إرادة الأطراف خلال جميع مراحل العملية التحكيمية، خاصة على اختصاص المحكم وسلطته في تطبيق القواعد القانونية، وتعيينه، وتحديد المهل في نظر النزاع، وغير ذلك من المظاهر التي يتجلى فيها سلطان الإرادة. د أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 18.

[6] تذهب هذه النظرية إلى أن التحكيم يستمد أساسه من أصل الوظيفة التي يقوم بها المحكم، وهي ذات الوظيفة التي يقوم بها القاضي، حيث يتم نظر النزاع أمامه على ذات المراحل التي تتم أمام القضاء، من حيث الادعاء والمنازعة والإجراءات والتحقيق، وإصدار حكم يتفق مع الحكم القضائي من حيث الشكل والمضمون والآثار وقابلية الطعن عليه ونحو ذلك. أنظر في هذا الخصوص، د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 39-40، وفي ذات المعنى، د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 79.

[7] أورد هذا الرأي، الأستاذ هات محي الدين اليوسفي، الأثر المانع لاتفاق التحكيم ومدى تأثيره على الاختصاص القضائي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 57.

الرأي الرابع: وهو الذي كرسه القضاء في فرنسا[1]، برد المبدأ المذكور إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي[2]، والواقع أنه ثمت ضرورة تدعو للفصل بين المبدأين على النحو الآتي:

بداية يمكن تعريف مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم على أنه: قابلية هذا الاتفاق للانفصال عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، بما يعني معه أن مصير اتفاق التحكيم لا يرتبط بمصير العقد الأصلي، وذلك من حيث الوجود والصحة والبطلان، فلا يترتب على إبطال أو بطلان اتفاق التحكيم أو عدم صحته بطلان العقد الأصلي، كما لا يترتب على بطلان العقد الأصلي أو عدم صحته بطلان اتفاق التحكيم، إلاّ إذا كان البطلان يشمل اتفاق التحكيم والعقد معاً، كما لو تم إبرام العقد من عديم الأهلية[3]، وهو المبدأ الذي كرسه المشرع الجزائري بموجب المادة 4/1040 من ق.إ.م.إالتي جاء فيها: "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

وبناء على هذا التعريف، اختلف الفقه في مسألة وجود أو عدم وجود ارتباط بين مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مع مبدأ استقلال المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، أي مبدأ الاختصاص بالاختصاص. فقد ذهب اتجاه إلى القول بوجود هذا الارتباط، مع اعتبار مبدأ الاختصاص بالاختصاص نتيجة غير مباشرة لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم[4]، بينما يرى البعض الآخر أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص مكمل لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم[5]، في حين هناك من يعترف بصعوبة الربط بينهما[6].

ومن جانبنا، فإننا نتجه مع من يرى أن القاعدة السابقة، والمتمثلة في ارتباط مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، هي قاعدة تعوزها الدقة، ذلك أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو مبدأ مستقل في ذاته، وليس له علاقة مباشرة أو غير مباشرة بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم، فضلاً على عدم اعتباره خاصية من خصائصه، ولعل ما يبرر هذا القول عدة اعتبارات أهمها[7]:

– أن مجال تطبيق كل مبدأ من المبدأين يختلف تماماً عن الآخر، ذلك أن مجال تطبيق مبدأ الاستقلال يظهر أساساً عند تقدير صحة اتفاق التحكيم، بينما يظهر مجال تطبيق مبدأ الاختصاص بالاختصاص عند البدء في إجراءات التحكيم وقبل تقدير صحة اتفاق التحكيم، أي أن مبدأ الاستقلال يأتي في مرحلة لاحقة، يكون فيها مبدأ الاختصاص بالاختصاص قد تقرر أصلاً، الأمر الذي يؤكد انتفاء وجود علاقة وارتباط بين المبدأين، مما ينفي اعتبار مبدأ الاختصاص بالاختصاص أثر من آثار مبدأ استقلال اتفاق التحكيم.

