جامعة دمشق

كلية الحقوق

تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية
غير الخاضعة لأحكام قانون التحكيم رقم 4 لعام 2008

بحث علمي قانوني مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص

إعداد الطالب

رامي وليد حاتم

إشراف الدكتور

أحمد الحراكي

أستاذ مساعد في قسم القانون الخاص

العام **1433 – 2012**

شكر وتقدير

لا يسعني بداية سوى أن أتوجه بالشكر لجميع أساتذتي في كلية الحقوق، وأخص بالشكر عمادة الكلية والأساتذة في قسم القانون الخاص، وجميع الإداريين والعاملين في حرم الكلية.

كما أخص بالشكر والامتنان ... الدكتور أحمد الحراكي.. الذي على الرغم من ضيق وقته، وكثرة التزاماته وضغوطات العمل، فقد خصني بالإشراف على البحث، والمتابعة الدائمة، وتقديم جميع التوجيهات العلمية التي من شأنها أن ترتقي بالبحث إلى المستوى المطلوب.

ولجميع أعضاء لجنة الحكم .... الأساتذة السادة:

- الدكتور محمد حاتم البيات
- الدكتور جودت الهندي
- الدكتور أحمد الحراكي

لكم مني جزيل الشكر على الجهد الذي تبذلونه لقراءة الأبحاث وتقييمها، والعمل الدائم والدؤوب إلى الارتقاء بالمستوى العلمي لجميع الطلبة، وصولاً لواقع علمي تتميز به كلية الحقوق بوجود أساتذة لا يألوا جهداً في عملية البحث العلمي وتوجيه الباحث للطريق السليم والمنهج الصحيح في البحث العلمي.

وأخيراً لا أنسى كل من قدم لي عوناً، سواء من حيث تأمين المراجع اللازمة للبحث، أو بأي معونة أخرى أياً كان نوعها.

الطالب رامي حاتم

الإهداء

إلى بحر من العاطفة والحنان والدعم المعنوي والفكري الدائم...

والدي ووالدتي

إلى توأم الروح الذي يسعى باتجاه الخطوة الأولى للبحث العملي...

أخي صافي

المقدمة

أدى التطور البشري عبر العصور إلى تطور في قطاعات الحياة كافة، ومنـــها النطاق الأوسع في القطاع المدني والتجاري، ما أدى إلى نشوب خلافات بأشـــكال جديدة ومعقدة أكثر، والتي هي في أغلب حالاتها تجذب سلطة حل النزاع، السلطة المخولة عادةً للجهات القضائية المعنية بإيجاد السبل لحل النزاعات والفصـــل فيهـــا وتحقيق العدالة، وخلق منظومة قانونية اجتماعية تحقق شروط القانون الطبيعي، لكن كثرة النزاعات راكمت العديد من الدعاوى أمام القضاء،الأمر الذي أدى إلى معاناة الكيان القضائي من كثرة الدعاوى، مما يؤدي إلى إطالة أمد التقاضي وزيادة الجهد والمصاريف. وهنا بدأ السعي إلى التخفيف عن الجهات القضائية، خاصة في خضم ثورة التكنولوجيا في الاتصال والانتقال والتعاقدات وسرعة المعـــاملات التجاريـــة، وهذا ما يجري إما بحلول ودية أو بمحاولة الوساطة أو التوفيق، أو أخيراً التحكـــيم الذي تعددت صوره وأساليبه بمرور الزمن، ولكن بقي في جوهره واحداً من حيث المبدأ، يحمل عدداً من الإيجابيات،خاصةً بما يجسده من خلال تحقيق مبدأ (لا غالب ولا مغلوب) واستمرار العلاقات بين الفريقين أصحاب النزاع.

وجميع الأساليب البديلة لحل النزاع تأخذ دوماً بالعدالة الرضائية الاجتماعية دون التقيد بالنص القانوني[1]، وذلك مع تحقيق القناعة القانونية والعدالة للأطـــراف قِبَل جهة حل النزاع، وكما يقول أرسطو: "إن أطراف النزاع يستطيعون تفضـــيل

(1) – الأستاذ أندريه – تقرير مقدم لندوة القانون المقارن بدمشق- نقلاً عن بحث بعنوان الأساليب البديلة لحسم المنازعات مقدم إلى نقابة المحامين فرع السويداء من المحامي لورنس سلوم – ص17.

التحكيم عن القضاء، وذلك لأن المحكم يرى العدالة، بينما لا يعتـــد القاضـــي إلا بالتشريع"[1].

ومن الملاحظ أن عملية التحكيم لم يعد يقتصر أثرها على المستوى الداخلي للبلـــدان وإنما اتسع نطاقها على المستوى الدولي وأصبح شرطاً نموذجياً يوضـــع في أغلـــب عقود التجارة الدولية ،وحيث أن المشرع السوري قد وضع قانوناً خاصاً بالتحكيم لينظمه من خلال كونه تحكيماً فردياً أو مؤسساتياً، ولا سيما في وقتنا الراهن الذي تتوجه فيه الأغلبية من المتخاصمين إلى مثل هذه المؤسسة، خاصةً في ظل تغـــيرات الظروف الاقتصادية والمالية وانعكاسها على أسعار الملكية المادية للأشياء والحقوق. وبنتيجة كل ما سبق سيصدر قرارعن هيئة التحكيم يحدد المسؤوليات والحقـــوق، وسيصطدم هذا القرار بإمكانية تنفيذه أمام سلطات الدولة المعنية بتنفيذ مثل هـــذا القرار، في حال اتسم ببطلان في بلد صدور القرار أو بطلانه بحسب قانون الدولـــة المعنية بالتنفيذ أي قانوننا الوطني ،الأمر الذي يجب أن يستند بـــادئ ذي بـــدء إلى معيار محدد وواضح للبطلان ناجم عن المعيار الموحد المتفق عليه دولياً، استناداً لمـــا يعرف بالنظام العام الدولي أو للخصوصية الناجمة عن النظام العام الـــوطني الـــذي يفرضه نظامنا القانوني من خلال الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية الصادرة في سوريا أو المطلوب تنفيذها ضمن أراضيها ،بمعزل عن مضمون القوة التنفيذيـــة التي تحملها مثل هذه القرارات التحكيمية وآليات تنفيذها في سوريا، وكـــل مـــا

(1) – الأستاذ لويس قشيشو – مقالة منشورة في مجلة المحامون العدد 5و6 لعام 2008 – ص 645.

ذكرناه سيكون مجال بحثنا هذا، انطلاقاً من التأصيل التـــاريخي لعمليـــة التحكـــيم والإجراءات التي تحكم هذه العملية وماهية عملية التحكيم والشروط التي قد ترتبط بتطبيقها، وصولاً إلى الأحكام التحكيمية على الصعيد الداخلي والـــتي لايشـــكل تنفيذها عقبة أمام هذه العملية القانونية الاتفاقية، على خلاف الأحكام التحكيميـــة الأجنبية والتي قد توصف بالبطلان مع إمكانية تنفيذها داخل حدود القطر العـــربي السوري والتي نظمتها الاتفاقيات الدولية والتشريعات الخاصة، وذلك من خـــلال التقسيم التالي:

المبحث التمهيدي: التحكيم عبر التاريخ

الفصل الأول : ماهية التحكيم وتطبيقاته.

الفصل الثاني : حكم التحكيم الأجنبي الباطل وتنفيذه في سوريا

المبحث التمهيدي

التحكيم عبر التاريخ

وسندرس في هذا المبحث تاريخ التحكيم بما يتقاطع معه من القضاء العشائري ونظرة الإسلام للتحكيم وما تضمنته مجلة الأحكام العدلية من نصوص متعلقة بهذا الموضوع كما سنستعرض تطور مؤسسة التحكيم في بعض القوانين العربية وذلك في خمسة مطالب هي :

المطلب الأول : تاريخ التحكيم .

المطلب الثاني : القضاء العشائري .

المطلب الثالث : التحكيم في الإسلام .

المطلب الرابع : التحكيم في مجلة الأحكام العدلية .

المطلب الخامس : التحكيم في القوانين العربية .

المطلب الأول

تاريخ التحكيم

قبل البحث في مصطلح التحكيم لابد من معرفة أصوله التاريخية، وما يحكمه من قواعد متوارثة في هذا الاتجاه، مع الإشارة إلى التداخل الحاصل بين التحكيم والقضاء العشائري.

التحكيم من أقدم الوسائل التي عرفها الإنسان لحل النزاعات التي قد تنشأ بين أفراد المجتمع، وهذا الأمر بديهي وجد مع الإنسان البدائي، وتطور عبر التاريخ، ليصل إلى الشكل الذي نسعى إليه في العصر الحالي.

هذا ما يظهر بالعودة إلى الحضارات البابلية والسومرية والرومانية وتاريخ الحضارة الإسلامية، ونحن نتبين من خلال البحث والكتابات التاريخية أن مجمل الحضارات كانت تستخدم هذا الأسلوب لحل النزاعات باختلاف الشكل الذي تتخذه لهذه الغاية، ففي الحضارة السومرية كان القانون السومري يقر نظاماً عاماً للتحكيم شبيهاً بالقضاء؛ حيث كان يتوجب على القاضي عرض النزاع على مستشار عام أو محلَّف يقوم بمهمة التسوية الودية قبل إحالة الموضوع ليأخذ شكله القضائي، وهذا ما أخذت به الحضارة الهندية واليونانية التي ضمَّنت التحكيم في قوانينها؛ ففي تشريعات صولو عام/640 – 558 ق.م/ اعتمدت القرعة وسيلة لتحديد المحكمين في القضايا العامة[1]، ومع تطور الزمن استمر العمل بهذه الوسيلة لحل النزاعات، وأكثر ما نجده في الحضارة الرومانية التي تعتبر أحد أهم الركائز والمصادر لجميع القوانين التي تنتمي إلى المجموعة اللاتينية ، فقد كانت هذه الطريقة – رغم اعتمادها– لا تعدو أن تكون شرطاً يوضع ضمن الالتزامات في حالتها الطبيعية ما لم يرافق هذا الشرط ما يمنحه قوة تنفيذية من الطرفين، من خلال إضفاء الصفة التعاقدية على هذا الشرط البسيط، وذلك بمنحه دعوى خاصة تُرفع وتنتج

(1) – د.وليد منصور – التحكيم في العقود الإدارية – منشورات نقابة المحامين فرع دمشق (2007) – ص 28.

آثاراً ذات مفاعيل قانونية، تتمثل بالتزامات محددة كجزاءات مالية (شرط جزائي)، حتى إن جوستينيان قد أكد على وجوب منح هذا الشرط القوة التنفيذية، من خلال إنشاء وسيلة مباشرة للتنفيذ في الحالة التي يصدر فيها حكم بشأن مشارطة تحكيم، فقد حدد ضمن الدستورين الذين أصدرهما مواد قانونية تمنح إمكانية رفع دعوى لتنفيذ الحكم التحكيمي[1].

ففي العهد الروماني القديم كان الملك هو الذي يتولى السلطات والصلاحيات بمعاونة الكهنة، أما في المسائل المدنية والتجارية، فقد أنشأ وظيفة خاصة أطلق عليها تسمية (البريتور) الذي يقوم بسماع دفوع الخصوم ورفعها بمجملها إلى المحكم، الذي تم الاتفاق عليه بين الخصوم. و لم يكن القرار الصادر حينها يوصف بالحكم، بل يكتفى في حال الامتناع عن التنفيذ بالغرامة،فلم يصبح الحكم التحكيمي مزوداً بصلاحية التنفيذ إلا في عصر جوستينيان، هذا بالنسبة لبريتور المواطنين[2]، أما بالنسبة إلى الأجانب، فإنه بعد إعطائهم الحقوق أصبح هناك مايسمى (البريتور الخاص) بهم الذي يقوم بسماع الدعوى وتقديمها إلى القضاء حال النزاع على أصل الحق، وعلى هيئة التحكيم حال النزاع على مدى

---

(1) – المحامي عبد الهادي عباس – التحكيم الداخلي في القانون السوري– الطبعة الأولى (1995) منشورات دار الأنصار – ص 7.

(2) – د.محمد عبد المنعم بدر– عبد المنعم البدراوي – مبادئ القانون الروماني – طبعة 1952– دار النهضة العربية– ص25 ، وكذا راجع : د.أحمد محمد عبد البديع شتا – شرح قانون التحكيم– الطبعة الرابعة عام 2009 – دار النهضة العربية – ص 39.

هذا الحق (كالنزاع على حدود الملكية) [1]. وقد تطورت فكرة التحكيم في القرون الوسطى، وخاصة عندما نادى فقهاء الكنيسة بقدسية العقد، مما فسح المجال بإمكانية اللجوء إلى مثل هذا الاتجاه، وخاصةً بعد أن باركت الكنيسة هذه الطريقة لما فيها من صلح وتسوية للنزاع .

مع العلم أن الأنظمة الملكية في حينها رفضت التحكيم لكونه يؤدي للتقليل من صلاحية هذه الأنظمة[2].

وعند العرب، وبعد النظر إلى الأنظمة القانونية لهذا المجتمع وخاصةً في مرحلة ما قبل الإسلام، فإننا نجد ذات الانطباع الذي يتوصل إليه الباحث عند المقارنة مع الأنظمة القانونية السابقة، وبالنظر للشكل الذي تضفيه على مثل هذه الوسيلة، فمثلاً كانت تعرف بمفهوم (المنافرة) وهي حالات الاختلاف على استحقاق مكرمة أو البت بمفاخرة كان يتنازع عليها رجلان إلى حكمائهم ليروا من يستحقها[3]. وقد كانت وسائل الإثبات في حينها بدائية وتطورت لتأخذ فيما بعد شكل القواعد التي أصبحت مع الزمن بدهيات قانونية في التقاضي وحلِّ النزاعات، كذكر المدعي لإثباته واللجوء إلى اليمين كحل أخير. وهو ما يعرف بقاعدة (البينة

---

(1) - د.محمود السقا – تاريخ القانون المصري – طبعة عام 1978- دار النهضة العربية – ص254. ود.أحمد محمد عبد البديع شتا- المرجع السابق- ص40.

(2) - د.ناريمان عبد القادر- اتفاق التحكيم - الطبعة الأولى- عام 1996-ص33 .

(3) - عبد الهادي عباس – التحكيم الداخلي في القانون السوري- منشورات دار الأنصار- 1995-ص7. ود.محمد وليد منصور – التحكيم في العقود الإدارية – منشورات نقابة المحامين في سوريا – 2007 – ص30.

على من ادعى واليمين على من أنكر).وجاء الإسلام ناظماً لهذه القواعد في البقاع التي انتشر فيها، واضعاً لها أسساً شرعية وقانونية في الوقت نفسه.

المطلب الثاني

القضاء العشائري

إن التطور البشري ووجود الإنسان في مجتمعات، استوجب وجود جهاز منظم لفض المنازعات في المجتمع، الذي استدعى أن يضع الإنسان البدائي أسلوباً خاصاً لحل نزاعاته في مجتمعه، من خلال البدائل التي أوجدها. ومن أكثر العوامل التي ساهمت بوجود فكرة التحكيم في المجتمعات البدائية عاملان أساسيان هما ضيق المساحة ثم قلة عدد السكان أي بوجود نظام العشيرة أو القبيلة.

واللافت أن هناك مجتمعات متمدنة في يومنا هذا لم تستطع أن تتخلى عن هذا الأسلوب بشكل أو بآخر، كالمجتمع العراقي والأردني، الذي يستخدم أسلوب القضاء العشائري حتى يومنا هذا. وإذا سلمنا بما سبق، فإننا نجد أن التحكيم أصل وليس استثناءً، وهو الحل الأقدم لتسوية المنازعات،هذا الحل الذي أصبح مع الزمن وسيلة تكميلية إلى جانب القضاء.

وعلى اعتبار أن التحكيم المعروف بالقضاء العشائري سابقاً موجود لكنه متناقل شفوياً بين الأجيال، الأمر الذي جعل إسناده إلى مرجع ثابت أمراً ليس

باليسير، فهو قضاء موجود في سوريا ولبنان والأردن والعراق واليمن ودول الخليج.

وخير مثال للحديث عن هذا النوع الذي يعتبر تحكيماً لمثل هذه المجتمعات، هو الحديث عن النظام القبلي والقضاء القبلي في اليمن، حيث يرتكز هذا القضاء على مجموعة من القواعد الآمرة والمكملة التي تأخذ شكل إجراءات واجبة الاتباع للوصول إلى التحكيم (القضاء القبلي)، وفي مثل هذه الأنظمة يؤدي شيخ القبيلة دوراً هاماً في التوسط للوصول إلى اتفاق التحكيم،الذي من الجائز أن يكون مكتوباً أو شفوياً، وقبل البدء بالتحكيم واتفاقه هناك محاولات تمهيدية تتمثل إما بإتباع نظام العدال أو الوسطاء أو الذبائح.

أولاً– العدال:

نظام يقوم على تقديم مبلغ نقدي معين أو(البندقية الخاصة) لأحد المتخاصمين، وهو ما يرمز إلى خضوع الخصوم لما سيصدر من قرارات عن المحكمين، يختلف باختلاف النزاع و يعتبر تقديم العدال من أي طرف من أطراف النزاع بمثابة عرض وإيجاب لقبول التحكيم في القضاء القبلي؛ حيث يقوم الطرف الآخر بالموافقة وتقديم عدال مقابل للعدال الأول، ليصار بعدها إلى اختيار المحكمين (القضاة العشائريين) وتسليمهم العدال الخاص بطرفي التحكيم. ومن المعلوم أنه يفرض على المخالف أو غير الملتزم تعويضات ومبالغ مالية وأحكام شديدة. وتجدر الملاحظة إلى أن العشائر التي كانت تقيم في بلاد الشام، كانت تستخدم بدلاً من

مصطلح (العدال) مصطلح (العطوة) أي التوسط بالإيجاب للتحكيم[1]، وفي حال عدم القبول يصار إلى إيقاع العقوبات التي قد تصل إلى إحدى عشرة عقوبة[2] تحددها الصلاحية التقديرية للمحكم.

ثانياً_ نظام التوسط (الوسطاء):

وهو النظام الذي يقوم فيه الرجال أصحاب المكانة العليا في القبيلة بالتدخل، بهدف حل الخلاف وطرح الحل تجنباً للنزاع؛ بحيث يقوم هؤلاء بموجب المكانة التي منحها لهم المجتمع بالتدخل لطرح التقاضي العشائري بينهم (التحكيم)، لمنع النزاعات، بهدف الوصول إلى واقع سلمي دون نزاع. ومع ذلك فإن هيئة الوسطاء تطرح إمكانية التحكيم دون فرض هيئته أو القبول به، لأنه لكل من الأطراف الحق في استشارة وسماع مشورة كبار رجال القبيلة. ومع ذلك فإن لهيئة الوسطاء فرض الضمانات التي تمكن الفريقين وهيئة التحكيم من التصرف بشكل طبيعي[3].

ثالثاً–نظام الهجر أو (الذبائح):

قبل البحث في تفاصيل مثل هذا النظام، لابد من معرفة تعريف الهجر، فالهجر: ذبيحة تقدم للمجني عليه وتستخدم وسيلة للتعبير عن رضائه، فإنه إما أن

---

(1) – د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي– التحكيم في القوانين العربية – طبعة عام 2006 – الإسكندرية – المكتب الجامعي الحديث– ص109

(2) – فضل أبو غانم – البنية القبلية بين الاستمرار والتغيير– رسالة ماجستير– كلية آداب عين شمس –بدون عام للنشر– ص264 .

(3) – د.علي صادق أبو هيف، الدية في الشريعة الإسلامية–رسالة مترجمة باريس1932 – ص152

يقبل الذبيحة والتحكيم أو يرفض الأولى ويبقي على الثانية، وبالتالي تبقى وسيلة للتعبير عن الرضا[1]. وله صور عديدة منها:

(1) – الهجر في اللغة ضد الوصل– مختار الصحاح– باب هجر.

1) المهجم:

تعني إيجاب الاتفاق على التحكيم دون علم الطرف الآخر. وبموجب هـذا النظام يقوم أحد أطراف النزاع بنفسه أو بواسطة أقاربه بذبح ما تيسر لهـم مـن الأنعام. وهذا الإجراء كفيل بقبول حل الخلافات بوساطة نظام التحكيم القبلي[1].

2) العقير:

هي عبارة عن تقديم ذبيحة لإشهار الحق وطلب الإنصاف. ولا يتبع ذلـك إلا من صاحب الحق لإظهار حقه وطلب الوساطة في حل نزاعاتـه عـن طريـق التحكيم القبلي.

3) الهجر:

هي الصورة الشائعة للذبائح، إذ تكاد لا تخلو عملية تحكيمية مـن وجـود ذبيحة تذبح أمام باب منزل صاحب الحق لإرضائه. وهو إجراء لرد اعتبار النفـوس الغاضبة. ويعتبر رفضه للذبيحة رفضاً لقبول التحكيم وحكم التحكيم، وبالتالي فإنه خروج عن الأعراف القبلية وأيضاً خروج عن قيم وأخلاق القبيلة، قد تصل عقوبته إلى حد القطيعة[2].

وبعد البحث في أساليب وأنظمة التحكيم القائم في القبيلة، لا بد من البحث في إشكاليتين تدخلان ضمن الدراسة المقارنة لأي نظام تحكيمي قـائم أو سـابق وهما:

---

(1)، (2)- د.نجيب احمد عبد الله ثابت الجبيلي – مرجع سابق- ص112،113.

1- إجراءات الخصومة وقواعدها الأساسية في النظام القبلي:

غالباً بعد الاتفاق على اللجوء للتحكيم، تلجأ الهيئة فوراً لبدء العمل بالمهمة التحكيمية واتخاذ القرار، - وفي الغالب في الجلسة الأولى- ولكن بعد الشروع بالعملية التحكيمية قد تضطر الهيئة لعقد أكثر من جلسة في الوقت الذي يسبغ على التحكيم القبلي أو الإجراءات القبلية السرعة لمعرفة الجاني أو صاحب الحق، وهو الأمر المأخوذ من المواصفات العائدة للمجتمع القبلي. وهذا ما أدى إلى وجوب اتباع قواعد أساسية لدى التحكيم في مثل هذه المجتمعات:

أ) اتخاذ إجراءات الخصومة في المواجهات بين الفريقين، وذلك من خلال إفساح المجال أمامهم لإبداء دفوعهم والاطلاع على مستندات الدعوى كافة[1].

ب) علانية الجلسات والتي لا تقتصر حكماً على المحتكمين والمحكمين، ولكن تتسع لتشمل مجموعة تتكون من كبار القبائل وأفرادها، ما يحقق حماية النظام العام والعدالة في التحكيم وحيادية المحكمين[2].

ج) إن الحضور والغياب للمحتكمين أمام المحكمين يكون خلال أسبوع من الغياب بإعلان من (الدوشان)[3] حيث يحكم بدعواه بعد خمسة عشر يوماً من التغيب، لأنه يعتبر تاركاً دعواه أمام هيئة التحكيم.

---

(1) - رشاد العليمي – القضاء القبلي في اليمن- رسالة ماجستير آداب عين شمس- 1987- ص143.

(2) - أحمد عويدي العبادي – القضاء عند العشائر الأردنية- رسالة دكتوراه مطبوعة – الأردن – 1989-ص246.

(3) - الدوشان: يقال بأنه لفظ مركب يستخدم تم تحريفه عن لفظة (ذو شأن) ويعتبر المتحدث الإعلامي نقلاً عن د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي- مرجع سابق- ص 118.

د) مكان الجلسات التحكيمية يكون إما في بيت المحكم، أو في بيت شيخ القبيلة، أو في بيت أحد المحتكمين بموافقة الطرف الآخر، أو في المكان الذي وقع فيه النزاع.

هـ) يكون للمحكم صلاحيات التصرف واتخاذ الإجراءات المناسبة لإدارة جلسات التحكيم. وتعتبر مصاريف التحكيم القبلي على عاتق الفريقين المتخاصمين والتي تزداد بازدياد الموقع المالي للمتخاصمين. وقد سعت الحكومات التي تعتمد هذا الأسلوب إلى محاولة ضبط هذه المصاريف، والتي تعرف بحسب المصادر التاريخية بالرزقة عند العشائر الأردنية والعراقية والشامية[1].

و) إن إجراءات الإثبات في النظام القبلي تقوم، إضافة إلى المحررات أي المستندات المكتوبة والشهادة والخبرة والإقرار، على وسيلتين لهما شكل خاص في النظام القبلي هما اليمين والبشعة واللتان تعرفان كما يلي:

- **اليمين:**

هي وسيلة يستخدمها النظام القبلي ليس فقط لدورها في الإثبات، بل بسبب ما ترمز إليه هذه الوسيلة من تضامن وتعاضد بين أفراد القبيلة، من خلال المبدأ المعروف عموماً (الحلّافة)، حيث يقوم جمع من أقرباء من وجه إليه اليمين بحلف اليمين معه، ويحدد عددهم بحسب أنظمة القبيلة ونوعها

(1) - د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي – التحكيم في القوانين العربية – ط2006 – الإسكندرية – المكتب الجامعي الحديث – ص121.

ونوع الجرم[1]، وغالباً ما يكون نص اليمين في مثل هذه الأنظمة على النحو التالي:

"أقسم بالله العظيم (الحاكم الناقم) قاطع الذرية والنصيب (الـــرزق) عالم الغيب والشهادة، إنني لم أرق دماً (أصبه بأذى) ولا عثرت له قـــدم (لم يقف له قدم) ولا لي فيه يد سوداء (لم تمس بأي اعتداء ولا علة و لم أشـــك في أي شخص ولا أعلم من غريمه"[2].

- **البشعة:**

هي وسيلة الإثبات التي كانت تستخدمها القبائل العربيـــة، بإرســـال المتهم بعد فقدان كافة الأدلة إلى شخص يدعى (المبشع)،- يـــأتي بقضـــيب حديد يحمِّيه على النار حتى يحمر ويأمر المتهم أن يلسعه بسرعة ويعطيـــه في الحال ماء للشرب-، وتعليلهم لمثل هذا النوع من الوسائل هـــو أن الحالـــة النفسية تلعب دوراً هاماً، فالمذنب يشعر بالخوف ويجف لســـانه فيحـــرق اللسان، أما البريء فيكون هادئاً ويبقى لسانه مبتلاً فلا يتأثر كثيراً بالحرارة، ويكون الحرق عبارة عن لسعة غير ضارة. وهذه الوسيلة ألغيت مع الوقت؛ حيث قضت أغلب المحاكم العليا في الدول العربية التي كانت تعتمـــد هـــذا الحكم بإلغاء مثل هذه الطريقة، على اعتبار أن المشرع قد أوجـــد وســـائل الإثبات والأدلة المقررة الكافية لإثبات الوقائع المتعلقة[3]. ويبقى أن نقول إنه

---

(1) - د. فضل أبو غانم –المرجع السابق- ص294 .

(2) - د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي – مرجع سابق- ص124.

(3) - أحمد عويدي العبادي- مرجع سابق- ص100 .

ضمن صلاحية المحكم أن يفصل بدعواه بعلمه الشخصي، وذلك نتيجة لمعرفته بالتفاصيل المختلفة حول الفريقين، فيكون حكمه بعلمه الشخصي أقوى من التقيد بالنص والإجراء المحدد.

ز) إن صدور الحكم لدى المحكمين في النظام القبلي يكون بعد الإجراءات التي ذكرناها من تحقيق ومرافعة. والقاعدة العامة لأحكام المحكمين (القضاة العشائريين) هي استنادهم للسوابق التحكيمية أي ما يشابه إلى حد كبير المبدأ المطبق في الأنظمة الأنكلوسكسونية، خاصة أن للمحكم الاستبيان والاستيضاح والتحقيق والبحث والاستماع إلى أقوال الخصوم وصولاً إلى الحقيقة، التي يجب أن يستند معها إلى العرف المكتوب وغير المكتوب، فإذا خرج حكمه عما سبق كان عرضةً للطعن أمام (المراغه) أي الهيئة العليا للتحكيم القبلي. والغالب في الأمر أن يصدر حكم التحكيم شفوياً، إلا إذا كانت المنازعة على درجة من الأهمية؛ بحيث يصدر حكمها مكتوباً، ويكون نطق الحكم التحكيمي في الغالب علنياً.

أما الاعتراض على هذه الأحكام فيكون بإحدى طريقتين:

الطريقة الأولى: إما التظلم إلى المراغة(الهيئة العليا التحكيمية للقبائل) وللأطراف جميعهم الطعن أمام المراغة حتى ولو كان الطاعن هو المحكوم له، ولابد من الإشارة إلى أنه توجد إمكانية أن تنظر هذه الهيئة القبلية بالموضوع والتراع من جديد واتخاذ القرار التحكيمي على خلاف السوابق وذلك في حالات نادرة وفي المنازعات المهمة والكبيرة.

الطريقة الثانية: تكون عندما يكون المحتكم أو المحكم شخصاً أدنى من شيخ القبيلة، وعليه فإن الكلام يكون لشيخ القبيلة، الذي يعيد النظر في الخلاف والقرار التحكيمي، وإمكانية أن يختار محكمين جدد. وهذه الحالة تتعلق بالطعن في القرار التحكيمي[1] ومدى مطابقته مع الأعراف السائدة.

2- تنفيذ الحكم القبلي:

إن أغلب حالات صدور الحكم القبلي لا تستند إلى القوة التنفيذية الملزمة كوجود هيئة متخصصة لتنفيذ الحكم القبلي مثلاً، لذلك كان لا بد من البحث في أساليب تنفيذ هذا الحكم القبلي، ،ومعرفة الوسائل الخاصة بالنظام القبلي لتنفيذ الأحكام التحكيمية الصادرة عمن يعرفون بالقضاة العشائريين. وهذه الوسائل هي:

أ- تشريف الحكم (التنفيذ بالتراضي):

يتلخص في موافقة أطراف النزاع عليه والعمل على تنفيذه، والغالب استخدام الذبائح كوسيلة متعارف عليها لإثبات الرضا ونوع من رد اعتبار المجني عليه أو صاحب الحق ، كما ذكرنا سابقاً .

ب- **التنفيذ بوساطة شيخ القبيلة:**

يتولى شيخ القبيلة دفع الحق المحكوم به للمحكوم له، باعتباره المسؤول عن الأمان والاستقرار في القبيلة ليعود بعدها على المحكوم عليه بالتنفيذ ،وقد يتدخل

---

(1) - د.فضل أبو غانم – المرجع السابق- ص265.

شيخ القبيلة لتنفيذ الحكم بأي وسيلة يراها مناسبة والهدف من ذلك إخماد ثورة الغضب بين أفراد القبيلة الواحدة.

ج- التنفيذ بطريق الضامنين:

بدايةً تحدد قواعد العرف مسؤولية الضامنين في تنفيذ الأحكام القبلية، وقد يتجه المحكمون إلى طلب تسمية الضامنين عند قبول المهمة او اثناء المرافعة، وبالتالي يصبح الضامنون حينها مسؤولين عن تنفيذ الحكم التحكيمي، وهذا مرتبط بمكانة الضامنين وتمتعهم بثقة الأطراف وقوتهم المعنوية لدى مجتمعهم[1].

د- التنفيذ الذاتي خوفاً من الجزاءات القبلية:

إن القوة الفعلية للقبيلة تأتي من مدى الصلاحية والتأثير المعنوي لها، التي تستطيع أن تعاقب أي فرد من أفرادها بهدف تحقيق رؤيتها ومصلحتها التي قد تصل في حالات عدة إلى طرد الفرد خارج القبيلة، ويضاف إلى ما سبق إمكانية تدخل الدولة عن طريق أجهزتها الرسمية لتنفيذ هذه الأحكام بعد إتباع المنهج القانوني الذي تحدده النصوص الآمرة لمثل هذه الدول، وذلك في الوقت الحالي وضمن الأنظمة التي أبقت على التحكيم القبلي.

وأخيراً بقي أن نقول إن أنظمة التحكيم لدى القبائل العربية على امتداد بقعة الوطن العربي لا تبتعد كثيراً عن بعضها، بحيث تتطابق في الإجراءات والسوابق التحكيمية حتى تكاد أن تكون واحدة، مع اختلاف التسميات بين العشائر العراقية

---

(1) - د.فضل أبو غانم – المرجع السابق- ص247 .

والأردنية والشامية والعشائر الأخرى، على اعتبار أن مصادر القرار والسلطة في مثل هذه القبائل هي من ذات المصدر، أي الحق والعدالة، وما يحقق استقرار مثل المجتمعات وفق الشكل الذي حددته لنفسها.

المطلب الثالث

التحكيم في الإسلام

عندما نزل الإسلام لم يلغ كل ما سبقه، وإنما اعتمد بعض ما كان موجوداً بعد أن نظمه وأكسبه المشروعية. ومن ذلك التحكيم ما أقرته مجلة الأحكام العدلية في عدة مواد متعلقة بهذه الوسيلة المعروفة بالتحكيم، يضاف إليها الكثير من المؤلفات التي تعتمد التحكيم وتؤكد عليه. وهناك الكثير من الأدلة التي تؤكد مشروعية التحكيم؛ ففي القرآن الكريم قال الله تبارك وتعالى: "**فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُم ثُمَّ لَا يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِم حَرَجاً مِّمَّا قَضَيتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسلِيما**"[1]، وفي الحديث النبوي الشريف عن أبي داوود[2] – حدثنا المقدام بن شريح بن أبيه، عن جده شريح، عن أبيه هاني: "أن أبا شريح هاني بن يزيد رضي الله عنه لما جاء إلى رسول الله مع قومه سمعهم يكنونه بأبي الحكم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله هو الحَكَم وإليه الحكْم فلِمَ تكنى أبا الحكم؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم، فرضي كلا

(1) – سورة النساء –الآية (65).

(2) – د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي – مرجع سابق، ص 29 – و د.وليد منصور– التحكيم في العقود الإدارية– ص32.

الفريقين، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (ما أحسن هذا). واستحسان النبي صلى الله عليه وسلم دليل واضح وصريح على قبول التحكيم في الإسلام كوسيلة مقبولة شرعاً، وفي الإجماع فإن مشروعية التحكيم قائمة[1]. وهذا ما تبين لدى الصحابة، ومن حالاته:

أولاً– تحكيم زيد بن ثابت:

قال الشعبي: كان بين عمر وأبي رضي الله عنهما خصومة، فقال عمر: اجعل بيني وبينك رجلاً، فجعلا بينهما زيداً بن ثابت، قال: فأتوه، قال: فقال عمر رضي الله عنه (أتيناك لتحكم بيننا، وفي بيته يؤتى الحكم)، قال: فلما دخلوا عليه، أجلسه معه على صدر فراشه، فقال عمر رضي الله عنه لزيد: هذا أول جور جرت في حكمك، أجْلِسْني وخصمي مجلساً، فقصا عليه القصة، فقال زيد لأبي: اليمين على أمير المؤمنين فإن شئت أعفيته، قال: فأقسم عمر رضي الله عنه على ذلك، وقال لزيد (لا تدرك باب القضاء حتى لا يكون لي عندك على أحد فضيلة)[2].

ثانياً– تحكيم علي رضي الله عنه واليهودي على درع:

رُوِي عن شريح أنه قال لما رجع علي من قتال معاوية رضي الله عنهما وجد درعاً له افتقده في المعارك، بيد يهودي يريد بيعه، فقال علي رضي الله عنه درعي و لم أبع، فقال اليهودي درعي وفي يدي، فاختصما إلى شريح، فقال شريح لعلي

---

(1) – د.محمد أحمد شحاتة حسين – التحكيم في الفقه والقانون المقارن – الطبعة عام 2010– ص20، وأيضاً د.وليد منصور – مرجع سابق– ص33.

(2) – د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي– التحكيم في القوانين العربية – ص30

رضي الله عنه هل لك بينة؟ قال: نعم، قنبر والحسن ابني (أي شهوداً)، قال شريح: لا يجوز للأب وقضى لليهودي بالدرع[1].

وكل ما سبق يبين المشروعية التي يتمتع بها التحكيم شرعاً وفقهاً منذ نـــزول القرآن الكريم وعهد الرسول صلى الله عليه وسلم وسنته الشريفة مـــروراً بـــزمن الصحابة بعد وفاة الرسول الكريم وبدء ظهور القوانين الوضعية التي أخذت تـــنظم التحكيم ضمن متونها، ومن أهمها كانت مجلة الأحكام العدليـــة المتـــأثرة بـــروح الشريعة الإسلامية.

المطلب الرابع

التحكيم في مجلة الأحكام العدلية

ذكرنا أن التحكيم كان موجوداً على مر العصور مكتسباً لقبول العقـــلاء في كل زمان، حتى أنه في زمن العثمانيين وضعت له قواعد تنظمه مع الإشارة إلى أنها استندت إلى أحكام الفقه الحنفي ووضعت ضمن ما عرف بمجلة الأحكام العدلية، تلك المجلة التي أنشئت ونظمت بعد حرب القرم الأولى بين العثمـــانيين والـــروس، والتي أدت إلى بقاء جالية إسلامية ضخمة تحت سلطة الروس، فطلبـــت الســـلطنة العثمانية من الكنيسة الأرثوذوكسية في موسكو تقنيناً واضـــحاً لكيفيـــة معاملـــة المسلمين، وهو ما دفع الروس للمعاملة والرد بالمثل. وهنا أنشأ السلطان عبد الحميد لجنة من فقهاء الحنفية مع فقهاء مساهمين من مـــذاهب أخـــرى لتقـــنين القضـــاء

(1) – د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي- المرجع السابق – ص33

والأحكام الفقهية الإسلامية، فصدرت مجلة الأحكام العدلية والتي هي مجموعة من التشريعات، صدر آخر أعدادها في فترة الخلافة العثمانية في شعبان سنة (1293)هـ سنة (1882) ميلادي. وإلى جانب ما تضمنته من مواد تتعلق بالمعاملات، تضمنت كتاباً في قضاء الأحوال المدنية في شؤون جميع الأديان والمذاهب في الدولة العثمانية.

استمر إعداد المجلة قرابة ستة عقود، وقد تتالى وضعها خلال هذه العقود، ومن ثم بدأت تتراجع نتيجة تعنت فقهاء الحنفية في عدم الخروج عن المذهب، الأمر الذي دفع السلطنة إلى توطين قوانين اقتصادية بالدرجة الأساسية ذات صبغة أوروبية[1]، وقد وردت أحكام التحكيم في الكتاب السادس (الباب الرابع) حيث وزعت أحكامها على عشر مواد (1841 -1851)كالتالي:

- المادة (1841) من مجلة الأحكام العدلية حيث نصت: "يجوز التحكيم في دعاوى المال المتعلقة بحقوق الناس باستثناء حقوق الله تعالى فلا يجوز التحكيم بها".

من الواضح أن هذه المادة بحسب المراجع حددت نطاق التحكيم، بحيث لا يرد على الحقوق المدنية، فهو بحسب المجلة يترل مترلة الصلح، وبالتالي لا يجوز التحكيم فيما لا يجوز فيه الصلح، أي أن شروط الحقوق التي يمكن أن يترتب فيها الصلح هي من ذات الحقوق التي يرد فيها التحكيم. ومن شروط التحكيم بحسب نصوص المجلة:

---

(1) - مجلة الأحكام العدلية منشورة على الانترنت على الموقع التالي: ar.wikipedia.org-wiki- يوم السبت 2010/11/13 – الساعة 21.30.

1-أن يكون الخصمان بالغين راشدين حتى يتمكنا من إبرام اتفاق التحكيم.
2-أن يكون المحكم أهلاً للقيام بعملية التحكيم، ومثال ذلك: أنه لو اختار الخصمان حكماً صبياً، فحَكَم بعد بلوغه فلا ينفذ حكمه، لأنه يجب أن يكون أهلاً لذلك من تاريخ اتفاق التحكيم وحتى صدور حكم المحكمين[1]، وهو ما يقابل النص السابق هو نص المادة (9) فقرة (2) من قانون التحكيم السوري رقم /4/ لعام 2008 والتي تنص: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، أو المخالفة للنظام العام أو المتعلقة بالجنسية، أو بالأحوال الشخصية باستثناء الآثار المالية المترتبة عليها".

• كما وتنص المادة (1842) من مجلة الأحكام العدلية: "لا يجوز ولا ينفذ حكم التحكيم إلا على الخصمين اللذين حكَّماه، وبالشأن الذي حكما به فلا يسري حكمه على غيرهما ولا يتناول غير ذلك الشأن".

وبالتالي فإن حكم التحكيم لا يشمل إلا الخصمين المحتكمين، لأن ولاية الحكمين قاصرة على موضوع النزاع دون غيره، في حين أن ولاية القاضي ولاية عامة، ومثال ذلك: أنه لو ادعى شخص على ميت ديناً وورثته غائبون إلا واحداً، فاصطلح هذا الوارث مع المدعي على حكم تحكيمي بينهما، أقام المدعي فيه البينة على الميت بحقه، فلا يظهر حكم التحكيم ولا يكون له مفاعيل بحق الغائب

(1) سليم رستم باز اللبناني -شرح المجلة (من أعضاء شورى الدولة العثمانية)- طبعة ثالثة بتاريخ 30 ذي الحجة سنة1305 هجري- دار إحياء التراث العربي (لبنان- بيروت).

(المدعى عليهم)[1]، ويستنتج من الوسائل التي أعطيت للمحكمين أنه يمكن القول بأن صلاحيات المحكم كالقاضي، ولكنها مقيدة لجهة الحكم وأسبابه، فإن الصلاحيات واحدة وكلاهما لا يجوز أن يحكم إلا بأحد الأسباب الأربعة وهي الإقرار والبينة واليمين والنكول، لأن صلاحيات المحكم تبقى قاصرة عن المتابعة بعلمه الشخصي وإمكانية إدخال البعض بالدعوى وإخراجه من الدعوى.

• في المقابل تنص المادة (1843) من مجلة الأحكام العدلية: "يجوز تعدد المحكمين، أي يجوز أن ينصب حكمان أو أكثر بدعوى واحدة، ويجوز أن ينصب المدعي والمدعى عليه حكماً، وإن اصطلحا أن يحكم بينهما فلان أو فلان فأيهما حكم بينهما جاز".

ويتضح من أحكام المادة السابقة أنه يمكن وجود محكم أو أكثر في ذات الدعوى يحدد باتفاق التحكيم، كما ويجوز أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه محكماً عن نفسه بوجود محكم ثالث مرجح، ولكن قد يذكر في اتفاقهما أن يحددا أحد الحكمين أي في حال اتفقا على تحكيم أكثر من شخص، فإن الحكم الصادر عن أي منهما هو حكم صحيح ، وفي الحالة التي يتقدم فيها الخصمان إلى أحد المسميين كمحكمين ويحددا أنه يصبح من تم التقدم إليه حكماً في حين تسقط الصفة (المحكم) عن الآخر.

---

(1) – وكذلك كما لو أن شخصاً له دين على رجل وله كفيل بأمره أو بغير أمره، فطالب الدائن الكفيل بالدين والمدين غائب، وبعدها تراضى الكفيل مع الدائن وحكما رجلاً بينهما، فظهر الحكم التحكيمي جائراً بحق الكفيل، وبالتالي هنا القرار التحكيمي قاصر على العلاقة بين الكفيل والدائن دون المدين المكفول– سليم رستم باز اللبناني– المرجع السابق– ص 853.

• المادة (1844) من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص: "إذا تعدد المحكمون على ما ذكر آنفاً يلزم اتفاق رأي كلهم وليس لواحد منهم أن يحكم وحده".

ومفاد هذه المادة أن الأطراف عندما باشروا عملية التحكيم إنما أرادوا منها القرار التحكيمي الصادر عن كل المحكمين وليس عن الأكثرية، ولكن المادة في الوقت نفسه تنص على إمكانية الحكم بالأكثرية من حيث النتيجة، كون الحكم الصادر غير معلوم، وبالتالي لن يتضح الرأي الموافق والرأي المخالف، كما ويضاف إلى إمكانية القياس على نص المادة (1843) والتي حددت إمكانية أن يحكم فلان أو فلان، فمن باب أولى القبول برأي الأكثرية في التحكيم لأنه وفقاً لأحكام المجلة (الجهالة يسيرة). وتشير نصوص المجلة إلى ضرورة إخبار الخصمين بالحكم قبل القيام من مجلس التحكيم، فأحكام المجلة بحسب النص تعتبر (أن المحكمين تقبل شهادتهما على أمر باشراه).

وحيث أن هذا النص من المجلة قد وضع الأسس لشروط صدور الحكم التحكيمي لجهة الأكثرية أو الإجماع وهو ما يقابل نص المادة (41) من القانون السوري للتحكيم رقم /4/ لعام 2008 حيث تنص:" ***1- يصدر حكم التحكيم بعد المداولة مكتوباً بالإجماع أو بأكثرية الآراء، ويجب أن يوقع عليه المحكمون، وعلى المحكم المخالف عند توقيع الحكم أن يدون رأيه على صحيفة الحكم، وإذا رفض التوقيع فيجب أن تذكر أسباب ذلك في الحكم.***

2- إذا لم تكن هناك أكثرية في الآراء، فإن رئيس هيئة التحكيم يصدر الحكم منفرداً وفق رأيه، ويكتفى في هذه الحالة بتوقيعه منفرداً على الحكم، وعلى كل

من المحكمين الآخرين المخالفين في الرأي وبعضهما بعضاً أن يدونا رأيهما كتابةً على صحيفة الحكم الذي يصدره رئيس هيئة التحكيم، وإذا رفض أحدهما أو كلاهما التوقيع فيجب أن يذكر أسباب ذلك في الحكم".

- المادة (1845) من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص: "للحكمين أن يحكما حكماً آخر إن كانا مأذونين من الخصمين وإلا فلا، فليس للحَكَم أن يفوض غيره بالتحكيم لأن الخصمين لم يرضيا غيره حكماً، فإذا فوض وحكم الثاني بغير رضاهما، وأجاز الحكم للأول لم يجز إلا إذا أجازه الخصمان".

يتضح من النص السابق: في أنه لا يجوز للمحَكِمين غير المأذونين أن يحكِّما شخصاً آخر بتفويض التحكيم، لأن الخصمين بدايةً عند اتفاق التحكيم كانا قد رضيا المحكّم المسمى من قبلهم دون غيره، و في رأي ثانٍ اعتبر أن تفويض المحكم لمحكم آخر هو أمر وارد وقانوني سليم وذلك قياساً على إجازة بيع الوكيل الأول للوكيل الثاني، وكالقاضي الذي لم يؤذن له في الاستخلاف وأجاز حكم خليفته، وبالتالي فإن الحكم التحكيمي صحيح وقانوني وسليم، ولكن تجدر التفرقة هنا بين الحالتين السابقتين بحسب المرجع لجهة الصلاحية أي ما أطلقت عليه المجلة (الخلاف بين العبارة والرأي)، حيث اعتبرت أن المحكم مسؤول عن العبارة وخاصة فيما يتعلق بالتنفيذ، وهذا بعكس الوكيل لأن حضور الوكيل هو حضور لرأي هذا الوكيل لا عبارته؛ فإذا أجاز التصرف للوكيل الثاني فقد حضر رأيه أي صح العقد، وهنا بخلاف القاضي وإجازته لحكم خليفته، فالقاضي يملك أصلاً ما فوض فيه من دون رضا الخصوم، وبالتالي فهو يملك إجازة قضاء الغير دون رضا الخصمين.

• المادة (1846) من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص: "إذا تقيد التحكيم بوقت يزول بمروره، فالحكم المنصوب للتحكيم من اليوم الفلاني ولشهر ليس له أن يحكم إلا في مدة ذلك الشهر، فلا يجوز أن يحكم بعد انقضائه وإذا فعل ذلك لا ينفذ حكمه".

وبالتالي: فإن اتفاق التحكيم يقيد هذه العملية بوقت معين يبدأ من تاريخ ثابت وينتهي بتاريخ محدد، وبالتالي فليس للمحكمين أن يمددوا الفترة الزمنية الخاصة بالتحكيم، لأن صلاحياتهم قد منحت لهم ضمن المدة دون غيرها، فأي حكم يصدر خارج هذه المدة ليس له قوة ملزمة لأنه صادر من غير ذي صلاحية في البت بالأمر.

ويقابل نص هذه المادة في القانون السوري الحالي المادة (37) ذات المضمون التالي:

"1- على هيئة التحكيم إصدار الحكم الفاصل في النزاع خلال المدة التي اتفق عليها الطرفان، فإذا لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال مدة 180 يوماً من تاريخ انعقاد أول جلسة لهيئة التحكيم.

2-يجوز لهيئة التحكيم إذا تعذر عليها الفصل في النزاع ضمن الآجال المذكورة في الفقرة السابقة، مدّ أجل التحكيم لمدة لا تزيد على 90 يوماً ولمرة واحدة.

3- إذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرتين السابقتين جاز لكل طرف من طرفي التحكيم أن يطلب من المحكمة المعرفة في

المادة /3/[1] من هذا القانون خلال مدة عشرة أيام من انتهاء هذا الميعاد مدّ أجل التحكيم لمدة إضافية لا تتجاوز /90/ يوماً ولمرة واحدة. وفي هذه الحالة يتم تمديد أو ردّ طلبه بقرار مبرم تصدره المحكمة في غرفة المذاكرة بعد دعوة الخصوم.

4- في حال انتهاء أجل التحكيم وفق ما جاء في الفقرات السابقة دون صدور حكم التحكيم كان لأي طرف من طرفي التحكيم رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ما لم يتفقا على التحكيم مجدداً.

5- إذا انقضت آجال التحكيم ولم تفصل هيئة التحكيم في النزاع من دون عذر مقبول، كان للمتضرر من أطراف التحكيم مراجعة القضاء المختص لمطالبتها بالتعويض" .

وعليه فقد حدد القانون المدة الزمنية لمضمون الاتفاق بين المحتكمين، ثم نص على حد أعلى للوقت في حال عدم الاتفاق، ولكنه في الوقت نفسه أجاز للمحكمين تمديد مدة التحكيم وذلك بما لا يتجاوز /90/ يوماً ولمرة واحدة، وهذا بخلاف ما ورد في نص مجلة الأحكام العدلية على عدم إمكانية التمديد، كما لم يحدد نص المجلة مدى اتفاق الفريقين المحتكمين على تمديد المدة الزمنية ،والتي فندها القانون السوري من خلال ما يتبين في متن نصوص الأخير، مع إمكانية إعادة الدعوى للمحكمة المختصة أو الاتفاق من جديد على مدة جديدة للتحكيم.

---

(1) -م/3/:"ينعقد اختصاص النظر في مسائل التحكيم التي يشملها هذا القانون إلى محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرتها التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في سورية....."

• المادة (1847) من مجلة الأحكام العدلية : "لكل من الخصمين عزل المحكم قبل الحكم". وتشرح هذه المادة بحسب المرجع: على أن عملية التحكيم عملية تعاقد، وبالتالي فإنه من باب أولى أن ينفرد أحد العاقدين بالمضاربة، وهذا ما ينطبق على عملية التحكيم كونها اتفاقاً؛ فحسب قانون التحكيم في مجلة الأحكام العدلية يمكن أن يعزل الخصمان أو أحدهما المحكم وذلك بشرط إن يكون هذا العزل قبل صدور قرار التحكيم، فصدوره يعني وجود ولاية المحكم لإصداره والتي تنتهي بمجرد العزل. وخير مثال لو أن شخصين حكَّما بينهما محكِّماً فقضى لأحدهما على صاحبه في بعض الدعاوى التي حكِّم بها، ثم رجع المقضي عليه عن تحكيم هذا المحكم فيما بقي من هذه الدعاوي، فإن القرار التحكيمي الأول يبقى نافذاً، في حين ما يقضى ويحكَّم بعد العزل لا ينفذ بين الخصمين.

وقياسها في القانون السوري، فإن نص المادة 20 من قانون التحكيم والتي وضعت أسس العزل وكيفيته وحددت المحكمة ذات الصلاحية في اتخاذ قرار العزل نتيجة حكم القانون أو الواقع في حال عدم اتفاق الفريقين على العزل؛ حيث اعتبر القانون السوري أن أساس العزل هو موافقة جميع الأطراف المتخاصمة، كما أوجب بحسب النص تعليق المحاكمة إلى حين تعيين محكم أو محكمين، وهو ما يتطابق بشكل جزئي مع النص السابق من المجلة والمحدد لحالة عزل المحكم.

• المادة (1848) من مجلة الأحكام العدلية: "كما أن حُكْم الحكَّام لازم على جميع من كان في ولايتهم، كذلك ينفذ حكم المحكمين على من حكَّمهم في الشأن

الذي حكَّمهم به، ومن ثم ليس لأحد الخصمين أن يمتنع عن قبول الحكم الذي صدر من الحكمين إذا كان موافقاً لأصوله المشروعة".

ومفاد هذه المادة: أن الأحكام القضائية التي تصدر تكون حجة وذات قوة ملزمة على جميع الأطراف أصحاب الشأن. وبناء عليه فإنه، حسب المجلة، ينفذ حكم المحكمين على الخصمين أصحاب الاتفاق على التحكيم بشكل ملزم، وذلك شريطة انطباق الأصول المحددة والواردة في مواد قانون التحكيم في المجلة، وليس للخصمين أن يمتنعا عن تنفيذ الحكم التحكيمي الصادر بحسب نص القانون.

وما سبق يقابل نص المادة /53/ من قانون التحكيم السوري التي تمنح الحكم التحكيمي الحجة القانونية الملزمة وصيغة التنفيذ بحسب نصوص المواد التالية للمادة السابقة في القانون رقم /4/ للتحكيم لعام 2008.

