الرقابة القضائية على اختصاص المحكم

تعويلت كريم أستاذ مساعد قسم "أ"
كليّة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية،06000 بجاية، الجزائر

ملخص

لقد اقتضت فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي الأخذ بمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، الذي يعطي لمحكمة التحكيم سلطة البث في مسألة اختصاصها. غير أن هذا المبدأ يصطدم مع ضرورة الرّقابة التي يمارسها القاضي على اختصاص محكمة التحكيم، ذلك لأن التحكيم يقوم على أساسين وهما: تطابق إرادة الأطراف على اللجوء إلى التحكيم وسماح المشرع لهذه الإرادة بإحداث أثرها القانوني.

لذلك من الضروري البحث في كيفية تحقيق الفعالية المرجوة من اللجوء إلى التحكيم وبالمقابل الإبقاء على الرّقابة القضائية على اختصاص محكمة التحكيم، بعبارة أخرى، كيف يمكن أن يمارس القاضي رقابته على اختصاص المحكم دون أن تكون هذه الرقابة عاملاً لإهدار فعالية اتفاق التحكيم.

لقد عالجت القوانين المقارنة هذه المسألة بحلول مختلفة، وهذا الاختلاف يتعلق إمّا بنطاق الرّقابة القضائية على اختصاص المحكم وإمّا بتوقيت ممارسة هذه الرّقابة. وعليه سنستعرض مختلف هذه الحلول في الأنظمة المقارنة لكي نقف على الحل الذي اعتمده المشرّع الجزائري.

الكلمات الدالة

تحكيم تجاري دولي- اختصاص المحكم- الرقابة القضائية- فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي.

Résumé

L’efficacité de la convention d’arbitrage commercial international a nécessité la consécration, par la quasi-totalité des droits modernes régissant l’arbitrage commercial international y compris le droit algérien, du principe de la « compétence- compétence » qui permet au tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence.

Toutefois, ce principe se heurte avec le contrôle que doit exercer le juge sur la compétence du tribunal arbitral. En effet, l’arbitrage se base sur deux éléments : l’accord de la volonté des parties et la reconnaissance par le législateur de l’effet de cette volonté. Autrement dit, l’arbitrabilité du litige objet de l’accord.

De ce fait, il est important d’étudier comment assurer le contrôle du juge sur la compétence arbitrale sans qu’il soit un obstacle pour l’efficacité de la convention d’arbitrage.

Le droit comparé a consacré différentes solutions à cette situation, soit en jouant sur l’étendue, soit sur le timing du contrôle, d’où vient l’intérêt de connaitre la position du droit algérien.

Mots clés

Arbitrage commercial international-Compétence arbitrale-Contrôle juridictionnel- Efficacité de la convention d’arbitrage.

مقدمة

يقوم التحكيم على أساسين هما: إرادة الخصوم في اللجوء إليه، وسماح المشرّع لهذه الإرادة ترتيب أثارها. فالدولة تجيز التحكيم و تمنح الخصوم الحق في اللجوء إليه واختيار أشخاص المحكمين، وتعترف لهؤلاء بسلطة الفصل في بعض النزاعات وبذلك يحلون محل المحكمة القضائية وتحل أحكامهم محل أحكامها.

إن أهمية وخطورة استبعاد اختصاص القضاء الوطني من الفصل في المنازعات، وعقد اختصاص محكمة التحكيم، يستدعيان تجسيد رقابة الدولة عن طريق قضائها من أجل التأكد من وجود اتفاق التحكيم، وشموله على النزاع المطروح، وعدم تقييد هذه الإرادة من قبل المشرّع (القابلية للتحكيم).

غير أن هذه الرقابة إذا تمت ممارستها بشكل جامد ومعمق ودون مراعاة للمقتضيات التي دفعت الأطراف لولوج طريق التحكيم، خاصة ما تعلق بسرعة الفصل في المنازعات واستبعاد الإجراءات القضائية المعقدة، فإن ذلك سيحول دون فعالية هذا الطريق كبديل للقضاء في مجال الفصل في المنازعات بوجه عام،

وبمنازعات التجارة الدولية بوجه خاص. هذا ما يجعلنا نبحث عن كيفية التوفيق بين فلسفة تشجيع التحكيم وتحقيق فعاليته من جهة، وضرورة التأكد من اتجاه إرادة الأطراف إلى التحكيم أو سماح القانون بذلك عن طريق النظر في اختصاص المحكم ونطاق هذا الاختصاص من جهة أخرى.

من أجل ذلك، عملت الأنظمة القانونية على تجسيد مبدأ إجرائي هام يتعلق بمنح محكمة التحكيم الاختصاص بالفصل في اختصاصها (مبدأ الاختصاص-بالاختصاص)(I)، لكنها في المقابل أقرت بسلطة القضاء في الرقابة على اختصاص المحكم، رغم أنها اختلفت في نطاق هذه الرقابة وتوقيت إجرائها(II).

I- مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه كآلية لتحقيق فعالية التحكيم

إن الغاية من وجود مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" هو الوصول إلى تحقيق فعالية اتفاق التحكيم بصفة خاصة، ونظام التحكيم بصفة عامة. وذلك بتفادي البحث عن المحكمة المختصة بالنظر في مسألة اختصاص المحكم مهما كان السبب الذي يؤسس عليه الدفع بعدم اختصاصه.

بيد أنه إذا كانت الغاية منه واضحة، فإن الأساس النظري الذي يستند إليه لم يستطع لا الفقه ولا القضاء إبرازه، مما جعله يتوقف على النص عليه في قانون الدولة المعنية والذي يحدد نطاقه وآثاره.

1- مضمون مبدأ "الاختصاص- بالاختصاص"

يعد مبدأ "الاختصاص - بالاختصاص" من أهم المبادئ التي تضمن للتحكيم كل فعاليته، فهدفه يتمثل في غلق الباب أمام كل الإجراءات والوسائل الاحتيالية، الرامية إلى المماطلة لإفقاد التحكيم الغاية من وجوده، وهي سرعة الفصل في المنازعات[1].

ينطوي مبدأ "الاختصاص- بالاختصاص" على جانبين: جانب إيجابي، يهدف إلى الاعتراف للمحكم بسلطة الفصل في مسألة اختصاصه. وجانب سلبي، يمنع القضاء الوطني من النظر في مسألة الاختصاص، حتى يفصل المحكم فيها

بالأولوية. وإذا كان الجانب الأول المتعلق بالأثر الإيجابي لهذا المبدأ مكرّس في جل القوانين الوطنية[2] والاتفاقيات الدولية[3]، فإن الجانب الثاني الخاص بالأثر السلبي، يشكّل إلى حدّ الساعة خصوصية فرنسية[4]، كرّسته محكمة النقض[5] قبل أن تنص عليه المادة 1465 من قانون الإجراءات المدنية بصيغته المعدلة في 2011[6]، الواردة في إطار قواعد التحكيم الداخلي عملاً بالإحالة الصريحة المنصوص عليها في المادة 1506 من نفس القانون. وذلك عن طريق منح أولوية الفصل في مسألة الاختصاص للمحكم، تحت الرقابة القضائية اللاحقة بمناسبة رقابة البطلان أو التنفيذ. هذا رغم أن البعض يرى أن هذا الأثر مؤشّر هام على الثقة التي تضعها مختلف الأنظمة القانونية في التحكيم، وبالتالي درجة الانخراط في السياسة التشجيعية لهذه الوسيلة من وسائل حل المنازعات[7].

رغم أن المشرّع الجزائري استلهم من القانون الفرنسي الكثير من قواعد التحكيم، المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أنه لم يذهب إلى حد الأخذ بالأثر السلبي لمبدأ "الاختصاص- بالاختصاص"، واكتفى بالنص على أنه" تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها..."[8] ، دون أن يمنع القضاء الوطني من التصدي لمسألة اختصاص المحكم قبل أن يفصل هذا الأخير فيها. هذا ما يطرح مسألة نطاق الرقابة على اختصاص المحكم، والتي من الممكن أن يمارسها القاضي عندما يعرض عليه النزاع قبل صدور حكم التحكيم الفاصل في الموضوع. سواء كان ذلك عندما يطلب منه الفصل في هذه المسألة كطلب أصلي، أو عندما يدفع أمامه بوجود اتفاق التحكيم.

2- مبررات الأخذ بمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" وأساسه.

لقد أثبتت التجربة العملية أن عدم تبني مبدأ "الاختصاص- بالاختصاص" وعدم إعماله يُفقد اتفاق التحكيم فعاليته ويصبح- على حد تعبير البعض[9]- مجرّد "اتفاق رجل مهذب" تتوقف فعاليته على مقدار تهذيب طرفيه، وصدق نواياهما، واحترامهما للاتفاق المبرم بينهما. وأن إهدار هذا المبدأ هو إهدار لقيمة التحكيم ذاته.

فالسلطة التي تتمتع بها محكمة التحكيم تجد تبريرها في أن إثارة عدم اختصاصها أمام المحاكم الوطنية كانت تسبب، في الماضي، كثيراً من الفوضى والاضطراب في إخضاع الطرفين للتحكيم تنفيذا لاتفاق التحكيم، مما يصيب نظام التحكيم بالضعف[10].

لقد اعتبر الأستاذ العلامة "Jean ROBERT" مبدأ "الاختصاص– بالاختصاص" نتيجة حتمية لمبدأ آخر أكثر استقرارًا في مجال التحكيم التجاري الدولي، وهو مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم[11]. لكن سرعان ما انتقد بشدة، حيث ذهب الفقه الغالب[12] إلى القول بأنه على الرغم من كون كل من المبدأين يهدفان إلى ضمان أكبر قدر ممكن من الفعالية لاتفاق التحكيم، إلا أنهما مبدأين مختلفين، ولا يلتقيان إلا بشكل جزئي.

فإذا كانت سلطة المحكم للنظر والفصل في مدى صحة العقد الأصلي، مع احتمال تقرير عدم فعاليته أو بطلانه، تفترض التسليم باستقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، إلا أن هذه الاستقلالية لا تكفي لوحدها لتأسيس وتفسير سلطة المحكم بالفصل في صحة اتفاق التحكيم ذاته. وهذا الأخير بذلك يدخل في نطاق مبدأ"الاختصاص- بالاختصاص".

