جامعة عبد الرحمان ميرة _بجاية_
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم قانون الأعمال

الدفع بوجود إتفاق التحكيم أمام القضاء

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
شعبة قانون الأعمال
تخصص:القانون العام للأعمال

إعداد الطالبتين:
- بتروني هجيرة
- بن سعدي آمنة

تحت إشراف الأستاذ:
د/ قبايلي طيب

أعضاء لجنة المناقشة

- الأستاذ: أغليس بوزيد، أستاذ مساعد " أ "، جامعة بجاية.....رئيسا
- الأستاذ: قبايلي طيب، أستاذ محاضر " أ "، جامعة بجاية.....مشرفا
- الأستاذة : مولوج لامية، أستاذة مساعدة " أ "، جامعة بجاية .....ممتحنة

السنة الجامعية ***2015/2014***

بســـم الله الرحمـــن الرحـــيم

﴿ يرفع الله الذين أمنوا منكم والذّين أوتوا العلم درجات﴾

صدق الله العظيم

المجادلة – الآية (11).

الإهـــداء

أهـــــدي ثمرة جهدي إلـــى:

والديّا الحبيبين اللّذين فتحا لي الطريق لطلب العلم والمعرفة، أهدي لهما هذا العمل المتواضع، مقابل ما غرسوه في كياني من صفات حميدة لأجل البحث والنجاح اللهم ارحمهما كما رباني صغيرا.

إلى أمي الحنونة والصبورة، التي كانت إلى جانبي في كل مرحلة من مراحل مشواري الدّراسي، شجعتني لمواصلة البحث وعلّمتني حبّ الحياة والمعرفة والصّبر مهما كانت الظروف.

إلى أبي الحنون الذي علّمني ولم يبخل عليَّ يومًا بشيء، الذي زرع في نفسي الطموح والمثابرة، والدي العزيز.

إلى رفيق دربي وشريك حلاوة الدّنيا ومرارتها إلى زوجي، الذي رافقني في مساري الدّراسي شكرًا على إخلاصك.

إلى من ملأ حياتي سعادةً بقدومه إلى عالمنا، وأنار حياتي ببسمته، إبني " نزيم "، حفظه الله.

إلى من يحملون في عيونهم ذكريات طفولتي وشبابي، إلى أعزّ وأحبّ الناس إليَّ أخواتي وأخي (فايزة – يسمين – إسلام).

إلى كل عائلة زوجي وبالأخص أم زوجي التي ساندتني وشجّعتني وكانت سببا في تحفيزي على إعداد هذه المذكرة، طالما أحببتها كأمي الغالية أطال الله في عمرها.

إلى أب زوجي العطوف الذي وقف إلى جانبي الذي ملئ قلبي دفئ الأب طالما أحببته كأب لي، أطال الله في عمره

آمـــنـــة

الإهـــداء

أهـــــدي هذا العمل المتواضع إلى:

من أنار لي مشوار حياتي، وغرس في أعماقي طلب العلم، إلى من علمني النجاح والصبر في سبيل العلم لابد من العطاء

" والدي العزيز مالك " أتمنى له طول العمر والسعادة والهناء

من ربتني وأنارت دربي، إلى من أرضعتني الحب والحنان وأعانتني بالصلوات والدعوات إلى أغلى الوجود

أمي الحبيبة " لويزة " التي أتمنى لها طول العمر والسعادة والهناء

من يحملون في عيونهم ذكريات طفولتي وشبابي إخواني وأخواتي، حمزة وزوجته مريم، نجيم، كهينة، فوزية

كما أهدي هذا العمل إلى كل الأصدقاء الذين يكنّون لي الحب والإحترام، وإلى كل محبي العلم والمعرفة

هـجيـــرة

كلمة شكر

الـــحمد لله الـــذي وفقنا على إتمام هذه المذكرة، و أعاننا على انجازها على هذا النحو فله الحمد كله

و الـــصلاة و السلام على خير خلق الله نبينا الكريم مـــحمد صـــلى الله علـــيه و ســـلم

اعترافا بالفضل لأهل الفضل نتقدم بخالص الشكر و التقدير إلى الأستاذ المحترم قبايلي طيب الذي وافق على الإشراف على هذا العمل المتواضع و ما بذله من جهد و ما أفادنا به من نصائح و توجيهات قيمة و آراءه السديدة التي ساعدتنا على إتمام هذا البحث.

كـــما نتقدم بالشكر لأعضاء لجنة المناقشة الذين سيشرفون على مناقشة هذا البحث والجهود التي يبذلونها في تصويبه

كـــما نـــتقدم بالشكر إلى كافة الأسرة الجامعية

قائمة أهم المختصرات:

أولا: باللغة العربية

- ق: قانون.
- ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- م: المادة.
- ص: الصفحة.
- ص. ص: من الصفحة إلى الصفحة.
- ج.ر: الجريدة الرسمية .
- ف: الفقرة.
- ط: الطبعة.
- د.س.ن: دون سنة النشر.
- د.ب.ن: دون بلد النشر.

ثانيًا: باللغة الفرنسية

P : Page.

Ed : Edition.

مقدمة

يشغل التحكيم مكانا بارزًا على الصعيدين الوطني والدولي بإعتباره أحد أهم الوسائل البديلة لفض المنازعات، ولقد إزدادت أهميته في الآونة الأخيرة نظرًا لتطور العلاقات الإقتصادية على المستوى الوطني والدولي، فإن كانت القاعدة العامة تعطي لمحاكم الدولة صلاحية تولي الوظيفة القضائية المتمثلة في الفصل في المنازعات التي تفرض على محاكم الدول، فإن التحكيم يأتي كوسيلة إختيارية يلجأ إليها أطراف النزاع لفصل ما ينشأ بينهم من منازعات دون اللجوء إلى القضاء نظرًا لما يوفره لهم من مزايا عديدة من حيث السرية والسرعة ومرونة الإجراءات.

يتصف التحكيم بأنه أسلوب فريد في تسوية المنازعات حيث يلجأ إليه أطراف النزاع ويمكن لهم أن يتفقوا على إجراءات التقاضي المناسبة ومدتها، حيث جاء إتفاق التحكيم كوسيلة ناجحة لحل ما يحدث بين أطراف النزاع من مشاكل في علاقاتهم التجارية والمدنية، ويأتي إتفاق التحكيم كأحد أهم العناصر اللازمة في هذا النظام حيث إنه وبمجرد إنعقاده يصبح ملزما، فإذا إلتجأ أحد أطراف هذا الإتفاق للقضاء بالمخالفة لإتفاق التحكيم. فقد أجاز القانون للطرف الأخر الدفع بوجود إتفاق التحكيم.

يثير إتفاق التحكيم العديد من الدفوع التي يتعلق بعضها بوجود إتفاق التحكيم أو عدم وجوده ويتعلق بعضها الأخر بعدم إختصاص هيئة التحكيم بنظر موضوع النزاع المتعلق بالإتفاق وقد يكون هذا الإختصاص مبنيا على سقوط إتفاق التحكيم أو ببطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع وهذه الدفوع على الرغم من إختلاف مراميها، إلا أن المشرّع في أغلب التشريعات في العالم قد أعطاها تكييفا قانونيا متقاربا مع الإحتفاظ بالطابع الخاص لكل منها.

يقصد بوسائل الدفاع كل السبل الشكلية والموضوعية التي يمكن أن يثيرها أطراف الخصومة دفاعًا عن حقوقهم، وتتعدد أنواع الدفوع بحسب الهدف الذي تسعى إليه فقد نهدف إلى منع المحكمة من القضاء للخصم بكل أو بعض طلباته حين تتصل بموضوع الدعوى وتكون عندئذ من الدفوع الموضوعية والتي عرّفها المشرّع الجزائري على أنها وسيلة تهدف إلى فحص إدعاءات

الخصم ويمكن تقديمها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى[1]، وقد تكون مجرد وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو إنقضائها أو وقفها دون التعرّض للموضوع فتكون دفوعًا شكلية، وقد تنكر من جهة أخرى على الخصم في حقه في طلب حماية القضاء دون التعرض لموضوع الخصومة وإجراءاتها فتكون دفوعا بعدم القبول، ويجوز إبداء الدفوع الموضوعية ليس دفعة واحدة ويمكن إبداؤها تباعًا ولا يؤدي بأخيرها إلى سقوط الحق في التمسك بها وهذا خلافا للدفوع الشكلية التي يجب إبداؤها دفعة واحدة وإلا سقط الحق في ذلك.

يعتبر حق الدفاع أحد أهم المبادئ التي يكفلها أي نظام للتقاضي، فهو حق مقدس وضمانة أساسية للعدالة، وهو يرتبط بفكرة العدل ذاتها، فلا عدل بغير توافر حق الدفاع، وعليه فإن الدفع بإتفاق التحكيم في الدعوى ما هو إلا نتيجة للأثر السلبي المترتب على إتفاق التحكيم نفسه، فإن عدم وجود هذا الدفع وإتاحة التمسك به للخصم وإلزام المحكمة بالأخذ به عند توافر شروطه وأحكامه القانونية يؤدي إلى أن يصبح نظام التحكيم، نظاما باليا لا أهمية له، ويفقد أهم عناصره بإعتباره ليس نظاما قانونيا ملزم على الخصوم.

يرتكز موضوع دراستنا على تناول مختلف الجوانب القانونية الخاصة بالدفع بإتفاق التحكيم أمام القضاء، من ناحية مفهوم هذا الدفع وطبيعته القانونية وشروطه وكيفية التمسك به والأثار المترتبة عليه هذا بالإضافة إلى الجوانب القانونية المتعلقة بالطعن في هذا الحكم.

هذا ما سنحاول عرضه من خلال هذا البحث وذلك بالإجابة على الإشكالية الآتية: **فيما تتمثل طبيعة وأحكام الدفع بوجود إتفاق التحكيم ؟**

للإجابة على هذه الإشكالية إتبعنا منهجية علمية معتمدين في ذلك على المنهج الوصفي والمقارن لموضوع البحث حيث قسّمنا موضوعنا إلى فصلين حيث سندرس ماهية الدفع بوجود إتفاق التحكيم وطبيعته القانونية في **(الفصل الأول)**، وكذا التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم وأثاره القانونية في **(الفصل الثاني)**.

[1]- راجع المادة 48 من قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، **المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، ج.ر.ج.ج، عدد 21، لسنة 2008.

الفصل الأول

ماهية الدفع بوجود إتفاق التحكيم

الدفع بوجود إتفاق التحكيم هو حق مقدس للخصوم، وأنه يشترط لقبوله ما يشترط لقبول أي دفع من توافر لشرط المصلحة والصفة، وأن الدفوع بأوسع معانيها هي الوسائل التي يلجأ إليها الخصم للرد على مزاعم خصمه، سواء أكانت هذه الوسائل موجهة لموضوع الحق المطالب به أم متعلقة بعيب في شكل الطلب، أم موجهة إلى سلطة الخصم في إستعمال دعواه، أي حقه في رفع الدعوى ومباشرة إجراءاتها منكرًا هذه السلطة، وبموجب أن الدفع بالتحكيم من الدفوع التي يلجأ إليه الخصم للرد على خصمه باعتباره حقًا له ولا يمكن المساس به، فإن هذا يدفعنا إلى بيان مفهوم الدفع بوجود إتفاق التحكيم وما هي شروط صحة التمسك به وكذا تحديد الطبيعة القانونية لهذا الدفع.

للإجابة على هذه التساؤلات قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين حيث يتم دراسة مفهوم الدفع بوجود إتفاق التحكيم في **(المبحث الأول)**، ثم سنتعرض لتحديد الطبيعة القانونية للدفع بوجود إتفاق التحكيم في **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

مفهوم الدفع بوجود إتفاق التحكيم

إذا ما اتفق الأطراف على التحكيم تعين على كل منهما البدء في إجراءات التحكيم أو الإستمرار فيه دون قضاء إذا كان هناك نزاع، وذلك استنادا للقوة الملزمة لإتفاق التحكيم غير أن ذلك لا يمنع هؤلاء الأطراف من الإلتجاء للقضاء باعتباره صاحب الولاية العامة، ما لم يتمسك الطرف الآخر بوجود إتفاق التحكيم في الجلسة الأولى أو قبل الكلام في الموضوع[1]، لذا أوجبت بعض القوانين والتشريعات إجراء وسيلة للمدعي عليه في تأكيد واقعة معينة والتمسك بأثرها القانوني، وهو الدفع بوجود إتفاق التحكيم، حيث سنتناول تعريف الدفع بوجود إتفاق التحكيم في **(المطلب الأول) وبعدها** نبين شروط الدفع بوجود إتفاق التحكيم **في (المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

تعريف الدفع بوجود إتفاق التحكيم

إتفاق التحكيم يقوم على أركان ثلاثة هي: الرضا والمحل والسبب، فإذا توافرت الأركان الثلاث السابقة كان إتفاق التحكيم موجودا وكان هو شريعة المتعاقدين في الإلتجاء للتحكيم أو الإستمرار فيه دون قضاء الدولة بشأن ما يتعلق به من منازعات، الأمر الذي مقتضاه إتفاق الأطراف على إختصاص هيئة التحكيم استثناءًا بنظر النزاع، فإذا التجأ أحد أطراف هذا الإتفاق للقضاء بالمخالفة لإتفاق التحكيم فقد أجاز القانون للطرف الآخر الدفع بوجود إتفاق التحكيم والدفع بوجود إتفاق التحكيم هو دفع إجرائي يترتب على مخالفة أحد الأطراف للأثر السلبي لإتفاق التحكيم والمتمثل في الإلتزام بعدم الإلتجاء للقضاء.

والدفع ما هو إلا وسيلة الدفاع الجائز للمدعى عليه الإستعانة بها للإجابة على إدعاء المدعي ليتفادى إلزامه بما يدعيه خصمه، وحق الدفاع أحد أهم المبادئ التي يكملها نظام التقاضي

[1]- عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي الداخلي، في المواد المدنية والتجارية والإدارية، المكتب العربي الحديث، القاهرة 2003، ص. 40.

ولا يحيد عنها، ينشأ الحق في إبداء الدفع بوجود إتفاق التحكيم من لحظة توافر المصلحة الحالة من استعمال الحق[1]، تنصب هذه الدراسة في هذا المطلب على التعريف الفقهي للدفع بوجود إتفاق التحكيم في **(الفرع الأول)** وبعدها سننتقل إلى التعريف التشريعي في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

التعريف الفقهي

إن الإلتجاء إلى التحكيم مبني أساسا على إرادة الطرفين، وعليه فبمجرد قيام أحدهما برفع الدعوى إلى القضاء، فإنه يعتبر عن تنازله فقط، ولا يعتبر عن تنازل الطرف الآخر، وبالتالي على هذا الأخير أن يتمسك بإتفاق التحكيم في صورة أو على شكل دفع بيديه أمام المحكمة[2].

إن الدفع بإتفاق التحكيم هو أداة التمسك بالجانب السلبي للحق في التحكيم، فهو الوسيلة القانونية الوضعية التي تخوّلها للمدعى عليه أمام القضاء، للتمسك بوجود الإتفاق على التحكيم بغرض منع القضاء في الدولة من السير في إجراءات الفصل فيه.

فبإتفاق أطراف الإتفاق على التحكيم على الإلتجاء إلى نظام التحكيم، للفصل في منازعاتهم القائمة، أو المحتملة يمتنع عليهم الإلتجاء إلى القضاء، للفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم.

كما أنهم وباتفاقهم على التحكيم، يمنعون القضاء من نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم، إذا رفعت إليه من قبل أحد الأطراف المحتكمين. إذ أنه يكون للطرف المحتكم الآخر في الدعوى القضائية أن يدفعها بوجود الإتفاق على التحكيم.

---

[1] - CHRISTAN Gavalda, Claude Lucas, connaissance du Droit, DALLOZ, Paris, 1993 P. 18.

[2] - إبراهيم جوهر إبراهيم، الدفع بإتفاق التحكيم في الدعوى المدنية" دراسة مقارنة في الأثر السلبي المترتب على إتفاق التحكيم في التشريعات العربية والأجنبية"، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009. ص. 127.

وإذا كان الإتفاق على التحكيم، يؤدي إلى منع القضاء من نظر النزاع موضوعه، ويعطي المدعي عليه الحق في منع هذا القضاء من نظره، إن رفع إليه من خصمه، عن طريق إبداء دفعها بوجود الإتفاق على التحكيم، فإن القضاء متى تبيّن له جدية الدفع، وإبتنائه على صحيح القانون أن يمتنع عن نظره[1].

الفرع الثاني

التعريف التشريعي

بعدما تناولنا التعريف الفقهي للدفع بوجود إتفاق التحكيم، نقوم في هذا الفرع بتعريف الدفع بوجود إتفاق التحكيم من الناحية التشريعية، فكثيرًا من التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية اهتمت بهذا الجانب.

أولا_التشريع الإتفاقي:

– بروتوكول جنيف لسنة 1923 حيث نصت المادة الرابعة، الفقرة الأولى على ما يلي: " على محاكم الدولة المتعاقدة المطروح عليها نزاع متعلق بعقد مبرم بين الأشخاص المشار إليهم في المادة الأولى ومتضمن شرط تحكيم أو إتفاق تحكيم مستقل وقابل للتطبيق، أن تحيل الأطراف المعنية بناء على طلب أحدهم على قضاء المحكمين ".

كما جاءت إتفاقية نيويورك 1958 بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وعليه فقد نصت م 2 فقرة 3 على أنه: " على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول محل إتفاق من الأطراف، أن تحيل الخصوم بناءًا على طلب أحدهم إلى التحكيم ".

[1]-محمود السيد عمر التحيوي، مفهوم الأثر السلبي لإتفاق على التحكيم << شرطا كان أم مشارطة، الوسيلة الفنية لأحكامه ونطاقه >>، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية، 2003، ص. 138.

ثانيا_ التشريعات الوطنية:

لقد حرصت العديد من التشريعات على تناول هذا الدفع من خلال قوانينها المتعلقة بالتحكيم ونذكرها كما يلي:

نجد المشرع الأردني من خلال قانون التحكيم رقم 31 سنة 2001 حيث نصت م 12 على أنه: " على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأن اتفاق تحكيم، أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى "[1].

ونجد قانون التحكيم المصري رقم 27 سنة 1994 في م 13 على أنه: " يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى "[2].

ومن التشريعات الأجنبية نجد قانون الإجراءات المدنية الهولندي لسنة 1986 نص في م 1023: " على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها إتفاق التحكيم أن تعلن عدم إختصاصها إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين قبل تقديم دفاعه... "

وقبل أن ننتهي من هذا الموضوع تجدر الإشارة إلى أن بعض التشريعات قد أشارت صراحة إلى إحترام وضمان حق الدفاع، وما نلاحظه أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على الدفع بوجود اتفاق التحكيم ولم يعطي أهمية بالغة لذلك نظرًا لعدم وجود نص قانوني ينظم ذلك.

---

[1] -أنظر **المادة 12** من قانون التحكيم الأردني، المتاح على الموقع:
http://www.aiadr.com/aiadr/subcat.asp?ID=178&Link=95

[2] -أنظر **المادة 13** من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994،المنشور في الموقع
http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=205180

المطلب الثاني

شروط الدفع بوجود اتفاق التحكيم

قبل إثارة الدفع بوجود اتفاق التحكيم من طرف المدعى عليه يجب أن يكون هذا الدفع يحتوي على مجموعة من الشروط والتي تتمثل لا يكون الدفع قد سقط حق التمسك به والذي ندرسه في **(الفرع الأول)** وكذا شرط الصفة والمصلحة في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

أن لا يكون الدفع قد سقط حق التمسك به

يجب على المدعي عليه أن يتمسك به، أي حقه في الدفع، قبل الدخول في أساس الدعوى ويعتبر سكوت المدعي عليه عن إثارة الدفع وتقديم دفاعه الموضوعي تنازلا منه عن حقه في عدم الإلتجاء إلى القضاء، ويعبّر عن إرادة ضمنية في قبول إحالة هذا الإلتزام[1].

