الآثار القانونية لاتفاق التحكيم من حيث الموضوع

Legal implications of the arbitration agreement in terms of subject matter

تاريخ الاستلام : 2020/11/28 ؛ تاريخ القبول : 2020/12/15

ملخص

يترتب على اتفاق التحكيم أثران، أحدهما سلبي و الآخر إيجابي: أما الأثر السلبي فيتمثل في التزام الطرفين بالامتناع عن الالتجاء إلى القضاء للفصل في موضوع النزاع محل التحكيم، التزاما يترتب عليه غل يد القضاء عن النظر فيه ، و أما الأثر الايجابي فيتمثل في إجازة التجاء الطرفين إلى هيئة التحكيم المتفق عليها للفصل فيه وفقا للشروط التي ينص عليها اتفاق الطرفين و أحكام القانون المنظمة للتحكيم.

وإذا كان هذان الأثران مترتبان على الاتفاق على التحكيم، فإن قيامهما يكون رهينا بصحة هذا الاتفاق، وبقاؤهما يكون رهينا ببقائه.

الكلمات المفتاحية: اتفاق التحكيم ؛ هيئة التحكيم ؛ القضاء العادي ؛ أطراف الخصومة ؛ أثر اتفاق التحكيم

توفيق بلعابد

كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1، الجزائر.

Abstract

The arbitration agreement has two effects, one positive and the other negative: The negative impact is the commitment of the parties to refrain from going to court to rule on the dispute being arbitration, commitment resulting in the elimination of the jurisdictional consideration.

The positive effect is that the parties to the approved arbitral tribunal are allowed to rule in accordance with the conditions provided for by the parties' agreement and the provisions of the arbitration law.

If these effects result from the arbitration agreement, they are bound by the validity of this agreement and their survival depends on the survival of the latter.

Keywords: Arbitration agreement; arbitral tribunal; ordinary jurisdiction; the parties to the dispute; effect of the arbitration agreement.

Résumé

La convention d'arbitrage a deux effets, l'un positif et l'autre négatif : L'impact négatif est de l'engagement des parties à s'abstenir de recourir à la justice pour statuer sur le litige faisant l'objet d'un arbitrage, engagement aboutissant à l'élimination de la considération juridictionnelle.

L'effet positif est que les parties au tribunal arbitral agréé soient autorisées à se prononcer conformément aux conditions prévues par l'accord des parties et aux dispositions de la loi sur l'arbitrage.

Si ces effets résultent de la convention d'arbitrage, ils sont liés par la validité de cette convention et leur survie dépend de la survie de cette dernière.

Mots clés: : Convention d'arbitrage ; tribunal arbitral ; juridiction ordinaire ; les parties au litige effet de la convention d'arbitrage.

* Corresponding author, e-mail: authorC@mail.com

© جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر 2020.

I - مقدمة

إن اتفاق التحكيم يولد التزاما سلبيا متبادلا على عاتق كل من طرفيه ، بالامتناع عن الالتجاء إلى القضاء للفصل في النزاع المحكم فيه. و هذا الالتزام هو التزام إرادي يقيمه الطرفان بإرادتهما المشتركة. فإذا أخل أحد الطرفين بالتزامه و رفع دعواه إلى القضاء ، كان للطرف الآخر أن يدفع هذه الدعوى بسبق الاتفاق على التحكيم. لكن يبقى بعد ذلك أن الأصل التعاقدي لمنع الطرفين من الالتجاء إلى القضاء يضعنا وجها لوجه مع جملة من التساؤلات.

كما يولد اتفاق التحكيم أثرا إيجابيا ، ألا وهو إجازة الالتجاء إلى هيئة التحكيم التي يختارها الطرفان أو يختارها القضاء – في حال عدم الاتفاق عليها – للفصل في النزاع ؛ و هذه الإباحة تتحدد بما يسفر عنه تفسير الاتفاق على التحكيم من ناحية و أحكام القانون من ناحية أخرى. غير أن اتفاق التحكيم له آثار عرضية أخرى فيما يتعلق بقطع التقادم و سريان الفوائد.

ومنه ، اعتمدنا كإشكالية قانونية لهذا المقال الطرح التالي : ما هو نطاق إمكانية أطراف اتفاق التحكيم للجوء إلى القضاء وما مدى إجازة التجاء الطرفين إلى هيئة التحكيم المتفق عليها للفصل فيه ؟

ولمعالجة هذه الإشكالية ، سنستعين بالمنهج التحليلي الاستقرائي بتحليل النصوص القانونية ، مستعينين بالمنهج المقارن بالتطرق إلى الدراسات الأجنبية لذات موضوع المقال .

وعليه ، قسمنا هذا المقال إلى خطة ثنائية محاولين الإجابة على الإشكالية وهي كالآتي:

المحور الأول :نطاق منع الالتجاء إلى القضاء

المحور الثاني : إجازة الالتجاء إلى هيئة التحكيم

المحور الأول : نطاق منع الالتجاء إلى القضاء

لدراسة نطاق منع التجاء أطراف الاتفاق التحكيمي للقضاء وجب علينا الإجابة على عدة تساؤلات أولها يتعلق بما إذا كان يجوز للمدعى عليه أن يدفع بسبق الاتفاق على التحكيم في أية حالة تكون عليها الدعوى و ما إذا كان للمحكمة أن تمتنع عن نظر الدعوى من تلقاء نفسها إذا ما تبين لها سبق الاتفاق على التحكيم ، أما التساؤل الثاني فيتعلق بنوع الدفع بسبق الاتفاق على التحكيم ذاته، و ما إذا كان دفعا بعد الاختصاص أو بعدم القبول أو بغير ذلك من الدفوع، وأخيرا التساؤل الثالث – يعتبر امتداد للتساؤل الثاني – يتعلق بتحديد الآثار المترتبة على قبول الدفع بسبق الاتفاق على التحكيم ، و عليه سوف نتناول بالدراسة : الالتزام العقدي بعدم الالتجاء إلى القضاء أولا، و تحديد ماهية الدفع بسبق الاتفاق على التحكيم ثانيا،ثم نتعرض لأثر قبول الدفع بسبق الاتفاق على التحكيم ثالثا.

أولا- الالتزام العقدي بعدم الالتجاء إلى التحكيم:

أ:وضع المشكلة

لا شك في أن الالتزام السلبي بعدم الالتجاء إلى القضاء، كما نشأ باتفاق بين الطرفين، فإنه يمكن الإقالة منه باتفاق مماثل بينهما. غير أن المسألة لا تعرض عادة في صورة اتفاق صريح بين الطرفين على التقابل، و إنما تعرض في إطار خصومة حقيقية معروضة على القضاء، مما يفضي عليها كثيرا من التعقيد.

فالغالب أن يعمد الطرف الراغب في التحلل من الالتزام بعدم الالتجاء إلى القضاء إلى رفع النزاع أمام القضاء ملتفتا عن اتفاق التحكيم ، و لا صعوبة إذا ما بادر خصمه إلى الدفع أمام المحكمة باتفاق التحكيم، إذ في هذه الحالة سوف تكف المحكمة يدها عن النظر في النزاع، إذا ما تحققت من صحة الدفع.

لكن كثيرا ما يحضر الخصم أمام المحكمة، و يبادر إلى تقديم دفاعه الموضوعي في الدعوى، ثم يعود بعد ذلك في مرحلة لاحقة فيدرك أهمية التمسك باتفاق التحكيم في مواجهة خصمه، و يدفع بسبق الاتفاق على التحكيم ، بل وقد يتراخى في تقديم هذا الدفع إلى حين صدور الحكم في النزاع من محكمة الدرجة الأولى، فيقدمه أمام محكمة الاستئناف.