فإذا كان هذين المبدأين يلتقيان باعتبار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يلغي ويستبعد أيّ تأثير مباشر على هذا الاتفاق، وبالتالي على اختصاص المحكم، يستند على أن العقد الأصلي قد أصابه البطلان أو الانقضاء أيّا كان سببه وطبيعته، كذلك فإن هذا المبدأ يسمح بالفصل في مسألة إنكار اختصاص المحكم المستند على عدم فعالية العقد محل المنازعة. إلاّ أن إظهار مبدأ " الاختصاص- بالاختصاص" على أنه بمثابة المبدأ الملازم لمبدأ الاستقلالية من المسائل التي تستحق المناقشة. فإذا تم وضع الاعتبارات ذات الطابع التكتيكي، التي دفعت ببعض المدعين في القضايا إلى ربط هذا المبدأ بمبدأ آخر مستقر في التحكيم التجاري الدولي، وهو مبدأ الاستقلالية، فإنه وإن كان من الممكن الاعتراف بأن

هذين المبدأين بينهما علاقة وطيدة ويهدفان إلى تحقيق نفس الهدف، إلا أنهما مع ذلك لا يلتقيان إلاّ بشكل جزئي.

فمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يذهب إلى مدى أبعد من ذلك الذي يذهب إليه مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه. فالأول يفسر سلطة المحكم بالقضاء أو تقرير عدم فعالية العقد الأصلي وعدم ترتيبه لأي أثر، وذلك دون أن يذهب إلى أن عدم الفعالية يمتد إلى اتفاق التحكيم، ويفرض عليه أن يستخلص عدم اختصاصه، على الرغم من استنادها على اختصاصه وفصله فيها تطبيقا لمبدأ" الاختصاص- بالاختصاص". أي أن مبدأ استقلالية المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، لا يمكنه تفسير أو تبرير إمكانية أن يظل المحكم متمتعا بسلطة الفصل في عدم فعالية العقد المتنازع عليه، فهذه الإمكانية تترتب فقط على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي،هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه يذهب في مسائل أخرى إلى مدى أبعد من ذلك الذي يذهب إليه مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم. فتقرير اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، حتى في حالة تمسك أحد الأطراف بأحد أسباب الانقضاء التي تصيب اتفاق التحكيم مباشرة، يعجز مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن تفسيره. فنطاق مبدأ "الاختصاص- بالاختصاص" في هذه الحالة أوسع من نطاق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.

إضافة إلى كل ذلك، يختلف المبدأين من حيث الطبيعة، فبينما يتعلق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بمسألة موضوعية، فإن مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه يتعلق بمسألة إجرائية.

من كل هذا يتضح صدق الفقه الفرنسي الذي حرص على إيضاح أن المبدأين لا يلتقيان إلا بشكل جزئي، وهو ما يدعو إلى ضرورة الفصل بينهما بعناية شديدة على نحو ما أشرنا إليه سابقا.

أمام هذا الاختلاف، ونظراً لعدم إمكانية تأسيس مبدأ "الاختصاص- بالاختصاص" على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، عمل

الفقه على إيجاد أساس آخر يتأسس عليه مبدأ "الاختصاص- بالاختصاص" واختلف في ذلك، حيث نجد من الفقه من يرى أن أساس هذا المبدأ هو اتفاق التحكيم بحد ذاته، استنادًا إلى القاعدة الأصولية في الفقه المدني والتي مفادها أن« العقد شريعة المتعاقدين» ، والتي تضفي على اتفاق التحكيم القوة الملزمة.

لقيّ هذا الاتجاه انتقادات شديدة بالنظر إلى أن إنكار وجود أو صحة اتفاق التحكيم يؤدي لا محال إلى إنكار القوة الملزمة له، وبالتالي فكيف يمكن الاستناد إليه لتبرير استمرار المحكم أو محكمة التحكيم في أداء مهمتها في هذه الحالة؟ هذا ما أدى إلى استقرار الرأي الذي يعتبر بأن أساس مبدأ "الاختصاص- بالاختصاص" هو النص القانوني الذي يكرسه في دولة مقر التحكيم، وفي قوانين الدول الأخرى المحتمل عرض حكم التحكيم الصادر عن محكمة التحكيم، والذي يفصل في مسألة اختصاص هذا الأخير، للاعتراف به أمام محاكمها الوطنية.

II– نطاق رقابة القضاء على اختصاص المحكم قبل صدور حكم التحكيم

يتطلب ضمان احترام اتفاق التحكيم وإعماله، وبالتالي تحقيق فعاليته، أن يقابل الأثر الإيجابي المتمثل في اختصاص محكمة التحكيم، أثر سلبي وهو عدم اختصاص المحاكم القضائية بالفصل في النزاع الذي اتفق الأطراف على حله عن طريق التحكيم. هذا الأثر كرّسته الغالبية العظمى من التشريعات الوطنية الحديثة والاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، الشيء الذي أدى ببعض الفقهاء إلى اعتباره من المبادئ المادية في القانون عبر الدولي للتحكيم[13].