وقررت المحكمة الأردنية أنه " إذا أجب المدعي عليه على أساس الدعوى في مذكرته الجوابية قبل أن يطلب من المحكمة إصدار أمر بتوقيف الإجراءات لوجود اتفاق على إحالة النزاع إلى التحكيم فلا يقبل منه طلب توقيف الإجراءات المقدم بعد ذلك ".

نلاحظ أن المحكمةالأردنية، اعتبرت تقديم المدّعي عليه لائحة الجوابية بمثابة التنازل عن حقه وبالتالي لا تقبل منه التمسك بالدّفع بوجود اتفاق التحكيم إلاّ إذا قام بتقديم دفاعه والمتمثل في الدفع بوجود اتفاق التحكيم سابقا[2].

وهكذا كان موقف المشرع الأردني في م 12 من قانون التحكيم الأردني عندما نص " على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق التحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبول الدخول في أساس الدعوى ".

---

[1]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1991، ص. 510.

[2]- عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، منشورات نوفل، بيروت، 1990، ص. 141.

ويتضح مما سبق أنه يجب على المدّعي عليه التمسك بحقه في الدفع باتفاق التحكيم يكون قبل الدخول في موضوع الدعوى وفي حالة عدم تقديمه قبل الدخول في موضوع الدعوى فسوف يسقط حقه في ذلك.

الفرع الثاني

الصفة والمصلحة

فالصفة هي وصف لشرط المصلحة، أي يكون مقدم الدفع هو صاحب الحق في إبدائه وإلا فلا مصلحة متوافرة، مثلا في الدفوع الموضوعية يتوافر شرط الصفة لمن يكون طرفا في الحق المدعى به، أو لمن يخوله القانون صفة التمسك بحقوق غيره، وفي الدفوع الشكلية تكون الصفة فيها لصاحب الحق الإجرائي فلا يجوز أن يتم الدفع ببطلان ورقة التبليغ إلا من الخصم الذي كان تبليغه معيبا[1].

فنجد في القانون الجزائري 09/08 م 13 حيث تنص: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون ".

فالصفة هي التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها، أما فيها يخص المصلحة فإنها تعتبر كشرط لقبول الدفع، إظافة إلى الصفة فلا يمكن قبول الدعوى من قبل شخص لا مصلحة له في ذلك[2].

يجب أن تكون شروط قبول الدعوى أن تستند إلى حق مستحق الأداء وأن ترفع من ذي صفة على صفة، ولا يكون قد سبق صدور الحكم في موضوعها، كما أن المصلحة تتخذ أوصافا يجب مراعاتها كالآتي:

[1]- محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 1999، ص. 78.

[2]–عبدالحكيم فودة، الدفع بانتفاء الصفة والمصلحة في المنازعات المدنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998. ص. 99.

أولا_ أن يكون الدفع قانونيا:

ويقصد بذلك التمسك بحق أو مركز قانوني موضوعي يقره القانون، فلا يمكن للمصلحة أن تخالف النظام والآداب العامة. نفهم من هذا أنه لا يمكن لصاحب الدفع أن يتمسك بمصلحة مخالفة للقانون أو لا تجدي نفعا[1].

ثانيا_ أن تكون المصلحة من الدفع قائمة وحالة:

أي يجب أن تكون المصلحة موجودة وقت تقديم الدفع، وإذا كانت غير ذلك أو زالت، فإن الدفع غير مقبول.

فالمصلحة شرط مستمر يجب أن تكون موجودة وقائمة وقت تقديم الدفع[2].

ثالثا_ أن يكون الدفع جوهريا:

المقصود من ذلك أن يكون الدفع مؤثرا في الدعوى يترتب عليه مصلحة لمقدمه، وأن يكون له علاقة بموضوع الدعوى، فإذا كان الدفع سطحيا فإن المحكمة ليست مجبرة بالحكم فيه[3].

[1]- إبراهيم جوهر إبراهيم، المرجع السابق، ص. 34.

[2]- المرجع نفسه، ص، 35.

[3] - عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص. 101.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للدفع بوجود اتفاق التحكيم

القاعدة أن لكل من طرفي التحكيم إبداء دفوعه بما يكفل له تحقيق مصلحته، ولا يجوز لهيئة التحكيم أن تمنع أي من الطرفين من استعمال حقه في إبداء أي دفع من دفوعه أو أن تفعل ما من شأنه الإخلال بهذا الحق، ذلك أن حق إبداء الدفوع هو حق متفرع، من الحق في الدفاع الذي يجب دائما صيانته واحترامه.

والدفوع التي يمكن تقديمها في خصومة التحكيم هي نفس الدفوع التي يجوز تقديمها في الخصومة القضائية، أمام المحاكم فقد تكون دفوعًا إجرائية أو دفوعا بعدم القبول أو دفوعا موضوعية[1].

ونود أن ننتقل إلى محور هام أثير فيه جدل فقهي، نرى من الواجب علينا التعرض له في هذا المقام، ألا وهو طبيعة الدفع بالتحكيم في حالة عرض النزاع الذي حرر بشأنه اتفاق على التحكيم ثم رفع الأمر إلى محاكم قضاء الدولة.

فهل يا ترى ستكون الطبيعة القانونية لهذا الدفع يرجع أصلها القانوني إلى أنه دفع بعدم الإختصاص أم أنه دفع بعدم القبول أو غير ذلك ؟ وما هي وجهة نظر الفقه واجتهادات القضاء والقانون الجزائري ؟

وللإجابة على هذا التساؤل سوف ندرس أنواع الدفوع التي قيلت حول طبيعة الدفع بوجود إتفاق التحكيم في **(المطلب الأول)** ثم سنتعرض للخلاف الفقهي والقضاء المقارن وموقف المشرع الجزائري من طبيعة الدفع بوجود إتفاق التحكيم في **(المطلب الثاني)**.

[1] محمد علي عويضة، حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008 ص. 270.

المطلب الأول

أنواع الدفوع التي قيلت حول طبيعة الدفع بوجود إتفاق التحكيم

يمكن للمحتكمين التمسك بكافة أنواع الدفوع في خصومة التحكيم سواء الدفوع الموضوعية التي توجه للحق في موضوع الدعوى، أو الدفوع الشكلية التي توجه إلى إجراءات الخصومة أو بعدم القبول التي توجه إلى وسيلة الدعوى، على أنه يجب احترام القواعد التي تنظم كل نوع من الدفوع ويختار أطراف الدعوى التحكيمية النظام الإجرائي التي تسير عليه الدعوى التحكيمية[1]، ولهم الإتفاق على طريقة تقديم الدفوع والمذكرات، وفي حالة عدم الإتفاق يجوز لهيئة التحكيم تطبيق القواعد الموضوعية على موضوع النزاع.

يقصد بوسائل الدفاع كل السبل الشكلية والموضوعية التي يمكن أن يثيرها أطراف الخصومة دفاعا عن حقوقهم للحكم لصالحهم، ووسائل الدفاع إما أن يوجهه إلى ذات الخصومة أو بعض إجراءاتها أو إلى أصل الحق محل الدعوى وعليه نتناول الدفع بإتفاق التحكيم على أنه دفع بعد الإختصاص في **(الفرع الأول)** ودفع بعدم القبول في **(الفرع الثاني)**، وندرس الدفع ببطلان المطالبة القضائية في **(الفرع الثالث)** وبعدها ننتقل إلى الدفوع الموضوعية في **(الفرع الرابع)** ثم نقوم بتكييف المختار للدفع بوجود إتفاق التحكيم في **(الفرع الخامس)**.

الفرع الأول

الدفع بإتفاق التحكيم دفع بعدم الإختصاص

سوف نتطرق إلى تعريف الدفع بعدم الإختصاص والأحكام الخاصة به:

أولا_ تعريف الدفع بعدم الإختصاص:

الدفع بعدم الإختصاص يعتبر من الدفوع الإجرائية، بحيث يطلب به الخصم من المحكمة أن تمتنع عن الفصل في الدعوى المرفوعة أمامها لكونها غير مختصة بنظرها طبقا لقواعد الإختصاص التي حددها القانون[2].

[1] - عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق، ص. 67.

[2] - أحمد السيد صاوي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية،القاهرة، 2011، ص. 352.

والدفع بعدم الإختصاص هو الدفع الذي ينكر به الخصم على المحكمة سلطة نظر الدعوى لخروجها على حدود الإختصاص الذي قرره القانون لها، وعندما تقرر المحكمة أنها غير مختصة فإنها تصدر حكما بعدم الإختصاص وبالتالي تنتهي الخصومة أمامها[1].

كما تنص م 1045 من ق.إ.م.إ على أنه: " 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 ".

نفهم من هذه المادة أنه لا يمكن للقاضي الوطني الذي يعرض عليه النزاع، تبين له وجود إتفاق بشأنه عن طريق التحكيم أن ينظر فيه وكذلك عدم إمكانية إثارة عدم الإختصاص من تلقاء نفسه. كما أن باعتبار اتفاق التحكيم مفاده إقصاء القضاء بالنظر في الدعوى الناشئة عن هذا الإتفاق، بحيث ينشئ لهذا الأخير لكل طرف الحق في الدفع بالتحكيم إذا حاول الطرف الآخر اللّجوء إلى القضاء، وعلى المحكمة التي ترفع إليها الدعوى أن تحكم بعدم اختصاصها عند إثارة الدفع بالتحكيم[2].

ثانيا_ الأحكام الخاصة بالدفع بعدم الإختصاص:

يمكننا التحدث هنا عن رد الدعوى لعدم الإختصاص، ويقصد من ذلك امتناع القاضي من التدخل في شؤون التحكيم، ويعتبر هذا الإلتزام السلبي، كمساعدة يقدمها القاضي الوطني للتحكيم لحسن سير إجراءاته، ومن المتفق في معظم قوانين التحكيم والإتفاقيات الخاصة بالتحكيم، أنه إذا كان هناك اتفاق تحكيم بشأن نزاع معين، فيجب على المحكمة رد الدعوى لأن وجود اتفاق تحكيم

[1]-علي أبو عطية هيكل،الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007 ص.148.

[2]- تعويلت كريم، << دور القاضي الوطني في تحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي >>، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة، عدد1، بجاية، 2010، ص. 143.

يفيد من حيث المبدأ، نزع الإختصاص بشأن النزاع موضوع الإتفاق من القضاء العادي وإحالته إلى الجهة التحكيم والتي تعتبر بطبيعة الحال المختصة[1].

أما فيما يخص استقراء **م 1045** من ق.إ.م.إ ، فإننا نفهم أن عدم إمكانية إثارة القاضي الوطني لمبدأ عدم الإختصاص من تلقاء نفسه، إذ ورد في النص " على أن تثار من أحد الأطراف ".

يقوم التحكيم على مبدأ سلطان الإرادة وعليه فإنه يمكن الرجوع عن التحكيم وذلك بإتفاق الطرفين والعودة إلى القضاء، فليس للقاضي الذي يعرض أمامه نزاع ويلاحظ شموله بعقد تحكيم أن يثير عفوا عدم اختصاصه، كما أن عدم الإختصاص لا يمكن أن يثار إلاّ من طرف من بهمه التعجيل[2].

فإذا كان تمسك الأطراف باتفاق التحيكم شرط منطقي وضروري حتى يحكم القاضي بعدم إختصاصه، فهل يمكن إثارته في أي وقت من مراحل الدعوى ؟ أم يمكن إثارته حتى قبل بدء إجراءات التحكيمية ؟[3]

فهنا يمكننا التحدث عن الوقت الذي يتعين فيه إثارة الدفع بعدم الإختصاص.

في القانون الجزائري فإنه تنص م 1/1044 من ق.إ.م.إ على أنه: " تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الإختصاص قبل أي دفاع في الموضوع ".

ويعني هذا، أن إثارة الدفع بعدم الإختصاص بعد تقديم الدفاع المتعلق بالموضوع لا يمكن الإستجابة له ولا حتى النظر فيه نظرًا لسقوط الحق في التمسك بذلك.

---

[1]- حددان طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص. 12.

[2]- حددان طاهر، المرجع السابق، ص. 16.

[3]- تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم09/93 والقانون المقارن، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص. 45.

والجدير بالذكر أن الدفع بوجود إتفاق التحكيم أثارت خلافا بين الفقهاء، فذهب البعض بالقول بأن الدفع بعدم الإختصاص غير متعلق بالنظام العام يتعين أن يبدي قبل التكلم في الموضوع، وقال البعض الآخر أنه يتعين أن يبدي قبل أي دفع شكلي، ولا يجوز للمحكمة أن تبديه من تلقاء نفسها، وأن الدفع بعدم الإختصاص أمر بالغ الصعوبة، لأن إتفاق التحكيم لا ينزع اختصاص المحكمة، وإنما يمنعها فقط من سماع الدعوى طالما الإتفاق قائما، كما أنه من المستحيل تحديد نوع عدم الإختصاص، هل هو إختصاص نوعي أو إختصاص مكاني ؟[1]

وقد تناول المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مسألة الإختصاص في الباب الثاني منه، إذ تطرق في الفصل الأول إلى الإختصاص النوعي للمحاكم وفي الفصل الثاني إلى الإختصاص النوعي للمجالس وفي الفصل الثالث إلى طبيعة الإختصاص النوعي، ليتناول الإختصاص الإقليمي في الفصل الرابع، وترك مسألة الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي ليتناولها في الباب الثالث تحت عنوان وسائل الدفاع في م 51 و 52[2].

يتضح لنا بأن المشرع قد اعتبر الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي من وسائل الدفاع خلافا للدفع بعدم الإختصاص النوعي، والذي وإن كان من وسائل الدفاع إلا أن المشرع ولتعلقه بالنظام العام لم يدرجه تحت عنوان وسائل الدفاع.

الفرع الثاني

الدفع باتفاق التحكيم دفع بعدم القبول

سنتناول في هذا الفصل الدفع بعدم القبول وذلك بتعريفه وبعدها نبين الأحكام الخاصة به:

---

[1]- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص. 41.

[2]- أنظر **المادة 51** ق.إ.م.إ، التي تنص على ما يلي << يجب على الخصم الذي يدفع بعدم الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية، أن يسبب طلبه، التي يستوجب رفع الدعوى أمامها.

لا يجوز للمدعي إثارة هذا الدفع >>.

وتنص **المادة 52** على ما يلي: << يفصل القاضي بحكم بعدم الإختصاص الإقليمي، ويمكنه، عند الإقتضاء، أن يفصل فيها بنفس الحكم مع موضوع النزاع بعد إعذار الخصوم مسبقا شفاهة، لتقديم طلباتهم في الموضوع >>.

أولا_ تعريف الدفع بعدم القبول:

الدفع بعدم القبول وسيلة ينكر بها الخصم حق خصمه في رفع الدعوى، فهو لا يتعرض بها للحق المدعى عليه، ولا يطعن في صحة الخصومة وإجراءاتها، وإنما ينازع في قبول الدعوى، وهو الدفع الذي يرمي إلى عدم توفر الشروط اللازمة لقيام الدعوى كإنعدام الصفة والمصلحة أو لانقضاء المدة المحددة في القانون وحجية الشيء المقضي فيه، والدفع بعدم القبول يهدف إلى منع المحكمة من مناقشة موضوع القضية والحكم برفض الدعوى دون البحث في العناصر المشكلة لأصل النزاع[1].

باختصار، فالدفع بعدم القبول هو الوسيلة القانونية التي يتمسك بواسطتها خصم بوجوب الحكم بعدم قبول النظر في إعلان التقاضي المقدم من خصمه إلى المحكمة[2].

ولقد عرّف المشرع الجزائري الدّفع بعدم القبول في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع "[3].

وعليه فيتعين على المحكمة التي يرفع أمامها نزاع بشأنه اتفاق تحكيم أن تقضي بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى[4].

كما أن الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود إتفاق تحكيمي دفع من نوع خاص، فاللجوء إلى القضاء الرسمي ومناقشة الموضوع أمام القضاء يعد تنازلا ضمنيا عن اللجوء إلى التحكيم.

---

[1]- فريحة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2013، ص، 53.

[2] -عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص. 75.

[3]- أنظر **المادة 67**، ق.إ.م.إ، المرجع السابق.

[4]- عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق، ص.41.

ثانيا_ الأحكام الخاصة بالدفع بعدم القبول:

يثير تقديم الدفع بعدم القبول مسألة الوقت الذي يتعين إبدائه بعدم القبول، حيث أن قانون المرافعات المصري تنص في فقرتها الأولى م 110 على أن الدفع بعدم القبول الدعوى يجوز إبداءه في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لم يتعلق الدفع بالنظام العام، فإذا ما كان الدفع متعلقا بالنظام العام فإن صاحب مصلحة يجوز له التمسك به ويستطيع القاضي إثارته من تلقاء نفسه كما لا يجوز التنازل عن التمسك به[1].

حيث أن فكرة عدم القبول ترمي إلى تحويل القاضي عدم مناقشة موضوع القضية، ولهذا كان من الأحسن أن يبدي الدفع بعدم القبول قبل الكلام في الموضوع حتى يحقق هدفه، ولكن المشرع المصري ذهب إلى القول وتمكين الخصم من إثارة كل ما يتعلق بوجود الحق في الدعوى في أية حالة كانت عليها الخصومة ولقد نص في م 110 من قانون المرافعات المصرية على أن " الدفع بعدم القبول يجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو في الإستئناف، فإن الدفع بعدم القبول لا يستفظ بالكلام في الموضوع "[2].

إعتبر المشرع الجزائري الدفع بعدم القبول من النظام العام يمكن التمسك به من طرف الخصوم في أية مرحلة كانت عليها الدعوى.

تنص م 67 من ق.إ.م.إ على أن " الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدم الحق في التقاضي كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه دون النظر في موضوع النزاع ".

[1]- نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني في قانون المرافعات المدنية والتجارية" دراسة تحليلية للفقه والقضاء المصري والفرنسي"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص.283.

[2] -عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص. 86.

ويهدف الدفع بعدم القبول إلى المنازعة في الحق في التقاضي أو انعدام المصلحة في رفع الدعوى والمطالبة القضائية، كما يمكن إثارة الدفع في حالة التقادم المحددة قانونا أو انقضاء الأجل بسقوط الخصومة كما هو الحال بالنسبة لعدم تنفيذ الحكم القاضي بالخبرة.

إن الدفع بعد القبول يجوز إبداؤه في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، ولو بعد تقديم الدفوع في الموضوع (م 68، ق.إ.م.إ) [1]. وأوجب القانون القاضي بإثارة الدفع بعدم القبول تلقائيا في حالة تعلقه بالنظام العام، كما هو الحال بالنسبة لانعدام الصفة، حيث تنص م 69 من ق.إ.م على أنه: " يجب على القاضي أن يثير تلقائيا الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام، لاسيما عند عدم احترام آجال طرق الطعن أو عند غياب طرق الطعن "[2].