و هذا الواقع يثير سؤالين على جانب كبير من الأهمية: الأول هو ما إذا كان سكوت المدعى عليه عن إثارة الدفع بالاتفاق على التحكيم من البداية و تقديمه دفاعه الموضوعي، يفيد تعبيرا منه عن إرادة ضمنية فحواها قبوله لما عبر عنه المدعي من إرادته التحلل من الالتزام بعدم عرض النزاع على القضاء، و بالتالي قبوله الإقالة من هذا الالتزام، أو على الأقل تنازله عن حقه في التمسك بالالتزام بعدم الالتجاء إلى القضاء.

السؤال الثاني هو ما إذا كان يجوز للقاضي أن يمتنع من تلقاء نفسه عن الفصل في النزاع إعمالا لمقتضى الاتفاق – إذا ما تبين له وجوده – و على الرغم من عدم تمسك المدعي عليه به.

ب:جواز نزول المدعى عليه عن التزام خصمه بعدم الالتجاء إلى القضاء

الفقه و القضاء متفق في مجموعه على أن سكوت المدعى عليه عن الدفع بالاتفاق على التحكيم، و تكلمه في الموضوع، يفيد إرادة منه في التحلل من الالتزام المتبادل بعدم الالتجاء إلى القضاء تلتقي بإرادة المدعي في ذلك، أو على الأقل يفيد نزوله عن حقه في التمسك بهذا الالتزام في مواجهة خصمه، بحيث لا يجوز له بعد التكلم في الموضوع إثارة هذا الدفع لسبق سقوطه[i].

و بعبارة أخرى فالالتزام السلبي بعدم الالتجاء إلى القضاء هو التزام لا يتعلق بالنظام العام. و ما ذلك بالطبع إلا لكون الحق المقابل له ناشئ عن إرادة الطرفين وحدها – استثناء من الأصل العام في حرية الالتجاء إلى القضاء – فيكون لكل منهما النزول عن حقه بإرادته وحدها. و هذا النزول كما يمكن أن يكون صريحا يمكن كذلك أن يكون ضمنا[ii].

إن الأخذ بفكرة النزول الضمني يترتب عليه أمران: الأول هو أن قيام أحد طرفي اتفاق التحكيم برفع دعواه أمام القضاء يعني نزوله عن التمسك بالتزام خصمه بالامتناع عن الالتجاء إلى القضاء. و الثاني أن تكلم خصمه المدعي عليه في هذه الدعوى في الموضوع يعني نزوله هو الآخر عن التمسك بالتزام المدعي نفسه بعدم الالتجاء إلى القضاء.

لكن يلاحظ في هذا الشأن، أن الاتفاق على التحكيم لا يسلب القضاء ولاية الفصل في المسائل المستعجلة. ومن ثم فالالتجاء إلى القضاء المستعجل طلبا لإجراء عاجل لا يعتبر بذاته نزولا ضمنيا عن التحكيم. لكنه مع ذلك يمكن أن يفيد معنى النزول عن التحكيم إذا ما توافرت ظروف خاصة ترجح دلالته على النزول[iii].

و يلاحظ أن الاتفاق على التحكيم هو عقد شكلي لا يتم إلا بالكتابة، و من ثم يثور التساؤل عما إذا كان النزول المتبادل عنه يتعين أن يتم كتابة؛ و لا صعوبة بالنسبة لنزول رافع الدعوى إذ أن النزول مستفاد من تقديمه عريضة الدعوى ذاتها و هي وثيقة مكتوبة، و لكن الصعوبة تظل موجودة بالنسبة لنزول المدعى عليه. لأن الأمر يتعلق بموقف منه أمام القضاء فحواه التقدم بدفاعه الموضوعي، مما لا حاجة معه إلى كتابة موقعة منه.

ج:واجب المحكمة الفصل في الدعوى عند تخلف الدفع بالاتفاق على التحكيم

لقد ذهبت بعض الأحكام إلى أن الالتزام السلبي بعدم الالتجاء إلى التحكيم من النظام العام، بحيث يكون للمحكمة أن تمتنع عن الفصل في النزاع من تلقاء نفسها إذا ما تبين لها وجود اتفاق على التحكيم بشأنه. و ذهبت أحكام أخرى إلى عدم تعلقه بالنظام العام، بحيث لا يجوز للقضاء الامتناع عن الفصل في النزاع في غيبة دفع بالاتفاق على التحكيم من المدعى عليه[iv].

و على العكس من ذلك فيبدو أن المسألة لم تثر خلافا في الفقه. فقد أجمع الفقه على أنه لا يجوز للقاضي أن يمتنع من تلقاء نفسه عن الفصل في الدعوى في غيبة دفع من المدعى عليه بالاتفاق على التحكيم[v].

و الواقع أن هناك ارتباط وثيق بين الإجابة على السؤال الأول المتعلق بجواز النزول عن التمسك بالالتزام بعدم الالتجاء إلى القضاء، و السؤال الثاني المتعلق بإمكان امتناع القاضي عن الفصل في الدعوى من تلقاء نفسه. فجواز النزول عن التمسك بالالتزام بعدم الالتجاء إلى القضاء معناه أن هذا الالتزام لا يتعلق بالنظام العام. و هذا الاعتبار ذاته يؤدي إلى القول بأنه لا يجوز للقاضي أن يعمل مقتضى هذا الالتزام من تلقاء نفسه.

ثانيا- ماهية الدفع بسبق الاتفاق على التحكيم:

إذا كان القاضي لا يستطيع الامتناع عن الفصل في الدعوى من تلقاء نفسه استنادا إلى وجود اتفاق على التحكيم، و كان الأمر يتطلب على النحو السابق أن يدفع المدعى عليه الدعوى بهذا الاتفاق، فإن التساؤل يثور حول حقيقة هذا الدفع. فالقانون يعرف طوائف متميزة من الدفوع لكل منها نظامه القانوني، و لكل منها آثاره المتميزة عن آثار الآخر.

أ:نظرية الدفع بعدم الاختصاص

يذهب الرأي السائد في الفقه و القضاء الفرنسي[vi] ،إلى أن الدفع بالاتفاق على التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص. و الحجة الأساسية التي يستند إليها الرأي هي أن اتفاق الطرفين على عدم طرح النزاع على القضاء، و إقرار لهذا الاتفاق، يجعل النزاع خارجا عن اختصاص القضاء، بمقتضى الاتفاق المذكور، و تطبيقا لدور الإرادة في تعديل الاختصاص القضائي. فمن المسلم به إمكان تعديل الاختصاص أو مده إلى بعض الدعاوي التي لا توجد نصوص تقرر اختصاصه بها، باتفاق الطرفين، كما هو الحال في تعديل الاختصاصي المكاني، و منع القضاء من نظر الدعوى استنادا إلى الاتفاق على التحكيم، ما هو إلا الوجه الآخر لهذه السلطة الثابتة للخصوم، على نحو يكون معه الدفع بهذا الاتفاق دفعا بعدم الاختصاص[vii].

و قد اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى أن الأمر يتعلق بعدم اختصاص نوعي، و ذهبت لذلك إلى أن عدم اختصاص المحكمة يتعلق بالنظام العام، فيكون للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، و يجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى.[viii]

أما المحاكم الأدنى فقد مالت إلى عدم مجاراة محكمة النقض في هذا النظر، معتبرة أن الأمر يتعلق بنوع من عدم الاختصاص الذي لا يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، و يجب أن يطلبه الخصم صاحب المصلحة في الحكم به قبل إبداء أي دفاع و إلا اعتبر قابلا لاختصاص المحكمة و متنازلا عن التزام خصمه بعدم الالتجاء إلى القضاء، على النحو الذي سبق أن رأيناه.