إن تطبيق هذا المبدأ يثير مسألة الرقابة التي يمارسها القاضي على اختصاص المحكم لأنه يطرح إشكالية ما إذا كان تطبيق مبدأ عدم اختصاص القضاء الوطني يشترط أن يكون اتفاق التحكيم صحيحا وقابلا للتطبيق، وهو الشيء الذي يتصادم مع مبدأ "الاختصاص- بالاختصاص". لذا نتساءل عن كيفية معالجة الأنظمة القانونية لهذه المسألة(1) وما هو موقف المشرّع الجزائري؟(2)

1- نطاق الرقابة وتوقيت ممارستها في القانون المقارن:

انقسمت الأنظمة القانونية عند معالجتها لهذه المسألة إلى اتجاهين أساسيين: أحدهما يجسد رقابة مطلقة من طرف القاضي على اختصاص المحكم حتى قبل نظر هذا الأخير في مسألة اختصاصه. بينما يستبعد الاتجاه الآخر مثل هذا الموقف، ويرى أن الرقابة القضائية على اختصاص المحكم يجب أن تؤجل إلى ما بعد صدور حكم التحكيم، وبالتالي إعطاء أولوية لمحكمة التحكيم في نظر مسألة اختصاصها تحت الرقابة اللاحقة للقضاء، سواء كان ذلك بمناسبة النظر في الطعن بالبطلان، أو بمناسبة النظر في مسألة الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه.

تجدر الإشارة إلى أن بعض التشريعات لم تتناول بالتنظيم هذه المسألة بشكل مباشر، وهو الشيء الذي أدى إلى اختلاف الفقه حول استنتاج تكريس هذه الأنظمة لاتجاه أو لآخر.

الاتجاه الأول: سلطة القضاء في التأكد من اختصاص المحكم: الرقابة المطلقة

أخذت بهذا الاتجاه اتفاقية نيويورك لعام 1958[14] ومعظم التشريعات الداخلية[15]، ومفاده أن المحكمة القضائية لها سلطة فحص اتفاق التحكيم للتأكّد من مدى صحته أو بطلانه، وما إذا كان قابلاً للتطبيق من عدمه. سواء رفع إليها النزاع قبل البدء في إجراءات التحكيم، أو بعد أن تكون محكمة التحكيم قد شرعت في الفصل في النزاع. فإذا وجدت المحكمة القضائية أن الاتفاق صحيح ومنتج لآثاره، حكمت بعدم اختصاصها، واعترفت باختصاص محكمة التحكيم. أما إذا وجدت أن هذا الاتفاق غير صحيح أو لا يمكن تطبيقه، فإنها تتصدى للموضوع وتفصل في النزاع، أي أنها توصلت إلى عدم اختصاص محكمة التحكيم.

وفقا لهذا الاتجاه، يمكن للمحكمة القضائية التي يدفع أمامها بوجود اتفاق التحكيم أن تتولى البحث في مسألة اختصاص المحكم، وذلك مهما كانت الأسباب التي يستند إليها من تمسك بهذا الدفع، سواء تعلقت ببطلان اتفاق التحكيم أو عدم فعاليته أو عدم قابليته للتطبيق. وفي هذه الحالات يتصدى القاضي مباشرة

لموضوع النزاع، حتى في الحالة التي تكون فيها محكمة التحكيم قد شرعت في إجراءات التحكيم.

مما سبق، يمكن لنا القول بأن أصحاب هذا الاتجاه استبعدوا الأثر السلبي لمبدأ "الاختصاص - بالاختصاص"، وكرّسوا الرقابة القضائية المطلقة على اختصاص المحكم، حتى قبل صدور حكم التحكيم الفاصل في الموضوع. يعتبر ذلك تجسيداً لفكرة اقتصاد الوسائل التي مفادها أنه من الأنسب الفصل في كل مسألة تتعلق باختصاص المحكم من قبل القضاء، وفي أقرب الآجال، وذلك من أجل تفادي السير في خصومة تحكيم وما يستتبع من إهدار للوقت والمال، ثم يتبيّن أنها لا تستند على أساس صحيح أو تستند على أساس غير موجود، وهو الوضع الذي يفرض الرجوع من جديد لرفع الأمر أمام القضاء الوطني[16].

الاتجاه الثاني: تقييد رقابة القضاء بفكرة البطلان الظّاهر: الرقابة السّطحية

يأخذ بهذا الاتجاه القانون الفرنسي، حيث أنه بالرجوع إلى نص المادة 1448 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، في صيغته الجديدة بعد التعديل الذي أدخل عليه بموجب المرسوم رقم 2011-48 بتاريخ 13 جانفي 2011 [17] (تقابلها في الصيغة القديمة المادة 1458)، نجد أن المشرّع الفرنسي فرّق بين الحالة التي يكون فيها النزاع قد طُرِح على محكمة التحكيم قبل رفع الدعوى أمام القاضي. في هذه الحالة لا يمكن لهذا الأخير البحث في مدى صحة اتفاق التحكيم أو وجوده، بل يلتزم بالقضاء بعدم اختصاصه.