إن الدفع بعدم القبول من الدفوع المتعلقة بالنظام العام، إذا كان سببه يتعلق بالمصلحة العامة، فإن للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم القبول، مثل عدم قبول الدعوى لعدم توجه الخصومة، أما إذا كان سبب الدفع بعدم القبول يتعلق بالمصلحة الخاصة، مثل عدم قبول دعوى الدّائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين، كان الدفع متعلق بالمصلحة الخاصة[3].

الفرع الثالث

الدفع بإتفاق التحكيم دفع ببطلان المطالبة القضائية

إن الدفع بوجود التحكيم يعد دفعا إجرائيا بحتا ببطلان المطالبة القضائية، بسبب عيب موضوعي ويؤكد أن هذا الدفع لا صلة له بموضوع الدعوى، ولكنه دفع موجه إلى إجراءات الخصومة القضائية، إعتبارًا بأن اتفاق التحكيم يرتب التزاما على الطرفين وذلك بعدم اللّجوء إلى القضاء العادي، وعليه فإن الدفع بالتحكيم يعد دفعا ببطلان المطالبة القضائية بسبب عيب

---

[1] -فريحه حسين، المرجع السابق، ص، 53.

[2] -فارس علي عمر الجرجري، << الدفع بعدم قبول الدعوى >>، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق جامعة الموصل عدد 37، بغداد، 2008، ص. 17، منشور في الموقع:

http://www.iasj.net/iasj?func=issues&jId=83&uiLanguage=ar-

[3] -علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص.150.

موضوعي[1]، تأسيسا على عدم قابلية الطلبات التي تتضمنها صحيفة الدعوى لأن تكون محلا لهذه المطالبة القضائية بسبب الإتفاق على التحكيم فيها، هذا ما يؤدي إلى بطلان المطالبة القضائية[2].

ويترتب على وجود إتفاق التحكيم صحيحا بطلان المطالبة القضائية، وأن الحكم في الدفع قد يترتب عليه بطلان المطالبة أو صحتها، وأن هذا البطلان يتعلق بالصالح الخاص للخصوم ويترتب على الحكم ببطلان المطالبة بخلاف جميع الإجراءات اللاحقة على المطالبة القضائية[3]. لقد اعتبر المشرع الجزائري في القانون 08/09 الدفع بالبطلان بصفة عامة سواءًا البطلان لعيب في الشكل أو لبطلان في الموضوع من الدفوع الشكلية يخضع للقواعد العامة التي تحكم مختلف الدفوع الشكلية، فيما يخص وقت التمسك بالدفع بالبطلان فبنص الم 61 من ق.إ.م.إ فإنه " يمكن إثارة الدفع ببطلان الأعمال الإجرائية شكلا خلال القيام بها، ولا يعتد بهذا الدّفع إذا قدم من تمسك به دفاعا في الموضوع لاحقا للعمل الإجرائي المشوب بالبطلان دون إثارته ".

ومن هذه المادة يمكن استخلاص أن الدفع بالبطلان باعتباره دفعا شكليا، لذلك تطبق عليه القواعد المتعلقة بالدفوع الشكلية، وعليه يجب إبداءه قبل أي دفاع في الموضوع، أي قبل الكلام في الموضوع.

إن الدفع ببطلان إجراء من الإجراءات لا يمكن قبوله إلا إذا نص القانون صراحة على أن تخلف ذلك الإجراء يؤدي إلى البطلان في (م 60 ق.إ.م.إ). يجب تقديم الدفع بالبطلان قبل أي دفاع في الموضوع وذلك تحت طائلة رفضه، فمثلا اشتراط إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية، ففي حالة تخلف إجراء من إجراءات الشهر يسمح ذلك بالدفع ببطلان إجراءات رفع الدعوى[4].

[1] -محمد علي عويضة، المرجع السابق، ص. ص 272 – 273.

[2] -مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 522.

[3] -فارس علي عمر الجرجري، المرجع السابق، ص. 20.

[4] -حداد حمزة، التحكيم في القوانين العربية، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص. 297.

الفرع الرابع

الدفوع الموضوعية

لقد عرفها المشرع الجزائري في م 48 من ق.إ.م.إ حيث ينص: " بأن الدفوع الموضوعية هي وسيلة تهدف إلى دحض إدعاءات الخصم ويمكن تقديمها في أي مرحلة ".

والدفع الموضوعي هو الذي يوجه إلى ذات الحق موضوع الدعوى بغرض عدم الحكم بالدعوى كليًا أو جزئيا، وهكذا مقدم الدفع ينازع في نشوء الحق كما لو تمسك المدعي عليه بإنكار العقد مصدر الإلتزام المطلوب منه أو نازع في بقائه إلى وقت المطالبة، أو مقداره، أو تمسك بإنقضاء الواقعة للمنشأة للحق المدعى به لسبب من الأسباب التي تنقضي بها الحقوق كانقضاء الدين بالوفاء[1].

ومن خصائص الدفوع الموضوعية أنه يجوز إثارتها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، وما يقدم من هذا النص، أن الدفوع الموضوعية يمكن إثارتها أمام الدرجة الثانية للتقاضي حتى ولو لم تثار أمام الدرجة الأولى، وأنه لا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه، إلا فيما تعلق منها بالنظام العام.

فالقاضي لا يحكم إلا بما طلبه أطراف الخصومة ليس أكثر من ذلك وإلا كان أمام خطأ الحكم بما لم يطلب منه.

كما يجوز إبداء الدفوع الموضوعية ليس دفعة واحدة، ويمكن إبداؤها تباعًا، ولا يؤدي تأخيرها إلى سقوط الحق في التمسك بها، خلافا للدفوع الشكلية التي يجب إبداؤها دفعة واحدة والإ سقط الحق في إبداؤها[2].

---

[1]- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية "قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008" منشورات بغدادي، 2009، ص. ص. 97- 98.

[2]- خالد إبراهيم التلاحمة، الدفع بالتحكيم وأثره على الدعوى القضائية، دار جهينة للنشر والتوزيع ، عمان، 2002 ص. ص. 56-57.

الفرع الخامس

التكيف المختار للدفع بوجود اتفاق التحكيم

بعد استعراض أنواع الدفوع، نقوم بتكيف الدفع بوجود إتفاق التحكيم في هذا الفرع:

أولا: استبعاد تكييف بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم الإختصاص لأن اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف على الإلتجاء للتحكم ودون اللّجوء إلى القضاء، ومن ثم فإن الإتفاق لا ينتزع اختصاص القضاء لصالح هيئة التحكيم، فإذا لجأ أحد الأطراف إلى القضاء وهذا ما يخالف الإتفاق، فإن القانون أعطى الطرف الآخر في الدفع بوجود اتفاق التحكيم، وعلى القضاء بعد التأكد من وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم يحكم بما يراه مناسبا، فإن الإتفاق على التحكيم لا يسلب القضاء من النظر في النزاع باعتبار هيئة التحكيم هي المختصة[1].

ثانيا: وذهبت بعض أحكام النقض في تكيف طبيعة الدفع بإتفاق التحكيم إلى اعتباره دفعا بعدم القبول، وقد جاء في أحد أحكامها بأن المقصود في م 1/100 من قانون المرافعات المصري والتي تنص على أن الدفع بعدم القبول يجوز إبداءه في أية حالة تكون عليها الدعوى وهو الدفع بعدم القبول الموضوعي، فلا ينطبق حكم هذه المادة على الدفع الذي يتخذ اسم عدم القبول لأن العبرة بحقيقة الدفع، وليس بالتسمية التي تطلق عليه[2]، وفي نفس السياق تم استبعاد تكيف الدفوع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم القبول الموضوعي، لأن الدفع بعدم القبول الموضوعي يتعين إبدائه في أية حالة تكون عليها الدعوى والدفع بعدم القبول الشكلي يتعلق بشكل وإجراءات الخصومة القضائية ولا علاقة له باتفاق التحكيم، علاوة على أن الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي ينازع فيه المدعي حقا في رفع الدعوى أو في توافر شروط لقبول الدعوى كما أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم لا يتعلق بحق المدعي في الدعوى وإنما باتفاق الأطراف على التحكيم وعدم اللّجوء إلى

[1] -أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص. 477.

[2] -محمد علي عويضة ، المرجع السابق، ص. 273.

القضاء، وكما أنه لا يتعلق بشروط قبول الدعوى، ومن ثم نرى عدم تعلق الدفع بوجود اتفاق التحكيم بقبول الدعوى[1].

ثالثا: استبعاد تكيف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع ببطلان المطالبة القضائية، لأن البطلان عمل مخالفا لنموذجه القانوني وتكيف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع ببطلان المطالبة القضائية معناه أن اتفاق التحكيم عنصر من عناصر المطالبة القضائية، والواقع أن اتفاق التحكيم لا يعد عنصرا من عناصر المطالبة القضائية حتى يترتب على الإخلال به بطلان المطالبة.

ومن ثم نرى استبعاد تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع ببطلان المطالبة القضائية[2].

وفي تكيفنا للدفع بوجود اتفاق التحكيم لا يمثل انتزاع اختصاصات القضاء بل يبقى مختصا بالنظر في النزاع مع إعطاء الأولوية لهيئة التحكيم، كما يمكن جعل الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع بالتحكيم أو هو دفع بعدم الإختصاص بالنسبة لما يترتب على قبول المحكمة للدفع. فالأصل هو قابلية المنازعات للتحكيم فيما يجوز الصلح فيه، وتمثل إجازة المشرع في هذه الحالة بالإلتجاء للتحكيم توزيع للمنازعات من قبل المشرع بين القضاء وهيئات التحكيم[3].

وكما يمكن إحالة الدعوى بعد الحكم بعدم الإختصاص بعد انتهاء المحكمة في بحثها في الدفع بعدم الإختصاص[4].

---

[1]-أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص. 484.

[2]- المرجع نفسه، ص. 485.

[3] -خالد إبراهيم التلاحمة، المرجع السابق، ص. 59.

[4]- احمدالسيد صاوي، المرجع السابق، ص.353.

المطلب الثاني

موقف الفقه والقضاء

إختلف بعض الفقهاء وأحكام القضاء ونصوص التشريعات حول طبيعةالدفع بإتفاق التحكيم[1] من خلال الوقوف عند فقهاء القانون واجتهادات القضاء المقارن انقسموا إلى وجهات نظر متعددة وهذا ما سوف نراه في **(الفرع الأول)** وكما سوف تعرض موقف الفقه والقضاء الفرنسي في **(الفرع الثاني)**، وموقف المشرع الجزائري من طبيعة الدفع بوجود إتفاق التحكيم في **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

موقف الفقه والقضاء المصري

نبين آراء الفقهاء واجتهادات القضاء المصري من طبيعة الدفع بوجود إتفاق بالتحكيم:

أولا_ موقف الفقه المصري:

انقسم الفقه في تكييف طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم إلى اتجاهات مختلفة فاتجاه يرى أن الدفع بالإعتداد بشرط التحكيم هو دفع بعدم القبول ولا مقر من القول يمكن إبدائه في أية حالة تكون عليها الدعوى، واتجاه آخر اعتبار الدفع بالتحكيم دفعا بانتفاء الولاية المحكمة[2]، من نظر النزاع نظرا لوجود اتفاق التحكيم، فالأفراد باتفاقهم على التحكيم يكونون قد سلبوا ولاية القضاء العام في الدولة بالنظر في النزاع ومن ثم فلا مجال للحديث عن اختصاص نوعي ومحلي[3].

كما ذهب فقه القانون الوضعي المصري إلى اعتبار الدفع بالتحكيم دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية تأسيسا على أن الإتفاق على التحكيم يؤدي إلى نزول أطراف الإتفاق على التحكيم عن

---

[1]-كليبي حسان، دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2013، ص. 28.

[2]- أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية " دراسة فقهية قضائية مقارنة "، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص. 314.

[3]- نجيب أحمد عبد الله الجبلي، التحكيم في القوانين العربية" دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية"، د.ب.ن 2006، ص. 101.

الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة، ومتى نزل الأطراف اتفاق على التحكيم بإرادتهم عن سلطة الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة، تكون الدعوى القضائية قد فقدت شرط من شروط قبولها مما يمتنع على المحكمة قبولها، وعلى ذلك يكون الدفع بالتحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية لأن الخصم ينكر سلطة خصمه في الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة[1].

ثانيا_ موقف القضاء المصري:

وقد اعتبرت أحكام محكمة النقض المصرية على اعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم غير متعلق بالنظام العام، وفي حكمها الصادر في 26 أفريل 1972، حيث قررت أن إتفاق التحكيم وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، لا يتعلق بالنظام العام[2]، ولا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، ويتعين أن يتمسك به المدعي عليه قبل أي طلب في الدعوى، وإلاّ سقط الحق في إبدائه حيث نصت م 1/13 من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 على أنه " يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى "[3]، فقد تبنى المشرع المصري موقف محكمة النقض المصرية باعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفعا بعدم قبول الدعوى، ويتضح من هذا النص أن هذا الدفع غير متعلق بالنظام العام حيث لا تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بل على المدعي عليه أن يطلبه قبل إبداء أي طلب في الدعوى، أمّا إذا كان الدفع من الدفوع المتعلقة بالنظام العام فإنه يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، كما يمكن للخصوم التمسك به في أي مرحلة تكون عليها الدعوى[4].

[1]- محمود السيد عمر التحيوي، مفهوم الأثر السلبي للإتفاق على التحكيم" شرطا كان أم مشارطة – الوسيلة الفنية لأعماله ونطاقه"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص. ص. 177-178.

[2]- أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. ص. 316-317.

[3]- خالد إبراهيم التلاحمة، المرجع السابق، ص. ص.75-76.

[4] - أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 320.

الفرع الثاني

موقف الفقه والقضاء الفرنسي

استعراض موقف الفقه الفرنسي وبعدها موقف القضاء منه:

أولا_ موقف الفقه الفرنسي:

يذهب الفقه الفرنسي إلى القول إلى أن الدفع بالاتفاق على التحكيم، هو دفع بعدم الإختصاص والحجة الأساسية التي يستند إليها هذا الرأي هو أن اتفاق الطرفين على عدم طرح النزاع على القضاء، وإقرار المشرع لهذا الإتفاق، يجعل النزاع خارجًا عن اختصاص القضاء[1]، وقد ذهب جانب من الفقه إلى الإستناد على الإختصاص النوعي من لإضفاء طابع النظام العام على هذا الدفع بالقول بأن القانون الصادر في 31 ديسمبر سنة 1925 الذي اعترف بشرط التحكيم وأقر بمشروعيته ولكن كيف يمكن إضفاء الطابع العام لقاعدة ناتجة عن اتفاق ؟ فالقول بأن الاختصاص المعني هو اختصاص نوعي ومن ثم يتعلق بالنظام العام هو مفهوم تعسفي للاختصاص النوعي لأنه ليست كل القواعد المتعلقة بالاختصاص النوعي من النظام العام.

لقد استقر الفقه الفرنسي على أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص غير متعلق بالنظام العام.

ثانيا_ موقف القضاء الفرنسي:

نصت م (1448) من القانون الفرنسي على أنه " إذا رفع النزاع المعروض على محكمة التحكيم بموجب اتفاق التحكيم على القضاء الوطني، يجب على هذا القضاء أن يقرر عدم اختصاصه ..."، وقد أخذت بهذا الإتجاه محكمة النقض الفرنسية صراحة في حكم صادر لها في 28 يونيو 1989 حيث أكدت هذه المادة تطبق على التحكيم الوطني والدولي على حد سواء ولكن ثار تساؤل هل يشترط لإعمال قاعدة عدم اختصاص القضاء الوطني أن يكون اتفاق التحكيم صحيحا وقابلا للتطبيق حيث يتضح من خلال نص 1448 من القانون الفرنسي أنه إذا رفعت الدعوى بعد

[1]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 516.

اتصال محكمة التحكيم بالنزاع يحب على القاضي أن يقضي بعدم اختصاصه دون البحث في مدى صحة اتفاق التحكيم من عدمه، أما إذا رفعت الدعوى قبل اتصال محكمة التحكيم بالنزاع فيجب على القاضي أن يقضي بعدم اختصاصه[1].

إن القضاء الفرنسي على عكس القضاء المصري، إعتبر الدفع بوجود إتفاق على التحكيم من الدفع بعدم الإختصاص متعلق بالنظام العام[2].

الفرع الثالث

موقف المشرع الجزائري من طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم

إن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على نصوص قانونية تنظم وجود اتفاق التحكيم وقواعده ولكن يمكن استخلاص بعض قواعد الدّالة على اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به.

فيما يخص بالدفع بعدم الإختصاص، فالقاضي الجزائري لا يمكن له أن يقضي بعدم إختصاصه من تلقاء نفسه، بل يجب على الأطراف إثارة اتفاق التحكيم، عملا بنص م 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لقد استغل المشرع الجزائري إصدار قانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الملغي للمرسوم التشريعي93/ 09[3]، إعادة النظر في الصيغ القانونية المتعلقة بالتحكيم فيما يخص مبدأ عدم الإختصاص القضاء الوطني بالفصل في النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق التحيكم، حيث أن قانون 09/08 نص على عدم اختصاص القاضي الوطني حتى قبل الشروع في الإجراءات المدنية والإدارية اشتراط وجود اتفاق قانوني ولكن نلاحظ أنه لم يسن طبيعة هذا الوجود، أمّا الوجود الشكلي أو الوجود القانوني، فنلاحظ غياب نص قانوني لذلك، وعليه

---

[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية << في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم >>، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.س.ن، ص. 309.

[2]- أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 321.

[3]- المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المعدل والمتمم للأمر رقم 54/66 المؤرخ في 8 جوان 1966، **المتضمن قانون الإجراءات المدنية**، ج.ر.ج.ج، عدد42، لسنة 1993، (الملغى).

فإن المشرع الجزائري أخذ بحدّ ما بالإتجاه الفرنسي إذ أنه لم يعتمد على فكرة البطلان وعدم قابلية اتفاق التحكيم للتطبيق بصفة ظاهرة ولكن اعتمد على الجانب الشكلي لاتفاق التحكيم من أجل استبعاد القضاء لصالح محكمة التحكيم[1].

[1]- تعويلت كريم، << الرقابة القضائية على اختصاص الحكم >>، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسة، جامعة عبد الرحمان ميرة، عدد2، بجاية، ص. ص. 209-210.

الفصل الثاني

التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم

لاشكّ أن الجانب العملي والتطبيقي للدفع بإتفاق التحكيم يكمن في إعادة الصياغة للدلالة على المقصود، الأدوات التي وضعها المشرع لكي يستطيع فيها الخصم ممارسة حقه في الدفاع ولا يمكن الإحاطة بمكونات أي دفع كان دون الإلمام الدقيق بقواعده وأحكامه، وما مدى إتساق النصوص مع ذلك.

فقد لاحظنا أن الدفع بإتفاق التحكيم قد أثار الكثير من الغموض والخلاف حول طبيعته القانونية، مما أدى إلى حرص بعض التشريعات على توخي الدقة في تناول أحكامه.

وعليه فإن هذا الفصل سيحاول الإجابة على كثير من التساؤلات ذات الأهمية الكبيرة ومن بينها كيفية التمسك بهذا الدفع ؟ وما هي الأثار على الدفع بإتفاق التحكيم وكذا الأحكام القانونية المترتبة على هذا الدفع من حيث الطعن في الحكم الصادر بشأنه ؟ والتي سنسعى بمعالجتها عن طريق النصوص القانونية ومقارنتها بالتشريعات الأخرى.