– أن مبدأ الاستقلالية يتعلق بمسألة موضوعية، تهدف إلى تمييز اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، أما مبدأ الاختصاص بالاختصاص فيتعلق بمسألة إجرائية، تهدف إلى منح المحكم سلطة تقرير اختصاصه، خاصة في الحالة التي يثور فيها الشك حول صحة اتفاق التحكيم، ويبدو فيها أن بطلانه نابع من ذاته لا من العقد الأصلي الوارد به، وذلك بصرف النظر عن استقلال اتفاق التحكيم من عدمه.

رأي الباحث:

لعل الخروج من الخلاف السابق لا يتأتى إلى بالبحث عن أساس آخر لمبدأ 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 يُستمد من

---

[1] J. Robert, L'Arbitrage droit interne , droit international privé , avec la collaboration de B. Moreau. D, 6 ème éd, 1993, P.138 .

[2] د بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية، المرجع السابق، ص 25 وما بعدها.

[3] د أحمد إبراهيم عبد التواب، صور اتفاق التحكيم واستقلاله، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، السنة 16، العدد الأول، يناير 2008 م، ص 371 وما بعدها. د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 96. د أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، المرجع السابق، ص 17.

[4] د نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 313.

[5] د عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 148.

[6] د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 70.

[7] أنظر هذا الرأي، د أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 146-147.

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[1]، 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 تمديد مصير الحكم الصادر بشأن مسألة الاختصاص، وذلك من حيث عدم الاعتراف به أو عدم تنفيذه.

المبحث الثالث

آليات تطبيق مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال المنازعات البحرية

فيما يلي سنحاول توضيح التطبيق العملي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم في المنازعات البحرية (المطلب الأول)، مع استجلاء بعض الإشكاليات التي يثيرها تطبيق هذا المبدأ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التطبيق العملي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال المنازعات البحرية.

نعرض من خلال هذا المطلب، تكريس هيئة التحكيم لمبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال المنازعات البحرية (الفرع الأول)، ثم نحاول تحديد الجهة المختصة بالفصل في مسألة صحة أو بطلان العقد الأصلي (الفرع الثاني):

الفرع الأول: تكريس هيئة التحكيم لمبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال المنازعات البحرية.

متى دفع أحد الخصوم بعدم اختصاص هيئة التحكيم البحري، بشأن النزاع الناشئ عن تنفيذ عقد من عقود التجارة البحرية، بسبب أن اتفاق التحكيم باطل أو غير موجود، أو عدم شموله موضوع النزاع، أو بسبب عدول ونزول أحد أطرافه عنه، كان على هيئة التحكيم البحري أن ترد على هذا الدفع، طالما تم إبداؤه 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، التي جاء فيها: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع.
تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع".

وعلى غرار ما استقر عليه الرأي الدولي تشريعاً وقضاءً، فإن لهيئة التحكيم الفاصلة بشأن منازعة ناشئة عن تنفيذ عقد من عقود التجارة البحرية المعروضة عليها، أن تتأكد من مسألة اختصاصها، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على دفع أحد طرفي اتفاق التحكيم بعدم اختصاصها[2]، إلاّ أن الغالب في الحياة العملية ألاّ يكون ذلك إلاّ بناء على دفع الطرف صاحب المصلحة، فإذا لم يثر هذا الدفع يعتبر ذلك تنازلاً عنه[3]، وينعقد بالتالي الاختصاص لهيئة التحكيم البحري.

لكن قد تقتضي الظروف في بعض الأحيان بأن تثير هيئة التحكيم البحري هذا الدفع من تلقاء ذاتها، دون أن تنتظر إثارته من أحد الأطراف، كأن تكون المنازعة البحرية مما لا يجوز التحكيم فيها أصلاً، أو كان سببها أو محلها غير مشروع أو مخالف للنظام العام، ففي مثل

[1] أنظر في هذا المعنى، د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 235- 236.

[2] د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 293.