أما الحالة الثانية، فهي تلك التي يُرفع فيها النزاع أمام القاضي قبل البدء في إجراءات التحكيم، وفي هذه الحالة أيضا يجب على القاضي أن يقضي بعدم اختصاصه كقاعدة عامة، إلا في حالة البطلان الظّاهر لاتفاق التحكيم، أو عدم قابليته للتطبيق بصفة ظاهرة[18]، حيث أجاز المشرّع للقاضي الفرنسي في هذه الحالة، أن يقرر اختصاصه ويتصدى لموضوع النزاع[19].

إن هذه التفرقة التي جاء بها المشرع الفرنسي تتماشى والمفهوم الفرنسي لمبدأ "الاختصاص– بالاختصاص"، والذي يعتبر في جانبه السلبي امتداد للأثر السلبي

لاتفاق التحكيم، أي قاعدة عدم اختصاص المحكمة القضائية بالنظر في النزاع الذي اتفق الأطراف على حله عن طريق التحكيم. فإذا كانت محكمة التحكيم قد طُرح عليها النّزاع، فيرجع لها الاختصاص لوحدها للفصل في مدى صحة أو وجود اتفاق التحكيم، وبالتالي القضاء باختصاصها، وهذا طبعا تحت رقابة قاضي البطلان أو قاضي التنفيذ. كما أن الحل الذي جاء به في الحالة الثانية، أي في حالة رفع الدعوى أمام القضاء قبل بدء إجراءات التحكيم، يهدف إلى قفل باب المماطلة وتعطيل سير إجراءات التحكيم من الطرف السيئ النية الذي يبادر برفع دعوى قضائية كلما رأى أن التحكيم يهدّد مصالحه[20].

الاتجاه الثالث: عدم النص على سلطة القاضي في فحص صحة اتفاق التحكيم

لم يتطرق أصحاب هذا الاتجاه، على الأقل بصفة صريحة، إلى مسألة الرقابة التي من الممكن أن يمارسها القاضي على اختصاص المحكم في المرحلة السابقة لحكم التحكيم. فالتشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه هي التشريعات التي استلهمت نصوصها من القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، ومن بين هذه التشريعات نجد التشريع المصري.

لقد نص قانون التحكيم المصري على اختصاص محكمة التحكيم للفصل في اختصاصها في المادة 23 منه، لكنه لم ينص في المقابل على منع القضاء الوطني من النظر في نفس المسألة، إذا عُرض عليه الأمر قبل محكمة التحكيم، أي أنها لم تجسّد مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" في جانبه السلبي.

نتيجة لذلك، اختلف الفقه المصري على هذه المسألة بسبب الاختلاف الحاصل في تفسير المادة 13 من القانون رقم 27 لسنة 1994، والمتعلقة بالأثر السلبي لاتفاق التحكيم[21]. تنص هذه المادة على أنه (1- يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أيّ دفاع في الدعوى.

2- ولا يحول رفع الدعوى – المشار إليها في الفقرة السابقة– دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم).

ذهب جانب من الفقه المصري إلى القول بأنه يجب على القاضي أن يتأكد من وجود اتفاق تحكيم صحيح ومنتج لآثاره، قبل أن يحكم بعدم قبول الدعوى، على اعتبار أن أساس الحكم بعدم القبول هو وجود اتفاق تحكيم صحيح ومنتج لآثاره، وليس مجرد الوجود المادي له.

فالقاضي لا يتخلى عن سلطته في التصدي لموضوع النزاع المطروح أمامه إلا إذا تبيّن له أن اتفاق التحكيم الذي تمسك به أحد الأطراف صحيح ومنتج لآثاره. أما في الحالة العكسية، أي في حالة اتفاق تحكيم غير صحيح أو غير فعال، فإن القاضي له أن يرفض الدفع بعدم القبول، وبالتالي يتصدى لموضوع النزاع ويفصل فيه[22].

واضح جداً من خلال هذا الرأي أن القاضي له سلطة فحص اتفاق التحكيم، وبالتالي بحث مسألة اختصاص المحكم، سواءً كانت محكمة التحكيم قد اتصلت بالنزاع، وسواءً لم تتصل به. ومنه نقول أن الرقابة القضائية على اختصاص المحكم أثناء الدفع باتفاق التحكيم أمام القاضي مطلقة.

لقد لقي هذا التحليل انتقادًا حادًا، خاصة من الفقه المؤيّد لمبدأ "الاختصاص- الاختصاص"، حيث يرى الدكتور "سراج حسين محمد أبوزيد" أن المادة 13 السالفة الذكر "جاءت مطلقة دون أن تقترن بأيّ قيد أو شرط، وذلك فيما عدا شرطًا واحداً وهو أن يتمسك المدعى عليه باتفاق التحكيم قبل إبدائه أيّ طلب أو دفاع في الدعوى[23]. وعليه، فإن القاضي لا يسوغ له النظر في صحة اتفاق التحكيم وبالتالي في اختصاص محكمة التحكيم إلا بعد الفصل في هذه المسألة من هذه الأخيرة، وذلك تطبيقاً لمبدأ الأثر السلبي لمبدأ "الاختصاص- بالاختصاص"".