وللإجابة على هذه التساؤلات قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين حيث يتم دراسة التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم **(المبحث الأول)**، ثم سنتعرض للأثار المترتبة على الدفع بوجود إتفاق التحكيم **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم

إن الدفع بإتفاق التحكيم في الجزائر قد تعرض لعدة تعديلات وآخر تعديل هو القانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 أفريل 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وعليه فإن هذا المبحث سيتركز بالأساس من الدفع بإتفاق التحكيم وهو جانب الخصم حين تمسكه بهذا الدفع. حيث سنتناول حق التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم في **(المطلب الأول)** وكذا وقت وكيفية الدفع بوجود إتفاق التحكيم في **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

حق التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم

إتفاق التحكيم هو المفترض لوجود التحكيم بين الأطراف إذ يعتبر هو أساس إلتجاء الأطراف للتحكيم، كما أنه المحدد لنطاق التحكيم وتحديد ما تختص هيئة التحكيم بنظره وما لا تختص به[1].

فهو كغيره من العقود لا يلزم إلا أطرافه فقط ولا يعتد إلى الغير بطبيعة الحال، فإن الأصل فيمن يتمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم هو المدعى عليه والذي يمثل أصلا الطرف الآخر في إتفاق التحكيم بإعتبارها القاعدة الأساسية، إلاّ أن هناك الكثير من الإشكالات التي تثور في هذا الجانب وهذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال تبيان من له الحق في التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم في **(الفرع الأول)** ومدى إمتداد حق التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم إلى غير المتعاقدين الأصليين **(الفرع الثاني)**، وكذا مدى جواز إثارة الدفع بوجود إتفاق التحكيم من قبل المحكمة في **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

المدعى عليه

صاحب الصفة في التمسك بالدفع بالتحكيم هو فقط من كان طرفا في إتفاق التحكيم[2].

المدعى عليه هو صاحب الحق في التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم.

---

[1]- إبراهيم جوهر إبراهيم، المرجع السابق، ص. 171.

[2]- الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لإتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2011، ص. 85.

ومن الطبيعي أن أي دفع كان إنما يقدم من المدعى عليه، لذلك إذا ما رفع نزاع إلى القضاء العادي في عقد تم الإتفاق سابقا على إحالته للتحكيم فمن الطبيعي أن من يملك حق الدفع بالإتفاق هو المدعى عليه فقط، وهذا الأمر يستنبط من أغلب النصوص التشريعية بشأن السند القانوني للدفع بإتفاق التحكيم كقانون التحكيم الأردني والمصري وكذلك إتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام الأجنبية وغيرها[1].

والحكمة من ذلك أن هذا الدفع بشكل عام هو حق للخصوم وبالتالي فإن الحق في إثارته يكون للخصم صاحب المصلحة كقاعدة عامة، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بالدفع من تلقاء نفسها دون إثارته من الخصوم، إلاّ في الحالات التي يتعلق فيها الدفع بالنظام العام نظرًا لإعتبارات خاصة تمس المصالح العامة وذلك عملا بنص م 3 من قانون المرافعات[2].

كذلك من الممكن أن يكون المدعي هو من له الحق في إثارة الدفع بإتفاق التحكيم دون المدعى عليه، حيث يلاحظ أن النصوص القانونية تتناول فقط حالة إتفاق التحكيم الحاصل قبل رفع الدعوى أمام المحكمة، إلا أنّ هناك صورًا أخرى لإتفاق التحكيم وهو مشارطة التحكيم التي من الممكن أن تعقد أثناء نظر الدعوى أمام المحكمة[3].

الفرع الثاني

إمتداد حق التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم إلى غير المتعاقدين الأصليين

لا يكفي أن يتمسك المدعى عليه بهذا الدفع، فالأصل أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه أطرافا في إتفاق التحكيم، فلا يمكن أن يقبل تمسك طرف ما بإتفاق تحكيم دون أن يكون

---

[1]- أنظر نص **المادة 12** من ق التحكيم الأردني التي تنص: << على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه إتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى ... >>.

المادة 13 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، فكذلك هو الأمر ذاته في **المادة 312** من إتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام الأجنبية لسنة 1958 والتي نصت على مايلي: << على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل إتفاق تحكيم أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم >>.

[2] -**المادة 3** من قانون المرافعات تنص << لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون >>. فيشترط لقبول الدفع ما يشترط لقبول الدعوى لكي يكون الدفع قانونيا، كما يجب أن تكون المصلحة في الدفع قائمة حالة، راجع في هذه الشروط: المادة 13 من ق.إ.م.إ، المرجع السابق.

[3] إبراهيم جوهر إبراهيم، المرجع السابق، ص. 173.

الطرف الآخر ملزما بهذا الإتفاق أيضا وذلك تطبيقا للقاعدة الأصلية: " العقد شريعة المتعاقدين "[1]. فإتفاق التحكيم ما هو إلا عقد يخضع للقواعد الخاصة بالعقود، فإنه يجوز أن يلتزم بهذا الإتفاق أشخاص لم يكونوا في الأصل من ضمن المتعاقدين الأصليين، مما يؤدي إلى ظهور أشخاص يمكن لهم التمسك بإتفاق التحكيم، ويمكن تبيان بعض هذه المسائل كالآتي:

أولا_ إتفاق التحكيم الذي يعقده الوكيل:

يجوز للوكيل الإتفاق أن يبرم تحكيم نيابة عن موكله بشرط أن يكون مفوضا في ذلك بتوكيل خاص، ويلاحظ بالطبع أن إبرام الوكيل لإتفاق التحكيم إنما يكون ساريا إتجاه موكله فقط وليس إتجاهه هو بطبيعة الحال.

وحقيقة يجب أن تكون الوكالة صريحة ومكتوبة وذلك لأن التحكيم إستثناء من الأصل العام في التقاضي[2].

ثانيا_ التمسك بإتفاق التحكيم من قبل الخلف العام والخاص وضدهما:

كما هو معروف فإن أثر العقد لا يقتصر على العاقد فقط بل ينصرف كذلك إلى خلف العاقد إما خلف عام أو خاص فيجوز لهم التمسك بالدفع بالتحكيم، لأن كل منهم يعتبر طرفا في إتفاق التحكيم. بل أن يتمسك أي من هؤلاء بالدفع بالتحكيم يؤكد علمه به ورضاه بهذا الإتفاق.

فالفقهاء إختلفوا حول إمتداد إتفاق التحكيم إلى الخلف العام غير الراشد ؟

حقيقة إن بعض القوانين كقانون التحكيم الليبي يمنح بشكل صريح إمتداد إتفاق التحكيم إلى الخلف العام غير الراشد، أي إذا كان أحد الورثة ليس راشدًا فإن التحكيم يسقط، إلا أنه بخصوص باقي التشريعات كقانون التحكيم الأردني والبحريني والمصري فلا يوجد ما يمنع من إمتداد هذا الأثر إلى خلف العاقد حقا ولو كان غير راشد.

---

[1]- الطرف في العقد هو من يصدر عنه التعبير عن إرادة ما تم الإلتزام به بحيث تشارك إرادته في إبرامه بذاتها أو بمن يمثلها. أنظر في ذلك: مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 449.

[2] -أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري، ط 5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص. 68.

أما إذا إختلف الورثة ما بين موافق على التمسك بالدفع بإتفاق التحكيم وبين رافض له، فإن الفقه يذهب إلى أن التحكيم يقيّد من قبله ولا يلتزم به من لم يقبله هذا إذا كان موضوع الدعوى (النزاع) قابلا للتجزئة، أما إذا لم يكن قابلا للتجزئة فإن الأمر كله يدخل في إختصاص القضاء العادي في الدولة[1].

ثالثا_ التمسك بإتفاق التحكيم من الغير:

فالغير الذي لم يكن طرفا في إتفاق التحكيم لا يلتزم بهذا الإتفاق ولا تنصرف إليه آثاره بما فيها الأثر السلبي للإتفاق ولذلك لا يجوز الدفع في مواجهته بإتفاق التحكيم فإذا تمسك أحد الأشخاص بالدفع بالتحكيم في مواجهته شخص ليس طرفا فيه جاز للأخير أن يتمسك بعدم قبول الدفع في مواجهته لأنه لم يكن طرفًا في الإتفاق[2].

إلا أن إتفاق التحكيم ولكونه تسري عليها القواعد المتعلقة بالعقود فمن الممكن أن يلتزم بهذا الإتفاق أشخاص لم يكونوا أصلاً ممن إتفقوا على التحكيم فعلا ويطرح الفقه في ذلك المسائل التالية:

1- التعهد عن الغير: وهو إتفاق يتعهد بمقتضاه أحد طرفيه بأن يجعل شخصا من الأشخاص يلتزم بإلتزام ما قبل الأخير[3].

2- حالة الحلول: إذا حدث حلول في الإلتزام فإن الحلول يتضمن حلولاً في شرط التحكيم فالحال محل غيره يحل محل من أحال إليه في إتفاق التحكيم الذي أبرمه الأخير فيمكن أن يتمسك به[4].

3- تضامن المدينين أو الدائنين: إذا كان هناك تضامن بين مدينين وأبرم أحدهم إتفاق تحكيم مع الدائن أو كان هناك تضامن بين دائنين وأبرم أحدهم إتفاق تحكيم مع المدين فإن التضامن يحدث أثره فيما يفيد وليس فيما يضر، فيجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بهذا الإتفاق

---

[1] -محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999، ص. 49.

[2] - الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص. ص، 89 – 90.

[3] - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 482.

[4] -إبراهيم جوهر إبراهيم، المرجع السابق، ص. 177.

إذا وجد أن هذا في مصلحته ونفس الأمر للدائنين المتضامنين، فيمكن لأي منهم أن يتمسك بإتفاق التحكيم الذي أبرمه أحدهم فيلجأ إلى التحكيم ضد المدين إلى جانب أن له أن يلجأ لقضاء الدولة دون أن يلتزم بإتفاق التحكيم[1].

4- الشركة وفروعها: إذا أبرمت الشركة إتفاق تحكيم عن عمل يتعلق بالفرع فإنه يعتبر ملزما لها وللفرع، وكذلك يجيز له ذلك فإن أثره يسري تجاه الشركة لأنه أبرمه بالنيابة عنها[2].

5- الحوالة: يلتزم المحال إليه في الحوالة بما يتضمن من حقوق وإلتزامات بإتفاق التحكيم الوارد ضمن شروط ذلك العقد، وحقيقة فقد قررت محكمة باريس في حكم أصدرته في 28 جانفي 1988 أن حقوق المحيل التي تتضمن شرط التحكيم الناتجة عن عقد تنتقل إلى المحال عليه[3].

الفرع الثالث

مدى جواز إثارة الدفع بوجود إتفاق التحكيم من قبل المحكمة

تنص بعض التشريعات صراحة على منع المحكمة من إثارة الدفع بإتفاق التحكيم من تلقاء نفسها، كقانون الإجراءات المدنية الفرنسي،[4] ونفس الأمر ينطبق على نص م 110 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، يستفاد منها أن الدفع بهذا الإتفاق ليس من النظام العام وبالتالي لا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها حيث يجب على المدعي عليه أن يتمسك به وإلا وقع تحت طائلة الجزاء وهو سقوط حقه في التمسك بهذا الدفع.

إلا أن هناك من التشريعات ما لم تنص على ذلك صراحة كقانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني وقانون التحكيم المصري والكثير من التشريعات الأخرى، وعليه فهل من الممكن القول بجواز أن تقضي المحكمة بالدفع من تلقاء نفسها ؟

---

[1] -محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص. 51.

[2] -فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص. 175.

[3]- إبراهيم جوهر إبراهيم، المرجع السابق، ص. 178.

[4]- نصت **المادة 1448** من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على: << إذا لم يسبق للمحكمة التحكيمية أن تعهدت النزاع فعلى المحكمة القضائية أيضا إعلان عدم إختصاصها ما لم يكن عقد التحكيم واضح البطلان ففي هاتين الحالتين لا يمكن للمحكمة القضائية أن تعلن عدم إختصاصها من تلقاء نفسها >>.

يرى بعض الفقه في ظل هذه النصوص جواز إثارة الدفع بإتفاق التحكيم من قبل المحكمة نفسها مستندًا إلى أن المحكم يقضي بعدم إختصاصه من تلقاء نفسه " قاعدة الإختصاص بالإختصاص "، وذلك على أساس أن للقاضي أن يقضي بعدم قبوله الدعوى لوجود إتفاق التحكيم ولو من تلقاء نفسه ما لم يتنازل عنه أصحاب الشأن، أما البعض الآخر، فيرى ضرورة إلتزام القاضي بتطبيق نص إتفاق التحكيم بإعتباره قانون المتعاقدين وذلك من تلقاء نفسه سواء تمسك به الخصم أم لا[1].

وبالفعل فإن القضاء الفرنسي قد ذهب في عدد من الأحكام القضائية إلى أن الدفع بعدم إختصاص قضاء الدولة مطلق ويجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه[2].

ومع ذلك فإن هذا الرأي يتعارض مع منطق هذا الدفع فالأصل أن إتفاق التحكيم ما هو إلا إتفاق رضائي وقيام أحد أطرافه بتجاهله وإحالة النزاع للقضاء هو من باب التنازل عنه فقط فطالما أن إرادة الأفراد هي التي إستجدت إختصاص قضاء الدولة فهي وحدها التي تعيد هذا الإختصاص، وبالفعل فإن الفقه والقضاء يكادان يتفقان الآن على عدم تعلق هذا الدفع بالنظام العام وأنه مشرع لمصلحة الخصوم فقط.

وبالتالي عدم جواز إثارته من قبل المحكمة ذاتها، وهو الأمر المؤكد أيضا من خلال الأعمال التحضيرية التي صاحبت وضع إتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام الأجنبية[3].

---

[1]- علي أبو عطية هيكل، الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات ،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005 ص. 346.

[2] - إبراهيم جوهر إبراهيم، المرجع السابق، ص. 180.

[3]- المرسوم الرئاسي رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 **المتضمن إنضمام الجزائر بتحفظ للإتفاقية الخاصة بالإعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها**، الموقع عليها في إتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 جوان 1958، ج.ر.ج.ج، عدد 48، لسنة 1988.

إقترح بعض مندوبي الدول المشاركة في مؤتمر الأمم المتحدة بشأن إتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام الأجنبية وبالتحديد **المادة 312** حذف وجوب التمسك بهذا الدفع من قبل الخصم في الدعوى على أساس أن القضاء الوطني يجب عليه أن يحيل الأطراف إلى التحكيم من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى تمسك أحد الأطراف بإتفاق التحكيم أمام المحكمة، إلاّ أن المؤتمر إنتهى إلى رفض هذه المقترحات مؤكدًا على ضرورة أن يتم التمسك بإتفاق التدعيم من جانب أحد الأطراف على

المطلب الثاني

وقت وكيفية التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم

وقت التمسك بالدفع من أهم الأساسيات التي يجب الإحاطة بها بدقة حيث يترتب على مخالفة ذلك جزاء وهو سقوط الحق في التمسك بهذا الدفع، أما من ناحية الشكل وبالرجوع إلى التشريعات المتعلقة بالدفع بإتفاق التحكيم فإنها لم تضع طريقة معينة لشكل وطريقة إبداء الدفع بإتفاق التحكيم، إلاّ أنه يمكن القول إن صورة الدفع بوجود إتفاق التحكيم تختلف من حالة إلى أخرى، فقد يكون بناء على طلب مستقل قبل الدخول في موضوع الدعوى أو ضمن اللائحة الجوابية والمذكرات الخطية، وقد يكون شفاهة[1]، وهذا ما نتصدى إليه من خلال تبيان القاعدة العامة بخصوص وقت التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم **(الفرع الأول)** ثم نتطرق إلى كيفية التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

القاعدة العامة بخصوص وقت التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم

تتفق أغلب التشريعات وكذلك الفقه والقضاء على وجوب التمسك بالدفع بإتفاق التحكيم قبل الدخول في موضوع الدعوى، فرغم وجود الخلاف حول طبيعة هذا الدفع ما بين إعتباره دفعا بعد الإختصاص أو دفعا بعدم القبول أو دفعا إجرائيا خاصًا، إلاّ أن قاعدة وجوب التمسك به قبل الدخول في الدعوى هي محل إتفاق، بل وقد أصبحت حاليا من القواعد الثابتة[2].

والحكمة من هذه القاعدة أن إتفاق التحكيم هو أمر إحتيازي للأطراف لا يتعلق بالنظام العام وهو إن كان ملزمًا إلاّ أنه يجوز التنازل عنه إما بشكل صريح أو ضمني، وبالتالي فإن عدم تمسك المدعي عليه بهذا الإتفاق إبتداء، ودخوله في موضوع الدعوى يعتبر في نظر القانون تنازلاً ضمنيا عن هذا الدفع، وبالتالي سقوط حق المتمسك به بعد ذلك، بالإضافة إلى قطع الطريق في استخدام

الأقل وإلا أعتبر عدم تمسك الجميع بالإحالة للتحكيم بمثابة نزول صمتي عن إتفاق التحكيم وفي ذات الوقت قبولاً لإختصاص المحكمة المطروح أمامها النزاع. راجع حول الموضوع: علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص. 350.

[1] إبراهيم جوهر إبراهيم، المرجع السابق، ص. 183.

[2] -فتحي والي، المرجع السابق، ص. 189.

المماطلة من قبل الخصم وتجد هذه القاعدة مكانها في أغلب التشريعات المتعلقة بإتفاق التحكيم منها:

• قانون الأونيسترال، النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والصادر من الأمم المتحدة عام 1985 في نص م 1/8[1].

• القانون الأردني حيث تناول المشرع الأردني هذه القاعدة بشكل صريح وذلك من خلال:

أ- قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 في نص م 12[2].

ب- قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 24 لسنة 1988 في نص م 1/110[3].

• قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في نص م 1/13[4]

وما يلاحظ حقيقة أن هناك تفاوت في الصياغة فالبعض منها ينص على عبارة (قبل الدخول في الدعوى) فيما البعض الآخر ينص على عبارة (قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى). وكلها تؤدي إلى ذات النتيجة.

[1]- تنص **المادة 8/ف1** من قانون الأنيسترال على أنه: << على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها إتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول... >>.

[2] -أنظر نص **المادة 12** من ق التحكيم الأردني.

[3]- نص **المادة 110/ف1** من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 24 لسنة 1988 والتي تضمن ما يلي:
<< الدفع بالبطلان غير المتصل بالنظام العام وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات غير المتصلة بالنظام العام، والدفع بعدم الإختصاص المكاني أو بوجود شرط التحكيم يجب إبداؤها معا قبل إبداء أي دفع إجرائي آخر أو طلب أو دفاع في الدعوى و إلا سقط الحق فيها ... >>. المتاح على الموقع:
http://www.aiadr.com/aiadr/subcat.asp?ID=178&Link=95.

[4]- أنظر نص **المادة 13/ف1** من قانون التحكيم المصري التي تنص على أنه: << 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 >>.

الفرع الثاني

كيفية التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم

إتفاق التحكيم ليس من النظام العام ويترتب على ذلك عدم جواز قيام المحكمة بإثارته من تلقاء نفسها، بل يجب أن يتمسك به الخصم قبل الدخول في الدعوى وهو الأمر المتفق عليه في الفقه والقضاء والتشريع.

والأصل أن الدفع لا يمكن إبدائه في أي وقت، بل قبل الكلام في الموضوع.