- المادة (1849) من مجلة الأحكام العدلية: "إذا عرض حكم الحكم المنصوب من السلطان صدقه إن كان موافقاً للأصول وإلا نقضه"؛ حيث تبين هذه المادة أنه إذا نص حكم المحكم على اجتهاد ثم رفع هذا الحكم إلى السلطان فقد ينقضه أو يوافق عليه. والاجتهاد هنا قاصر على المتخاصمين المحتكمين دون غيرهما، والحكم يصدق أو ينقض بحسب موافقته للأصول المحددة في متن المجلة.
- المادة (1850) من مجلة الأحكام العدلية: "إذا أذن الخصمان بالصلح للحكمين اللذين أذناهما بالحكم توفيقاً لأصوله المشروعة ففعلا صح صلحهما"، ومفاد هذه المادة بأنه إذا وكل أحد المحتكمين المحكم من قبله وفوضه بالصلح ووكل الخصم الآخر المحكم الآخر بالصلح بالأمر الذي تنازعا فيه، فقام المحكمان بالمصالحة بينهما

توفيقاً للمسائل المندرجة في كتاب الصلح المحدد، فهنا ليس لأحد الخصمين أن يمتنع عن قبول هذا الصلح.

• المادة (1851) من مجلة الأحكام العدلية: "إذا فصل أحد الدعوى الواقعة بين اثنين و لم يكونا قد حكماه، صحّ حكمه إذا رضيا به وأجازاه وكذا لو حكماه و لم يأذناه بتفويض الحكم على غيره فحكم غيره فحكم بينهما لم يجز، ولكن لو أجازا حكمه جاز، ولكن يشترط في الصورتين أن يكون الحكم مرافقاً للأصول المشروعة كما مر في المادة (1848) وإلا فلا تصح الإجازة".

المطلب الخامس

التحكيم في القوانين العربية

ذكرنا أن التحكيم في الدول العربية كان موجوداً بصيغة التحكيم والقضاء العشائري، ولكن في الوقت الحالي عادت لتأخذ الشكل المؤسساتي المنظم من قبل الدولة، ولتدخل ضمن السياق الذي تتمكن فيه الدولة من تحقيق العدالة وفق مؤسسات خاصة منظمة بتشريع قانوني تكفل تخفيف العبء عن كاهل القضاء العام مع الفروق البسيطة بين قوانين التحكيم في الدول العربية، نظراً لوحدة المصدر القانوني التي أخذت منه أغلب القوانين ومنها :

أولاً- قانون التحكيم في لبنان:

قبل صدور قانون التحكيم الصادر في لبنان سنة 1983 كان نظام التحكيم في لبنان يعمل به وفقاً لوروده في نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الذي حضَّر مشروعه الأستاذ بارو من أساتذة معهد حقوق ليون، ثم نقحته اللجنة التشريعية اللبنانية، ونشر سنة 1933 على أن يطبق سنة 1934.

حاول القانون اللبناني إيجاد نوع من التقارب في نصوصه، بين نصوص قانون التحكيم الفرنسي التي ضيقت من التحكيم وبين الاجتهادات القضائية الفرنسية التي فتحت الباب أمام التحكيم.

والغالب في هذا القانون ورود كثير من نصوص التحكيم الدولي الفرنسي وقليل من النصوص التي تنظم التحكيم الداخلي؛ حيث يظهر بشكل واضح تأثر القانون اللبناني بالقانون الفرنسي، ولكن يبقى من أوائل القوانين العربية التي ميزت بصريح النص دون الاجتهاد بين التحكيم التجاري والتحكيم الداخلي، ومن أهم خصائصه:

1- إن أولى الخصائص التي يتميز بها القانون اللبناني للتحكيم هو التأثر الواضح بالقانون الفرنسي، وخاصةً في مجال التحكيم الدولي، وخير مثال على ذلك المادة (809) من قانون الأصول المدنية أو المرافعات الفرنسية، والتي تقابل مضمون أحد النصوص الواردة في قانون التحكيم لعام 1983 حيث حددت إمكانية قيام التحكيم بين الدولة والأشخاص المعنوية العامة والخاصة ولجوئها إلى التحكيم الدولي.

2- هو أول القوانين العربية في مجال التحكيم التي تتبنى إلى جانب نظام التحكيم الاختياري ما يعرف بنظام التحكيم الإلزامي ، حيث أقر، بادئ ذي بدء، إلزاميته تجاه حقوق العمل، ثم توسع دعمه له ليدخل مجال المصارف والنقد والتسليف.

3- إن نظام التحكيم اللبناني عندما اعتمد ما يعرف بالتحكيم النظامي وجه إلى الإحالة لنظام تحكيمي محدد، وهو أول قانون عربي يعترف وبصراحة النص بهذا المبدأ بخلاف القانون المصري والجزائري الذي تبنى مثل هذا النص ضمنياً، والمقصود بالتحكيم النظامي (أن تبين اتفاقية التحكيم مباشرةً الإحالة لنظام تحكيمي محدد) أي ما يعرف بتحكيم الحالات الخاصة[1].

4- التباين الواضح بين القانون اللبناني والقانون الفرنسي لجهة تحديد ما يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز، ففي حين كان القانون الفرنسي الخاص بالتحكيم الداخلي لا يجيز التحكيم في المجال المدني، نجد أن القانون اللبناني أخذ الاتجاه الآخر بإجازته له وبصريح النص.

5- لم يعتبر القانون اللبناني البند التحكيمي باطلاً، ولكنه في الوقت ذاته ضيَّق من آثاره، بحيث لم يضف عليه أكثر من صفة وعد بالتعاقد أو وعد بإبرام اتفاق تحكيمي، ولكن صدور قانون التحكيم الجديد أعطى البند التحكيمي أثراً نازعاً لاختصاص المحاكم القضائية، إلا إذا كان باطلاً بشكل واضح ما يقتضي استبعاده من العقد.

---

(1) - د.عبد الحميد الأحدب- قانون التحكيم اللبناني (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي) ط1996، دار المنشورات الحقوقية - ص25.

6- يجب أن يكون البند التحكيمي مكتوباً، أي أن شرط الكتابة هو شـــرط لصحة البند التحكيمي وليس شرطاً للإثبات.

7- حدد القانون اللبناني وبدقة ما يدخل ضمن التحكيم عندما قال: "جميـــع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره" والمقصود بهـــذا البند بحسب القانون اللبناني انتماء العقد موضوع الفقرة المذكورة من نص المـــادة للقانون المدني والتجاري في لبنان.

8- يجب- حسب القانون اللبناني- أن يحدد البند التحكيمي الطريقة التي يـــتم فيها اختيار المحكمين، حيث يعتبر الاجتهاد اللبناني أن عدم وضوح البند التحكيمي لجهة تعيين المحكمين وعدم اتفاق الأطراف يـــؤدي في النهايـــة إلى اعتبـــار البنـــد التحكيمي غير كافٍ ولا يعود التحكيم ممكناً.

طبعاً كل ما سبق يرتب آثاراً قانونية تتلخص، بالنسبة إلى البند التحكيمـــي، في أن عقد التحكيم ينزع اختصاص المحاكم القضائية ويحصره بـــالتحكيم، وذلـــك لأن أنظمة التحكيم في العالم اعتمدت عدة صيغ منها أنه يجب أن يتمســـك أحـــد الطرفين بالتحكيم إذا ذهب الفريق الآخر إلى القضاء وإلا سقط عقـــد التحكـــيم، ومنها من يشترط توقيع وثيقة لاحقة للنزاع، والنوع الأخير يتحدد بإثارة الأمر من قبل المحاكم تلقائياً[1]، أي أن القانون اللبناني أعطى حلاً وسطاً بين تجاهـــل البنـــد التحكيمي والاتفاق اللاحق للنزاع في إمكانية وجود بند تحكيمي يعتبر بمنزلة وعـــد بالتعاقد لاتفاق تحكيمي لاحق للنزاع وملزم بالتوقيع شريطة ما يلي:

---

(1) - د.عبد الحميد الأحدب- المرجع السابق – ص27.

أ- إنذار الفريق الآخر بوجود عقد اتفاق تحكيمي.

ب- إذا رفض الفريق المنذر، كان للآخر أن يستحضره أمام المحكمة التي تحكم عليه ببدل العطل والضرر "إذا كان شرط التحكيم صالحاً".

ج- إذا انقضت المهلة، وبقي المدعى عليه مصراً على رفض التحكيم، يحكم بطلبات المدعي المبتدئة.

د- إجازة استخدام دفع اللاصلاحية من الفريق الذي يستدعي بغير حق.

لقد استقر الاجتهاد اللبناني على أن البند التحكيمي وعقد اتفاق التحكيم ينزعان اختصاص المحاكم القضائية، مع العلم أن الاختصاص الممنوح للمحاكم هو اختصاص نسبي، كونه قابلاً للرجوع عنه باتفاق معاكس، وبالتالي فلا بد من إبداء الدفوع الخاصة بعدم الاختصاص في بدء المحاكمة، حتى تفصل المحكمة في الموضوع قبل البحث في أي موضوع آخر.

وعليه يكون القانون اللبناني قد اتخذ اتجاهاً خاصاً بالنسبة إلى هذه الفكرة بعيداً عن اتجاه القانون الفرنسي، والذي جعل أمر نزع اختصاص المحاكم أمر تحليل وقناعة دون الإلزام بها بنص واضح وصريح.

ثانياً- قانون التحكيم في اليمن:

التحكيم كما عرفته المادة الثانية من قانون التحكيم اليمني رقم 22 لسنة 1992 بأنه: "اختيار الخصمين أو الخصوم برضائهما شخصاً آخر أو أكثر للحكم بينهما دون المحكمة المختصة فيما يقوم بينهما من خلافات أو نزاعات".

ويعرف القانون اليمني الصورتين التقليديتين للتحكيم من خلال شرط التحكيم، وهو النص الموجود في عقد معين يقرر فيه الأطراف اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي تنشأ مستقبلاً بين المتعاقدين حول تنفيذ هذا العقد.

أما الوجه الآخر فهو مشارطه التحكيم، وهو الاتفاق على التحكيم بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم.

فالملاحظ والواضح أن التحكيم في القانون اليمني تأثر بالنسبة إلى شرط التحكيم بالفقه الإسلامي، في حين تأثر بالقانون الفرنسي بالنسبة لمشارطه التحكيم.

واتفاق التحكيم بصيغته كعقد بين الأطراف المتخاصمة والذي يتخذ نموذج المشارطة يعتبر من العقود الرضائية[1] ويشترط لصحته ما يشترط في أركان العقد من رضا ومحل وسبب، أي أنه اتفاق رضائي ينعقد بمجرد التراضي عليه، إلا أن له شروطاً معينة من حيث أنه يجوز بعد رفع الدعوى، وخاصة أن أثره هو تنازل أطرافه عن الالتجاء للقضاء في ذلك النزاع، وبالتالي حل النزاع بواسطة المحكم، بالإضافة لمراعاة مجموعة من القواعد، منها أن يكون النزاع محل الاتفاق مشروعاً ومما يجب أن يجوز فيه التحكيم، كما أنه في حالة التحكيم الدولي ليس للأطراف

---

(1) - أ.د.محمود هاشم – النظرية العامة للتحكيم – دار الفكر العربي – القاهرة- طبعة عام 1990- ص77 .

حرية اختيار القانون الواجب التطبيق إذا كان يتعارض مع النظام العام والآداب في اليمن[1].

كما يجب أن تتضمن مشارطة التحكيم أسماء المحكمين وهيئة التحكيم التي سيعرض عليها النزاع، وهو ليس من الضروري، ولهذا ينص القانون اليمني على وجوب توقيع مشارطه التحكيم من قبل الخصوم، وذلك كوسيلة لإثبات العقد بالكتابة. ويضيف القانون اليمني أن الاتفاق أو المشارطة يجب أن توضح نوع التحكيم قضاءً أو عن طريق التفويض.

وما تجدر ملاحظته في القانون اليمني هو أن الاتفاق على التحكيم، أثناء نظر الخصومة أمام المحكمة، يؤدي إلى وقفها مع بقائها معلقة، بحيث يستأنف سيرها إذا لم يتم التحكيم، أي أن مثل هذا الإجراء هو من قبيل وقف الدعوى بحسب قانون المرافعات في اليمن، شريطة ألا تزيد مدة الوقت عن ستة أشهر من تاريخ قرار المحكمة بوقف الخصومة أي إتاحة المجال أمام الخصوم لإقامة مشروع صلح أو تحكيم أو حتى العودة إلى القضاء في حال عدم الاتفاق.

لم ينص القانون اليمني على شرط التحكيم، إلا أنه أصبح مألوفاً في اليمن في مجال العقود وخاصةً ذات الطابع الدولي ومنها اتفاقات الاستثمار والعلاقات التجارية الدولية وهذا قبل تحديثه، ولكن بعد صدور القانون رقم /22/ سنة 1992 فقد اعترف بشرط التحكيم صراحةً بل اتجه إلى أبعد من ذلك حيث

---

(1)- د.أبو زيد رضوان - الأصول العلمية والعملية لإجراءات التقاضي – الطبعة الثانية – عام 1986 - ص81.

اعترف باستقلال الشرط، وهذا ما يعتبر سبقاً عن باقي التشريعات العربية بـــذكره صراحةً. وأهمية ذلك تظهر في أحقية هيئة التحكيم في أن تنظر في الادعاءات الـــتي يتقدم بها الخصوم حول العقد الأصلي، وهو ما يعرف باســـم "الاختصـــاص"، أي إمكانية أن تنظر هيئة التحكيم بكل متعلقات العقد الأصلي دون حاجة إلى وقـــف إجراءات التحكيم؛ حيث نصت المادة (28) ***"تختص لجنة التحكـــيم بالفصـــل في الدفوع المتعلقة باختصاصها بما فيها الدفع بعدم وجـــود اتفـــاق للتحكـــيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله موضوع النزاع"***.

والواقع بأنه لا يجوز إنكار اختصاص المحكمين الفصل في النزاع أو في العقد الأصلي أو في نظر اتفاق التحكيم، كما أن هناك انعكاســـاً عمليـــاً لمثـــل هـــذه الصلاحية على الكثير من المشاكل التي تنشأ عند بطلان العقد أو النزاع حوله[1].

وعلى اعتبار أن التحكيم وسيلة استثنائية، فإن الأصل هو الاتفـــاق علـــى التحكيم والذي تشكل الإرادة أحد أركانه، إذ لا يجوز أن تصدر إلا عن ذي أهلية كاملة والخالية من العيوب والمتجهة نحو إحداث أثر قانوني هو حل النزاع بواســـطة نظام التحكيم بدلاً من القضاء، وبالتالي فهي حسب القانون اليمني لا تتطلـــب أي

---

(1) – أ.د.حسني المصري – الجوانب القانونية لشرط التحكيم التجاري (مؤتمر التحكيم في القانون الداخلي والقانون الدولي)– عام 1987 –المطبعة العربية الحديثة – ص214 .

شكل، فهو ينعقد بأي صيغة تدل عليه، كما أن القانون اشترط الكتابة لإثباته وليس لانعقاده[1].

ومن الأمور التي تضمنها في اتفاق التحكيم كصيغة تعاقدية لحل النزاع هو ذكر المحكمين وتعيينهم في وثيقة التحكيم دون وجودهم في وثيقة مستقلة، كما أنه يجب أن يكون عددهم وتراً[2]، ولكن القانون اليمني فسح المجال لأن يكون عدد المحكمين زوجياً إذا كان بين زوجين، كما أنه فسح المجال أمام الأطراف لأن يحددوا طريقة معينه لبحث هذا الموضوع، ومستند القانون اليمني في هذا هو القرآن الكريم[3].

وكما ورد، فإن التحكيم اليمني يبدأ بالاتفاق عليه، وينتهي إما بحالات انتهاء التحكيم دون حل النزاع، أوبصيغ مختلفة بعد صدور القرار عن المحكمين، والذي يعرف بأنه القرار الذي يحسم المنازعة المعروضة أمامه بعد التحقق من الادعاءات والمستندات والدفوع التي يبديها الخصوم. ولا يختلف قرار المحكِّم عن قرار المحكمة إلا من حيث وجود خصوصية لهذا النظام الاستثنائي، حتى أن القانون

---

(1) – المادة (8) قانون التحكيم السوري- المادة (173 /2) قانون التحكيم الكويتي – المادة (583) قانون التحكيم اللبناني – المادة (261) قانون التحكيم التونسي- المادة (1443) قانون المرافعات الفرنسي الخاصة بشرط التحكيم والمادة (1449) الخاصة بالمشارطة من قانون المرافعات الفرنسي.

(2)،(2) – د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي- التحكيم في القوانين العربية – مرجع سابق- ص207 ،208 ،209 -نقلاً عنه ص 207 المادة (17) من قانون التحكيم اليمني الحالي.

اليمني أورد في نصوصه إمكانية التنفيذ الجبري لحكم التحكيم بعد صدور الأمر بتنفيذه[1].

وبالتالي فإن المحكم له صلاحية إصدار الأحكام النهائية والتمهيدية، سواء للبت في النزاع أو في جزء من الموضوع (موضوع النزاع).

وقد نص القانون اليمني على مجموعة من الشروط لابد من توافرها تحت طائلة بطلان الحكم التحكيمي:

- **المداولة**: وتعتبر من القواعد الأساسية للتقاضي؛ حيث اشترط القانون اليمني وجودها حتى يكون الحكم التحكيمي صحيحاً، فهي عبارة عن مشاورة ومناقشة يتبين بموجبها غوامض القضية وتشكل الضمانة لحرية رأي المحكمين[2].
- **صدور الحكم التحكيمي بالأغلبية** ففي حال عدم توافرها ترجح الكفة التي في رأي رئيس لجنة التحكيم[3].

وحسب القانون اليمني يجب إعلان الحكم التحكيمي للخصوم خلال مدة معينة من صدوره، يستطيع خلالها المحكوم عليه الطعن بالحكم حال تحقق شروط الطعن[4].

---

(1) - أ.د. أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام- طبعة عام 1988 – منشأة المعارف – الإسكندرية- ص35، د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي –المرجع السابق- ص389.

(2)- المادة (48) قانون التحكيم اليمني – المادة (1469) قانون المرافعات الفرنسي – المادة (2/853) قانون المرافعات الإيطالي.

(3) – المادة (1844) مجلة الأحكام العدلية – سليم رستم باز اللبناني- مرجع سابق.

(4) - م(4/32) قواعد اليونسترال النموذجية.

أما بالنسبة إلى لغة الحكم ومكان صدوره وشكلية النطق بـــه، فقـــد اتبـــع القانون اليمني المبادئ العامة التي أخذت بها غالب الأنظمة العربية.

ثالثاً– التحكيم في سوريا

قبل البحث في قوانين التحكيم في سوريا لابد لنا من الاطلاع على تـــاريخ بلاد الشام في مجال التحكيم، وذلك من خلال وجود وثائق تاريخية تـــدل علـــى وجود التحكيم لدى البابليين والآشوريين وخاصةً أنهم سكنوا هذه المنطقة. والمتبع في مثل هذه الحالات في الماضي هو ما يعرف بالتحكيم الإلهي؛ حيـــث وردت في قانون (أورنمو) في المواد (10-11-12)، وجاءت في المادة الثانية مـــن قـــانون حمورابي.

أما طريقة التحكيم الإلهي عندهم كانت ترد إلى ما يعتبر أو يسمى (الاختبار النهري) وكثير من الوثائق وردت وتدل على وجود حالة التحكيم مثـــل (محضـــر فض نزاع بالتحكيم الإلهي-بابل- سنة653-654 ق.م) (تعيين تحكيم إلهـــي في قضية بيع مواشي- دلبات- سنة 651- 652 ق.م) (محضر تحكيم- بابل-ســـنة 570- 571ق.م)[1].

ومن المؤكد أنها تتالت على هذه البقعة سلسلة من القـــوانين في المرحلـــة العشائرية، سادت أحكام القضاء العشائري وفق المراجع الخاصة بعلم الاجتمـــاع؛

(1) د. عبد الحلو، سوريا القديمة الكتاب الثاني، تاريخ العلاقات العامة والحياة القانونية ، دار نوبل- ص (429-431-432-434).

حيث كان التحكيم يتم من خلال هؤلاء المعروفين بالقضاة والمشايخ أصحاب دور التحكيم.

وفي المرحلة التي كانت فيها سوريا تحت الاحتلال العثماني، نظمت القوانين من خلال مجلة الأحكام العدلية على ما ذكرناه سابقاً من المواد الخاصة بـــالتحكيم في المجلة. وبعد الاستقلال صدر قانون أصول المحاكمات المدنية الصادر بالمرســـوم التشريعي رقم /84/ تاريخ 1953/9/8[1] حيث أخذ القانون بمبـــدأ التحكـــيم وجاء في لائحة أسبابه الموجبة ما يلي:

"حيث كانت قواعد التحكيم بمجلة الأحكام العدلية قد ألغيـــت بالقـــانون المدني، ورأى المشروع أن ينص عليه بعد أن أدخل عليها أسساً جديدة تجمع بـــين المرونة والاعتدال"، وأهم ما فيها:

1) لا يجوز أن يكون المحكِّم قاصراً أو محجوزاً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية.

2) على المحكمين أن يسمعوا الدعوى مجتمعين، ولهـــم أن يرجعـــوا إلى المحكمـــة للحكم على من يتخلف من الشهود عن حضور جلسة التحكيم، أو يمتنع عـــن الإجابة على أسئلة المحكمين.

3) على المحكمين أن يصدروا حكمهم في سوريا، حتى إن كانت أحكامهم خاضعة لأصول تنفيذ الأحكام الأجنبية.

4) حدد قانون أصول المحاكمات قواعد استئناف حكم المحكمـــين والطعـــن فيـــه بالتماس إعادة المحاكمة.

---

(1) – عبد الهادي عباس، جهاد هواش– التحكيم – الطبعة الأولى 1982 –ص29.

وقد كانت لائحة الأسباب الموجبة قد أشارت إلى جهد وزارة العدل في إصدار نص التشريعات بعد انفصال سوريا عن الدولة العثمانية، وأشارت إلى أن مشروع القانون (قانون أصول المحاكمات السوري) مأخوذ بتقارب شديد من قانون المرافعات المصري، بعد إجراء التعديلات الضرورية طبعاً، لما يحقق أصول التقاضي في سوريا.

ومع وجود مثل هذا المشروع للقانون، نجد أنه كان إحدى الركائز التي استند عليها التحكيم في القطر العربي السوري ولسنوات، مع الإشارة إلى أن مجمل الحركة التشريعية في سوريا قد أسفر عن مجموعة من القوانين التي تنص على التحكيم، ونذكر منها على سبيل المثال:

أ- قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 80 تاريخ 27 /9/ 1953 الذي أوجب إحالة دعوى التفريق للمحكمين، وعالج هذا الموضوع في المواد (112-115).

ب- قانون مجلس الدولة رقم 55 لعام 1959 والذي حدد إمكانية اللجوء إلى التحكيم.

ج- القانون رقم 83 لسنة 1958 الذي ينص على اعتبار اللجان التحكيمية المشكلة بموجبه مرجعاً قضائياً لحل المنازعات القائمة بين الأوقاف والبلديات والمؤسسات العامة[1].

(1) - جهاد هواش، عبد الهادي عباس- التحكيم – مرجع سابق- ص34.

وبدراسة نصوص التحكيم المتضمنة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتي عمل المشرع على تلافي الثغرات فيها، والتأكيد على النص الذي يخدم التطور القانوني، يتبين لنا ما يلي:

- القانون السوري لا ينص على إجازة إقامة دعوى أصلية بطلب بطلان القرار التحكيمي، وإنما اكتفى بإجازة الطعن فيه بالاستئناف وإعادة المحاكمة.
- لا يوجب القانون السوري تعيين اسم المحكم المفوض بالصلح في اتفاق التحكيم أو في اتفاق سابق أو لاحق عليه، وذلك بعكس القانون المصري الذي يفرض تسميته تحت طائلة البطلان.
- ينص القانون السوري على إعفاء المحكم المفوض بالصلح من التقيد بقواعد القانون وإجراءات المرافعات، وأن المحكم العادي يتبع قواعد القانون والإجراءات ما لم يعفَ منها باتفاق الخصوم. و لم ينص القانون على وجوب الالتزام بالإجراءات المتعلقة بالنظام العام، مع العلم أنه يجب إعمالها في القانون السوري بغير نص واستناداً إلى أنها تتماشى مع القواعد العامة. والمحكم المصالح ولو كان مصالحاً، فهو ملزم بالقواعد والإجراءات المتعلقة بالنظام العام.
- نص قانون أصول المحاكمات السوري في المادة (517) بأن التحكيم لا ينقضي بموت أحد الخصوم، وإنما بمرور الميعاد المضروب لحكم المحكمين (وهو30يوماً)، والواجب هنا قطع الخصومة تماشياً مع القواعد العامة[1].

(1) – د.أحمد أبو الوفا– التحكيم في القوانين العربية– ص168-169 .

ومع تطور العلاقات التجارية وازديادها تعقيداً،كان من الضروري صـــدور قانون خاص بالتحكيم أسوةً بباقي الدول والأقطار؛ حيث أصدر المشرع السوري القانون رقم /4/لعام 2008 والذي أصبح سارياً بتاريخ 2008/5/1 ونشـــر في الجريدة الرسمية بالعدد رقم 15 تاريخ 2008/4/2 حيث بدأ العمل به سعياً وراء معالجة الثغرات القانونية التي قد تنشأ أو تظهر، ما يجعل مثل هذا القـــانون بحاجـــة دائمة للتطوير، عملاً بما يناسب واقع المجتمع في القطر العربي السوري، وبالرغم من أنه ليس هناك من قانون كامل، وليس هناك أفضل من تطبيق القانون واكتشـــاف ثغراته والعمل على تعديله بما يصل بنا في الناحية التشريعية لجهة قـــوانين التجـــارة والتحكيم إلى مجاراة التشريعات الدولية الخاصة كما ذُكِرَ سابقاً. وهذا ما يـــدفعنا إلى بحث الأمر بفصلين :

الفصل الأول : ماهية التحكيم وتطبيقاته :ويقسم إلى مباحث أربعة:

المبحث الأول: التوصيف القانوني للتحكيم .

المبحث الثاني: القواعد الإجرائية .

المبحث الثالث :اتفاق التحكيم والقانون واجب التطبيق .

المبحث الرابع: سلطة المحكمين وآثارها .

الفصل الثاني : حكم التحكيم الأجنبي الباطل وتنفيذه في سوريا:

ويقسم إلى مباحث أربعة:

المبحث الأول : ماهية حكم التحكيم الأجنبي الباطل .

المبحث الثاني: رقابة القضاء على القرارات التحكيمية.

المبحث الثالث: قوة الحكم التنفيذية .

المبحث الرابع :آلية تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الباطل في سوريا .

الفصل الأول

ماهية التحكيم وتطبيقاته

إن ماهية التحكيم ترتبط تمام الارتباط بمجموع العناصر التي تشكل بمجملها الماهية الخاصة، من خلال تحديد طبيعة التحكيم والمدارس والنظريات التي صنفها فقهاء القانون ضمن عملية التحليل والتأصيل لإجراءاته مع البحث في عملية التحكيم بصورة أساسية، ألا وهو اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه، وهذا من خلال دراسة ما يلي:

المبحث الأول

التوصيف القانوني للتحكيم

إن التوصيف القانوني هو عبارة عن مجموعة من المقومات التي تحكم هـــذه العملية بشكل قانوني، تتشكل من الطبيعة الخاصة للتحكيم والتعاريف التي حددها الفقهاء لها وخصائصه وأنواعه.

المطلب الأول

طبيعة التحكيم

1-الطبيعة الحضارية للتحكيم:

المقصود من هذا العنوان هو بيان الأصل الفعلي لفكرة التحكيم نســبةً إلى فكرة الحضارة أو قوانين الأمم المتمدنة والتي أخذت مداها في العصـــر الرومـــاني، وبالتالي فإن مثل هذه الطبيعة قد يعتبر الأساس لشرعية التحكيم، وهو ما يبنى عليه

الطابع الشخصي والموضوعي للعمل التحكيمي برمته. وإذا كان الجميع يتفق على شرعية التحكيم، فإن الخلاف لا يزال موجوداً بين الفقهاء حول أساس واحد لهذه الشرعية، ففي جانب من الفقه[1] يستبعد بعض الفقهاء تأسيس هذه الشرعية على مبدأ سلطان الإرادة[2]، على اعتباره من وجهة نظرهم غير كافٍ لتفسير نظام التحكيم، كونه يدخل ضمن النطاق الإجرائي. وسلطان الإرادة فكرة غريبة على أفكار القوانين الإجرائية[3] التي تتميز بمجموع خصائص لا يعترف فيها بالأعراف، وينظم أشكالاً قانونية لأعماله تنظيماً دقيقاً ومحكماً، فهو قانون شكلي سواء من حيث مصدره أو أعماله، أي أن مصدره التشريع دائماً، والشكل ركن قانوني في أعماله التي يحددها، فقد لا يدع للإرادة الفردية سلطاناً كما هي في القانون الخاص[4]. وينتقل بعض الفقهاء ليؤسس هذه الشرعية على الأصل التاريخي، باعتبار أن التحكيم صورة بدائية للقضاء. وهذا الرأي لا يتفق مع طبيعة التحكيم، وذلك لأن الكثير من الأفكار القانونية التي كانت سائدة في العصور القديمة قد زالت في أيامنا، و لم يتدخل الأصل التاريخي في منع زوالها. كما أن فكرة التحكيم لم تكن الفترة التاريخية أساس وجودها وإنما هي مفروضة في كل زمان وحسب

---

(1) - مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال –التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية – الطبعة الأولى عام 1998 – منشورات الحلبي الحقوقية (بيروت)- ص 51 -53.

(2) - عبد الرزاق السنهوري – الوجيز في شرح القانون المدني – طبعة عام1966- ص28-34.

(3) - فتحي والي، أحمد ماهر زغلول – نظرية البطلان في قانون المرافعات – طبعة عام1977- ص473.

(4) - د.محمد أحمد حشيش – طبيعة المهمة التحكيمية – دار الكتب القانونية (مصر)- طبعة عام2007 – ص24.

شروط هذا الزمن، وإن اعتبار التحكيم أساس القضاء التاريخي ليس سوى توصيف فلسفي ساد العصور الوسطى وعصر النهضة ولا يزال سائداً نوعاً ما حتى يومنا هذا، ولكنه يتعارض مع ما يراه القانون الروماني مثلاً، الذي يعتبر أن التحكيم غير القضاء[1]، وهذا ما دفع بعض الفقهاء لأن يقوموا بالتفريق بين التحكيم وشرعيته وبين القانون، استناداً لفصله عن القضاء الذي يتمتع بمزايا ونقائص، ونظام التحكيم أيضاً يتمتع أيضاً بمزايا ونقائص، أي بناء شرعية التحكيم على نقائص القضاء ومزايا التحكيم، وهذه الفكرة لا يقبلها المنطق لأمرين هامين:

- أن النظريات القانونية وشرعيتها لا تقوم على مجرد الواقع[2].
- لا يمكن أن يكون التحكيم بلا عيوب، أو القضاء بلا مزايا، لأن كليهما له دوره في تطبيق أساس وجود القانون، ألا وهو الحضارة.

هذا هو التحليل السليم، خاصةً أن مبدأ الحضارة هو مبدأ القانون قديماً وحديثاً،والمقصود هنا مايرد إلى وليس مجرد مبدأ من مبادئ القانون، فالقانون الروماني أصلاً هو مجموع قانون الحضارة أو المدنية، إذ إن مجموعة القوانين التي نظمت بمختلف مراحل تطورها في القانون الروماني كانت تعرف بقوانين الأمم المتمدنة، أي قوانين المدنية أو الحضارة، ولكن المفهوم يبقى على حاله، رغم أننا نطلق لفظ القانون الآن لأنه (قانون الحضارة). وكلمة المدني أصبحت تطلق على فرع من فروع القانون، فالعبرة تبقى في المعاني، وعليه فإن فكرة التحكيم حضارية،

---

(1) - عبد العزيز فهمي – قواعد وآثار فقهية رومانية – ط1947 – ص181، وأيضاً، د. أحمد أبو الوفا – التحكيم الاختياري والإجباري –ط3-1978- ص11.

(2) - د.محمد أحمد حشيش – المرجع السابق – ص26.

وقد كانت موجودة قديماً وعادت مطلوبةً في الوقت الراهن، لأنها ذات وظيفة حضارية[1] في عالم القانون.

2- الطبيعة الاستقلالية للتحكيم:

إن الاستقلالية التي يتمتع بها التحكيم عادت بإلحاح في الفقه الفرنسي منذ ثلاثينيات القرن الماضي، وتتلخص في استقلال التحكيم وانعكاسه على استقلال اتفاق التحكيم، فبالنسبة إلى الأول نجد أنه قد تعارف عليه بما يعرف بسلطان التحكيم، والذي يراه الفقه الحديث بالشكل الذي يعتبر أن التحكيم غير القضاء، كما رأى القانون الروماني تاريخياً بالمبدأ الذي خلقه وأوجده عبر التاريخ، ولم يتجاوز دور الفقه الفرنسي سوى كشف هذا المبدأ حالياً، ولا يبحث استقلالية التحكيم عن القضاء وإنما يتعداه إلى استقلاليته عن الصلح والتوفيق والخبرة بل واستقلاله عن العقد الموضوعي سواء أكان هذا العقد من عقود القانون العام أو الخاص، إذ ليس كل تحكيم تحكيماً بشأن عقد موضوعي، فمن الوارد أن يرد على علاقة قانونية غير عقدية، ما يترتب عليه انعدام التلازم بين اتفاق التحكيم والعقد الموضوعي، وليس صحيحاً أنه لا يوجد تحكيم بلا عقد موضوعي حتى ولو كان اتفاق التحكيم قد نشأ بمناسبة علاقة قانونية عقدية.

والنتيجة الضمنية لما تقدم أنه لا تحكيم اختياري بلا اتفاق التحكيم وبصرف النظر عن وجود عقد موضوعي، سواءً أكان صحيحاً أو باطلاً وسواء انفسخ أو ألغي، وبالتالي فإن اتفاق التحكيم ليس جزءاً مندمجاً من العقد الموضوعي، أي أنه لا

---

(1) - سمير تناغو- النظرية العامة للقانون- ط1974- ص577.

بطلان لاتفاق التحكيم يستنتج من بطلان العقد الموضوعي والعكس صحيح. وهذه الحقيقة أقرها المشرع الإجرائي في فرنسا ومصر؛ حيث ورد في قانون المرافعات الفرنسي المادة (1446) أنه: "إذا كان شرط التحكيم باطلاً فإنه يعتبر غير مكتوب"، كما نصت المادة (23) من قانون التحكيم المصري: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته". ونص قانون التحكيم السوري رقم/4/لعام 2008 في المادة (11) منه: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على إنهاء العقد أو بطلانه أو فسخه أي أثر على شرط التحكيم متى كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته، مالم يتفق الطرفان على غير ذلك". والحكمة من استقلال شرط التحكيم أنه اتفاق إجرائي وليس عقداً موضوعياً، وإن هذا الخلاف بين اتجاهي الإجراء والموضوعية ليس مجرد اختلاف نظري، إنما له الأساس الذي قد يترتب عليه إمكانية عرض صحة وبطلان العقد الأصلي (الموضوعي) على المحكمين وفقاً للشرط الذي يتضمنه العقد، وإن أساس مبدأ استقلال التحكيم يقوم على اتجاهين[1]:

- أولهما: استقلال التحكيم عن العقد الموضوعي.
- ثانيهما: استقلال التحكيم عن القضاء.

---

(1) - د. محمد أحمد حشيش – طبيعة المهمة التحكيمية – طبعة عام 2007-دار الكتب القانونية – ص221.

أولاً– استقلال التحكيم عن العقد الموضوعي:

إن الطبيعة الخاصة لاستقلالية للتحكيم مستمدة من قانون الإجراءات واستقلالية هذا القانون، أي أن الطبيعة المختلطة للتحكيم ليست هي طبيعته، وإنما هي أثر من آثار النظرية التقليدية التي صنفت التحكيم بهذا الاتجاه، واعتبرت انعدام عقدية اتفاق التحكيم، أي أن اتفاق التحكيم ليس اتفاقاً عقدياً وليس عقداً موضوعياً،كما أن التعاقد ليس ذو طابع تحكيمي ،ومؤدى هذا الاستقلال أنه ليس أساس المهمة التحكيمية هو العقد الموضوعي ،حتى ولو كان اتفاق التحكيم قد نشأ بمناسبة هذا العقد وبالتالي فإن مسألة وجود او صحة أو إنهاء هذ العقد ماهو إلا مسألة من المسائل التحكيمية وفقاً لشرط التحكيم الذي يتضمنه هذا العقد .

ثانياً– استقلال التحكيم عن القضاء:

إن الأساس القائم لاستقلالية التحكيم تنطلق من أن القضاء في حد ذاته مستقل، أي ما يعرف بمبدأ استقلالية السلطة القضائية أو استقلال الوظيفة القضائية عن الوظيفة الإجرائية التي قد يتسم بها التحكيم.

فالتحكيم شيء والقضاء شيء آخر، وهذا يجعلنا نبحث في الربط بين التحكيم والطبيعة القضائية التي أسبغت عليه، وحمَّلت مفهوم التحكيم الكثير من الغموض، الذي جعله يتنازع بين هذه الصفة والصفة العقدية. والنتيجة أن استقلال التحكيم عن القضاء هو استقلال مزدوج أي استقلال كل منهما عن الآخر.

ومما يجدر بحثه ليس العلاقة بين التحكيم والقضاء، لأنها علاقة قائمة بحكم الواقع، وإنما مركز التحكيم من مركز القضاء؛ حيث يعتبر بعض الفقهاء أن القضاء أصل والتحكيم استثناء، ما يرجح الرأي الذي يعتبر أن المحكمين معاونون للقضاة،

ولكن هذا الأمر تبنى عليه قاعدة أن أعمال معاون القضاة تتخذ الصفة الإجرائيـــة، ولكنها لا تخضع لنظام عمل القضاة، أي أن العمل التحكيمي وإن كـــان عمـــلاً إجرائياً فهو لا يخضع لنظام الأحكام القضائية، أي أن المحكم ليس قاضياً مهما كان التصنيف الذي يسعى إليه الفقهاء لوضعه في سياقه. وهذا مـــا يـــدفع بـــدوره إلى الابتعاد عن الاتجاه الذي يسبغ على التحكيم الصفة القضائية، وفي الوقت ذاتـــه إلى المزيد من التحليل للوصول إلى تحديد الموطن الإجرائي أو العملي لفكرة التحكـــيم. كما أن التكييف السابق لعمل المحكم على أنه معاون للقضاة يدفع إلى البحـــث في الطبيعة الخاصة للعمل الذي يقوم به القاضي عندما يقوم بدور المحكم، حـــتى ولـــو حصل على الموافقة من المجالس العليا المختصة، لأننا بموجب هذا التحليـــل نهـــبط بالقاضي إلى درجة معاونه، وهذا ما يشكل مساساً باستقلال القضـــاء. كمـــا أن عملية التحكيم لا تحتاج بحسب هذا التحليل إلى فهم قانوني أو خبرة قانونية، وهو ما يمس أيضاً بمبدأ استقلال التحكيم.

ومن كل ما سبق، نجد أن جميع المبادئ السابقة نشأت في ظـــل المدرســـة القضائية للتحكيم، وهذا ما يتناقض مع المدرسة الإجرائية التي تعتبر أن القضـــاء لا يكون بشكل من الأشكال تحكيماً، والعكس صحيح. وعليه فإن المحكم لا يكتسب صفة القاضي، وإنما تنطبق عليه أوصاف وشروط غير المحايـــدين[1] علـــى اعتبـــار استقلال وانفصال العملية التحكيمية عن العقد الموضوعي ومدى صحته ووجوده، مع أن سبب وجود التحكيم هو هذا العقد، ولكن في الوقت ذاته لا يعتـــبر هـــذا

(1) - د.محمد أحمد حشيش – المرجع السابق – ص229.

العقد أكثر من مسألة تحكيمية قد يثار النقاش حولها أمام السادة المحكمين، هذا مع ما يضاف إليه استقلال العملية التحكيمية عن الوظيفة التي يقوم بها القضاة. فـــرغم أن المحكمة تستطيع أن تبطل قرار المحكمين من خـــلال دعـــوى بطـــلان الحكـــم التحكيمي، إلا أنه لا الحكم الصادر عن هيئة التحكيم قضائي ولا القرار الصـــادر ببطلان الإجراء ذو صفة تحكيمية مهما كان التداخل الحاصل والمتمثل في إمكانيـــة تدخل المحكمة في العملية التحكيمية والذي يتبدى من خلال نصوص مواد قـــانون التحكيم السوري وقانون التحكيم المصري:

- المادة(16) من قانون التحكيم السوري رقم /4/لعام 2008 والذي يفســـح المجال أمام المحكمة لاختيار المحكم، وهو ذات نص المـــادة(17) مـــن قـــانون التحكيم المصري.
- المادة(19) من قانون التحكيم السوري رقم/4/لعام 2008 والذي يفســـح المجال أمام المحكمة للنظر في طلب رد المحكمين، وهي في ذات الوقـــت نـــص المادة(19) من قانون التحكيم المصري.
- المادة(20) من قانون التحكيم السوري رقم/4/لعام 2008 والذي يفســـح المجال أمام المحكمة للنظر في إنهاء مهمة المحكم، وهي في ذات الوقـــت نـــص المادة(20) من قانون التحكيم المصري.

ومما سبق يبين الواقع وجود استقلالية مزدوجة بين عملية التحكيم والقضاء، أي أن التحكيم استثناء للقضاء، وهنا لابد من التفريق بـــين التحكـــيم كاســـتثناء وبعض أنواع القضاء التي تشكل استثناءً كالقضاء الإداري مثلاً.

أي أن التحكيم استثناء على مبدأ فكرة القضاء، أما القضـــاء الإداري فهـــو استثناء على مبدأ وحدة القضاء ولكنه يبقى ضمن دائرته، فالأول بما يتمتع به مـــن استقلال يتضح من خلال تطبيق مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وهو المبدأ الـــذي يعتبر أهم المبادئ الإجرائية في عملية التحكيم، والمقصود منه أن عمليـــة التحكـــيم والقرارات الصادرة عنها تقع تحت رقابة القضاء من حيث الـــبطلان أو الخطـــأ في تطبيق القانون الموضوعي، فلا يجوز للقضاء النظر في صحة العقـــد الموضـــوعي أو اتفاق التحكيم بشكل منفرد دون وجود القرار (الحكـــم التحكيمـــي)، كمـــا أن صلاحية البحث في إثارة مجموعة من النقاط أو غيرها إنما هو مرهون بقـــرار هيئـــة التحكيم، وهو ما يدفعنا للوصول إلى النتيجة التالية:

إن التحكيم مستقل عن العقد الموضوعي الذي نشأ لفض نزاعه، كما أنه مستقل عن القضاء، باعتباره صاحب الأولوية والأقدمية في فـــض النزاعـــات، وعليه فلا يمكن تصنيف التحكيم ضمن نطاق الفكرة العقديـــة ولا القضـــائية ولا ضمن فكرة الإجراءات، ولكن يبقى التحكيم عملية لفض النزاع، وهـــي متعلقـــة بالشأن العام، ما يكسبها صفة العمومية، وهو ما سنبحثه لاحقاً.

3- الطبيعة الإجرائية للتحكيم:

تكمن الأهمية في التحكيم في بيان أساس المهمة التحكيمية، التي تقوم علـــى أمرين هما:

- غياب قواعد القانون الموضوعي.
- وجود مجرد عن أساس القانون.

وعليه، فإن الطبيعة الإجرائية قائمة على أن التحكيم أقدم من النصوص التشريعية والقواعد العرفية الناظمة لها[1]، وبالتالي نجد:

1- أن القضاء يراقب التحكيم من الناحية الموضوعية، بحيث لا يتجاوز مبدأ النظام العام والآداب، وهذا التجاوز يكون إذا ورد في الاتفاق على التحكيم لمسألة من المسائل لا تنفصل عن فكرة الحضارة، أي مسألة تتعلق مباشرة بالنظام العام، أو إذا فصل في موضوع التحكيم وفقاً لتقاليد غير حضارية؛ حيث يرتب القانون الإجرائي في الحالين بطلان التحكيم، أي أن عملية التحكيم ترتبط بوظيفة القانون الإجرائي، أكثر من ارتباطها بفكرة أساس القانون[2].

2- أنه لا رقابة للقضاء على التحكيم من الوجهة الموضوعية، طالما كان موضوع التحكيم هو المسائل غير المتعلقة بالنظام العام، وما يحكَّم به يحكَّم وفقاً لتقاليد وعادات موضوعية وحضارية[3]، لأنه لا حاجة لرقابة القضاء في مثل هذا الحال. وما يميز التحكيم- كونه إجرائياً- هو أنه نوع في جنس التحكيم القانوني، الذي يقابل التحكيم اللاقانوني، وبالتالي فإن التفرقة تقوم وفق ما يلي:

---

(1) - عمر ممدوح مصطفى- أصول تاريخ القانون – 1963- ص62، وأيضاً-د.محمد أحمد حشيش- طبيعة المهمة التحكيمية – 2007- ص56.

(2) - د.محمد أحمد حشيش- المرجع السابق – ص74.

(3) - عبد الرزاق السنهوري- الوجيز في شرح القانون المدني -ص27.

أولاً – التحكيم القانوني والتحكيم اللاقانوني:

إن الأساس في إشكالية التحكيم الإجرائي هو اللغة الدارجة، والتي تستخدم المصطلح اللغوي ذاته لكلا النوعين، و يقتضي هذا التمييز بين التحكيم القانوني والتحكيم اللاقانوني؛ حيث من الوارد أن يرد الأخير على مسألة قانونية، ما قد يوقع الباحث في خلط. وخير[1] توصيف للتفريق هو أن التحكيم القانوني ينتج عن الاحتكام للأشخاص لا للأشياء، في حين أن التحكيم اللاقانوني ينتج عن الاحتكام للأشياء لا للأشخاص، كالتحكيم بالبشعة مثلاً.

ثانياً– التحكيم الإجرائي والتحكيم الموضوعي:

يضاف إلى تفسيرات أنواع التحكيم استخدام اللغة القانونية، سواء لغة المشرع أو لغة الفقه. إن المشرع بالدراسة المقارنة لا يقصر نطاق استخدامه للفظ التحكيم على التحكيم الإجرائي وحده، أي التحكيم في القانون الإجرائي الذي يوجهه قانون أصول المحاكمات[2]، وبوجود نظرية التحكيم القضائية، أخذت هذه النظرية تعترض على التحكيم وفق ما سبق، بوجود التحكيم القضائي أو التحكيم بمعناه القضائي؛ فعلى حد ذكر أنصار هذه النظرية أن كل قضائي يعد إجرائياً، ولكن في الوقت نفسه ليس كل إجرائي يعد قضائياً، ما يجعل إطلاق صفة الإجرائي أوسع من القضائي، أي أن التسمية الصحيحة هي إطلاق تسمية التحكيم الإجرائي، ولكن هذه التسمية لا تغطي ما يعتبره أصحاب نظرية القانون تصنيفاً

---

(1) – د.محمد أحمد حشيش – المرجع السابق – ص86.

(2) – د.محمد أحمد حشيش– طبيعة المهمة التحكيمية – ط2007– دار الكتب القانونية (مصر – المحلة الكبرى)–ص86، 87.

يدخل ضمن التحكيم الإجرائي، خاصةً أن القانون بطبيعته العامة[1] يقسم إلى قانون موضوعي وقانون إجرائي، ولكل منهما تحكيمه، أي أن التحكيم بمعناه القانوني يقسم إلى تحكيم إجرائي وتحكيم موضوعي. ومن صور الأخير: التحكيم الرياضي، والتحكيم الطبي، والتحكيم في مسائل الأحوال الشخصية[2]. وعليه فالتحكيم الموضوعي لا يخضع لنظام التحكيم الإجرائي من خلال التنوع في أصنافه، التي تتعلق بنفس الموضوع الذي يجري فيه التحكيم. وعليه كنتيجة، فإن اصطلاح التحكيم في نطاق القوانين الموضوعية إنما هو وسيلة لحل الأزمة المتعلقة بالمصطلح الذي يضع التوصيف المناسب. فالتحكيم الإجرائي[3] هو نظام قائم بذاته لحسم المنازعات القانونية بين الأشخاص الطبيعية والاعتبارية حول المسائل الموضوعية غير المتعلقة بالنظام العام، يتم بواسطة الآخر المحايد دون رقابة القضاء باستثناء متعلقات النظام العام، أي أن التحكيم الإجرائي يختلف عن غيره من أنواع التحكيم الموضوعي أو التحكيم اللاقانوني.

وما نستنتجه من قانون التحكيم رقم/4/ لعام 2008 والصادر في سوريا وذلك في الفقرة الأولى من المادة الثانية منه: "*مع عدم الإخلال بالاتفاقيات الدولية المعمول بها في الجمهورية العربية السورية، تسري أحكام هذا القانون على أي تحكيم يجري في سوريا، كما تسري على أي تحكيم تجاري دولي يجري في الخارج*

(1) – المرجع السابق– ص88، وأيضاً–وجدي راغب– مبادئ القضاء المدني– ط1987–ص10، 11.

(2) – قانون الأحوال الشخصية السوري .

(3) – د.محمد أحمد حشيش – المرجع السابق – ص91.

إذا اتفق طرفاه على إخضاعه لأحكام هذا القانون"، وهذا القانون ورد في المادة الأولى منه تعريف التحكيم:"*أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلاً من القضاء، سواء أكانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أم مركزاً دائماً للتحكيم أم لم تكن كذلك*"، أي أن التحكيم الذي يخرج عن النطاق الإجرائي، بحسب التعريف، لا يمكن اعتبار ما ينتج عنه حكماً تحكيمياً، سواء أكان في مسائل الأحوال الشخصية أم طبياً أم رياضياً؛ فالفكرة الإجرائية للتحكيم تجعله يختلف عن التحكيم الموضوعي والتحكيم اللاقانوني، وهو بذلك يقوم على مبدأ غياب قواعد القانون الموضوعي، وعلى وجود أساس القانون أي فكرة الحضارة أو النظام العام الاجتماعي؛ فهذه الفكرة مستمرة لأنها لا تخضع لقانون موضوعي ومخالفته لهذا القانون، وإنما مخالفة هذه الفكرة لأساس القانون، أي أن هذه الطبيعة الإجرائية للتحكيم تضفي عليه طابعاً استثنائياً، يرتبط ارتباطاً شديداً بعمومية فكرة التحكيم.

4- الطبيعة العامة للتحكيم:

إن الطبيعة العامة للتحكيم تنتج، من حيث المبدأ، من إنكار أنصار هذه الطبيعة لكل من أسس وأفكار النظرية العقدية والقضائية واللتين سنبحثهما لاحقاً، فهي تعتبر أن دراسة التحكيم يجب أن تنطلق من أن التحكيم لا هو عقد ولا هو قضاء، ومستندهم أن العمل التحكيمي أقل من الأعمال الإجرائية من حيث درجة العمومية. وهذا الطابع العام الذي تتخذه هذه النظرية له أبعاده على النظام القانوني للمهمة التحكيمية؛ حيث بدأ مخالفو هذه النظرية بإنكار الطبيعة العامة للتحكيم، تناغماً مع النظرية العقدية، أي أن فكرة العقد في القانون الخاص الذي يضم القانون

المدني تستوعب فكرة اتفاق التحكيم باعتباره مجرد عقد من العقود، وفكرة التحكيم تضَّمن في اتفاق التحكيم جملة وتفصيلاً[1]. وعلى هذا فالتحكيم عقد، والعمل التحكيمي عمل خاص. وعليه فهو ليس عملاً عاماً ولا رسمياً، أي أن المحكم ليس قاضياً، لأن أسس هذه النظرية تقوم على عدم وجود العلاقة بين التحكيم والقانون الإجرائي (قانون أصول المحاكمات) فهو ليس قضاء. ومن الفقهاء من يعتبر أن النظرية العقدية، التي ترتبط تمام الارتباط بإنكار الطابع العام للمهمة التحكيمية، تشكل بمجملها فكرة فرنسية قديمة تجلت في أحكام محكمة النقض الفرنسية، التي جسدت الاتجاه العقدي للتحكيم في عدة أحكام[2]، ومنها عدة قرارات سجلت فيها أن: "قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشارطه التحكيم، تكون وحدة واحدة مع هذه المشارطة وتشاركها في صفتها التعاقدية". والإنكار الذي تتبعه النظرية العقدية للطابع العمومي للتحكيم، إنما هو مرتبط بالتاريخ الاجتماعي والسياسي للنظرية العقدية للتحكيم في فرنسا، تلك التي ظهرت نتيجة ما سموه حينها من واقع الفساد في القضاء، والتي اعتقد الفقهاء فيها أن تسويق الفكرة العقدية للتحكيم يُفعَّل استخدام التحكيم كبديل عن القضاء بواقعه الفاسد وبمنح التحكيم مزايا بحسب هذه النظرية، مع التأكيد على قصور القضاء. وهذا ما أدى بدوره إلى وجود واستمرار هذه النظرية، التي جسدت عقدة

---

(1) – د.محمد احمد حشيش- المرجع السابق- ص272، وأيضاً – أحمد السيد -عقد التحكيم (دراسة في طبيعته وآثاره)-بحث مقدم لمؤتمر التحكيم بالمنصورة في 2000/3/29 –ص1، 2.

(2) – مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال- التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية- الطبعة الأولى 1998- منشورات الحلبي الحقوقية – ص39.

فرنسية نفسية، ظلت لدى الفقهاء الفرنسيين حتى الحرب العالمية الثانية مع إنكـــار الوظيفة المميزة للقضاء[1].

ترتبط فكرة إنكار الطابع العام للمهمة التحكيمية، بذلك الأصل التـــاريخي والاجتماعي والسياسي لواقع فرنسا حال ظهور هذه الفكرة، التي أسهمت بشكلها العام في وصول نظرية التحكيم العقدية إلى أوجها، فهي ترتبط بالمأثورات الفرنسية التي ظهرت في مواجهة الفساد القضائي الفرنسي. ومن بين هذه المأثورات:

أ- اللهم احمنا من عدالة المحاكم.