غير أن الملاحظ هو أن صاحب هذا التفسير نفسه اعترف بإمكانية فحص القاضي لاتفاق التحكيم، وبالتالي لاختصاص محكمة التحكيم، أثناء الدفع به تطبيقا لاتفاقية نيويورك لعام 1958، نظراً لانضمام مصر إليها، ونزولا عند

الإحالة التي تتضمنها المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية[24]، وهو ما يحيلنا على ما قلناه بالنسبة للاتجاه الأول.

3- موقف المشرّع الجزائري من الاتجاهات السابقة

لقد مرت مسألة الرقابة القضائية على اختصاص المحكم في التحكيم التجاري الدولي، بعد التنظيم التشريعي للتحكيم للتجاري الدولي في الجزائر، بمرحلتين: تمتد المرحلة الأولى من تاريخ صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93، الذي يعدل ويتمم قانون الإجراءات المدنية الملغى إلى غاية صدور القانون رقم 09/08 الذي يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. بينما تمتد المرحلة الثانية من تاريخ صدور هذا الأخير إلى يومنا هذا.

المرحلة الأولى: في إطار المرسوم التشريعي رقم 93-09

تميّزت المرحلة الأولى بنص المشرّع صراحة على اختصاص محكمة التحكيم بالنظر في اختصاصها، وذلك في المادة 458 مكرر 7 من قانون الإجراءات المدنية الملغى. غير أنه لم يصل إلى حد تجسيد فكرة الأثر السلبي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص". بل أكثر من ذلك، فقد أعطى الاختصاص للقاضي بالفصل في النزاع كلما طرح أمامه قبل الشروع في إجراءات تشكيل محكمة التحكيم حتى وإن وجد هناك اتفاق تحكيم صحيح ومنتج لآثاره.

فقد كان تطبيق قاعدة عدم اختصاص المحاكم القضائية بالفصل في النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، يقتصر فقط على الحالة التي تكون فيها دعوى التحكيم معلقة[25]. فالتمسك بأحكام المادة 458 مكرر 8 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، يؤدي بنا إلى القول أنه في الحالة التي تكون فيها دعوى التحكيم غير معلقة، لا تطرح مسألة اشتراط صحة اتفاق التحكيم لتطبيق القاعدة المذكورة، لأنه حتى ولو كان هذا الاتفاق صحيح، فهذا لا يمنع المحكمة القضائية من التصدي لموضوع النزاع.

يستوي في هذه الحالة أن يكون اتفاق التحكيم صحيح ومنتج لآثاره أو أن يكون غير صحيح أو حتى غير موجود. هذا يعني أنه لا توجد أية جدوى من مراقبة

اختصاص محكمة التحكيم من قبل القاضي في هذه المرحلة، لأنه في الأخير هو من سيفصل في النزاع.

بينما إذا كانت دعوى التحكيم معلقة، فيمكن أن نفهم بأن المشرّع ترك لمحكمة التحكيم حصريًا سلطة الفصل في مسألة اختصاصها تحت الرقابة اللاّحقة التي من الممكن أن يمارسها القاضي، سواءً بمناسبة الطعن في حكم التحكيم بالبطلان، أو بمناسبة النظر في مسألة الاعتراف وتنفيذ هذا الحكم. وفي هذه المرحلة تكون الرقابة واسعة تشمل كل المسائل المتعلقة بالاختصاص، كوجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو انقضاء مدته، أو عدم امتثال محكمة التحكيم للمهمة المسندة إليها أو فصلت زيادة عن المطلوب أو لم تفصل في وجه من وجوه الطلب[26].

المرحلة الثانية: في إطار قانون الإجراءات المدنية والإدارية

لقد استغل المشرّع الجزائري إصدار القانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فبراير2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لكي يعيد النظر في بعض القواعد المنظمة للتحكيم منها ما يتعلق بمبدأ عدم اختصاص القضاء الوطني بالفصل في النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، معترفًا بذلك بالانتقادات التي تعرضت لها المادة 458 مكرر8 السالفة الذكر[27].

لقد نص القانون الجديد على عدم اختصاص القاضي الوطني حتى قبل الشروع في إجراءات تشكيل محكمة التحكيم. غير أن نص المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اشترط وجود اتفاق التحكيم ولم يبيّن طبيعة هذا الوجود، وهل يتعلق الأمر بالوجود الشكلي أو الوجود القانوني. في غياب الاجتهاد القضائي نتيجة حداثة النص، وفي انتظار التفسير الذي سيعطى له من طرف القضاء، نرى ضرورة الأخذ بفكرة "الوجود الشكلي" فقط تماشيا مع المادة 1040 التي تشترط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم، ودون البحث في مدى توفر الأركان الموضوعية لهذا الاتفاق، لأن ذلك سيتعارض مع مبدأ "الاختصاص–بالاختصاص" المكرّس بموجب المادة 1044 من نفس القانون.