أما من ناحية الشكل فإن التشريعات المتعلقة بالدفع بإتفاق التحكيم لم تضع طريقة معينة لشكل وطريقة إبداء الدفع فصوره تختلف من حالة إلى أخرى، فقد يكون بناء على طلب مستقل أو ضمن المذكرة الجوابية وقد يكون شفاهة.

أولا_ التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم من خلال طلب مستقل:

هناك بعض التشريعات قد أجازت للخصم التقدم بالدفع بإتفاق التحكيم خلال طلب مستقل قبل الدخول في الدعوى من بينها قانون التحكيم الأردني وقانون المرافعات المدنية البحريني في نص م 30 منه، وحقيقة فإن هذا الشكل هو الدارج عمليا بخصوص هذا الدفع والطلب المستقل يتخذ صورتين[1]:

أ- أن يقدم الطلب مباشرة إلى المحكمة في موعد الجلسة المعينة وحين نظر الدعوى.

ب- أن يقدم الطلب المستقل إلى قلم المحكمة المختصة.

- بعض التشريعات أجازت بشكل صريح التقدم بطلب مستقل لأي دفع يترتب عليه رد الدعوى كقانون المرافعات المدنية البحريني لسنة 1971 في نص م 30[2]، حيث أجاز التمسك بأي

---

[1] -إبراهيم جوهر إبراهيم، المرجع السابق، ص. 210.

[2] -أنظر نص **المادة 30** من قانون المرافعات المدنية البحريني: كالآتي: << يجوز للمدعي عليه في أية دعوى وفي أي وقت، بعد تبليغه الإحضارية، أن يطلب رد القضية المرغوبة عليه بناء على أحد الأسباب الآتية: 1- سبق الفصل في الدعوى. 2- عدم الإختصاص >>.المنشور على الموقع:
http://www.omanlegal.net/vb/archive/index.php/t-3831.html

دفع يترتب عليه رد الدعوى في شكل طلب مستقل، أما بخصوص الوضع في التشريع الأردني فلا نرى حقيقة وجود أي مانع من تقديم أي دفع كان في شكل طلب مستقل حتى ولو يكن منصوصا عليه في م 109.

أما من حيث شكل هذا الطلب المستقل فطالما أن الدفع في إطاره العام هو نوع من الدعوى يقدمه المدعى عليه للرد على دعوى المدعى ويشترط لقبوله ما يشرط لقبول الدعوى وقبول كل ما يقدم للقضاء حتى يكون جديرًا بالنظر، حيث أن البيانات المتوجبة في هذا الطلب المستقل بخصوص الدفع بإتفاق التحكيم يمكن إستمدادها من نص م 14 وما يليها من ق.إ.م.إ، التي تشترط إيداع عريضة مكتوبة من المدعي عليه أو وكيله، مؤرخة وموقعة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف.

ونستخلص من صياغة م 15 من ق.إ.م.إ، أن تتضمن عريضة إفتتاح الدعوى، تحت طائلة عدم قبولها شكلاً البيانات الآتية:

1- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.

2- إسم ولقب المدعي وموطنه.

3- إسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن له.

4- الإشارة إلى تسميته وطبيعة الشخص المعنوي، ومقره الإجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي.

5- عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.

6- الإشارة عند الإقتضاء، إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.

أما بالنسبة لإجراءات قيد الدعوى بمفهوم نص م 16 من ق.إ.م.إ تقيد العريضة لدى أمانة ضبط في سجل خاص يمنحها تاريخا مؤكدًا مع تحديد تاريخ الجلسة الأولى التي ينادي فيها على القضية كما يمنح المدعى أجلا كافيا لتكليف الخصم بالحضور عن طريق محضر قضائي، ويجب

إحترام أجل عشرين (20) يومًا على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور، والتاريخ المحدد لأول جلسة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ويمدد هذا الأجل أمام جميع الجهات القضائية إلى ثلاثة (3) أشهر، إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما في الخارج[1].

فحسب نص م 17 من ق.إ.م.إ لا تقيد العريضة إلا بعد دفع الرسوم المحددة قانونا حيث يفصل رئيس الجهة القضائية في كل نزاع يعرض عليه حول دفع الرسوم، بأمر غير قابل لأي طعن ويجب إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية، وتقديمها في أول جلسة ينادي فيها على القضية، تحت عدم قبولها شكلاً، ما لم يثبت إيداعها للإشهار.

ثانيا_ التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم من خلال المذكرة الجوابية:

قد لا يقوم الخصم بتقديم الدفع بإتفاق التحكيم في شكل طلب مستقل[2]، وعليه فإن المدعي عليه في هذه الحالة يلتزم بضرورة أن يقدمه قبل الدخول في الدعوى كتقديمه خلال المذكرة الجوابية وهذا ما نصت عليه بعض القوانين منها قانون أصول المحاكمات المدنية من خلال نص م 59 [3].

إلا أن عدم تقيد المدعى عليه المذكرة الجوابية لا يعني سقوط حقه في التمسك بالدفع بإتفاق التحكيم، م 3/59 رغم أنها نصت على جزاء في حالة التخلف عن تقديم المذكرة الجوابية في موعدها إلاّ أنها لم تسلب المدعى عليه حق التمسك بدفوعه حتى في حالة التخلف عن تقديم المذكرة الجوابية خلال المدة المنصوص عليها ومنها بالطبع الدفع بإتفاق التحكيم، مما يتصور أن

[1]- بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 52.

[2]- محمد الزغول، الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق، مكتبة اليقظة للنشر والتوزيع، عمان، 2000، ص. 176.

[3]- أنظر نص **المادة 59** التي تنص << على المدعي عليه أن يقدم إلى قلم المحكمة المختصة خلال ثلاثين يومًا من اليوم التالي لتاريخ تبليغه لائحة الدعوى جاوبا كتابيا على هذه المذكرة من أصل وصور بعدد المدعين مرفقا بما يلي:
أ- حافظة بالمستندات المؤيدة لجوابه مع قائمة بمفردات هذه الحافظة... >>.

يثار هذا الدفع أمام المحكمة بعد ذلك بشرط أن يكون هو الدفع الذي يتمسك به أولا كجواب على الخصومة، ومع كافة الدفوع الإجرائية الأخرى غير المتعلقة بالنظام العام[1].

ثالثا_ التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم شفاهة:

وهنا يثور التساؤل حول مدى جواز التقدم بالدفع بإتفاق التحكيم كتابة ؟

حقيقة يرى البعض وجوب ذلك حيث أن إثارة الدفع بإتفاق التحكيم شفاهة في محضر المحاكمة لا يكفي وإنما يجب تقديم ما يثبته ويؤكد صحته أما البعض الآخر فيرى بعدم وجوب ذلك وذلك على أساس أنه ليس هناك قيد على حرية الخصوم في الكيفية التي يتمسك بهذا الدفع[2].

ورغم أن الرأي الأول هو الجدير بذلك أي الصورة الدارجة عمليا إلاّ أننا نؤيد الرأي الثاني بعدم وجب ذلك، وذلك بالإستثناء إلى مجموعة من الأحكام ومنها مثلا محكمة النقض المصرية والمحكمة الأردنية[3].

أما بالنسبة للمشرّع الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد إشترط الكتابة لصحة وجود إتفاق التحكيم وذلك تماشيا مع نص م2/1040[4]، لذلك فعلى من يتمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم إثبات ذلك بتقديم نسخة له أمام القاضي الذي يقرر في النزاع.

---

[1]- أنظر نص **المادة 59/ف3** التي تنص على ما يلي: << إذا لم يقم المدعى عليه بتقديم جواب كتابي على لائحة الدعوى خلال المدة المبينة في الفقرة 1، 2، 3 من هذه المادة تعين المحكمة جلسة للنظر في الدعوى ويتم تبليغ موعد هذه الجلسة إلى المدعى والمدعى عليه حسب الأصول ولا يحق للمدعى عليه في هذه الحالة تقديم جواب على لائحة الدعوى بأي صورة من الصور ومع عدم الإخلال بحقه في توجيه اليمين الحاسمة لا يحق له تقديم أي بينة في الدعوى ويقتصر حقه في تقديم مذكرة بدفوعه وإعتراضاته على بينة المدعي ومناقشتها وتقديم مرافعة ختامية >>. المتاح على الموقع:
http://www.aiadr.com/aiadr/subcat.asp?ID=178&Link=95

[2] -محمد الزغول، المرجع السابق، ص. 178.

[3] -إبراهيم جوهر إبراهيم، المرجع السابق، ص. 216.

[4] -أنظر نص **المادة 1040/ف2** من ق.إ.م.إ التي تنص << يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم إتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة إتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة >>.

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على الدفع بوجود إتفاق التحكيم

بعد أن يثير الخصم الدفع بإتفاق التحكيم فإن المحكمة تقوم بنظر هذا الدفع لإصدار قرار ما حوله إما بإجابته أو رفضه، والحكم الصادر في الدفع هو حكم قابل للطعن إلاّ أن إجراءات الطعن تختلف بحسب طبيعة الحكم الصادر وحسب قرار الطعن نفسه. وعليه من خلال هذا المبحث سنحاول إلقاء الضوء على إجراءات المحكمة بخصوص الدفع بوجود إتفاق التحكيم وكذلك ما يتعلق بالحكم القضائي وبالإضافة إلى إجراءات الطعن في هذا الحكم. وهكذا ستصب دراستنا حول نظر الدفع بإتفاق التحكيم من قبل المحكمة في **(المطلب الأول)**، وكذا أثار الحكم الصادر في الدفع بإتفاق التحكيم والطعن فيه في **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

نظر دفع بإتفاق التحكيم من قبل المحكمة

بعد أن يتمسك الخصم بإتفاق التحكيم ويطرحه أمام المحكمة ردًا على الدعوى المرفوعة ضده فإن على المحكمة في هذه الحالة ضرورة النظر في هذا الدفع قبل إصدار حكمها القضائي بشأنه[1]، وبناء على ذلك سنبين المحكمة المختصة بالنظر بالدفع بإتفاق التحكيم في **(الفرع الأول)** وكذا صلاحية المحكمة في فحص وتدقيق الدفع بإتفاق التحكيم في **(الفرع الثاني)**، وفي الأخير سندرس مراحل فحص وتدقيق الدفع بإتفاق التحكيم في **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

المحكمة المختصة بالنظر بالدفع بإتفاق التحكيم

المبدأ العام هو أن المحكمة التي تنظر الدعوى تعتبر مختصة بجميع الدفوع التي تثار أمامها دون التقيد بأية قواعد إختصاص، ذلك أن حسن سير العدالة يقتضي بأن تكون المحكمة

[1] -إبراهيم جوهر إبراهيم، المرجع السابق، ص. 221.

التي تنظر الدعوى مختصة بالنظر في أي دفع يرد خلال الخصومة، وهذا المبدأ من القواعد المستقرة في فقه المرافعات حيث يعبر الفقه عن ذلك بأن " قاضي الدعوى هو قاضي الدفع "[1].

الفرع الثاني

صلاحية المحكمة في فحص وتدقيق الدفع بإتفاق التحكيم

من الطبيعي أن المحكمة وبعد أن يطرح أمامها الدفع بإتفاق التحكيم ستقوم بالإطلاع على تفاصيل هذا الدفع ومن ثم تقدير قبوله أو رفضه حسب قناعتها والتي تستمد بطبيعة الحال من القانون والقواعد الفقهية[2]. وهذا الأخير أدى إلى طرح التساؤل التالي: هل يجوز للمحكمة في حالة الدفع بإتفاق التحكيم تدقيق هذا الإتفاق من حيث صحته وإمكانية تطبيقه ؟

• هناك الكثير من التشريعات سواء الأجنبية أو العربية تؤكد على ضرورة قيام المحكمة بتدقيق وفحص إتفاق التحكيم نفسه عند الدفع به أمامها ونذكر من ذلك قانون التحكيم اليمني والهولندي والفلسطيني والسويسري والتي يستفاد منها وجود صلاحية مطلقة للمحكمة في فحص إتفاق التحكيم والتأكد من صحته، إلاّ أن هناك أيضا عددًا من الإتفاقيات التحكيم الدولية تؤكد على ذلك ونذكر في ذلك إتفاقية نيويورك لعام 1958[3]. وذات الحكم وارد في قانون الأنيسترال النموذجي للتحكيم .. .. الصادر من الأمم المتحدة لسنة 1985 في م 8 منه[4].

• أما فيما يخص قانون المرافعات المدنية الفرنسي يفرق بين حالتين:

---

[1]- خالد إبراهيم التلاحمة، المرجع السابق، ص. 104.

[2] -إبراهيم جوهر إبراهيم، المرجع السابق، ص. 226.

[3]- أنظر نص **المادة 2/ف3** من إتفاقية نيويورك رقم 233/88، المرجع السابق، حيث نصت على أنه <<يتوجب على محكمة البلد المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل إتفاق تحكيم أن تحيل الخصوم بناء على طلب من أحد الفرقاء: إلا إذا تبين للمحكمة بأن تلك الإتفاقية لاغية وباطلة، أو أنها غير ملزمة أو أنه ليس في الإمكان تنفيذها >>.

[4] أنظر **المادة 8** من قانون الأنيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والذي ينص على ما يلي: << على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها إتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع ما لم يتضح لها أن الإتفاق باطل ولاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه >>.

الحالة الأولى وهي إتصال جهة التحكيم بالنزاع وفي هذه الحالة يجب أن تحكم المحكمة بعدم إختصاصها دون البحث في صحة إتفاق التحكيم من عدمه والحالة الثانية وهي عدم إتصال جهة التحكيم بالنزاع، وفي هذه الحالة أيضا يجب على القاضي أن يقضي بعدم إختصاصه كقاعدة عامة إلاّ في حالة البطلان الظاهر لإتفاق التحكيم، أو عدم قابليته للتطبيق بصفة ظاهرة، حيث أجاز المشرع للقاضي الفرنسي في هذه الحالة، أن يقرر إختصاصه ويتصدى لموضوع النزاع[1].

• ما يلاحظ من النصوص السابقة وجود إجماع على صلاحية المحكمة بتدقيق إتفاق التحيكم إلاّ أنه ذهب بعض الفقه النص على عدم جواز قيام المحكمة بتدقيق إتفاق التحكيم على إعتبار نص م 22 من قانون التحكيم المصري يوحي بأنه لم يعد للمدعي أن يدفع ببطلان إتفاق التحكيم أو عدم شموله للنزاع[2]، إلاّ أننا نرى حقيقة رغم عدم وجود نص صريح فإن للمحكمة صلاحية تامة في تدقيق إتفاق التحكيم والبحث في مدى صحته وذلك على أساس أن الإتفاقيات الدولية وبالأخص إتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام الأجنبية مصادق عليها في مصر، الجزائر، وتعد من ضمن القوانين الداخلية للدول وأحكامها ملزمة[3]، وبالإضافة إلاّ أن أساس الوظيفة القضائية هو تطبيق القانون بشكل صحيح والقانون لا يجيز إتفاق التحكيم إلا في نطاق معين ووفق شروط محددة[4].

أما من الناحية المنطقية لا يمكن تقبل سلب القضاء ولاية النظر في الدعوى لوجود إتفاق تحكيم باطل بطلانًا ظاهرًا متمثلا إذا كان التحكيم غير مكتوب في الأساس أو منصب على مسائل لا يجوز التحكيم فيها. فقانون التحكيم المصري أعطى الصلاحية لهيئة التحكيم بتدقيق الإتفاق وهو ما يعرف في الفقه " الإختصاص بالإختصاص " وذلك على أساس م 22 أي إذا

[1]- أحمد السيد صاوى ، المرجع السابق، ص. 64.

[2] -مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 530.

[3]- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004، ص. 511.

[4] -محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص. 60.

خضع الطرف الذي قدم ضده طلب التحكيم بعدم إختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع إستنادًا إلى بطلان إتفاق التحكيم أقابليته للإبطال، فإن هيئة التحكيم تختص بالنظر في مسألة إختصاصها[1].

موقف المشرع الجزائري: يمكن القول أن المشرع الجزائري أخذ بالإتجاه الذي أخذ به المشرع الفرنسي، لكنه لم يعتمد على فكرة البطلان الظاهر وفكرة عدم قابلية إتفاق التحكيم للتطبيق بصفة ظاهرة واعتمد على فكرة وهي فكرة " الوجود الشكلي " لإتفاق التحكيم[2]، وذلك تماشيا مع نص م 1040 ق.إ.م.إ التي تشترط الكتابة لصحة إتفاق التحيكم ودون البحث في مدى توفر الأركان الموضوعية لهذا الإتفاق، لأنّ ذلك سيتعارض مع مبدأ " الإختصاص بالإختصاص " المكرّس بموجب م 1044 التي تنص على أنه " تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الإختصاص قبل أي دفاع في الموضوع.

تفصل محكمة التحكيم في إختصاصها بحكم أولي، إلا إذا كان الدفع بعدم الإختصاص مرتبطا بموضوع النزاع ".

وبالتالي فإنه عند مباشرة هيئة التحكيم مهمة الفصل في النزاع فإنه يتحتم على القاضي الذي ترفع أمامه دعوى بطلان أو عدم وجود إتفاق التدعيم، الحكم بعدم الإختصاص أما إذا لم تتصل هيئة التحكيم بالنزاع، فيمكن للقاضي النظر في البطلان الظاهر لإتفاق التحكيم، ورفض الحكم بعدم الإختصاص فثبوت البطلان أمام القاضي يجب أن يفتح الباب أمامه لطرح إتفاق التحكيم وإستعادة إختصاصه الذي لا يصح أن يفقده إلا بوجود إتفاق تحكيم صحيح وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي[3].

[1]- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقوانين الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص. 86.

[2]- تعويلت كريم،" الرقابة القضائية على إختصاص المحكم"، المرجع السابق، ص. 209.

[3]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. ص. 87-88.

الفرع الثالث

مراحل فحص وتدقيق الدفع بإتفاق التحكيم

إن خطوات نظر المحكمة للدفع بإتفاق التحكيم يمكن إجمالها في جانبين رئيسيين هما الجانب الشكلي والجانب الموضوعي، ويمكن بيان ذلك على التالي:

أولا_ الجانب الشكلي:

من البديهي أن الجانب الشكلي بخصوص الدفع بإتفاق التحكيم هو ما ستبدأ به المحكمة حين فحصها لهذا الدفع، ومن أهم ما ستتطرق إليه المحكمة من الجانب الشكلي[1] في الآتي:

1- توافر الشروط الشكلية للتمسك بالدفع: ومن أهمها المصلحة والصفة بالإضافة إلى أن يكون الدفع واضحًا غير متسم بالجمالة.

2- التحقق من الشخص المتمسك بالدفع: فالدفع بإتفاق التحكيم لا يقدم إلا من الخصم فعلى المحكمة أن تتأكد من مدى صلاحية الخصم نفسه في التمسك بهذا الدفع.

3- وقت وكيفية التمسك بهذا الدفع: وهي من أهم العناصر التي تحرص المحكمة على التأكد من إلتزام الخصم بها.

4- إثبات وجود إتفاق التحكيم: يجب على الطرف الذي يتمسك بهذا الدفع أن يقدم الإثبات على وجود هذا الإتفاق، والذي كما أسلفنا لا يثبت إلا بالكتابة وبالتالي يجب أن تقدم الورقة التي تحوي هذا الدفع، سواء العقد نفسه أو الإتفاق إذا كان مستقلا.