ب- الصلح السيء أفضل من أحسن خصومة قضائية.

ج- التحكيم ولو كان سيئاً فهو أفضل من قضاء عادل[2].

وفي عصر فساد القضاء الفرنسي كان هذا التصوير العقدي للتحكيم مقبولاً، مع أن بعض الفقهاء قد أنكروا حال القبول عنه، استناداً إلى أن فكرته أصلاً قائمة على حيلة ومحاولة لإصلاح واقع موجود بخلق وسيلة بديلة،و النتيجة، إذا كانـــت هذه الفكرة ظهرت في فرنسا بواقع معين، فلا يمكن أن ننكـــر دورهـــا في بـــاقي المجتمعات التي لا تحمل المقومات نفسها التي وجدت في فرنسا في حينها، مع الأخذ بعين الاعتبار الآثار السلبية التي خلفتها هذه النظرية لجهة إنكار الصـــفة العموميـــة للتحكيم ولاتفاق التحكيم.

---

(1) - أدمون رباط – الوسيط في القانون الدستوري العام –ج2- دار العلم للملايين (بيروت 1965)-ص551.

(2)- محمد نور شحاته – النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين (دراسة مقارنة)- دار النهضة العربية – القاهرة -ط1993 –ص11.

يمكن إسقاط آثار هذه العمومية على المهمة التحكيمية، من حيث أنها ليست خدمة عامة أو وظيفة عامة، مع العلم أن صفة الدوام غير مستقرة فيها، ولكن تبقى في الأحوال كلها مهمة عامة، تنبع من شرط لازم لهذه العمومية متمثل بشرط الثقة القانونية، بعيداً عن الظروف غير الموضوعية من جنسية المحكم مثلاً. وهذا الشـــرط موجود لدى كل من يقوم بعمل عام والموصوف دائماً بـــ (الرسمي)، بمعـــنى أنـــه يحتاج إلى قوة ثقة القانون التي يفرضها على الناس كافةً. وقد تجسد هذا الشرط في نصوص قانون التحكيم السوري رقم/4/ لعام 2008 في المادة(13):

"1- لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو مجرداً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو جنحة شائنة، ما لم يكن قد رد إليه اعتباره.

2-لا يشترط في المحكم أن يكون من جنس أو جنسية معينة، إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك".

وعليه، فإذا كان شرط الثقة القانونية شرطاً أحادياً ولكنه أيضاً مركب مـــن عنصرين غير منفصلين عن بعضهما يظهر أثرهما من عدم جوازية كـــون المحكـــم قاصراً مثلاً، والتي انتقدها بعض الفقهاء لعدم السماح للقاصر[1] بأن يكون محكماً، مع العلم أن نصوص القانون قد تأذن للقاصر إدارة أمواله. وهذا الانتقاد يبـــدو في غير مكانه، لأن هذا الإذن لا يعطي القاصر حالة الإدراك والتمييز، حتى وإن كـــان النص يجعله أهلاً للعمل الخاص، لكنه لا يجعله أهلاً للعمل العام؛ فالعمل العام هـــو

(1) – مصطفى محمد الجمال وعكاشة عبد العال- التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية – منشورات الحلبي الحقوقية –بيروت- 1998- ص606-607، وأيضاً- د.محمد أحمد حشيش- طبيعة المهمة التحكيمية- ص322.

ثقة القانون بالقائم في هذا العمل العام، بصرف النظر عن ثقة الأشخاص فيه بعيداً عن الشروط الأخرى التي تحمل صفة شخصية لا صفة موضوعية. وعليه، فعمومية عملية التحكيم ينتج عنها إسقاط شروط العمل الرسمي على القائمين بالعمل التحكيمي[1].

والنتيجة، بموجب ما سبق، أن التحكيم ذو طابع إجرائي وطابع عام يتمتع بالرسمية، وهذا ما أضفته الصفة العقدية للتحكيم. وعليه فالتحكيم ليس قضاء بالمعنى الدقيق ولا هو قضائي من حيث الإجراء؛ فالتحكيم عملية إجرائية عمومية رسمية.

وبعد بحثنا في دراسة الطبيعة التي يعود إليها التحكيم، وما وجدناه من أن التحكيم يتأثر من خلال طبيعته بنظريات أحادية وثنائية تعمل على تأصيل عملية التحكيم وإعادتها إلى أصلها القانوني السليم وفق هذه النظريات:

---

(1) – مصطفى محمد الجمال وعكاشة عبد العال– المرجع السابق– ص603، وأيضاً محمد أحمد حشيش– المرجع السابق– ص326 وأيضاً، أحمد أبو الوفا– التحكيم الاختياري والإجباري– منشأة المعارف – ص200.

المطلب الثاني

نظريات أصل التحكيم:

النظريات الأحادية (النظرية العقدية للتحكيم):

هذه النظرية تعتبر أن التحكيم عبارة عن عقد قائم بين الأفراد المحتكمين، والحكم الناتج عنه هو أثر من آثار هذا العقد، أي أن الإرادة هي أساس العمل التحكيمي، وهي عنصر الاختلاف عن العمل القضائي. ومن وجهة نظر أنصار هذا الاتجاه يكون الأساس في التحكيم هو الاتفاق، سواء أكان شرطاً أو مشارطة، فحال عدم وجود الاتفاق على إحالة النزاع للتحكيم، سيكون الاختصاص مباشرةً للقضاء. كما يعتبر أنصار هذا الاتجاه أن عنصر الإرادة الحرة والاتفاق لا ينسحب أثره فقط لجهة الاتفاق والحكم فقط، وإنما أيضاً على إجراءات التحكيم؛ فالغالب أن يحدد الاتفاق هذه الإجراءات، كاختيار المحكمين، وهذا على عكس القضاء؛ حيث ليس للأطراف سوى طلب رد هؤلاء القضاة. كما أن هذه الحرية قد تتسع في مجال التحكيم الدولي لاختيار القانون واجب التطبيق. ويضيف أنصار هذه النظرية اعتبار أن الوصف المناسب لهذه العملية هو وكالة. فمن وجهة نظرهم هنا يقوم المحكم بدور الوكيل وليس بدور القاضي. ومستندهم في هذا عدم إمكانية المحكم اتخاذ الإجراءات التي في يد القاضي، كما أن له حرية الأمر لقبول المهمة ورفضها دون أن تقع عليه الجزاءات التي تقع على القاضي، في حال رفضه أداء

مهمته في فصل الدعوى[1]، خاصةً أن العملية التحكيمية في رأيهم لا تقوم على إجراءات أمام المحكمين، يمكن تصنيفها بأنها إجراءات قضائية، فأقل مثال يطرحونه هو أن الحكم التحكيمي بحاجة إلى صيغة نفاذ[2] تمنح من قبل الجهة القضائية التي يحددها نص القانون.

تتعرض هذه النظرية للانتقاد من قبل معارضيها، كون حرية الإرادة حسب رأيهم لا تقتصر فقط على التحكيم، وإنما تؤدي دورها أيضاً في اللجوء إلى القضاء والتنازل عن الدعوى. كما أن الخلاف بين أنصار هذه النظرية وانقسامهم على أنفسهم لجهة تحديد تصنيف العقد، هو من الأمور التي أضعفت قوة هذا الاتجاه مع الواقع المتطور الذي بدأ يفرض في العقود النموذجية واللجوء إليها للتحكيم، ما جعله يبتعد عن فكرة حرية الإرادة[3].

- **النظريات الأحادية (النظرية القضائية):**

هذه النظرية كانت الأكثر حضوراً في الفقه الفرنسي كما الفقه العربي[4]، وذلك للمؤيدات التي حملتها، ومن وجهة نظر أنصار هذه النظرية فإن إرادة الأطراف التي استندت إليها النظرية العقدية غير كافية لخلق التحكيم، لولا أن

---

(1) - محمد نور شحاته – النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين (دراسة مقارنة)- دار النهضة العربية – القاهرة -ط1993 –ص34.

(2) - د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي – التحكيم في القوانين العربية- ص46-وأيضاً، د.أحمد الشيخ قاسم – التحكيم التجاري الدولي- ص16، وأيضاً، د.ماهر محمد حامد – المرجع السابق- ص55.

(3) - د.أحمد الشيخ قاسم – المرجع السابق- ص17.

(4) - السنهوري – الوسيط –ج2- ص650.

المشرع أعطاه هذه الصفة الإلزامية. فأحكام التحكيم من حيث النتيجة وإن كان الأساس بها هو اتفاق التحكيم[1]، إلا أنها لم تكن لتعتبر لولا القوة التي منحها المشرع لها. كما يضيف أنصار هذه النظرية أن الإجراءات التي تتم أمام المحكمين هي إجراءات قضائية، إذ إن الغالب والعام أنه في حال عدم الاتفاق على قانون معين للإجراءات، فإن المحكمين يطبقون إجراءات محاكم الدولة. وبالنسبة إلى الإرادة التي منحها المشرع أمام الأطراف للاتفاق على إجراءات التحكيم[2]، فإنها تضعف أيضاً أمام مؤسسات التحكيم ومنظماته، فيكون للأطراف فقط الاتفاق على الإحالة لهيئة معينة فقط. وهذا الاتجاه هو السائد والغالب في الفقه الفرنسي كما القضاء البلجيكي[3] إضافةً إلى بعض الأحكام القضائية في الدول العربية.

والانتقاد الموجه إلى هذه النظرية يستند إلى أن المحكم، وإن كان يقوم بوظيفة القاضي، لا يتمتع بأهم صلاحية من صلاحيات القاضي ألا وهي سلطة الأمر، أي عدم منحه هذه الصلاحية كونه قاضياً بشكل وقتي استثنائي. ومع ذلك فإن أنصار هذا الاتجاه يعتبرون أن التحكيم يشكل مرحلة قضائية استثنائية.

---

(1) - د.نجيب احمد عبد الله ثابت الجبيلي – المرجع السابق- ص51، وأيضا أحمد الشيخ قاسم – المرجع السابق-ص18-، وأيضاً، أبو زيد رضوان- الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي-عين شمس- دار الفكر العربي- 1981-ص27.

(2) -د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي – المرجع السابق-ص53.

(3) - أبو زيد رضوان – المرجع السابق- ص84، وأيضاً، أحمد الشيخ قاسم – المرجع السابق- ص18.

- **النظريات الثنائية (النظرية المركبة أو المختلطة للتحكيم):**

ترى هذه النظرية أن للتحكيم طبيعة خاصة ومستقلة، فرضها واقع الأمـــر، من حيث الطبيعة الخاصة للتحكيم، والتي تعتبر أن بداية الأمر في التحكيم هو اتفاق التحكيم، أي التطبيق العملي لفكرة التعاقد من خلال القوة التي منحها المشرع لهذه العملية (التحكيم)، وعليه فلا يمكن اعتبار حكم التحكيم أثراً من آثار التعاقد، ولا هو في ذات الوقت قرار قضائي، أي لا طبيعة قضائية دائمة للتحكيم، وإنمـــا هـــي استثنائية، فهو نظام يعرف بالتحكيم، يمر بالتعاقد وبـــالأثر القضـــائي والإجرائـــي والعمل دائماً من أجل لوصول إلى حكم التحكيم الذي يكتسب صيغة النفاذ، من خلال ما يمنحه المشرع من قوة إلزام. وهذا – حسب ما يقوله الأستاذ محسن شفيق "التحكيم في الحقيقة ليس اتفاقاً محضاً، ولا قضاءً محضاً، وإنما هـــو نظـــام يمـــر في مراحل متعددة يلبس في كل منها لباساً خاصاً ويتخذ طابعاً مختلفاً، فهـــو في أولـــه اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم"[1] أي طبيعة ثنائيـــة، حســـب مـــا رآه الدكتور مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال[2].

ومع كل هذا، لم يسلم أنصار هذه النظرية من النقد الذي يعتبر معارضـــوها أن هذه النظرية حاولت المزج بين النظريتين القانونية العقدية والقضائية، من خلال الموقف الوسط، ولكنها قللت، في الوقت ذاته، من شأن عملية التحكيم من حيث

---

(1) – أ.د.محسن شفيق – التحكيم –ص73، وأيضاً، د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي– المرجع السابق – ص57، وأيضاً، أحمد الشيخ قاسم –المرجع السابق– ص21، وأيضاً، د.ماهر محمد حامد – المرجع السابق– ص59.

(2) – د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال– المرجع السابق– ص45، وأيضاً، قرار محكمة الاستئناف الرابعة بدمشق رقم3116تا1985/11/21.

وجود الميزة القضائية، والتي تعتبر أن المحكم هو قاضٍ ولو بظرف استثنائي[1]، كما أنها جعلت حكم التحكيم انعكاساً لاتفاق التحكيم. وهذا الأمر يبتعد عن المنطق، لأن عملية التحكيم قد تنتج نتيجة اتفاق الفريقين على اللجوء إلى التحكيم أمام القضاء، وبالتالي بدفع أحد الخصوم وموافقة الآخر. وهنا تغلب الطبيعة الإجرائية[2] على طبيعة اتفاق التحكيم، أي أن نقطة الضعف الواضحة والصريحة في هذه النظرية، ناجمة عن التداخل الفعلي بين المرحلتين التعاقدية والقضائية، دون إمكانية الفصل بينهما بحد زمني واضح، لأن الاتفاق غلى التحكيم أساساً هو قيام إرادتين حول إيجاد هيئة أو كيان قانوني لفصل النزاع، وحكم التحكيم من جهة أخرى مرتبط أساساً بالاتفاق الذي أوجده من حيث أثره على الخصومة وإجراءاتها وحتى الفصل فيها أخيراً. ولكن في نفس الوقت، ومع وجود النظريات السابقة ومنتقديها، حاول البعض إيجاد أساس جديد لعملية التحكيم، من خلال أن التحكيم يحدث فعاليته على مستوى التجارة الدولية من حيث طبيعته العقدية أو القضائية، فعلى صعيد المعاملات الداخلية، يقلل من قوة وحصانة النظرية الحاكمة لهذا الأمر، في حين أنه على صعيد التجارة الدولية يبقى الأمر على قدر من السهولة؛ بحيث يمكن أن يعتبر أن التحكيم هو قضاء التجارة الدولية[3] في المنازعات التي تنشأ على مستوى التجارة الدولية ،فهو القالب القانوني لعملية إجرائية يبتعد بقدر عن أحكام العقود وبقدرٍ مساوٍ عن أحكام القضاء، أي أنه نتيجةً يشكل قضاءً استثنائياً

(1) – أحمد الشيخ قاسم –المرجع السابق– ص21.

(2) – د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي– المرجع السابق–ص58.

(3) – د.ماهر محمد حامد– المرجع السابق – ص60.

محكوماً بالقالب القانوني الذي يحدده الاتفاق كوسيلة ضرورية لحل المنازعات، خاصةً أنه في بعض القوانين يمكن الاستناد إلى التحكيم شفوياً، دون اتفاق مكتوب، كما في قانون المرافعات الألماني[1].

والخلاصة: أثَّر تطور عملية التحكيم التجاري واتساع نطاقها، على التكييف القانوني للتحكيم وأدى إلى نشوء حال خلاف حول طبيعته، بما ذكرناه سابقاً من نظريات وآراء، ولكن قانون الأمم المتحدة النموذجي الصادر عام 1985 حسم الأمر لصالح ترجيح الطبيعة القضائية للتحكيم وترتيب الآثار القانونية اللازمة، من خلال منحه الصيغة التنفيذية. وهذه العملية ليست سوى مظهر من مظاهر التعاون بين القضاء العادي في الدولة وقضاء التحكيم، ما يجعل معه حكم التحكيم من تصنيف الأحكام القضائية استناداً لنص القانون، وهو الرأي الأصوب، كون وسيلة التحكيم وجدت بدايةً كقضاء موازٍ للقضاء العام في الدولة.

المطلب الثالث

تعريف التحكيم:

إن مجموع الأفكار التي يظهرها الفقهاء، من خلال دراسة طبيعة التحكيم والنظريات التي تحكمه، تشكل مفهوماً عاماً للتحكيم، تحدد أسسه وأحكامه من خلال التحليل القانوني السليم ووضع القالب العام لما يعرف بالتحكيم، وصولاً لتعريفه الشامل الذي يمكن أن نستنتجه من خلال الغاية الأساسية من التحكيم

(1) – أحمد الشيخ قاسم– مقالة منشورة في مجلة المحامون –العدد 3 و4 لعام2008– ص313.

الهادف إلى وضع نظام عدالة خاص، تخرج بمقتضاه المنازعات من ولاية القضاء العادي لتعرض على أفراد يثق فيهم الخصوم ويمنحونهم مهمة الحكم فيها مع قوة نص القانون. وقبل الحديث عن تعريف التحكيم، باعتباره وسيلة لحل النزاع، لا بد من تعريف سبب وجوده ألا وهو النزاع، الذي- إلى يومنا هذا- لم يوضع له تعريف صريح حتى بالنسبة إلى المنظمات الدولية التي ترعى التحكيم، فهي لم تحدد ضمن أنظمتها تعريف النزاع الذي سيتم التحكيم عليه. وقد سبقت المحاكم الإنكليزية غيرها عندما تعرضت لتفسير النزاعات، إذ أوجد القاضي همفري لويد أمثلة لتفسير معنى النزاع، حاول من خلالها إسقاط الواقع على محاولات فقهية، وخاصةً أن الفقه الإنكليزي[1] لم يهتم بالتعريف بقدر ما كان جلّ اهتمامه يقع على الجوانب العملية ودراستها في مراحل التحكيم كافة؛ حيث ظهرت لديهم اتجاهات متعددة، منها ما وصف التحكيم وفق سرد لتطور عملية التحكيم في إنكلترا، وآخر رأى أن التحكيم هو اتفاق الأطراف لعلاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على أن يتم فصل النزاع بطريقة محددة إذا ثار أو يتوقع أن يثار. بينما رأى الاتجاه الثالث أن التحكيم هو وسيلة الالتجاء إلى إجراءات هذا النظام واستبدال قضاء الدولة بالمحكمين بناء على اعتراف النظام القانوني للدولة بنظام التحكيم. وعليه فقد عرف النزاع كما يلي: "هو خصومة تنشأ عادة عن اختلاف المصالح في موضوع معين، وليس بالضرورة أن يحل النزاع عن طريق القضاء"[2]،

---

(1) - د.محمد عبد المجيد إسماعيل – التحكيم في عقود الأشغال الدولية -362.

(2) - د.م.كمال ملص (محاضرة- النزاعات في العقود الهندسية وإعداد المطالبات-دورة التحكيم في دمشق 30/11-12/1 لعام 2008).

هذا النزاع الذي سيقود أخيراً إلى عملية تحكيم تقوم على حله، تحمل في ماهيتها ارتباط مجموعة من العناصر ترتبط تمام الارتباط بالاتفاق على التحكيم والقواعد الإجرائية والقوانين واجبة التطبيق، لتشكل في مجموعها هذه الماهية للتحكيم وتعطيه التعريف الجامع والمانع.

فالتحكيم على ما يذكر وفقاً لمعناه اللغوي في مراجع اللغة العربية: هو مصدر من حكَّم بالتشديد: يقال حكمه أي فوض إليه الحكم[1]، أما الاصطلاح الحقوقي فيعتبر أنه: تولية الخصومة لواحد أو أكثر يرضونهم أهلاً للحكم بينهم. وهو نوع من أنواع القضاء، يخول فيه المحكمون الفصل في المنازعات بدلاً من أن يفصل فيها القضاء[2]. وبالعودة إلى المراجع المختلفة المتعلقة بقوانين التحكيم، نجد أن مجمل القوانين الصادرة بهذا الموضوع (كقوانين المرافعات) لم تضع تعريفاً موحداً معتمداً، فالغالب أنها اكتفت بتوضيح أسس مثل هذا النظام ومدى مشروعيته القانونية وحجيته، على اعتبار أنه رديف للقضاء يكمله ويتبعه إشرافاً ورقابة، معتمداً على الإرادة الحرة للأطراف. وهذا ما يعطي التحكيم صفة النظام القضائي الخاص الموجود في معظم التشريعات على اختلاف أصولها ومدارسها ومواطنها، فقد وضعت تعريفات عديدة في قوانين عديدة، منها على سبيل المثال:

- التعريف الذي وضعه القانون الفرنسي في قانون المرافعات في الكتاب الرابع؛ حيث نظم التحكيم في فرنسا إدارياً وداخلياً ودولياً.

---

(1) - مختار الصحاح- ص148، القاموس المحيط-ج4-ص98، تاج العروس-ج8-ص254.

(2) - أ.بدر الدين علوش- التحكيم بين الإبقاء والإلغاء- مقالة منشورة في مجلة المحامون-عدد1- لعام 1965- ص8.

- تعريف القانون الهولندي[1] للتحكيم في م1020 من قانون التحكيم لعام 1986 "اتفاق الأطراف على إحالة المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ مستقبلاً نتيجة علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية إلى التحكيم".
- تعريف التحكيم في دول الاتحاد السوفياتي سابقاً: "حسم المنازعات التي تنشأ أو تقوم بخلاف في العلاقات المتبادلة بين مؤسستين أو عدة مؤسسات[2] من النموذج الاشتراكي، وبوجود فرد عادي فإن الاختصاص يعود إلى المحاكم العامة، وقرار هيئة التحكيم يؤخذ عن طريق البحث المشترك لموضوع النزاع من قبل ممثلي الأطراف المعنية، فقد كان الأصل في تكوين القضاء فيه إناطته بالمحاكم فقط، وذلك بحسب نص الدستور عندهم حينها في م(150) من دستور اتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفياتية، كما أنه بالنسبة إلى القوانين العربية، فقد وضعت عدة تعاريف، تدور كلها حول المعنى ذاته، ومنها:
- في المادة (190) من قانون المرافعات المدنية القطري "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين"[3].
- المادة (4ف1) من قانون التحكيم العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم4797 في 28/ 6/ 1997: "ينصرف لفظ التحكيم في هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة، سواء أكانت الجهة التي

---

(1) – د.محمد عبد المجيد إسماعيل– المرجع السابق– ص365.

(2) – أ.عبد الهادي عباس، جهاد هواش–مرجع سابق– ص21 .

(3) – د.ماهر محمد حامد– المرجع السابق– ص18.

تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين مركزاً دائماً للتحكـــيم أم لم تكن كذلك"، وهو التعريف المأخوذ من قانون التحكيم في مصر في المادة(4) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

- المادة(2) من قانون التحكيم اليمني[1] رقم 22 لسنة 1992: "التحكيم هـــو اختيار الخصمين برضاهما شخصاً آخر أو أكثر للحكم بينهما دون المحكمـــة المختصة".
- أما بالنسبة إلى التعريف ضمن القانون السوري، فإن التعريف يستند إلى أصل تاريخي استندت إليه جميع القوانين تاريخياً، ألا وهو تعريف مجلـــة الأحكـــام العدلية[2] في م (1790) والتي تنص على أن: "التحكيم عبارة عـــن اتخـــاذ الخصمين حاكماً برضاهما يفصل خصوماتهما ودعواهما". وبعد إلغاء القـــانون المدني للقواعد وأحكام مجلة الأحكام العدلية، رأى المشرع أن يـــنص علـــى متعلقات التحكيم من نصوص خاصة مع بعض التعديلات التي تضيف المرونة والاعتدال، فكان أهم ما راعاه مشرعنا في قانون أصول المحاكمات الذي كان يعتبر الناظم لقانون التحكيم، مجموعة من العناصر التي تعبر بمجموعهـــا عـــن تعريف التحكيم، وهي:

1- لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية.

---

(1) - د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي – المرجع السابق- ص17.

(2) - د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي- المرجع السابق- ص16، وأيضاً، د. ماهر محمد حامد- المرجع السابق- ص15.

2- على المحكمين أن يسمعوا الدعوى مجتمعين، ولهم أن يرجعوا إلى المحكمة للحكم على من يتخلف من الشهود عن حضور جلسة التحكيم، أو يمتنع عن الإجابة على أسئلة المحكمين، والحكم بالإنابات القضائية أو بتقديم أوراق تحت يد موظف عام أو تحت يد الغير.

3- على المحكمين أن يصدروا حكمهم في سوريا، وإلا كانت أحكامهم خاضعة لأصول تنفيذ الأحكام الأجنبية.

4- إن المشرع بين قواعد استئناف أحكام المحكمين والطعن فيه بالتماس إعادة المحاكمة[1].

وقد عرف المشرع السوري قديماً التحكيم بأنه: "اتفاق يلجأ إليه المتعاقدان لفض المنازعات القائمة بينهما في الحاضر أو المنازعات التي قد تقع بينهما في المستقبل عن طريق عرضها على محكمين بدلاً من عرضها على المحاكم، لما في ذلك من تقصير في إجراءات الخصومة للاستفادةمن الوقت والنفقات وتجنب آثار الخصومة"[2].

ومع تطور العلاقات التجارية والمدنية، بدأت الضرورة تلح من أجل وجود نظام قانوني خاص بالتحكيم بعيداً عن أصول المحاكمات والقانون المدني، فوضع مشروع لقانون التحكيم السوري وبقي التعريف بحسب المشروع وأقره المشرع وأصدره بقانون التحكيم رقم/4/ لعام 2008 والذي ورد فيه التعريف بحسب ما

(1) - عبد الهادي عباس، جهاد هواش – المرجع السابق- ص29و30.

(2) - المحامي معن عقاب سراي الدين – التحكيم في التشريع السوري- بحث مقدم لنقابة المحامين فرع السويداء- 1993-ص18.

ذكرنا في المادة (1) منه: "أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلاً من القضاء، سواء أكانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركزاً دائماً للتحكيم أم لم تكن كذلك".

- في القانون اللبناني:

قبل صدور قانون التحكيم عام 1983 في لبنان، كان نظام التحكيم وارداً في قانون أصول المحاكمات الذي وضع مشروعه الأستاذ بارو من أساتذة معهد حقوق ليون. وبقي على هذا الحال إلى أن لحق المشرع اللبناني بالمشرع الفرنسي بعد عدة سنوات، وأصدر قانون التحكيم بالمرسوم الاشتراعي 83/90 وعدل فيه قانون أصول المحاكمات بتبني قانون تحكيم جديد بدأ العمل به منذ بداية عام 1985. وكان أهم ما يميز هذا القانون هو اعترافه الصريح بما يعرف بالتحكيم النظامي أي الإحالة لنظام تحكيمي معين. وكما يقول الدكتور عبد الحميد الأحدب (وهو من كبار المتخصصين بالتحكيم في لبنان): "قضاء خاص لنوع خاص من المنازعات، كونته الإرادة المشتركة للأطراف بالخلاف، ولكنه قضاء يعمل في نسيج تبدو فيه حرارة الخصومة التي نراها أمام القضاء التابع للدولة، ويهدف إلى إعطاء كل ذي حق مستحقه"[1].

والتعاريف السابقة إنما أتت في معرض التعريف القانوني ونصوص القانون للتحكيم. ومن جهة أخرى حاول الفقهاء إيجاد تعريف فقهي للتحكيم، وذلك على اختلاف وجهات الفقهاء بالنسبة إلى التحكيم، فمن الفقه[2] من عرف

---

(1) - د.عبد الحميد الأحدب – التحكيم –ج1- مؤسسة نوفل- 1990- ص19.

(2) - د.ماهر محمد حامد- المرجع السابق- ص16.

التحكيم بأنه: "نظام للقضاء الخاص، تقصى فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي، ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها".

في حين رأى الدكتور عبد الله ثابت الجبيلي أن فقهاء القانون الوضعي قد عرفوا التحكيم "بإحالة ما قد يكون قائماً من نزاع أو ينشأ بين الأفراد من النزاع مستقبلاً على فرد أو أفراد للفصل دون عرضه على المحكمة المختصة إلا ما هو مستثنى طبقاً للقانون"[1].

وتبقى التعاريف متفقة حول الأفكار الأساسية لعملية التحكيم، كونه نظاماً ينشأ اتفاقياً بقوة يمنحها المشرع، لتنتهي بقرار يعطى صيغة التنفيذ القضائية، وهو ما نستنتجه من المقارنة بين تعاريف الفقهاء المختلفة، ففي الفقه الفرنسي ذهب الأستاذ[2] motulsky إلى تعريف التحكيم: "الحكم في منازعة بواسطة أشخاص يتم اختيارهم، كأصل عام بواسطة أشخاص آخرين وذلك بموجب اتفاق". في حين أن الأستاذ الفرنسي JeanRobert[3] عرفه: "بأنه تحقيق للعدالة الخاصة، ووفقاً لها يتم سلب المنازعات من الخضوع لولاية القضاء العام، لكي يتم فيها الفصل بواسطة أفراد عهد إليهم بهذه المهمة". أما في الفقه السويسري[4] فقد عرفه جانب من الفقهاء فيها: "آلية خاصة لفض المنازعات، نجد مصدرها في اتفاق الأطراف، وتتميز بإخضاع المنازعة لأشخاص عاديين، تختار بشكل مباشر أو غير

---

(1) – د. نجيب الجبيلي –المرجع السابق– 16.

(2) – د. حفيظة السيد حداد– الموجز في النظرية العامة للتحكيم في التحكيم التجاري الدولي– ص22.

(3) د.حفيظة السيد حداد – المرجع السابق – ص43.

(4) – د.محمد عبد المجيد اسماعيل –المرجع السابق– ص360.

مباشر بواسطة أشخاص آخرين". أما الجانب الآخر من الفقه فقد عرفه: "نظام خاص للتقاضي، ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي". وبالنسبة إلى الفقه الإنكليزي فهو – كما ذكرنا سابقاً – لم يهتم كثيراً بمحاولة إيجاد التعريف بقدر الاهتمام بدراسة الجوانب العملية وتغطيتها والبحث فيها. وهذا الأمر ليس بعيداً عن الأنظمة المطبقة قضائياً في الدول التي تنتمي إلى هذا الفقه، كون الأساس لدى هذه القوانين يعتمد السوابق القضائية.

ومع كل التعاريف التي تعرضت لهذا المفهوم لغةً وفقهاً وقانوناً، يبقى بعض الفقه يتجه إلى الخلط بين التحكيم وأنواع أخرى قد تتقاطع معه وقد تختلف بالحكم. وهنا يجدر التفريق بين كل من:

- التحكيم والوكالة.
- التحكيم والخبرة.
- التحكيم والصلح.
- التحكيم ونقل الاختصاص القضائي.
- التحكيم والتوفيق.

1) التحكيم والوكالة:

الأصل إن التشابه على حد ذكر الفقهاء بين المفهومين[1] ينطلق من أن كلاً منهما يقوم على أساس العقد، ولكن أثناء البحث في تفاصيل العملية التحكيمية وأحكام الوكالة، نجد أن الفرق ينشأ من العقد ذاته، فعقد (اتفاق) التحكيم يقوم على تنصيب شخص من الغير لحسم النزاع بين الفريقين المتعاقدين، وهو مستقل تماماً عمَّن عينه، ولا سلطان عليه لتطبيق القانون، في حين أن الوكالة تقوم على عقد بين الوكيل والموكل تنحصر فيه صلاحيات هذا الوكيل بما يحدده الموكل مسبقاً ضمن وكالته. وما يمكن أن يثار هو وجود هيئة تحكيم ثلاثية يعهد فيها الطرفان كل منهما لممثل عنه في هيئة التحكيم يطلق عليه[2] وكيل بالخصومة، بحسب الدكتور أحمد أبو الوفا الذي أثار هذه الفكرة؛ حيث رأى أنه "يكاد يكون المحكم الذي يملك الخصم –وحده–اختياره بمثابة وكيل له وتكون صفة المحكم في واقع الأمر مقصورة على رئيس الهيئة، وعلى أي حال فإن هذه المسالة موضوعية تختلف النظرة إليها بحسب كل حالة ووقائعها وظروفها ونية المتعاقدين". في حين رأى كل من د.مصطفى محمد الجمال ود.عكاشة عبد العال، أن الأصل أن يكون العضوان المختاران محكمين ما لم يدل ضمن نصوص الاتفاق على التحكيم ما يمكن تفسيره أن العضوين المختارين لهما صفة الوكيل بالخصومة.

---

(1) – مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال– المرجع السابق– ص31 –وأيضاً–د.ماهر حامد– المرجع السابق– ص47، وأيضاً–د.حفيظة السيد حداد– المرجع السابق– ص58.

(2) –مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال– المرجع السابق– ص32وأيضاً– د.أحمد أبو الوفا– التحكيم الاختياري والإجباري– ص21وأيضاً د.وليد منصور – المرجع السابق– ص96.

2) التحكيم والخبرة:

إن العودة إلى معنى الخبرة يظهر الفرق بينها وبين التحكيم، فهي إبداء الرأي والمشورة[1] من متخصص لمن يطلبها دون التزام من طالبها باتباعها، في حين أن التحكيم هو فصل النزاع من قبل المحكمين برأي يلتزم فيه المحتكمون. ومن المؤكد أن العبرة ليست في المعنى اللغوي سواء للخبرة أو التحكيم، وإنما في المهمة وصيغتها لمن يقوم بالعمل الموكل إليه سواء أكان خبيراً أم محكماً، فمن الوارد[2] أن يلجأ كل من الأطراف إلى خبير واستشارته، مع الأخذ برأيه بشكل ملزم. ونكون هنا فعلياً أمام تحكيم، في حين أنه من الوارد أيضاً أن يكون اللجوء إلى المحكم لمجرد أخذ الخبرة والرأي، ويتحقق العكس هنا. وتجدر التفرقة بين المصطلحين بشكل خاص في العقود الزمنية التي قد تخضع إلى تغيير في الظروف والمراكز المالية للمتعاقدين، التي قد يلجأ الأطراف فيها إلى شخص ثالث، يقوم بتعديل العقد بما يتناسب مع الظروف المتغيرة. فهل نكون أمام خبرة أم تحكيم عندها، وخاصةً أنها تعتبر عملاً يتم فيه استكمال العقد؟

---

(1) - مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال- المرجع السابق- ص28وأيضاً د.ماهر حامد – المرجع السابق- ص37.

(2) - د.ماهر حامد – المرجع السابق- ص38 وأيضاً مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال – المرجع السابق- ص29 وأيضاً- د.حفيظة السيد حداد- المرجع السابق- ص62 وأيضاً د.وليد منصور – المرجع السابق- ص82 وأيضاً المحامي عبد الهادي عباس- المرجع السابق- ص32و33.

3) التحكيم والصلح:

الصلح عقد يحسم به الأطراف نزاعاً[1] نشأ بينهم فعلاً أو يتوقيان وقوعه، وينتج هذا العقد عن تنازل إرادي من كل طرف عن جزء من مطالبه، وهو من حيث المبدأ قريب من التوفيق، إلا أنه يختلف في أنه يتم من خلال حوار مباشر بين الأطراف أو ممثليهم.

ويتفق التحكيم مع الصلح في أنهما وسيلتان لفض المنازعات خارج القضاء، وأنهما ينشآن عن عقد أو اتفاق، ولكنهما في ذات الوقت يختلفان على اعتبار أن الصلح هو تسوية ودية ذاتية، في حين أن التحكيم تسوية ودية ملزمة بواسطة الغير، وعليه فإن الحكم التحكيمي ينفذ بمجرد إعطائه صيغة النفاذ من المحكمة، في حين أن الصلح لا ينفذ ما لم يتم في صورة عقد رسمي، بالإضافة للفرق بينهما لجهة الطعن. وقد يثير البعض قيام التحكيم بوظيفة الصلح، فهنا تجدر الإشارة إلى أن التحكيم ولو أخذ صفة الصلح (التحكيم بالصلح) يبقى ملزماً بتطبيق قواعد العدالة بقرار ملزم، أما الصلح فيبقى تسوية رضائية قاصرة على الخصوم محلها نزول كل من المتنازعين عن بعض ما يدعيه نزولاً يكتفي به الآخرون[2]، على أن التحكيم لا ينتهي به النزاع بمجرد الاتفاق على التحكيم، وإنما بممارسة المحكم المختار لمهمته وإصداره حكماً فيه.

---

(1) - د.ماهر حامد – المرجع السابق- ص45وأيضاً مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال-المرجع السابق- ص24 وأيضا د.حفيظة السيد حداد- المرجع السابق- 86 وأيضاًد.وليد منصور- المرجع السابق- ص69 وأيضاً د.السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- ص514.

(2) - د.ماهر حامد – المرجع السابق- ص46.

4) التحكيم ونقل الاختصاص القضائي:

الأصل إن اختصاص المحاكم هو من النظام العام مع جواز نقل الاختصاص من محكمة إلى أخرى في حالات حددها نص قانون أصول المحاكمات، وذلك في قواعد الاختصاص الداخلي الذي يفترض إمكانية اتفاق الأطراف على تحديد المحكمة التي يثار النزاع أمامها. وهذا ما يختلف مع التحكيم، كون الأخير ينقل الاختصاص خارج ولاية القضاء، في حين أن نقل اختصاص المحكمة يبقي النزاع تحت ولاية القضاء العامة، أي تطبيق الإجراءات القضائية على الأخيرة والاتفاق على الإجراءات بالنسبة إلى الأولى، كما أن التفريق بين كل من التحكيم ونقل الاختصاص يُنتِج الآثار التالية :

- في حال اختيار القضاة كمحكمين، يجب على القضاة حينها الخضوع لنظام التحكيم الذي تم الاتفاق عليه بين الأطراف، دون أن يتعاملوا مع واقعة النزاع كقضاة.
- التحكيم لا يصح إلا برضا الخصمين، أما القضاء فلا دخل للرضا فيه حتى بالنسبة إلى ولاية القضاء مكانياً وموضوعياً.
- ولاية التحكيم مقصورة على موضوع النزاع وعلى المحكوم عليه فقط، في حين ولاية القضاء أوسع نطاقاً من مسائل التحكيم.

- لا يجوز في التحكيم للمحكم أن يستخلف[1] غيره في التحكيم نيابة عنه إلا برضا الفريقين لارتباط التكليف بشخصه، في حين أن القاضي له استخلاف غيره في نظر القضايا المعروضة عليه.
- بالنسبة إلى القضاء يشترط لمن يقوم به التمتع بالجنسية الوطنية، بعكس التحكيم الذي يمكن أن يكون من يقوم به أجنبياً، بالإضافة إلى إمكانية عزله باتفاق الخصوم، في حين أن القاضي لا يملك الخصوم عزله.

ما سبق جعل الفقهاء يميلون إلى تغليب الصفة القضائية للتحكيم مع الاختلاف في أن مصدر سلطتهم هو القانون بموجب اتفاق الأطراف، ويبقى للمحكم استقلالية مع دور يتم فيه تدخل القاضي في عمل التحكيم لضمان فعالية هذا الأخير.

5) التحكيم والتوفيق:

التوفيق[2] هو اتفاق طرفين أو أكثر على تفويض شخص واحد أو أكثر لحسم النزاع بينهما بطريقة ودية عن طريق الشخص المفوض كموفق محايد، حيث له سوى اقتراح الحلول للأطراف دون وجود إلزام بأطروحاته، مع المحافظة على العلاقة الودية بين الطرفين، فكلاهما يتجه إلى حل النزاع، ولكن الخلاف يثار بما يلي:

---

(1) -د.ماهر حامد- المرجع السابق- ص27.

(2) - د.ماهر حامد – المرجع السابق- ص41 وأيضاً علاء آباريان- الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية – ص69 وأيضاً د.وليد منصور – المرجع السابق – ص88.

- حال الاتفاق على التحكيم والبدء به، فهو أمر ملزم، في حين التوفيق يمكن للفريقين العدول عنه بعد اللجوء إليه.
- قرار التحكيم يشكل بعد منحه الصيغة التنفيذية[1] قوة ذات حجية للتنفيذ، في حين أن التوفيق غير ملزم للأطراف حال صدور التوصية عن الموفق أو ما يسمى أيضاً بالاقتراح.

ويمكن أن نقول إن التوفيق فيما ذكرناه لا ينال من الحق في اللجوء للقضاء، فلا يغدو أن يكون سوى محاولة للتوصل إلى تسوية ليس لها طابع الإلزام أو الحجية ويمكن تجنبها والعودة إلى القضاء. ومن خلال ما رأيناه من اختلاف بين التحكيم والأنواع الأخرى التي تشابهه، نجد أن التحكيم لا يتخذ صورة واحدة إنما صوراً مختلفة تتغير حسب المقياس الذي نعتمده وفق أنواع التحكيم.

المطلب الرابع

أنواع التحكيم

أولاً– التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:

يكون التحكيم اختيارياً في حال عدم الإلزام للجوء إليه[2]، أي قيامه على اعتبارين أولهما حرية إرادة الخصوم، والثاني الاعتراف القانوني بهذه الإرادة[3]. أما

(1) – د.ماهر حامد – المرجع السابق– ص43 وأيضاً د.وليد منصور– المرجع السابق – ص88.

(2) – د.إبراهيم جوهر إبراهيم – الدفع باتفاق التحكيم– ط 2009 دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر– ص89 وأيضاً د.وليد منصور – المرجع السابق– ص135.

(3) – د.أحمد أبو الوفا– التحكيم الاختياري والإجباري – مرجع سابق– ص16 .

التحكيم الإجباري فهو الذي ينص عليه المشرع في اللجوء إليه كطريق لحل النزاع، وهو يأتي استثناءً وفي الحدود الضيقة، وتجدر الإشارة أنه قد يكتفي المشرع بفرض التحكيم ويترك للخصوم حرية اختيار الحكمين والإجراءات.

ثانياً–التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح:

التحكيم بالقضاء[1] هو التحكيم الذي لا يكون للمحكم فيه إلا سلطة القضاء في المنازعة المعروضة عليه حسب قواعد القانون الواجب التطبيق على النزاع. أما التحكيم بالصلح فالمحكم لا يتقيد بقواعد القانون الموضوعي، وإنما يحكم وفقاً لما يراه من العدالة، بعيداً عن مدى تطابقه مع القانون الموضوعي، ولكن مع مراعاة قواعد النظام العام[2].

ثالثاً–التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر:

التحكيم المؤسسي هو التحكيم الذي يتم في إطار إحدى مؤسسات أو مراكز التحكيم الدائمة[3]؛ حيث تقوم هذه المؤسسات بوضع قواعد معينة لعملية التحكيم لديها مع التزام الأطراف بهذه القواعد دون علمهم المسبق بها،ويتميز التحكيم المؤسسي بقدرته في التغلب على العقبات ووسائل المماطلة التي يلجأ إليها أطراف النزاع ،أما التحكيم الحر فهو التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة النزاع المعين، من أجل الفصل في هذا النزاع باختيارهم المحكمين بأنفسهم، وتحديد

---

(1) – د.مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال – مرجع سابق– 108.

(2) – د.إبراهيم جوهر إبراهيم – مرجع سابق– ص91.

(3) –د.ماهر حامد – مرجع سابق – ص97.

الإجراءات التي يترتب القيام بها أمام المحكمين[1]، والتحكيم الحر يمتاز بالمرونة وقلة التكلفة.

رابعاً–التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي:

التحكيم الداخلي هو الذي يتعلق بتراعات وطنية داخلية في جميع عناصرها الذاتية موضوعاً وأطرافاً وسبباً، حيث يطبق أحكام القانون الوطني على التراع وأطرافه والإجراءات المحددة لخصومة التحكيم.

أما التحكيم الدولي فهو التحكيم الذي يكون أحد عناصره أجنبياً سواء أطرافه أو مكوناته أو عناصره[2]، حيث لا تنحصر في دولة معينة. ويقوم التفريق بين النوعين دوراً لجهة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم وعلى إجراءات التحكيم أمام المحكمين، حيث نجد بعض التشريعات قد فرقت بينهما في حين تشريعات أخرى لم تفرق، كالتشريع الألماني مثلاً.

وبعد كل ما سبق لا بد من البحث في عملية التحكيم بغض النظر عن الطبيعة أو النوع لهذه العملية وذلك من خلال معرفة القواعد التي تنظم العملية التحكيمية وتحديد القانون المطبق عليها من خلال المبحث التالي.

---

(1) – د.مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال – مرجع سابق– ص126 وأيضاً د.ماهر حامد – المرجع السابق– ص88.

(2) – د.حفيظة السيد حداد –مرجع سابق– ص94.

المبحث الثاني

القواعد الإجرائية

بعد البحث بماهية التحكيم وتاريخه والتعاريف التي وضعها الفقهاء له والاستنتاج من خلال المراجع المتنوعة وجود عدة أنواع للتحكيم، الأمر الذي يشكل قاعدة أولية عن عملية التحكيم، إلا أن العملية التحكيمية ترتبط بمجموعة من الإجراءات تنظمها الإتفاقيات الدولية والنصوص القانونية والتي وضعت أصلاً مستندةً إلى قواعد عامة لهذه العملية لذلك كان لابد من بحثها في مطلبين:

المطلب الأول : الإجراءات التمهيدية والقانون واجب التطبيق.

المطلب الثاني : إجراءات الخصومة.

المطلب الأول

الإجراءات التمهيدية

والقانون واجب التطبيق

إن إجراءات التحكيم بدايةً تخضع لقانون يتم الاتفاق عليه بين الأطراف للوصول إلى تحديد خضوع هذه الإجراءات لمبادئ النظام القانوني المتفق عليه. وبالعودة إلى قانون التحكيم التجاري الصادر في مصر، نجد في المادة (25) منه: ***"لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم.....فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة"*** .

ويبنى على ما سبق أن لأطراف الخصومة تحديد القانون الذي يسري على الإجراءات أمام هيئة المحكمين حسب ما اتفقوا عليه. وهذا ليس شأن القانون المصري وحده، وإنما بالمقارنة مع قانون التحكيم السوري رقم /4/لعام 2008 نجد أن المشرع قد تبنى ذات المبدأ المتفق عليه حكماً في المعاهدات الدولية، وذلك في المادة/22/ف1 من قانون التحكيم السوري الذي حدد بأن: ***"1- مع مراعاة أحكام هذا القانون لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها، بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز دائم للتحكيم في سورية أو خارجها"***.

وبهذا فقد أفسح المشرع المجال أمام طرفي خصومة التحكيم للاتفاق على قانون تخضع له الإجراءات أمام المحكمين، أو تحديد النظام القانوني لمنظمة أو مركز تحكيمي داخل سوريا أو خارجها، وعاد ليمنح هيئة التحكيم صلاحية اختيار القانون واجب التطبيق للإجراءات في حال عدم الاتفاق من الأطراف، وذلك في المادة (22)ف1.

ويجدر الانتباه إلى عدم وقوع تداخل في المفهوم بين القانون واجب التطبيق على الإجراء وبين القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، مع إمكانية أن يكون ذات النظام القانوني لكلا الواقعتين؛ حيث يسري الاتفاق بتحديد القانون واجب التطبيق على الإجراء على مراحل إجراءات التحكيم كافة، من البداية وحتى صدور الحكم التحكيمي وإعلان نهاية التحكيم، لذلك سعى المشرع السوري وغيره من المشرعين إلى تحديد بداية التحكيم، وذلك في المادة (26)، حيث ترك تحديد بداية العمل التحكيمي لنص القانون أو اتفاق الأطراف، بالإضافة

إلى أنه أكد على حصر مدة التحكيم، أي معرفة حدود هذه المدة، لما في ذلك من دور في تحديد ولاية المحكم وصحة الإجراءات والحكم الصادر في هذه الخصومة وحددها في المادة (37) من قانون التحكيم السوري : بأنه على هيئة التحكيم أن تصدر حكمها خلال المدة المتفق عليها بين الأطراف، وفي حال عدم الاتفاق يجب صدوره خلال مدة أقصاها (180) يوماً من تاريخ انعقاد أول جلسة تحكيم. وعاد في الفقرة الثانية من ذات المادة ليمنح هيئة التحكيم إمكانية أن تمد أجل التحكيم لمدة لا تزيد عن (90) يوماً ولمرة واحدة، واستناداً لأنه للفقرة التي تليها فقد جعل صلاحية التمديد للمرة الثانية محصوراً بقرار من محكمة الاستئناف المدني المختصة بقرار مبرم بعد دعوة الخصوم؛ حيث يعود الأمر أخيراً إلى المحكمة صاحبة الصلاحية بنظر موضوع النزاع للفصل فيه، وذلك بعد كل التسهيلات التي منحها لاتفاق الأطراف، ما لم يعودوا ويتفقوا على التحكيم مرة جديدة باتفاق تحكيم جديد مستقل بحسب نص المادة (37) ف4.

وواقع الأمر أن المشرع منح الأطراف حرية الاتفاق على قانون الأصول، ولكن دون أن تمتد هذه الحرية إلى المبادئ الأساسية في مجال إجراءات الخصومة، ومنها:

أولاً– مبدأ المواجهة والمساواة بين الخصوم:

يوجب هذا المبدأ ضرورة عدم سماع دفوع الأطراف إلا بحضور الخصوم والمساواة بينهم، وذلك بأن تهيأ لكل منهما الفرص المتساوية لتقديم الدفوع بما

يكفي لعرض دفاعه وقضيته ويحقق العدل بين الخصوم[1]. وهذا ما جسده المشـــرع في المادة(25) من قانون التحكيم السوري.

ثانياً– مبدأ ضمان حق الدفاع:

يقضي هذا المبدأ بأنه إذا كان للمحكم سلطة تعيين الإجـــراءات الواجبـــة الإتباع أمامه، فإن مبدأ احترام حق الدفاع من شأنه أن يقيد حريتـــه في قبـــول أو رفض طلبات الإثبات، أي أن الفكرة هي حول شكل الدليل أو الإثبات، وبالتـــالي خضوع هذا الشكل للقانون الذي يحكمه[2].

ثالثاً–مبدأ استمرارية إجراءات التحكيم:

يضمن هذا المبدأ استمرار هيئة التحكيم في جلساتها، حتى لو تخلـــف أحـــد الأطراف عن الحضور أو تقديم مستنداته بما يضمن عدم المماطلة أو التســـويف أو كسب الوقت في المحاكمة أمام هيئة التحكيم. وقد ضمن المشرع الســـوري هـــذا المبدأ في المادة(29) ف5 والمادة(30).

رابعاً– ضرورة اتخاذ كل الإجراءات بحضور كل المحكمين[3].

---

(1) – د.أشرف عبد العليم الرفاعي – التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية–ط 2006 – دار الكتب القانونية – ص 493.

(2) – د.مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال– مرجع سابق–ص686و687، ود.نجيب احمد عبد الله ثابت الجبيلي – مرجع سابق– ص309، وأيضا د.أشرف عبد العليم الرفاعي – المرجع السابق – ص486.

(3)– د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي– المرجع السابق– ص321.

المطلب الثاني

إجراءات الخصومة:

أولاً– صحة مواعيد التبليغ وبيانات الدعوى التحكيمية:

إن اتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي قد حرصت في معظمها على إعفاء المحكم من القواعد الإجرائية المنصوص عنها في قوانين الأصول الوطنية ،بإفساح المجال لاختيار القانون واجب التطبيق من الأطراف مع المحافظة على ما يستثنى من متعلقات النظام العام.

أما بالنسبة إلى خصومة التحكيم، فإن هذه الأنظمة قد وضعت قواعد دولية موحدة تضمن وحدة الإجراء حال التسليم والقبول بالاتفاقيات الدولية ذات الصلة، وخير مثال نص المادة (21) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المقابلة لنص المادة (3) ف1و2 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة الأونسترال، والتي تنص: ***"تبدأ إجراءات التحكيم في نزاع ما من اليوم الذي تسلم فيه المدعى عليه طلباً بإحالة ذلك النزاع إلى التحكيم ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"*** [1].

ويستوي في تطبيق هذا النص اعتبار الطلب قد وصل إلى المدعى عليه مباشرةً من المدعي أو عن طريق إحالة من محكمة التحكيم، وبمجرد وصول هذا الطلب فإن

---

(1) – ويقابلها المادة (26) من قانون التحكيم السوري رقم/4/ لعام 2008، ويقابلها نص م(34) من قانون التحكيم اليمني –بحسب المرجع للدكتور نجيب احمد عبد الله ثابت الجبيلي – المرجع السابق– ص328.

هذا الإجراء يعتبر الإجراء الافتتاحي للخصومة[1]، مع الإشارة إلى وجود فرق بسيط في التحكيم المؤسسي؛ حيث تبدأ الإجراءات بناء على طلب يوجهه أحد أطراف النزاع إلى سكرتارية الهيئة أو المؤسسة المحددة للتحكيم، ويعتبر في جميع الحالات تاريخ استلام سكرتارية هيئة التحكيم الطلب (طلب التحكيم) تاريخاً لبدء الإجراءات، وهذا مطبق فعلاً بالنسبة إلى هيئة التحكم الدائمة في باريس ونظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية في باريس[2].

وإذا كانت الاتفاقيات الدولية قد عالجت الأمر بهذه النصوص، فإننا نجد ضمن قانون المرافعات الفرنسي تحديداً لبداية التحكيم من تاريخ قبول المحكم لمهمته، فإذا تعدد المحكمون سرت المهلة من تاريخ قبول المحكم الأخير[3].

أما قانوننا السوري فقد أخذ بالاتجاه الآخر، واعتبر أن إجراءات التحكيم تبدأ من تاريخ استلام المدعى عليه (المحتكم بمواجهته) لطلب التحكيم وذلك ضمن المادة(26) من القانون بحسب ما ذكر في فقرات سابقة.

وأياً كان الأمر، فإننا نستنتج مما سبق أن بدء الإجراءات التحكيمية وانعقاد الخصومة التحكيمية تتمتع بطابع من السرعة والمرونة ولا تتطلب ما يتطلبه الإجراء أمام القضاء. وهذا الأمر يأتي من إعفاء المحكم أصلاً من القواعد الإجرائية وتحقيق غاية التحكيم في حل النزاعات والوصول إلى إجراءات تحكيم صحيحة للوصول إلى

---

(1) - د.حسني المصري – التحكيم التجاري الدولي- مرجع سابق – ص(287).

(2) - د.حسني المصري- المرجع السابق- ص288.