من هنا، يمكن أن نقول أن المشرّع الجزائري أخذ بالاتجاه الذي أخذ به المشرّع الفرنسي، لكنه لم يعتمد على فكرة البطلان الظاهر وفكرة عدم قابلية اتفاق التحكيم للتطبيق بصفة ظاهرة. بل اعتمد على فكرة أخرى وهي فكرة "الوجود الشكلي" لاتفاق التحكيم، من أجل استبعاد اختصاص القاضي في نظر النزاع لصالح محكمة التحكيم.

وبما أن القاضي له سلطة التأكد من وجود اتفاق التحكيم إذا تمسك به أحد الأطراف أمامه، فإنه يمارس بذلك رقابة على اختصاص المحكمة. غير أن هذه الرقابة تعد هامشية وسطحية لأنها تتعلق فقط بالتأكد من الوجود الشكلي لاتفاق التحكيم، وأن الرقابة المعمقة والشاملة مؤجلة إلى ما بعد صدور حكم التحكيم الأولي الفاصل في الاختصاص، أو حكم التحكيم الفاصل في الموضوع، إذا رأت هذه الأخيرة أن مسألة اختصاصها مرتبطة بموضوع النزاع.

خاتمـة

من خلال ما تقدم، يتضح لنا جليًا أن المشرّع الجزائري يقترب أكثر من التوجه الفرنسي في مسألة الرقابة على اختصاص محكمة التحكيم قبل صدور حكم التحكيم، حيث اعتبرها استثنائية تمارس بصفة سطحية للتأكد من الوجود المادي لاتفاق التحكيم باعتباره أساس اختصاص محكمة التحكيم، فهي بذلك رقابة تهدف إلى حماية إرادة الأطراف. غير أن المشرّع حصر ممارسة هذه الرقابة في المرحلة التي تسبق بداية خصومة التحكيم.

أما في حالة اتصال محكمة التحكيم بالنزاع، فإن القاضي لا يمكن له النظر في مسألة اختصاص المحكم إلا بعد صدور حكم التحكيم، سواء كان حكمًا أوليًا فاصلاً في الاختصاص، أو كان منهيًا للنزاع إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطًا بالموضوع.

فرغم أن المشرّع الجزائري لم يصل إلى حد تقرير الأثر السلبي لمبدأ "الاختصاص–بالاختصاص"، إلا أن القضاء يمكن أن يصل إلى هذه النتيجة من

خلال التفسير الليبرالي للمادتين 1044 و1045، أي باعتبار أن الأثر السلبي لمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" امتدادًا للأثر السلبي لاتفاق التحكيم بحد ذاته.

الهوامش

[1]-في نفس المعنى :

Ahmed Alaâ TOUMLILT, La dualité de l'arbitrage : Analyse critique de la loi 08-05, Tome I, thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit de Grenoble, Université Pierre Mendes, France, 2010, p225

2- على سبيل المثال: المادة 22 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994، المادة 61 من القانون التونسي للتحكيم الصادر عام 1993، المادة 327-9 من قانون التحكيم المغربي لسنة 2008...

3 - أنظر على سبيل المثال المادة 5-3 من اتفاقية جنيف لعام 1961(الاتفاقية الأوربية للتحكيم)، وكذا المادة 41 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 المنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى. المادة 24 من اتفاقية عمان العربية لسنة 1987 ...

4 - في نفس المعنى:

Ebru AY, La validité de la convention d'arbitrage en droit Turc et comparé de l'arbitrage international, Thèse de doctorat en droit, faculté de droit et des sciences économiques, université Paris I Panthéon- Sorbonne, 2009, p167.

5 - راجع الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 5 جانفي 1999:

Cass. civ.1e, 5 janvier 1999, n°96-21.430, M. Zanzi C/J. de Coninck et autres, Rev. arb., 1999, p260 s. note Ph. FOUCHARD.

6- أنظر:

Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, jorf n°0011 du 14 Janvier 2011, P777. Consultable sur le site : www.legifrance.fr

7 - إذ يرى الأستاذ " GAILLARD":

« L'effet négatif du principe de compétence-compétence constitue sans doute aujourd'hui l'un des indicateurs essentiels de la confiance réelle que les différents ordres juridiques font à l'arbitrage ».

Emmanuel GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence- compétence », in études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François POUDRET, Lausanne 1999, p402. Cet article est consultable sur le site: www.shearman.com

8- المادة 1045 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 23 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008

9- سامي محسن حسين السرى، بعض الجوانب في القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي"دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر 2004، ص267.

10- د/حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، مطبعة عباد الرحمن، الكويت 2005، ص 246.

11- أنظر:

ROBERT (J), L'arbitrage ; droit interne, droit international privé, 5ème édition, Dalloz, Paris 1983, pp 249-250

12 - منهم :

FOUCHARD (PH), GAILLARD (E), GOLDMAN (B), Traité de l'arbitrage commercial international, Litec-Delta, Paris 1996, p229

DIMOLITSA (A), « Autonomie et « kompetenz-kompetenz » », Rev. arb., 1998, p 305

13- أنظر مذكرتنا تحت عنوان: استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي (دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 09/93 والقانون المقارن)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2004. ص44

14- تنص الفقرة الثالثة من المادة الثانية من هذه الاتفاقية "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".