لكن هذا الرأي تعرض لانتقاد شديد تتخلص أهم ملامحه فيما يلي:

- أن اختصاص كل محكمة من المحاكم تحدده نصوص القانون، بحسب الجهة القضائية التي تنتمي إليها المحكمة، و بحسب مرتبتها في هذه الجهة. و من المسلم به أن هذا الاختصاص يعتبر من النظام العام لا يجوز الخروج عليه، اللهم إلا فيما يتعلق بالاختصاص الإقليمي. و القول بأن الدفع بالاتفاق على التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص يقتضي تحديد نوع هذا الاختصاص و ما إذا كان اختصاصا ولائيا أو نوعيا أو مكانيا. بل يقتضي على وجه التحديد القول بأنه اختصاص مكاني. و هذا كله ما لا يمكن التسليم به نظرا لعدم إمكان إسناد عدم الاختصاص المقول به لأي نوع من أنواع عدم الاختصاص[ix].

- أنه لا يجوز القياس في هذا الصدد على سلطان الإرادة في مد الاختصاص إلى حالة لا تتضمنها نصوص القانون، كما هو الحال في مد اختصاص المحكمة المكاني، لا يجوز ذلك لأن اختصاص القضاء بما يختص به يعتبر من النظام العام، فلا يجوز الحد منه، و إن جاز توسعته أو مده إلى حالات لا يشملها.

- ثم إن القضاء يظل مختصا بالفعل بالفصل في النزاع محل الاتفاق على التحكيم. و هذا ما يتحقق عملا من خلال الفصل في كافة المسائل التي لا يحول التحكيم دون رفعها إليه على التفصيل السابق إيراده[x].

- كذلك فالدفع بعد الاختصاص يكون في الغالب من الأحوال من النظام العام، فلا يجوز للخصوم التنازل عنه و يكون لهم التمسك به في أي حالة كانت عليها الدعوى، كما يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. و هذا كله على عكس الحال في الدفع بالاتفاق على التحكيم، حيث يجوز لمن أبداه بالفعل التنازل عنه بعد إبدائه، و حيث لا يجوز للمحكمة أن تقضي بمقتضاه من تلقاء نفسها دون إبدائه من صاحب المصلحة فيه.

ب:نظرية الدفع بعدم القبول

يذهب البعض إلى أن الدفع بالاتفاق على التحكيم، ليس دفعا بعدم الاختصاص، و إنما هو دفع بعدم قبول الدعوى[xi] .و يستند هذا الرأي إلى مجموعة من الحجج فحواها أن الاتفاق على التحكيم ليس له القدرة على إخراج النزاع من اختصاص القضاء. و هو لذلك لا يستهدف من الأصل إحداث هذا الأثر، و إنما يستهدف مجرد إقامة مانع مؤقت من سماع الدعوى أمام القضاء، رغم كونه مختصا بها من الأصل، و رغم استمرار اختصاصه بها أثناء مسيرة التحكيم و بعد انتهاء هذه المسيرة. و هو بإقامة هذا المانع إنما يقيد حق الطرفين في الالتجاء إلى القضاء أو حق كل منهما في الدعوى. و النتيجة المنطقية لهذا التقييد هي أن تصبح الدعوى غير مقبولة أمام القضاء مادام المانع من قبولها موجودا. فإن زال المانع لسبب أو آخر عادت الدعوى مقبولة أمام القضاء، باعتباره مختصا بها، و باعتبار اتفاق التحكيم غير ذي أثر على هذا الاختصاص.

فمن الناحية النظرية يتعين التمييز بين ما يسمى بحق الالتجاء إلى القضاء أو حق التقاضي، و بين حق الدعوى بالمعنى الدقيق. فالحق الأول ليس حقا فرديا، و إنما هو بالأحرى حرية من الحريات العامة المكفولة للكافة، و التي لا تقبل التقييد من جانب الأفراد لاتصالها المباشر بالنظام العام[xii] . أما الحق الآخر – حق الدعوى – فهو حق فردي بالمعنى الدقيق، باعتبار الدعوى هي الوسيلة لحماية حق فرد معين عند الاعتداء على هذا الحق بالذات. و بعبارة أخرى فهو ينشأ لحماية مركز فردي ذاتي حصل الإخلال به من جانب الآخرين و من ثم القانون لا يعترف بالحق في الدعوى إلا لصاحب الحق فيها. لكن اتفاق التحكيم لا يمس بهذا الحق في ذاته، الذي يبقى قائما رغم الاتفاق على التحكيم، و إنما يقتصر أمره على تعديل كيفية ممارسته، فيضع لذلك كيفية خاصة. أي أنه ينصب على إجراءات ممارسة الحق في الدعوى، و لا يمس هذا الحق في ذاته بالتقييد أو التحديد. و النتيجة المنطقية لذلك هي أن تظل الدعوى مقبولة في ذاتها رغم وجود شرط التحكيم.

أما من الناحية العملية، فاعتبار الدفع باتفاق التحكيم دفعا بعدم القبول من شأنه أن يؤدي إلى نتائج لا تتفق مع طبيعة هذا الدفع. فالدفع بعدم القبول هو من الدفوع الموضوعية التي يجوز إبداؤها في أية حالة تكون عليها الدعوى. و هذا ما يخالف ما سبق أن رأيناه من أن الدفع بالاتفاق على التحكيم يتعين إبداؤه قبل التكلم في الموضوع، و إلا سقط الحق في إبدائه، بحسبان أن التكلم في الموضوع دون إثارة الدفع يعني النزول عنه نزولا يعتد به القانون بالنظر إلى أصله الإتفاقي المحض.

ج:نظرية الدفع ببطلان المطالبة القضائية

أمام هذه الانتقادات الموجهة إلى كل من الرأيين السابقين، فقد حاول جانب من الفقه الوصول إلى صياغة أخرى للدفع بالاتفاق على التحكيم تستجيب إلى خصوصية هذا الدفع و ما تفرضه هذه الخصوصية من نظام له[xiii]. وقد ذهب هذا الفقه إلى أن الدفع بالاتفاق على التحكيم هو دفع ببطلان المطالبة القضائية تأسيسا على عدم قابلية الطلبات التي تضمنتها صحيفة الدعوى لأن تكون محلا لهذه المطالبة، ونزولا على مقتضى اتفاق التحكيم. وهو بهذه المثابة ينتمي إلى طائفة الدفوع الإجرائية، التي تؤسس على عيب موضوعي في الإجراء.

يتلخص هذا الرأي في أن المطالبة القضائية هي إجراء وأن الإجراء هو عمل قانوني يتألف من عناصر موضوعية كالإرادة والأهلية والمحل والاختصاص، وأخرى شكلية تتمثل في الشكل الذي وضعه القانون له. ووظيفة اتفاق التحكيم هي مجرد الحيلولة دون المطالبة بالحق المتنازع عليه عن طريق القضاء، على نحو لا يصبح معه صالح لأن يكون محلا لهذه المطالبة. ومن ثم فالمطالبة بالحق بعد الاتفاق على التحكيم أو رغم هذا الاتفاق تكون باطلة. وسبب البطلان هو افتقاد هذا الإجراء – وهو المطالبة القضائية – عنصرا من عناصره الموضوعية هو عنصر المحل. وعلى هذا النحو فإن الدفع بالاتفاق على التحكيم يكون خاضع للقواعد المتعلقة ببطلان الإجراءات لعيب موضوعي فيها، فلا يجوز التمسك به إلا ممن شرع لمصلحته من الطرفين، وهو المدعى عليه في هذه الحالة، ولا يجوز للطرف الآخر – وهو المدعى – أن يعود فيتمسك به لكونه هو المتسبب فيه، ويجوز لصاحب الحق في التمسك به – وهو المدعى عليه – التنازل عنه صراحة أو ضمنا، ولا يكون قاطعا للتقادم، كما أنه يقبل التحول والانتقاص.