ثانيا_ الجانب الموضوعي:

بعد التأكد من الجانب الشكلي ومدى توافقه مع القانون، فإن المحكمة ستقوم بتدقيق الجانب الموضوعي في هذا الدفع، أي بسط رقابتها على إتفاق التحكيم نفسه، وهو ما قد يكون من تلقاء

[1] -إبراهيم جوهر إبراهيم، المرجع السابق، ص. ص. 231-232.

نفسها أو بناء على ما يبديه الخصوم من ردود على هذا الدفع[1]. يمكن القول أن أهم ما ستتطرق إليه المحكمة يتمثل في الآتي[2]:

1- صحة إتفاق التحكيم: ستقوم المحكمة في هذه الحالة بفحص هذا الإتفاق من حيث توافر شروطه من أهلية والمحل والسبب وأن يكون مكتوبا وأنه جاء بشكل صريح وواضح لا لبس فيه.

2- عدم سقوط إتفاق التحكيم: يجب أن تتأكد المحكمة من أن الإتفاق لم يسقط بأي شكل كان، وأنه لا زال ساريا تجاه الطرفين ولم يتم مسحه.

3- إمكانية تنفيذ إتفاق التحكيم: ليحدث إتفاق التحكيم أثره يجب أن يكون في الإمكان تنفيذه.

4- يجب أن يكون النزاع داخلا في إتفاق التحكيم: يجب أن يكون النزاع محل الدعوى داخلا في إتفاق التحكيم نفسه، كذلك يجب أن لا يرتبط النزاع بنزاع آخر لا يجوز فيه التحكيم فالمحكمة حينها ستنظر النزاعين معا.

5- جدية الخصم في سلوك طريق التحكيم: حتما ولو كان إتفاق التحكيم صحيحًا وكان النزاع داخلاً في موضوع هذا الإتفاق فإنه يشترط كذلك أن يكون المدعي عليه جديا في التمسك بهذا الدفع وأن يبذل ما في وسعه لتنفيذ إلتزامه بالإلتجاء للتحكيم[3].

المطلب الثاني

أثار الحكم الصادر في الدفع بوجود إتفاق التحكيم والطعن فيه

بعد أن تتم إثارة الدفع بإتفاق التحكيم من قبل الخصم وتقوم المحكمة بتدقيق هذا الدفع من حيث صحته، فإنه من المتوجب على المحكمة بعد ذلك أن تفصل في هذا الدفع وذلك بإصدار حكم وبطبيعة الحال فإن حكمها لن يخرج عن حالتين: إما قبول هذا الدفع أو رفضه، وبعد إصدار المحكمة حكمها بشأن الدفع المتعلق بوجود إتفاق التحكيم، فإن القانون يجيز الطعن في ذلك وعليه سنحاول إلقاء الضوء بشكل موجز على الحكم الصادر في الدفع بإتفاق التحكيم وأثاره

[1] -المرجع نفسه، ص. 233.

[2] - حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، بيروت منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص. 173.

[3] -خالد إبراهيم التلاحمة، المرجع السابق، ص. 103.

القانونية في **(الفرع الأول)** وكذا الطعن في الحكم الصادر في الدفع بإتفاق التحكيم وأثاره القانونية في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

الحكم الصادر في الدفع بوجود بإتفاق التحكيم وأثاره القانونية

– بإعتبار الحكم الصادر بخصوص الدفع بإتفاق التحكيم هو الغاية والهدف والتأكد من مدى صحة إتصال المحكمة بالنزاع من عدمه، فإن الأمر يستوجب منا الوقوف قليلا على مفهوم الحكم القضائي وأهم أنواعه ومن ثم نتناول طبيعة الحكم الصادر في الدفع بإتفاق التحكيم والوقت الذي يجب فيه على المحكمة الفصل فيه، بالإضافة إلى مدى وجوب إصدار المحكمة قرارها مقرونا بالإحالة إلى جهة التحكيم[1].

أولا_ مفهوم الحكم القضائي:

وهو القرار الذي تصدره المحكمة في خصومة بالشكل الذي يحدده القانون للأحكام، سواء صدر في نهاية الخصومة أو أثناء سيرها، وسواء كان صادرًا في موضوع الخصومة أو في مسألة إجرائية[2]، فالحكم هو القرار الصادر من شخص مزود بولاية القضاء وبما له من سلطة قضائية في نزاع مطروح عليه بهدف حسم هذا النزاع سواء في الموضوع أو في الإجراءات ويصدر بشكل مكتوب[3].

ويذهب الفقه إلى تقسيم الأحكام إلى أنواع مختلفة يمكن حصر أهمها في الآتي:

1– أحكام قطعية وأحكام غير قطعية: والحكم القطعي هو الذي يحسم النزاع في موضوع الدعوى أو في أحد أجزائه أو في مسألة متفرعة منه وبالتالي لا يقصد به الحكم النهائي الذي يضع حد للنزاع ولا يقبل الطعن بأي طريق كما جرى عليه بعض الفقه والقضاء، أما الحكم غير القطعي فهو الحكم الذي يصدر أثناء سير الخصومة ولا يفصل في نزاع ما ولكنه يتعلق بتنظيم إجراءات

---

[1]- إبراهيم جوهر إبراهيم، المرجع السابق، ص. 235.

[2]- علي أبو عطيةهيكل، شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص. 468.

[3]- نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999 ص. 685.

سير الخصومة كتأجيل الدعوى أو ضمها وهذه الأخيرة تزول بسقوط الخصومة بخلاف الأحكام القطعية وبالتالي لا تحوز حجية الشيء الحقيقي فيه على خلاف الأحكام القطعية التي تحوز حجية الشيء المقضي فيه[1].

2- الأحكام الإبتدائية والإنتهائية والباتة:

- الأحكام الإبتدائية: هي التي تصدر من محاكم الدرجة أولى وتقبل الطعن بالإستئناف.

- الأحكام الإنتهائية: هي التي لا تقبل الطعن بالإستئناف سواء صدرت من محاكم الدرجة الأولى بصفة إنتقائية أو أنها إستنفذت مرتين الطعن بالإستئناف.

- الأحكام الباتة: هي تلك الأحكام التي لا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن العادية[2].

3- أحكام موضوعية وأحكام إجرائية:

- الأحكام الموضوعية: هي الأحكام الفاصلة في الموضوع أي في أصل الحق أو جزء منه.

- الأحكام الإجرائية: هي التي تفصل في أي إجراء من إجراءات الخصومة دون أن تفصل في موضوعها فهي صادرة قبل الفصل في الموضوع[3].

4- الأحكام الحضورية والأحكام الغيابية:

- الأحكام الحضورية: هي التي تصدر في حضور الخصوم.

- الأحكام الغيابية: هي التي تصدر في غيبة الخصم ودون إعلانه بعريضة الدعوى شخصيا وتبدو أهمية التفرقة بينهما كون الحكم الغيابي يجوز الطعن فيه بالمعارضة بينما لا يجوز ذلك بالنسبة للحكم الحضوري[4].

---

[1] -عوض أحمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، ط 2، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص. 735.

[2] -أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص. 537.

[3] -عوض أحمد الزعبي، المرجع السابق، ص. 733.

[4]- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية << إتفاق التحكيم – خصومة التحكيم – حكم المحكم وفقا لأحدث التعديلات التشريعية والقضائية >>، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص. 286.

ثانيا_ وقت إصدار الحكم في الدفع بوجود إتفاق التحكيم:

القاعدة العامة في الدفوع أن وقت الفصل فيها يأخذ صورتين: إمّا أن يكون بشكل فوري من المحكمة أي بشكل مستقل عن الموضوع، أو يكون مع الحكم في موضوع الدعوى بأن تضم الدفع إلى حين نظر الموضوع، والمحكمة لها التقدير في ذلك فإما أن تفصل فيه على إستقلال أو تضمه إلى الموضوع[1]، إلا أن بعض التشريعات تضع لذلك عددًا من الإستثناءات ومنها التشريع الأردني في نص م 109 و 111 حيث نص أن الدفع بوجود إتفاق التحكيم في التشريع الأردني يجب الحكم فيه فورًا ولا يجوز بأي حال من الأحوال تأجيله إلى حين الفصل في موضوع النزاع[2]. أما قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ورغم أنه إعتبر الدفع بإتفاق التحكيم هو دفعا بعدم القبول بحسب نص م 13 منه إلا أنه لم يوضح الوقت الذي يجب على المحكمة إصدار حكمها فيه ونرى أن الأمر سيقاس على الدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام حيث أجاز للمحكمة عند الفصل فيها أن تحكم فيها مباشرة أو تؤخرها إلى حين الفصل في الموضوع وذلك عملاً بنص م 3/108 فالقضاء المصري ينظر للدفع بإتفاق التحكيم بإعتباره دفعا شكليا غير متعلق بالنظام العام[3].

ثالثا_ مضمون الحكم الصادر في الدفع بوجود إتفاق التحكيم:

الدفع بإتفاق التحكيم غالبا ما يكون أقر بالدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام، فالحكم فيه يكون ضمن الأحكام القطعية ولهذا لا يجوز للمحكمة أن ترجع فيه من تلقاء نفسها بل يجب

---

[1]- إبراهيم جوهر إبراهيم، المرجع السابق، ص. 240.

[2]- أنظر نص **المادتين 109 و 111** من قانون أصول المحاكمات المدنية حيث نصت **المادة 109** (على المحكمة أن تفصل في الطلب المقدم إليها بموجب أحكام الفقرة 1 من هذه المادة ويكون حكمها الصادر في هذا الطلب قابلا للإستئناف).

والمادة 111/ف2 نصت على: (إذا أثير دفع متصل بالنظام العام أو بأي دفع شكلي آخر يترتب على ثبوته إصدار حكم برد الدعوى يجب على المحكمة أن تفصل فيه فورًا من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم، ويكون القرار الصادر برد هذا الدفع قابلا للإستئناف مع موضوع الدعوى).

[3]- أنظر نص **المادة 108/ف3** من قانون المرافعات المصري التي تنص على: << ويحكم في هذه الدفوع على إستقلال ما لم تأمر المحكمة بضمها إلى الموضوع وعندئذ تبين المحكمة ما حكمت به في كل منها على حدة >>.

أن يتبع في ذلك طرق الطعن المنصوص عليها قانونا، ومضمون الحكم الصادر لا يخرج عن صورتين وهما:

1- الحكم بقبول الدفع بوجود إتفاق التحكيم:

ففي هذه الحالة تكون المحكمة قد توصلت إلى صحة إتفاق التحكيم المعقود بين الطرفين وإلى جدّية الخصم في سلوك طريق التحكيم دون طريق الدعوى العادية، وذلك بتوافر جميع الشروط والمنصوص عليها قانونا من ناحية التمسك به قبل الدخول في موضوع الدعوى ومع الدفوع الإجرائية الأخرى ودون أن يمسه حالة من حالات السقوط. وعليه فإن المحكمة حينها ستأخذ بإتفاق التحكيم، ويترتب عليه ردّ الدعوى وإلزام المدعي بإتباع طريق التحكيم[1]. وحقيقة فإن بعض التشريعات تختلف في الحكم الصادر بهذا القبول هذا الدفع والمتمثلة في التالي:

أ- ردّ الدعوى: بعض التشريعات تنص على ضرورة قيام المحكمة بردّ الدعوى والمتبين من نص م 12 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001. وحقيقة بالرجوع إلى أحكام محكمة التمييز الأردنية نجد أن الحكم الصادر بشأن الدفع بشرط التحكيم ينهي الخصومة.

ب- عدم قبول الدعوى: كثير من التشريعات العربية تذهب إلى ضرورة قيام المحكمة عند أخذها بالدفع بإتفاق التحكيم عدم قبول الدعوى أو عدم سماعها ومن ذلك قانون التحكيم المصري في نص م 13 من القانون رقم 27 لسنة 1994.

جـ- عدم الإختصاص: بعض التشريعات الأخرى تذهب إلى وجوب قيام المحكمة بإعلان عدم إختصاصها بنظر النزاع ومن ذلك نذكر عدد من التشريعات كالتشريع الفرنسي والمصري وكذا التشريع الجزائري[2].

[1]- خالد إبراهيم التلاحمة، المرجع السابق، ص. ص. 98-99.

[2]- أنظر نص **المادة 1045** من ق.إ.م.إ، ونص **المادة 22** من قانون التحكيم المصري ونص **المادة 1458** من القانون الفرنسي.

2- الحكم برد الدفع بوجود إتفاق التحكيم:

من الممكن أن يكون حكم المحكمة متضمنا ردّ الدفع بإتفاق التحكيم وعليه فإن ما يترتب في هذه الحالة هو سير الجهة القضائية، ولاشك أن رد المحكمة لهذا الدفع يجب أن يكون مسببا وأن يصدر في حكم مكتوب وذلك لتطبيق الرقابة على هذا الحكم حين الطعن فيه[1].

رابعا_ الأثار المترتبة على الحكم الصادر في الدفع بوجود إتفاق التحكيم:

يمكن إجمال أثارها فيما يلي:

1- يترتب على صدور الحكم في الدفع بإتفاق التحكيم ميلاد الحق في الطعن سواء على وجه الإستقلال أو مع الحكم المنهي للخصومة[2].

2- الحكم الصادر في الدفع بإتفاق التحكيم لا يعتبر فاصلاً في موضوع النزاع ولا يترتب عليه إنهاء النزاع وبالتالي لا يحوز حجية الأمر المقضي فيه[3].

3- يؤدي الحكم إلى تغيير الصفات الإجرائية للخصوم، فنجد أنّ كنا بصدد مدعى ومدعى عليه، فإن صدور الحكم يؤدي إلى وجود محكوم له ومحكوم عليه[4].

4- المحكمة وبإصدارها لحكمها في الدفع بإتفاق التحكيم فإنها تستنفذ فيه ولايتها، والتي نعني به أنه لا يجوز إثارة هذا الدفع مرة أخرى بغير طريق الطعن.

5- إستنفاذ المحكمة لولايتها فلا يجوز لها نظر الدفع مرة أخرى من تلقاء نفسها حيث يعتبر حكمها فيها حكما قطعيا[5] ويجب الإشارة للآتي، أي:

---

[1] -إ براهيم جوهر إبراهيم، المرجع السابق، ص. 247.

[2] - نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص. 767.

[3] - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 188.

[4] - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 768.

[5] - إبراهيم جوهر إبراهيم، المرجع السابق، ص 249.

– جواز طلب تصحيح الحكم: ويكون الخطأ في منطوق الحكم أو الأسباب المكملة له ماديا أو حسابيا.

– جواز الطعن في هذا الحكم أمامها سواء بالبطلان أو إعتراض الغير.

– جواز تفسير هذا الحكم عند وجود أي غموض أو إبهام.

خامسا_ مدى جواز إحالة النزاع إلى التحكيم في حالة قبول الدفع:

لقد أثار هذا الموضوع بعض الخلاف الفقهي حول مدى جواز إحالة النزاع إلى التحكيم في حالة قبول الدفع ولتبيان ذلك فإن الأمر يقتضي منا الوقوف على مفهوم الإحالة ومن ثم تناول الآراء المتعلقة بالإحالة إلى جهة التحكيم.

– **ماهية الإحالة لعدم الإختصاص:** ويقصد بها نقل الدعوى من المحكمة المرفوعة أمامها إبتداء إلى محكمة أخرى أيّا كان سبب النقل (عدم الإختصاص – الإرتباط بين دعويين)، فمثلا إذا تعلق الأمر بحكم بعدم الإختصاص المحلي والنوعي فإن التشريعات تتجه إلى إلزام المحكمة بأن تحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة أما إذا وجدت نفسها غير مختصة فلا تكتفي بالحكم بعدم الإختصاص بل يتوجب عليها أن تحدد المحكمة المختصة وأن تقوم بإحالة الدعوى إليها[1].

والغاية من الإحالة:

- عدم إطالة أمد التقاضي وتحميل المدعي نفقات جديدة.
- عدم تحميل المدعي مشقة رفع الدعوى من جديد وبإجراءات جديدة أمام محكمة أخرى.
- الإحالة القضائية وسيلة وقائية يخفف بها من جراء مخالفة قواعد الإختصاص، أي إحالة الدعوى بدلا من اللجوء إلى رد الدعوى وإعادة رفعها من جديد[2].

[1] -أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الإختياري << دراسة تحليلية مقارنة لطبيعتها القانونية ولطبيعة العمل الذي تقوم به >>، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص. 156.

[2] -عوض أحمد الزعبي، المرجع السابق، ص. 371.

وعليه يترتب على الحكم بالإحالة إلزام المحكمة المحال إليها بنظر الدعوى كما يلزم هذا التحديد الخصوم فيمتنع عليهم إعادة الجدل حوله[1].

وقد إختلف الفقه في مسألة الإحالة بعد الحكم بعدم الإختصاص بسبب الدفع بوجود إتفاق التحكيم حيث ذهب جمهور الفقه للقول بعدم جواز الإحالة بين القضاء والتحكيم، لأن الإحالة لا تكون إلا بين المحاكم القضائية التابعة للدولة، ولا إحالة بين القضاء والجهات غير القضائية، وأن الإحالة للتحكيم تستلزم الإعتراف بوجود هيئة التحكيم كهيئة قضائية حتى يمكن الإحالة إليها وفقا لنص م 110 من قانون المرافقات المصري إذ الغالب عند نظر النزاع أمام القضاء ألا تكون هيئة التحكيم قد تشكلت بعد.

وقد ذهب بعض الفقه إلى تأييد بعض أحكام محكمة النقض المصرية للقول بتصور الإحالة بين القضاء والتحكيم، وأساس ذلك أن نصوص القانون المصري لا تمنع من الأخذ بفكرة الإحالة بعد الحكم بعدم الإختصاص، يستوي في ذلك أن تكون هيئة التحكيم دائمة أو خاصة وأن هيئة التحكيم هي هيئة ذات إختصاص قضائي، يكون لها الفصل في النزاع المطروح عليها بإجازة من المشرع[2].

ورغم ذلك إلاّ أنه لا يجوز التسليم بوجوب الإحالة بين القضاء وهيئات التحكيم، إذ قد لا تكون هيئة التحكيم معروفة بعد، كما أن تشكيل هيئة التحكيم لا يجيز التطابق بين مركز القاضي والمحكم. غير أن ذلك لا يمنع وفقا للمستجدات الحديثة في عالم التحكيم من الإعتراف بالتحكيم على حد تعبير بعض الفقه كهيئة ذات إختصاص قضائي إعترف بها المشرع وأجاز التحكيم أمامها، أو هيئة خاصة إستثنائية إعترف بها المشرع بالفصل في المنازعات[3].

وتجدر الإشارة أن م 3/2 من إتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية نصت على إلزام المحكمة بالإحالة، والواقع أن هذا التعبير في غير محله إذ المقصود من الإحالة في هذه

[1] -أسامة أحمد شوقي المليجي، المرجع السابق، ص. 160.

[2] - أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص. ص. 388-390.

[3] - أسامة أحمد شوقي المليجي، المرجع السابق، ص. 76.

الحالة الحكم بعدم الإختصاص بنظر الدعوى وليس الإحالة بمعناها الفني في قانون المرافعات، لأن نص هذه الإتفاقيات يخاطب الدول وليس المحكمة، فهو إلتزام دولي وفقا لإتفاقية نيويورك[1].