15- على سبيل المثال، تنص المادة 1/7 من القانون الدولي الخاص السويسري الجديد نصت "... على المحكمة القضائية المرفوع إليها النزاع أن تقرر عدم اختصاصها إلا إذا... أثبتت المحكمة أن اتفاق التحكيم لاغ أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق أو إذا كان من غير الممكن تشكيل محكمة التحكيم لأسباب راجعة إلى المدعى عليه". وهو نفس الوضع في القانون التونسي للتحكيم لسنة 1993 حيث جاء نص الفصل 52 منه كما يلي:" على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرمت بشأنها اتفاقية تحكيم أن تحيل الأطراف إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك أحدهم في موعد أقصاه تاريخ تقديم ملحوظاته الكتابية في أصل النزاع ما لم يتضح لها أن الاتفاقية باطلة أو عديمة الأثر أو لا يمكن تنفيذها". في نفس السياق نصت المادة (19) القانون اليمني الصادر بالقرار الجمهوري رقم (22) لسنة 1992 بتاريخ 27 رمضان 1412هـ الموافق 31مارس 1992م بشأن التحكيم على أنه"على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى متعلقة بخلاف أو نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحيل الخصوم إلى التحكيم ما عدا في الحالات الآتية :

أ) إذا تبين للمحكمة أن اتفاق التحكيم باطل أو لاغ أو لا يشمل النزاع المطروح أمامها.

ب) إذا تابع الطرفان إجراءات التقاضي أمام المحكمة فيعتبر اتفاق التحكيم كأنه لم يكن.."

16- أنظر في ذلك :

Frédéric BACHAND, Pierre BIENVENU, « L'arrêt Dell et le contrôle de la compétence arbitrale au stade du renvoi à l'arbitrage », Revue Générale de Droit, n°02, 2007, p462-463

17- رغم أن هذه المادة جاءت في القسم الخاص بالتحكيم الداخلي، إلا أن تطبيقها يشمل التحكيم الدولي وفقا للإحالة الصريحة الواردة في المادة 1506 من نفس القانون. هذه الإحالة جسدتها محكمة النقض في فرنسا حتى قبل وجود نص صريح. أنظر مثلا:

Cass. Civ.,1ere.28juin 1989. Eurodif c/république islamique d'Iran, Rev. arb., 1989, p653. 2e arrêt. note FOUCHARD (PH).

18- إذا كانت حالة البطلان الظاهر معروفة في القانون الفرنسي قبل 2011، فإن حالة عدم قابلية اتفاق التحكيم للتطبيق بصفة ظاهرة جاء بها التعديل الذي أدخل على قانون الإجراءات المدنية بموجب المرسوم 2011-48.

19- يقصد بالبطلان الظاهر لاتفاق التحكيم، أن يكون هذا البطلان واضحا و غير قابل للمنازعة فيه، أي ظاهر للعيان، حيث يمكن للقاضي أن يكتشفه بمجرد الإطلاع على اتفاق التحكيم دون أن يكون من الضروري إجراء فحص معمق، ومثال ذلك، انعدام العلاقة بين النزاع واتفاق التحكيم المثار، فمجرد التأكد من مجال تطبيق اتفاق التحكيم لا يؤدي إلى البطلان الظاهر له.

Voir par exemple : Cass. Civ.1ere/1décembre 1999. Ste METU System France et autres C/Ste SULZER infra. Rev. Arb. n°1-2000.p96.1er arrêt. Note FOUCHARD (PH).

20- أنظر في عكس ذلك:

د/ سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر2000، ص396.

كذلك د/ مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1995، ص48و49.

21- خاصة وأنه هناك من الفقه من يعتبر أن مبدأ "الاختصاص- بالاختصاص" في جانبه السلبي هو امتداد للأثر السلبي لاتفاق التحكيم المتمثل في عدم اختصاص القضاء الوطني بالفصل في النزاعات التي يوجد بشأنها اتفاق التحكيم ومن بين هؤلاء الفقهاء نجد :

Emmanuel GAILLARD, *op. cit.*, p387

22-أنظر في هذا التفسير: د/ مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص ص47- 49

23- د/ سراج حسين محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص396 و397

24- تنص هذه المادة على أنه" مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية..."

25- وتكون دعوى التحكيم معلقة وفقا للمادة 458 مكرر 8 من قانون الإجراءات المدنية الملغى "عندما يرفع أحد الأطراف دعوى أمام المحكم أو المحكمين المعينين في اتفاقية التحكيم، أو عندما يباشر أحد الأطراف إجراء تأسيس محكمة التحكيم في حالة غياب مثل هذا التعيين".

26- أنظر نص المادة 458 مكرر 23 من قانون الإجراءات المدنية الملغى.

27- أنظر في طبيعة هذه الانتقادات:

TERKI(N.E), L'arbitrage commercial international en Algérie, OPU, Alger, 1999, p61 et 62

أنظر أيضا: عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001. ص 46 و47.