ولاشك في أن هذا الرأي يحقق إلى حد كبير الأهداف التي سعى أنصار الرأيين الأولين إلى تحقيقها، دون أن يقع في الوقت ذاته في التناقضات التي وقعا فيها. فالرأي

الذي إنحاز إلى فكرة الدفع بعدم الاختصاص يرى من البداية أن الأمر يتعلق بدفع إجرائي، وهذا ما جره إلى فكرة عدم الاختصاص التي تبين بالفعل استحالة الأخذ بها في هذا المقام. والرأي الآخر الذي انحاز إلى فكرة عدم القبول، كان يحدوه في الأخذ بها البحث عن فكرة لا تتصادم مع حقيقة بقاء الاختصاص منعقدا للقضاء رغم الاتفاق على التحكيم. لكن فكرة عدم القبول ساقته إلى فكرة أخرى غير صحيحة، هي التنازل عن حق التقاضي أو عن حق الدعوى، خلافا للحقيقة من كون التنازل ينصب على طريق الخصومة العادية، استبدالا له بطريق آخر هو طريق خصومة التحكيم، دون أن يمس بحق التقاضي أو بحق الدعوى في ذاته.

ولاشك كذلك في أن هذا الرأي يؤدي إلى نتائج تنسجم مع طبيعة الالتزام السلبي بعدم الالتجاء إلى القضاء الناشئ عن اتفاق التحكيم، سواء فيما يتعلق بقصر الدفع به على صاحب المصلحة وحرمان المتسبب فيه من التمسك به، أو فيما يتعلق بعدم تمكين المحكمة من إعمال مقتضاه من تلقاء نفسها، دون أن يكون هناك تمسك به من صاحب المصلحة، أو في ظل نزول عنه من صاحب المصلحة.

لكن هذا الرأي لم يسلم من النقد هو الآخر[xiv]. فقد لفت البعض النظر إلى حقيقة أن الدفع ببطلان صحيفة الدعوى يتعين أن يكون له سبب راجع إلى هذه الصحيفة ذاتها؛ بياناتها و عناصرها، و لا يجوز أن يترتب على أمر خرج عنها، كما هو الحال في اتفاق التحكيم. ثم إن الاتفاق على التحكيم قد لا يتحقق إلا بعد رفع الدعوى و توافر كافة مقتضياتها الموضوعية و الإجرائية، فكيف يتأتى القول ببطلان عريضة افتتاح الدعوى لسبب لاحق لاستكمالها لكافة مقوماتها؟

و في تقديري أن هذه الملاحظات رغم وجاهتها لا تصيب صميم الفكرة التي بني عليها هذا الرأي و إنما تتطلب مجرد تعديلات جزئية في صياغتها.و الذي نخرج به من هذا النقاش حول طبيعة الدفع بالاتفاق على التحكيم، يمكن تلخيصه فيما يلي:

- إن هناك شبه اتفاق على عناصر النظام القانوني الذي يخضع له هذا الدفع و الذي يتفق مع ذاتيته.

- **إن** الخلاف حول تكييف هذا الدفع – في ضوء الاتفاق على نظامه – هو مجرد خلاف حول الصيغة التي يصاغ بها أو حول الاصطلاح الذي يطلق عليه. و بعبارة أخرى فهو خلاف شكلي أكثر منه موضوعي.

- إن أقرب الصيغ المقترحة للتعبير عن هذا الدفع إلى حقيقته هي الصيغة الأخيرة التي ترى فيه دفعا ببطلان المطالبة القضائية أو بوقفها بحسب الأحوال.

ثالثا- أثر قبول الدفع بسبق الاتفاق على التحكيم.

أ:مدى سلطة القضاء في النظر في صحة اتفاق التحكيم و تفسيره.

إذا ما رفع أحد طرفي التحكيم دعواه إلى القضاء، و دفع المدعى عليه بسبق الاتفاق على التحكيم، فيثور التساؤل عما إذا كان للمدعي أن يدفع في هذه الحالة ببطلان الاتفاق على التحكيم أو بعدم شموله للنزاع المطروح على المحكمة، و من ثم ما إذا كان للمحكمة أن تفصل في مسألة بطلان الاتفاق على التحكيم أو تفسيره بقصد تحديد ما إذا كان يشمل النزاع الذي طرحه المدعي على المحكمة.لا يوجد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، أي نص يقيد مثل هذه الإجراءات و بالتالي يجوز ذلك.

و مع ذلك يبدو أن آليات التحكيم ذاتها تفرض اختلاف الحل الواجب الإتباع من حالة إلى أخرى. فإذا كان المدعي قد رفع دعواه أمام القضاء للفصل في أمرها بعد تشكيل

هيئة التحكيم و طرح النزاع المحكم فيه عليها و دفع المدعى عليه بسبق الاتفاق على التحكيم فلا شك أنه لا يكون للمدعى أن يدفع ببطلان اتفاق التحكيم أو بعدم شموله للنزاع المطروح على المحكمة، و يتعين على المحكمة بدورها أن تمتنع عن النظر في صحة اتفاق التحكيم، أو في شموله للنزاع المطروح عليها، ما لم يكن هذا النزاع منبت الصلة بالنزاع المحكم فيه على النحو واضح لا يثير لبسا أو شكا. أما إذا كان المدعي قد رفع دعواه قبل تشكيل هيئة التحكيم و طرح النزاع عليها، فيبدو أنه يكون للمدعي أن يدفع ببطلان اتفاق التحكيم أو بعدم شموله للنزاع المطروح على المحكمة، و لا يكون للمحكمة أن تمتنع عن النظر في هذا الدفع أو ذاك، ما لم يقرن المدعى عليه دفعه بسبق الاتفاق على التحكيم بما يفيد اتخاذه ما يلزم لتحريك إجراءات التحكيم [xv].

القول بغير ذلك من شأنه أن يؤدي إلى نتيجة غير منطقية هي أن الطرف الذي يعتقد ببطلان اتفاق التحكيم أو بعدم شموله للنزاع القائم بينه و بين الطرف الآخر، و من ثم يعتقد بأن النزاع بينه و بين خصمه من اختصاص القضاء، يكون عليه مع ذلك أن يبدأ بتحريك إجراءات التحكيم، ثم ينازع في اختصاص التحكيم الذي تولى بنفسه تحريكه و الذي قبله خصمه. و إذا ما انتهت هيئة التحكيم إلى تقرير اختصاصها، فإنه يكون عليه الانتظار إلى حين الحكم في الموضوع، حتى يتمكن فيما بعد من إثارة عدم اختصاص هيئة التحكيم أمام القضاء.