الفرع الثاني

الطعن في الحكم الصادر في الدفع بوجود إتفاق التحكيم وأثاره القانونية

بعد إصدار المحكمة حكمها بشأن الدفع المتعلق بإتفاق التحكيم فإن القانون يجيز الطعن في ذلك الحكم، وحقيقة فإن الحكم لا يخرج عن فرضين إما قبول الدفع أو رفضه، وعليه من خلال هذا الفرع سنحاول إعطاء مفهوم للطعن وأحكامه العامة ثم سنتناول الطعن في الحكم الصادر بخصوص الدفع بإتفاق التحكيم وطبيعته وإجراءاته وما يترتب على ذلك من أثار قانونية.

أولا_ مفهوم الطعن وطرقه :

1- مفهوم الطعن: حق الطعن في الحكم هو من الضمانات الرئيسية التي يكفلها النظام القضائي للمتخاصمين وهو وسيلة تكفل تحقيق الرقابة على الأحكام وتؤمن المتقاضين من أخطاء القضاة وتدعم الحق في الدفاع[2].

والطعن في المفهوم الفقهي هو عبارة عن وسيلة قانونية أتاح المشرع من خلالها ضمن سقف زمني محدد للمحكوم عليه من طلب إعادة النظر في الحكم الصادر ضده بقصد إبطاله أو فسخه أو نقضه أو تعديله سواء تم تقديم الطلب أمام المحكمة التي أصدرت الحكم أو أمام محكمة الطعن[3].

2- طرق الطعن:

إن طرق الطعن تنقسم إلى نوعين طرق عادية تتمثل في المعارضة والإستئناف وطرق غير عادية تتمثل في النقض وإلتماس إعادة النظر وإعتراض الغير الخارج عن الخصومة. وأساس هذه

[1] -فتحي والي، المرجع السابق، ص. 185.

[2] -إبراهيم جوهر إبراهيم، المرجع السابق، ص. 259.

[3] مناني فراح، المرجع السابق، ص. 178.

التفرقة أن طرق الطعن العادية لم يحصر القانون أسبابها ولم يحدد حالاتها، فيمكن الطعن بها لأي عيب من العيوب سواء تتعلق بالوقائع أو بالقانون أما طرق الطعن غير العادية فقد حدد المشرّع أسبابا معينة لكل طريق منها، بحيث لا يجوز الطعن بأي طريق من هذه الطرق إلا بناء على أسباب معينة منصوص عليها. إلا أن هذا لا يعني أن للمحكوم عليه أن يطعن بالطرق العادية بغير إبداء أسباب للطعن وإنما المقصود أن للطاعن أن يبني طعنه على ما يتراءى له من الأسباب دون أن يكون مقيدا، في ذلك بأسباب معينة كما أنه لا يجوز الطعن بطريق غير عادي إلا بعد إستنفاذ طرق الطعن العادية[1].

وباعتبار موضوع دراستنا يقتصر على طرق الطعن المتمثلة في الإستئناف والطعن بالنقض فإننا سنقوم بدراسة الإشكاليات القانونية التي يثيرها والتي تتمثل أساسًا في ما هو مفهوم كل من الطعنين وما هي الشروط الواجب توافرها فيهما ؟

أ- مفهوم الطعن بالإستئناف وشروطه:

الطعن بالإستئناف هو طريق طعن عادي من طرق مراجعة الأحكام وهو الترجمة العملية لمبدأ التقاضي على درجتين[2]، أين يعاد بواسطته طرح ذات النزاع من طرف قاضي أعلى درجة ممن فصل فيه لأول مرة ويتم من خلاله إعادة نظر النزاع من حيث الوقائع والقانون وهذا كله يسمح بتدارك أخطاء قضاة الدرجة الأولى وما يتيح الفرصة للخصوم لتقديم ما فاتهم من أدلة ودفوع في الدعوى[3].

والإستئناف كطريق طعن عادي في الأحكام القضائية يرفعه الخصم الذي خسر القضية سواء كانت خسارته كلية أو جزئية بهدف مراجعته أو إلغاء الحكم المنشأ وهذا على نحو ما نصت

[1] بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.236.

[2]-TRARI-TANI Mostefa, Droit Algérien de L'arbitrage commercial International, Ed BERTI, Alger, 2007, P.171.

أنظر أيضا: نص **المادة 06** من ق.إ.م.إ، التي تنص: << المبدأ أن التقاضي يقوم على درجتين، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك >>.

[3] -علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص. 553.

عليه م 332 ق.إ.م.إ بأنه " يهدف الإستئناف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة ".

ويشترط لقبول الطعن بالإستئناف توافر مجموعة من الشروط سواءًا تلك المتعلقة بالحكم المستأنف فيه أو الشخص القائم بالإستئناف[1].

- **الحكم المستأنف فيه:** يشترط في الحكم المستأنف فيه أن يكون إبتدائيا صادرا من قاضي الدرجة الأولى وأن يكون هذا الحكم فاصلا في موضوع النزاع فإن كان فاصلا في جزء من الموضوع أو أمر بإتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو تدبير مؤقت فإنه لا يقبل الإستئناف إلا مع الحكم الفاصل في الموضوع ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، م 334 ق.إ.م.إ.

- **الشخص القائم بالإستئناف:** حق الإستئناف مقرر لجميع الأشخاص الذين كانوا خصوصا على مستوى الدرجة الأولى أو لذوي حقوقهم شريطة توفر عنصر المصلحة في المستأنف.

وفي حالة وفاة أحد الخصوم ينتقل هذا الحق إلى ذوي حقوقهم، كما يسمح للأشخاص الممثلين في أول درجة بسبب نقص أهليتهم، ممارسة الإستئناف بأنفسهم إذا زال سبب المنع وأصبحوا يتمتعون بأهليتهم وفقا م 335 ق.إ.م.إ[2].

ب- مفهوم الطعن بالنقض وشروطه:

الطعن بالنقض هو طعن غير عادي أقره القانون ضد الأحكام النهائية الصادرة عن المحاكم والقرارات الصادرة عن المجالس القضائية المشوبة بإحدى العيوب المحددة حصرًا في م 358 ق.إ.م.إ.

[1] -بعلى محمد الصغير، الوجيز في الإجراءات القضائية الإدارية دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2010، ص. ص 204-206.

[2] - أنظر نص **المادة 335/ف2** من ق.إ.م.إ التي تنص << كما يحق للأشخاص الذين تم تمثيلهم على مستوى الدرجة الأولى، بسبب نقص الأهلية ،ممارسة الإستئناف إذا زال سبب ذلك >>.

فالطعن بالنقض لا يهدف إلى إعادة النظر في القضية التي سبق الفصل فيها أمام المحكمة العليا، وإنما يرمي إلى النظر فيها إذا كانت الجهات القضائية المختلفة قد طبقت النصوص القانونية والمبادئ بصفة سليمة في الأحكام الصادرة منها، سواء تعلقت المخالفة بالموضوع أو بالإجراءات مع تسليمها بالوقائع كما أثبتها الحكم المطعون فيه.

ويشترط لقبول الطعن بالنقض توافر مجموعة من الشروط[1] والمتمثلة:

– أن يكون الحكم المطعون فيه فاصلا في الموضوع وأن يكون حكما نهائيا سواءا كان صادرًا من المحكمة أو المجلس.

– أن يقدم الطعن بالنقض من أحد الخصوم أو من ذوي حقوقهم، غير أنه إذا علم النائب العام لدى المحكمة العليا بصدور حكم أو قرار في آخر درجة من محكمة أو مجلس قضائي، وكان هذا الحكم أو القرار مخالفا للقانون ولم يطعن فيه أحد الخصوم بالنقض في الأجل، فله أن يعرض الأمر بعريضة بسيطة على المحكمة العليا، وفي حالة نقض هذا الحكم أو القرار لا يجوز للخصم التمسك بالقرار الصادر من المحكمة العليا للتخلص مما قضى به الحكم أو القرار المنقوض.

– أن يقدم الطعن بالنقض في الآجال المقررة في م 354 ق.إ.م.إ.

– أن يسن الطعن بالنقض على أحد الأوجه المنصوص عليها في م 358 ق.إ.م.إ.

ثانيا_ ميعاد وإجراءات الطعن في الحكم الصادر في الدفع بوجود بإتفاق التحكيم:

1– ميعاد وإجراءات الطعن بالإستئناف:

أ– ميعاد الإستئناف:

حددت م 1/336 ق.إ.م.إ، ميعاد الطعن بالإستئناف في الأحكام العادية بأجل شهر واحد إبتداءًا من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته.

[1] -بعلي محمد الصغير، المرجع السابق، ص. ص، 225–228.

أما إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي والمختار وليس له شخصيًّا، فإن أجل الإستئناف يمدّد إلى شهرين طبقا م 2/336 ق.إ.م.إ.

أما بالنسبة للمقيم في الخارج فتضاف مدة شهران للأجل الأصلي لتصبح 3 أشهر تطبيقا م 404 ق.إ.م.إ[1]، وفي جميع الحالات لا يبدأ أجل الإستئناف في الحكم الغيابي إلا بعد إنقضاء أجل المعارضة طبقا م 3/336 ق.إ.م.إ.

ب- إجراءات الطعن بالإستئناف:

يرفع الإستئناف بعريضة تودع بأمانة ضبط المجلس كما يمكن أن يسجّل بأمانة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم طبقا م 539 ق.إ.م.إ، بعد قيد العريضة وتحديد رقم القضية وتاريخ أول جلسة، يقوم المستأنف بتبليغ عريضة الإستئناف للمستأنف عليه عن طريق المحضر القضائي.

إشترط المشرع في م 540 ق.إ.م.إ، أن تتضمن عريضة الإستئناف بيانات محددة وإلاّ وقعت تحت طائلة عدم قبولها شكلا تتعلق أساس: بالجهة مصدرة الحكم، هوية الأطراف، موجز الوقائع والطلبات والدفوع، أسباب الإستئناف...، توقيع المحامي وعنوانه المهني، إرفاق الوثيقة بنسخة مطابقة لأصل الحكم (م 541 ق.إ.م.إ).

إلا أنّه من الضروري الإشارة إلى ما استحدثه المشرع بشأن إجراءات الإستئناف[2] وتتمثل فيما يلي:

1- ضرورة أن تتم الإجراءات أمام المجلس من طرف محامي وجوبي وإلا قضى المجلس برفض الإستئناف شكلا (م 538 ق.إ.م.إ)، إلاّ أن المشرع إستثنى هذا الشرط:

---

[1]- أنظر **المادة 404** من ق.إ.م.إ التي تنص << تمدد لمدة شهرين (2) آجال المعارضة والإستئناف والتماس إعادة النظر والطعن بالنقض المنصوص عليها في هذا القانون، للأشخاص المقيمين خارج الإقليم الوطني >>.

[2]- قبايلي طيب، << طرق الطعن العادية في المواد المدنية على ضوء ق 09/08 >>، الملتقى حول قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منظم من طرف الغرفة الجهوية للمحضرين القضائيين بمساهمة جامعة بجاية، يوم 2009/05/29، ص.9، (غير منشور).

• تمثيل الأطراف في مادة شؤون الأسرة والمادة الإجتماعية بالنسبة للعمال، فالتمثيل في هذه الحالات أمر جوازي.

• أعطى المشرع الأشخاص المعنوية العامة عن التمثيل الوجوبي بمحام.

• لا يخضع الإستئناف في رفض طلب إستصدار أمر على عريضة للتمثيل الوجبي بمحام (م 312 ق.إ.م.إ).

2- ضرورة تقديم المستأنف نسخة من محاضر التبليغ الرسمي لعريضة الإستئناف طبقا م 542 ق.إ.م.إ، وفي حالة عدم إخطارها يجب منح أجلا لذلك، تشطب القضية من الجدول وهو أمر ولائي غير قابل لأيّ طعن، إلاّ أنّه يمكن تدارك الأوضاع عن طريق رفع إستئناف جديد بإجراءات جديدة إذا ما كان أجل الإستئناف لا يزال قائما. والأثر المترتب من شطب القضية في الجدول أثر خطير، بحيث يزول الأثر الموقف للإستئناف وإكتساب الحكم الإبتدائي قوة الشيء المقضى فيه.

2- ميعاد وإجراءات الطعن بالنقض:

أ- ميعاد الطعن بالنقض:

لقد أحدث المشرع الجزائري في م 354 ق.إ.م.إ، تغييرات جوهرية فيما يخص الطعن بالنقض، حيث أصبح الطعن بالنقض يرفع في أجل شهرين (2) وذلك في الأحوال العادية إبتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار المطعون فيه إذا تم شخصيا أما في حالة التبليغ في الموطن المختار أو الحقيقي فإن أجل رفع الطعن يمدد إلى ثلاثة أشهر.

وطبقا م 2/355 من ق.إ.م.إ " لا يسري أجل الطعن بالنقض في الأحكام والقرارات الغيابية إلا بعد إنقضاء الأجل المقرر للمعارضة ".

إلاّ أن هذا الأجل يتوقف سريانه عند تقديم طلب المساعدة القضاية، ويستأنف سريانه للمدة المتبقية إبتداء من تاريخ تبليغ المعني بقرار مكتب المساعدة القضائية بواسطة رسالة مضمنة مع إشعار بالإستلام. إن الأثر الموقف لطلب المساعدة القضائية يعزز مبدأ الحق في الدفاع[1].

إجراءات الطعن بالنقض:

1- يباشر الطعن بالنقض من أحد الخصوم الذين يشملهم الحكم أو القرار محل الطعن أو من ذوي حقوقهم طبقا لنص م 353 ق.إ.م.إ.

2- يرفع الطعن بالنقض بتصريح أو بعريضة من طرف الطاعن أو محاميه تودع بأمانة ضبط المحكمة العليا كما يجوز سلوك الإجراء نفسه لدى أمانة ضبط المجلس القضائي الذي صدر في دائرة إختصاصه الحكم موضوع الطعن طبقا لنص م 560 و 562 ق.إ.م.إ.

3- يجب على الطاعن تبليغ المطعون ضده رسميا خلال شهر واحد من تاريخ التصريح بالنقض بنسخة من محضر التصريح بالطعن عريضة الطعن المؤشر عليها من أمانة الضبط وينبهه بأنه يجب عليه تأسيس محام إذا رغب في الدفاع عن نفسه ويتم التبليغ الرسمي طبقا للم 404 إلى 416 ق.إ.م.إ. وهذا حسب م 563 و 564 ق.إ.م.إ.

4- يجب على الطاعن إيداع عريضة الطعن بالنقض لدى أمانة ضبط المحكمة العليا أو المجلس القضائي يعرض فيها الأوجه القانونية لتأسيس طعنه وذلك خلال أجل شهرين إبتداء من تاريخ التصريح بالطعن بالنقض تحت طائلة عدم قبول الطعن شكلا طبقا لنص م 2/563 من ق.إ.م.إ.

إلا أن المشرع إستثنى على هذه الإجراءات:

طبقا لنص م 353 ق.إ.م.إ، للنائب العام لدى المحكمة العليا إذا علم بصدور حكم أو قرار في آخر درجة من المحكمة أو المجلس القضائي وكان هذا الحكم أو القرار مخالفا للقانون ولم يطعن فيه أحد الخصوم بالنقض في الأجل، فله أن يعرض الأمر بعريضة بسيطة على المحكمة

[1] - بعلي محمد السغير، المرجع السابق، ص. 232.

العليا وفي حالة نقض الحكم أو القرار ولا يجوز للخصوم التمسك بالقرار الصادر من المحكمة العليا بما قضى به باعتبار هذا الطعن مؤسس لفائدة القانون لا غير[1].

ثالثا_ حالات الطعن في الحكم الصادر في الدفع بوجود إتفاق التحكيم:

إن أهمية الطعن بالنقض جعلت المشرع يحيطه بمجموعة من القواعد التي تميزه عن غيره من الطعون حيث قام بذكر الأوجه التي تقرر نقض الحكم أو القرار على سبيل الحصر حيث ورد في م 358 ق.إ.م.إ، وهي 18 وجها وهي:

1- مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات.

2- إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات.

3- عدم الإختصاص.

4- تجاوز السلطة.

5- مخالفة القانون الداخلي.

6- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة.

7- مخالفة الإتفاقيات الدولية.

8- إنعدام الأساس القانوني.

9- إنعدام التسبيب.

10- قصور التسبيب.

11- تناقض التسبيب مع المنطوق.

12- تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار.

13- تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثيرت بدون جدوى وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ، وإذا تأكد هذا التناقض يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول.

14- تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي، في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولا ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق إنتهى بالرفض. وفي هذه الحالة يرفع الطعن

[1]- بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.263.

بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في م 354 أعلاه، ويجب توجيهه ضد المحكمين وإذا تأكد التناقض، تقضي المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معا.

15- وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار.

16- الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب.

17- السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية.

18- إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية.

وهذه الأوجه محددة على سبيل الحصر بإستثناء ما قد يتبين من أوجه قانونية محضة أو تلك المستمدة من الحكم أو القرار محل الطعن طبقا لنص م 359 ق.إ.م.إ، وللمحكمة العليا أن تبدي من تلقاء نفسها وجه أو عدة أوجه للنقض حسب نص م 360 ق.إ.م.إ.

رابعا_ الآثار المترتبة على الحكم الصادر من محكمة الطعن:

إذا تم الطعن في الحكم المتعلق بالدفع بإتفاق التحكيم فإن الحكم الصادر من محكمة الطعن سواءً الإستئناف أو النقض لا يخرج عن حالتين إما تأييد الحكم المطعون فيه أو نقضه.

1- أثار الطعن بالإستئناف:

يترتب على الإستئناف أثران: الأثر الموقف وأثر ناقل.

أ- الأثر الموقف للإستئناف:

يكون الحكم المستأنف فيه غير قابل للتنفيذ خلال فترة الطعن بالإستئناف وأثناء مرحلة نظر الخصومة من طرف المجلس وهذا طبقا لنص م 323 ق.إ.م.إ. وهذا بإستثناء الحالات التي يكون الحكم فيها مشمولا بالنفاذ المعجل[1].

[1] -مهملي ميلود، << طرق الطعن في المادة المدنية وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية >>، مجلة الموثق، عدد1 الجزائر، ص. 10.

ب- الأثر الناقل للإستئناف:

يقتضي تحويل النزاع برمته إلى قاضي الإستئناف يفصل فيه مرة أخرى بكل وبكافة السلطات والوسائل التي يتمتع بها قاضي الدرجة الأولى طبقا م 339، 340 ق.إ.م.إ ومن أثاره عدم قبول الطلبات الجديدة إلا الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلي وفقا م 341 و 343 ق.إ.م.إ. إلاّ أنه يجوز تقديم طلب الفوائد ومن تأخر من ديون ومن الإيجار والتعويضات عملا بنص م 342 ق.إ.م.إ[1].

كما يجوز في الإستئناف تقديم الطلبات المقابلة وفقا م 345 ق.إ.م.إ غير أن المشرّع بموجب نص م 346 ق.إ.م.إ، أجاز للمجلس القضائي عند الفصل في إستئناف حكم فاصل في أحد الدفوع الشكلية، قضى بإنهاء الخصومة، أن يتصدى للمسائل غير المفصول فيها بعد إجراء تحقيق عن الإقتضاء، لإعطاء حلّ نهائي للنزاع[2].

2-أثار الطعن بالنقض:

- ليس للطعن بالنقض أثر موقف للتنفيذ إلا إذا تعلق الطعن بحالة الأشخاص أو أهليتهم وفي دعوى التزوير وفقا لنص م 361 ق.إ.م.إ.