(3)- د.عبد الحميد الاحدب- قانون التحكيم اللبناني (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي) –المرجع السابق – ص123 .

حكم تحكيمي سليم لا يمكن لأحد الأطراف فيه ادعاء البطلان، وخاصةً أن بعض الأنظمة القانونية قد ترفض الاعتراف بالحكم التحكيمي حال وجود خلل في الإجراءات يقترب من مرتبة بطلان الإجراء.

ولدى الحديث عن مبادئ الخصومة وقواعد بداية عملية التحكيم، لا بد من تحديد النقاط الواجبة الذكر في الاستدعاء (طلب التحكيم) والتي حددها القانون السوري في المادة(27) مع إغفاله تحديد طريقة تبليغ الاستدعاء بنص خاص، والتي تحدد بحسب المبادئ العامة بوجوب أن يكون التبليغ مكتوباً ومثبتاً أي كالتبليغ ببطاقة بريدية مثلاً. أما بيانات طلب التحكيم بحسب قانوننا، فهي على الشكل التالي:

1- اسم وعنوان المدعي (المحتكم).

2- اسم وعنوان المدعى عليه (المحتكم بمواجهته).

3- شرح وافٍ لوقائع الدعوى مع تحديد للمسائل محل النزاع والطلبات وغير ذلك مما يرى أن يشتمله البيان.

وبالمقارنة مع القانون اليمني، نجد أنه أضاف فقرة أخرى لنظير هذا النص، تشترط أن يكون مع الطلب جميع المرفقات من صور ومستندات ووثائق تتعلق بموضوع النزاع، وذلك حسب متن المادة (35) من قانون التحكيم اليمني[1]. بيد أنه إذا لم يقم المدعي بتقديم بياناته مكتوبة دون عذر واضح، فإن للهيئة تعليق الإجراءات ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك بحسب نص المادة (27) تحكيم سوري. وعند استلام المدعى عليه طلب التحكيم، فعليه أن يقدم رده إلى هيئة

(1) -د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي- المرجع السابق- ص330.

التحكيم خلال المدة المتفق عليها بين الطرفين أو بحسب تكليف هيئة التحكيم المادة (28) متضمناً دفاعه بكل ما اشتمله، مع إمكانية إفساح المجال الزمني أمامه لتقديم طلبات عارضة ودفوع تتعلق بالحق موضوع النزاع إذا أعطته هيئة التحكيم مسوغاً للتأخير ، ما لم يكن القصد من هذا التأخير المماطلة وتأخير الفصل في النزاع. ويقع على عاتق هيئة التحكيم في العملية التحكيمية تبليغ أطراف الخصومة موعد ومكان انعقاد الجلسة التحكيمية قبل وقت كافٍ، لأن في ذلك ضمان لاحترام مبدأ المواجهة وحق الدفاع، وهذا بحسب المادة (29) من القانون السوري؛ حيث يظهر هذا النص مدى تأثر المشرع السوري بقواعد التحكيم الدولية والتي تحدد في معظمها آلية منظمة وجدولاً زمنياً للخصومة، وهي ميزة التحكيم المنظم بعكس التحكيم الحر. يضاف إلى ذلك أن جلسات التحكيم سرية، إلا إذا كان الاتفاق على خلاف ذلك، كما أكد القانون على ضرورة أن تكون جلسات التحكيم مقيدة ضمن محاضر توقع من قبل هيئة التحكيم، ويتسلم الأطراف صوراً عنها ما لم يتفقوا على خلاف ذلك. ولهيئة التحكيم إضافة لما سبق أن تستمر في الإجراءات المعتادة ولو تخلف أحد الأطراف عن حضور بعض الجلسات أو تقديم ما طلب منه من وثائق.

ثانياً–لغة التحكيم:

على المستوى الدولي فإن حصول التحكيم في دولة معينة يعني في حد ذاته اختياراً لغة المكان الذي اختاره الفريقان للتحكيم[1]، وهذا له أكبر الأثر في التحكيم التجاري الدولي، لما يترافق معه من تحديد للمحكمين القادرين على إنجاز مهمة التحكيم وفقاً لهذه اللغة، ما قد يضع المحتكمين تحت ضغط تكبد الخسارة المالية، لذا فقد حرصت قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة على تخويل الخصوم للاتفاق على لغة التحكيم في مختلف مراحله الإجرائية، كما خولت محكمة التحكيم اختيار هذه اللغة في حال عدم الاتفاق من الخصوم، وهذا ما حددته المادة 22 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، مع الانتباه إلى أن الغالب عند لجوء أحد الخصوم إلى منظمة أو مركز تحكيمي، فالمقصود منه الاتفاق الضمني بين الخصوم على اللغة المعتمدة في هذا المركز، وهو ما أخذ به القانون السوري في المادة 24 من قانون التحكيم السوري الصادر عام 2008 والذي حدد أن اللغة الأساسية هي اللغة العربية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك أو تقرر هيئة التحكيم لغة أخرى. كما أن قانوننا قد أفسح المجال أمام المحكم لطلب الترجمة المحلفة لأي وثيقة قد تقدم بلغة مختلفة عن لغة التحكيم المقررة، خاصةً وأن لغة التحكيم تسري من بداية طلبه وحتى صدور الحكم التحكيمي الذي يتطلب تنفيذه إيداع النسخة المحددة باللغة العربية.

---

(1) – سامية راشد – التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اكتتاب الدول- ط1984- دار النهضة العربية – ص133وص134. و د.حسني المصري – التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة- دار شتات للنشر والبرمجيات – ص295، وأيضا .

ومن الملاحظ أن القانون السوري تبع القانون المصري بتميزه بمثل هذا النص بالقياس مع بعض القوانين العربية التي لم تذكر صراحةً تحديد اللغة التي تتم بها عملية التحكيم، ومن بين هذه القوانين القانون اليمني الذي لم ينص على تحديد اللغة التي يجب أن تتناولها عملية التحكيم و لم يحدد الضوابط اللازمة لذلك[1]، في حين أن الاتجاه القانوني العالمي يتجه إلى التوسع في ترك الخيار للمحتكمين لاختيار لغتهم أو لغة أخرى، أو كما في بعض القوانين التي تعتبر أن الحق في تحديد اللغة يعود إلى لجنة التحكيم في حال عدم اختيار المحكمين. ويرى البعض أن اعتماد القانون السوري على اللغة العربية يقوم على افتراض أن المحكم يخضع لقانون السلطة القضائية الذي يجعل اللغة العربية لغة المحاكم[2]. وهذا الافتراض في غير مكانه، كون القانون السوري وضع آلية تمكن المحكمين من قبول الوثائق المترجمة واعتماد اللغة الاتفاقية بين الأطراف، وترك أمر تحديد اللغة للمحكمين حال عدم الاتفاق، وبالتالي فقد وضع الخيارات التي تتناسب مع تنوع اللغات التي يمكن أن تحتكم وفقاً للقانون السوري.

ثالثاً–مكان التحكيم:

على خلاف القضاء الوطني الذي يخضع فيه الخصوم للتقيد بالاختصاص المكاني أو المحلي حسب القواعد الآمرة، فإن التحكيم يبتعد عن مثل هذا التقييد،

---

(1) – د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي – المرجع السابق– ص333.

(1) – د.أشرف عبد العليم الرفاعي – التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية – ط2006 – دار الكتب القانونية –ص525.

لأن قانون التحكيم قد فسح المجال لاختيار مكان التحكيم بحسب اتفاق الخصوم أو وفقاً لإرادة المحكمين حال عدم وجود الاتفاق، وهذا ما أخذ به المشرع المصري[1] وتبعه فيه المشرع السوري، وذلك في المادة23 منه؛ حيث أفسحت المجال أمام المحتكمين لاختيار مكان التحكيم داخل سورية وخارجها. وبالعودة إلى نصوص القانون الفرنسي القديمة، فقد أجازت نصوصه لرئيس المحكمة المختصة إزالة عقبات التحكيم وتحديد مكان التحكيم في حال عدم اتفاق المحكمين أو المحتكمين على مكان التحكيم. ولكن الفقه انتقد هذا الرأي لما يولده من صعوبات لجميع الأطراف.

هذا في حين أنه وفي أنظمة التحكيم الدولي، فإن مكان التحكيم يقوم على نفس الطابع الإداري ضمن الأنظمة الداخلية. ووفقاً للمادة الرابعة من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 فقد تركت الحرية للمحتكمين لاختيار مكان التحكيم لما في تحديد مكان التحكيم من انعكاس على مدى الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي وما يعترضه أثناء التنفيذ[2] ، ومن أجل هذا جاءت قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة بأحكام مرنة شملت كل ما من شأنه أن يجعل عملية التحكيم مضبوطةً بالشكل القانوني النموذجي الذي يستوعب جميع المبادئ المقرة على مستوى القوانين الداخلية[3]، ومع ذلك فقد تقيدت بعض أنظمة

---

(1) -د.أحمد أبو الوفا – التحكيم الاختياري والإجباري – منشأة المعارف-ص226.

(2) -سامية راشد – التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة- اكتتاب الدول – دار النهضة العربية- 1984- ص55.

(3) د.حسني المصري – المرجع السابق – ص293.

المؤسسات الخاصة للتحكيم الدولي حرية الأطراف في تحديد مكان التحكيم، وهو الحال في مركز تسوية منازعات الاستثمار المقرر باتفاقية واشنطن لعام 1966 وهو المثال الأفضل على هذا التقييد؛ حيث تعتبر أن مكان التحكيم هو مقر المركز وهو الأصل بالنسبة إليها مع الأخذ بعين الاعتبار إمكانية اعتماد وقوع المركز بحسب اتفاق الأطراف، شريطة أن يكون المركز المعتمد ومركز مؤسسة التحكيم حسب الاتفاقية بهذا الشأن. وغني عن البيان أن تحديد مكان التحكيم له أكبر الأثر لجهة تحديد قوانين الإجراءات ولغة التحكيم على أقل تقدير[1].

رابعاً–الإجراءات الوقتية والتحفظية:

قد تثير المنازعات الوقتية والمستعجلة بعض المشاكل في الواقع العملي، نظراً لما تعكسه من قوة تنفيذية مرتبطة بسلطة الجبر عن طريق السلطة العامة لضمان الحقوق، فالقاضي يقضي في المنازعة الوقتية استناداً لما يتمكن من استعراضه من وثائق وأضرار تقع على الجهة طالبة الإجراء، أو حماية لنوع من الحقوق قد تضيع مع الانتظار. وقد نظم هذا الأمر بالنسبة إلى القضاء، ولكن يبقى السؤال بمدى اختصاص المحكمين بمثل هذا الإجراء، والاختصاص المشترك بين القضاء والمحكمين. وبالعودة إلى نصوص قانون التحكيم السوري في المواد (3ف3) و(32) و(33) و(34) و(38ف5، 6) نجد ما يلي:

---

(1) - إبراهيم الدسوقي أبو الليل – قواعد وإجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية – مجلة الحقوق – الكويت –السنة 17 العدد الأول والثاني – ص90.

لم يحظر القانون اللجوء إلى قضاء الدولة المستعجل، وخاصةً في حالات معينة يتحتم فيها اللجوء إلى القضاء المستعجل، وذلك بغية الحصول على قرار يحمي الحقوق خوفاً من ضياعها، وذلك قبل تشكيل هيئة التحكيم وما يتبعه من نزاع يتعلق باتفاق التحكيم بحد ذاته، أما بعد تشكيل هيئة التحكيم، فإن الخصومة التحكيمية تدخل في حوزة الهيئة التحكيمية، إلا إذا تضمن اتفاق التحكيم تفويض الهيئة التحكيمية باتخاذ مثل هذه الإجراءات أو لم يتضمن ذلك:

- في حال اتفاق الفريقين بموجب اتفاق التحكيم على خضوع الإجراءات الوقتية لهيئة التحكيم، فليس للقضاء التدخل في الإجراءات للنظر بتلك الخصومة، وقد خلا القانون السوري من مثل هذا النص الذي أخذ باتجاه آخر فسح فيه المجال أمام المحكمين لاتخاذ الأحكام الوقتية اللازمة للخصومة، وفي الوقت نفسه أفسح المجال أمام الأطراف اللجوء إلى القضاء المستعجل في أي وقت قبل إجراءات التحكيم أو حتى خلال سير هذه الإجراءات.
- يجوز لهيئة التحكيم على وجه العموم أن تصدر أحكاماً وقتية، أو في جزء من الطلبات قبل صدور الحكم النهائي، وبموجبه يمكن للمحتكم أن يحصل من المحكمين على صورة من القرار موقعة بشكل رسمي منهم وتنفذ وفق الإجراءات المعتادة أمام المحاكم وذلك في المادة 38 ف5 من قانون التحكيم السوري . وقد أثار النص السابق اختلاف الفقهاء[1] فمنهم من يرى أنه لا يوجد ما يمنع من اختصاص القضاء المستعجل رغم وجود الاتفاق على

(1) - د.نبيل اسماعيل عمر- التحكيم- دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية – بدون عام للنشر- ص121.

التحكيم، لأن رفع الدعوى أصلاً أمام المحكمة المختصة لا يمنع من رفع دعوى مستعجلة أمام القضاء المستعجل، أما الجانب الآخر من الفقهاء فقد رأى أنه لا يجوز اللجوء إلى القضاء المستعجل، لأن رفع الدعوى أمام التحكيم يخرج الاختصاص أصلاً من القضاء[1].

ونجد من خلال ما سبق أن القانون السوري قد أخذ نظرة شمولية لكلا الاتجاهين، وعليه فإن التحكيم في القانون السوري يمنح الصلاحية أصلاً لهيئة التحكيم، لاتخاذ الإجراءات الوقتية ويعطي الأطراف أيضاً إمكانية اللجوء للقضاء المستعجل بمعزل عن الدعوى التحكيمية.

وما يجب الانتباه إليه لجهة الإجراءات الوقتية والعارضة هو موضوع التدخل أمام هيئات التحكيم وهو أحد الأمور العارضة التي قد تتعرض لها المحاكمة التحكيمية.

خامساً–التدخل والطلبات العارضة:

القاعدة أنه يجوز أمام المحكمة إجراء تعديل على الطلب الأصلي المنتج للخصومة القضائية، وذلك استناداً إلى نصوص القانون، والهدف من ذلك هو أنه بعد رفع الدعوى الأصلية وبعد اكتمال الخصومة، قد تظهر الحاجة إلى إجراء إضافة أو تغيير أو تعديل في عنصر من عناصر الادعاء. وطبعاً هذا ضمن شروطه التي حددها القانون. ولكن ما مدى إمكانية قيام مثل هذا الإجراء أمام المحكمين؟، لم

(1) – د.محمد احمد شحاتة– التحكيم في الفقه والقانون المقارن – ط 2010 – دار المكتب الجامعي الحديث – الإسكندرية– ص123.

تنص معظم التشريعات على جواز إضافة طلبات لاتفاق التحكيم أو على خصومة التحكيم، ومبررذلك هو النظام الإرادي الذي يقوم علية نظام التحكيم.

وقد سار القانون السوري على خطا القوانين التي سبقته كالقانون الفرنسي والقانون المصري لجهة إفساح المجال أمام الخصوم لتقديم الطلبات العارضة، وهـــذا بموجب نص المادة 28 ف2 من قانون التحكيم السوري. وقد أخذ بهذه القاعـــدة أيضاً قواعد اليونسترال[1]. وحجتهم في ذلك أن تغليب الجانب القضائي في منازعة التحكيم، يشترط أن يكون الطلب الإضافي مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالطلب الأصـــلي مع منح الصلاحية لتقديرية لهيئة التحكيم في قبول الطلب العارض أو رفضـــه، وفي واقع الأمر أن قبول الطلبات العارضة يجب أن يكون خاضعاً لتكييـــف صـــحيح، فقبوله يعني موافقة جديدة على ذلك، وهذا لا يخرج عن نظام التحكـــيم، ولكـــن يجب أن يكون حذراً لأن نظام التحكيم أصلاً هو نظام اســـتثنائي، والأصـــل أن الطلبات العارضة هي لنظام القضاء العادي، لذا يجب في جميع الأحـــوال أن يقـــوم تفسير الطلبات العارضة تفسيراً في أضيق الحدود حتى لا تتحول الطلبات العارضـــة في خصومة التحكيم لأداة تعسفية.

كما أن بعض الفقهاء يرى من وجهة نظر أخرى أنه لا يمكن تحديد النزاع، وبالتالي فإن للخصوم الحق في تعديل ادعاءاتهم المتبادلة شريطة الترابط مع الطلـــب الأصلي مع عدم الإخلال بحق الدفاع وضمانات المواجهة للأطراف.

---

(1) – د. نجيب احمد عبد الله ثابث الجبيلي – المرجع السابق – ص347.

وفي ضوء ما سبق نجد أن التدخل يتوزع إلى تدخل من قبل من ينصرف إليه أثر التحكيم، وقبل من لا ينصرف إليه الأثر بالإضافة إلى نوعي التدخل من اختصامي وانضمامي، فالتدخل الاختصامي يكون الغرض منه أن يتمسك المتدخل بحق قبل الخصوم أو قبل أحدهم متصلاً بموضوع النزاع، وعليه فإن التدخل الاختصامي يعني رغبة المتدخل في الانضمام إلى اتفاق التحكيم. وهذا الأمر قد يحسم بنص في اتفاق التحكيم يفسح المجال أمام المتدخل، أو أن يوافقوا عليه بعد الخصومة وتقديم طلب التدخل.

ومن المفيد هنا الإشارة إلى أنه يتعين على الخصوم إبداء الدفوع بالاعتراض على التدخل مباشرة، لأن عدم الرد يفضي إلى قبول انضمام المتدخل.

أما عن التدخل الانضمامي فالحالة العامة فيه أن المتدخل يتقدم بطلبه مؤيداً لطلبات من انضم إليه، لذلك فإنه حسب القانون لا يوجد ما يمنع من التدخل في مثل هذه الحالة دون الحاجة لرضا الخصوم، وأياً كان نوع التدخل فإنه يجب أن يتم ضمن الأصول المقررة ضمن قوانين الأصول، ويجب العمل على إدراج نص ينظم التدخل في القانون السوري للتحكيم، لأن عملية التدخل عملية قائمة موجودة قانوناً وواقعاً، إذ يبدو من غير الجائز أن يكون سكوت المشرع عن النص على مؤسسة التدخل القانونية ، ما يمنح المدى أمام المحتكمين لتجنيب بعض أصحاب الحقوق عن حقوقهم من خلال الثغرة القانونية في نص قانون التحكيم السوري وعدم ذكر نواظم لهذا الأمر فيه، وبالتالي إعادتهم إلى القضاء حتى يتمكنوا من تحصيل حقوقهم، وهو ما يبتعد عن الغاية الأساسية التي وضع قانون التحكيم من أجلها وهي تخفيف العبء عن كاهل القضاء وسرعة الإجراءات.

سادساً –اختصام الغير في خصومة التحكيم:

قد يتعدد فرقاء أحد طرفي التحكيم أو كليهما، ولكن قد تقام خصومة التحكيم على أحد الأطراف دون الغير، ولكن في نفس الوقت فإن خصومة التحكيم قد تتعدى الخصومة لتؤثر على الأغيار، الذين يمتد إليهم اتفاق التحكيم مع صاحب المركز الظاهر، ولكن هناك الغير الذين لا ينصرف إليهم أثر اتفاق التحكيم فلا يجوز اختصامهم في خصومة التحكيم، فحتى لو اختصم هؤلاء لهم أن يطعنوا في هذه المخاصمة ،على اعتبار أن الخصومة أصل تحكيمي لا تمتد إليهم بحسب الحالة الإرادية للتحكيم، على أنه قد يختصم الغير ولا يعترض على هذه الخصومة، وبالتالي يكون هذا الموقف منه بمثابة موافقة منه على الخصومة والانضمام إلى الاتفاق التحكيمي، مع بقاء الخيار لأطراف الخصومة ولهيئة التحكيم قبول هذه الخصومة أو رفضها.

وهنا تبقى صفة البطلان هي الأصل حتى يقبل بها الأطراف، وبالتالي لا يكون للحكم الصادر في الخصومة أية حجية. وهذا الأثر يتنقل إلى إمكانية أن تختصم المحكمة (هيئة التحكيم) الغير في الدعوى (المنازعة) التحكيمية فليس لهيئة التحكيم أن تختصم ما لم يمتد غليه الأثر المباشر أو غير المباشر لاتفاق التحكيم.

ومع ذلك، فإنه يمكنني القول ، إن إفساح المجال أمام المتدخل واختصام الغير في الدعوى التحكيمية سواء من الأطراف أو من الهيئة التحكيمية هو أمر ضروري وقانوني، لأن القانون السوري للتحكيم أصلاً يمنح القرار الصادر عن هيئة التحكيم صيغة النفاذ وحجية التنفيذ، لذلك فهو يقترب ويتطابق مع القرار القضائي الصادر في دعوى قضائية. وضمن الأصول القانونية لابد من إيجاد نصوص تنظم ما سبق

ذكره في قالبه القانوني المناسب حتى لا يترك الأمر خياراً بيد الأطـــراف أو الهيئـــة التحكيمية في حال قبوله، لأنه يقترن مع انعكاس القناعات الشخصية للمحكمـــين ولأطراف التحكيم الذين قد لا يخضعون إلا لرقابة ضمائرهم وليس لرقابة القـــانون العام.

- ومن الأخطاء الإجرائية التي تعترض العملية التحكيمية ونذكره على سبيل المثال:

1- عدم وجود شرط التحكيم.

2- وجود اتفاق التحكيم باطلاً أو قابلاً للإبطال من حيث انعدام الرضـــا عنـــد اتفاق التحكيم أو وجود عارض من عوارض الأهلية، أو وقـــوع التحكـــيم في مسألة لا يجوز فيها التحكيم، أو كون اتفاق التحكيم غير مكتوب[1].

3- عدم إتباع القواعد الإجرائية المحددة بحسب النصـــوص القانونيـــة الناظمـــة للتحكيم.

4- إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه.

5- عدم الاستماع للمرافعة الشفهية إذا طلب الخصوم ذلك.

6- عدم المساواة في توقيت تقديم المذكرات.

7- إخطار الخصوم للحضور في كل جلسة من جلسات التحكيم حتى ولو كـــان الخصم لا ينوي الحضور.

---

(1) -الأستاذ حسن حماد – محام بالنقض في مصر (نائب رئيس مركز التحكيم الدولي)- محاضرة مقدمة إلى الدورة التمهيدية لإعداد المحكمين العرب الدوليين –حمص-سوريا- شباط 2010 – ص10و11.

8- عدم إعطاء الحق في الإطلاع على ما قدمه الخصم الآخر[1].

9- إذا بني الحكم على خبرة لم يطلع عليها الأطراف.

10- عدم الاعتداد بانقطاع الخصومة لسبب يعود لزوال صفة المحكم.

11- مخالفة التحكيم للنظام العام.

12- أن يكون عدد المحكمين غير وتر.

13- حكم المحكمين رغم فقدان ولاية المحكم بسبب زوال هذه الولايـــة لانتـــهاء الفترة الزمنية المخصصة للتحكيم.

وإذا كنا قد ذكرنا القانون واجب التطبيق بحسب نصوص القانون السوري لجهة الإجراءات فلا بد من تبيان الحالة التي يحدد فيها القانون واجب التطبيق علـــى موضوع النزاع وذلك في نصوص اتفاق التحكيم.

(1) - د.نجيب احمد عبد الله ثابت الجبيلي- مرجع سابق- ص506.

المبحث الثالث

اتفاق التحكيم

والقانون واجب التطبيق على النزاع

أن أساس عملية التحكيم تقوم على مبدأ قانوني هو سلطان الإرادة يتجسد في إمكانية الاتفاق على إخضاع النزاع القائم أو المتوقع حدوثه لسلطة المحكمين والذي يقوم الأطراف أنفسهم بتسميتهم أو اختيارهم وفق ما يعرف باتفاق التحكيم بما يتضمنه من إشكاليات في المفهوم والأنواع ومدى التطبيق والدفع به وهذا ماسنبحثه في :

المطلب الأول : مفهوم اتفاق التحكيم وأنواعه.

المطلب الثاني : محل اتفاق التحكيم والأثر المانع له.

المطلب الثالث : انتهاء أتفاق التحكيم وانقضاؤه.

المطلب الرابع : الدفع باتفاق التحكيم وأثاره .

المطلب الخامس : القانون واجب التطبيق على النزاع.

المطلب الأول

مفهومه وأنواعه:

بالعودة إلى نصوص قانون التحكيم السوري في المواد (7و8و9و10و11) نجد أن المشرع السوري قد أعطى لاتفاق التحكيم مفهومه وحدد الشروط القانونية التي تنظمه وكيفية الاحتكام لهذا الاتفاق وشروطه التي تحـــدد ماهيـــة التعريـــف المناسب لاتفاق التحكيم.

ولكن بالعودة إلى الفقه نجد أنه وضع تعريفات عدة لاتفاق التحكيم ومنـــها ***"بأنه الاتفاق الذي يبرم بين طرفين متنازعين أو قد يتفقا لحل هذا النزاع بواسطة شخصٍ أو أشخاصٍ آخرين هم المحكمين. وحسب هذا الاتفاق يتنازل الخصـــوم عن اللجوء إلى القضاء لفض نزاعاتهم بحسب الاتفاق"*** [1] .

في حين عرفه البعض الآخر "***بأنه توافق إرادتين أو أكثر على تولية شخص أو أكثر للفصل في النزاع القائم بينهما بدلاً من القضـــاء العـــادي أو(قضـــاء الدولة)"*** [2].

ويرى بعض الفقهاء أن اتفاق التحكيم هـــو اتفـــاق إجرائـــي لا عقـــد، والاتفاقات الإجرائية- بما فيها اتفاق التحكيم-فهي لاتقع في نطاق القانون الخاص ولا في نطاق دائرة المعاملات المالية، وبالتالي فهو ليس عقداً، وهو لا يخضع لأحكام العقد وبناء عليه لا يخضع للقانون الخاص وإنما تخضع لأحكام الاتفـــاق العامـــة في نظرية القانون، أي أنه حسب هذه النظرية استقلال اتفاق التحكـــيم هـــو مجـــرد استقلال للاتفاقات الإجرائية عن الاتفاقات الموضوعية بما فيهـــا عقـــود القـــانون الخاص.

---

[1] -أحمد سعيد المومني- التحكيم في التشريع الأردني والمقارن- الطبعة الأولى -مطبعة التوفيق- ص121، وأيضاً القاضي إبراهيم جوهر إبراهيم (البحرين)- الدفع باتفاق التحكيم في الدعوى المدنية – ط2009 – دار الكتب القانونية – ص98.

[2] -إبراهيم جوهر إبراهيم – المرجع السابق- ص99، وأيضاً د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي – مرجع سابق-ص168.

وأياً كان فإن أغلب الفقهاء يجمع على أن اتفاق التحكيم هو عقد لـــه مـــا للعقود من خصائص أي رضا وأهلية ومحل وسبب وهو يتميز بالخصائص التالية:

1- عقد مسمى:أي انه عقد تكفل القانون بوضع تسمية له وفقاً لأحكامه.

2- عقد ملزم للجانبين: أي وجود التزامات متقابلة بين الفريقين المحتكمين تجعل من هذا الاتفاق عقداً ملزماً للجانبين بحقوق وواجبات، وتجدر الإشارة إلى إمكانية أن يكون اتفاق التحكيم عقداً ملزماً لجانب واحد وذلك في حالة الاتفاق على ذلك.

3- عقد شكلي: أي أنه عقد لا يكفي فيه مجرد التراضي بل لا بد من وضع العقد في قالبه القانوني الذي حدده نص القانون للاعتراف به، وهذا الأمر يستند إلى أن الكتابة في شرط التحكيم شرط للانعقاد وليس للإثبات[1].

أما نوعا اتفاق التحكيم :

أولاً:شرط التحكيم:

وهو اتفاق التحكيم الذي يبرم قبل وقوع النزاع؛ حيث يرد عادة كبند مـــن بنود عقد، بمقتضاه يلتزم أطراف هذا العقد باللجوء إلى التحكيم حال قيام الـــنزاع فيما بينهم. وهذا النوع أضحى الغالب وخاصة في العقود الدولية.

ومن أهم مميزاته أن شرط التحكيم لا بد من أن يرتبط بعقد معين يســـمى العقد الأصلي، لأنه لا يجوز أصلاً أن يتم الاتفاق على الإحالة إلى التحكيم بشـــكل

---

(1) -د.مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال- المرجع السابق- ص325و326، وأيضاً-إبراهيم جوهر إبراهيم – المرجع السابق- ص100.

عام دون الربط بين التحكيم والعقد الذي قد يتعرض للتحكيم بموجبه وإلا كـــان التحكيم أصلاً عاماً بينما هو استثناء على هذا الأصل العام[1].

ويتخذ هذا الشرط عدة أوضاع منها:

1- أن يكون بنداً أو فقرة ترد في عقد: وهذه هي الصورة الغالبة لشرط التحكيم.

2- أن يأتي التحكيم بصورة اتفاق مستقل عن العقد الأصلي: وهذا الاتفاق يقصد به أن يقوم الأطراف المتخاصمون بالاتفاق من جديد على إخضاع النزاع فيما بينهم للتحكيم وذلك سواء من خلال البرقيات أو التلكس أو المراسلات شريطة إثباتها بشكل مكتوب.

3- شرط التحكيم بالإحالة: وهو اتفاق غير مدرج ضمن العقد الأصلي بحيث يتفق الأطراف بموجبه على إحالة العقد إلى مثل هذه الوثائق وإخضاعها لأحكامه. ويشترط في مثل هذه الحالة أن تكون الإحالة واضحة وصريحة لجهة اعتبار العقد المحال إليه جزءاً لا يتجزأ من العقد المحيل وخاصةً لجهة شرط التحكيم.

ولا بد هنا من الإشارة إلى وجود خلاف حول إطلاق تسمية شرط التحكيم أو مجرد قصرها على حالات معينة، مع وجود شبه إجماع على إطلاق شرط التحكيم على اتفاقات التحكيم كلها؛ حيث يقول الدكتور فتحي والي

---

(1) -د.حسني المصري – مرجع سابق- ص62، وأيضاً- إبراهيم جوهر إبراهيم – المرجع السابق- ص102.

(الذي يميز شرط التحكيم ليس وروده في العقد الأصلي بل لكون النزاعات التي ينصب عليها اتفاق التحكيم هي منازعات محتملة)[1] .

ثانياً: مشارطة التحكيم:

وهو اتفاق التحكيم الذي يبرم بعد وقوع النزاع، وبموجبه يلتزم الخصوم بعرض النزاع على المحكمين الذين اختاروهم لفصل النزاع القائم فيما بينهم، ومن الممكن أن تكون هذه المشارطة سابقة لرفع دعوى أمام القضاء أو حتى خلال سير الدعوى، لذلك فإن ما يميز مشارطة **التحكيم ما يلي:**

1- شرط التحكيم يتعلق بنزاع محتمل الوقوع في المستقبل، أما مشارطة التحكيم فتتعلق بنزاع قد وقع فعلاً.

2- لا يشترط القانون في شرط التحكيم بيان نوع النزاع، فمن الطبيعي أن النزاع غير معلوم في هذه المرحلة فهو يرد عاماً، أما في المشارطة فإن النزاع لا بد من بيانه لأنه وقع فعلاً وأصبح جلياً واضح الأبعاد.

3- شرط التحكيم مكتوب، أما المشارطة فمن الجائز أن تكون شفهيةً إذا كانت أمام القضاء وتقيد بمحضر رسمي.

4- بطلان مشارطة التحكيم لا يعني بطلان شرط التحكيم نفسه طالما كانت عناصره صحيحة[2].

---

(1) - د.فتحي والي- التحكيم في النظرية والتطبيق- طبعة عام 2007- منشأة المعارف- ص91.

(2) - مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال- المرجع السابق – ص364 وأيضاً- إبراهيم جوهر إبراهيم- المرجع السابق- ص107.

المطلب الثاني

نطاق اتفاق التحكيم واستقلاله

(محل اتفاق التحكيم)

أولاً: نطاق اتفاق التحكيم :

من الجلي الواضح أن اغلب التشريعات تتفق على أن التحكيم لا يجوز إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح، ومثل هذا الشرط صحيح، فلو فسح المجال لإمكانية أن يقوم الأطراف بالتحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح لكانوا حققوا الصلح من خلال التحكيم[1]، إلا أنه ليست جميع الحقوق المالية تكون محلاً للتحكيم. وهذا ما دفع ببعض المشرعين في بعض الدول إلى إفراد قوانين خاصة لمثل هذه الحالات. والغالب أن النزاعات التي تحال إلى التحكيم يكون مصدرها العقد، ولكن المشرع الأردني قد ضمَّن نصوص قانون التحكيم لديه إمكانية وقوع التحكيم في غير العقود من مصادر الالتزام[2].

وتصور مشارطة التحكيم في النزاعات غير العقدية أمراً منطقياً، ولكن تصور شرط التحكيم في تلك المنازعات هو ما يمكن أن يثير التساؤل، والغالب في جميع التشريعات، فإن منطق القانون والعدالة يفرض ألا يقع النزاع إلا على خلاف ناجم عن عقد.

---

(1) -د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي – المرجع السابق- ص178، وأيضاً إبراهيم جوهر إبراهيم – المرجع السا بق- ص108 وأيضاً د.أشرف عبد العليم الرفاعي – التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة- دار الكتب القانونية – عام 2006 – ص315.

(2) - إبراهيم جوهر إبراهيم – المرجع السابق - ص110.

ثانياً: استقلال اتفاق التحكيم:

نصت المادة (11) من قانون التحكيم السوري رقم /4/ لعام 2008 ***"بأنه يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على انتهاء العقد أو فسخه أو بطلانه أي أثر على شرط التحكيم متى كان –هذا الشرط – صحيحاً في ذاته، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك"***.

ومن خلال هذا النص، أثبت المشرع السوري موقفاً هاماً بترسيخ استقلال شرط التحكيم وانفصاله عن العقد الأصلي وما قد يصيبه من فسخ وبطلان، وهذا المبدأ لم تأخذ به بعض التشريعات كالإمارات وقطر ولبنان، وأهمية هذا المبدأ تتجلى في أن اتفاق التحكيم لا يتأثر بمصير العقد الأصلي، إذ إن الملاحظ أن محل اتفاق التحكيم هو عمل إجرائي، ويعتبر منفصلاً عن الشق الآخر، أي إننا أمام عقدين منفصلين يشكل فيهما العقد الأصلي محل المشارطة سواء أكان الأول مدنياً أو تجارياً أي أنه محل لاتفاق التحكيم، وينتج عن هذه الاستقلالية:

1- عدم التلازم بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، فلا يؤثر مصير العقد الأصلي على اتفاق التحكيم، إلا إذا انعدم أي (العقد الأصلي) فهنا لابد أن يصبح اتفاق التحكيم معدوماً.

2- تطبيق مبدأ الاختصاص التحكيمي بالاختصاص: أي أحقية هيئة التحكيم في أن تنظر في اختصاصها في موضوع التحكيم، وهي النتيجة الأساسية لاستقلال اتفاق التحكيم والهيئة المشكلة بموجب هذا الاتفاق.

3- إمكانية إخضاع اتفاق التحكيم لقانون مختلف عن القانون المطبق عل العقد الأصلي، كإخضاع اتفاق التحكيم لقواعد التجارة الدولية في حين إخضاع العقد الأصلي للقانون الداخلي.

المطلب الثالث

الأثر المانع لاتفاق التحكيم

إن الأثر المانع لاتفاق التحكيم ينطلق من الطبيعة الاستثنائية له، ففي البداية فإن لاتفاق التحكيم طبيعة استثنائية على مستوى فكرة التحكيم، لذا من المتصور وجود تحكيم بلا اتفاق التحكيم، كما في التحكيم الإجباري فليس كل تحكيم اختيارياً ، لكن لا تحكيم اتفاقي أو اختياري بلا اتفاق التحكيم، بالإضافة إلى أنه اتفاق له طبيعة استثنائية على مستوى فكرة الاتفاق الإجرائي العامة[1]، وذلك لسببين:

1- اتفاق التحكيم من الاتفاقات الإجرائية الواردة حصراً، التي لا يجوز فيها إلا الوكالة الخاصة، ويجب أن تكون مكتوبة، وإلا كانت باطلة.

2- اتفاق التحكيم ينفرد بقواعد خاصة به دون سواه من الاتفاقات الإجرائية ومن بين هذه القواعد (قاعدة الكتابة وهي ركن في اتفاق التحكيم – قاعدة حظر التمسك أمام القضاء بعدم وجود اتفاق التحكيم أو بسقوطه أو بإبطاله أو بعدم شموله لموضوع النزاع على استقلال قبل صدور الحكم

(1) - د.أحمد حشيش – المرجع السابق – ص 185.

المنهي لخصومة التحكيم)، وتشكل الطبيعة الاستثنائية لاتفاق التحكيم منهجاً لتفسير النظام القانوني الذي تخضع له عملية التحكيم من حيث قواعد صحة الاتفاق وقواعد بطلان هذا الاتفاق ضيقاً واتساعاً:

أولاً– التفسير الضيق لنظام صحة اتفاق التحكيم:

لا يخضع اتفاق التحكيم لقاعدة الإجازة اللاحقة كالموافقة السابقة، والسبب في ذلك أن تلك القاعدة من أملاك فكرة الاقتصاد في بطلان العقد في القانون الخاص، بينما ليس الاتفاق الإجرائي بما فيه اتفاق التحكيم عقداً من عقود القانون الخاص.

وبالتالي فإن اتفاق التحكيم لا يخضع لتلك القاعدة. وفي تقدير بعض الفقهاء أنه حتى في حال حضور الأطراف أمام المحكمين دون أن يبدي أحدهم تحفظاً، فإن هذا لا يعد إجازة لشرط التحكيم، إنما هو مشارطة لاحقة لوقوع النزاع. وهكذا فاتفاق التحكيم الباطل لا يقبل الإجازة، ولكن التفاصيل تكون أكثر دقة في حال اشتمل اتفاق التحكيم على شق باطل. وهنا يعتبر اتفاق التحكيم كله باطلاً، لأن الشق الباطل لا يقبل الإجازة اللاحقة، كما أن الجزء الباقي من اتفاق التحكيم دون الشق الآخر غير كافٍ للتحكيم، فالاتفاق هنا برمته باطل.

ثانياً– التفسير الواسع لنظام بطلان اتفاق التحكيم:

ينطلق هذا التفسير من أن اتفاق التحكيم يبطل لأسباب البطلان العامة للاتفاق حسب القانون من حيث وجود عيوب الإرادة والمحل والسبب، كما يبطل هذا الاتفاق لأسباب بطلانه الخاصة في قانون الأصول كتخلف الكتابة أو الوكالة

الخاصة، فاتفاق التحكيم يبطل لأسباب أخص تتعلق بمخالفة قواعد التحكيم العامة كقاعدة عدم جواز الجمع بين الدعوى التحكيمية والدعوى القضائية. وهذا الرأي لجهة عدم الجمع إنما اتخذه الفقه المصري عن الفقه الألماني، الذي يعتبر أن احتفاظ الأطراف بحق اللجوء إلى القضاء ضمن اتفاق التحكيم، إنما يخرج عملية التحكيم عن مضمونها لجهة إحالة النزاع لجهة مستقلة لحل النزاع بعيداً عن القضاء.

المطلب الرابع

انتهاء اتفاق التحكيم وانقضاؤه:

يمكن إجمال أسباب انقضاء اتفاق التحكيم بشكل عام بمجموعة من الأسباب:

أولاً: انتهاء اتفاق التحكيم بإرادة الأطراف:

يمكن أن ينتهي اتفاق التحكيم بناء على إرادة الأطراف أنفسهم، وقد تكون هذه الإرادة صريحة، كأن يرد في اتفاق لاحق وموقع من الطرفين أو في مراسلات متبادلة، وقد تكون ضمنية كأن يلجأ الخصوم إلى القضاء لفصل منازعاتهم المتفق على حلها بطريق التحكيم، وتم بحث هذه الدعوى، وأبدى كل من الأطراف دفوعه، ففي هذه الحالة يعتبر متنازلاً عن اتفاق التحكيم[1].

ثانياً :صدور حكم المحكم:

وهي النتيجة الطبيعية لعملية التحكيم، إذ إن النهاية المنطقية لعملية التحكيم هو صدور القرار التحكيمي واكتسابه صيغة التنفيذ وفق الإجراءات المحددة قانوناً،

---

(1) – د.مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال– المرجع السابق– ص560، وأيضاً، إبراهيم جوهر إبراهيم– المرجع السابق– ص118.

وبذلك يظهر لدينا الدليل القاطع على قيام كل من الأطراف بالتزاماته بما ينقضي معه اتفاق التحكيم[1].

ثالثاً: بطلان اتفاق التحكيم:

وأحد أهم الأسباب لبطلان اتفاق التحكيم:

1- تخلف ركن أو شرط من شروط انعقاد اتفاق التحكيم حسب القواعد العامة من رضا وأهلية ومحل وسبب، وأيضاً من حيث شرط الكتابة وتحققه.

2- إذا كان موضوع الاتفاق مخالفاً للنظام العام.

3- إذا كان الاتفاق على ما لا يجوز فيه التحكيم أصلاً كالمسائل الجنائية ومسائل الأحوال الشخصية.

4- إذا كان موضوع النزاع غامضاً أو فيه من الجهالة جهالة فاحشة.

5- إذا تضمن اتفاق التحكيم شرطاً يقضي بأن يكون أحد الخصوم هو المحكم بحيث تجتمع فيه الصفتان.

رابعاً: فوات الميعاد اللازم لصدور الحكم التحكيمي:

نصت المادة 37 من القانون السوري للتحكيم على تحديد المدد القانونية اللازمة لصدور الحكم التحكيمي الذي ينتهي وفق الشروط التي حددتها نصوص هذا القانون جدوى اتفاق التحكيم، وتكون الحاجة عندها للعودة إلى المحكمة المختصة أو إلى عقد اتفاق تحكيم جديد.

---

(1) - د.أحمد أبو الوفا – التحكيم الاختياري والإجباري- ص146.

خامساً:وفاة المحكم:

ينقضي اتفاق التحكيم بوفاة أحد المحكمين أو وجود حائل يمنع بين المحكـــم وقيامه بمهمته كالمرض والقوة القاهرة.

سادساً: استحالة التنفيذ:

إذا تمت إحالة التحكيم لجهة لا تعمل أصلاً بالتحكيم، أو أن يحال النزاع إلى شخص طبيعي، فيتبين بعد الإحالة أن هذا الشخص ميت.

سابعاً: انتهاء اتفاق التحكيم بإرادة منفردة:

وهي حالة واحدة ، وذلك بفرض أن يكون اتفاق التحكيم مشروطاً بموافقة أحد الفريقين، وبالتالي فهو يملك حق الموافقة من عدمه، وعليه فهو يقـــوم بإنهـــاء التحكيم بإرادته المنفردة إن شاء ذلك.

المطلب الخامس

الدفع باتفاق التحكيم وآثاره

قبل البحث في الدفع باتفاق التحكيم لا بد من تحديد مفهوم الدفع باتفـــاق التحكيم الذي يشكل فيه الاتفاق خصوصية ترتب آثاراً منها:

1- التزام أطراف التحكيم باللجوء إليه وهو التزام مدني يخضع للقواعد العامة المتعلقة بالالتزامات والمحددة في القانون المدني وما يتبع ذلك من اتخاذ كافة الإجراءات القانونية اللازمة لإجراء العملية التحكيمية.

2- ضمان استبعاد قضاء الدولة بمعنى الابتعاد عن عرض النزاع على المحاكم الوطنية.

- وعلى اعتبار أن الدفع هو أحد الوسائل التي تستخدم في الدعاوى فهو وسيلة يتم الاستعانة بها في الدعوى المدنية ليجيب بها أحد الخصوم على الآخر بقصد تفادي الحكم له، وحسب الأثر الثاني فإن اتفاق التحكيم ينتج عنه دفع يسمى الدفع باتفاق التحكيم أي أنه وسيلة للتمسك بالجانب السلبي للحق في التحكيم[1]، وهو الأداة التي تمنحها قوانيننا أمام القضاء العادي للتمسك بالتحكيم، وهذا الاتجاه تبناه الفقه العالمي وخاصة في الاتفاقيات الدولية الناظمة للتحكيم ومنها (برتوكول جنيف لسنة 1923 وذلك في الفقرة الأولى من المادة الرابعة منه والتي تنص "**على محاكم الدولة المتعاقدة المطروح عليها نزاع متعلق بعقد.....أن تحيل الأطراف المعنية بناءً على طلب أحدهم على قضاء المحكمين**"، وكذا اتفاقية نيويورك لعام 1958 والتي نصت في المادة الثانية في الفقرة الثالثة منها على نص شبيه لما سبق، وهو في الوقت ذاته ما أخذ به القانون النموذجي الصادر من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985 وذلك في الفقرة الأولى من المادة الثامنة).

- إن الاطلاع على الدراسات القانونية المتعلقة بموضوع الدفع باتفاق التحكيم تظهر تفاوتاً في وجهات النظر بين الفقهاء، فالبعض يراه دفعاً بعدم الاختصاص في حين يراه آخرون دفعاً بعدم القبول، أو يراه البعض دفعاً ببطلان المطالبة القضائية.

---

(1) - د.مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال- المرجع السابق- ص509 وأيضاً، إبراهيم جوهر إبراهيم – المرجع السابق- ص126.

أولاً: الدفع باتفاق التحكيم دفع بعدم الاختصاص:

يذهب جانب من الفقهاء إلى أن الدفع باتفاق التحكيم دفع بعدم الاختصاص، ويستند في هذا إلى فكرة انتفاء الولاية أو بمعنى آخر انحسار الولاية عن قضاء الدولة في حالة الاتفاق على إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم[1]، فالصورة العامة للدفع بعدم الاختصاص تتمحور في حال ارتكاب مخالفة للقواعد الشكلية المقررة في التشريع السوري للدفع، وبالتالي تجنيب النزاع عن طرحه على القضاء العام. ويجد مثل هذا الرأي قبولاً في الفقه الإيطالي والبلجيكي والقوانين السويسرية والفرنسية إضافةً للقانون الكويتي رقم 38 لعام 1980. ومن أهم النقاط التي يستند إليها هذا الاتجاه:

1- الدفع باتفاق التحكيم يرد على اختصاص المحاكم بالنزاع، وأنه حيث لا تختص المحاكم بالنزاع فإن الاختصاص ينعقد لمحكمة التحكيم. وهذا هو الشأن الذي من أجله يقدم مثل هذا الدفع بعدم الاختصاص لنقل الاختصاص من محكمة إلى أخرى.

2- الاتفاق على التحكيم يعطي المحكمين سلطة الفصل في النزاع ،ويمنع القضاء العادي من النظر فيه، ما يؤكد أن اتفاق التحكيم قد شكل نزعاً للاختصاص من القضاء العادي إلى محكمة التحكيم.

---

(1) -د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي – المرجع السابق- ص99.

أما الانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه فهي:

1- القول بكون دفع اتفاق التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص يصطدم مع صعوبة تحديد نوع هذا الاختصاص، لأنه ليس متعلقاً بالوظيفة القضائية[1].

2- الاتفاق على التحكيم لا يؤدي إلى إقصاء الاختصاص نهائياً عن قضاء الدولة العادي، لأنه تبقى بعض المسائل التي تحتم العودة إلى القضاء العادي للنظر فيها[2].

3- غالبية قواعد الاختصاص ومنها دفوع الاختصاص هي من النظام العام، في حين أن اتفاق التحكيم والدفع به لا يعتبر من النظام العام.

4- الحديث عن الاختصاص لا يثور إلا بين محاكم الجهة القضائية الواحدة ومحكمة التحكيم، حسب منتقدي هذا الاتجاه ليست محكمة وهيئة التحكيم لا تعد قضاء من الدولة.

ثانياً –الدفع باتفاق التحكيم دفع بعدم القبول:

على خلاف الاتجاه السابق، فإن هناك من اتجه إلى تكييف الدفع باتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم القبول، وهو وسيلة ينكر بها الخصم حق خصمه في رفع الدعوى، فهو لا يتعرض للحق المدعى به، وإنما يتوجه إلى وجود الحق من

---

(1) – د.أحمد أبو الوفا– التحكيم الاختياري والإجباري–ص129.

(2) – د.مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال– المرجع السابق– ص519وأيضاً، إبراهيم جوهر إبراهيم–المرجع السابق– ص139.

شروط حق الدعوى وعلى رأسها شرط المصلحة، **وأهم الحجج التي يعتمد عليها هذا الاتجاه:**

أ- الدفع باتفاق التحكيم لا يمس الشروط الشكلية المتعلقة بالاختصاص، وليس له القدرة على إخراج النزاع من اختصاص المحكمة، وإنما يمس سلطة الخصم في اللجوء إلى القضاء.

ب- اتفاق التحكيم هو نزول الخصوم عن اللجوء إلى القضاء، وبالتالي فإن القاضي يمتنع عن النظر في الدعوى لكون الدعوى فقدت شرطاً من شروط قبولها، فالدفع بوجود اتفاق تحكيم هو دفع للتنازل عن الخصومة القضائية، وعليه فهو يندرج في عداد الدفع بعدم قبول الدعوى.

ج- الدفع باتفاق التحكيم لا يمكن اعتباره دفعاً بعدم الاختصاص، فهو لا ينزع الاختصاص، وإنما يمنع المحكمة من نظر الدعوى طالما أن الاتفاق قائم.

أما ما وجه إلى هذا الاتجاه من انتقادات، فهو على الشكل التالي:

1- الاتفاق على التحكيم لا يمس الحق في الدعوى وإنما ينصب فقط على تنظيم وسيلة استخدامه، وبالتالي فالدعوى تبقى مقبولة رغم الاتفاق على التحكيم.

2- إن اعتبار الدفع باتفاق التحكيم دفعاً بعدم القبول يؤدي إلى نتائج لا تتفق مع طبيعة هذا الدفع من حيث إبداء هذا الدفع قبل البحث في الموضوع، في حين أن الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبداؤه في أي حال تكون عليه الدعوى.

3- تردد أنصار هذه النظرية في تكييف الدفع والخلاف فيما بينهم حول هـــذا التكييف، وهو ما يدل على ضعف الرأي لديهم وترددهم.

4- حق الدعوى له شروط لازمة لوجوده كالمصلحة وشروط ســـلبية كعـــدم سبق الفصل وعدم التنازل أو الصلح، في حين أن اتفاق التحكيم لا يتعلـــق بشروط قبول الدعوى.

ثالثاً: الدفع بالتحكيم دفع ببطلان المطالبة القضائية:

إن الدفع ببطلان المطالبة القضائية من الدفوع الإجرائيـــة الـــتي توجـــه إلى صحيفة الدعوى توصلاً إلى إثبات عدم مراعاة محررها للأوضاع والبيانـــات الـــتي حددها المشرع في تحريرها[1]، ومن الحجج والمستندات التي يستند إليها أنصار هذا الاتجاه:

1- الدفع بالتحكيم يخضع من الناحية العملية للقواعد المطبقة على الـــدفوع الإجرائية البحتة المقررة للمصلحة الخاصة، ومن مظاهرها وجوب إبـــداء الدفع بالتحكيم قبل الكلام بالموضوع.

2- الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم لا صلة له بموضوع الدعوى القضائية ولا علاقة له بعدم القبول الذي يعزى إلى عيب في الدعوى ذاتها.

3- الإجراء هو عمل قانوني يجب أن تتوافر فيه عناصر موضوعية ،من حيث الأهلية والاختصاص وشكلية، وإلا كان الاتفاق باطلاً. والدفع بوجـــود

---

(1) - إبراهيم جوهر إبراهيم – المرجع السابق- ص147، د.مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال- المرجع السابق- ص522.

الاتفاق على التحكيم إنما هو تمسك بتخلف عنصر موضوعي في الإجراء.

وفي ذات الوقت ومن جهة أخرى هناك انتقادات وجهت إلى هذه النظرية، ومن بين هذه الانتقادات:

1- الدفع بالتحكيم لا يتصل بالمطالبة القضائية وصحيفة الدعوى، لأن التحكيم أمر خارج عن الدعوى.

2- القول بأن الطلبات التي تتضمنها صحيفة الدعوى هي محل المطالبة القضائية، تصبح مع وجود اتفاق التحكيم غير قابلة لأن تكون كذلك في غير محله لأنه لا يستقيم أن يكون الطلب مستوفياً لشروطه القانونية ولايوجد مايمنع من كونه اتفاق تحكيم حتى يعتبر سبباً لبطلان المطالبة القضائية.

3- التذرع باتجاهات بعض التشريعات العربية ليس مجدياً، لأن بعضها أعطى لوقف الإجراءات غير المعنى القانوني الذي يقصده الرأي.

4- الدفع بالتحكيم ليس دفعاً بالبطلان، وذلك لأن البطلان يكون في نص القانون أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء[1].

---

(1) -د.نجيب احمد عبد الله ثابت الجبيلي-المرجع السابق- ص106، وأيضاًد.مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال –المرجع السابق- ص524، وأيضاً، إبراهيم جوهر إبراهيم – المرجع السابق- ص151.