[3] وهذا ما يدل على أن الدفع بعدم الاختصاص غير متعلق بالنظام العام، حيث يجب إثارته في أول فرصة سانحة لصاحب المصلحة، وإلاّ سقط حقه بذلك، وهو التوجه السائد في التحكيم، وهو الذي عليه غالبية تشريعات وقوانين التحكيم. أنظر على سبيل المثال: المادة 16 من القانون النموذجي، المادة 21 من قواعد اليونسترال، المادة 22 من قانون التحكيم المصري، والمادة 1044 من ق.إ.م.إ الجزائري.

هذه الفروض وغيرها، قد تجد هيئة التحكيم أن من مصلحتها، بل وحفاظاً على سمعتها، أن تثير الدفع بعدم الاختصاص[1]. وسواء أثير الدفع من طرف الهيئة أو من طرف صاحب المصلحة، فلهيئة التحكيم المعروض أمامها المنازعة البحرية الخيار بين أمرين[2]:

الأول: إما أن تفصل في ذلك الدفع بحكم تمهيدي أو أولي Sentence Préliminaire استقلالاً عن حكمها الفاصل في موضوع المنازعة البحرية، 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 المنازعة البحرية، لتفصل فيهما بحكم واحد، وهذا في الحالة التي يكون فيها هذا الدفع مرتبط بموضوع المنازعة البحرية، كما هو واضح من الفقرة الثانية من المادة 1044 المذكورة، ويحدث هذا أيضاً في الحالة التي تقدر فيها هيئة التحكيم البحري ثبوت الاختصاص لها، حيث تقتضي دواعي الاقتصاد في الإجراءات وسرعة البت في النزاع، إصدار حكم واحد حاسم لمسألة الاختصاص وموضوع النزاع معاً.

على أن ما ينبغي التنبه له في هذا المقام، إذا رفضت هيئة التحكيم المعروض أمامها النزاع البحري الدفع بعدم الاختصاص، ومضت في نظر الدعوى التحكيمية، فإن حكمها هذا الرافض للدفع بعدم الاختصاص وإن كان غير حائز لحجية الأمر المقضي فيه، بحيث يمكن الطعن فيه بدعوى البطلان، إلاّ أنه لا يمكن مباشرة هذا الطعن استقلالاً، إذ هو حكم يصدر قبل الحكم المنهي للخصومة كلها، وبالتالي لابد أن يطعن فيه بدعوى البطلان مع هذا الحكم المنهي للخصومة كلها[3]، لكن متى انقضى ميعاد دعوى البطلان، فإن حكم هيئة التحكيم بالفصل في المنازعة البحرية أو برفض الدفع بعدم الاختصاص، تستنفذ به هيئة التحكيم البحري ولايتها في نظر النزاع، فلا يجوز طرحه عليها مرة أخرى[4].

الفرع الثاني: تحديد الجهة المختصة بالفصل في مسألة صحة أو بطلان العقد الأصلي.

يبقى أن نعرض لمسألة مهمة، وهي تحديد الجهة المختصة بالفصل في مسألة صحة أو بطلان العقد الأصلي، فقد ثار خلاف فقهي حول الجهة التي تسند إليها هذه المهمة[5]، إذ يظهر هذا الإشكال في الفرض الذي يدفع فيه أحد الأطراف أمام هيئة التحكيم الفاصلة في المنازعة البحرية، ببطلان العقد الأصلي المتضمن اتفاق التحكيم، فهل يؤول الاختصاص للقضاء الوطني أم لهيئة التحكيم البحري؟. كما يزداد الأمر تعقيداً حينما يتعلق الأمر بعقود التجارة البحرية ذات الطبيعة الدولية، إذ تثير هذه الحالة مشكلة أخرى تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق.

حسم المشرع الفرنسي هذه المسألة[6]، فنص في المادة 1466 من قانون المرافعات الجديد (المعدل بالمرسوم رقم 48 لسنة 2011، المعدل لقانون التحكيم)، على أن المحكم كالقاضي يفصل في اختصاصه، وهو ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وإعمالاً لهذا المبدأ، يفصل المحكم في مدى صحة العقد الأصلي أو بطلانه، حتى يتمكن من السير في إجراءات التحكيم دون الحاجة إلى وقف هذه الإجراءات،

---

[1] د حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 296-297.