على أن هناك اعتبار آخر لا ينبغي طرحه من الحسبان، و هو احتمال أن يكون التجاء أحد الطرفين إلى القضاء في هذه الحالة بدلا من تحريك التحكيم قد قصد به تأخير الفصل في النزاع. لكن الدفع أمام المحكمة ببطلان اتفاق التحكيم أو بعدم شموله للنزاع المطروح، لا يمنع المدعى عليه من تحريك إجراءات التحكيم، إذ ما قدر أن قصد خصمه من الدفع هو مجرد التعطيل أو كسب الوقت.

ب: شرط التحكيم و دعوى المسؤولية التقصيرية.

في حالة وثيقة التحكيم فان محل التحكيم يكون محددا تحديدا دقيقا ، بحيث ينصرف التحكيم إلى النزاع المعين فيها و لا ينصرف إلى غيره[xvi] . بينما في حالة شرط التحكيم فان الأمر لا يتعلق بنزاع معين قائم بالفعل و إنما بمنازعات محتملة يمكن أن تثيرها علاقة قانونية ناشئة عن العقد الأصلي المدرج فيه الشرط أو المتعلق به. و قد يتعلق الشرط بالمنازعات الناشئة عن المسؤولية الناشئة عن هذا العقد، لكن الفعل المرتب لهذه المسؤولية يكون مرتبا في الوقت ذاته للمسؤولية التقصيرية، كما لو تعلق الأمر مثلا بعقد نقل و اختلس الناقل البضاعة المتفق على نقلها، أو اختلسها تابعوه. و في هذه الحالة قد يلجأ المضرور إلى رفع دعوى المسؤولية التقصيرية أمام القضاء، مما يثير التساؤل معه حول ما إذا كان المدعى عليه يستطيع دفع هذه الدعوى بسبق الاتفاق على التحكيم، أم أن شرط التحكيم يقتصر أثره على دعوى المسؤولية العقدية فقط و لا يمتد إلى دعوى المسؤولية التقصيرية،يلاحظ أن المسألة تتعلق بمسألة أخرى من مسألة الخيرة بين المسؤوليتين العقدية و التقصيرية

إن المشروع إذ أفرد المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية كلا منهما بأحكام تستقل بها عن الأخرى و يجعل لكل من المسؤوليتين موضوعا منفصلا عن المسؤولية الأخرى، فقد أفصح بذلك عن رغبته في إقامة نطاق محدد لأحكام كل من المسؤوليتين. فإذا قامت علاقة تعاقدية محددة بأطرافها و نطاقها و كان الضرر الذي أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد فإنه يتعين الأخذ بأحكام العقد و بما هو مقرر في القانون بشأنه باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذه تنفيذا صحيحا أو عند الإخلال بتنفيذه، و لا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية التي لا تربط المضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عن عدم تنفيذه مما يخل

بالقوة الملزمة له، و ذلك ما لم يثبت ضد أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذي ارتكبه و أدى إلى الإضرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيما مما تتحقق معه المسؤولية التقصيرية تأسيسا على أنه أخل بالتزام قانوني، إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقدا أو غير متعاقد .
يجوز للمضرور أن يلجأ إلى القضاء كلما كان فعل المدعى عليه بالمسؤولية يشكل جريمة أو غشا أو خطأ جسيما، و أن الدفع بسبق الاتفاق على التحكيم لا يكون مقبولا في هذه الحالة.

ج:أثر قبول الدفع بسبق الاتفاق على التحكيم بالنسبة لتقادم الحق الموضوعي.
الأصل أن المطالبة القضائية تؤدي إلى انقطاع مدة تقادم الحق الموضوعي، و لو رفعت إلى محكمة غير مختصة. لكن إحداث المطالبة القضائية لهذا الأثر منوط بأن تكون المطالبة صحيحة[xvii] . و إذا كان الدفع بسبق الاتفاق على التحكيم، على ما انتهينا إليه، هو دفع ببطلان المطالبة القضائية، فإن قبول هذا الدفع يكون معناه عدم صحة المطالبة القضائية، و من ثم عدم إحداثها لأثرها في قطع التقادم. غير أنه يبقى بعد ذلك أن التقادم ينقطع بالاتفاق على التحكيم ذاته عند قيام النزاع في حال حصول الاتفاق على التحكيم قبل قيامه، على نحو ما سوف نراه.

د:عدم استنفاد المحكمة ولايتها في موضوع النزاع.
إذا ما تم تقديم الدفع بسبق الاتفاق على التحكيم فإن الأمر لا يخرج عن فرض من اثنين. فإما أن ترفض المحكمة الدفع، و إما أن تقبله. فإن رفضته تناولت موضوع الدعوى للفصل فيها.وإن قبلته فيثور التساؤل عما إذا كانت المحكمة بقبوله تكون قد استنفدت ولايتها في موضوع الدعوى.

و تظهر أهمية هذا التساؤل في حالة إلغاء حكمها من محكمة الدرجة الثانية، إذ القول باستنفاد ولايتها سوف يؤدي إلى تصدي محكمة الدرجة الثانية للفصل في الموضوع مباشرة. أما القول بعدم استنفاد تلك السلطة فسوف يؤدي على العكس من ذلك إلى إعادة الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى للفصل في موضوعها، حتى لا يفوت على رافعها درجة من درجات التقاضي.

و الراجح في الفقه و القضاء أن محكمة الدرجة الأولى لا تستنفد ولايتها بقبول الدفع بالاتفاق على التحكيم[xviii] . وهذا ما يتفق أيضا مع الرأي الذي يرى في الدفع بالاتفاق على التحكيم دفعا ببطلان المطالبة القضائية أو بوقفها بحسب الأحوال، يتعلق بالإجراء و ينصب على موضوعه، إذ الفصل فيه يعني مجرد الفصل في الإجراء وحده شكلا و موضوعا، مما لا يمس موضوع الدعوى ذاته لا من قريب و لا من بعيد.

المحور الثاني : إجازة الالتجاء إلى هيئة التحكيم

و في هذا المقام يتعين علينا التعرض بالدراسة لولاية هيئة التحكيم في ضوء اتفاق التحكيم أولا، ثم دراسة ولاية هيئة التحكيم في ضوء أحكام القانون ثانيا و أخيرا دراسة الآثار العرضية لاتفاق التحكيم.

أولا:ولاية هيئة التحكيم في ضوء اتفاق التحكيم
أ:وثائق العقد
تحدد آثار العقد وفقا لما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، لا وفقا لما اتجهت إليه إرادة أحدهما دون أن تتلاقى في مع إرادة الآخر.

الأصل أن يحرر اتفاق التحكيم في وثيقة يوقعها الطرفان تتضمن كافة ما اتفقا عليه، فتكون بنود هذه الوثيقة هي محور تحديد معالم التحكيم المتفق عليه ؛ غير أن الأمر ليس دائما بهذه البساطة، فكثيرا ما تكون هناك وثائق أخرى قدمها أحد الطرفين للآخر قبل التعاقد أو خلال التفاوض لإتمامه أو بعد إتمامه و أثناء تنفيذه؛ و في هذه الحالات يثور التساؤل عن مدى اعتبار مختلف الوثائق المتبادلة بين الطرفين جزءا من الاتفاق، و الاعتماد عليها في تحديد معالم التحكيم المتفق عليه[xix].

و هذا هو الشأن مثلا في الوثائق المتبادلة بين الطرفين خلال مرحلة المفاوضات. فمضمون العقد يمكن أن يتضح من تتبع المفاوضات التي جرت بين الطرفين قبل إبرام الاتفاق، و ما تخللها من وثائق، كالمشروع الأصلي للتعاقد، و ما أعقبه من اقتراحات بتعديله من أحد الطرفين أو الآخر.