المطلب السادس

القانون واجب التطبيق على النزاع

لم تعالج غالبية القوانين العربية التحكيم بدايةً إلا من خلال نصوص استعانت بها من قانون التحكيم المصري. ومن أهم المواضيع التي تشغل دارسي التحكيم هو موضوع القانون واجب التطبيق، والذي تعرض له القانون السوري في المادة (38) والتي نستنتج من دراستها ما يلي:

- التعارض الواضح بين نصوص قانون التحكيم لجهة بمجال الحرية العائدة لاختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق[1].
- القواعد القانونية التي يتفق عليها الأطراف لا بد من أن تأخذ قانوناً يطبق عليها كإجراءات، ولكن في الوقت نفسه ليس من الضروري أن يكون ذاته قانون الموضوع، ففي حال اختيار الأطراف لقانون وطني معين فإن الأطراف يقرون بالتزامهم بجميع القواعد القانونية التي ينص عليها قانونهم المختار، أما في حال اختيار القانون لدولة تتعدد فيها الشرائع فإن المحكم له الدور في اختيار القانون واجب التطبيق حسب مدى الارتباط بالموضوع. ومن الملفت أن القانون فسح المجال أمام الأطراف لما يعرف بالتسوق القانوني أي اختيار القوانين واجبة التطبيق حسب الإجراء أو الموضوع، أي بمعنى آخر تبعيض قانون الإرادة نفسه.
- أما في تلك الحالة التي يختار فيها الأطراف قواعد دون انتمائها لدولة معينة، فهنا نكون أمام مجموعة من المبادئ تحكم بما يتناسب وقواعد الإسناد السورية وما يتقاطع معها بالنسبة إلى قانون التحكيم، مع الأخذ بعين الاعتبار قواعد التحكيم

---

(1) - د.مصطفى محمود عفيفي – محاضرة في آلية التفاوض والتحكيم للفصل في منازعات العقود الإدارية – الدورة التمهيدية لإعداد المحكمين العرب الدوليين –شباط 2010.

الدولية النموذجية لعام 1985 في المادة التاسعة عشرة منها التي تـــنص: ***"فيمـــا يتعلق بتحديد قواعد الإجراءات، فإن لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق كان لهيئـــة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تسير بالكيفية التي تراها مناســـبةً، وتشمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم البت في مقبولية الأدلة المقدمة وصلتها بالموضوع وجدارتها وأهميتها"***.

المبحث الرابع

سلطة المحكمين وأثرها

إن المرحلة التي تلي البحث باتفاق التحكيم وأحكامه، ونشـــوء الخصـــومة التحكيمية والحضور فيها ،وتلك المبادئ واجبة التطبيق وتحقق الخصومة والمرافعـــة أمام الهيئة وصولاً إلى الحكم التحكيمي الذي يصدره أعضاء هيئة التحكـــيم بمـــا يتضمنه من وجوب إكسائه صيغة النفاذ ،ومدى الرقابة القضـــائية علـــى عمليـــة التحكيم ونتيجتها بالقرار سابق الذكر،حيث يحتوي هذا المبحث على أربعة مطالب هي:

المطلب الأول: تعريف المحكم.

المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في المحكم .

المطلب الثالث: مهمة المحكم وعوارض انجازها.

المطلب الرابع: حالات بطلان حكم التحكيم .

المطلب الأول

تعريف المحكم

المحكِّم: (بتشديد الكاف) هو الشخص الذي يسند إليه الحكم في الشـــيء، أي من يختار للفصل بين المتنازعين.

والحكم من أسماء الله الحسنى، فقد ورد في القرآن الكريم قوله تعالى: "[1]فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيمـــا شـــجر بينـــهم". وفي الحـــديث النبـــوي الشريف[2]: قول النبي صلى الله عليه وسلم – "وإليك حاكمت". وقيل (الحكـــم بين الخصمين كالقاضي في حق كافة الناس).

وفي اللغة الفرنسية هو الشخص الذي يختار للفصل في نزاع، والمحكِّم هـــو الشخص المعين من قبل أطراف التزاع للبت فيه.

أما في اللغة الإنكليزية فهو شخص يساعد شخصين أو أكثـــر للتوصـــل إلى اتفاق.

وفي الاصطلاح الحقوقي والقانوني فهو شخص يختاره أطراف التزاع ليفصل فيما هو قائم بينهم من نزاع، يتمتع بثقة الخصوم، كما أنه قد يعين من قبل المحكمة المختصة ضمن نص القانون الذي قد يفرض ذلك في وقـــائع معينـــة[3]. وتجـــدر الإشارة إلى أن المحكم هو العنصر واللبنة الأساسية في عملية التحكيم، فبقدر دقتـــه

---

(1) – سورة النساء الآية 65.

(2) –د.ماهر حامد – المرجع السابق – ص19.

(3) – د.ماهر حامد – المرجع السابق – ص21.

وخبرته ومستوى كفاءته، يقوم بالإجراءات بشكل سليم، ويصدر حكماً صحيحاً يأخذ مداه القانوني. وعندما نتحدث عن المحكم، فإننا نقصد تكليفه فرداً أو بشكل هيئة تتخذ الحكم التحكيمي بعد القيام بالإجراءات الواجبة للخصومة، شريطة ما تبنته أغلب القوانين العالمية من كون العدد وتراً. وقد عالج القانون السوري المحكم وشروطه وكيفية تشكيل هيئة التحكيم في الفصل الثالث من القانون رقم /4/ لعام 2008.

المطلب الثاني

الشروط الواجب توافرها في المحكم:

إن الشروط المطلوبة التوافر في المحكم تقسم إلى ثلاثة أنواع (شروط قانونية- شروط اتفاقية- شروط خاصة بمهمة المحكم القضائية) وتفصيلها **كالآتي:**

أولاً- الشروط القانونية: وهي مجموع الشروط التي يتطلبها القانون في المحكم، حيث نصت المادة (13) من قانون التحكيم السوري على ماهية الشروط التي يجب أن تتوافر في من يتولى مهمة المحكم:

1-تمتع المحكم بالأهلية المدنية الكاملة:

فالتحكيم ولاية على الغير، لذا يلزم أن يكون من له تلك الولاية كامل الأهلية، في حين رأى البعض الآخر من الفقه أن التحكيم يبنى على الثقة الشخصية، وهذه الثقة لا علاقة لها بتمام الأهلية، ولكن الرد كان أن المحروم من الحقوق المدنية لجرم شائن أو مخل بالشرف هو أمر كفيل بأن يهز الثقة بشخص المحكم إضافةً إلى

ما يضفيه تمام الأهلية على القدرة العقلية ورجاحة الحكمة[1]. وقد اشترط القانون السوري أن يكون المحكم بالغاً سن الرشد، دون أن يبين من هو صاحب الصلاحية لتحديد سن الرشد أهي بحسب القانون السوري؟، أم استناداً لقانون جنسية المحكم؟ أم يحدد بحسب القانون المطبق على اتفاق التحكيم؟، على خلاف القانون المصري الذي لم يشترط مثل هذا البند وترك الحرية للأطراف دون التقيد بقانون معين.

كما أضاف القانون عدم وقوع الحجر على المحكم، فمن لا يملك زمام نفسه فمن باب أولى ألا يملك زمام أمر غيره على ألا يكون مجرداً من الحقوق المدنية ما لم تكون هذه العوارض قد زالت قانوناً وبالشكل الذي حدده القانون. وهنا لا بد من الإشارة إلى أن التحكيم المؤسسي لا تقوم فيه هذه المؤسسات إلا بتنظيم عملية التحكيم[2].

2-الحياد والاستقلال:

وهو الشرط الذي يضمن ألا يميل المحكم إلى أحد أطراف النزاع دون غيره، فالاستقلال يتعلق بمظاهر موضوعية ملموسة تنصب على وقائع مادية متمثلة في علاقة المحكم بأحد الخصوم من شأنها التأثير على قرار المحكم.

---

(1) - د.ماهر محمد حامد – المرجع السابق – ص111 وأيضاً د.محمد أحمد شحاته- المرجع السابق- ص48.

(2) - د.محمد أحمد شحاته- المرجع السابق- ص65-وأيضاًد.مصطفى محمد الجمال ود.عكاشة عبد العال – المرجع السابق- ص605.

أما الحياد فهو حالة ذهنية نفسية تتعلق بوجدان المحكم يرتب الخلل فيها اتخاذ المحكم جانب أحد الخصوم. وقد اشترط القانون إبداء الدفوع لجهة المحكم قبل أي دفع آخر وذلك في المادة(21) ففي حال عدم اعتراض الأطراف فلا يؤثر ما سبق ذكره في صحة إجراءات التحكيم أو القرار الصادر (الحكم)، أي ينبغي أن يكون المحكم بعيداً عن كل ما من شأنه أن يؤثر في صحة قراره. وقد تبنت الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 إبطال أي حكم إذا وقع تأثير غير مشروع على المحكم[1].

3-قبول المحكم لمهمته: نصت المادة (17) من قانون التحكيم السوري على وجوب أن تكون موافقة المحكم على مهمة التحكيم بالتوقيع على اتفاق التحكيم أو على وثيقة مستقلة تعطي الدلالة على الموافقة، ومما لا ريب فيه أن المحكم صاحب الحرية في قبول أو رفض المهمة التحكيمية، هذا مع أن مشرعنا إضافة للمشرع المصري لم يرتب أثراً بين رفض المحكم لمهمة التحكيم وبين اتفاق التحكيم، وذلك على خلاف المشرع الفرنسي الذي اعتبر اتفاق التحكيم معلقاً على شرط واقف هو قبول المحكم لهذه المهمة، مع تعلق انقضاء هذا الاتفاق على القبول أو الرفض.

---

(1) -د.ماهر محمد حامد- المرجع السابق- ص121.

4-ألا يكون المحكم قاضياً:

المقصود أنه من حيث الأصل،أي أن الأصل ألا يكون محكم قاضياً وهو ما أخذ به المشرع المصري، فإنه يرفض أن يكون المحكم قاضياً يعمل ضمن قضاء الدولة كموظف عام، ومبرر ذلك حسب رأيهم تحقيق ضمان لحياد القاضي واستقلاله، وحتى لا يتعرض إلى إغراءات ما من شانه أن يؤثر على عمله، خاصةً بوجود الكم الهائل من القضايا.

أما في القانون السوري فقد اشترط موافقة مجلس القضاء الأعلى حتى يتمكن من القيام بعملية التحكيم والموافقة على هذه المهمة وذلك استناداً إلى موافقة مجلس القضاء الأعلى وقانون الموظفين الأساسي وقانون السلطة القضائية ، وفي عام 2010 أصدر السيد وزير العدل في سوريا قراراً برقم 2084/ل تاريخ 2010/7/14 بالسماح لكل قاضٍ بثلاث دعاوى تحكيمية في العام.

ويبدو من نص المادة أن المشرع لم تكن لديه الرغبة في إطلاق حرية تعيين القضاة كمحكمين، وذلك بهدف الابتعاد بالقضاة عن السعي للحصول على منافع عن طريق التحكيم، وخاصةً أن الهدف الأول والأخير للمؤسسة التي تضم هؤلاء القضاة، إنما فض المنازعات وتحقيق العدالة، وحسب ما أرى أن مثل هذا الخيار لا يحقق العدالة وخاصةً أن السادة القضاة سيستمرون في السعي للحصول على مهمة التحكيم ولو بشروط، لذلك كان من الأفضل أن يسمح للقاضي التحكيم في الدعاوى التي تكون فيها الدولة أو الإدارات العامة خصماً تحكيمياً فقط، على أن يبقي متاحاً للقاضي القيام بدور المحكم بعد انتهاءه من الوظيفة العامة الموكلة إليه بما يضمن الحياد والاستقلال .

ثانياً – الشروط الاتفاقية: هذه الشروط هي مجموع العوامل التي لا تلعب دوراً في صحة اتفاق التحكيم أو حكمه، ولكن في ذات الوقت يترك لأطراف الخصومة حرية تحديدها، لارتباطها برغبة الخصوم وثقافتهم ومعتقداتهم وتتوزع هذه الشروط في ثمانية بنود (الجنسية- العلم- الخبرة- القراءة- الكتابة- اللغة- الدين – الجنس وسلامة الحواس)[1]، وهذه الشروط يمكن أن نقسمها كما يلي:

- **الصفات الثقافية المكتسبة :**

ومن هذه الصفات **اللغة** التي نص القانون على أن تكون باللغة العربية، ما لم يكن اتفاق الأطراف على لغة أخرى، شريطة أن يكون المحكم قادراً على استيعاب اللغة التي قد تختلف. وهنا يمكن تقديم الترجمات المحلفة[2]، ويرتبط بهذا العنصر كل من **القراءة والكتابة**، اللتين لم يذكرهما مشرعنا صراحةً مع وجود اتجاهين مختلفين في الفقه بين من يعتبر أنه من البديهي إلمام المحكم[3] بالقراءة والكتابة، فهو حسبهم واجب التحقيق دون نص عليه. في حين أن الاتجاه الآخر يعتبر أن الأساس في الاختيار هو الثقة دون هذه المواصفات السابق ذكرها ؛ حيث من الممكن أن نحل هذا الإشكال من خلال وجود مساعد يقوم بهذا الدور[4]. وفي هذا السياق يمكن القول أنه من الواجب إلمام المحكم بالقراءة والكتابة، فهو يقوم بدور القاضي

---

(1) – د.محمد احمد شحاتة- المرجع السابق- ص55.

(2) – د.محمد أحمد شحاتة- المرجع السابق- ص61.

(3) –د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي – المرجع السابق – ص258وايضاًدزماهر محمد حامد- المرجع السابق- ص117.

(4) – د.مصطفى الجمال-د.عكاشة محمد عبد العال- المرجع السابق- ص613،610.

استثنائياً والقرار ناجم عن تقديره الشخصي الذي يستند إلى وثائق وثقافة قانونية يجب أن يكون بالحد الأدنى قد اطلع عليها من خلال القراءة، أما مشرعنا فقد أشار إليها ضمنياً عندما تحدث في المادة (17) عن قبول المحكم مهمته كتابةً بالتوقيع على الاتفاق أو وثيقة مستقلة تدل على القبول .

والعنصر الذي يلعب دوراً هاماً في التحكيم هو وجود **العلم والخبرة** اللذان لم يذكرهما نص القانون مع انه عملياً يشترط وجودهما[1] ، ولكن لم يتعرض لها، فمجمل القوانين الخاصة بالتحكيم لم تضع مثل هذا الشرط باستثناء القانون الاسباني رقم 36 لعام 1988[2]، ومع ذلك لا بد من وجود هاتين الصفتين ، فالمحكم يقوم بدور قاضٍ لابد فيه من وجود الخبرة والعلم والاختصاص، إضافةً إلى أن بعض القوانين قد اشترطت مستوى من العلم والخبرة الخاصة عند إجراء التحكيم الخاص بالتجارة البحرية.

- **الصفات الموروثة طبيعةً:**

والمقصود بها هي مجموع الصفات التي يحملها المحكم كنتيجة طبيعية للواقع الإنساني دون أن يكون له أي دور في وجودها، **فالدين** أحد الأوصاف التي لم تشترطها القوانين الخاصة بالتحكيم [3]، باستثناء القانون السعودي الذي اشترط أن يكون المحكم مسلماً[4]، أما لجهة **جنس المحكم** فقد عالجتها معظم القوانين الناظمة

---

(1) –د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي– المرجع السابق– ص257.

(2) –د.محمد أحمد شحاتة– المرجع السابق– ص57.

(3) –د.محمد أحمد شحاتة– المرجع السابق– ص62.

(4) – د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي– المرجع السابق – ص256

للتحكيم دون قصرها على الذكور، مع ترك حرية التقدير لاتفاق الأطراف لتحديد جنس المحكم[1]، **أما لجهة سلامة حواس** المحكم ،فلقد رأى الفقهاء **أن** وجود عاهة ما لدى المحكم لا تمنعه من تحقيق الثقة المبنية وأداء الدور المنوط به.

- **الجنسية:**

لم تشترط القوانين سواء القانون السوري أو القوانين المقارنة جنسية معينة وإنما تركتها لحرية الأطراف[2]، ولكن هذا الأمر ليس سائداً كلياً فالمشرع في الإكوادور وكولومبيا والسعودية يشترط أن يكون المحكم وطنياً ،كقيد إيجابي مع وجود تشريعات تقيد عملية التحكيم بألا يكون المحكم من جنسية معينة. وأياً كان التقييد فالواجب أن يكون الاختيار للمحكمين مبنياً لعوامل موضوعية أهمها نزاهة المحكم وحياده واستقلاله، وتحري كون المحكم إنساناً يرتبط بحيثيات الأصول العرقية والسياسية والثقافة القانونية، لأن إنكار هذه الحيثية لا يمكن إلا إذا أنكرنا الطبيعة البشرية[3].

---

(1) -د.مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال-المرجع السابق- ص612 وأيضاً د.محمد أحمد شحاته- المرجع السابق- ص49.

(2) -د.ماهر محمد حامد- المرجع السابق- ص115 وأيضاً د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي- المرجع السابق- ص255 وأيضاً د.محمد أحمد شحاته- المرجع السابق- ص55.

(3) - د.مصطفى الجمال، ود.عكاشة عبد العال – المرجع السابق- ص612.

المطلب الثالث

مهمة المحكم وعوارض انجازها

إن بعض الشروط التي تطلب من المحكم هي شروط ناجمة عن الاتفاق بين المحكم والمحتكم من خلال ما يعرف بعقد التحكيم، وعقد التحكيم هو عقد غير مسمى، اتفاقي، قضائي من حيث الموضوع، مدني ولو كان بصدد التحكيم في علاقة تجارية أي أن المسؤولية الناظمة والمتعلقة هي مسؤولية مدنية في العلاقة بين المحكم والأطراف، فهو لا يخضع لمسؤولية الدولة وتطبق عليه المسؤولية الجنائية حال تحقق شروطها، مع أن المحكم يخضع عملياً للرد والعزل والتنحي، وهي أحكام تطبق على القضاة من جهة، ومن جهة أخرى له أن يطالب بحقوق مالية (الأتعاب) ويمكن بحث هذه الأحكام وفق ما يلي:

1- العزل والرد:

للعزل نوعان، العزل باتفاق الخصوم، والعزل القضائي، والمقصود بالأول تراجع طرفي التحكيم عن إسناد مهمة الفصل في النزاع لأحد المحكمين، وبغاية وقف الصلاحيات الممنوحة لهم للنظر في النزاع، وذلك شريطة أن يتم العزل باتفاق جميع الأطراف حتى لا يفسح المجال أمام احد الخصوم للمماطلة في أمد التقاضي. وهذا هو الرأي الغالب لدى معظم التشريعات المقارنة.

وحسب الفقه فإن المحكم يكتسب بمجرد الانتهاء من إجراءات التعيين موقعاً إجرائياً يخرج عن صلاحيات الأطراف الذين اتفقوا على تعيينه، فيصبح قاضياً لا يخضع إلا للعزل والرد وباتفاق الأطراف. أما العزل القضائي فإنما ينجم لقيام

مجموعة من الشروط نذكر على سبيل المثال ما نصت عليه المادة (20) من قانون التحكيم السوري :

- اتفاق الأطراف على عزل المحكم[1].
- أن تتوافر أسباب إنهاء مهمة المحكم، والتي أهمها تعذر استمراره بقيامه بمهمته لوجود مانع قانوني أو فعلي.
- أن ينقطع عن القيام بمهمته التحكيمية بعد قبوله لها أكثر من ثلاثين يوماً، ما من شأنه التأخير غير المبرر والذي يضر بمصالح الأطراف.

ففي حال توافرت الشروط المطلوبة يتخذ القرار في غرفة المذاكرة من المحكمة المختصة وبقرار مبرم بناء على طلب أحد الطرفين بإنهاء مهمة المحكم.

ومن الممكن أن نضيف ما أخذت به القوانين المقارنة عندما أضافت الشرط التالي (رفض المحكم التنحي وترك مكانه اختياراً مع تحقق الشروط اللازمة، ما يعد تعسفاً يستوجب العزل) مع التأكيد على أنه يجوز لأي من طرفي النزاع بدلاً من طلب العزل طلب رد المحكم) [2].

والرد عبارة عن أسلوب قانوني لحماية الخصوم من احتمال جور المحكم الذي قامت عليه الدلائل التي تشير إلى اهتزاز الثقة بحياديته واستقلاله أو إخلاله بالتزاماته الجوهرية، وللرد أسباب حددها قانون التحكيم لدينا بتحقق ذات البنود

---

(1) - د.نجيب احمد عبد الله ثابت الجبيلي- المرجع السابق – ص270 وأيضا، د.ماهر محمد حامد- المرجع السابق-ص191، وأيضاً د.محمد أحمد شحاته- المرجع السابق – ص92.

(2) - د.محمد احمد شحاته- المرجع السابق- ص87، وأيضا د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي- المرجع السابق- ص272، وأيضاً، د.ماهر محمد حامد- المرجع السابق- ص201.

التي يمكن أن يطلب فيها من القاضي التنحي حسب المبادئ العامة ونصوص قانون أصول المحاكمات، مع عدم إمكانية طلب الرد لمحكم تدخل المحـــتكم في تعيينـــه إلا لأسباب تباينت بعد التعيين.

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن مشرعنا تبنى أحد الاتجاهين الفقهيين اللـــذين يحكمان الرد بقبوله للرد للأسباب التي يرد بها القضاة، وهو بذلك تـــبنى النظـــرة للقانون السعودي والإماراتي والقطري والكويتي[1] ذاتها.

أما الاتجاه الآخر فقد أخذ بالرد لأي سبب من الأسباب التي تؤثر في حيادية ونزاهة المحكم، ومنها القانون المصري والبحريني والعُماني والقانون النمطي للجنـــة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985 واتفاقية اليونسترال النموذجية؛ حيث يتقدم **طالب الرد** (وهو أحد الطرفين المتخاصمين الذي تحققت شـــرط رد القضاة في المحكم الذي يطلب رده إلا إذا كان هو من عينه فلا يجوز أن يتقدم بمثل هذا الطلب إلا إذا ظهرت الأسباب بعد التعيين على حد ما ذكرناه سابقاً) وذلـــك بطلب كتابي إلى المحكمة المختصة مرفقاً بالوثائق المؤيدة، وذلك في **وقت الـــرد** أو مهلة الرد (خلال مدة خمسة عشر يوماً من علمه بالأسباب المبررة للرد)، وتنظـــر المحكمة عندها بالطلب في غرفة المذاكرة وبقرار مبرم تتوقف بمجرد تقديم الطلـــب جميع إجراءات التحكيم، ويتم تعليق المدة لأنه حال صدور قرار بقبول الرد، فإنـــه ينجم عنه اعتبار حكم التحكيم كأن لم يكن.

---

(1) – د.ماهر محمد حامد– المرجع السابق – ص201وايضاً– د.محمد أحمد شحاتة– المرجع السابق– ص87، وأيضا–د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي – المرجع السابق –ص272 حيث يقول" أنه من حق كل طرف من الأطراف أن يمثل أما م قاضٍ غير منحاز".

والبينية على (توافر سبب الرد تقوم على قاعدة البينة على من ادعى) وتشترط ألا يقدم طلب الرد ممن سبق له أن تقدم بطلب رد للمحكم ذاته.

2- التنحي (حق أدبي للمحكم):

ويكون هذا التنحي عند حدوث ظرف ما أو أن يعلم المحكم بظروف من شأنها أن تجعله يستشعر الحرج في مهمته أو ما يؤثر على استقلاله أو حياديته. وهذا الحق حق أدبي يضمن القيام بالمهمة التحكيمية. ومن أجل ذلك فقد أحيط وقف العملية التحكيمية كالعزل مثلاً بضمانات قانونية حتى لا يكون مثل هذا الحق وسيلة لضرر الأطراف بيد هيئة التحكيم أو أحد أطرافها[1].

3- أتعاب المحكمين:

وهي في مقدمة الحقوق المالية التي يستحقها المحكم، أي عبارة عن مبلغ مالي يتقاضاه المحكم مقابل تأديته للمهمة التحكيمية. وقد أغفلت معظم التشريعات العربية والعالمية البحث بموضوع أجور المحكم وأتعابه، وكان الدور الأسبق للتشريع الإيطالي الذي حدد الأسس التي يمكن أن تبنى عليها عملية تقدير أتعاب التحكيم[2]، فمشرعنا وكذلك المشرع المصري واليمني ذكروا الأتعاب للمحكم دون بيان للأصول واجبة الإتباع في التقدير وترك الأمر للعرف والاتفاق[3]،

---

(1) -د.محمد احمد شحاته – المرجع السابق – ص78 وأيضاً د.ماهر محمد حامد- النظام القانوني للمحكم – ص185.

(2) - د.محمد أحمد شحاته- المرجع السابق- ص75.

(3) -د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي- المرجع السابق- ص284.

فالغالب أن تكون الأتعاب مناصفةً بين المتخاصمين، على أنه يلتزم المحكم بإعادتها في حال انقضاء التحكيم، أو تنازله غير المبرر عن مهمة التحكيم أو تسبب بسوء نيته ببطلان حكم التحكيم، وإلا فهو يستحق النفقات التي تكبدها نتيجة مباشرته للمهمة التحكيمية سواء وردت في الاتفاق التحكيمي أم لم ترد، فبإمكان المحكم استرداد هذه المصروفات عن طريق دعوى الإثراء بلا سبب أو التحكيم.

وجرت العادة على أن يتم إيداع سلفه مالية، لاسيما إن غالبية مراكز التحكيم تشترط إيداع مبلغ مالي محدد لذلك الغرض، وليس ما سبق فقط يشكل الحق المالي للمحكم، بل له أيضاً طلب التعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي يمكن أن يصيبه من أحد الأطراف، وفق القواعد المحددة للمسؤولية في القانون المدني.

وكما بحثنا بشروط المحكم وحقوقه، فإنه من الواجب البحث أيضاً في التزاماته التي نذكرها كالآتي:

- واجب المحكم عدم تفويض غيره أو إنابة غيره ما لم يكن وارداً في اتفاق الأطراف.
- واجب المحكم عدم إقرار الصلح إلا بموافقة الأطراف.
- واجب المحكم مراعاة مبادئ حقوق الدفاع الأساسية السالفة الذكر ضمن البحث.
- واجب المحكم في قبول المهمة التحكيمية بشكل كتابي حتى لا يتعرض الحكم التحكيمي للبطلان.
- واجب المحكم الالتزام بالحياد والاستقلال التامين حتى نهاية العملية التحكيمية.

إن مجموع الشروط التي تتعلق بالمحكم والتزاماته والعمل على تحقيق العدالة من خلال هذا الأسلوب تظهر نتائجه من خلال الحكم التحكيمي المستمد من القانون وسلطات المحكم، وذلك لأن المحكم يتمتع بسلطات تتنوع بين سلطات شكلية وموضوعية وأخرى زمنية ومكانية، فهي:

1- **السلطة الشكلية:** هي السلطة الإجرائية التي منحها القانون للمحكم ليحدد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم وعلى الإجراءات والمتروكة بداية لاتفاق الخصوم ،ما لم يشوب هذه الاتفاقية الغموض، لأنه حينها يعود الاختصاص لهيئة التحكيم والمحكمين.

2- **السلطة الموضوعية:** وهي السلطة الناجمة عن القانون بتطبيق قواعد ومبادئ الخصومة التحكيمية الصحيحة والسالفة الذكر، والتي جاء على ذكرها قانوننا في م(26) والتي سبق وتعرضنا لها.

3- **السلطة الزمنية:** وهذه السلطة تتمثل في تقييد المحكم لولايته زمنياً بالمدة الزمنية المحددة في اتفاق التحكيم حسب اتفاق الأطراف أو العودة إلى نصوص القانون، بعدها تنتهي صلاحيات المحكم لإصدار الحكم التحكيمي لخروج الدعوى التحكيمية عن ولايته.

4- **السلطة المكانية:** وهي السلطة التي تعطى للمحكم لتحديد موقع مباشرة المهمة التحكيمية أي مكان التحكيم، والذي يتحدد بموجب اتفاق الأطراف، أو بحسب قواعد المركز المنظم لعملية التحكيم، أو الطبيعة التي تفرضها العملية التحكيمية ذاتها.

فهذه السلطات نهايةً تتوج بالقرار التحكيمي أي الحكم التحكيمي والـــذي يعرفه الفقهاء :***"بأنه القرار الذي يحسم المنازعة المعروضة أمامه بعد التحقق مـــن الادعاءات والمستندات والدفوع التي تبديها الخصوم وفقـــاً لقواعـــد قـــانون التحكيم والقانون واجب التطبيق واتفاق الخصوم[1]"***

في حين يذهب الأستاذ E.Gaillard وهو من أنصار نظريـــة التعريـــف الموسع للتحكيم إلى أن:"القرار الصادر عن المحكم الذي يفصل بشكل قطعي، على نحو كلي أو جزئي ،في المنازعة المعروضة عليه، سواء أتعلق هذا القـــرار بموضـــوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص أو بمسألة تتصل بالإجراءات ،أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة "[2] وبحسب التعريف السابق فلا تعتبر القـــرارات الصـــادرة عـــن مؤسسات التحكيم، والتي يعمل المحكم تحت لوائها وغير الصـــادرة عـــن المحكـــم أحكاماً تحكيمية، بالإضافة إلى أن الإجراءات التي يتخذها المحكمون والتي لا تهدف إلى الفصل في المنازعة على نحو كلي أو جزئي لا تعتبر أحكاماً تحكيمية يمكن الطعن فيها بالبطلان، في حين ذهب أنصار النظرية المضيقة لتعريف التحكيم ومنهم الفقـــه السويسري كالأستاذ Lalive بان "القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم حـــتى تلك المتصلة بموضوع المنازعة والتي لا تفصل في طلب محدد لا تعد أحكاماً تحكيمية إلا إذا أنهت بشكل كلي أو جزئي منازعة التحكيم [3]"، واستلهاماً مما تقدم فـــإن

---

(1) – د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي – المرجع السابق– ص389 .

(2) – أ.د.حفيظة السيد حداد-الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي– منشورات الحلبي الحقوقية–ص 294 .

(3) – أ.د.حفيظة السيد حداد – المرجع السابق – ص297 .

حكم التحكيم يمكن اختصاره بأنه القرار الذي يصدر بهدف الفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة عليه سواء أكانت أحكام كلية بموضوع المنازعة أو أحكام جزئية.

أما القرار أو الحكم التحكيمي الباطل فهو لا يقع إلا في حالات معينة كنقص أهلية أحد أطراف التحكيم أو في حالة عدم احترام المحكمين لإرادة الأطراف ،أو مايمكن أن بكون قد أصاب إجراءات التحكيم أواتفاقه بطلاناً في احد المراحل، أو حتى مخالفة النظام العام التي تصل أخيرا للحكم التحكيمي.

المطلب الرابع

حالات بطلان حكم التحكيم

حصرت أغلب القوانين العربية الحالات التي يجوز فيها الطعن ببطلان حكم التحكيم ولا تبتعد في أغلبها عن منطوق نص المادة (50) من قانون التحكيم السوري مع الإضافة الموجودة في القانون الكويتي لجهة الحالة التي نص عليها القانون الكويتي، وهي التي تحقق فيها سبب من الأسباب التي يجوز لأجلها التماس إعادة النظر [1] وهذه الحالات عددها القانون على سبيل الحصر وهي:

1- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو سقط بانتهاء مدته.

---

(1) - د.حسني المصري – المرجع السابق- ص486 .

2- إذا كان أحد طرفي التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهليـــة أو ناقصـــها وفقـــاً للقانون الذي يحكم أهليته .

3- إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم تبليغـــه بشـــكل صحيح.

4- إذا استبعد الحكم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف علـــى تطبيقـــه علـــى موضوع النزاع .

خلاصة الفصل الأول:

لدى البحث في ماهية التحكيم ،ومن خلال ما ذكرناه من التعاريف التي اوردها الفقهاء حوله، وماورد في النصوص القانونية لمختلف القوانين التي أوردناها وفقاً لما سبق،فإن التحكيم مؤسسة قائمة موجودة كوسيلة لحسم المنازعات بين الاشخاص الطبيعية والاعتبارية، تقوم على مبدأ أساسي وهو مبدأ سلطان الإرادة لطرفي التحكيم، يتوقى بموجبه الاطراف آثار النزاع القائم او المتوقع وقوعه، وسواء اعتبر البعض ان اصل التحكيم هو التعاقد أو الصلاحية القضائية التي منحها المشرع، او حتى اعتبارها مختلطة بين النوعين ،فإن التطور القانوني والتكنولوجي أظهر انواعاً جديدة للتحكيم، استدعى وضع نصوص خاصة لكل نوع على حدى، وعليه فاتفاق التحكيم هو الدليل الاساسي في هذه المؤسسة وهو ماتبيناه من خلال دراسة ماهيته ومحله والأثر المانع له، وتحديد مدى الاهمية القانونية لهذا الاتفاق الذي يشكل عنصراً أساسياً بالإضافة إلى تحديد دور المحكمين وما بحثناه حول التعريف بهم والشروط التي يستوجب توفرها في من يقوم بهذه المهمة والعوارض التي من شانها أن تؤثر على عمل المحكم، وتؤثر تبعاً لها على ثمرة هذا العمل ألا وهو القرار التحكيمي وما قد يشوبه من بطلان، وكل ماسلف ذكره إنما بحثناه على مستوى القرارات والاحكام التحكيمية الداخلية الوطنية أو حتى الاجنبية منها، ولكن على المستوى الدولي ومع اختلاف الانظمة القانونية بين دول العالم والتطور التكنولوجي، أدى ذلك إلى وجود قرارت واحكام تحكيمية اجنبية قد

تتسم بالبطلان، وتتعارض مع مضمون النصوص القانونية لقانون التحكيم السوري، وبالتالي تخلق عقبة أمام تنفيذها ضمن أراضي القطر العربي السوري وهو ماسنعالجه لاحقاً من خلال دراسة معايير الحكم الاجنبي وحالة الرقابة القضائية على هذه الاحكام عموماً، للوصول نهايةً إلى الآلية الواجبة لتنفيذ مثل هذه الأحكام لدى دوائر التنفيذ لدينا.

الفصل الثاني

حكم التحكيم الأجنبي الباطل وتنفيذه في سورية

إن القيام بالمهمة التحكيمية وصدور الحكم التحكيمي كنتيجة لهذه العملية التحكيمية يقابله الرقابة على هذه القرارات وكيفية تنفيذها وخاصة أن مثل هذه القرارات موجود قبل إكسائه صيغة النفاذ ولكن دونما مؤيد قانوني يدعم وجوده باستثناء مبدأ حرية الإرادة والذي يفرض الحجية القانونية على الأطراف، وهذا الأمر بالنسبة لأحكام التحكيم الوطنية فما هو الحال إذا كان الحكم التحكيمي أجنبياً عن القانون الوطني ؟،واصطدم بالبطلان استناداً للمعايير القانونية التي اتخذها قانون التحكيم في بلدنا و بحث إمكانية تنفيذه، لذلك كان لابد من بحث ما سبق من تفاصيل ضمن المباحث التالية :

المبحث الأول: ماهية حكم التحكيم الأجنبي الباطل.

المبحث الثاني: رقابة القضاء على القرارات التحكيمية.

المبحث الثالث: قوة الحكم التنفيذية .

المبحث الرابع: آلية تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الباطل في سوريا .

المبحث الأول

ماهية حكم التحكيم الأجنبي الباطل

إن تحديد ماهية حكم التحكيم الأجنبي الباطل تنطلق بدايةً من التعريف بحكم التحكيم الأجنبي، ومعرفة المقصود من إطلاق صفة الأجنبية على هذا الحكم والذي قد يؤدي بالنتيجة إلى تطبيق نصوص معاهدات دولية بهذا الخصوص، وخاصةً مع ماقد تصطدم به مثل هذه الأحكام لجهة صحتها وحجيتها وإمكانية تنفيذها ،والدفوع التي قد تثار لجهة بطلانها أمام قانون التحكيم السوري ،لذا كان لابد من بحث هذه الأفكار ضمن المطلبين التاليين:

المطلب الأول: التعريف بحكم التحكيم الأجنبي.

المطلب الثاني: معيار بطلان حكم التحكيم الأجنبي

المطلب الأول

التعريف بحكم التحكيم الأجنبي

إن التحكيم الوطني هو ذلك الحكم الذي يتعلق بتراع وطني في جميع عناصره، ويعين له محكمون وطنيون، يصدرون حكمهم داخل أراضي الجمهورية العربية السورية ووفقاً لقانون التحكيم الصادر فيها ،ومثل هذا الحكم لا يثير أية صعوبة في البحث لخضوعه للقانون الوطني، إضافة لعدم الحاجة لتنفيذه خارج الأراضي السورية، وإنما إكساؤه صيغة النفاذ أمام المحاكم السورية، وهو أمر نظَّمه قانوننا في متن نصوصه، أما حكم التحكيم الأجنبي فهو الحكم الصادر في نزاع ينتمي في بعض عناصره إلى أكثر من دولة، فيكون حكم التحكيم صادراً في دولة

ويراد تنفيذه في دولة أخرى، والعنصر الأكثر تأثيراً في تنازع حكم التحكيم الوطني مع حكم التحكيم الأجنبي هو النظام العام، الذي يرى بعض الفقهاء أنه من الوارد أن ينفذ حكم التحكيم الأجنبي ولو تعارض مع النظام العام الوطني، وهنا بدأ السعي لدى الفقهاء للتفريق بين النظام العام الوطني والدولي وهو ما سنبحثه لاحقاً، والتفريق بين المصطلحات المتعددة من تحكيم داخلي ووطني وشبه دولي ودولي[1]، فبعض من الفقهاء يرى أن حكم التحكيم الذي يكون وطنياً بالنسبة لدولة معينة هو أجنبي بالنسبة لقانون دولة أخرى، في حين يرى آخرون أن دولية حكم التحكيم وإطلاق هذا الوصف يتسم بالحياد، ويكون كذلك إذا نتج علاقة قانونية تثير تنازع القوانين سواء بجنسية الأطراف أو موطنهم أو مكان إبرام العقد الأصلي أو حتى تنفيذه فلا يكتفى أن ينتمي المحكم لدولة أجنبية حتى يعتبر التحكيم أجنبياً أو دولياً، ومع ذلك فقد اتخذت عدة معايير لدولية وأجنبية التحكيم باختلاف عدة اتجاهات ا:

- اعتمد بعض الفقهاء المعيار الإقليمي وهو مكان صدور الحكم بحيث يعتبر الحكم دولياً أو أجنبياً إذا كان قد صدر خارج إقليم الدولة التي يراد تنفيذه فيها، في حين يعتبر هذا الحكم وطنياً إذا صدر داخل إقليم الدولة التي يراد تنفيذه فيها، وهو المعيار المعتمد لدى القوانين الانكلوسكسونية[2]،كما اعتمد

---

(1) – د.أشرف عبد العليم الرفاعي– التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية– طبعة عام 2006 – منشورات دار الكتب القانونية –ص204 .

(2) – د.سامية راشد–التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة–الكتاب الأول (اتفاق التحكيم)–طبعة عام 1984–دار النهضة العربية– ص509.

هذا المعيار في اتفاقية نيويورك لعام 1958 في شأن تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، ولكن مع وضوح هذا المعيار إلا أنه قد وجهت له العديد من الانتقادات منها أن الموقع الجغرافي لا يمكن أن يشكل معياراً لأنه قد ينتج عن تنفيذ رغبة المحكمين الشخصية باختيار موقع معين للقيام بعملية التحكيم أو إصدار الحكم فيه، وهنا يرى الفقهاء أنه من الممكن أن يكون للموقع الجغرافي أثر لتطبيق مبدأ حرية الإرادة أو أنه ليس له أي أثر موضوعي لاختيار النطاق الإقليمي أو الموقع الجغرافي وإنما الأمر قد يكون مجرد تحديد عرضي لموطن جغرافي دون ارتباطه بأي أثر قانوني.

- في حين أخذ بعض الفقهاء بمعيار القانون واجب التطبيق على النزاع كمعيار لتحديد دولية التحكيم، وخاصةً أن هذا القانون قد يكون غير القانون الذي ينتمي إليه الطرفان المتخاصمان، أو قانون المقر الذي تتم ضمن نطاقه عملية التحكيم ،أو حتى القانون الذي حدده مركز الأعمال كقانون واجب للتطبيق على النزاع القائم، فالقانون واجب التطبيق يعتبره هؤلاء الفقهاء العنصر الأكثر وضوحاً لتحديد دولية التحكيم استناداً إلى أن أغلب أطراف الخصومة عندما يختارون قانوناً ما غير قوانينهم الوطنية لتطبيقه على النزاع فاختيارهم يكون لاعتبار هذا القانون قانوناً محايداً عن قوانينيهم الأصيلة ويشكل هذا الأمر دليلاً حاسماً على دولية التحكيم حسب رأي هؤلاء الفقهاء وخاصةً في منازعات التجارة الخارجية، ولكن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد، فبحسب منتقدي هذا الرأي أن الحرية في اختيار القانون واجب التطبيق ليست منطلقاً لتعتبر معياراً

للدولية في التحكيم الأجنبي وإنما هي نتيجة للدولية التي يوصف بها التحكيم الأجنبي.

- وعليه فقد اختلفت المعايير لدولية التحكيم وأجنبيته، لكن مشرعنا حدد هذه المعايير ضمن نصوص قانون التحكيم السوري عندما نص على تحديد دولية التحكيم وأجنبيته في المادة الأولى من نصوص قانون التحكيم رقم (4) لعام 2008 والتي منح فيها الصفة الدولية لانطباق مجموعة من الشروط حددها بنص القانون تتعلق بموطن الأطراف أو مواطن الإقامة المعتادة أو الموطن الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع، ولكنه حدد نظرة القانون بالنسبة لأحكام التحكيم الدولية أو الأجنبية التجارية منها وهو ما سنبحثه لاحقاً لتبيان توزيع الاختصاص بمنح صلاحية النفاذ لكل نوع من أنواع الأحكام التحكيمية التجارية منها وغير التجارية.

المطلب الثاني

معيار بطلان حكم التحكيم الأجنبي

إن الأسباب المحددة لبطلان الأحكام التحكيمية الأجنبية بحسب القوانين الوطنية، من الوارد أن تكون على حد من التشابه والتقارب لجهة تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي الباطل ،وذلك مع الاختلاف في المعايير التي يضعها النظام القانوني لكل من دولة صدور القرار والدولة المستقبلة لتنفيذه، وقد عالجت الاتفاقيات الدولية هذه الإشكالية عندما وضعت مجموعة من المعايير يعتبر فيها الحكم التحكيمي الأجنبي باطلاً وغير قابل للتنفيذ، ومن أكثر الاتفاقيات التي تشكل ركيزة أساسية على المستوى الدولي هي اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن

تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، فقد تضمنت هذه الاتفاقية في المادة (1/5ه) منها على أنه يجوز رفض الاعتراف بالأحكام التحكيمية الأجنبية في حال قام الخصم في البلد المطلوب تنفيذ الحكم فيها بتقديم الدليل على أن هذا الحكم قد أبطل أو تم إيقاف تنفيذه في بلد صدوره، وجاءت اتفاقية جنيف لعام 1961 بشان التحكيم التجاري الدولي ووضعت شروطاً نظمت خلالها تنفيذ هذه الأحكام، فبحسب المادة التاسعة من هذه الاتفاقية لا يمنع الحكم بالبطلان لحكم التحكيم الخاضع لهذه الاتفاقية، في إحدى الدول المتعاقدة دون الاعتراف بهذا الحكم وتنفيذه في دولة أخرى متعاقدة إلا إذا كان حكم البطلان المذكور صادراً في الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم المقضي ببطلانه أو صدر هذ الحكم وفقاً لقانونها ،أي مامعناه أن بطلان الحكم التحكيمي لدى دولة متعاقدة لم يصدر الحكم التحكيمي بحسب قانونها لا يمنع من الاعتراف بهذا الحكم المقضي ببطلانه أو تنفيذه[1]، و لم تكتف هذه الاتفاقية بهذا الشرط لتحقق البطلان ومنع التنفيذ وإنما أضافت عدة حالات حددت فيها أوجه البطلان التي تمنع من التنفيذ وهي:

(أ)- أن يكون أحد أطراف اتفاق التحكيم مصاباً بعارض من عوارض الأهلية تبعاً لقانونه الشخصي.

(ب)— أن يكون اتفاق التحكيم غير صحيح استناداً للقانون واجب التطبيق المتفق عليه بين الأطراف أو تبعاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم التحكيمي في حال عدم وجود اتفاق تحكيم.

---

[1] - د.حسني المصري – التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)- منشورات دار الكتب القانونية (مصر)- ص508 .

(ج)- عدم إخطار الطرف الذي يطلب البطلان بتعيين المحكم أو عدم إخطاره بأي إجراء من إجراءات العملية التحكيمية ،أو عدم تمكنه من تقديم دفوعه لسبب خارج إرادته .

(د)- في حال فصل الحكم التحكيمي بأمر خارج حدود المشارطة التحكيمية، أو تجاوز مدى مشارطة التحكيم، وتجدر الإشارة إلى أنه لا يشمل البطلان كامل الحكم التحكيمي إذا أمكن فصل إحدى المسائل التي يقع عليها البطلان عن باقي المسائل الخاضعة للمشارطة التحكيمية .

(هـ)- في حال وجود ما يشوب تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات العملية التحكيمية لعدم توافقه مع اتفاق التحكيم بين الاطراف المتخاصمة أو عدم توافقه مع نصوص هذه الاتفاقية إذا لم يكن اتفاق التحكيم موجوداً.

ويرى الفقهاء أن هذه الاتفاقية قد حصرت أسباب البطلان وحددت حالاته على المستوى الدولي، فهي تقيِّد الدول المتعاقدة والأطراف فيها بهذه الشروط مما يستتبع التقييد للأطراف في اتفاقية نيويورك لعام 1958 لأنه في أغلب الحالات فإن الدول المتعاقدة بكلا الاتفاقيتين هي ذاتها،أي أن الأثر لهذا الحصر هو منع الاعتراف بالحكم التحكيمي المقضي ببطلانه أو قبول تنفيذه لدى إحدى الدول المتعاقدة أو الأطراف فيها حال تحقق نص الاتفاقية.

وأمر البطلان متروك لتقدير محاكم الدولة المطلوب التنفيذ فيها لذا فهي تلعب دوراً هاماً بالرقابة على القرارات والأحكام التحكيمية وفق ما سندرسه في المبحث التالي.

المبحث الثاني

رقابة القضاء على القرارات التحكيمية

التحكيم كما هو معروف نظام ذو طبيعة مزدوجة فهو: عمل اتفاقي في مصدره إذ يستمد المحكم سلطاته من إرادة الأطراف، وقضائي في وظيفته، فالمحكم على الرغم من أنه ليس بقاضٍ إلا أنه يقوم بذات الوظيفة المناط بالقاضي القيام بها وهي الفصل في المنازعة المعروضة عليه بإصدار حكم فيها.

وتكييف بعض القرارات الصادرة عن المحكم بأنها أحكام تعني قابلية هذه الفقرات الحكمية للطعن بطرق الطعن القانونية، شأنها في ذلك شأن الأحكام الصادرة عن محاكم الدولة، فحكم التحكيم الصادر عن المحكم والمستند إلى مجرد الاتفاق الخاص بين الأطراف على تخويل شخص عادي سلطة الفصل في المنازعة بحكم له طبيعة وأوصاف الحكم القضائي، لا يمكن أن يظل بمعزل عن رقابة قضاء الدولة[1].

وعلى الرغم من حتمية خضوع حكم التحكيم إلى رقابة الدولة، إلا أن الطبيعة الخاصة للعدالة التي يقوم بها المحكم والمستندة في أساسها إلى إرادة الأطراف تضفي على أوجه الرجوع وطرق الطعن على الحكم التحكيمي ذاتية مستمدة من الهدف من طرق الطعن، ومن كيفية تنظيمها من الناحية الفنية.

---

(1)- أ.د.حفيظة السيد حداد – الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي – 2007 – – منشورات الحلبي الحقوقية –ص322 وما بعد .

فمن المعروف أن طرق الطعن ضد الأحكام الصادرة عن القضاء تهـــدف إلى تدارك ما وقع فيه الحكم الصادر عن المحاكم الدنيا من خطأ سواء أكان هذا خطـــأ قد وقع في القانون أو الوقائع، وذلك من خلال الطعن على هذا الحكم أمام المحاكم الأعلى درجة، والتي يطلب منها الطرف ذو المصلحة في الطعن إصدار حكم يحـــل محل الحكم المطعون به.

والواقع أن هذه الوظيفة الإصلاحية أو التعديلية، والتي تتحقق برقابة المحكمة الأعلى درجة على المحاكم الأدنى درجة، تكون محلاً للشـــك والتســـاؤل بشـــأن التحكيم.

فقضاء التحكيم بطبيعته هو قضاء خاص يستبعد ويستنكف الخضوع لقضاء الدولة، وأن المنازعات اللاحقة على صدور حكم التحكيم تلتـــهم كـــل محاســـن التحكيم، بل إن البعض ذهب إلى القول بأن نظام التحكيم يفقد سبب وجوده، إذا أعقب إجراءات التحكيم إجراءات لاحقة أمام قضاء الدولة.

وعلى الرغم من أهمية الملحوظة السابقة، فإنه يظل مـــن غـــير المقبـــول ولا المعقول الاعتراف بحكم تحكيمي مشوب بالخطأ، ومن ثم فإنه لا مفر والحال كذلك من تقرير إمكانية الطعن على حكم التحكيم ،ومن المفيد القول هو أن طرق الطعن التي يخضع لها الحكم التحكيمي تتراجع فيها الوظيفة الإصلاحية أو التعديلية تاركة المجال للإفصاح عن وظائف وأهداف أخرى لهذه الطرق.

وأولى هذه الوظائف والأهداف التي تسعى إليها طرق الطعن الموجهـــة إلى الحكم التحكيمي، تتعلق بالتثبت من وظيفة المحكم والمهمة المناط القيام بها وهـــذه

المشكلة التي لا يمكن أن تثور بالنسبة لقضاء الدولة تتخذ بشان التحكيم أهمية خاصة، فحكم التحكيم لا يمكن اعتباره عملاً من أعمال العدالة أو عملاً قضائياً إلا إذا كان مصدر السلطة القضائية التي يتمتع بها المحكم صحيحاً، لا محل للتشكيك فيه والنيل منه، كذلك فإن طرق الطعن الموجهة إلى الحكم التحكيمي تهدف إلى التيقن من الشروط التي بموجبها قام المحكم بأداء مهمته وإصدار الحكم التحكيمي صحيح أن مثل هذه الأوجه من الطعون هناك محل لإعمالها بشأن المنازعات التي يفصل فيها قضاء الدولة، ولكنها تحتل مكاناً ثانوياً وعرضياً على عكس الحال بالنسبة للتحكيم حيث تحتل هذه المسألة أهمية بالغة نظراً لأن حكم التحكيم يصدر من أشخاص قد لا يتوافر فيهم الشعور الكامن بضرورة احترام المقتضيات الإجرائية القضائية.

وعموماً فإن طرق الطعن على الحكم التحكيمي تنحصر غايتها ليس في تعديل هذا الحكم وإنما تعد بمثابة منازعة ببطلانه.

ولا تختلف أوجه الطعن الموجهة ضد حكم التحكيم عن تلك الموجهة ضد لأحكام الصادرة عن المحاكم من حيث الأهداف التي تسعى إلى بلوغها وإنما تختلف أيضاً من حيث الأشكال التي تتخذها هذه الأوجه.

فهناك طرق طعن لا يمكن إعمالها بشأن حكم التحكيم بسبب [1]ذاتية عدالة التحكيم، فعدالة التحكيم هي عدالة صادرة عن قضاء لا يندمج في أي نظام قضائي

---

(1)- أ.د.حفيظة السيد حداد – المرجع السابق- ص324 .

دائم إلى الحد الذي ذهب معه جانب من الفقه إلى وصف هذا القضاء بأنه يشبه النباتات الاستوائية التي تتلاشى بمجرد أن تؤتي ثمارها ، وفي ضوء ذلك الأمر فإن أوجه الطعن المستخدمة ضد الأحكام الصادرة عن القضاء لا يمكن استخدامها ضد التحكيم إلا بتعديلات خاصة تتلاءم مع هذا القضاء القائم على إرادة الأطراف وهنا المشكلة الكبرى.

ومن الملاحظ أن جميع الأنظمة القانونية حاولت مجابهة هذه الصعوبة بأساليب مختلفة، واضعةً بعين الاعتبار الطبيعة غير المتجانسة للتحكيم بوصفه عملاً إتفاقياً في مصدره وقضائياً في آثاره، وتلك الطبيعة تؤثر في طبيعة حكم التحكيم ذاته وتنعكس دون أدنى شك على طرق الطعن ضده.

ومن بين هذه الأنظمة ماأخذه مشرعنا الذي تفرد فيه عن المشرع المصري الذي يعتبر مصدراً لقانوننا، وهو بدوره يستمد من القانون الفرنسي فقد حدد مشرعنا الحالات التي من شانها أن تقبل فيها دعوى البطلان وذلك في م(50) والتي تضمنت ما معناه شروط دعوى البطلان للحكم التحكيمي[1] وهي :

1- في حال بطلان اتفاق التحكيم أو عدم وجوده أو سقوطه بانتهاء مدته .

2- وجود احد عوارض الأهلية لدى أحد طرفي التحكيم عند التوقيع عليه .

3- إذا تعذر على أحد أطراف التحكيم تقديم دفاعه أو تعيين محكم لسبب خارج عن إرادته .

---

(1)-د.محمد أحمد شحاته – المرجع السابق- ص 146 .

4- استبعاد الحكم التحكيمي للقانون واجب التطبيق المتفق عليه بين المحتكمين.
5- إذا وقع خلل في تشكيل هيئة التحكيم سواء لمخالفته القانون أو اتفاق المحتكمين.
6- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لم يتضمنها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود الاتفاق على التحكيم مع ما تجدر الإشارة إليه لجهة أن القانون السوري للتحكيم قد طبق مبدأ تجزئة البطلان في مثل هذه الحالة .
7- أي بطلان في الإجراءات من شأنه أن يؤثر في الحكم.
8- المبدأ المتفق عليه والذي يتضمن مخالفة النظام العام، وهنا للمحكمة أن تفصل ببطلان التحكيم من تلقاء نفسها.

وسوف نعالج بطلان حكم التحكيم من خلال التعرض أولاً لنطاق البطلان، وثانياً لبعض حالاته.