[2] لمزيد من التفصيل ينظر، د أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 302 وما بعدها.

[3] د فتحي والي، المرجع السابق، ص 148.

[4] د أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 564.

[5] د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية،الطبعة الرابعة، 2013، ص 121 وما تلاها. د بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية –دراسة مقارنة–، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 50.

[6] جاء موقف المشرع الفرنسي هذا استجابة منه للفقه والقضاء الذي يكرس مبدأ الاختصاص بالاختصاص، أنظر على سبيل المثال:
RUBELLIN-DEVICHI J, L'arbitrage nature juridique, droit interne et droit international privé, Paris, LGDJ, 1965, N° 333, P. 226 et ss.
Cass. Civ, 6 mai 1991, RevArb, 1991, p. 58. Cass. Civ, 2 mais 1966, Rev, Arb, 1966, p. 99.
Sentence 787, du 18 octobre 1990, DMF 1991, p 269. Sentence 795, du 19 décembre 1990, DMF 1991, p 542

وهدف المشرع الفرنسي من ذلك هو تجنب إجهاض العملية التحكيمية بسبب الدفع ببطلان العقد الأصلي، أو على الأقل تجنب وقف سيرها، بحيث لا يمكن الاستمرار فيها إلاّ بعد فصل القضاء في مسألة صحة العقد الأصلي[1].

غير أن ما تجدر الإشارة إليه، أن التسليم بحق هيئة التحكيم في الفصل في مسألة مدى صحة العقد الأصلي وبطلانه على النحو المتقدم، لا يعني أنها تملك سلطة الحكم ببطلان العقد الأصلي أو صحته لخروج ذلك عن اختصاصها، وبالتالي تبقى هذه السلطة سلطة بحث فقط وليست سلطة حكم، فهي تبحث فقط في مدى صحة العقد الأصلي أو بطلانه[2]، على أنه يجوز لها الاستمرار في إجراءات التحكيم، إذا تبين لها أن العقد باطل أو غير صحيح لترتيب الآثار المالية المترتبة على بطلانه، لكنها لا تملك الاستمرار في التحكيم إذا تبين لها أن اتفاق التحكيم باطل أو لاغ أو غير مشتمل على موضوع النزاع، إذ يتعين عليها في هذه الحالة الحكم بانتهاء التحكيم أو الحكم بعدم الاختصاص بحسب الأحوال[3].

أما عن المشرع الجزائري، وإن كان قد كرس المبدأ السابق –مبدأ الاختصاص بالاختصاص– بموجب المادة 1044 من ق.إ.م. حيث نص على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها"، غير أنه لم يفصح عن إرادته في تخويل هيئة التحكيم الاختصاص في الفصل في مسألة صحة العقد الأصلي من عدمه[4]، فمحكمة التحكيم تفصل في اختصاصها من عدمه، فقط متى تبين لها وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم وفقاً لمفهوم المادة المذكورة، وبالتالي يظل الإشكال متعلقاً بالنسبة لموقف المشرع الجزائري بالجهة المختصة في الفصل في مدى صحة العقد الأصلي.

والذي نميل إليه في هذا الخصوص، وبناءً على اعتبارات السرعة التي يتميز بها نظام التحكيم، وتنافيها مع وقف سير إجراءات التحكيم إلى حين الفصل في مسألة صحة العقد الأصلي من قبل القضاء، فإن الأولوية في حسم النزاع حول هذه المسألة لا شك تؤول لهيئة التحكيم، ضماناً لاستمرارية سير الإجراءات التحكيمية من جهة، وإعمالاً لاتفاق التحكيم الصحيح الوارد في العقد الأصلي، على اعتبار هيئة التحكيم تستمد ولايتها أساساً من هذا الاتفاق على التحكيم المستقل عن العقد الأصلي محل النزاع.