هذا هو الشأن أيضا في الوثائق التي قد يوجهها أحد الطرفين للآخر بعد إبرام، كخطابات التأكيد التي يتفق على تبادلها بين الطرفين أو يجري بها العرف. فقد يتضمن خطاب التأكيد وجه نظر مرسله في تفسير بعض بنود الاتفاق، أم يتضمن تنظيما للمسائل الثانوية يحل محل القواعد المكملة في مجاله، كتعيين هيئة التحكيم و اختيار الإجراءات، و اختيار القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق. و في هذه الحالة يتعين على الطرف الآخر أن يعلن رفضه لما تضمنه الخطاب من إضافات أو تعديلات إذا لم يكن قابلا لها، على نحو يعتبر معه سكوته بمثابة قبول لها وفقا للقواعد العامة.

ب:غموض الاتفاق

و قد تكون عبارات الاتفاق واضحة في دلالتها، و تكون هذه الدلالة مطابقة لما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فيكون الاتفاق ملزما للمتعاقدين بما أفصحت عنه عباراته.

غير أن عبارات الاتفاق قد تكون غامضة لا تفصح عن معنى محدد واضح بعينه. و قد تكون هذه العبارات واضحة في جملتها في الدلالة على معنى محدد و لكن يكون في بعضها أو في ظروف التعاقد بصفة عامة ما يشير إلى عدم مطابقة هذا المعنى للإرادة المشتركة للمتعاقدين، أو إلى أن المتعاقدين قد قصدا بها معنى غير معناها الظاهر. و في هاتين الحالتين يحتاج الأمر إلى تفسير الاتفاق بحثا عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين التي تحدد بها معالم التحكيم المتفق عليه، و مثل هذا التفسير يقوم به القاضي إذا ما عرض عليه النزاع بين الطرفين كما يقوم به المحكم.

ج:ضوابط التفسير

إن التفسير يخضع لمجموعة من الضوابط المنطقية، بعضها يتعلق بتحديد معاني الألفاظ و مداها، و بعضها يتعلق بحسم التعارض بين دلالة معينة و بين ما يعارضها من دلالات أخرى مستفادة من الاتفاق في جملته، كما يخضع لمجموعة من الضوابط القانونية التي تتعلق بالبحث عن الإرادة المشتركة بين المتعاقدين فيما وراء عبارات الاتفاق.

و مثال الضوابط المتعلقة بتحديد معاني الألفاظ و مداها، قاعدة أن "الأصل في الكلام الحقيقية فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي"، و قاعدة: "ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله"، و قاعدة: "المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة"، و قاعدة أن "نصوص العقد يفسر بعضها بعضا".

و مثال الضوابط المتعلقة بحسم تعارض دلالة اللفظ مع غيرها من الدلالات، قاعدة أن "لا عبرة بالدلالة في مقابل التصريح"، و قاعدة أن: "إعمال الكلام أولى من إهماله لكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل".

و أما عن ضوابط البحث عن الإرادة المشتركة للمتعادين خارج عبارات العقد، فمثالها طبيعة التعامل و ما ينبغي أن يقوم من أمانة وثقة بين المتعاقدين، و العرف الجاري في المعاملات.

1:استحالة التفسير و مبدأ التفسير الضيق

قد لا يتوصل القاضي من خلال بحثه إلى الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فيظل هناك شك حول حقيقة هذه الإرادة. لذلك كان لا مناص من حل هذا الإشكال عن طريق تفسير الشك لمصلحة أحد المتعاقدين و يلاحظ الفقيه السنهوري، أن قاعدة تفسير الشك لمصلحة أحد المتعاقدين تتحدد بنطاق معين هو أن يكون هناك شك في التعرف على النية المشتركة[xx] . و قد كان من الطبيعي في هذا الصدد أن ينحاز المشرع إلى جانب المدين فيفرض على القاضي أن يفسر الشك لمصلحته.

و يعرض الفقه عادة لتفسير الشك في دلالة اتفاق التحكيم بصدد تحديد موضوع التحكيم و ما يشمله من منازعات. و هو ينطلق في هذا الصدد من كون حرية الاتفاق على التحكيم قد جاءت على خلاف الأصل من ولاية القضاء في الفصل في المنازعات، لينتهي إلى اعتماد مبدأ التفسير الضيق لاتفاق التحكيم، و إلى أنه في كل حالة يثور فيها شك حقيقي حول اتجاه الإرادة المشتركة للمتعاقدين إلى شمول الاتفاق لمنازعة من المنازعات، يتعين القول بانتفاء هذه الإرادة و خروج المنازعة من مجال التحكيم بحيث يظل الفصل فيها من سلطة القضاء وحده[xxi] . فإذا اتفق مثلا على التحكيم في شأن قسمة مؤقتة، فلا يجوز أن نصرف هذا التحكيم إلى ما يتعلق بالقسمة النهائية. و إذا اتفق على التحكيم في شأن حيازة أرض، فلا يجوز أن يمتد هذا التحكيم إلى ملكية هذه الأرض[xxii] و إذا اتفق على التحكيم في المنازعات التي تثور بين الطرفين أثناء تنفيذ عقد معين على كيفية تنفيذه، فلا يجوز أن يمتد هذا التحكيم إلى المنازعات المتعلقة بالتعويض عن عدم تنفيذه أو قسمته[xxiii]. و إذا اتفق على التحكيم في المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد شركة، فلا يجوز أن يمتد هذا التحكيم إلى المنازعات المتعلقة بالكيان القانوني لهذه الشركة[xxiv] . و إذا اتفق على التحكيم في شأن تفسير عقد من العقود، فإن سلطة المحكم تمتد إلى ترتيب فسخه أو الحكم بالتعويض عن عدم تنفيذه

و لنا بصدد مبدأ التفسير الضيق لاتفاق التحكيم ملاحظتان هامتان. الأولى تتعلق بنطاق مبدأ التفسير الضيق و مفهومه، و الثانية تتعلق بمدى توافق هذا المبدأ مع القواعد التي وضعها المشرع لتفسير الشك عند استحالة تفسير العقود.

أما عن نطاق مبدأ التفسير الضيق و مفهومه، فهو لا يقتصر على حالة الشك في شمول اتفاق التحكيم لنزاع أو آخر بين الطرفين، على نحو يكون الرجوع معه إلى الأصل من خضوع النزاع المشكوك في شمول اتفاق التحكيم له لولاية القضاء، و إنما يشمل كذلك الشك حول آليات التحكيم ذاته و كيفية إتمامه. و في هذه الحالة لا يكون القول بالرجوع إلى الأصل – و هو ولاية القضاء – مفيدا في حسم الشك، إنما يكون الرجوع إلى القواعد التي وضعها المشرع للتطبيق في حالة عدم الاتفاق على المسألة التي ثار بشأنها الشك أيا كان موضوعها[xxv] ، أو أن يثور الشك حول الاتفاق على الإجراءات أو على القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق، فيكون الرجوع إلى هيئة التحكيم ذاتها لاختيار الإجراءات و تحديد القواعد الموضوعية، أو أن يثور الشك حول ما إذا كان المقصود هو التحكيم بالقانون أو التحكيم بالصلح، فينبغي القول بأن التحكيم المتفق عليه هو التحكيم بالقانون لا التحكيم بالصلح.