المطلب الأول

نطاق البطلان

تختلف الأنظمة القانونية المعاصرة بشأن تحديد حكم التحكيم الخاضع للبطلان ويمكن التفرقة في هذا الصدد بين عدة اتجاهات، منها ما يرى أن أي حكم تحكيمي دولي يخضع للبطلان، وذلك بغض النظر عن مكان صدوره سواء أكان صدر في إقليم الدولة المرفوع أمام قضائها الطعن بالبطلان، أو كان قد صدر في الخارج بالتطبيق لقانونها، بينما تذهب أنظمة قانونية أخرى تدرج أيضاً في إطار هذا الاتجاه الموسع للقضاء ببطلان حكم التحكيم إلى عدم الاختصاص بنظر دعوى

البطلان إلا في تلك الدعاوى المقامة ضد أحكام تحكيم صدرت في إقليم الدولة التي التمس من قضائها الحكم بالبطلان.

ويعتبر القانون المصري من الأنظمة القانونية التي تدخل في إطار الطائفة الأولى المندرجة في إطار هذا الاتجاه الموسع للقضاء ببطلان حكم التحكيم بينما يبعد القانون الفرنسي من الأنظمة القانونية الداخلة في إطار الطائفة الثانية من هذا الاتجاه.

وإلى جانب هذا الاتجاه الموسع للقضاء ببطلان حكم التحكيم فإن هناك أنظمة قانونية أخرى تضيق من نطاق اختصاص القضاء الوطني بالبطلان وتجعله لا يختص إلا بحالات معينة تمس النظام الوطني، وبالتالي لا يختص هذا القضاء بنظر دعاوى البطلان الأخرى، حتى لو كانت أحكام التحكيم قد صدرت في إقليم الدولة.

ويذهب بعض من الفقهاء إلى القول بأن الرجوع على حكم تحكيم في دولة مقر الحكم التحيكمي على الرغم من أنها لا توجد بين الأطراف فيها وهذه الدولة أي صلة، يشكل العقبة الكبرى ضد تطور التحكيم الدولي وتزداد هذه الخطورة بالنظر إلى أن معاهدة نيويورك الموقعة عام 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية التي تجعل من بين الأسباب التي تنص علها من أجل رفض تنفيذ الأحكام أن يكون حكم التحكيم قد تم إبطاله في الدولة التي صدر فيها ،وبالتالي فإنها تعرف بقيمة دولية للاختلافات القائمة في الأنظمة الوطنية.

ولذلك يرى جانب من الفقه أن اختيار دولة ما كمقر للتحكيم مبعثه ما يتمتع به قضاء هذه الدولة من حياد ،كما هو شائع عن سويسرا ولكن أيضاً بسبب وسائل الاتصال الحديثة، وبالتالي فمن المؤسف أن يكون هذا الاختيار للأسباب المتقدمة لدولة مقر التحكيم سبباً في إمكانية الطعن في الحكم بالبطلان من عدمه، وعليه فإنه من الأفضل من وجهة نظر هذا الفقه أن تتركز جميع وسائل الرقابة على حكم التحكيم في الدولة المطلوب تنفيذه فيها، وبناءً على ذلك، لا مانع من السماح للأطراف بأن تتنازل عن طرق الطعن ومن بينها طريق الطعن بالبطلان في دولة مقر التحكيم.

وأياً كان الرأي في هذا الموضوع فإن الذي يتعين معالجته في هذا المقام هو التفرقة بين الأنظمة القانونية الموسعة لنطاق البطلان والأنظمة المضيقة لهذا النطاق.

أولاً–الأنظمة القانونية الموسعة لنطاق البطلان:

أ– موقف القانون المصري:

يعد القانون المصري الصادر بالرقم 27 لعام 1994 المتعلق بالتحكيم من الأنظمة القانونية الموسعة لنطاق البطلان، إذ منح المشرع المصري للقضاء الاختصاص بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم، إذا كان حكم التحكيم قد جرى في مصر بصدد منازعة دولية، أو كان قد جرى في الخارج، وكان القانون المصري هو المطبق على إجراءات التحكيم بناءً على اتفاق الأطراف[1].

(1)– د.حفيظة السيد حداد– المرجع السابق– ص327 وما بعد .

ب- موقف القانون الفرنسي:

حدد قانون التحكيم الفرنسي الصادر سنة 1981 بشكل واضح الأحـــوال التي يمكن رفعها أمام المحاكم الفرنسية للطعن ببطلان أحكام التحكيم والتي يمكـــن رفعها أمام المحاكم الفرنسية فنصت المادة 1504 من قانون المرافعات المدنية الجديد في الفقرة الأولى منها على أنه:"يمكن الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في فرنسا بشأن التحكيم الدولي في الأحوال المنصوص عليها في المادة 1502[1].

ويرى الأستاذ E.Gaillard [2] أن هناك نتيجتين الأولى إيجابية والأخرى سلبية تترتب على هذا الأسلوب، فالنتيجة الإيجابية الأولى تفيد أن قانون التحكـــيم الصادر في 12 مايو 1981 قد قطع كل صلة بالقضاء السابق لمحكمة اســـتئناف باريس، والذي كان يقرر عدم قبول الطعن بالبطلان الموجه ضد أحكام التحكـــيم غير الفرنسية، والتي يمكن تعريفها بأنها أحكام التحكيم الصـــادرة وفقـــاً لقـــانون إجرائي أخر غير القانون الفرنسي، ولا تتصل بأي شكل من الأشـــكال بالنظـــام القانوني الفرنسي وذلك على الرغم من انعقاد التحكيم في فرنسا.

ولقد طبقت محكمة استئناف باريس هذا النظر على حكم تحكيمي صـــادر وفقاً لقواعد التحكيم المتبعة في غرفة التجارة الدولية بباريس، وتم في فرنســـا بـــين

---

(1)- المحامي الأستاذ عبد الهادي عباس – المحامي الأستاذ جهاد هواش- التحكيم – مرجع سابق- ص273 .

(2) الدكتور حسني المصري، المرجع السابق، ص 504.

شركة ليبي وشركة سويدية للفصل في منازعة ناشئة عن تنفيذ عقود بشـــأن بنـــاء وتسليم سفن في السويد.

بمجرد صدور حكم التحكيم في فرنسا فهو كافٍ لانعقـــاد الاختصـــاص للمحاكم الفرنسية بنظر دعوى الطعن بالبطلان المرفوعة ضد هذا الحكم، وذلـــك حتى إذا كان الحكم قد صدر في منازعة دولية لا تتصل بالنظام القانوني الفرنســـي بأي عامل من العوامل، هذا إلا مجرد وجود مقر التحكيم في فرنسا.

والحل الذي أتى به القانون الفرنسي بشان التحكيم جدير بالتأييد على نحـــو ما ذهب إليه من الفقه الفرنسي[1].

إذ يتحقق في هذا الحل الذي أتى به القانون الفرنسي، مجموعة مـــن المزايـــا بعضها نابع من هذا الضابط ذاته، وبعضها مرجعه عدم ملائمة الضوابط الأخـــرى كأساس لتقرير اختصاص القضاء الوطني، والفصل في دعـــاوى بطـــلان أحكـــام التحكيم، لا سيما لما يترتب عليها من آثار سلبية.

إن أساس هذا الحل هو توزيع الاختصاص بين الدول المختلفة المعنية بالحكم التحكيمي، وهو مبدأ متبع في الأنظمة القانونية للعديد من الدول، بل ويسيطر على المعاهدات الدولية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم، ووفقاً له تختص دولة مقر التحكيم اختصاصاً قاصراً عليها بنظر دعاوى البطلان المقامة ضـــد الحكـــم التحكيمي، وبالتالي لا تملك الدول الأخرى المطلوب تنفيذ الحكم التحكيمي فيهـــا

---

(1)- د.حفيظة السيد حداد – مرجع سابق- ص328 .

أو الاعتراف به على إقليمها إلا قبول أو رفض ترتيب هذا الحكم لآثاره في نظامها القانوني.

كما أن الحل المتقدم يتحاشى ظاهرة أحكام التحكيم غير المتصلة بأي نظام قانوني والتي يمكن أن تكون معيبة بعيب جسيم، وقد لا توجد أية دولة مختصة بتوقيع الجزاء المترتب على ما لحق بها من عيب.

ولعل النتيجة السابقة تعد أحد عوامل الضعف الكامنة في المعيار الذي يعتمد على القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم كمعيار لتحديد الاختصاص بنظر البطلان إذ يحدث في العديد من الحالات أنه ليس هناك أي قانون يتم اختياره من قبل الأطراف ولا من قبل المحكمين لحكم الإجراءات، وقد يكتفي المحكمون بتطبيق نصوص لائحة التحكيم المختارة من قبل الأطراف، وحل المسائل المتعلقة بالإجراءات دون الإشارة إلى قانون محدد.

والواقع أن معيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات سواء كانت الأطراف قامت باختيار هذا القانون صراحة أم من خلال الإشارة إلى لائحة تحكيم محددة، أو كان إعمال هذا القانون بناءً على مبادرة من المحكم نفسه، وهو المعيار الذي سارت عليه محكمة استئناف باريس في فترات سابقة، يبدو كما يشير إليه جانب من الفقه الفرنسي أنه معيار سطحي، فالأطراف لا تعنى إلا فيما ندر

بتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، والذي يبدو من وجهة نظرهم أقل أهمية من موضوع تحديد مقر انعقاد جلسات التحكيم[1].

كذلك فإن ضابط الاختصاص القائم على مقر التحكيم يتماشى مع توقعات الأطراف التي اختارت هذا المقر ليس نزولاً على اعتبارات السهولة والحياد، ولكن (وقد يكون ذلك هو الدافع الرئيسي لاختيارها) نظراً لما يترتب على هذا الاختيار من تطبيق نظام قانوني معين على التحكيم بما يتضمنه ذلك من معرفة طرق الطعن المقررة، والمسموح بها ضد حكم التحكيم الصادر في دولة المقر وفقاً للقانون المطبق فيها.

أما الأثر الثاني المترتب على صياغة المادة 1504 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد فهو يتعلق بعدم الاعتراف بالاختصاص للقضاء الفرنسي بنظر دعاوى البطلان إلا بصدد أحكام التحكيم الصادرة في فرنسا.

وهذا يعني أن اختيار القانون الفرنسي سواء من قبل الأطراف، أو من قبل المحكمين ليحكم إجراءات التحكيم، غير قادر على جذب الحكم التحكيمي لإخضاعه لسلطة القانون الفرنسي، ولا سيما فيما يتعلق بدعاوى البطلان[2].

وهذا الحل يتعارض مع ما أخذ به المشرع الفرنسي بصدد إمكانية لجوء الأطراف إلى القضاء الوطني من أجل الحصول على مساعدة هذا القضاء في تشكيل

---

(1)- د.حسني المصري- التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)-مرجع سابق- ص506 .

(1)[2] - د.حفيظة السيد حداد- مرجع سابق- ص332 .

محكمة التحكيم، إذا كان القانون الفرنسي يطبق على إجراءات التحكيم التي تجري في الخارج، فرئيس المحكمة الجزائية في باريس يمكنه أن يفصل في المنازعات المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم الذي تعقد إجراءاته في فرنسا، إضافة إلى سلطة الفصل بالمشاكل التحكيمية الناجمة عن تحكيم اتفقت أطرافه على خضوعه لقانون الإجراءات الفرنسي .

كذلك فإن الحل المتقدم يقطع الصلة بالحل الذي استخلصته محكمة استئناف باريس إلى تفضيل معيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات على معيار مقر التحكيم من أجل رفض دعاوى بطلان أحكام التحكيم غير الفرنسية الصادر في فرنسا، وقبلت في نفس الوقت الاعتراف بالاختصاص للقضاء الفرنسي بنظر صحة أحكام التحكيم الصادرة في الخارج، والتي طبقت القانون الفرنسي على إجراءاته.

وبهذا السياق رفضت محكمة استئناف باريس قبول دعاوى البطلان ضد حكم تحكيمي صادر في منازعة بين شركتين إحداهما فرنسية والأخرى تركية، نظراً لأن الإجراءات المتبعة في إصدار هذا الحكم ليست هي تلك التي ينص عليها القانون الفرنسي.

وقانون التحكيم الجديد الصادر في فرنسا لا يكرس هذا القضاء المتقدم، كما أنه لا يقر الفقهاء أحكام القضاء التي ترفض الاعتراف بدعاوى البطلان ضد جانب من أحكام الصادرة في فرنسا.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن الحل الذي أتى به القانون الجديد جدير بالتأييد فمعيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات لا يتماشى عادة مع أية نية

للاعتراف فيما يتعلق بنطاق الرقابة التي يتعين فرضها علـــى المحكـــم ، إذ تفصـــح الأطراف عادة عن القانون الواجب التطبيق على هذه المسألة.

كذلك فإن اعتماد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات بوصفه معيـــاراً يحدد اختصاص المحاكم الفرنسية، من شأنه أن يخلق تنازعاً في الاختصـــاص بـــين القضاء الفرنسي والأجنبي،ذلك أن معيار المقر هو المعيار الراجح في إطار القـــانون المقارن والمعاهدات الدولية المبرمة في شأن الاعتراف وتنفذ أحكام التحكيم.

والواقع أن تمسك المحاكم الفرنسية بمعيار القانون الواجب التطبيـــق علـــى الإجراءات كمعيار يرجع إليه في تحديد اختصاص المحاكم الفرنسية بنظر دعـــاوى البطلان، يؤدي إلى القضاء ببطلان حكم تحكيمي يعد صحيحاً من وجهـــة نظـــر قضاء دولة مقر التحكيم.

ولهذا فإن التوافق على معيار عالمي يضبط الاختصاص لتقريـــر اختصـــاص القضاء الوطني بنظر دعاوى البطلان، كما هو الشأن بالنسبة لضابط مقر التحكـــيم من شأنه أن يتفادى مثل هذه المشاكل.

وقاعدة عدم اختصاص القضاء الفرنسي بالفصل في دعاوى البطلان المرفوعة ضد الحكم التحكيمي الصادر في الخارج، من الوضوح بمكان، على نحو أصبح معه إغفال مثل هذه القاعدة من قبل الأطراف من شانه أن يؤدي إلى إدانـــة أحـــدهم بالتعسف في استعمال حقه الإجرائي.

ولقد قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 28/فبراير 1986 في دعوى البطلان المقامة في فرنسا ضد حكم تحكيمي صادر في إنجلترا، وذلك بعد أن أشارت إلى أن طريق الطعن بالبطلان المنصوص عليه في المادة 1504 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد يقتصر تطبيقه على أحكام التحكيم الصادرة في فرنسا بشأن التحكيم الدولي، وقد تضمن "بأن المدعى عليه على حق فيما يذهب إليه من سوء نية المدعي بعرضه للانتقادات الموجهة منه إلى الحكم التحكيمي أما قضاء غير مختص" وبذلك سمح بالمناقشة العلنية لوقائع الأصل بأن تظل سرية.

والمعيار الذي تبنته المادة 1504 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد[1] يعطي أهمية قصوى للمكان الذي تم إصدار حكم التحكيم فيه.

ومع ذلك فإن الطابع البسيط والواضح الذي يميز هذا المعيار لا يعني أن المشاكل التي قد تصادف تحديده في ظروف معينة قد تم تجاوزها بالكامل.

فعلى سبيل المثال عندما تحدد الأطراف أو مؤسسة تحكيمية نزولاً عند إرادة الأطراف مقر التحكيم في مكان ما، فإنه قد يحدث أن يتم انعقاد بعض جلسات التحكيم في مكان أخر[2].

---

(1) د. حنسي المصري، المرجع السابق، ص 509

(2) د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي، المرجع السابق، ص 320

فإذا حدث لاعتبارات مشابهة أن الحكم التحكيمي تم التوقيع عليه في مكان آخر غير ذلك المختار كمقر للتحكيم من قبل الأطـــراف أو لهيئـــة التحكـــيم أو المحكمين أنفسهم، فإن تحديد المكان الذي صدر فيه الحكم التحكيمي وفقاً لـــنص المادة 1504 يمكن أن يثير بعض المشاكل.

فمثلاً إذا تم توقيع الحكم التحكيمي في فرنسا بينما كان مقر التحكيم قد تم تحديده في دولة أخرى، فإنه يمكن لأحد الأطـــراف أن يتمســـك بـــأن الحكـــم التحكيمي قد صدر في فرنسا، ويستند على ذلك من أجل الدفاع عن اختصـــاص المحاكم الفرنسية بنظر دعوى البطلان ضد هذا الحكم، وهذا الخطر الناجم بســـبب الانفصال بين المقر القانوني ،والمكان الذي صدر فيه الحكم التحكيمي يخفف مـــن حدته في بعض الحالات أن يكون التحكيم قد تم تحت مظلة غرفة التجارة الدوليـــة بباريس،والتي تنص المادة 22 من لائحة التحكيم الخاصة بهذه الغرفة على أن حكم التحكيم يفترض أنه صدر في دولة مقر التحكيم[1].

ويمكن القول في هذه الحالة إن الشروط التي اتفقت عليها الأطـــراف أو أن لائحة التحكيم التي تستمد كل قيمة لها من إرادة الأطراف،تظل غير قادرة علـــى تعديل التنظيم الخاص بطرق الطعن بالبطلان والذي يعد من النظام العام.

والواقع أن حل مثل هذه الصعوبات والمشاكل المحتملة يجب أن يتم في ضوء تفسير فكرة صدور الحكم التحكيمي الذي حددته المادة 1504.

---

(1)- المادة 22 من نظام التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية بباريس.

ويرى الأستاذ E.Gaillard أن التفرقة بين الأحكام التحكيمية الصادرة في فرنسا في المجال الدولي،والأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج،أراد من خلالها المشرع الفرنسي عدم اتخاذ معيار عرضي يتوقف على الاختيار الذي يقوم به المحكمون لأسباب تتعلق بالسهولة وقت التوقيع على الحكم التحكيمي.

فاختيار القانون الفرنسي لدولة مقر التحكيم كأساس لثبوت الاختصاص للقاضي الفرنسي بنظر دعوى البطلان المقامة ضد الحكم التحكيمي الصادر في فرنسا وعدم اختصاصه بدعاوى البطلان الخاصة بالحكم التحكيمي الصادر في الخارج يستند أساساً على الاعتراف بحرية الأطراف في الاختيار سواء بطريق مباشر أو من خلال تفويض هذه السلطة في الاختيار إلى منظمة تحكيمية أو المحكمين أنفسهم للمكان الذي تجري فيه إجراءات التحكيم، وبالتالي اختيار الوسط القانوني للتحكيم، والذي يختلف من دولة إلى أخرى ولا سيما فيما يتعلق بطرق الطعن.

فمن وجهة نظر المشرع الفرنسي،أن انعقاد الاختصاص للمحاكم الفرنسية بنظر دعاوى البطلان ضد أحكام التحكيم الصادرة في فرنسا في المنازعات الدولية تتعلق دون أدنى شك بالرغبة في منح المتعاملين على صعيد التجارة الدولية مكاناً للتحكيم، يتلاءم مع مفهوم معين للرقابة التي يجب للقضاء الوطني أن يمارسه على أحكام التحكيم، وبالتالي فإنه لا يتماشى مع هذه المسألة أن يتوقف اختصاص المحاكم الفرنسية بشأن دعوى البطلان على محض الصدفة المتمثلة في المكان الذي قام المحكمون بالتوقيع فيه على الحكم التحكيمي،بينما اختارت الأطراف مكاناً أخر بوصفه مقراً للتحكيم،وفق ما تقدم فإنه يتعين تفسير المادة 1504 من قانون

الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد بأنها تقصد المكان الذي صدر فيه الحكم التحكيمي أي المكان الذي انعقدت فيه جلسات التحكيم وهو التفسير الذي يميل القضاء الفرنسي إلى اعتناقه.

فعلى سبيل المثال ذهبت محكمة استئناف فرساي في حكمها الصادر في 14 يناير 1987 وهو حكم غير منشور إلى اعتبار حكم التحكيم محل الطعن المرفوع أمامها بمثابة حكم صادر في فرنسا، على الرغم من أنه تم توقيعه في بروكسل، وذلك لأن الأطراف كانت اختارت باريس كمقر للتحكيم.

ثانياً– الأنظمة القانونية المضيقة لنطاق البطلان:

القانون البلجيكي:

يعتبر القانون البلجيكي الصادر في 27 مارس 1985 بشأن التحكيم الدولي مثالاً نموذجياً للأنظمة القانونية المضيقة لنطاق البطلان، إذ تنص المادة 1717 فقرة 4 منه على أنه: لا تختص المحاكم البلجيكية بنظر دعوى البطلان إلا إذا كان أحد الأطراف في المنازعة التي فصل فيها الحكم التحكيمي شخصاً طبيعياً يتمتع بالجنسية البلجيكية أو له موطن في بلجيكا أو شخصاً اعتبارياً تم تأسيسه في بلجيكا أو له فرع أو مقر للأعمال فيها أياً كانت طبيعته.

وبذلك يختلف الحل الذي أخذ به القانون البلجيكي عن الحلول الأخرى السائدة في الأنظمة القانونية المعاصرة، والتي لا تستبعد البطلان بشكل كلي،

ويقتصر دورها على إمكانية الحد منه، وذلك بحصرها للحالات التي يمكن الطعن بالبطلان على الحكم التحكيمي في حالة تحققها[1].

ولعل مسلك المشرع البلجيكي تعلله الخشية من أن يسيء الطرف الخاسر في حكم التحكيم استخدام الطرق المختلفة من أجل الحيلولة دون تنفيذه، إذ تظهر مطالعة الأحكام القضائية تفنن الأطراف التي تخسر الحكم التحكيمي، في اكتشاف أسباب البطلان المزعومة، ولا سيما تلك المتصلة بمخالفة تنفيذ حكم التحكيم[2]، فرغبة من المشرع البلجيكي في تحاشي مثل هذه الأعمال التسويفية، فقد استبعد كل محاولة للطعن بالبطلان على حكم التحكيم.

وعلى الرغم من الطابع التحرري لهذا القانون، فإن المشرع البلجيكي لم يسر في هذا الطريق إلى آخره مستبعداً البطلان بشكل مطلق وكامل، إذ أنه توقف في منتصف الطريق، ولم يستبعد إلا الطعن ببطلان أحكام التحكيم التي لا تتصل ببلجيكا بأي وجه من أوجه الاتصال.

والواقع أن الأسباب التي دفعت المشرع البلجيكي إلى اتخاذ هذا الموقف التحرري من بطلان الحكم التحكيمي، تفصح عنها الأعمال التحضيرية لهذا القانون، إذ لاحظ المشرع البلجيكي أن بلجيكا أصبحت مركزاً من مراكز التحكيم الدولي، نظراً لموقعها الجغرافي وللحصيلة اللغوية المتنوعة التي يمتنع بها أبناء شعبها، واستبعاد طرق الطعن بالبطلان على حكم التحكيم الصادر عنها، من شأنه

---

(1)- د.حفيظة السيد حداد – مرجع سابق – ص335 .

(2)- د.حسني المصري – المرجع السابق – ص508 .

أن يدعم قوة الجذب التحكيمي لهذه الدولة، ويجعلها مقراً لانعقاد التحكيم على أرضها بشكل حاسم.

ولقد أشار جانب من الفقه البلجيكي إلى أن المشرع البلجيكي لم تتجه إرادته إلى تحرر التحكيم من كل رقابة قضائية، وكل ما هناك أنه أراد أن يحول هذه الرقابة من دولة مقر التحكيم إلى الدولة المعنية بتنفيذ حكم التحكيم، إذ ارتأى أنه من المنطق أن يتم تقديم جميع الاعتراضات المحتملة ضد حكم التحكيم في الخارج عند تقديم الطلب بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم.

ومن الجدير بالذكر أن قانون التحكيم البلجيكي الصادر في 27 مارس 1985 قد تم تعديله وصدر قانوناً بلجيكياً جديداً للتحكيم في 16 مايو 1998، ووفقاً لهذا القانون الجديد فإن حكم التحكيم الصادر في بلجيكا لا يمكن الطعن عليه بالبطلان إذا اتفق الأطراف على تحصينه ضد هذه الطريقة من طرق الطعن.

حيث نصت المادة 1717 فقرة 4 من قانون التحكيم البلجيكي في صياغتها الجديدة على ما يلي:

"وللأطراف بموجب إعلان صريح في اتفاق التحكيم ذاته أو في اتفاق لاحق عليه، استبعاد أي طعن ببطلان حكم التحكيم، وذلك إذا لم يكن لأي منهما شخص طبيعي يتمتع بالجنسية البلجيكية، أو له فيها إقامة معتادة أو شخص اعتباري تعد بلجيكياً مقراً رئيسياً لمؤسسته أو له فيها أحد فروعها".

ويقترب هذا النص الجديد للقانون البلجيكي للتحكيم من نص المادة 192 من القانون الدولي الخاص السويسري والتي سنعرض لها.

القانون السويسري:

ويتضمن القانون الدولي الخاص السويسري الجديد الصادر في 18 ديسمبر 1987 نصاً مشابهاً للنص المتقدم المذكور في القانون البلجيكي، إذ تنص المادة 192 من القانون الدولي الخاص السويسري على أنه إذا لم يكن للطرفين لا موطن ولا محل إقامة معتادة ولا مؤسسة في سويسرا[1]، فإنه يمكنهم من خلال إعلان رغبتهم الصريحة في اتفاق التحكيم أو في اتفاق مكتوب لاحق استبعاد كل طرق الطعن على الحكم التحكيمي الصادر عن محكمة التحكيم،كما يمكنهم أيضاً عدم استبعاد الطعن بالبطلان إلا بالنسبة لبعض الأسباب المحددة في المادة 190 فقرة 2.

ولقد تشدد القضاء السويسري عند تقديره لمدى وجود هذه الإرادة، فلقد قضى بأن نص المادة24 من لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس،والتي وفقاً لها للأطراف أن تتنازل عن كل طرق الطعن التي يمكنهم التنازل عنها لا يمكن تحليله على أنه يفيد استبعاد دعوى البطلان، إعمالاً لنص المادة 192 من القانون الدولي السويسري الجديد.

المطلب الثاني

حالات الطعن بالبطلان

تنص المادة 52-2من قانون التحكيم المصري على أنه "يجوز رفع دعوى بطلان حكم تحكيم وفقاً لأحكام المبنية في المادتين التاليتين:

---

(1)- .د.حفيظة السيد حداد- المرجع السابق- ص339

مادة53:من قانون التحكيم المصري

1- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:

أ- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً لإبطال أو أسقط بانتهاء مدته.

ب- إذا كان احد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصا وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.

ج- إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب أخر خارج عن إرادته.

د- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

ه- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.

و- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.

ز- إذا وقع بطلان في حكم التحكيم،أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم.

2- وتقضي المحكمة التي تنظر بدعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية".

أولاً: ما يلاحظ على حالات الطعن بالبطلان التي نص عليها المشرع المصري في قانون التحكيم الجديد كثرتها وتنوعها واستيعابها لأكبر عدد من الفروض التي يمكن الطعن فيها على حكم التحكيم الدولي بالبطلان، وهو ما أخذ به القانون السوري وكان أحد مصادره هو القانون المصري، وهو ما يمكن استنتاجه من نص المادة 50 من القانون السوري للتحكيم.

ثانياً: إن الطعن بالبطلان الذي أورده المشرع المصري هو الطريق الوحيد للطعن على حكم التحكيم الدولي، وبالتالي لا يجوز الرجوع على هذا الحكم بأي وجه من أوجه أنواع الأخرى كالطعن بالتماس إعادة المحاكمة أو الاستئناف لاستبعاد كل طريق من طرق الطعن بنص المادة52 من قانون التحكيم الجديد كذلك فإنه لا يمكن للطعن ببطلان التحكيم إلا وفقاً للحالات المذكورة على سبيل الحصر في المادة 52-2.

ثالثاً: إن الطعن بالبطلان على حكم التحكيم الدولي يتعلق بالنظام العام في سوريا، فلا يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على عدم إمكانية الرجوع على حكم التحكيم بالبطلان، هذا من ناحية، كذلك فإن اختيار الأطراف في حكم تحكيم أجنبي إمكانية الطعن بالبطلان على حكم التحكيم ، لاأثر له في ضوء الأحكام الواردة في قانون التحكيم السوري الجديد، والذي بوسعه إذ ارتأى إمكانية استبعاد

الطعن بالبطلان على حكم التحكيم الصادر في المنازعات الدولية، أن ينص على ذلك صراحة كما فعل غيره من المشرعين كالمشرع السويسري أو البلجيكي .

فعلى سبيل المثال لو اتخذت الأطراف من سوريا مقراً للتحكيم في المنازعات الناشئة بينهم واختير القانون السويسري كقانون يحكم إجراءات التحكيم، أو لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس، وكلاهما يعطي للأطراف إمكانية استبعاد الطعن بالبطلان على حكم التحكيم الصادر في المنازعة ،فإذا تمسك أحد الأطراف بأن القضاء السوري عليه أن يقضي بعدم جواز نظر الدعوى لأن القانون السويسري أو لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس خولت الأطراف استبعاد الطعن بالبطلان، فعلى القضاء السوري أن يتجنب هذا الدفع ويستمر في نظرها،ويتحقق من وجود سبب البطلان المدعى به ويقضي ببطلان الحكم أو ترفض الطعن بالبطلان حسب الأحوال، وهذه النتيجة التي يتجه إليها القانون السوري تتماشى مع ما يقرره القضاء في فرنسا.

وتظهر الدراسة المقارنة للعديد من الأنظمة القانونية الأخرى المعاصرة المنظمة للتحكيم بصفة عامة، والتحكيم التجاري الدولي بصفة خاصة، أن الطعن بالبطلان على حكم التحكيم يتركز بصفة أساسية حول عدة طوائف من الأسباب.

وهذا مايعلل وجود أربعة طوائف تتغير تبعاً للأنظمة القانونية في كل دولة والمرتبطة بما يسمى النظام العام وهي:

الطائفة الأولى منها وتستند على انعدام الأساس الاتفاقي لاختصاص المحكم، والطائفة الثانية تستند على عدم احترام إرادة الأطراف، والطائفة الثالثة تتعلق

بالمخالفات التي تلحق بإجراءات التحكيم بذاته، أما الطائفة الرابعة من أسباب الطعن بالبطلان على حكم تحكيم يقوم أساساً على مخالفة مضمون الحكم التحكيمي للنظام العام وسنعرض لكل طائفة من هذه الأسباب على حدة بشيء من التفصيل:

1- حالات الطعن بالبطلان المستندة إلى انعدام الأساس الاتفاقي لاختصاص المحكم:

تنص المادة 53 من قانون التحكيم المصري، والتي تقابله م (50) من قانون التحكيم السوري على أنه لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:

أ- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو أسقط بانتهاء مدته.

ب- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.

ج- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

د- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.

فقيام المحكم بالفصل في الدعوى دون وجود اتفاق على التحكـــيم أو بنـــاء على اتفاق تحكيم باطل أو انقضت مدته، يعد إذاً سبباً من أسباب انقضاء حكـــم التحكيم، وسبب وجود هذا الطريق من طرق الطعن بالبطلان هو السماح للقاضي الوطني بالتأكيد من انعقاد الاختصاص للمحكم، فإذا قـــام المحكـــم بالفصـــل في الموضوع المعروض عليه دون وجود اتفاق على التحكيم أو بناءً على اتفاق تحكـــيم باطل أو انقضت مدته فإن أساس الاختصاص المنعقد للمحكم ذاته هو الذي ينعدم من المبدأ ومن الضروري أن يعترف للقضاء الـــوطني بالســـلطة في مراقبـــة هـــذا الاختصاص.

ولقد ذهبت محكمة استئناف باريس إلى القضاء بأنه إذا كان على محكمـــة التحكيم أن تفصل في مسألة اختصاصها في حالة تشكيك أحد الأطراف في هـــذا الاختصاص فإن التقدير الذي تجريه لسلطتها القضائية ليس تقديراً سيادياً مطلقاً إذ يخضع هذا التقدير لاختصاصها من قبلها،لرقابة المحكمة المعروض عليها الطعن على الحكم التحكيمي بالبطلان.

وتتبنى العديد من التشريعات الحديثة بشأن التحكيم ذات الفكرة المتقدمـــة وتقرر للقاضي الوطني السلطة في الحكم ببطلان الحكم التحكيمـــي، إذا قـــدرت محكمة التحكيم خطأً تحقق الاختصاص لها أو انحساره عنها.

ولكن ما القانون الذي يحكم صحة اتفاق التحكيم؟ وكيف يتم تحديـــده؟، هل يتم وفقاً لمنهج تنازع القوانين أو وفقاً لمنهج القواعد المادية ذات المصدر الوطني أو وفقاً للأعراف التجارية السائدة في مسرح التجارة الدولية؟.

والجدير بالذكر أن المادة 53 من قانون التحكيم لم تحدد المنهج الذي يتعين على محكمة الاستئناف إعماله عند نظرها في الطعن بالبطلان على حكم التحكيم ولا تختلف المادة 53 في هذا الشأن عن المادة 1502-1 من القانون الفرنسي الجديد، فهي الأخرى لم تحدد وفقاً لأية قواعد قانونية، يتعين على الاستئناف أن تفحص مسألة وجود أو صحة أو الطابع المستمر لاتفاق التحكيم والذي باستنادها إليه صدر حكم التحكيم المعروض عليها في دعوى البطلان فهل يتم هذا التقييم احتراماً لقانون يتم تعيينه وفقاً لآلية قواعد الإسناد، أو تبعاً للقواعد المادية الفرنسية الملائمة للطابع الدولي للعلاقة محل المنازعة، أو إعمالاً لنصوص القانون الداخلي الفرنسي.

ويعتبر مبدأ صحة اتفاق التحكيم حالياً، وفقاً لما يذهب إليه جانب من الفقه من المبادئ المستقلة في ذاتها دون حاجة إلى الاستناد إلى مبدأ أخر كمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، فعلى سبيل المثال دعت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 28 نوفمبر 1989 إلى تأكيد أن شرط التحكيم المدرج في عقد دولي شرط صحيح، وله من الفعالية الذاتية ما يلزم بتطبيقه على الأطراف المعينة مباشرة بتنفيذ شروطه التعاقدية وأنشطتهم التي تفترض أنهم قبلوا شرط التحكيم،الذي يعلمون بوجوده ومضمونه، وذلك على الرغم من أنهم لم يوقعوا على العقد الذي نص على هذا الشرط.

ويرى بعض الفقهاء أن الفكرة التي يتمتع اتفاق التحكيم فيها بفعالية ذاتية يجب أن لا ينظر إليها على أنها قاعدة مادية تقرر الصحة الخالصة والمجردة لاتفاق

التحكيم، إذ أن تقرير مثل هذه القاعدة من شأنه أن ينكر وجود سبب البطلان المنصوص عليه في المادة 1502-1 التي تتعلق بوجود اتفاقات التحكيم الباطلة في إطار العلاقات الدولية، فالأمر لا يتعلق إلا بقاعدة مادية لتفسير مضمون اتفاقات التحكيم التي من المقبول أن تخضع فيما يتعلق بصحتها،إلى قانون أجنبي، ويبدو أن الفقه الغالب يميل إلى قبول تعايش منهج تنازع القوانين مع منهج القواعد المادية.

ويتحقق انعدام الأساس الاتفاقي لاختصاص المحكم في العديد **من الصور**:

الصورة الأولى تتعلق بحالة عدم وجود اتفاق أصلاً على التحكيم بين الأطراف، **والصورة الثانية** تخص اتفاق التحكيم الباطل، **والصورة الثالثة** تتعلق باتفاق التحكيم المنقضي وهذه الصور الثلاث يتفق فيها القانون المصري للتحكيم مع قانون التحكيم الفرنسي كأسباب للطعن بالبطلان على حكم التحكيم الصادر في منازعات التجارة الدولية وسنعرض على التوالي:

أ- عدم وجود اتفاق على التحكيم أصلاً:

وتأخذ هذه الصور أشكالاً متنوعة لعل من أبرزها حالة تمسك أحد الأطراف في مواجهة طرف أخر بشرط التحكيم على الرغم من عدم توقيع هذا الطرف الأخر على العقد الذي تضمن شرط التحكيم، ولقد أدت هذه الصور وفي حالة اقترانها في بعض المنازعات، إلى قيام الطرف الذي لم يوقع أصلاً على اتفاق التحكيم ولكنه قام مع ذلك بالتوقيع على وثيقة المهمة إلى إثارة التساؤل حول مدى اعتبار توقيع هذا الطرف على هذه الوثيقة بمثابة اتفاق على التحكيم (مشارطة تحكيم).

والواقع أن الإجابة على هذا التساؤل وتحديد ما هي القيمة الفعلية للتوقيع على وثيقة المهمة والطبيعة القانونية لها، ومتى يمكن في بعض الحالات أن يعتبر التوقيع عليها بمثابة اتفاق على التحكيم يتطلب أن نتعرف أولاً إلى ماهية وثيقة المهمة وما الدور الذي تؤديه؟

مضمون الوثيقة :

وثيقة المهمة هي الوثيقة التي يتم توقيعها من قبل كل من الأطراف والمحكمين وفي حالة عدم اتفاق الأطراف،يتم توقيعه من قبل المحكمين أو مؤسسة التحكيم وتحدد فيها المسائل التي يتعين على المحكمين الفصل فيها.

ويرجع الأصل التاريخي لوثيقة المهمة،التي تعد إحدى العلامات الرئيسية البارزة في التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية في باريس، إلى القاعدة المعمول بها في بعض الدول ذات الأصل اللاتيني والتي كان معمولاً لها في القانون الفرنسي سابقاً، والتي وفقاً لها لا يعد شرط التحكيم ملزماً لأطرافه إلا إذا تم تحديد الاتفاق على التحكيم بعد نشأة المنازعة، عن طريق إبرام مشارطة التحكيم.

إذ تنص المادة 18 من اللائحة الجديدة لغرفة التجارة الدولية بباريس على أنه:"

1. بمجرد تسلم هيئة التحكيم لملف الدعوى من السكرتارية فإنها تقوم بوضع وثيقة تحدد مهمتها على أساس المستندات المقدمة أو حضور الأطراف وعلى ضوء أقوالها الأخيرة وتشمل الوثيقة[1]:

---

(1)- أ.د.حفيظة السيد حداد – المرجع السابق – ص351 .

أ- أسماء وألقاب وصفات الأطراف.

ب- عناوين الأطراف التي يجوز أن توجه إليها، بصورة صحيحة جميع التبليغات والإعلانات أثناء سير التحكيم.

ج- عرض موجز لادعاءات الأطراف والقرارات الملتمس اتخاذها من قبلهم وبقدر الإمكان تحديد لكل مبلغ مطلوب على نحو أصلي أو عرضي.

د- تحديد نقاط النزاع الواجب الفصل فيها، ما لم تقدر محكمة التحكيم أن هذا الأمر غير مناسب.

هـ- اسم المحكم ولقبه وصفته وعنوانه.

و- مكان التحكيم

ز- الإيضاحات المتعلقة بالقواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات وإذا دعا الأمر الإشارة إلى تفويض المحكم بالصلح.

2. يجب على الأطراف وعلى المحكم أن يوقعوا على وثيقة المهمة وعلى المحكم خلال شهرين من تسلمه الملف، أن يوافي محكمة التحكيم بالوثيقة موقعةً منه ومن الأطراف وللمحكمة بناء على طلب مسبب من الهيئة أو من تلقاء نفسها، عند الاقتضاء، مد المهلة المذكورة إذا رأت ضرورة لذلك.

3. وإذا رفض أحد الأطراف المشاركة في وضع هذه الوثيقة أو توقعها عرضت المسألة على محكمة التحكيم للتصديق عليها فإذا تم التوقيع على وثيقة المهمة وفقًا لما هو وارد في الفقرة (2) المشار إليها أعلاه أو تم التصديق عليها من قبل المحكمة، فإن إجراءات التحكيم تسير في مجراها".

ويرى جانب من الفقه أن للوثيقة ميزات، أهمها تحديد المسائل التي يتعين على هيئة التحكيم الفصل فيها،فاتفاق الأطراف على التحكيم قد لا يكون متضمناً تحديداً واضحاً للمسائل المتنازع عليها، والتي يتعين طرحها على المحكمة ومن هنا تبدو أهمية وثيقة المهمة التي تحدد على نحو كامل ومحدد: ما المسائل المتنازع عليها ونطاقها وما يسمح بالتالي بتحديد مهمة التحكيم بشكل واضح.

وتبدو أهمية هذا التحديد مع ما هو مقرر في العديد من الأنظمة القانونية المعاصرة من إمكانية الطعن بالبطلان على حكم التحكيم بسبب مخالفة المحكم لحدود المهمة المخولة له فوثيقة المهمة بتحديدها لنطاق مهمة المحكم على نحو واضح تتفادى سبباً من أسباب الطعن بالبطلان على حكم التحكيم، وتؤدي بهذا السياق إلى اتسامه بالصحة[1].

وعلى الرغم من هذه الميزة التي يصر جانب من الفقه على لفت النظر إليها فإن جانباً من الفقه يرى أن هذه الوثيقة لها من الأضرار في هذا الصدد أكثر مما لها من المزايا إذ أنها تؤدي إلى تعقيد مهمة المحكم الفصل في الدعوى بلا مسوغ، وهي تعقيدات ما كانت لتثور في حالة عدم توقيع وثيقة المهمة، إذ أن دور المحكم كان سيقتصر على مجرد الفصل في الإدعاءات المقدمة من الأطراف سواء في مذكراتهم أو مرافعاتهم المكتوبة أو الشفوية.

---

(1)-د.حسني المصري – مرجع سابق – ص497 .

وأياً كانت المزايا والمساوئ التي يعددها البعض لصالح أو ضد وثيقة المهمة، فإن الحقيقة الثابتة أن الوثيقة الموقعة من قبل الأطراف والمحكمين تحدد الوسائل التي يتعين على هيئة التحكيم أن تتحدد مهمتها بالفصل فيها دون أن تتجاوزها.

و لم يقتصر الخلاف بين الفقه بشأن وثيقة المهمة حول ما تتمتع به من مزايا وما قد ينشأ عنها من مساوئ، بل إن هذا الخلاف قد تطرق إلى موضوع أخر على جانب كبير من الأهمية بالنسبة للمسألة التي نحن بصددها، وهو تحديد الطبيعة القانونية لهذه الوثيقة، وأثرها على وجود اتفاق التحكيم، وتلك المسألة سنتعرض لها من خلال دراسة التكييف القانوني لوثيقة المهمة:

ويمكن التفرقة بين اتجاهين رئيسيين:

الاتجاه الأول: وفقاً لهذا الاتجاه تعد وثيقة المهمة بمثابة اتفاق يعبر عن رضاء الأطراف بخضوع المنازعة الناشئة بينهم للتحكيم، وعلى هذا النحو يعد هذا الاتفاق بمثابة مشارطة التحكيم، فوثيقة المهمة بمجرد توقيعها من الأطراف، تعد ذات طابع تعاقدي ملزم للأطراف، وبهذا المعنى فإن وثيقة المهمة التي وقَّع عليها الأطراف، دون تحفظات، قد يكون من شأنها أن تعدل مضمون اتفاق التحكيم المبدئي.

ويحرص هذا الفقه على التأكيد على أن رضاء الأطراف الوارد في وثيقة المهمة، باعتباره اتفاقاً على التحكيم يفرض على الأطراف وعلى المحكمين الملتزمين احترام إرادة الأطراف.

ويؤكد هذا الفقه على أنه بالنسبة للطرف الذي ينكر اختصاص هيئة التحكيم ومع ذلك يقوم بالتوقيع على وثيقة المهمة التي تشير إلى اعتراضه على هذا الاختصاص، فإن مثل ذلك التوقيع على الوثيقة لا يمكن اعتباره بمثابة تنازل عن التمسك في المستقبل بعدم اختصاص هيئة التحكيم أمام القضاء الوطني، حتى ولو كان هذا الطرف قد تحدث في موضوع المنازعة أمام محكمة التحكيم بشكل تحفظي.

الاتجاه الثاني : وهو اتجاه أكثر توازناً ويذهب إلى القول أن وثيقة المهمة لا تعد بمثابة مشارطة على التحكيم إذ لاحظ الأستاذ Goldman أنه وعلى خلاف المادة 1447 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد، والتي تعد وفقاً لها مشارطة التحكيم مصدر سلطة المحكمين، فسلطة هؤلاء وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية بباريس تُستمد قبل إعداد وثيقة المهمة، إذ أن المحكمين أنفسهم هم الذين يقومون بإعدادها، مما يفيد ضمناً أن لديهم السلطة للفصل في المنازعة هذا من ناحية، أما من ناحية أخرى فإن حالة رفض أحد الأطراف المشاركة في إعداد الوثيقة أو في توقعها، فإن إجراءات التحكيم لا تتأثر مطلقاً بمثل هذا الامتناع على عكس الحال في القانون الفرنسي إذ لا وجود للتحكيم بدون المشارطة على التحكيم[1].

(1)- د.حفيظة السيد حداد – المرجع السابق – ص354 ، وأيضاً د.حسني المصري – مرجع سابق- ص354 .

ولقد أتيحت الفرصة للقضاء الفرنسي في تحديد الأثر القانوني المترتب على قيام أحد الأطراف بتوقيع وثيقة المهمة، في حالة عدم اشتراك هذا الطرف في الاتفاق على التحكيم.

فلقد ذهبت محكمة استئناف باريس في حكمها في 12 تموز 1984 وفي قضية هضبة الأهرام، إلى أن التوقيع على وثيقة المهمة من قبل الطرف الذي ينكر على محكمة التحكيم اختصاصها للفصل في الدعوى، لا يعتبر بمثابة مشارطة تحكيم ولا يحول دون حق هذا الطرف في التمسك مستقبلاً أمام المحاكم الوطنية بعدم اختصاص محكمة التحكيم وهو القضاء الذي أيدته النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 7 كانون الثاني 1987.

ولقد ذهبت محكمة استئناف باريس مع ذلك في حكمها الصادر في 19 آذار 1987في المنازعة القائمة بين الشركة الفرنسية والشركة الأخرى إلى أن وثيقة المهمة المعدة من قبل المحكمين، وفقاً لنصوص المادة 13 لائحة من غرفة التجارة الدولية بباريس، والتي تحدد المسائل المتنازع عليها، والتي يتعين على المحكمة الفصل فيها، والتي تم توقيعها من قبل الأطراف دون أن تبدي هذه الأطراف أية تحفظات بشأن اختصاص محكمة التحكيم، تعتبر من الناحية القانونية بمثابة مشارطة تحكيم تصلح لأن يعتد بها من قبل المحكمين.

ولقد صدر هذا القضاء في الطعن بالبطلان المقام من الشركة الفرنسية ضد حكم التحكيم الصادر ضدها بإلزامها دفع تعويض إلى الشركة السعودية مدعية أن حكم التحكيم قد صدر دون وجود اتفاق على التحكيم.

ويبدو من الأحكام القضائية المتقدمة أن العبرة في اعتبار التوزيع على وثيقة التحكيم بمثابة مشارطة تحكيم من عدمه هي بمدى إصرار الطرف الذي لم يوقع على اتفاق التحكيم الأصلي، وتحفظه وإنكاره لسلطة محكمة التحكيم سواء عند التوقيع على وثيقة المهمة ذاتها، أو عند مثوله أمام محكمة التحكيم.

فإصرار الطرف المصري في قضية الأهرام على إنكار سلطة محكمة التحكيم نظراً لأن الحكومة المصرية لم تكن موقعة على شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين كل من s.p.p،goth أدى إلى عدم اعتبار توقيعها على وثيقة المهمة والتي تحفظت فيها مصر على اختصاص المحكم، وبمثابة رضاء على الخضوع إلى التحكيم وعدم اعتبار الوثيقة بمثابة مشارطة تحكيم، وهو التكيف الذي يمثل القضاء الفرنسي إلى ترجيحه الآن، على الرغم من انتقاد جانب من الفقه الفرنسي لهذا التكييف على نحو ما أشرنا.

وما تجدر ملاحظته أن القضاء في فرنسا في إطار التحكيم الدولي ذهب إلى مد نطاق شرط التحكيم على الأطراف التي لم توقع عليه، إذ ذهبت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 4شباط 1989 ،وأيضاً في قضائها الصادر في 11 كانون الثاني1990 إلى أنه وفقاً للأعراف السائدة في إطار التجارة الدولية، فإن شرط التحكيم المدرج في عقد دولي له صحة وكفاية ذاتية، وتقتضي أن يمتد تطبيقه إلى الأطراف بشكل مباشر في تنفيذ العقد، والمنازعات الناشئة عنه، وذلك بمجرد التحقق من أن مراكزهم التعاقدية وأنشطتهم والعلاقات التجارية المعتادة القائمة بين الأطراف تدفع إلى الافتراض إلى أنهم قبلوا شرط التحكيم الذي يعلمون

بوجوده ونطاقه، على الرغم من عدم قيامهم بالتوقيع على العقد الذي تضمن هـــذا الشرط.

وتثور المشكلة أيضاً في حالة إذا ما تم تجديد أو إبرام تصرف يتعلق بالعقـــد الذي يتضمن شرط التحكيم، أن يتمسك أحد بأن هذا الشـــرط بالتبعيـــة لهـــذه التصرفات أصبح باطلاً، ويتمسك أحياناً باستقلالية شرط التحكيم للـــدفاع عـــن النظرية التي تبين أن شرط التحكيم يظل باقياً حتى بعـــد التجديـــد أو التصـــرف، ويكون على محكمة الاستئناف في هذا الغرض القيام بتقدير مـــا إذا كانـــت إرادة الأطراف قد عبر عنها وقت التجديد أو التصرف أو التـــرك بمـــا يتعلـــق باتفـــاق التحكيم.

ولقد أثار تحديد نطاق ومضمون اتفاق التحكيم الذي تم إنكار وجـــوده إلى نشأة العديد من المنازعات، فعلى سبيل المثال تثور المشاكل بشأن تحديـــد نطـــاق المسائل التي يغطيها اتفاق التحكيم.

فلقد قبلت محكمة استئناف باريس في 10 آذار 1988بأن طالب التحكيم من حقه أن يخضع للمحكم المنازعة المتعلقة بفسخ التعامل والآثار المترتبة عليـــه، إذ أن الأمر يتعلق بطلب رابطة وثيقة بالإدعاءات الأصلية للأطراف، ويندرج هـــذا في الإطار التعاقدي الذي رسمه اتفاق التحكيم.

وإلى جانب هذه الصورة الأولى من صـــور انعـــدام الأســـاس الاتفـــاقي لاختصاص المحكم، والقائمة على عدم وجود اتفاق على التحكيم أصـــلاً، يتخـــذ

انعدام الأساس الاتفاقي لاختصاص المحكم صورة ثانية هي صورة اتفاق التحكـــيم الباطل وهي الصورة التي سنعرضها.

ب- اتفاق التحكيم الباطل:

يشترط لوجود الاتفاق على التحكيم وصحته أن تكون إرادة الأطراف قـــد صدرت سليمة خالية من عيوب الرضا كالغلط والتدليس والإكـــراه والاســـتغلال ويشترط أيضاً قابلية المنازعة موضوع التحكيم للفصل فيها بهذه الطريق.

تحقق الرضا بالتحكيم:

فالرضا بالتحكيم شأنه في ذلك شأن أي رضا يتطلـــب بصـــدد إبـــرام أي تصرف قانوني قد يلحق به عيب من عيوب الإرادة، يجعل من هذا الاتفاق بـــاطلاً ولكن ما القانون الواجب التطبيق على مسألة وجود الرضا وصحته وبطلانه؟

والواقع أن الإجابة على هذا التساؤل المطروح تتوقف على الجهة التي يـــتعين عليها الفصل في مدى تحقق هذا الرضا من عدمه فإذا أثيرت مسألة صحة الرضـــا بالتحكيم أمام المحكم، وقرر هذا الأخير إعمال منهج التنازع فإن هذه المسألة تخضع للقانون المختار من قبل الأطراف ليحكم العقد الأصلي أو اتفاق التحكيم.

أما في حالة عدم اختيار الأطراف قانوناً محدداً ليحكم العقد الأصلي واتفاق التحكيم فما القانون الذي يتعين إعماله؟

من المعروف أن مسألة وجود الرضا وصحته تدخل في إطار الفكرة المسندة الخاصة بالالتزامات التعاقدية، وهو ما يؤدي إلى سريان القانون الذي يحكم العقـــد

عليها، وبالتالي يسري عليها القانون الذي يسري على اتفاق التحكيم ذاته على اعتباره أن مسألة صحة الرضا وبطلانه تتعلق بهذا الاتفاق.

وبالرجوع إلى القانون السوري الجديد للتحكيم، نجد أن هذا الأخير لم يحدد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وإنما تعرض فقط لمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فأخضع هذه المسألة للقواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قوانين معينة، اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك.

وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع.

ويجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف التجارية في نوع المعاملة.

ويستطيع المحكم في هذه الحالة ودون المساس بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يحكمه أن يخضع مسألة الرضا بالتحقيق وخلوه من العيوب التي قد تلحق به للقواعد القانونية التي اختارتها الأطراف لتحتكم العقد الأصلي، إلا إذا كانت هذه الإرادة قد اختارت قانوناً أخر مختلفاً ليسري على اتفاق التحكيم عن ذلك الذي اختار القواعد التي سرى على العقد الأصلي.

أما إذ أثيرت مسألة صحة الرضا وبطلانه أمام القضاء السوري في حالة الطعن بالبطلان على حكم التحكيم فهل يختلف تقدير المحاكم بهذه المسألة عند

تقدير المحكم ولا سيما في حالة قيام هذا الأخير بتطبيق قانون التحكيم على صحة هذا الاتفاق التحكيم على الرغم من أن هذه النصوص تحمل معالجة مشكلة صحة اتفاق التحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع؟

والواقع أن هذا التساؤل تبدو أهميته بالنظر إلى أن القاضي عند تقريره مسالة صحة الرضا بالتحكيم سيقوم بإعمال نصوص القانون المدني الخاصة لالتزامات التعاقدية، وبداهةً لن تكون هناك أدنى مشكلة بين الحل الذي طبق فيه الحكم على اتفاق التحكيم وقانون الإرادة، فالمادة المذكورة تكرس هذا الحل التقليدي بشأن الالتزامات التعاقدية.