المطلب الثاني: موقف التشريع والقضاء الجزائريين من مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

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

فمن خلال استقرائنا لهذه المادة، نلاحظ أن المشرع قد اعترف لهيئة التحكيم البحري، التي تنظر المنازعة البحرية المعروضة عليها، بسلطتها في البت في مسألة اختصاصها وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وهذا الدفع يكون إما من تلقاء نفسها أو من قبل صاحب المصلحة، على أن يثار الدفع الصادر من هذا الأخير قبل أن تتطرق الهيئة للبت في الدفوع الموضوعية للنزاع، وبالتالي متى باشرت الهيئة مهمة الفصل في موضوع النزاع، يسقط معه أي حق في الدفع بعدم اختصاصها، كما يتعين على القاضي الذي يرفع أمامه ذات النزاع المثار أمام هيئة التحكيم، بأن يقضي بعدم اختصاصه في نظر هذا النزاع، وهو الحكم الذي نصت عليه المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[1] د أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 122.

[2] المرجع نفسه، ص 125.

[3] د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 78.

[4] وقد عمل المشرع المصري على تلافي هذا الغموض وحسناً فعل، لاسيما والأمر متعلق هنا بمسألة الاختصاص، حيث نص في المادة 1/22 من قانون التحكيم المصري على أنه: "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"، فالذي يظهر من عبارة (الدفوع المتعلقة بعدم اختصاص هيئة التحكيم)، أنها جاءت عامة لتشمل كافة الدفوع بما في ذلك الدفع المتعلق بعدم صحة العقد الأصلي.

الجزائري بقولها: "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".

وعليه لا يبقى أمام صاحب المصلحة في الدفع سوى طريق دعوى البطلان، على أن يطعن بدعوى البطلان في مسألة الاختصاص مع الحكم النهائي الصادر في الخصومة كلها وليس استقلالاً عنه، كل ذلك مع مراعاة المواعيد المنصوص عليها في المواد 1058 وما يليها من نفس القانون. لكن متى انقضى ميعاد البطلان، فإن 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.

والأصل أن تبت محكمة التحكيم البحري، الفاصلة في موضوع المنازعة البحرية المعروضة عليها في اختصاصها بحكم أولي، باستثناء الحالة التي يكون فيها الدفع المثار مرتبط بموضوع النزاع حسب الفقرة الثانية من المادة 1044 المشار إليها سابقاً، ففي هذه الحالة فقط تصدر الهيئة حكم واحد حاسم لمسألة الاختصاص وموضوع النزاع معاً، ولا شك أن في ذلك حرصاً من المشرع على عامل الزمن الذي يتطلبه التحكيم التجاري، وما يقتضيه من ضرورة الاقتصاد في الإجراءات وسرعة البت في النزاع.

غير أن ما يمكن ملاحظته بشأن المادة 1044 السابقة الذكر، أن المشرع الجزائري لم يوضح من خلالها الأوجه التي يبنى عليها الدفع بعدم الاختصاص، مثل ما فعل المشرع المصري في المادة 22 من قانون التحكيم التي جاء فيها: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه"، فلم يقتصر المشرع المصري على تخويل هيئة التحكيم مسألة البت في الدفع بعدم 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.

أما عن الاجتهاد القضائي الجزائري، فإنه لم يأتي بكثير أحكام في هذا الخصوص، ولعل أوضح موقف للمحكمة العليا الجزائرية قرار لها جاء فيه: "أن التحكيم ينزع اختصاص القضاء، وأن معاينة القضاء عدم قدرة الطاعنة على الوفاء رغم وجود بند تحكيمي، لا يعني حكماً بأن طريق التحكيم أصبح مسدوداً ... مما يستوجب معه نقض القرار"[1].

وقرار آخر جاء فيه: "من اتفق على التحكيم لا يمكنه اللجوء إلى القضاء العادي، وأن الاجتهاد القضائي مستقر في مثل هذه الحالة، لأن التحكيم يكون إجبارياً باعتباره شرطاً أساسياً في العقد وملزم للطرفين، طبقاً 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 إلى رفع الدعوى الحالية دون أن تلجأ إلى التحكيم، كما يوجبها بذلك البند الخامس من العقد، تكون قد أخلت بالتزاماتها، والحكم والقرار المنتقد عندما سايراها في ذلك، يكونان قد خالفا قواعد الاختصاص والمادة 106 من ق.م..."[2].