- إذا كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة ورفع الطعن من أحد الخصوم فإنه ينتج أثره بالنسبة لباقي الخصوم حتما وإن لم يطعنوا بالنقض أما إذا رفع في موضوع غير قابل للتبرئة لا يكون الطعن مقبولا ما لم يتم إستدعاء باقي الخصوم وفقا لنص م 362 ق.إ.م.إ.

- يتم نقض القرار أو الحكم المطعون فيه كليا أو جزئيا بحسب قابلية الحكم أو القرار للتجزئة. يقتصر أثره على مجال الأوجه التي أسس عليها ما عدا في حالة عدم قابليته التجزئة.

- وفي حالة نقض الحكم أو القرار المطعون فيه فإن المحكمة العليا تحيل القضية إما أمام الجهة القضائية التي أصدرته بتشكيلة جديدة، وإما أمام جهة قضائية أخرى من نفس النوع والدرجة[3] ومنه:

---

[1] -بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص، 256.

[2] -قبايلي طيب، المرجع السابق، ص، 12.

[3] - بوصنوبرة وسام، طرق الطعن غير العادية في الدعوى المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون العام كلية الحقوق، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2010، ص. ص. 44-48.

• يعيد قرار النقض الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل صدور الحكم أو القرار المطعون فيه.

• بقوة القانون يلغى كل حكم يصدر بعد النقض لما يكون تطبيقا وتنفيذًا لما طعن فيه.

• عدم قبول التدخل من الغير أمام جهة الإحالة، عكس من كانوا طرفا أمام الجهة القضائية المنقوض حكمها ولم يكونوا طرفا أمام المحكمة العليا فلهم حق التدخل الإختياري أو استدعائهم إذا ترتب على قرار النقض مساس بحقوقهم.

• تفصل جهة الإحالة من حيث الوقائع والقانون في المسائل التي شملها النقض فقط وتطبيق قرار الإحالة فيما يتعلق بالمسائل القانونية، وإذا لم تمتثل هذه الجهة فإنه يجوز للمحكمة العليا البت في الموضوع عند نظرها لطعن بالنقض الثاني، أما إذا تعلق الأمر بطعن ثالث فإن الفصل في الموضوع يصبح أمرا وجوبيا ويكون قرارها قابلا للتنفيذ وفقا لنص م 374 ق.إ.م.إ وهذا أمر مستحدث بموجب القانون الجديد 08/09 كي لا تبقى الخصومة محل أخذ ورد بين المحكمة العليا وجهات الإحالة.

خاتمة

وبعد دراستنا لموضوع الدفع بوجود إتفاق التحكيم، يتضح لنا أنه دفع يتمسك به المدعى عليه لوجود إتفاق،علىاللجوء إلى التحكيم بينه وبين خصمه ولقد ثار جدال وخلاف فقهي حول طبيعة الدفع بوجود إتفاق التحكيم، فمن الصعب وضع هذا الدفع تحت إطار أي نوع من الدفوع دون أن يلحقه النقد نظرا لتمييزه عن أي من الدفوع المعروفة، إلاّ أن النقطة الجديرة بالإهتمام والتي تمثل إلتقاء جميع الآراء هو الإقتراب الملاحظ لهذا الدفع من الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام، فالدفع بعدم الإختصاص هو دفع غير متعلق بالنظام العام وهو أحد الدفوع الإجرائية والقائلون بأنه دفع بعدم القبول دفع إجرائي وهناك إتجاهات قامت باستبعاد تكييف الدفع بوجود إتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم الإختصاص لأن إتفاق التحكيم لا يتضمن انتزاع اختصاص القضاء لصالح هيئة التحكيم، فإذا لجأ الأطراف للقضاء بالمخالفة لهذا الإتفاق، فإن القانون يعطي للطرف الآخر الحق في الدفع بوجود إتفاق التحكيم، وأن القضاء بعد التحقق من وجود أو عدم وجود إتفاق التحكيم يحكم في الدفع بوجود إتفاق التحكيم، فإن إتفاق التحكيم السابق لا يسلب القضاء ولاية نظر النزاع باعتبار هيئة التحكيم هي المختصة، كما أن تم إستبعاد الدفع بوجود إتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم القبول، لأن الدفع بعدم القبول يتعين إبدائه في أي حالة تكون عليها الدعوى، كما أنه يتعلق بشكل وإجراءات الخصومة القضائية ولا شأن له بإتفاق التحكيم.

وكذلك القانون بأنه دفع ببطلان المطالبة القضائية هو بلا شك يتعلق بدفع إجرائي صريح غير متعلق بالنظام العام، ولكن تم استبعاد الدفع بوجود إتفاق التحكيم على أنه دفع ببطلان المطالبة القضائية لأن البطلان عمل مخالف لنموذجه القانوني.

وفيما يتعلق بالتمسك بإتفاق التحكيم هو المدعي عليه فقط، إلاّ أن هذه القاعدة من الممكن أن ترد عليها بعض الإستثناءات، وكذلك يجب على المدعي عليه أن يكون طرف في إتفاق التحكيم نفسه، إما بصورة أصلية أو أن يكون هذا الإتفاق قد انتقل إليه حسب ما تقتضيه القواعد القانونية، وعلى المحكمة أن تتأكد من مدى صلاحية الطرف الآخر في التمسك بالإتفاق من عدمه، ولا يجوز للمحكمة أن تثير الدفع بإتفاق التحكيم من تلقاء نفسها، وإلا عدَّ حكما باطلا، ذلك أنه ليس متعلق بالنظام العام.

يلاحظ أن الدفع بوجود إتفاق التحكيم يخضع في إطاره العام لقاعدة وجوب التمسك به قبل الدخول في الدعوى، كما أن المحكمة تعمل على فحص الدفع بإتفاق التحكيم سواءًا من الناحية الشكلية أو من الناحية الموضوعية، من حيث التأكد من عدم وجود أي أسباب بالبطلان هذا الإتفاق و سقوطه أو عدم إمكانية تنفيذه سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم.

حيث أن الحكم القضائي بخصوص الدفع باتفاق التحكيم هو الغاية، والهدف التأكد في مدى صحة إتصال المحكمة بالنزاع من عدمه.

وغالبا ما تكون الأحكام الصادرة من الجهة القضائية مشوبة بخطأ أو نسيان، لذلك تقضي العدالة إيجاد وسيلة لمراقبة صحة الأحكام القضائية عن طريق إلغاءها أو تعديلها، ولقد أدرجها المشرع تحت عنوان " طرق الطعن " من ق.إ.م.إ، لذلك يخضع الحكم الصادر في الدفع بوجود إتفاق التحكيم إلى الأحكام الشكلية.

نستنتج من خلال دراستنا لهذا الموضوع ما يلي:

– رغم أن الدفوع تشكل جانبا مهما إلا أن معظم التشريعات العربية لم تعطها الإهتمام البالغ، فنجد أن النصوص الخاصة في الدفوع، أغلب التشريعات إرتكزت على الدفوع الإجرائية غـير المتعلقة بالنظام العام، دون وضع آلية متكاملة للدفوع ككل سواءًا الموضوعية أو الإجرائية أو الدفوع بعدم القبول.

– أما المشرع الجزائري فرغم إيراده لمجموعة من النصوص الخاصة بالدفوع في ق.إ.م.إ، إلا أنه لم يعطي اهتماما لموضوع الدفع بوجودإتفاق التحكيم ولم يضع له أحكاماً دقيقة، بالتالي يمكننا القول بأنه أهمل هذا الدفع إلى حدّ ما.

من أجل هذا نرى أنه يمكن إعادة النظر بخصوص النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم لسد الفراغ القانوني الخاص بالدفع بوجود إتفاق التحكيم وضرورة وضع مواد قانونية إضافية لقانون إ.م.إ، والأحكام الخاصة بالدفع بوجود إتفاق التحكيم من حيث طبيعتها وصاحب المصلحة في التمسك به، ووقت إبدائه، وتعريفا سليما للدفع بوجود اتفاق التحكيم.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية.

أ- الكتب:

1. إبراهيم جوهر إبراهيم، الدفع بإتفاق التحكيم في الدعوى المدنية، " دراسة مقارنة في الأثر السلبي المترتب على إتفاق التحكيم في التشريعات العربية والأجنبية "، دار الكتب القانونية 2009.
2. أحمد إبراهيم عبد التواب، التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار النهضة العربية القاهرة، 2008.
3. أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري الطبعة الخامسة منشأة المعارف، الإسكندرية 2000.
4. أحمد السيّد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية القاهرة، 2011.
5. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية القاهرة 2004.
6. أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الإختياري، " دراسة تحليلية مقارنة بطبيعتها القانونية وطبيعة العمل الذي تقوم به "، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
7. أشرف عبد الحليم الرفاعي، إتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، " دراسة فقهية قضائية مقارنة "، دار الفكر الجامعي، 2006.
8. الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لإتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2011.
9. بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الجزائر 2009.
10. حداد حمزة، التحكيم في القوانين العربية منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
11. _____ ، التحكيم في القوانين العربية، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن 2014.

12.محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة، 1999.

13.خالد إبراهيم التلاحمة، الدفع بالتحكيم وأثره على الدعوى القضائية، دار جهينة للنشر والتوزيع عمان، 2006.

14.عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم منشورات نوفل، بيروت، 1990.

15.عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي، " في المواد المدنية والتجارية والإدارية " المكتب العربي الحديث، القاهرة، 2003.

16.عبد الحميد فودة، الدفع بإنتفاء الصفة والمصلحة في المنازعات المدنية، منشأة المعارف 1998.

17.علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، " في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم "، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، دون سنة النشر.

18.علي أبو عطية هيكل، الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر، 2005.

19._____ ، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2007.

20.عوض أحمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر والتوزيع عمان، 2006.

21.فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.

22.فريحة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.

23.لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية و "القوانين المقارنة"، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

24.محمد الزغول، الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق، مكتبة اليقظة للنشر والتوزيع، عمان 2000.

25.محمد علي عويضة، حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، منشأة المعارف الإسكندرية، 2008.

26.محمود السيد عمر التحيوي، التحيكم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في العقود الإدارية دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.

27.مفهوم الأثر السلبي للإتفاق على التحكيم، " شرطا كان أم مشارطة الوسيلة الفنية لإعماله ونطاقه "، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.

28.مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1991.

29.مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

30.نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، " إتفاق التحكيم خصومة التحكيم – حكم المحكم وفقا لأحدث التعديلات التشريعية والقضائية "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.

31._____، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، " في قانون المرافعات المدنية والتجارية دراسة تحليلية للفقه والقضاء المصري والفرنسي "، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2004.

32._____ ، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 1999.

33.نجيب أحمد عبد الله الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، " دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية "، دون بلد النشر، 2006.

ب- المذكرات:

1. بوصنبورة وسام، طرق الطعن غير العادية في الدعوى المدنية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، 2010.
2. تعويلت كريم، إستقلالية إتفاق التحكيم التجاري الدولي، دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 09/93 والقانون المقارن، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004.
3. حدادن طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012.
4. كليبي حسان، دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، القانون الخاص، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس 2013.

ج- المقالات:

1. قبايلي طيب، << طرق الطعن العادية في المواد المدنية على ضوء ق 09/08 >>، مداخلة في الملتقى الوطني حول قانون الإجراءات المدنية والإدارية المنظم من طرف الغرفة الجهوية، يوم 2009/05/29، ص. ص. 1-14.
2. مهملي ميلود، << طرق الطعن في المادة المدنية وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية >> مجلة الموثق، عدد 1، الجزائر، 2009، ص.ص. 8-13.
3. تعويلت كريم، << دور القاضي الوطني في تحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي >>، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، عدد 1 بجاية، 2010، ص.ص. 141-154.

4._____ ، << الرقابة القضائية على إختصاص المحكم >>، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، عدد 2، بجاية، 2014 ص.ص. 197-211.

5.فارس علي عمر الجرجري، << الدفع بعدم قبول الدعوى >>، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، عدد 37، بغداد، 2008، منشور في الموقع:

http://www.iasj.net/iasj?func=issues&jId=83&uiLanguage=ar-

د- النصوص القانونية:

1- الإتفاقية الدولية:

إتفاقية نيويورك المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05 يتضمن الإنضمام بتحفظ إلى الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 1958/06/10 والخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها ج ر عدد 48 لسنة 1988.

2- النصوص التشريعية:

المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المعدل والمتمم للأمر 154/66 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 42 لسنة 1993.

قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج.ر.ج.ج، عدد 21، لسنة 2008.

مواقع الأنترنت:

http://www.droit-dz.com/forum/showthread.php?t=3458

http://www.iasj.net/iasj?func=issues&jId=83&uiLanguage=ar

http://www.aiadr.com/aiadr/subcat.asp?ID=178&Link=95

http://www.joradp.dz/HAR/Index.htm

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=205180

http://www.omanlegal.net/vb/archive/index.php/t-3831.html

ثانيا: باللغة الفرنسية:

1- Ouvrages :

CHRISTAN Gavalda, CLAUDE Lucas, **Connaissance du droit**, édition Dalloz, Paris, 1993.

TRARI Tani Mostefa, **Droit Algérien de l'arbitrage Commercial International**, Edition BERTI, Alger, 2007.

الفهرس

مقدمة: 02

الفصل الأول

ماهية الدفع بوجود إتفاق التحكيم 05

المبحث الأول : مفهوم الدفع بوجود إتفاق التحكيم..... 06

المطلب الأول: تعريف الدفع بوجود إتفاق التحكيم..... 06

الفرع الأول: التعريف الفقهي..... 07

الفرع الثاني: التعريف التشريعي..... 08

أولا_ الإتفاقيات الدولية: 08

ثانيا_ التشريعات الوطنية: 09

المطلب الثاني شروط الدفع بوجود اتفاق التحكيم..... 10

الفرع الأول: أن لا يكون الدفع قد سقط حق التمسك به..... 10

الفرع الثاني: الصفة والمصلحة..... 11

أولا_ أن يكون الدفع قانونيا: 12

ثانيا_ أن تكون المصلحة من الدفع قائمة وحالة:..... 12

ثالثا_ أن يكون الدفع جوهريا: 12

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للدفع بوجود اتفاق التحكيم..... 13

المطلب الأول: أنواع الدفوع التي قيلت حول طبيعة الدفع بوجود إتفاق التحكيم..... 14

الفرع الأول: الدفع بإتفاق التحكيم دفع بعدم الإختصاص..... 14

أولا_ تعريف الدفع بعدم الإختصاص: 14

ثانيا_ الأحكام الخاصة بالدفع بعدم الإختصاص 15

الفرع الثاني: الدفع باتفاق التحكيم دفع بعدم القبول..... 17

أولا_ تعريف الدفع بعدم القبول..... 18

ثانيا_ الأحكام الخاصة بالدفع بعدم القبول..... 19

الفرع الثالث: الدفع بإتفاق التحكيم دفع ببطلان المطالبة القضائية..... 20

الفرع الرابع: الدفوع الموضوعية..... 22

الفرع الخامس: التكيف المختار للدفع بوجود اتفاق التحكيم..... 23
المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء..... 25
الفرع الأول: موقف الفقه والقضاء المصري..... 25
أولا_ موقف الفقه المصري..... 25
ثانيا_ موقف القضاء المصري..... 26
الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء الفرنسي..... 27
أولا_ موقف الفقه الفرنسي..... 27
ثانيا_ موقف القضاء الفرنسي..... 27
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم..... 28

الفصل الثاني

31

التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم

المبحث الأول: التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم..... 32
المطلب الأول: حق التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم..... 32
الفرع الأول: المدعى عليه..... 32
الفرع الثاني: إمتداد حق التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم إلى غير المتعاقدين الأصليين..... 33
أولا_ إتفاق التحكيم الذي يعقده الوكيل..... 34
ثانيا_ التمسك بإتفاق التحكيم من قبل الخلف العام والخاص وضدهما..... 34
ثالثا_ التمسك بإتفاق التحكيم من الغير..... 35
الفرع الثالث: مدى جواز إثارة الدفع بوجود إتفاق التحكيم من قبل المحكمة..... 36
المطلب الثاني: وقت وكيفية التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم..... 38
الفرع الأول: القاعدة العامة بخصوص وقت التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم..... 38
الفرع الثاني: كيفية التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم..... 40
أولا_ التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم من خلال طلب مستقل..... 40
ثانيا_ التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم من خلال المذكرة الجوابية..... 42
ثالثا_ التمسك بالدفع بوجود إتفاق التحكيم شفاهة..... 43

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على الدفع بوجود إتفاق التحكيم..... 44
المطلب الأول: نظر الدفع بإتفاق التحكيم من قبل المحكمة..... 44
الفرع الأول :المحكمة المختصة بالنظر بالدفع بإتفاق التحكيم..... 44
الفرع الثاني: صلاحية المحكمة في فحص وتدقيق الدفع بإتفاق التحكيم..... 45
الفرع الثالث: مراحل فحص وتدقيق الدفع بإتفاق التحكيم..... 48
أولا_ الجانب الشكلي..... 48
ثانيا_ الجانب الموضوعي..... 48
المطلب الثاني: أثار الحكم الصادر في الدفع بوجود إتفاق التحكيم والطعن فيه..... 49
الفرع الأول: الحكم الصادر في الدفع بوجود بإتفاق التحكيم وأثاره القانونية..... 50
أولا_ مفهوم الحكم القضائي..... 50
ثانيا_ وقت إصدار الحكم في الدفع بوجود إتفاق التحكيم..... 52
ثالثا_ مضمون الحكم الصادر في الدفع بوجود إتفاق التحكيم..... 52
رابعا_ الأثار المترتبة على الحكم الصادر في الدفع بوجود إتفاق التحكيم..... 54
خامسا_ مدى جواز إحالة النزاع إلى التحكيم في حالة قبول الدفع..... 55
الفرع الثاني: الطعن في الحكم الصادر في الدفع بوجود إتفاق التحكيم وأثاره القانونية..... 57
أولا_ مفهوم الطعن وطرقه..... 57
ثانيا_ ميعاد وإجراءات الطعن في الحكم الصادر في الدفع بوجود بإتفاق التحكيم..... 60
ثالثا_ حالات الطعن في الحكم الصادر في الدفع بوجود إتفاق التحكيم..... 64
رابعا_ الآثار المترتبة على الحكم الصادر من محكمة الطعن..... 65
خاتمة..... 69
قائمة المراجع..... 72
الفهرس..... 79

ملخص

الدفع بوجود إتفاق التحكيم بشكل عام هو حق للخصوم وبالتالي فإن الحق في إثارته يكون للخصم صاحب المصلحة والصفة كقاعدة عامة، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بالدفع من تلقاء نفسها.

إذا كانت لأنواع الدفوع قواعد وأحكام واجبة التطبيق وفقا لنظرية الدفوع وأحكام التشريعات المختلفة فإن أحكام الدفع بوجود اتفاق التحكيم غير واضحة المعالم في التشريعات المقارنة والدليل على ذلك الاختلاف الفقهي الدائر حول طبيعة هذا الدفع وأحكامه الخاصة.

Résumé

L'exception d'arbitrage, d'une manière générale est un droit pour les parties. Par conséquent, le droit de son évocation appartient à la partie qui a l'intérêt et la qualité à le faire. Le tribunal ne peut donc pas évoquer cette exception de son propre chef.

Si les différentes exceptions ont des règles et des modalités qu'il faut respecter en application de la théorie des exceptions et des différents régimes juridiques, les règles de l'exception d'arbitrage est ambigüe dans les légalisations comparées. Il en est pour preuve, l'existence d'un différend doctrinal autour de la nature de cette exception et ses règles particulières.