ولكن نقطة الخلاف سوف تركز على حالة عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية ففي هذا الفرض ستطبق محكمة التحكيم على اتفاق التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه أكثر اتصالا بالنزاع بالإضافة إلى الأعراف التجارية التي وجد بشأنها اتفاق التحكيم وقد يكون الحل هو الإشارة إلى وجوب تطبيق قانون دولة المواطن المشترط أو قانون محل إبرام العقد وذلك في القانون المصري على سبيل المثال.

والواقع أن هذا الحل ليس بغريب على القانون المصري أو السوري احتراماً لمعاهدة نيويورك عام 1958، والتي أتت بقاعدة إسناد احتياطية تعالج كافة الحالات الأخرى التي يوجد بصددها قانون اختاره الأطراف لتطبيق قاعدة الإسناد الأصلية الواردة في المادة1/5 منها، يستبعد إعمال قاعدة الإسناد الوطنية التي تحكم العقود عموماً، وتسمح بتطبيق قانون أخر غير القانون الذي نصت عليه القاعدة

الاحتياطية الواردة ف المادة 1/5/ أ والتي تشير إلى قانون الدولة التي يصدر فيها حكم التحكيم.

وبهذا الخصوص فإن قيام المحكم بمهمته في حال عدم الاختبار الصريح أو الضمني للقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم للقواعد الواردة في نص المادة 39 للفصل في صحة الرضا باتفاق التحكيم أو بطلانه، هو حل يقره القانون المصري الوضعي وفقاً للتفسير السائد فقهاً وقضاءً المادة 19 من القانون المدني والذي يخرج عقد التحكيم وهو من العقود ذات الطبيعة الخاصة من نطاق إعمالها.

وعلى هذا لا يكفي القول بوجود الاتفاق على التحكيم وصحته تحقق الرضاء الخالي من العيوب وإنما يشترط علاوة على ذلك أن يكون محل الاتفاق على التحكيم مشروعا بمعنى أنه ينصب على موضوع يكون قابلاً للفصل فيه من خلال التحكيم ولا بد أن تكون الأطراف التي أبرمت الاتفاق أن تخضع للتحكيم.

وعليه فإننا نجد أن تنفيذ القرارات مع وجود رقابة قضائية لدولة التنفيذ لا يقتصر على انطباق شروط معينة فقط وإنما ينجم فعلياً عن قوة الحكم وحصانته استناداً للمعايير الدولية التي حددتها الاتفاقيات الدولية ذات الصلة.

المبحث الثالث

قوة الحكم التنفيذية

إن المصدر المباشر للقوة التنفيذية لحكم التحكيم مستمدة من القانون، فهو سند تنفيذي ناجم عن الصيغة التنفيذية التي يزود بها عند منح القرار النفاذ، أي أنها أثر غير مباشر للأعمال التحضيرية السابقة لصدور هذا الحكم، فالسند التحكيمي سند مركب، وهذه القاعدة تعتبر توجهاً من التوجهات الثابتة في معظم القوانين التي تقر التحكيم، ولا خلاف أن هذه القاعدة تستند لا إلى اعتبارات الملائمة إنما إلى منطق المهمة التحكيمية وهو فكرة عمومية التحكيم وعمومية المهمة التحكيمية[1]، فالعمل التحكيمي عند صدوره لا يحوز هذه العمومية، لذلك كان لا بد من بحث هذه القوة التنفيذية في ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول

وحدة القوة التنفيذية

لقد اختلف من هنا الفقهاء في تعليل هذه الفكرة، فمنهم من رأى أن العمل التحكيمي عند صدوره عمل خاص والأمر بالتنفيذ يمنح هذا العمل الخاص عموميته، مع الانتقاد لهذا الرأي ،على اعتبار أن هذا الرأي يجعل العمومية التي يمتاز بها العمل التحكيمي عمومية طارئة ترتبط بالصيغة التنفيذية للعمل التحكيمي، وهو أمر ليس محققاً دائماً لأن العمل التحكيمي قد لا يتضمن صيغة تحتاج للتنفيذ

(1)- لطفاً العودة (الفصل الأول-المبحث الأول – الفقرة الرابعة-ص55)

الجبري، أي أنه يبقى بعيداً عن العمومية، وذلك في حين أنه من الثابت أن العمل التحكيمي عمل عام ولو أنه لا يصل لمرحلة الصيغة التنفيذية، التي تمتاز بها مثل هذه الأعمال العامة، وعليه فإن الأمر بالتنفيذ حكر على الأعمال التحكيمية التي تتضمن إلزاماً، أي الأعمال التحكيمية القابلة للتنفيذ الجبري، فحكم التحكيم وإن كان حكماً بالمعنى الإجرائي، أي عملاً إجرائياً ذا طابع عام، فهو ورقة غير عادية، ولكنها أقل من مرتبة الحكم القضائي، لكن ما سلف ذكره حكر على العمل التحكيمي الوطني، أي العمل الخاضع لقانون التحكيم السوري، سواء أكان هذا الخضوع وجوبياً على اعتباره قانون مقر التحكيم، أو جوازياً استناداً لكونه قانوناً مختاراً اتفق على اعتباره القانون واجب التطبيق في هذا التحكيم الدولي، وهناك خلاف بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، لجهة السند التنفيذي في التحكيم التجاري الدولي، الذي يستند إلى اعتبارات الملائمة لا إلى منطق المهمة التحكيمية، وهذا السند التنفيذي في التحكيم التجاري الدولي يستند إلى أن نظام التنفيذ للحكم الأجنبي الذي يختلف عن نظام التنفيذ للسند التحكيمي الوطني، سواء من حيث طبيعة طلب الأمر بالتنفيذ أو الاختصاص به أو موانعه ،فالسند التنفيذي الأجنبي يقوم على شقين لكل منهما أساسه، فالشق الوطني فيه يستند إلى منطق المهمة التحكيمية في حين أن الشق الأجنبي يقوم على اعتبارات الملائمة، فلكل سند منهما نظام تنفيذ خاص به لا يتداخل مع نظام التنفيذ للآخر،وبالتالي فإن لقوة الحكم التنفيذية مضمون لابد من معرفته، فالحكم التحكيمي لا يختلف عن غيره من السندات التنفيذية الأخرى سواء أكانت سندات قضائية أو تحكيمية، والأصل في ذلك أن مصدر قوة هذه السندات التنفيذية هو القانون الذي صدرت في ظله، أي

أنه لا يتغير بتغير السندات الإجرائية، ومايجدر ذكره أن الحكم القضائي على الرغم من قوته بالنسبة للسندات التحكيمية إلا أنه ليس الأقوى بالنسبة لصيغة التنفيذ، ومن الملاحظ وجود ازدواج للقوة التنفيذية ستشرح لاحقاً، وهذا الازدواج ينجم عن الخلاف بين الفقهاء حول طبيعة القوة التنفيذية[1]، وحسب الاتجاه السائد في الفقه فإنه ينحصر مضمون القوة التنفيذية للسند التنفيذي، في حق التنفيذ الجبري،في إقامة دعوى قضائية من أجل التنفيذ أو الدعوى التنفيذية –وهو ما أخذ به الفقه الإيطالي – أي أن السند التنفيذي في مثل هذه الحالة يعتبر مُنشِئاً للحق، أما الاتجاه الآخر فيرى أن المضمون يحتوي على سلطة عامة، والفكرة الأساسية الجديرة بالتأييد هي أن القوة ليست مجرد قوة تنفيذية، إنما هي قوة تنفيذ وقوة إجبار معاً، ويعرِّف الفقه التنفيذ بأنه: **أسلوب قيام المدين بالوفاء بما التزم به أو إجباره على الوفاء**، وتنطبق القاعدة على حكم المحكمين الوطني والأجنبي، فيكون التنفيذ إما اختيارياً وهو النتيجة الطبيعية التي لا خلاف حولها،أو إجبارياً وهو ما يحتاج لنظمه ضمن قواعد تحدد أصول التنفيذ للحكم التحكيمي الوطني والأجنبي، التجاري منها والعادي وهذا عندما يكون القانون الناظم للتحكيم قد أوجد ووحد أسس التطبيق القانوني والمعالجة لكل من الأنواع السابقة وهو ما سنتبينه وفق القانون السوري ضمن ما سنذكره آنفاً.

---

(1)- د.أحمد محمد حشيش – القوة التنفيذية لحكم التحكيم – ط 2008- دار الكتب القانونية – ص114 .

المطلب الثاني

شكل القوة التنفيذية لحكم التحكيم

أولاً– الصيغة التنفيذية:

القاعدة أن للقوة التنفيذية لحكم التحكيم شكلاً قانونياً واحداً، هو الصيغة التنفيذية، وبالتالي:

1– الصيغة التنفيذية: هي الشكل القانوني للقوة التنفيذية لحكم التحكيم، سواء كان هذا الحكم حكماً تحكيمياً اختيارياً أو حكماً تحكيمياً إجبارياً، مما يعني أن هذا الشكل القانوني يتنوع بتنوع حكم التحكيم، إلى اختياري وإجباري.

وقد حدد قانون التحكيم السوري الصيغة التنفيذية، في المادة 53 بما معناه :
صيغة التنفيذ التالية: على الجهة التي يناط بها التنفيذ أن تبادر إلى هذا التنفيذ متى طُلب التنفيذ من صاحب المصلحة، وعلى السلطات المختصة أن تعين على إجرائه ولو باستعمال القوة متى طلب إليها ذلك.

وبدهيٌ أن الصيغة التنفيذية هي عبارات التشريع ذاته،مما يعني أن القوة التنفيذية لحكم التحكيم شكل تشريعي لا شكل قضائي،.ولا شكل اتفاقي ولا شكل إداري.

كما يعني أن مضمون الصيغة التنفيذية واجب قانوني للتنفيذ، بل ويعني أن كل سند تحكيمي يحتاج إلى واجب قانوني بالتنفيذ كشكل لقوته التنفيذية، لا كواجب وظيفي يقع على عاتق القضاة من خلال سلطتهم الولائية.

2- حكم التحكيم بهذا لا يختلف عن الأمر القضائي أو العمل التـــوثيقي (المحـــرر الموثق)، من حيث شكل القوة التنفيذية فالقاعدة أن للأمر القضائي والعمل التوثيقي شكلاً قانونياً واحداً لقوته التنفيذية وهو الصيغة التنفيذية.

3- حكم التحكيم يختلف عن الحكم القضائي،من حيث شكل القوة التنفيذية،إذ أن القوة التنفيذية للحكم القضائي شكلان قانونيان، لا شكل واحـــد أحـــدهما، الشكل التشريعي والأصلي أي الصيغة التنفيذيـــة، والآخـــر الشـــكل القضـــائي والاستثنائي، أي الأمر بتنفيذ الحكم القضائي بموجب مسودته،وهذا الأمر بالتنفيذ- وإن كان من الأوامر التنفيذية المتعلقة مباشرة بالسندات التنفيذية – لكنه ليس جزءاً من السند الإجرائي، إنما هو جزء من قوته التنفيذية،وبالتالي فإن هذا الأمر بالتنفيـــذ يغني عن الصيغة التنفيذية، أما وظيفته هي رفع مسودة حكمه القضائي إلى مصاف السندات التنفيذية، رغم أن هذه المسودة ليست صورة من صور الحكم القضائي.

على هذا، فإن الأمر بتنفيذ الحكم القضائي بموجب مسودته يختلف تماماً عن الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، ولو أن الأمر الأخير بدوره يعد من الأوامر التنفيذيـــة المتعلقة مباشرة بالسندات التنفيذية، فهذا الأمر الأخير جزء من الســـند الإجرائـــي وليس جزءاً من قوته التنفيذية، وإن هذا الأمر لا يغنى عن وضع الصيغة التنفيذيـــة، أما وظيفة الأمر فهي رفع حكم التحكيم إلى مصاف السندات الإجرائية، وذلـــك من حيث العمومية.

المطلب الثالث

ازدواج مضمون القوة التنفيذية

ينشأ خلاف حول طبيعة هذا المضمون وازدواجيته، وأساس الخلاف هو عدم الاتفاق بين الفقه حول عناصر هذا المضمون.

فوفقاً للاتجاه السائد في الفقه ينحصر مضمون القوة التنفيذية للسند التنفيذي في حق التنفيذ الجبري، أو حق التنفيذ القهري، أي الحق في التنفيذ أو الدعوى التنفيذية بحسب الاصطلاح الإيطالي[1]، ولو أن هذا الاصطلاح غريب عن اللغة العربية، والسند التنفيذي بهذا يعتبر سبباً مُنشِئاً لهذا الحق باعتباره حقاً بالمعنى الفني[2].

ووفقاً لاتجاه أخر، فإن مضمون القوة التنفيذية للسند التنفيذي لا يشتمل على الحق في التنفيذ فقط، بل يشمل أيضاً على سلطة عامة، وشموله الحق في التنفيذ، لا باعتباره مجرد آلية لصاحبه، أي أن الحق في التنفيذ "ليس حقاً بالمعنى الفني للكلمة"، فالدولة تمارس التنفيذ بناء على ما لها من سلطة عامة لأداء الالتزام قبل طالب التنفيذ، وإنما القانون يخول طالب التنفيذ إمكانيه تحريك مباشرة هذه السلطة في مواجهة المنفذ ضده، ويتحمل الأخير العمل التنفيذي على ماله، نظراً لخضوعه لهذه السلطة العامة، والفكرة الأساسية الجديرة بالتأييد في هذا الاتجاه الأخير، هي أن القوة التنفيذية إنما هي قوة تنفيذية جبرية، وبالتالي فلا هي قوة تنفيذ

---

(1)- د.أحمد محمد حشيش- القوة التنفيذية لحكم التحكيم – 2008- دار الكتب القانونية – ص116 .

(2)- فتحي والي: المرجع السابق- ص 21 حاشية رقم 2.

فقط ولا هي قوة إجبار، وإنما هي قوة تنفيذ وقوة إجبار معاً ومن ثم فإن مضـــمون هذه القوة يشمل حق التنفيذ الجبري.

أولاً–حق التنفيذ الجبري:

السائد في الفقه اعتبار حق التنفيذ الجبري حقاً ذاتياً بـــالمعنى الفـــني العـــام وإجرائياً بالمعنى الفني الخاص[1]، وتنفيذياً بالمعنى الوظيفي، وبالتالي فله ذاتيته أي لـــه استقلاله، سواء عن الحقوق الموضوعية وبالأخص الحقوق المالية أو عن غيره مـــن الحقوق الإجرائية حق الدعوى القضائية وبالأخص دعوى الإلزام القضائية[2].

ومن ثم يخضع للمبادئ العامة في نظام الحق، وبالأخص المبدأ القائل لكـــل حق صاحب ومبدأ قابلية الحق الذاتي للانتقال[3] ومبدأ عدم جـــواز التعســـف في استعمال الحق[4] ومبدأ انقضاء الحق.

ثانياً– حق الإجبار في التنفيذ:

وهذا الحق العام يتولاه القضاء، وذلك على أساس أنـــه إجبـــار في تنفيـــذ سندات إجرائية، أي سندات وفقاً لقانون الأصول باعتباره قانون القضاء الإجرائي. ولأن القضاء ليس سلطة إجبار أصلاً، فإنه يباشر حقه هذا من خـــلال مـــوظفي

---

(1) إبراهيم نجيب سعد:دروس في التنفيذ–1976– على الآلة الكاتبة– ص 10 و11.

(2) فتحي والي: المرجع السابق– ص 25–26 رقم 13 ،وأيضاً،عزمي عبد الفتاح : المرجع السابق– ص 73–74.

(3) فتحي والي: المرجع السابق– 160– 161 رقم 81 .

(4) عزمي عبد الفتاح:المرجع السابق– ص 12 ويقول سيادته:" ومن ما ظهر حماية المدين أيضاً إن ما يسلم به الفقه والقضاء عن حماية المدين من سوء استخدام الدائن لحقه في التنفيذ فمجل نظرية التعسف في استعمال الحق شامل لكل الحقوق ومنها الحق في التنفيذ".

التنفيذ باعتبارهم أعوان القضاء، مما يعني أنهم يباشرون هذا الحق تحت إشراف القضاء، كما يعني أن عملهم هذا من صميم وظائفهم فلا يُسألون إلا عن خطئهم في القيام بها، ومن ثم يجري التنفيذ بوساطة الموظفين، وهم ملزمون بإجرائه بناء على طلب ذي الشأن متى سلمهم السند التنفيذي، فإذا وقعت مقاومة أو تعد عليهم وجب عليهم أن يتخذوا جميع الوسائل التحفظية وأن يطلبوا معونة القوة العامة والسلطة المحلية.

إن موظفي التنفيذ وإن كانوا عوناً للقضاء في الإجبار على التنفيذ، لكنه ليس جهة إجبار مادي أصلاً،حتى على أشياء أو شخص المدين، لذا لا يجوزلهم كسر الأبواب أو فض الأقفال بالقوة لتوقيع الحجز.

وحق الإجبار في التنفيذ بطبيعته حق عام لا حق خاص،فهو يستعصى على أن يكون حقاً خاصاً لطرفي السند، أو لأيهما وبالأخص صاحب السند وبالتالي **فإنه:**

1- يبطل الاتفاق بين الطرفين على جعل هذا الحق العام خاصاً لصاحب السند، سواء أكان هذا الاتفاق ضمنياً في شرط التملك عند عدم الوفاء أو صريحاً في شرط الطريق الممهد أي شرط البيع بلا إجراءات .

2- ولا يلزم بل كذلك لا يجوز أيضاً أن يوكل صاحب السند المحضر في التنفيذ بطريق الإجبار حتى لو كان محل السند ومحل التنفيذ هو مبلغاً نقدياً.

المطلب الرابع

شرط إعمال القوة التنفيذية:

الأصل في تنفيذ القرار التحكيمي هو تنفيذه اختياراً وطواعية، لا تنفيذه جبراً مما يعني أن قوته التنفيذية الجبرية هي بطبيعتها قوة احتياطية، وهذه القوة لا تنشط إلا إذا امتنع الملتزم في السند عن تنفيذه اختاراً وطواعية، أي أن هذا الامتناع هو شرط إعمال القوة التنفيذية.

أولاً :ضرورة الشرط ومدى تعلقه بالنظام العام :

لأن شرط امتناع الملتزم في السند التنفيذي عن تنفيذه اختياراً هو شرط ضروري لإعمال القوة التنفيذية للسند، فإنه:

1- اتجهت غالبية القوانين وعلى خلاف القانون السوري إلى ضرورة أن يسبق إعمال القوة التنفيذية، تكليف الملتزم بتنفيذ الحكم التحكيمي اختياراً خلال مدة محددة، على أن يكون هذا التكليف بطريق الإعلان القضائي أي الإخطار بالشكل المحدد بنص القانون.

2- ومسلم أنه إذا لم يتطابق المطلوب في السند التنفيذي والمطلوب في التكليف بالتنفيذ الاختياري لهذا السند ، فإن العبرة عند التنفيذ الجبري(أي عند إعمال القوة التنفيذية) ليست بما هو مطلوب في السند التنفيذي ولو أن هذا المطلوب معلن من إعلان السند، إنما العبرة بأقل المطلوبين، حتى لو كان أقلهما هو المطلوب بموجب التكليف بالتنفيذ الاختياري، إذ إن في هذا الغرض الأخير فإن الملتزم في السند التنفيذي لا يعد ممتنعاً عن التنفيذ الاختياري إلا بالنسبة لما كلف بتنفيذه اختياراً، وبالتالي فلا يجوز التنفيذ

الجبري (أي القوة التنفيذية) بالنسبة للفارق بين المطلوبين إلا بعد تكليف جديد بالتنفيذ الاختياري له[1] بل يلزم ويكفي لإعمال القوة التنفيذية بالنسبة بهذا الفارق بين المطلوبين مجرد إعلان التكليف الجديد على استقلال ولا يلزم إعلان السند التنفيذي.

3- كذلك أخذ القانون والفقه المصري بعدم أعطاء القوة التنفيذية الجبرية للقرار التحكيمي قبل مضي المدة القانونية للحصول على صيغة النفاذ ، وحبذا لو أن القانون السوري أخذ بذلك لجهة إعطاء مهلة للتنفيذ الاختياري بما يتضمنه من نتائج مما يعني أنه لا يجيز إعمال القوة التنفيذية قبل مضي ميعاد التنفيذ الاختياري للسند.

مدى تعلق هذا الشرط بالنظام العام:

يبدو أن قضاء محكمة النقض في مصر، اعتبر هذا الشرط متعلقاً بالمصلحة الخاصة للمعلن إليه، وبالتالي غير متعلق بالنظام العام إذ قضت بأن " إعلان الحكم والسند الواجب التنفيذ للمدين والتنبيه عليه بالوفاء وإن كان من الإجراءات التي رتب القانون على إغفالها البطلان إلا أن البطلان لا يتعلق بالنظام العام، إذ هو قد شرع لمصلحة المدين وحده...[2]، هو إعلان مقرر لإثبات واقعة سلبية لازمة لإعمال القوة التنفيذية للسند، وهي واقعة امتناع الملتزم في هذا السند عن تنفيذه اختياراً.

---

(1) فتحي والي: المرجع السابق- ص 241 رقم 118، وجدي راغب: المرجع السابق- ص 142 وحكم النقض الإيطالي المشار إليه في الحاشية.

(2) د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي، المرجع السابق، ص 263

وبالتالي عدم جواز إعمال القوة التنفيذية لهذا السند فإذا جرى تنفيذ السند جبراً رغم إغفال إعلانه، وإعلان لتكليف بتنفيذه اختياراً فإن هذا التنفيذ باطل (م1/281و2 مرافعات) بطلاناً متعلقاً بنظام القوة التنفيذية لا متعلقاً بمصلحة الملتزم في هذا السند.

ومؤدى ذلك أنه يشترط لإعمال القوة التنفيذية لحكم التحكيم سواء كان حكماً تحكيمياً اختيارياً أو حكماً تحكيمياً إجبارياً، أن يثبت بالطريقة المحددة في المادة 281 من قانون المرافعات المصري، على سبيل المثال امتناع الملتزم في هذا الحكم عن تنفيذه طواعية وإلا فلا يجوز تنفيذه جبراً، وإذا جرى تنفيذه جبراً رغم إغفال تلك الطريقة كان تنفيذه باطلاً بطلاناً متعلقاً بنظام القوة التنفيذية، وهنا لابد لنا من البحث في ماهية القرار الباطل وضوابطه والتحليل القانوني في مثل هذه الحالة عند تنفيذ القرار الباطل الصادر في الخارج بعد أن نظمت القوانين الوطنية حالة بطلان القرارات التحكيمية .

ثانياً: ضوابط تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة في الخارج

ويمكن استنتاج هذه الضوابط من القضاء المستقر للمحكمة العليا الفرنسية وإجمالها في أربعة على النحو التالي :

1- أن يكون الحكم صادراً في الخارج بشأن تحكيم دولي .

2- أن يكون الحكم قد تم إبطاله في الدولة التي صدر فيها.

3- ألا يكون الحكم قد أدرج في النظام القانوني لدولة صدوره.

4- ألا يكون الحكم حكماً ثانياً في نفس الموضوع بين الخصوم[1].

ونفصل فيما يلي تلك الضوابط:

الضابط الأول: أن يكون الحكم صادراً في الخارج بشأن تحكيم دولي:

وهذا الضابط يتضمن شقين:

الشق الأول: أن يكون الحكم صادراً في الخارج:

وصدرو الحكم في الخارج يعني أنه صدر في دولة غير الدولة التي يراد تنفيذه فيها أي تكون دولة الأصل بالنسبة للحكم دولة أجنبية عن دولة التنفيذ، وبتقديري هنا أن أي محكمة تطبق هذه القاعدة إنما تطبق قاعدة استثنائية أوردتها اتفاقية نيويورك في المادة السابعة منها وهي القاعدة الأكثر مراعاة لطالب التنفيذ.

- بحيث أنها استلهمت المعيار الذي قررته تلك الاتفاقية لأحكام التحكيم التي يمكن أن يستفيد من نصوصها.

إذ أن اتفاقية نيويورك سنة التي تتعلق 1958 تتعلق بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية وقد حددت نطاق تطبيق أحكامها في المادة1/1 منها عندما نصت على أنه:

"تنطبق أحكام الاتفاقية الحالية للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير الدولة التي يطلب إليها الاعتراف ،تنفيذ هذه الأحكام على إقليمها

---

(1)- د.حسام الدين فتحي ناصف- تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة في الخارج –دار النهضة العربية –عام 2005- ص63 .

وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية كما تنطبق أيضاً على أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف أو تنفيذ هذه الأحكام"

وفي ضوء هذا النص يتفق الفقه على أن اتفاقية نيويورك اعتنقت معياراً مزدوجاً بالنسبة لمجال تطبيقها[1]، فمن ناحية اعتنقت معيار مكان صدور الحكم، وبناءً عليه يعتبر حكم المحكمين أجنبياً ويستفيد من أحكام الاتفاقية إذا كان صادراً في دولة غير تلك التي يطلب إليها الاعتراف والتنفيذ، وهذا المعيار هو الذي سنركز عليه عند البحث بتنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة في دولة أجنبية (فإذا اختلفت دولة المقر عن دولة التنفيذ، فمؤدى ذلك أن حكم التحكيم يعد أجنبياً بالنظر إلى الدولة التي أصدرته).

ومن ناحية أخرى اعتنقت الاتفاقية معيار موضوع التحكيم عندما تكون دولة تنفيذ الحكم التحكيمي هي الدولة التي صدر فيها الحكم، حيث أوجبت الاتفاقية للاستفادة من أحكامها في هذه الحالة أن يكون حكم التحكيم أجنبياً، وذلك فيما لو كان تشريع هذه الدولة لا يعتبر هذا الحكم وطنياً ومما لا شك فيه أن تلك المسألة تترك لتقدير المحكمة المطلوب إليها الاعتراف بالحكم وتنفيذه.

---

(1)- راجع في ذلك :هشام صادق"مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية،الفنية للطباعة والنشر والإسكندرية 1987، ص 51 ويرى أن ذلك حل توقيفي قصد به تحيق التوازن بين الاتجاه الأمريكي من ناحية واللاتيني من ناحية أخرى.
وانظر ،إبراهيم أحمد،التحكيم الدولي الخاص، ص 58.

على أية حال فمعيار مكان صدور الحكم هو المعيار الذي يعتد بـــه عنـــد اختلاف الأحكام القانونية لدولة المقر عن دولة التنفيذ، ويرى الفقه أن هذا المعيـــار يمثل القاعدة بالنسبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية بصفة عامة ســـواء كانـــت أحكامـــاً تحكيمية أم أحكاماً قضائية.

واختلاف مكان صدور الحكم عن مكان تنفيذه هو الذي يـــبرر إعمـــال الحكم الاستثنائي المقرر في المادة السابعة من اتفاقية نيويورك ،على أساس أن دولـــة التنفيذ- في هذه الحالة- تكون أكثر تحرراً في الضوابط التي يقررها قانونها الـــوطني لتنفيذ الأحكام الأجنبية وذلك بالمقارنة مع الدولة الأجنبية التي صدر فيهـــا هـــذا الحكم.

ومما تجدر الإشارة إليه أن اعتمادنا على اتفاقية نيويورك في هذا الصدد يجعلنا بمنأى عن الجدل الفقهي والتباين التشريعي بشأن تحديد مفهوم التحكـــيم الـــوطني والأجنبي والدولي، وهو الأمر الايجابي الذي يحسب لمنظومة الأحكام القانونيـــة في الاتفاقيات الدولية من حيث توحيد القواعد القانونية المطبقة في مجال التحكيم.

فبالرغم من أن مشروع تلك الاتفاقية الذي قدمته غرفة التجـــارة الدوليـــة بباريس إلى الأمم المتحدة عام 1953 كان يتعلق باتفاقية خاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية، إلا أن نصوص اتفاقية نيويورك 1958 جاءت خلواً مـــن أي مفهوم لأحكام التحكيم الأجنبية.

الشق الثاني: أن يتعلق الحكم بتحكيم دولي:

أي يجب أن يفصل الحكم الصادر في الخارج في مسألة تتعلق بتحكيم دولي على اعتبار أنه إذا حدث العكس وتعلق الحكم بتحكيم وطني في كل عناصره فلا تطبق أحكام اتفاقية نيويورك، وبالتالي لا يمكن استفادة الأحكام التحكيمية الوطنية في المعاملة الأفضل التي تقدمها دولة أخرى بالنسبة للأحكام المراد تنفيذها على إقليمها.

وفي شأن هذا المعيار المحدد لدولية التحكيم فقد يؤخذ بمعيار اقتصادي ويمكن بحثه وفقاً لما يلي:

1- على مستوى الاتفاقيات الدولية:

- **اتفاقية جنيف: الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي سنة 1961:**

نصت المادة الأولى في فقراتها (أ، ب) منها على أن تطبق الاتفاقية على اتفاقات التحكيم المعقودة لحل المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ عن عمليات التجارة الدولية بين أشخاص طبيعيين أو معنويين لهم إقامة معتادة به أو مراكز إدارتهم في دولة متعاقدة مختلفة.

ويرى البعض: أن الاتفاقية "رغم حرصها على تحديد المقصود باتفاق التحكيم الدولي، فإنها لم تعرِّف المقصود بمصالح التجارة الدولية التي يعد اتفاق التحكيم دولياً لتعلقه بها.

وينصرف هذا المصطلح الأخير بطبيعة الحال إلى جميع العلاقات التي تـــدخل في إطار المعاملات التي تتم بين الدول، أي تلك التي تتطلب انتقال سلع أو خدمات من دولة إلى أخرى، أو تتصل بتدفقات وتحويلات مالية من دولة إلى أخرى.[1]

ويتضح بذلك أن هذه الاتفاقية قد جمعت بين المعيار الاقتصـــادي والمعيـــار القانوني أي (أن يكون لأطراف التحكيم إقامة معتادة أو مركـــز إدارة في دولـــتين مختلفتين).

- **القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي:(لجنة الأمم المتحدة للقـــانون التجاري الدولي 1985)** والمعدلة في العام (2006)، ونص في المـــادة 3/1 على أن يكون أي تحكيم يكون تحكيماً دولياً :

أ- إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم وقت عقد ذلك الاتفاق واقعـــين في دولتين مختلفتين.

ب- إذا كان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمـــل الطرفين:

1- مكان التحكيم إذا كان محدداً في اتفاق التحكيم أو طبقاً له.

2- أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشـــئة عـــن العلاقـــة التجارية أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به

---

(1) راجع حفيظة الحداد: الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 1996 ، ص 53.

ج- إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع التحكيم متعلق بأكثر من دولة[1].

2- على مستوى القوانين الوضعية:

- **قانون المرافعات الفرنسي الجديد:(مرسوم 1981/5/12 المتعلق بالتحكيم الدولي)**

نصت المادة 1492 منه على أنه"يعتبر دولياً التحكيم الذي يتصل بمصالح التجارة الدولية" يتضح من تبني المشرع الفرنسي للمعيار الاقتصادي كمحدد للتحكيم الدولي وهو ما يجد جذوره في القضاء الفرنسي السابق على سنة 1981[1].

- **قانون التحكيم المصري الجديد 27 لسنة 1994:**

جمع هذا القانون بين المعيارين الاقتصادي والقانوني لتحديد مفهوم دولية التحكيم إذ تنص المادة الثالثة منه على أنه:

"يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية:

أولاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم،فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال

---

(1)- راجع في عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم – ج2- التحكيم الدولي، السابق الإشارة إليها في ص 409 وما بعدها.

(1) د. حسام الدين فتحي ناصيف، المرجع السابق، ص 65

فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم وإذا لم يكن لأحد طـــرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتادة.

ثانياً: إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمـــة أو مركـــز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثاً:إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

رابعاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقـــع في نفـــس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هـــذه الدولة:

أ- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

ب- مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين

ج- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع[1]

- **القانون السويسري الاتحادي:**

(المتعلق بإصدار القانون الدولي الخاص في شأن التحكيم الـــدولي الصـــادر 18/ديسمبر 1987) في القسم الثاني عشر ذي الصلة بالتحكيم الدولي وبالتحديد

(1) القانون المصري للتحكيم رقم 27 في عام 1994- والمعدل في مادته الأولى فقط بالقانون رقم 9 – لعام 1997.

في المادة 1/176 منه تطبق أحكام هذا الفصل فقط إذا كان أحد طرفي التحكيم على الأقل لم يكن له لحظة إبرام اتفاق التحكيم موطن أو إقامة معتادة.

- **ثالثاً: القضاء الفرنسي:**

أخذ هذا القضاء – في شأن تحديد دولية التحكيم- معياراً مزدوجاً (اقتصادي قانوني) قبل صدور قانون التحكيم الفرنسي سنة 1981 وبعد صدور هذا القانون اكتفى بالمعيار الاقتصادي، فقد اقتصر الأمر على إعتاق المعيار الاقتصادي الذي أكدته المادة 1492 من قانون التحكيم، ومن ذلك حكم محكمة استئناف باريس في قضية Sporprom حيث قررت المحكمة أنه يعد دولياً التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية.

3- الفقه المعاصر:

على أية حال فإن فقه القانون الدولي الخاص المعاصر عند تقرير دولية التحكيم يعتمد على معيار موسع أساسه طبيعة النزاع،فالتحكيم الدولي هو الذي يرتبط بمنازعة دولية وهو ما يستوجب اتصال المنازعة التحكيمية بالتجارة الدولية، وهو ما يفيد تعديلها للإطار الاقتصادي الوطني بأن تتضمن انتقالاً للأموال والبضائع عبر الدول.

في إطار ما تقدم يكون الشرط الأول لتنفيذ أحكام التحكيم الباطلة في دولة أجنبية هو أن يكون الحكم قد صدر في الخارج أي في دولة أجنبية عن دولة التنفيذ وأن يكون قد فصل في منازعة تتعلق بالتجارة الدولية.

الضابط الثاني :أن يكون الحكم قد تم إبطاله في الدولة التي صدر فيها[1]:

1- إذا كان المحكم قد فصل في النزاع دون التقيد بالمهمة التحكيمية التي عهد بها إليه.

2- إذا لم يكن قد تم احترام مبدأ تبادل الدفوع.

3- إذا كان الاعتراف بالحكم التحكيمي أو تنفيذه مخالفاً للنظام العام الدولي.

وقد عالجت المادة 1498من قانون المرافعات الفرنسي مسألة الاعتراف بالأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج، أو في التحكيم الدولي وتنفيذها الإجباري، فنصت على أنه يعترف بالأحكام التحكيمية في فرنسا إذا أثبت الذي يدعي بها وجودها، أو إذا لم يكن الاعتراف بها مخالفة بصورة واضحة للنظام العام الدولي.

وإن كنا نرى تقارباً قد يصل إلى حد التماثل بين أسباب البطلان وأسباب رفض التنفيذ في القانون الفرنسي.

أما في مصر، نص قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 على حالات بطلان حكم التحكيم في المادة 1/53 وهي كما يلي":

أ- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء المدة.

---

(1) راجع في دراسة متخصصة لبطلان أحكام التحكيم حفيظة الحداد: الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية- دار الفكر الجامعي- الإسكندرية 1997.

ب- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصاً وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.

ج- إذا تعذر على أحد طرفي اتفاق التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو إجراءات التحكيم أو لأي سبب أخر خارج عن إرادته.

د- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

هـ- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لإتفاق الطرفين.

و- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاص بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.

ز- إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم".

أما أسباب رفض تنفيذ حكم التحكيم فقد وردت في المادة (2/58) والتي نصت على":

أ- أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع.

ب- أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

ج- أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً".

ومن هذا العرض نستنتج أن القانون المصري وبالتالي القانون السوري بحسب المادة (56) الذي يشكل القانون المصري مرجعاً له، فإنه سعى للتوسع على نحو كبير في أسباب البطلان ومع ذلك دخل القانون المصري وتبعه القانون السوري في إطار القوانين الأكثر تشجيعاً للاعتراف بأحكام التحكيم عند مقارنة أسبابهما بما ورد في الاتفاقية للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الموقعة في نيويورك 1958، ويدخل في إطار القوانين المشجعة لتنفيذ الأحكام التحكيمية والاعتراف بها والقوانين التي تضيق من نطاق بطلان الحكم التحكيمي ومنها القانون البلجيكي الخاص بالتحكيم الدولي والصادر في 1985/3/27 حيث تنص مادته 1717 على أنه:" لا يجوز للمحاكم البلجيكية أن تنظر طلب الإبطال إلا إذا كان أحد أطراف النزاع الذي فصل فيه الحكم التحكيمي شخص طبيعي يتمتع بالجنسية البلجيكية أو له موطن في بلجيكا أو شخص اعتباري تأسس في بلجيكا أو له فرع أو مركز لأية عمليات"[1].

كذلك القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في (1987/12/18) التي تنص مادته 1/192 على أنه":

يجوز للأطراف الذين ليس لديهم موطن أو إقامة معتادة أو مؤسسة في سويسرا أن تعلن صراحة في الاتفاق التحكيمي أو في الاتفاق لاحق عن استبعاد أي طريق من طرق الطعن بإحكام المحكمة التحكيمية ويمكنهم أيضاً استبعاد الطعن لسبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة 2/190."

---

(1)- موسوعة عبد الحميد الأحدب- السابق الإشارة إليها ج2- ص 520.

في هذا العرض نصل إلى أن ما ورد في اتفاقية نيويورك سنة 1958 وما وضعته من قواعد أساسية لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها: والتركيز عليها- في المسألة محل بحثنا- **يرجع إلى سببين:**

1- إن قواعد تلك الاتفاقية تمثل الحد الأدنى الذي لا يجوز التنازل عنه عند تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

2- أنه في الدول المستقبلة للحكم والمطلوب منها تنفيذه أو الاعتراف به لا يمكن تمتع الحكم التحكيمي لا سيما في حالة بطلانه في دولة الأصل بالقاعدة الأكثر رعاية التي تقررها الاتفاقية ذاتها في مادتها 1/7 إلا إذا كانت تلك الدولة المستقبلة تنزل عن هذا الحد الأدنى بمقتضى قانونها أو اتفاقية أخرى هي طرف فيها.

في إطار هذا الإيضاح وللتعرف أسباب الرفض التي يمكن لمن يعارض في الاعتراف أو التنفيذ أن يثيرها فقط حيث حصرت اتفاقية نيويورك هذه الأسباب في نص وردت في المادة 5/ 1 التي جاء فيها:

"لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ، الدليل على:

أ- أن أطراف اتفاق التحكيم كانوا طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق التحكيمي غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضعه له

الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

ب- أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم، أو كان من المستحيل عليه لسبب أخر أن يقدم دفاعه.

ج- أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشارطة التحكيم أو في اتفاق التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضى به، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلاً للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير متفق على حلها بهذه الطريق.

د- أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

هـ- أن الحكم لم يصبح ملزماً للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم[1].

أما أسباب رفض الاعتراف والتنفيذ التي يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين إثارتها من تلقاء نفسها فقد وردت في المادة 2/5 كما يلي:

أ- أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع بطريق التحكيم.

---

(1)-د.حسام الدين فتحي ناصف-المرجع السابق- ص75.

ب- أن في الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد.

وبالرجوع إلى القضاء الفرنسي الذي أرسى قاعدة الاعتراف بالقرارات التحكيمية الباطلة في بلدها الأصلي نلاحظ صلابة موقفه فبطلان القرار في البلد الذي كان قد صدر فيه لا يشكل في ذاته سبباً لرفض الأمر بتنفيذه في فرنسا.

وإن كنتُ أميل لتأييد ذلك لاسيما في الأحوال التي تختلف فيها أسباب البطلان عن أسباب رفض التنفيذ، وفي هذا الإطار يصح القول بأن رقابة الحكم التحكيمي تتم بالنظر إلى المعايير الوطنية سواء تعلق الأمر بدعوى بطلان أو تعلق أمر بتنفيذ لحكم صدر في الخارج..

ولذلك فإن القضاء الفرنسي لا يهتم بالأسباب التي من أجلها تم الحكم ببطلان القرار التحكيمي في بلد المقر، ويرى بعض الفقه الفرنسي أن تنوع الرؤى بين النظام القانوني للدولة المستقبلة ودولة الأصل بالنسبة للحكم التحكيمي يبدو في صورتين:

الصورة الأولى: أن تكون قائمة أسباب البطلان أو رفض التنفيذ في دولة الأصل أكثر اتساعاً عنها في الدولة المستقبلة:

فبالنسبة للقانون الفرنسي فقد حدد في قانون التحكيم سنة 1981 قانون المرافعات الجديد بشكل نهائي أسباب بطلان أو رفض تنفيذ الأحكام الصادرة في المجال الدولي.

وفي سويسرا قبل العمل بالقانون الدولي الخاص الصادر سنة 1987 وفي ظل نظام الـconcordat كان بطلان القرار يمكن أن يحكم به تحكيماً وفقاً للمادة 36. كما أنه في ظل Arbitration في انجلترا سنة 1996 نجد أن أسباب البطلان أكثر اتساعاً من تلك المنصوص عليها في فرنسا وسويسرا وهولندا.

وهذا التفاوت في أسباب البطلان أو رفض تنفيذ القرار التحكيمي يمكن أن يكون هو الذي شكل في البدء مجالاً لقضاء norsolor-hilmarton وهذا بالفعل ما حدث في قضية himarton بسبب الطعن التحكيمي المنصوص عليه في الـcocordat السويسري[1].

وكذلك الحالة التي أوضحتها قضية chromallory التي فصل فيها القضاء المصري، الذي أضاف إلى قائمة أسباب البطلان المنصوص عليها في القانون النموذجي سبباً جديداً مفاده أن الحكم التحكيمي لم يكن قد طبق على موضوع النزاع، القانون المتفق عليه من جانب الأطراف.

وعلى هذا الأساس أبطلت محكمة استئناف القاهرة في 1995/12/5 قرار التحكيم الصادر في قضية Chromalloy بتاريخ 8/24/ 1994 بدافع أنه استبعد أحكام القانون الإداري المصري وطبق بدلاً منها أحكام القانون المدني المصري.

---

(1)د.حسام الدين فتحي ناصيف- المرجع السابق – ص82 .

الصورة الثانية: أن يكون هناك تطبيق متفاوت لنفس معايير البطلان أو رفض التنفيذ:

تعتبر قضية Norsolor نموذجاً واضحاً لهذه الصورة، ففي القانون النمساوي كما في القانون الفرنسي يمكن أن يبطل قرار المحكمين إذا كان هؤلاء قد تجاوزوا حدود مهمتهم في حين أن القضاء الفرنسي لم يعتبر هذه الحالة محل القضية،حيث اختارت المحكمة التحكيمية تطبيق القواعد عند سكوت الأطراف بشأن القانون الواجب التطبيق[1] .

وفي هذا الإطار نجد أنه حتى في حالة تبني ما قرره القانون النموذجي والذي وحد أسباب البطلان أسباب رفض الاعتراف أو التنفيذ، فإننا لن نفلح في علاج تفاوت التطبيق بين الدول للأسباب الموحدة ،وبالأخص بالنسبة للمطعن الذي سيتم تقديره بالضرورة بشكل متفاوت في كل دولة وهو المتعلق بعدم تعارض حكم التحكيم المطلوب تنفيذه مع النظام العام في دولة التنفيذ ،بالأخص إذا ما علمنا أن المادة 1/3 من اتفاقية نيويورك تؤكد على أن لهذه الدول اليد الطولى بشأن تنفيذ الحكم ، حيث نجد أن التنفيذ يتم طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة في هذه الدولة، وربما كان الحل الذي اتبعه القضاء الفرنسي في هذا الصدد هو الأولى بالاتباع إذ لم يميز بين الصورتين السابقتين عند الاعتراف بالأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج، وفي جميع الأحوال يكون تقدير ما إذا كان هناك مجال لقبول

(1) د.حسام الدين فتحي ناصيف – المرجع السابق – ص84 .

القرار الأجنبي في النظام القانوني الفرنسي بالنظر إلى المعايير التي يقبل هذا القانون منح قوة تنفيذية لهذا التصرف الخاص (القرار التحكيمي).

وفي ضوء ما تقدم يجب أن يكون حكم التحكيم الصادر في الخارج في منازعة ذات طابع دولي قد تم إبطاله في البلد الذي صدر فيه أياً كان سبب هذا الإبطال حيث يمكن استفادته من التنفيذ في دولة التنفيذ وفقاً للمادة 7 من اتفاقية نيويورك القاعدة الأكثر مراعاة لطالب التنفيذ وذلك إذا توافرت بقية الشروط.

الضابط الثالث: عدم إدراج الحكم المراد تنفيذه في النظام القانوني لدولة المقر:

وقد تأكد مفهوم هذا الضابط أكثر من مرة في جانب القضاء الفرنسي، الذي قرر أن الحكم الدولي بطبيعته والصادر في الخارج، لا يكون مندمجاً في النظام القانوني للدولة التي صدر فيها، فإن وجوده يبقى ثابتاً رغم بطلانه، ويمكن أن يكون معترفاً به في فرنسا منذ اللحظة التي لا يكون فيها متعارضاً مع النظام العام الدولي.

وفي هذا الإطار يكون غير مفهوم السماح بالطعن في دولة المقر على أحكام التحكيم الصادرة في إقليمها، أو وجود رقابة في دولة التنفيذ على الحكم.

وعدم التوطين هذا سيؤدي في النهاية إلى تعدد أماكن توطين حكم التحكيم وهذا يعني إخضاع حكم التحكيم لقانون كل دولة يمكن التمسك فيها بهذا الحكم.

ويضيف البعض أن إعطاء حكم التحكيم الدولي مد غير محدود من حيث المكان، أي عدم اندماجه في النظام القانوني لدولة ما يعني انتماء الحكم الدولي لنظام قانوني آخر يكون الخاضعون له هم المشتغلون بالتجارة الدولية .

ومن جانبنا نتفق مع البعض في أن الصلة بين الحكم وبين النظام القانوني لدولة معينة لا توجد إلا عندما يطلب تنفيذ هذا الحكم في تلك الدولة، ففي هذه المرحلة فقط، يكون طبيعياً تماماً أن تقرر كل دولة ما إذا كان حكماً ما يمكن تنفيذه على إقليمها، وهكذا فتنفيذ الحكم هو وحده يحقق اندماجه في النظام القانوني للدولة التي يلتمس فيها التنفيذ.

وقد أكدت ذلك المادة 2/3 من اتفاقية نيويورك 1958 عندما حظرت على الدول الأطراف فيها، تجاوز مستوى معين من التشدد عند تنفيذ الحكم، وتركت لهم الحرية في أي يكونوا أكثر تسامحاً.

وفي إطار هذا الإيضاح يجب ألا يكون حكم التحكيم الدولي قد تم تنفذه في الدولة التي صدر فيها، وهذا منطقي لأن عدم التنفيذ في هذه الدولة لا سيما في حالة البطلان لحكم الدولة، وهو ما يسمح بتنفيذه في دولة أخرى.

4- ألا يكون الحكم المطلوب تنفيذه حكماً ثانياً:

ويقصد بذلك ألا يكون الحكم التحكيمي المطلوب إصدار أمر بتنفيذه حكماً قضائياً صدر في وقت لاحق في نفس الدولة التي سبق أن صدر فيها بين نفس الأطراف وفي ذات الموضوع حكماً تحكيمياً أبطله قضاء هذه الدولة.

ولمزيد من الإيضاح ينبغي أن نميز بين موقفين يمكن اتخاذ أحدهما عند إبطال الحكم التحكيمي في دولة المقر.

الموقف الأول: محاولة تنفيذ الحكم الباطل في دولة أخرى:

وهذا هو السائد من الناحية العملية وفقاً لقضـــاءNoraolor Chromalloy وذلك لعدة أسباب منها:

- الإمكانية تكون متاحة في عدد من الدول لتنفيذ القرار الذي أبطل في مقـــر التحكيم.
- ويكون اتخاذ هذا الموقف مجدياً عندما تبدو أسباب البطلان في دولة المقر أقل توافقاً مع المفاهيم السائدة للبطلان في القانون المقارن.
- تجنب إعادة الكرة من البداية في دولة مقر التحكيم، بإبرام اتفـــاق تحكـــيم جديد ومواصلة الإجراءات حتى صدور الحكم وهو ما يـــؤدي إلى ضـــياع الوقت والجهد والمال.

الموقف الثاني: محاولة الحصول عل حكم ثان في نفس الدولة التي أبطل قضـــاؤها الحكم الأول:

وهذا الموقف لم يتكرر فقد وقع لمرة واحدة في قضـــية Hilmarton [1] ففي أعقاب صدور حكم من محكمة جنيف بإبطال حكم التحكيم الأول الصـــادر في هذه القضية بتاريخ 10/8/ 1988 عقد نفس الأطراف اتفاقاً جديداً للتحكيم

(1) – د. حفيظة الحداد: المرجع السابق- ص 112.

بشأن نفس الموضوع، وتعاقبت الإجراءات وانتهت إل حكم جديد بتاريخ 1992 /4/10 لصالح الطرف الأخر في القضية وهو عكس ما قضى به الحكم الأول.

وهذا الموقف يتسم بالغرابة، حيث نجد أنفسنا أمام ثلاثة أحكام: حكمان تحكيميان، وحكم قضائي ببطلان الحكم التحكيمي الأول صادر من المحاكم الوطنية في دولة المقر.

والحال كذلك فإن قبول الحكم الأول في النظام القانوني الفرنسي،رغم القضاء ببطلانه في دولة صدور القرار، ويبدو متعارضاً مع الاعتراف اللاحق ببطلان الحكم، وكذا بالحكم الثاني الذي صدر في نفس القضية والغريب أن محكمة استئناف Versailles كانت قد منحت أمراً بالتنفيذ للحكم الأول، وفعلت ذلك أيضاً بالنسبة للحكم الثاني.

وقد قيل بأن موقف تلك المحكمة إنما يعبر عن معارضة مستترة للمبدأ الذي قررته المحكمة العليا الفرنسية، والذي يسمح بالاعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي الذي تم إبطاله من جانب قضاء دولة المقر، على أية حال فقد نصت محكمة النقض الفرنسية قضاء محكمة استئناف Versailles في حكمها الصادر بتاريخ 10 حزيران 1997 والذي حسمت فيه مسألة تنازع الأحكام بمقتض المادة 1351 من القانون المدني الفرنسي مقررة في صياغة خالية من أي غموض" أن وجود حكم فرنسي بات يتعلق بنفس الموضوع بين نفس الأطراف يضع عقبة أمام أي اعتراف في فرنسا بحكم قضائي أو تحكيمي يصدر في الخارج متعارضاً معه، وفي إطار هذا

الإيضاح يصير مؤكداً أن الحكم التحكيمي الأول الذي يبطل في دولة المقر، وهو الذي يشمله استثناء الاعتراف أو التنفيذ المقرر وفقاً للمادة 7 من اتفاقية نيويورك 1958 في دولة التنفيذ ذات القواعد الأكثر تسامحاً في التنفيذ أما الحكم التحكيمي الثاني المحتمل صدوره في دولة المقر وفي نفس القضية بين نفس الأطراف فلن يكون معترفاً به أو قابلاً للتنفيذ وفقاً للقضاء الفرنسي، الذي أرسى المبدأ في حالة ما إذا كان الحكم الأول قد تم الاعتراف به أو تنفيذه في فرنسا في دولة التنفيذ.

ويمكن القول بأن الحالة التي سيصدر فيها حكم ثان في مقر التحكيم بشأن نفس الموضوع وبين نفس الأطراف لن تكون كثيرة الوقوع، وإذا وقعت ينطبق بصددها قاعدة حجية الشيء المحكوم به.

ولا بد من ذكر بعض أنواع القضاء الأجنبي المؤيد لتنفيذ أحكام التحكيم الباطلة ودحض الفقه المؤيد لحجج الاتجاه المعارض، فإذا كان القضاء الفرنسي هو الذي قد بادر بإرساء إمكانية تنفيذ أحكام التحكيم على الرغم من القضاء ببطلانها في الدولة التي صدرت فيها، إلا أنه لم يكن القضاء الوحيد الذي تمسك بهذا المنحى، فقد وجد اتجاهه دعماً من قبل القضاء في عدة دول، وفضلاً عن ذلك فقد ساهم في منح الثقة للحل الذي تبناه القضاء الفرنسي أن حجج معارضيه قد تيسر ردها من جانب المدافعين عنه.

وفي هذا الإطار لا بد من توضيح هذين الأمرين:

الأول: القضاء المؤيد لتنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة في الخارج.

الثاني: دحض حجج الفقه المعارض لتنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة في الخارج.

الأمر الأول: القضاء الأجنبي المؤيد لتنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة في الخارج:

مما لا شك فيه أن الأثر الدولي لبطلان أحكام التحكيم الذي بينته اتفاقية نيويورك 1958 تراجع بشكل ملحوظ، وذلك في أعقاب الأحكام القضائية الصدارة من عدة دول وليس فقط تلك الصادرة في فرنسا[1].

وبعبارة أخرى نشير إلى أن الحل الذي أرساه القضاء الفرنسي صادف إقراراً من جانب القضاء الأمريكي والقضاء البلجيكي والقضاء النمساوي على النحو التالي:

أولاً : القضاء الأمريكي:

وهذا القضاء كان قد أصدر أمراً بتنفيذ حكم التحكيم الذي صدر في مصر في قضية الشركة الأمريكية Chromalloy ضد الحكومة المصرية على الرغم من القضاء ببطلان هذا الحكم في مصر[2].