على أن هذا القرار وإن كان قد كرس مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم على النحو المتقدم، ونقض قرار قضاة الموضوع على أساس إخلالهم بقواعد الاختصاص، إلا أنه يأخذ عليه عدم توضيحه لهذه القواعد التي أسس عليها نقضه، مكتفياً بذكر نص المادة 106 من القانون المدني، في حين أن القواعد العامة في تقديرنا لا تكفي وحدها لتأسيس قرار النقض، دون بيان القواعد والنصوص الخاصة التي تتصل بشكل مباشر بطبيعة النزاع المعروض، وهي في قضية الحال تتعلق بالتحكيم، فكان الأولى بالمحكمة العليا في معرض نقضها للقرار، وقبل استدلالها بالقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 106 من القانون المدني، أن تستند إلى نص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كنص خاص بالتحكيم، والذي يلزم الأطراف باتفاق التحكيم المبرم بينهما، إضافة إلى نص المادة 1045 من نفس القانون، التي تجعل

[1] المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 415468، بتاريخ 2007/12/05، مجلة التحكيم، العدد الرابع، أكتوبر 2009، ص 251.

[2] المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم442187، بتاريخ 2008/04/09، العدد الرابع، أكتوبر 2009، ص 246-247.

المحكمة المعروض أمامها النزاع محل التحكيم غير مختصة، إذا أبدى المدعى عليه دفعه بوجود اتفاق التحكيم، ومن ثم وجوب الاستمرار في إجراءات التحكيم.

خاتمة:

ننتهي مما تقدم، إلى تأكيد المبدأ الذي يسير عليه الاتجاه الحديث في فقه وقضاء التحكيم، وكذا التشريعات الحديثة ومن بينها قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري، وهو إعطاء المحكم سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بأصل سلطته واختصاصه. فاستنادا لهذا المبدأ، تكون هيئة التحكيم هي المختصة بالفصل في كل ما يتعلق بالدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، فهي جهة الاختصاص التي تحكم في اختصاصها، طبقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص. تماماً كما هو الحال بالنسبة للقاضي، فطالما أن القاضي يملك سلطة التحقق من اختصاصه، فإن المحكم يملك نفس السلطة. كما أن مسألة الاختصاص مسألة فرعية، متفرعة عن النزاع الأصلي، فالقاضي الذي ينظر النزاع الأصلي هو الذي ينظر النزاع الفرعي، تطبيقاً لقاعدة أن: "قاضي الدعوى هو قاضي الدفع ".

وقد منح المشرع الجزائري صراحة هيئة التحكيم سلطة الفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها، إعمالاً لنص المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري، فيكون لهيئة التحكيم دون غيرها ولاية الفصل في جميع الادعاءات التي تتناول أساس اختصاصها ونطاقه. وبمقتضى هذه القاعدة، فإنه إذا ثارت منازعة بحرية حول نطاق سلطة هيئة التحكيم، فإن هذه الأخيرة هي من يملك سلطة الفصل في هذه المنازعة، طالما أن قضاء الدولة لن يقبل نظر الدعوى وبكل ما يتعلق بالمنازعات الناشئة عنها بمجرد إبرام اتفاق التحكيم.

وتطبيقاً لذلك، فإن لهيئة التحكيم نظر النزاع حتى ولو كان أحد أطراف العلاقة ينازع في اختصاصها على أساس أن اتفاق التحكيم يعتبر باطلاً، أو عدم وجوده ابتداءً، أو سقوطه لأي سبب، كاتفاق الطرفين لاحقاً على إلغاء شرط التحكيم من عقدهما الأصلي، أو إذا أثار أحد الخصوم مسألة وجود عيب في الرضا، أو بطلان الاتفاق على التحكيم إذا كان موضوع النزاع لا يجوز التحكيم فيه، أو لمخالفته للنظام العام، أو عدم شموله لموضوع النزاع.