2:مبدأ التفسير الضيق و القواعد العامة

إن تطبيق مبدأ التفسير الضيق لا يثير تساؤلا إلا في الحالة التي يثور الشك فيها حول شمول اتفاق التحكيم لنزاع معين بين الطرفين. و موضوع التساؤل في هذه الحالة يكمن في معرفة ما إذا كانت النتيجة التي يوصل إليها المبدأ – من انتفاء ولاية هيئة التحكيم عند الشك – تتفق مع القواعد العامة التي وضعها المشرع لملئ الفراغ الناشئ عن الشك و استحالة التفسير، و التي تتمثل فيما تقضي به المادة 112 من القانون المدني من تفسير الشك لمصلحة المدين ما لم يكن العقد من عقود الإذعان فيتعين ألا يكون تفسير الشك ضارا بمصلحة الطرف المذعن.

أول ما يلاحظ في هذا الصدد ،أن الامتناع عن الالتجاء إلى القضاء و اللجوء إلى التحكيم – و هو كل ما يتضمنه اتفاق التحكيم – يكون حقا لكل من الطرفين و التزاما عليه في الوقت ذاته. لذلك فالمدين الذي يجب أن يفسر لمصلحته، لا يمكن إلا أن يكون الطرف الذي يتم التمسك في مواجهته بشرط التحكيم. و هو ما يؤدي إلى النتيجة ذاتها التي يؤدي إليها مبدأ التفسير الضيق. و يذهب الفقه بصفة عامة إلى أخذ لفظ المدين في هذا المقام بمعناه العادي المألوف، الذي ينصرف إلى من يقع عليه الالتزام. و مع ذلك فقد ذهب البعض إلى أخذ لفظ المدين في هذا الصدد بمعنى خاص يختلف عن المعنى العادي. فهو في نظره ينصرف إلى من يتحمل عبء الشرط الذي يكون محلا للتفسير[xxvi] . و هذا ما يوصل إلى النتيجة ذاتها التي يتعين الوصول إليها في شأن تحديد المقصود بالمدين في عقد التحكيم[xxvii].

ثاني ما يلاحظ في هذا الشأن أن تفسير الشك لا ينبغي أن يكون ضارا بمصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان. فإذا كان اتفاق التحكيم ضارا بمصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان، و كان الطرف المذعن هو الطرف الذي يتم التمسك في مواجهته باتفاق التحكيم، فإن هذا الطرف سوف يكون في مركز المدين. و بعبارة أخرى فإن مركزه لن يختلف عما إذا كان الاتفاق من عقود المشيئة و ليس من عقود الإذعان. أما إذا كان الطرف المذعن هو الذي يتمسك باتفاق التحكيم، فإن الشك يجب أن يفسر لصالحه أيضا، فيختلف وضعه عما لو التزمنا بشأنه قاعدة التفسير لمصلحة المدين. و نتيجة لذلك فإن إعمال قاعدة التفسير المعتمدة في عقود الإذعان سوف يؤدي إلى نتيجة مخالفة للنتيجة التي يؤدي إليها مبدأ التفسير الضيق.

ثانيا:ولاية التحكيم في ضوء أحكام القانون

أ:دور القانون في تكملة الاتفاق

يكفي لإتمام التعاقد، الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد و لو لم يتعرض الطرفان للمسائل التفصيلية. لذلك فكثيرا ما لا نجد في العقد بيانا وافيا لتفاصيل ما ينشأ عنه من التزامات على نحو تثور معه مشكلة تكملة ما ورد فيه. و القاعدة في هذا الشأن أن العقد يمتد أثره ليلزم بكل ما هو من مستلزماته فوق ما ورد فيه. و اتفاق التحكيم لا يختلف في ذلك عن غيره من العقود.و يتم تحديد مستلزمات عقد من العقود وفقا لمصادر القانون المختلفة،الأصلي منها والاحتياطي[xxviii] .وأول هذه المصادر هو التشريع. و اتفاق التحكيم من العقود المسماة . لذلك فإن بنوده تكمل بالقواعد التي نص عليها القانون في صدد هذا الاتفاق ثم بالقواعد العامة.

المفروض في القانون الجزائري أن يلي التشريع في ذلك الشريعة الإسلامية. لكن الأمر في تكملة العقد يتعلق بأمور تركها الشارع الإسلامي لاختيار الناس وفقا لما تقتضيه مصالحهم، و الشريعة تعول في هذه الأمور عند عدم وجود شروط تعاقدية على ما ألفه الناس في تعاملهم.

والعرف يقوم بدور فعال في تكملة العقود خاصة في العقود التجارية. و يبدو أن المجال الذي يتاح فيه وجود عرف مكمل لاتفاق التحكيم، هو مجال التحكيم الدولي.

فإذا لم يكن هناك قاعدة تشريعية أو قاعدة عرفية، لم يكن أمام القاضي من سبيل سوى الاجتهاد المباشر، من خلال النظر في طبيعة المعاملة موضوع العقد. فطبيعة المعاملة قد تفرض وجود التزام لم يعرض له المتعاقدان. و تطبيقا لذلك فالاتفاق على التحكيم في شأن جميع المنازعات المتعلقة بتنفيذ عقد بيع أو تفسيره يجعل التحكيم واجبا في كل منازعة تتعلق بثمن ما تم تسليمه من المبيع بدعوى فسخ العقد بالنسبة لما لم يتم تنفيذه منه[xxix].

ب:مدى تبعية الفرع للأصل

القاعدة في تحديد ولاية القضاء أن "قاضي الأصل هو قاضي الفرع". و قد جرى الفقه في مختلف دول العالم على عدم تطبيق هذه القاعدة في مجال التحكيم[xxx] ، انطلاقا من القول بأن إباحة الاتفاق على التحكيم، هي استثناء من الأصل في ولاية القضاء في الفصل في المنازعات،على نحو تتقيد معه ولاية هيئة التحكيم بما تم الاتفاق على التحكيم فيه بالفعل و لا تتجاوزه. و من ثم فعدم مد ولاية هيئة التحكيم إلى المسائل المتفرعة عن النزاع الخاضع لولايتها، يبدو استكمالا لقاعدة التفسير الضيق، المقول بها، و نتيجة من نتائجها.

يلاحظ أن تبعية الفرع للأصل كثيرا ما تجد سندا لها في إرادة المتعاقدين ذاتها، على مثل ما نراه في العقود المتكاملة، بمعنى العقود التي يكمل الواحد منها الآخر. و هذا ما نراه مثلا إذا ما كان شرط التحكيم مدرجا في اتفاق يمثل إطارا عاما للتعامل بين الطرفين، أو يقتصر على المبادئ العامة لهذا التعامل. ففي هذه الحالة إذا ما وقع الطرفان اتفاقا لاحقا ضمن الإطار الذي وضعه العقد الأول، أو أبرما اتفاقا يفصل ما أجمله الاتفاق الأول، دون أن ينص في هذا العقد الأخير على شرط التحكيم، فإن شرط التحكيم المنصوص عليه في الاتفاق الأول – الإطاري أو الإجمالي – يمتد – رغم ذلك – إلى العقد الأخير، إذ لا معنى لقصره على الاتفاق الأول، بحسبان أنه وضع لحسم المنازعات التي تثور بين الطرفين في المستقبل، و أن هذه المنازعات لا تثور في الغالب من الأمر إلا بصدد تنفيذ العقد الأخير لا بصدد تنفيذ العقد الأول[xxxi].

ثالثا:الآثار العرضية لاتفاق التحكيم

الأصل أن ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية أو بأي إجراء آخر يقوم به الدائن للتمسك بحقه أمام القضاء. و هذا ما يثير التساؤل عما إذا كان الاتفاق على التحكيم يؤدي إلى قطع التقادم. و يبدو وجوب التفرقة بين اتفاق التحكيم اللاحق لقيام النزاع و بين اتفاق التحكيم السابق على قيامه، و الذي يتمثل عادة في شرط التحكيم الملحق بالعقد الأصلي.