---

(1) راجع حكم محكمة استئناف باريس في قضية بتاريخ 21 شباط 1980 – منشور في عام 1980 – ص 524 ،وبتقديري أن رفض طلب الإبطال كان راجعاً إلى أن الأحكام الصادرة وفقاً لقواعد التحكيم هذه أحكاماً نهائية راجع المادة 6/28 من لائحة غرفة التجارة الدولية CCI.

(2) انظر عزت البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 1997، ص 100.

فقد اعترفت محكمة مقاطعة كولومبيا في الولايات المتحـــدة الأمريكيـــة في حكمها الصادر بتاريخ 31 تموز 1996 بحكم التحكيم الصادر في مصر بتـــاريخ 1994 /8/24 والذي حكم على الدولة المصرية بدفع مبالغ متنوعـــة للشـــركة الأمريكية وبينما طلبت الأخيرة تنفيذ الحكم في الولايات المتحدة طلبت جمهوريـــة مصر بطلانه أمام قضائها.

وقد أبطلت محكمة استئناف القاهرة هذا الحكم في قضائها بتاريخ 5 كانون الأول 1995 استناداً إلى المادة (1/35)د) من قانون التحكيم المصري رقـــم 27 لسنة 1994[1] على أساس أن المحكمين لم يطبقوا القانون الـــذي اتفـــق عليـــه الأطراف على موضوع النزاع.

ولكن محكمة مقاطعة كولومبيا- رغم ذلك- أعلنت نفاذ هذا الحكم علـــى أساس المادة 1/7 من اتفاقية نيويورك وباعتبار أن وقع في خطأ في القـــانون كمـــا بينت المحكمة أن اتفاق الأطراف كان يستبعد كل طرق الطعن، وقررت المحكمة أن ذلك مخالفٌ للنظام العام الأمريكي، الذي يفرض احترام اتفاقات التحكيم لا سيما في المجال الدولي.

ورغم أن هذا الحكم قد تم التعليق عليه بوفرة وتنوع، وانتقد موقف محكمة استئناف كولومبيا ،التي أصدرت أمراً بالتنفيذ فقد انتقد أيضـــاً موقـــف محكمـــة استئناف القاهرة التي أصدرت حكماً ببطلان حكم التحكيم لتفسيرها الموسع لوجه

(1) د. حسام الدين فتحي ناصيف، المرجع السابق، ص 78

الطعن المنصوص عليه في م 1/53 د من قانون التحكيم المصـــري وفي أن بطـــلان الحكم كان نتيجة مراجعة حقيقية لموضوعه.

وعلى أية حال فحكم القضاء الأمريكي السابق يبرز على الأقل للمشككين في مبدأ تنفيذ الأحكام التحكيمية الباطلة الصادرة في الخارج، أن هذا المبدأ أصـــبح لا يتعلق بفرنسا على وجه الخصوص لأنه يفرض وسيفرض نفسه في بلاد أخـــرى تظل هي الأكثر عدداً وهذا ما أثبته تطبيق القضاء البلجيكي والنمساوي لهذا المبدأ.

ثانياً: القضاء البلجيكي:

في حكم صادر بتاريخ 6 كانون الأول 1988 قررت محكمة أول درجة في بروكسل نفاذ الحكم التحكيمي الصادر في الجزائـــر بتـــاريخ 29 كـــانون الأول 1985 رغم أن هذا الحكم كان قد أُلغي بحكم من محكمة استئناف الجزائر في 20 كانون الأول 1986.

ويراعى أن هذا الحكم قد استبعد تطبيق اتفاقية نيويـــورك، لأن الجزائـــر لم تنضم إليها منذ سنة 1988 وطبقت المحكمة القواعد البلجيكية في قانون المرافعات المتعلقة بـــالأمر بتنفيـــذ الأحكـــام التحكيميـــة الصـــادرة في الخـــارج (المـــواد 1723/1719) مؤكدة أن أي من الأسباب المحتملة لرفض منح الأمر بالتنفيـــذ لم يكن متمسكاً به.

وقد أيدت محكمة استئناف بروكسل بحكم منها بتاريخ 9 كـــانون الثـــاني 1990.

في حكم أخر مؤسس على اتفاقية نيويورك بتاريخ 25 يناير 1996 من محكمة أول درجة ذاها أعقبه تأييد من محكمة استئناف بروكسل بتاريخ 24 يناير 1997 تأكيد الأمر بتنفيذ حكم تحكيمي صادر في عمان (الأردن) سنة 1994 وقد حكم فيه على الشركة العربية لضمان الاستثمار وعارضته متمسكة دفع يتعلق بحجية الحكم في الأردن.

وقد قررت محكمة استئناف بروكسل أن اتفاق التحكيم يشترط أن تنفيذ الأحكام التحكيمية يكون خاضعاً لقواعد تنفيذ أحكام التحكيم في البلد الذي يبحث فيه أمر تنفيذها وأن قانون البلد الذي كان قد صدر فيها الحكم لا يكون ملائماً منذ هذه اللحظة.

ومن المقرر أن اتفاقية نيويورك في جملتها اعتبرت إرادة الأطراف أمراً جوهرياً في إجراء التحكيم وأن الحكم يكون ملزماً بالنسبة للأطراف عندما يكون متوافقاً مع اتفاقهم.

ويرى البعض أن هذين الحكمين يكشفان عن أن قاضي الأمر بالتنفيذ الذي يطبق ويفسر المادة 1/5 من اتفاقية نيويورك قد رفض الخضوع للمقتضيات التي صاغتها دولة مقر التحكيم للاعتراف بالطابع الإلزامي أو بحجية الحكم الذي صدر فيها.

ثالثاً: القضاء النمساوي:

وقد طبق هذا القضاء نفس الحل الذي أرساه القضاء الفرنسي ولكن استناداً إلى نص المادة 1/9 من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي المقررة في

جنيف 1961 والذي يعد تطبيقاً غير مباشراً للمادة 71 مـــن اتفاقيـــة نيويـــورك فالقاعدة الأكثر فائدة لطالب تنفيذ الحكم قد تكون مقررة بتشريع في دولة التنفيذ، أو بمعاهدة تكون طرفا فيها ومساهمة القضاء النمساوي في تعضيد الحل الفرنســـي تتمثل في الحكم الصادر عن محكمة النمسا العليا بتاريخ 20 تشرين الأول 1993 في قضية Radanesko CKajo حيث قررت المحكمة أن البطلان الذي يحكم به في إحدى الدول المتعاقدة لحكم تحكيمي يخضع للاتفاقية الأوروبيـــة لا يشـــكل وفقاً للمادة التاسعة من الاتفاقية أحد أسباب رفض الاعتراف أو رفض التنفيذ، إلا إذا كان هذا البطلان قد حكم به في الدولة التي صدر فيها الحكم التحكيمـــي، أو وفقاً للقانون الذي صدر الحكم التحكيمي في إطاره وذلك لأحد الأسباب المحددة في المادة 1/9، وبطلان الحكم التحكيمي لمخالفة النظام العام في الدولة المتعاقـــدة التي كان قد صدر فيها الحكم، لا يشكل أحد الأسباب المحددة في المادة1/9 مـــن الاتفاقية الأوربية والتي تبرر رفض الاعتراف بالحكم التحكيمي أو رفض تنفيذه.

وتتلخص وقائع القضية في أنه بموجب عقد أبرم بتاريخ 24 تشرين الثـــاني 1970 قامت الشـــركة النمســـاوية Kago بـــالترخيص حصـــرياً للشـــركة اليوجوسلافية بإنتاج وبيع مشروب يسمى Dieit في يوغوسلافيا وقد نص العقد على أن تقوم الشركة اليوجوسلافية بشراء مجموع المكونات اللازمة لتصنيع هـــذا المشروب حصرياً من الشركة النمساوية.

وفي سنة 1981 اعترضت الشركة النمساوية بأن الطرف الآخر لم يحتـــرم التزامه وعليه فقد قامت في سنة 1982 بإنهاء العقد من جانب واحد.

واستناداً إلى نصوص العقد بأن كل نزاع يتعلق به يتم عرضه على التحكـــيم ويتطابق قانون المدعى عليه لجأت إلى التحكيم حتى تحصل على تعويضات، استناداً إلى مخالفة نصوص العقد المنسوبة إليه، وتم التحكيم في يوجوسلافيا وطبق القـــانون اليوجوسلافي وشكلت المحكمة من ثلاثة محكمين وأصدروا حكمهـــم في 7 تمـــوز 1988 على الشركة اليوجوسلافية بأن تدفع للشركة تعويضاً يقدر بحـــوالي 30 مليون نمساوي فضلاً عن فوائد تأخير بسعر فائدة 8% من تاريخ بدء التحكيم.

وقد قامت شركة Radenska برفع دعوى بطلان ضد هذا الحكم أمـــام محكمة أول درجة التي أصدرت حكمها بتاريخ 13نيسان 1989 برفض دعوى وتأييد الحكم ثم طعنت تلك الشركة بالاستئناف أمام محكمة الاستئناف التي أبدت حكم الدرجة أولى، وأخيراً طعنت بالنقض أمام المحكمة العليا لسلوفينا التي أبطلت في هذه المرة الحكم التحكيمي بحكمها الصادر في 3 يوليو 1992 على اعتبـــار أن العقد المبرم في 24 تشرين الثاني 1970 هو عقد احتكار وهو بهذا الوصف يعتـــبر مخالفاً للنظام العام.

وفي أعقاب صدور حكم محكمة سلوفينيا العليا ببطلان حكـــم التحكـــيم عمدت الشركة النمساوية إلى تنفيذ الحكم في النمسا وسارت الإجـــراءات علـــى النحو التالي:

رفضت محكمة أول درجة في طعن الشركة وضد تنفيذ الحكم في النمســـا ولكن محكمة استئناف حكمت لصالحها مقررة أن بطلان الحكم التحكيمي مـــن جانب المحكمة العليا لسلوفينيا يجعل من المستحيل تنفيـــذه في النمســـا، فتقـــدمت

الشركة بطعن بالنقض وقررت المحكمة العليا النمساوية في حكمها بتاريخ 20 تشرين الأول 1993 إلغاء محكمة الاستئناف وأمرت بالاعتراف بالحكم وتنفيذه.

وهكذا توضح القضية أن الأحكام الصادرة من القضاء الفرنسي والأمريكي والبلجيكي ليست حالات منعزلة بل على العكس أن القضاء في دول أخرى قد توصل إلى نتيجة مماثلة مؤسسة على أدوات دولية أخرى غير اتفاقية نيويورك 1958 والخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ففي القضية يمثل حكم المحكمة العليا النمساوية الذي قرر الاعتراف بحكم تحكيم أجنبي وتنفيذه ورغم بطلانه في بلده الأصلي تطبيقاً لمبادئ توجيهه في الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف 1961 .

الأمر الثاني: دحض حجج الفقه المعارض لتنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة في الخارج:

فضلاً عن تأييد القضاء الأمريكي والبلجيكي والنمساوي للحل الذي أقره القضاء الفرنسي، والمتمثل في إمكانية تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة في الخارج، فقد تصدى الفقه المؤيد لهذا الحل لحجج الفقه المعارض الذي لم يقبل هذا الحل بعدة حجج، منها ما يستند إلى الاتفاقيات الدولية، ومنها ما يستند إلى اعتبارات الملاءمة وما يقوم على وجوب احترام الشرعية.

ونعرض فيما يلي لهذه الحجج تباعاً مع الرد عليها وذلك في ثلاثة فروع متتالية وبالترتيب السابق.

أولاً: اتفاقية نيويورك 1958:

ويستمد الفقه لمعارض حجتين من هذه الاتفاقية:

أ- حجية نصية

ب- حجية أساسها الإرادة المفترضة لواضعي الاتفاقية في تنظيم توزيع الاختصاص بين مختلف الدول المحتمل أن تكون معينة بالأمر.

أ- الحجية النصية:

أن نص المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك وبالأخص الصيغة الفرنسية لهـــذا النص والتي وفقاً لها فإن" الاعتراف بالحكم وتنفيذه لا يكون مرفوضاً إلا إذا كنـــا أمام إحدى حالات هذه المادة بالأخص المقررة في الفقرة(e/ه)والمتعلقـــة بفـــرض إبطال الحكم في بلد الأصل (بلد صدوره).

ويرى الفقه المعارض أن هذا النص يبرز الالتزام برفض الاعتراف بمثل هـــذه الأحكام ويلغى الإباحة التي تسمح بها الصيغة الانجليزية لنفس النص التي تجعل الأمر اختيارياً بقولها may be refused only[1].

ويرى الفقه المؤيد للحل الفرنسي أن هذه الحجية غير مقنعة، إذ لا يمكن إلا اعتبار أن نص المادة عبر عن رخصة، وذلك بما تعبر عنه كلمات نص المادة الواردة فيه.

---

(1)- د.حسني المصري- المرجع السابق- ص 539 .

ومما يؤكد هذا أن نص المادة السابعة من الاتفاقية ذاتها لا يدع مجالاً للشك في أن واضعي الاتفاقية قد أرادوا أن يحددوا الفروض الأدنى للاعتراف بالأحكام، تاركين لكل دولة مهمة تقدير ما إذا كانت هناك فرصة لأن تكون أكثر تحرراً.

ب- الإرادة المفترضة لواضعي الاتفاقية في تنظيم توزيع الاختصاص بين الدول:

إن الفقه المعارض للحل الفرنسي يرى أن المادة(5/ه) من اتفاقية نيويورك أرادت توزيع الاختصاصات بين قاضي دولة الأصل، وقاضي الدولة المستقبلة، وأرادت أن تفرض على الأخير احترام الحكم الصادر من الأول.

فتمركز دعاوى المنازعة في حكم التحكيم – دولة المقر- يسمح بتأكيد حد أدنى من تناسق النظام القانوني الدولي، ويرى الفقه المؤيد للحل الفرنسي أن هذا النظر من الصعب ترافقه مع نص المادة السابعة من اتفاقية نيويورك، وذلك أن عدم قدرة واضعي الاتفاقية على تأكيد مثل هذا التناسق الدولي ناتج عن ثلاثة اعتبارات

الأول: أن الفلسفة التي يدعى البعض استمدادها من الاتفاقية، يصعب توافقها مع النص الذي يقرر أنه" عندما يرفع الطعن في دولة الأصل بالنسبة للحكم، فإن القضاء في الدولة المستقبلة له رخصة،وليس عليه التزام، بأن يوقف الفصل في طلب التنفيذ، إلى حين صدور الحكم من دولة المقر"[1]

وإذا كان صدور الحكم صادراً من دولة المقر يجب أن يتغلب تلقائياً على مفاهيم الدولة المستقبلة، فإن وقف التنفيذ يفرض نفسه، وبالتالي فكل تنفيذ يسبق وجود حكم نهائي من دولة الأصل، يكون من شانها خلق مواقف معقدة inextricable متعذر حلها.

ومن هذا المنطلق فإذا كان وقف التنفيذ إلزامياً، فلن نبتعد حينئذ عن نظام الأمر بالتنفيذ المزدوج double exequature الذي أقرته اتفاقية جنيف 1927 وأرادت اتفاقية نيويورك إنهاءه.

الثاني: وهو يدين بشكل واضح مسألة أن واضعي الاتفاقية قد قصدوا أن الحكم الصادر في دولة المقر يفرض بالضرورة على الدولة التي يطلب فيها تنفيذه:

ويتلخص في أنه إذا كان الأمر كذلك فلماذا لا نتبع هذا الحل في حالة رفض الحكم بالبطلان؟ وأنه إذا كان تأييد التوزيع الدولي للاختصاصات يجعلنا نعتبر دولة المقر في مركز أفضل لرقابة شرعية حكم التحكيم، ويجعلنا نتجنب نظام الأمر المزدوج بالتنفيذ، فلماذا لا يفرض على الدولة المستقبلة للحكم أن تأخذ بالحكم الصادر في دولة الأصل (دولة المقر) سواء بقبول أو إنكار فاعليته القانونية؟

فمن الواضح أن اتفاقية نيويورك لم تكن تطمح إلى هذا الحل، وإنما صمتت على العكس على الرقابة التي تسمح للدولة المستقبلة بالتضييق من عدد الحالات المحددة حصرياً للاعتراف بالحكم والاتجاه المعارض للحل الفرنسي يتعلق في الحقيقة، بتأكيد أن واضعي الاتفاقية قصدوا منح فاعلية دولية مطلقة للحكم الصادر في دولة المقر، دون الأخذ مطلقاً في الاعتبار حكم نفس القاضي لصالح قرار التحكيم.

وهذه المنهجية غير المشجعة لفعالية الأحكام التحكيمية تبدو- على الأقل- غريبة في اتفاقية موضوعها تشجيع الاعتراف بتلك الأحكام وتنفيذها.

الثالث: ويكمن في فشل الفكرة(التي سبق أن طرحت، و لم تلق دفاعاً عنها) والتي وفقاً لها فإن حكم التحكيم لا يقبل الطعن عليه بأي طريق في دولة الأصل، لا يمكن أن تستفيد من اتفاقية نيويورك.

وهذا ما يؤكد أن واضعي الاتفاقية لم يقصدوا عمل أي تركيز حقيقي لصالح دولة المقر.

وإذا كان صحيحاً أن الحكم التحكيمي الذي يبطل في بلد الأصل، لم يعد له أي وجود قانوني ولذلك لا يمكن أن يلقى تنفيذاً في مكان آخر،فيجب أن يكون الأمر كذلك بالنسبة للأحكام التحكيمية التي تجد في النظام القانوني لدولة المقر تبريراً لها وهذا لا يتوافق مع فلسفة الاتفاقية، ولا يتوافق مع الاتفاقية كذلك الأحكام التحكيمية الصادر في بلجيكا، عندما لا ترتبط المنازعة بأية صلة مع هذه الدولة، وهذا الموقف رغم تماسكه، تم هجره حالياً... وهو يعد بمثابة علامة جديدة تفيد،حتى ولو بشكل ضمني، إن اتفاقية نيويورك لا تكرس فكرة أن الحكم التحكيمي لا يمكن الاعتراف بصحته إلا في إطار النظام القانوني لدولة مقر التحكيم.

ثانياً: اتفاقية جنيف 1961:

ويرى الفقه المؤيد للحل الفرنسي أنه إذا كانت اتفاقية نيويورك تبقى محايدة تماماً بشأن مصير أحكام التحكيم الباطلة في بلد الأصل، فهي لا تفرض في هذه الحالة الاعتراف بالحكم (وفقاً لمادتها 5/ه) ولا تحظر الاعتراف بها لمادتها (7).

لذا فإن اتفاقية جنيف 1961 اختارت بوضوح تام أن يفرض على الـــدول أعضائها في حالات معينة، الاعتراف بالأحكام التي أبطلت في دولة المقر، وذلك في المادة 1/9 منها والتي تنص على أن:[1]

"بطلان حكم التحكيم في إحدى الدول المتعاقدة تحكمه الاتفاقية الحاليـــة لا يعـــد سبباً لرفض الاعتراف والتنفيذ في دولة أخرى متعاقدة، إلا إذا كان هذا البطلان تم في الدولة التي صدر فيها الحكم التحكيمي، أو وفقاً للقانون الذي صـــدر الحكـــم التحكيمي في نطاقه وذلك لأحد الأسباب الآتية:

أ- إذا كان أطراف اتفاق التحكيم، وفقاً للقانون الواجب التطبيق عليهم، لا تتوافر لديهم الأهلية، أو إذا كان الاتفاق المذكور غير صحيح بمقتضى القـــانون الـــذي يخضعه له الأطراف، أو في حالة عدم الإشارة إلى ذلك بمقتضى قانون البلد الـــذي صدر فيه الحكم.

ب- إذا كان الطرف الذي طلب الإبطال لم يتم تبليغه بتعيين المحكم، أو بـــالإجراء التحكيمي، أو إذا كان من المستحيل عليه، لأي سبب أخر أن يبدى أدلته.

ج- إذا كان الحكم التحكيمي يتعلق بنزاع لم يشر إليه اتفـــاق التحكـــيم، أو لم يدخل في أحكام الشرط التحكيمي، ومع ذلك فـــإذا كانـــت أحكـــام الحكـــم التحكيمية المتعلقة بالمسائل الخاضعة للتحكيم يمكن فصلها عن المسائل التي لا تخضع للتحكيم، فالأحكام الأولى يمكن الإحجام عن إبطالها،

---

(1) عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم ج/2 التحكيم الدولي، السابق الإشارة إليه ص 383 وما بعددها.

د- إذا كان تشكيل المحكمة التحكيمية، أو إجراءات التحكيم لم تكـــن مطابقـــة لاتفاق الأطراف، أو في حالة عدم حصول اتفاق... غير مطابقة لأحكام المادة (4) من هذه الاتفاقية."

ويلاحظ أن تلك الاتفاقية أوردت الأسباب الأربعة المقررة في المادة (1/5) من اتفاقية نيويورك لرفض الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه و لم تذكر بقية الأسباب.

واتفاقية جنيف لا تبقى مجالاً للغموض، حتى في صياغتها الفرنسية، فالأمر لا يتعلق سوى بوضع قائمة لأسباب رفض الاعتراف، أو رفض التنفيذ المحتمل الأخذ بها، وهذا ما يستتبع القول بأنه حتى في إطار هذه الفروض، تبقى الدول غير ملزمة مطلقاً برفض الاعتراف بأحكام التحكيم التي أبطلت ويكون صحيحاً أن هذا التحديد ليس هاماً بالنسبة للجدل حول معنى "يمكن رفضها" may be refused أو معنى لا تكون مرفوضة كما ورد في اتفاقية نيويورك ، ويبقى أن الإسهام الحقيقي لاتفاقية جنيف- في هذا الشأن- يتعلق بمسألة أن بطلان حكم التحكيم في دولة الأصل، لا يمن أن يكون سبباً لرفض الاعتراف به أو تنفيذه إلا إذا كان مؤسساً على واحد من تلك الأسباب الأربعة.

ومن الملاحظ أن تلك الاتفاقية تفيد الفاعلية الدولية لكل أسباب البطلان الأخرى غير الواردة في اتفاقية نيويورك- وكذلك ما ورد في اتفاقية نيويورك يجاوز الأربعة أسباب السالف بيانها، وبالأخص التي وردت في المادة (2/5) من اتفاقية

نيويورك والمتعلقة بعدم قابلية موضوع النزاع للتسوية بطريق التحكيم في دولة تنفيذ الحكم، وكذا تعارض الحكم المطلوب تنفيذه مع النظام العام الدولي في تلك الدولة.

فاتفاقية جنيف صريحة جداً بشأن هذه المسألة بحيث أنها تحدد في م32/9 منها معنى المادة (5) الفقرة الأولى في اتفاقية نيويورك في العلاقات بين الدول المتعاقدة وأيضاً الأطراف في اتفاقية نيويورك 1958 بشان الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها فالفقرة الأولى من هذه المادة تؤدي إلى حصر أسباب البطلان فقط في ما يحدد تطبيق المادة(1/5)من اتفاقية نيويورك.

وهذا يعني، من الناحية العملية، أنه بالنسبة لدول أطراف اتفاقية جنيف أن أسباب البطلان مثل تلك الخاصة بقانون التحكيم الانجليزي Arbitration Act anglis سنة 1966 مادة 58 كذلك التحكيمية arbitraire في الـــconcordat السويسري، أو سبب تطبيق القانون الذي اتفق عليه الأطراف على موضوع التحكيم، والوارد في المادة1/53 من قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994[1].

كل تلك الأسباب، على سبيل المثال، لا يمكن أن تحوز فاعلية دولية، وإن كانت تؤدي إلى بطلان حكم التحكيم في دولة المقر وبالتالي ففي مجال تطبيق اتفاقية جنيف، لا يمكن للدول أعضائها أن تعترف بهذا البطلان إلا إذا كان ذلك مخالفة لمادتها التاسعة.

---

(1) الدكتور حسام الدين فتحي ناصيف، المرجع السابق، ص 92، وأيضاً الدكتور حسني المصري، المرجع السابق، ص 534

ومما لا شك فيه أنه بالنسبة لفرنسا، لم تكن اتفاقية جنيف واجبة التطبيق في قضايا Norsolor –Hilmerton (لأنها تأخذ باعتبارها الإقامة المعتادة أو مقر الأطراف، راجع مادتها 1/1).

ويمكن القول بأن اتفاقية جنيف، تمثل حلاً إضافياً لعدم ترتيب أثر على بطلان حكم التحكيم الصادر في قضية Chromalloy بشان طعن لم يرد في قائمة الحالات الأربع التي تضمنتها المادة التاسعة من اتفاقية جنيف.

وبذلك فغير دقيق التفكير بأن الحكم الذي تم إبطاله في دولة مقر التحكيم لا يمكن أن يكون معترفاً به إلا في فرنسا، فالحال يكون كذلك في كل الدول الأطراف اتفاقية جنيف.

مجمل القول أن نص المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك فضلاً عن نص المداة1/7 من ذات الاتفاقية والذي يتكلم عن القاعدة الأكثر مراعاة لطالب التنفيذ في فقرتها الأولى بما يقرره من أنه" لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقيات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المنعقدة بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها ولا تحرم أي طرف من حقه في الاستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية أو بالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ."

كذلك نص المادة (1/9) من اتفاقية جنيف،والحجج المستمدة من الاتفاقيات الدولية كلها في صالح الحل الذي قرره القضاء الفرنسي والمتمثل في إمكانية تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادر في الخارج، وليست ضد هذا الحل.

والحل الذي أقره القضاء الفرنسي بثلاثة حجج منها تشجيع الدول التي أقرت التحكيم حديثاً، ومناهضة أحكام التحكيم العائمة غير المنتمية لنظام قانوني معين، وكذلك البحث عن حيادية القاضي.

وهنا لابد من بحث أثر تصنيف أحكام المحكمين إلى وطنية (داخلية) وأجنبية ودولية وينعكس أثر هذا التصنيف على تنفيذ هذه الأحكام، فالبعض لا يفرق في المعاملة بين حكم التحكيم الأجنبي والحكم ذي الطابع الدولي. ويعود سبب الاختلاف بالتصنيف والمعاملة إلى اختلاف المعايير التي تطبقها القوانين والاتفاقيات الدولية لتصنيف هذه الأحكام.

ومعايير التمييز بين حكم التحكيم التجاري الدولي أو الوطني أو الأجنبي تنطلق من أن التفريق بين التحكيم الوطني والتحكيم الأجنبي، يتم أما على أساس جغرافي أو على أساس ارتباطه بنظام قانوني لدولة معينة، أما الصعوبة فتظهر بالتمييز بين حكم التحكيم الأجنبي وبين حكم التحكيم الأجنبي ذي الطابع الدولي. وتصدت لهذا التمييز عدة نظريات:

– فهناك نظريات تستند إلى تصنيف الأحكام على المكان الذي جرى فيه التحكيم وصدر ونفذ فيه حكم التحكيم ،فيعتبر حكم التحكيم وطنياً إذا جرى التحكيم وصدر ونفذ حكمه في ذات البلد، ويعتبر أجنبياً إذا صدر خارج مكان تنفيذه، وهذا المعيار كان أخذ به المشرع السوري سابقا في المادة /528/ من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري في الفصل الخاص بالتحكيم والملغى بقانون التحكيم السوري رقم/4/ لعام 2008 وكذلك تبنته اتفاقية نيويورك بالمادة /1/

وذلك دون النظر إلى عناصر التحكيم الأخرى كمقياس للتمييز بين حكم التحكيم الوطني وحكم التحكيم الأجنبي، لكن هذا المعيار لا يصلح وحده لتحديد الصفة الدولية للحكم.

– ونظرية تستند إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو على إجراءات التحكيم في الدولة التي يطلب فيها تنفيذ حكم التحكيم وتبنت هذه النظرية ألمانيا الاتحادية، كذلك تطبيق قانون أجنبي على موضوع النزاع أو على إجراءاته هو نهج نحو الدولية ولكنه غير كاف لمنح حكم التحكيم الصفة الدولية.

– ونظرية تستند إلى الموطن فحكم التحكيم يعتبر دولياً إذا صدر بين أطراف يقيمون في دول مختلفة ،وكذلك نظرية موطن الإقامة المعتاد غير كافية.

– أما المشرع السوري وفي قانون التحكيم رقم /4/ لعام 2008 فقد جمع بين عدة نظريات كمقياس للتمييز وذلك بين نظرية النشاط التجاري الدولي، ونظرية وحدة أماكن مركز عمل الأطراف، ونظرية اختلاف مراكز عمل الأطراف، ونظرية الارتباط القانوني، وكلها نظريات مستقاة من القانون النموذجي (الاونسيترال) لعام 1985 والمعدل عام 2006 فالتحكيم التجاري الدولي هو التحكيم الذي يكون موضوع النزاع فيه متعلقاً بالتجارة الدولية، وعناصر التجارة الدولية حددت بالشروط التالية:

1- إقامة أطراف التحكيم في بلدان مختلفة

2- جنسية أطراف التحكيم من بلدان مختلفة.

3- مكان تنفيذ العقد الأصلي وحكم التحكيم في الخارج.

4- أن يكون القانون الواجب التطبيق وفقاً لمعاهدات تعقدها الدولة.

ولو جرى هذا التحكيم داخل سورية يعتبر دولياً وذلك في الأحوال التالية:

أ- أن يكون مركز الأعمال الرئيسي للأطراف يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم (فالعبرة لوجود مركز الأعمال الرئيسي هو وقت إبرام اتفاق التحكيم وليس في الوقت الذي يلي إبرامه أو وقت السير بالإجراءات أو صدور الحكم)، وإذا كان لأحد الأطراف عدة مراكز أعمال فالعبرة للمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم وإذا لم يكن له مركز أعمال فالعبرة لمحل إقامته المعتاد.فإذا تحققت هذه الشروط فأن الحكم يعتبر دولياً وأما إذا تخلف أحدها (مثلا أماكن مراكز العمل فلا يكون الحكم دولياً مثال:مركز أماكن جميع الأطراف في فرنسا،و تنفيذه في سورية، فإن هذا الحكم يعتبر أجنبياً وليس دولياً) وهذا أخذاً بنظرية اختلاف مراكز عمل الأطراف.

ب-أن يكون مركز العمال الرئيسي للأطراف في الدولة نفسها وقت إبرام اتفاق التحكيم لكن كان واقعاً خارجها أحد الأماكن التالية:

1- مكان إجراء التحكيم.

2- مكان تنفيذ الجزء الهام والجوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية .

3- المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به.

فحكم التحكيم الصادر في خلافات متعلقة بالتجارة الدولية يأخذ طابع الدولية ولو كانت أماكن مركز أعمال أطراف اتفاق التحكيم موجودة في دولة واحدة إذا توافرت الشروط أنفة الذكر.

وهذا أخذاً بنظرية وحدة أماكن مراكز عمل الأطراف.

ج- اذاكان موضوع التراع مرتبطاً بأكثر من دولة، وهذا أخذا بنظرية الارتباط القانوني التي تضفي الدولية على التحكيم الذي يرتبط موضوعه بعدد من الأنظمة القانونية التابعة لدول مختلفة، مثال (القانون السوري يطبق على الموضوع وعلى الإجراءات وفرنسا مكان التحكيم وأطراف التحكيم من مصر ولبنان) والحكم الصادر وفق هذه النظرية يسمى الحكم الدولي الطليق الذي يصدر وفقاً لشروط العقد التجاري الأصلي ومبادئ قانون التجارة الدولية الذي يستمد مبادئه من الأعراف السائدة في التجارة الدولية.

- فالأثر الذي يترتب على هذا التمييز يتجلى عند تنفيذ حكم التحكيم، فالدول المنضمة لاتفاقية نيويورك يتم تنفيذ الأحكام الصادرة فيها وفق معايير تختلف عن الدول غير المنضمة.

المبحث الرابع

آلية تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الباطل في سوريا

بدايةً فإن التنفيذ عموماً إما أن يكون بطلب يقدم للأمر بالتنفيذ أو عن طريق دعوى قضائية لإكساء الحكم صيغة النفاذ ،أما بحسب نصوص قانون التحكيم السوري فلقد حددت الآليات اللازمة لتنفيذ القرار التحكيمي ضمن القطر العربي السوري ،مع مراعاة أنظمة الاتفاقيات الدولية التي تسعى إلى التخفيف من الإجراءات وإبعاد أمر التنفيذ عن الأعباء الإجرائية والمالية ،فالغالب في الاتفاقيات الدولية أنها تترك أمر التنفيذ لقانون قاضي الدولة التي يطلب إليها تنفيذ الحكم ،ومن الملاحظ أن المشرع عندما وضع قانون التحكيم في سوريا لم يذكر آلية التنفيذ للحكم للأجنبي بخصوصيته، وإنما اعتمد حجية النفاذ الممنوحة للقرار الذي تنطبق عليه الشروط المحددة بموجب نص القانون ،ممايؤدي حكماً إلى تطبيق نصوص قانون أصول المحاكمات لجهة تنفيذ القرارات الأجنبية بحسب نصوص المواد من (306-311) والتي تجيز تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية بانطباق الشروط المحددة ،من خلال صدوره عن هيئة قضائية متخصصة وحيازته قوة القضية المقضية بحسب قانون البلد الصادر وفقاً له ،وعدم معارضة هذا القرار لحكم سابق صادر في سورية او لمخالفته للنظام العام ،وعليه فإن الحكم التحكيمي الأجنبي الصادر ينفذ في سورية استناداً لما سبق بدعوى ترفع أمام محكمة البداية المدنية التي يراد التنفيذ في دائرتها ، إذا كان حكماً تحكيمياً أجنبياً بعيد عن العلاقات التجارية بحسب نص قانون التحكيم السوري ،أما في حالة صدور الحكم التحكيمي الاجنبي في نزاعات على مستوى التجارة الدولية فيعود الاختصاص لمحكمة

الاستئناف المدني المعرفة في المادة الثالثة من قانون التحكيم السوري الجديد ،وهنا أوقع المشرع الأطراف التي تتخذ التحكيم وسيلةً لحل النزاع بحسب النصوص السالفة الذكر بما يمكن وصفه بالتشتت القانوني أو الإجرائي ،خاصةً وان المهمة الموكلة لكلا المحكمتين ليست سوى مهمة إجرائية دون ان يكون لها صلاحية البحث بالبطلان مع عدمه ،فما قام به المشرع السوري عند وضعه لقانون التحكيم يعتبر قاصراً عن مواكبة التطور القانوني والتكنولوجي ،وهذا الأمر يتركز في المادة الثالثة من نص القنون السوري للتحكيم والذي اشترط عدم الإخلال بالاتفاقيات الدولية ،وهو نص من باب التزيد على اعتبار أن نص الدستور في المادة (25) واضح وصريح بتطبيق المعاهدات الدولية التي تنضم إليها سوريا ،ولو خالفت نصوص القوانين الداخلية ،يضاف إلى ماسبق أن قانون التحكيم صدر في عام (2008) ومع ذلك فقد احتفظ بالإسناد إلى قانون أصول المحاكمات المدنية ،مع العلم بوجود فارق زمني وقانوني من حيث تطور العلاقات المدنية والتجارية وتطور النصوص القانونية تبعاً لها ،وبالتالي فإن المشرع لم يحط بواقع التحكيم عند صدوره ووفقاً للحل بهذه الطريقة فإن الحكم التحكيمي وميزة السرعة في الإجراءات ستعود لتضعف أمام عودة الاختصاص القضائي لمنح هذا القرار حجية النفاذ، إذا اعتبرنا أن الهيئة القضائية هنا تعود لتمارس صلاحيتها الإجرائية على أقل تقدير، وعلى أية حال فإن هذه المعالجة إذا تمت بالشكل الصحيح هدفه ملاحقة التطور التكنولوجي من ناحية وزيادة فعالية أحكام التحكيم من ناحية أخرى ،والوصول إلى زيادة الثقة بمؤسسة التحكيم كطريق مميز لحسم المنازعات .

خلاصة الفصل الثاني :

نتبين من الدراسة السابقة أن لحكم التحكيم الاجنبي معايير لاعتباره دولياً او اجنبياً ،سواء لجهة المعايير التي اعتمدها الفقهاء او لجهة تحديد الاسباب التي يمكن ان تشوب مثل هذه الاحكام والتي ينتج عنها اعتبار هذا الحكم باطلاً ، وماهية الدور الذي يمكن ان تقوم به الرقابة القضائية على القرارات أو الاحكام التحكيمية، وتحديد المدى القانوني الذي قد يضيق من صلاحية القضاء لجهة البحث بالبطلان، طبعاً مع مراعاة النظام القانوني لكل دولة، وهذا الأمر لا يتعارض مع وجود قوة تنفيذية لحكم التحكيم ناجمة عن الأساس القانوني الذي يقوم عليه التحكيم سواءً تطابق مع نصوص القانون أو تعارض معها، والجدير بالذكر أن اجنبية التحكيم ودوليته معياران لابد من معالجتهما بنص قانوني واضح لانقص فيه، وهو الخلل الذي وقع به مشرعنا عندما أسند الحل لقانون أصول المحاكمات المدنية لجهة تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية الغير تجارية، وحدد الصلاحية بالنسبة للاحكام التحكيمية الاجنبية التجارية لذات المحكمة المعرفة في نصوصه والتي تختلف عن سابقتها، أي انه وبحسب تقديري فلا مانع من أن تكون ذات المحكمة هي من تقوم بإكساء صيغة النفاذ لكلا النوعين، وهذا الامر لا مخالفة فيه على اعتبار ان الصلاحية الممنوحة في الحالتين صلاحية إجرائية بحتة.

الخاتمة

بعد التعرض إلى تاريخ التحكيم في مبحث تمهيدي مررنا ضمنه على المراحل التاريخية لهذه العملية من وجود التحكيم لدى البابليين إلى التحكيم عند القبائل العربية أو ما يعرف بالقضاء العشائري ،ثم انتقلنا إلى الحديث عن التحكيم في الإسلام وصدور مجلة الأحكام العدلية في مرحلة الاحتلال العثماني ،وضربنا بعض الامثلة عن قوانين التحكيم في عدد من الدول العربية، ثم تفرع البحث إلى فصلين، الفصل الأول كان للتعريف بالتحكيم وماهيته وتطبيقاته من خلال إيراد التعاريف الفقهية والقانونية للتحكيم والنظريات التي تحكمه مع المرور على أنواع التحكيم والقواعد الإجرائية والمبادئ التي تحكم العملية التحكيمية ،وتحديد شروط المحكمين وما قد يعترض مهمته والسلطة الناجمة عن القرارات المتخذة من قبله، مع الإشارة إلى البطلان الذي قد يشوب قرارات المحكمين ،أما الفصل الثاني فقد تحدثنا به عن ماهية حكم التحكيم الأجنبي ومعيار دوليته وكيفية الرقابة القضائية على مثل هذه القرارات، مع البحث في القوة التنفيذية للحكم التحكيمي وصولاً إلى آلية تنفيذ هذا الحكم الاجنبي الباطل في سوريا، وبالنتيجة فإن الحكم التحكيمي الاجنبي الذي قد يحمل أسباب البطلان في متنه استناداً لاختلاف قانون دولة المقر مصدرة القرار عن قانوننا الناظم للتحكيم، سيصطدم بعدة عقبات عولجت بشكل جزئي من خلال تنفيذ نصوص الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها سوريا في مجال تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، ولكن من باب أولى كان على المشرع السوري أن يضيف نصاً خاصاً بتنفيذ هذا النوع من الأحكام يحدد بموجبه الشروط الخاصة التي تضفي على مثل هذه القرارات الحجية القانونية اللازمة لمنحه صيغة النفاذ لا أن

يترك الامر إلى إسناد تنفيذ هذه القرارات إلى ذات الشروط المحددة في القانون المدني للقرارات والأحكام الاجنبية، وذلك لاختلاف جوهري بين أي حكم قضائي وحكم التحكيم على المستوى الدولي، فالغالب بأن عمليات التحكيم على المستوى الدولي إنما هي ناجمة عن نزاع حول مصلحة من مصالح التجارة الدولية، أي أن ميزة السرعة وسهولة الإجراءات ووضوحها هي التي يجب أن تطغى على تنفيذها مع المحافظة على عدم التعارض بين هذه القرارات والنظام العام اخل حدود قطرنا، مع وجود مقترحات على المستوى الدولي منها ما ذكره أحد الفقهاء الفرنسيين باقتراح إنشاء محكمة دولية لتنفيذ أحكام التحكيم، ولكن مثل هذا الاقتراح لن يضيف أي جديد على اعتبار أن أو الواقع الدولي والإقليمي يزخر بنماذج لهذه المحاكم ولكنه مع مرور الزمن سوف يصبح ضرورة ملحة لا بد منها ،مع العمل على وضع اتفاقية دولية تكون العضوية فيها مفتوحة لجميع الدول الأطراف مع تحديد ضمن نصوصها لمفهوم النظام العام الدولي أما على المستوى الداخلي فيتوجب العمل على :

1- إنشاء دائرة خاصة لدى وزارة العدل لمتابعة أعمال التحكم في سوريا ومنحها صلاحية إكساء الأحكام التحكيمية صيغة النفاذ سواء كانت أحكاماً تحكيمية تجارية أو مدنية وبهذا الأسلوب يكون قد عالج المشرع التشتت الغجرائي بين محكمتي البداية المدنية ومحكمة الاستئناف المدني مع اختلافهم كدرجات للتقاضي ضمن القطر العربي السوري ،والعمل على تهيئة محكمين على المستوى الداخلي والدولي بشكل علمي منهجي بعيداً عن الدورات العلمية والاطلاعية أو حتى الاستناد إلى الممارسة الفعلية للعمل القانوني،

بالإضافة إلى دراسة واقع التحكيم ضمن قطرنا ومدى تلائمه مع واقع التحكيم على المستوى الدولي .

2- إضافة نص خاص على قانون التحكيم رقم /4/لعام 2008 يحدد بوضوح الشروط الواجب توافرها في حكم التحكيم الأجنبي مع مراعاة الأعراف التجارية الدولية،كما يحدد الآلية القانونية للتنفيذ دون أن يترك المجال مفتوحاً للخلط بين الاتفاقيات الدولية ونصوص قانون التحكيم الجديد وقواعد أصول المحاكمات المدنية والتي تشكل حالة من عدم التلاؤم القانوني بين ثلاث حقب زمنية اختلفت فيها النظريات القانونية وآليات المعالجة ،إضافةً للتطور التكنولوجي الذي حرر المعملات بين الأفراد من الموقع الجغرافي كحد أدنى.

3- العمل على زيادة الخبرات التخطيطية والتنفيذية والقانونية التي تربط القوانين ببعضها، بحيث يكون العمل على ربط مجموع القوانين الصادرة مع بعضها لجهة النتائج كقوانين الاستثمار والتوقيع الالكتروني والمراسلات الالكترونية، الذي أصبح جزء من الحياة الاقتصادية، والذي يستتبع اعتماد وسائل الإثبات الالكترونية ومعالجة تشكيل هيئات التحكيم الالكتروني والأحكام الصادرة عنها .

وبالعمل على ما سبق نصل إلى الهدف المنشود من عملية التحكيم على المستوى الداخلي والدولي، وتحقيق إرادة المشرع في خلق البيئة القانونية المناسبة للتشجيع على الاستثمار والتخفيف عن كاهل القضاء.

قائمة المراجع

1) إبراهيم جوهر إبراهيم, الدفع باتفاق التحكيم في الدعوى المدنية, دار الكتب القانونية , دار شتات للنشر, طبعة 2009.

2) إبراهيم الدسوقي أبو الليل, قواعد وإجراءات التحكيم وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية, مجلة الحقوق, الكويت, السنة 17 العدد الأول والثاني.

3) أبو زيد رضوان, الأصول العلمية والعملية لإجراءات التقاضي , الطبعة الثانية , 1986.أحمد الشيخ قاسم, التحكيم في سوريا, طبعة 1994.

4) أحمد أبو الوفا, نظرية الأحكام , منشأة المعارف, الإسكندرية, عام 1988.

5) أحمد أبو الوفا , التحكيم الاختياري والإجباري , الطبعة الثالثة , عام 1978.

6) أحمد السيد ,عقد التحكيم (دراسة في طبيعته وآثاره) , بحث مقدم لمؤتمر التحكيم بالمنصورة في 2000/3/29.

7) أحمد سعيد المرمني, التحكيم في التشريع الأردني والمقارن, مطبعة التوفيق,الطبعة الأولى 2008.

8) أحمد عويدي العبادي, القضاء عند العشائر الأردنية, رسالة دكتوراه مطبوعة, الأردن, 1989.

9) أحمد محمد عبد البديع شتا, شرح قانون التحكيم , دار النهضة العربية, الطبعة الرابعة, عام 2009.

10) أشرف عبد العليم الرفاعي , التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية , دار الكتب القانونية , عام 2006.

11) ادمون رباط , الوسيط في القانون الدستوري العام , الجزء الثاني ,دار العلم للملايين (بيروت 1965).

12) بدر الدين علوش , التحكيم بين الإبقاء والإلغاء , مجلة المحامون , العدد الأول لعام 1965 .

13) حسني المصري, التحكيم التجاري الدولي(دراسة مقارنة), دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر (مصر).

14) حفيظة السيد حداد , الموجز في النظرية العامة للتحكيم في التحكيم التجاري الدولي .

15) رشاد العليمي, القضاء القبلي في اليمن, رسالة ماجستير آداب عين شمس, 1987.

16) سامية راشد, التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة, اكتتاب الدول , دار النهضة العربية, 1984.

17) سمير تناغو , النظرية العامة للقانون , منشاة المعارف بالإسكندرية , عام 1974.

18) شرح مجلة (مجلة الأحكام العدلية, للمرحوم سليم رستم باز اللبناني (من أعضاء شورى الدولة العثمانية) طبعة ثالثة بتاريخ 30 ذي الحجة سنة 1305 هـــ , دار إحياء التراث العربي , لبنان , بيروت.

19) عبد الحميد الأحدب, قانون التحكيم اللبناني(دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)

20) عبد الحميد الأحدب , مجلة التحكيم , الجزء الأول , مؤسسة نوفل , عام 1990.

21) عبد الرزاق السنهوري, الوجيز في شرح القانون المني, 1966.

22) عبد الفتاح مراد, شرح تشريعات التحكيم الداخل والخارجي, دار الكتب القانونية.

23) عبد العزيز فهمي , قواعد وآثار فقهية رومانية , عام 1947.

24) عبد الله الحلو, سوريا القديمة, الكتاب الثاني, تاريخ العلاقات العامة والحياة القانونية , دار نوبل.

25) عبد الهادي عباس, جهاد هواش, التحكيم, الطبعة الأولى, 1982.

26) عبد الهادي عباس, التحكيم الداخلي في القانون السوري, الطبعة الأولى, منشورات دار الأنصار(1995).

27) علاء آباريان, الوسائل البديلة لحل النزاع, منشورات الحلبي الحقوقية, طبعة 2008.

28) علي صادق أبو هيف, الدية في الشريعة الإسلامية, رسالة مترجمة أريس 1932.

29) عمر ممدوح مصطفى , أصول تاريخ القانون , عام 1963.

30) فتحي والي، أحمد ماهر زغلول , نظرية البطلان في القانون المرافعات , 1977.

31) فضل أبو غانم, البنية القبلية بين الاستمرار والتغيير, رسالة ماجستير, كلية آداب عين شمس.

32) كمال ملص , (محاضرة , النزاعات العقود الهندسية وإعداد المطالبات , دورة التحكيم في دمشق 12/1-11/30 لعام 2008)

33) محمد أحمد شحاتة حسن, التحكيم في الفقه والقانون المقارن, دار الكتب الجامعي الحديث الإسكندرية , الطبعة عام 2010.

34) محمد أحمد حشيش, القوة التنفيذية لحكم التحكيم, دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر , طبعة, 2008.

35) محمد أحمد حشيش , طبيعة المهمة التحكيمية , دار الكتب القانونية (مصر)- 2007.

36) محمد عبد المنعم بدر, عبد المنعم البدراوي, مبادئ القانون الروماني, دار النهضة العربية, عام 1952.

37) محمد عبد المجيد , إسماعيل, عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها, منشورات الحلبي الحقوقية, ط 2003.

38) محمد نور شحاته , النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكميين (دراسة مقارنة) ,دار النهضة العربية ,القاهرة ,عام 1993.

39) محمود السقا, تاريخ القانون المصري, دار النهضة العربية, الطبعة الأولى.

40) محمود هاشم, النظرية العامة للتحكيم, دار الفكر العربي, القاهرة عام 1990.

41) مصطفى الجمال, عكاشة عبد العال, التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية , الطبعة الأولى, 1998, منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت.

42) ماهر محمد حامد, النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي, دار الكتب القانونية, ودار شتات للنشر, طبعة 2011.

43) مختار الصحاح , القاموس المحيط , (الجزء الرابع) تاج العروس , الجزء الثامن .

44) معن عقاب سراي الدين , التحكيم في التشريع السوري , عام 1993 .

45) نبيل إسماعيل عمر, التحكيم , دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية.

46) ناريمان عبد القادر, اتفاق التحكيم, الطبعة الأولى, عام 1996.

47) نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبيلي, التحكيم في القوانين العربية, ط 2006, الإسكندرية , المكتب الجامعي الحديث.

48) وليد منصور, التحكيم في العقود الإدارية, منشورات نقابة المحامين فرع دمشق, (200).

الـــفهرس

العنـــــاوين	الصفحة
المقدمة	1
المبحث التمهيدي **التحكيم عبر التاريخ**	5
المطلب الأول: تاريخ التحكيم	5
المطلب الثاني : القضاء العشائري	9
أولاً : العدال.	10
ثانياً: نظام التوسط .	11
ثالثاً : نظام الهجر (الذبائح)	11
المطلب الثالث :التحكيم في الإسلام	19
أولاً : تحكيم زيد بن ثابت .	20
ثانياً : تحكيم على رضي الله عنه واليهودي على درع .	20
المطلب الرابع : التحكيم في مجلة الأحكام العدلية	21
المطلب الخامس :التحكيم في القوانين العربية .	32
أولاً : قانون التحكيم في لبنان .	33
ثانياً: قانون التحكيم في اليمن .	36
ثالثاً : التحكيم في سورية .	42
الفصل الأول: **ماهية التحكيم وتطبيقاته**	**47**
المبحث الأول : التوصيف القانوني للتحكيم	47
المطلب الأول : طبيعة التحكيم .	47

أولاً : الطبيعة الحضارية للتحكيم .	47
ثانياً : الطبيعة الاستقلالية للتحكيم	50
ثالثاً: الطبيعة الإجرائية للتحكيم .	55
رابعاً : الطبيعة العامة للتحكيم .	59
المطلب الثاني:نظريات أصل التحكيم .	64
المطلب الثالث :تعريف التحكيم .	69
أولاً : التحكيم والوكالة .	78
ثانياً: التحكيم والخبرة	79
ثالثاً: التحكيم والصلح .	80
رابعاً : التحكيم ونقل الاختصاص القضائي .	81
خامساً: التحكيم والتوفيق .	82
المطلب الرابع :أنواع التحكيم .	83
أولاً : التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري .	83
ثانياً: التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح .	84
ثالثا:التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر .	84
رابعاً : التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي .	85
المبحث الثاني: القواعد الإجرائية .	87
المطلب الأول : الإجراءات التمهيدية والقانون الواجب للتطبيق	87
المطلب الثاني : إجراءات الخصومة .	91
أولاً : صحة مواعيد التبليغ وبيانات الدعوى التحكيمية	91
ثانياً : لغة التحكيم .	94
ثالثا: مكان التحكيم .	96

رابعاً : الإجراءات الوقتية والتحفظية .	98
خامساً:التدخل والطلبات العارضة .	100
سادساً: اختصام الغير في خصوم التحكيم .	102
المبحث الثالث: اتفاق التحكيم والقانون واجب التطبيق .	107
المطلب الأول: مفهومه وأنواعه .	107
المطلب الثاني: نطاق أتفاق التحكيم واستقلاله	112
أولاً: نطاق اتفاق التحكيم .	112
ثانياً: استقلال اتفاق التحكيم.	113
المطلب الثالث : الأثر المانع لاتفاق التحكيم .	114
المطلب الرابع : انتهاء أتفاق التحكيم وانقضاؤه .	116
المطلب الخامس : الدفع باتفاق التحكيم وأثاره .	118
أولاً: الدفع باتفاق التحكيم دفع بعدم الاختصاص	120
ثانياً: الدفع باتفاق التحكيم دفع بعدم القبول	121
ثالثاً: الدفع بالتحكيم دفع ببطلان المطالبة القضائية .	123
المطلب السادس: القانون الواجب التطبيق على النزاع .	125
المبحث الرابع: سلطة المحكمين وأثرها	127
المطلب الأول : تعريف المحكم .	128
المطلب الثاني : الشروط الواجب توافرها في المحكم .	129
المطلب الثالث : مهمة المحكم وعوارض انجازها.	136
المطلب الرابع : حالات بطلان حكم التحكيم .	143
خلاصة الفصل الأول	145

الفصل الثاني: **حكم التحكيم الأجنبي الباطل وتنفيذه في سورية**	**147**
المبحث الأول: ماهية حكم التحكيم الأجنبي الباطل	149
المطلب الأول : التعريف بحكم التحكيم الأجنبي.	149
المطلب الثاني: معيار بطلان حكم التحكيم الأجنبي	152
المبحث الثاني: رقابة القضاء على القرارات التحكيمية	155
المطلب الأول: نطاق البطلان	159
المطلب الثاني: حالات الطعن بالبطلان	174
المبحث الثالث: أثر صدور قانون التحكيم في سورية وعوائقه .	195
المطلب الأول : وحدة القوة التنفيذية	195
المطلب الثاني : شكل القوة التنفيذية لحكم التحكيم	198
المطلب الثالث: ازدواج مضمون القوة التنفيذية	200
المطلب الرابع: شرط إعمال القوة التنفيذية	203
المبحث الرابع: آلية تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الباطل في سورية	247
خلاصة الفصل الثاني	249
الخاتمة	251
قائمة المراجع	255
الفهرس	260