أما بالنسبة لاتفاق التحكيم اللاحق لقيام النزاع فلا صعوبة في القول بأنه يقطع التقادم بذاته دون حاجة إلى أي إجراء آخر. فمن ناحية أولى فالاتفاق على التحكيم يعني استبدال طريق التحكيم بطريق القضاء للفصل في النزاع، بما يعنيه ذلك من إناطة الآثار التي تترتب على المطالبة القضائية بالحق بالمطالبة به أمام التحكيم. و من ناحية أخرى، فإن الاتفاق على التحكيم اللاحق لقيام النزاع يوفر كافة معطيات المطالبة بالحق أمام هيئة التحكيم و أخصها تحديد النزاع المحكم فيه.

أما بالنسبة لاتفاق التحكيم السابق على قيام النزاع، فالأمر مختلف، إذ لا يمكن من الأصل الحديث عن التقادم قبل قيام النزاع بالفعل. و إذا ما قام النزاع، و بدأت مدة التقادم في السريان، فلا يتصور انقطاعها إلا بإجراء لاحق يتخذه الدائن للمطالبة بحقه عن طريق التحكيم. و هذا الإجراء لا يمكن أن يكون إلا الإجراء الذي يتخذه الدائن لتحريك التحكيم، و يتمثل هذا الإجراء عادة في قيامه باختيار محكمة و إخطار الطرف الآخر بهذا الاختيار، مع مطالبته بتعيين محكمه هو الآخر.

-الخاتمة:

قد يبدو للوهلة الأولى أن دراسة أثر اتفاق التحكيم تؤدي بالنتيجة لاستنتاج التناقض والقطيعة بين القضاء العادي والتحكيم ، غير أنه وبعد أن فرغنا من هذه الدراسة يمكننا أن نجزم أن التكامل بينهما ضروري و ذلك على اعتبار أن التحكيم قضاء اتفاقي يرجع بالأساس للاتفاق التحكيمي المبرم بين أطرافه

كما أن الاتفاق التحكيمي لا ينزع الاختصاص من قضاء العادي وإنما يمنعه من سماع الدعوى طالما بقي ذلك الاتفاق قائما. ومن ثم فإنه من الضروري اللجوء إليه كلما طرأ عارض يعوق سير عملية التحكيم، ، إذ تظل تقدم له بعض الخدمات اللازمة لسير الإجراءات أو لفاعلية قرار التحكيم .

فالمشكلة تقوم في حال رفع النزاع أمام القضاء العادي على الرغم من وجود اتفاق التحكيم ، وحينها يحق للخصم أن يتمسك باتفاق التحكيم والدفع بوجود هذا الاتفاق، فلا يجوز إبداء هذا الدفع أثناء نظر الدعوى بل يجب الدفع به في أول جلسة وقبل الكلام في موضوع النزاع، وإلا سقط الحق فيه استنادا إلى أن الخوض في موضوع الدعوى دون إثارة هذا الدفع يعني تنازل المدعى عليه على ما جاء في اتفاق التحكيم.

كما لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وأيضا أن يدفع المدعى عليه بوجود اتفاق بإحالة النزاع للتحكيم قبل تقديمه أي طلب أو دفاع في جوهر الدعوى.

المراجع

1- حسان كليبي، دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي،رسالة ماجستير غير منشورة ، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس،كلية الحقوق ، 2013 .
2- طاهر حدادن ،دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير غير منشورة ، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ،2012.
3- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي،الطبعة الأولى، دار النهضة العربية،القاهرة، 2004.
4- حفيظة السيد حداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004.
5- أحمد أبو الوفا، أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة ، منشأة المعارف، سنة 2000 .
6- عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي و الداخلي في المواد المدنية و التجارية و الإدارية،منشأة المعارف، 1995.
7- مصطفى الجمال،شرح أحكام القانون المدني، مصادر الالتزام ،1991.
8- حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام الإرادية، القاهرة ، 1992/1991 .
9- محمود محمد هشام، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية، الجزء الأول، اتفاق التحكيم ، دار الفكر العربي، 1990 .

10- فتحي والي ،الوسيط قانون القضاء المدني،دار النهضة العربية،1987.
11- Planiol et Robert : Traite pratique de droit civil Français. Tome 01 :2è ed ; 1987.
12- وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني قانون المرافعات،الطبعة الأولى ،دار الفكرالعربي. 1986. 13- أمينة النمر، قوانين المرافعات، منشأة المعارف، ج3، سنة:1982.
14- عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، جامعة الكويت، 1982.
15- نبيل عمر، الدفع بعدم القبول و نطاقه القانوني، منشأة المعارف، 1981.
16- أحمد عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،مصادر الالتزام، جزء 1 طبعة.1966 .
17- إسماعيل غانم، النطرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام، مصر، 1966.

الهوامش:

[i]- أحمد أبو الوفا، أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة ، منشأة المعارف، سنة 2000 ، ص 130.
ii- طاهر حدادن ،دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير غير منشورة ، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ،2012ص : 12.
iii- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي،الطبعة الأولى، دار النهضة العربية،القاهرة، 2004، ص:494.
iv- محمود محمد هشام، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية، الجزء الأول، اتفاق التحكيم ، دار الفكر العربي، 1990 ، ص 205.
v- حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام الإرادية، القاهرة، 1992/1991 ،ص 202.
vi- محمود محمد هاشم، المرجع السابق،، ص 250.
vii- حسان كليبي، دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي،رسالة ماجستير غير منشورة ، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس،كلية الحقوق ، 2013 ، ص: 27.
viii - أمينة النمر، قوانين المرافعات، منشأة المعارف، ج3، سنة:1982، ص153.
ix- وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني قانون المرافعات،الطبعة الأولى ،دار الفكر العربي. 1986، ص 125.
x- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 125 .
xi- نبيل عمر، الدفع بعدم القبول و نطاقه القانوني، منشأة المعارف، 1981، ص 221 .
xii- وجدي راغب فهمي، المرجع السابق.ص 187 .
xiii- وجدي راغب فهمي، المرجع السابق. ص 187.
xiv- محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص 262.
xv - Planiol et Robert : Traite pratique de droit civil Français. Tome 01 :2è ed ; 1987p :125.
xvi- مصطفى الجمال،شرح أحكام القانون المدني، مصادر الالتزام ،1991، ص:423
xvii- فتحي والي ،الوسيط قانون القضاء المدني،دار النهضة العربية،1987، ص 902،
xviii- أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق، ص 133.
xix- حسام الذين الأهواني، المرجع السابق، ص 82-88.
xx- أحمد عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،مصادر الالتزام، جزء 1 طبعة.1966 ، ص 687 .
xxi- محمود محمد هاشم، المرجع السابق،ً:188.
xxii- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق ، ص 22.

xxiii- عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، جامعة الكويت، 1982، ص 569.
xxiv عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي و الداخلي في المواد المدنية و التجارية و الإدارية،منشأة المعارف، 1995، ص 29.
xxv- حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص 202.
xxvi- إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام، مصر، 1966، ص 306.
xxvii- عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 569.
xxviii- عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 569.
xxix- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 36.
xxx- عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق، ص 29.
xxxi- حفيظة السيد حداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى. 2004 ،ص:235.